



universität
wien

DISSERTATION

Titel der Dissertation

„Die Unternehmerinsolvenz in der
öffentlichen Auftragsvergabe“

Verfasser

Mag. Michael Schweda

angestrebter akademischer Grad

Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur.)

Wien, 2011

Studienkennzahl lt. Studienblatt:	A 083 101
Dissertationsgebiet lt. Studienblatt:	Rechtswissenschaften
Betreuer:	o. Univ. -Prof. Dr. Josef Aicher

Vorwort

Diese wissenschaftliche Arbeit befasst sich mit den Auswirkungen einer Unternehmerinsolvenz auf ein Vergabeverfahren zur Beschaffung einer bestimmten Leistung. Den Schwerpunkt der nachfolgenden Betrachtung bilden dabei die Eignungskriterien sowie die Substituierung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Ausgehend von den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben wird zunächst die nationale Umsetzung der einschlägigen Richtlinienbestimmungen untersucht und anschließend mit der diesbezüglichen deutschen Rechtslage verglichen.

Die einschlägigen Gesetzesänderungen, wie insbesondere die Novellierungen zum BVergG 2006 sowie die Insolvenzrechtsnovelle 2010, wurden bei der Erstellung dieser Untersuchung bereits berücksichtigt, wobei selbst diese Novellen nicht zu einer Verbesserung der in dieser Arbeit aufgeworfenen Problematik geführt haben. Dies ist wohl auch auf die bislang unzureichende Auseinandersetzung mit der angesprochenen Thematik zurückzuführen. Die gegenständliche Abhandlung setzt sich daher sowohl mit den vergaberechtlichen als auch mit den insolvenzrechtlichen Vorschriften auseinander, die aufgrund der Wechselwirkungen dieser beiden Materien nicht isoliert betrachtet werden dürfen.

Schlussendlich erlaube ich mir noch, diese Dissertationsschrift meiner Tochter Sophie, geboren am 23. September 2009, zu widmen. Denn selbst wenn es Goethe ist, der schreibt, dass es zwei Dinge sind, die Kinder von ihren Eltern bekommen sollen, Wurzeln und Flügel, ist es doch gerade so, dass meine Tochter mir Wurzeln gibt und Flügel verleiht.

Wien, Juni 2011

Inhaltsverzeichnis

1. Der Grundsatz der Vergabe an geeignete Unternehmer.....	11
1.1 Die Eignung der Unternehmer im Allgemeinen.....	11
1.2 Die Auswirkungen einer Insolvenz auf die Eignung eines Unternehmers.....	14
2. Die zu erfüllenden Eignungskriterien	16
2.1 Der abschließende Katalog von Eignungskriterien	16
2.2 Die abschließende Aufzählung zulässiger Nachweismittel.....	17
3. Die Eignungsmerkmale im Einzelnen.....	18
3.1 Befugnis.....	18
3.2 Technische Leistungsfähigkeit	19
3.3 Zuverlässigkeit	21
3.4 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.....	23
3.4.1 Die erforderlichen Ressourcen	23
3.4.2 Die möglichen Nachweismittel	26
4. Der Einfluss einer Insolvenz auf die Eignung eines Unternehmers.....	28
4.1 Die erfassten Insolvenzverfahren	28
5. Die Beurteilung der Teilnehmer im Rahmen des Gemeinschaftsrechts	31
5.1 Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften im Unterschwellenbereich	31
5.2 Die Wirkungen der RL 2004/18/EG auf die Träger der öffentlichen Gewalt.....	32
5.3 Die Beurteilung der Teilnehmer gemäß der RL 2004/18/EG	35
5.3.1 Die Eignungsprüfung im engeren Sinn	36
5.3.2 Die unzureichenden Nachweismittel des Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG.....	38
5.4 Das Entscheidungsermessen des Auftraggebers innerhalb des Art 45 RL 2004/18/EG	40
5.4.1 Die Handlungsalternativen der Ausschlusskataloge im Gemeinschaftsrecht	41
5.4.2 Die Festlegung des Standards der Leistungsfähigkeit.....	45
5.4.3 Das Beurteilungsermessen bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes.....	47

5.4.4 Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH auf die persönliche Lage der Wirtschaftsteilnehmer	50
5.5 Die Bietererklärung gemäß Art 20 Entwurf der Kommission (65/187/EWG)	55
5.5.1 Der Informationsaustausch im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens	57
5.5.2 Die inhaltliche Aussagekraft der Bietererklärung	59
6. Die Beurteilung der Teilnehmer im Rahmen des BVergG 2006	63
6.1 Ausscheidensverpflichtung des Auftraggebers - kein Platz für einen Beurteilungsspielraum?	63
6.1.1 Die teilnahmeberechtigten Unternehmer.....	63
6.1.2 Der Ausschluss eines Unternehmers oder das Ausscheiden seines Angebotes	66
6.1.3 Der Ausschluss von Unternehmern im deutschen Vergaberecht	68
6.1.4 Der Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum des Auftraggebers	69
6.1.5 Die Objektivierbarkeit von Ausschlussgründen.....	71
6.1.6 Der Beurteilungsspielraum bei der „nachweislichen Feststellung“	73
6.1.7 Die Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung	75
6.1.8 Die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Urteils	77
6.2 Der zwingende Ausschluss eines insolventen Unternehmers	80
6.2.1 Ist die absolute Ausscheidensverpflichtung des Auftraggebers gerechtfertigt?.....	80
6.2.2 Die Verkettung der Insolvenzstatbestände mit der Leistungsfähigkeit	82
6.3 Die im BVergG 2006 vorgesehenen Ausnahmen	85
6.4 Das verfassungsgesetzliche Erfordernis der Einzelfallbetrachtung	93
6.4.1 Der Normgehalt der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit.....	93
6.4.2 Der Ausscheidensautomatismus der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit	95
6.4.3 Die Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung	104
6.4.4 Conclusio der Grundsätze des VfGH	107
6.4.5 Das System der Glaubhaftmachung	109
7. Die deutsche Rechtslage zum Ausschluss eines insolventen Unternehmers	114
8. Der Einfluss der Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit	118

8.1 Die Rechtsprechung des EuGH zur Substituierbarkeit der Eignungskriterien.....	119
8.2 Der Zweck der kontradiktorischen Prüfung	123
8.3 Die Substituierung der Eignung von insolventen Unternehmen	127
8.4 Die Substituierung von Eignungskriterien im nationalen Recht	128
8.4.1 Der Verweis auf die Kapazitäten anderer Unternehmer	128
8.4.2 Grundsätze der Substituierbarkeit von Eignungskriterien	129
8.4.3 Die die Eignung des Bieters bzw. Bewerbers ergänzenden Unternehmer	130
8.4.4 Bieter- und Arbeitsgemeinschaften	130
8.4.5 Die Klassifizierung der Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern	132
8.4.6 Die erforderliche Eignung der Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern	133
8.4.6.1 Leistungsfähigkeit	134
8.4.6.2 Befugnis	135
8.4.6.3 Zuverlässigkeit	145
8.4.7 Subunternehmer	149
8.4.7.1 Die erforderliche Eignung der Subunternehmer	153
8.4.7.2 Die Substituierung der Eignung durch Subunternehmer.....	156
8.4.7.3 Die fehlende Möglichkeit der Substituierung der Zuverlässigkeit.....	160
8.5 Die Folgen einer unsachlichen Differenzierung.....	162
9. Der Einfluss der Insolvenzrechtsnovelle 2010.....	167
9.1 Die Auflösung von Verträgen durch öffentliche Auftraggeber.....	170
9.2 Der Einfluss der Novellierung der Insolvenzgesetze auf das Vergaberecht	171
10. Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse - Abstract.....	173
Literatur- und Entscheidungsverzeichnis	175
Fachliteratur.....	175
Fachzeitschriften	177
Entscheidungen	180
Lebenslauf	188

Abkürzungsverzeichnis

aA	anderer Ansicht
aaO	am angeführten Ort
AB	Ausschussbericht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
ABl	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs	Absatz
abw	abweichend
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
aF	alte Fassung
AG	Auftraggeber
aM	anderer Meinung
AN	Auftragnehmer
ANKÖ	Auftragnehmerkataster Österreich
AnwBl	Österreichisches Anwaltsblatt
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
Art	Artikel
ASVG	Allgemeines Sozialversicherungsgesetz
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz BGBl 1975/218
B	Beschluss, Bescheid
bbI	Baurechtliche Blätter
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt
BIEGE	Bietergemeinschaft
BKA	Bundeskanzleramt
BlgNR	Beilage(-n) zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz 2006 BGBl I 17/2006
BVergG 2002	Bundesvergabegesetz 2002 BGBl I 2002/99
BVergG 1997	Bundesvergabegesetz 1997 BGBl I 56
BVergG 1993	Bundesvergabegesetz 1993 BGBl 1993/462

B-VG	Bundes-Verfassungsgesetz BGBl 1930/1
B-VKK	Bundes-Vergabekontrollkommission
bzw	beziehungsweise
Connex	Österreichische Fachzeitschrift für nationale, europäische und internationale Normen
dh	das heißt
DL	Dienstleistung
E	Entscheidung
EB	Erläuternde Bemerkungen
EBRV	Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage
ecolex	Fachzeitschrift für Wirtschaftsrecht
EG	Europäische Gemeinschaft
einh	einheitlich
EO	Exekutionsordnung RGBI 1896/79
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in ÖJZ
f	und der, die Folgende
ff	und der, die Folgenden
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GA	Generalanwalt
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
gem	gemäß
GesBR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung

GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GP	Gesetzgebungsperiode
GPA	Agreement on Government Procurement
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
hA	herrschende Auffassung (Ansicht)
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
hRspr	herrschende Rechtsprechung
IBR	Immobilien- und Baurecht
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
ie	ita est (das ist)
insb	insbesondere
IO	Insolvenzordnung
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iSd	im Sinne des, der
iVm	in Verbindung mit
iZw	im Zweifel
JBl	Juristische Blätter
JN	Jurisdiktionsnorm RGBI 1895/111
Jud	Judikatur
KG	Kammergericht
KMU	Klein- und mittelständische Unternehmen
KO	Konkursordnung RGBI 1914/337
leg cit	legis citatae (der zitierten Vorschrift)
LG	Landesgericht
LGZ	Landesgericht für Zivilrechtssachen
lit	litera (Buchstabe)

lt	laut
M	Meinung
Mat	Materialien
mE	meines Erachtens
ME	Ministerialentwurf
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nov	Novelle
NZ	Österreichische Notariats-Zeitung
oa	oben angeführt
OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
ÖNORM	Österreichische Norm
ÖZW	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
PPP	Public Private Partnership
RdN	Randnummer, Randnote
RdU	Recht der Umwelt
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
RPA	Recht und Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe
Rs	Rechtssache
Rsp	Rechtsprechung
RV	Regierungsvorlage
Rz	Randzahl
Slg	Sammlung
stRsp	ständige Rechtsprechung

U	Urteil
ua	unter anderem; und andere, -s
uä	und ähnliche(s)
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
UVS	Unabhängige Verwaltungssenate
VergabeR	Zeitschrift Vergaberecht
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VfSlg	Sammlung der Erkenntnisse und wichtigsten Beschlüsse des Verfassungsgerichtshofes
vgl	vergleiche
VK	Vergabekammer
VKS	Vergabekontrollsenat
VO	Verordnung
VOB	Verdingungsordnung für Bauleistungen
VOF	Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Verdingungsordnung für Lieferleistungen
VÜA	Vergabeüberwachungsausschuss
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
VwSlg	Erkenntnisse und Beschlüsse des Verwaltungsgerichtshofes
wbl	Wirtschaftsrechtliche Blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrech
zB	zum Beispiel
ZfV	Zeitschrift für Verwaltung
ZVgR	Zeitschrift für deutsches und internationales Vergaberecht

Die Unternehmerinsolvenz in der öffentlichen Auftragsvergabe

1. Der Grundsatz der Vergabe an geeignete Unternehmer

1.1 Die Eignung der Unternehmer im Allgemeinen

Das Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) normiert unter der Überschrift „Grundsätze des Vergabeverfahrens und allgemeine Bestimmungen“ den fundamentalen Leitsatz¹ des öffentlichen Auftragswesens, die Vergabe an ausschließlich geeignete Unternehmer.² Schon alleine die Tatsache, dass die Eignung der Unternehmer gemeinsam mit den übrigen Vergabegrundsätzen genannt wird, macht deutlich, dass ihr der Gesetzgeber maßgebliche Bedeutung zugemessen hat.³ Dabei ist zu berücksichtigen, dass die europäischen Vergaberichtlinien zwischen der Auswahl und Bewertung der Unternehmer und der Beurteilung der von diesen Unternehmern eingereichten Angeboten differenzieren.⁴ Diese grundsätzlich unterschiedlichen Vorgänge sind demnach auch gesonderten Regelungen unterworfen.⁵

Die Bewertung der Unternehmen erfolgt dabei anhand sogenannter Eignungskriterien, die Bedingungen für die Teilnahmeberechtigung von Bietern bzw. Bewerbern an Verfahren zur Vergabe einer Leistung normieren. Werden diese Voraussetzungen nicht erfüllt, kann der betroffene Unternehmer, von *Gölles* als „*voraussetzungsloser Unternehmer*“⁶ bezeichnet, nicht an öffentlichen Auftragsvergaben teilnehmen. § 19 Abs. 1 BVergG 2006 definiert, dass Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen sind.⁷ Die Vergabe hat an

¹ *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [1]

² *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [145]; vgl. auch *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

³ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [1]

⁴ *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2004) [39]

⁵ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]

⁶ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [1]

⁷ Vgl. auch *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 48]; *Rust*, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, *EuZW* 1999, 453

befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.⁸ Dabei entspricht der eben zitierte Absatz der genannten Regelung grundsätzlich der Vorgängerbestimmung, § 21 BVergG 2002, und diese wiederum dem bereits in der ÖNORM A 2050 erwähnten Grundsatz der Vergabe an geeignete Unternehmer.⁹ Eine inhaltliche Änderung hat nicht stattgefunden.¹⁰ Zur Klarstellung sei kurz festgehalten, dass ein geeigneter Unternehmer in der einschlägigen Vergabeliteratur oftmals auch als „qualifiziert“ bezeichnet wird.¹¹

Vergleicht man diesen Grundsatz mit der einschlägigen deutschen Rechtslage, so lässt sich erkennen, dass zwischen diesen beiden Rechtsmaterien zahlreiche Überschneidungen bestehen. So bestimmt etwa § 97 Abs. 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), dass Aufträge an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben werden.¹² Damit wurde dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot des Ausschlusses ungeeigneter Unternehmer entsprochen.¹³ Dabei ist zu beachten, dass § 19 Abs. 1 BVergG 2006 eine Zusammenfassung allgemeiner Grundsätze der öffentlichen Auftragsvergabe enthält¹⁴, die zur Auslegung der übrigen Bestimmungen des BVergG 2006 herangezogen werden können, ja sogar müssen.¹⁵ Dabei ist die Auffassung des BVA¹⁶, wonach dieser Bestimmung kein selbstständig justiziable Charakter zukäme, insoweit überholt, als § 19 BVergG 2006 aufgrund des eindeutigen Wortlautes und den diesbezüglichen Erläuterungen in der Regierungsvorlage, keiner konkretisierenden Vergaberechtsnorm mehr bedarf. Somit genügt bereits ein Verstoß gegen die gesetzlich normierten Vergabegrundsätze, um eine Auftraggeberentscheidung mit Rechtswidrigkeit zu behaften. Die Vergabegrundsätze entfalten daher einen unmittelbaren Prüfmaßstab.¹⁷ Eine vergleichbare Regelung sieht etwa § 2 Nr. 3 VOL/A für die Vergabe von Leistungen und Lieferungen vor. Die genannte Bestimmung normiert, dass Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der

⁸ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]; *Rust*, GWB-Vergaberecht und soziale Standards, EuZW 1999, 453

⁹ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [73]

¹⁰ RV 1171 BlgNR XXII. GP

¹¹ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [2]

¹² *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 425]

¹³ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 46 zu § 21]

¹⁴ Vgl. auch *Gölles*, Folgen der Vergabegrundsätze "gesetzliches Verfahren" und "angemessene Preise", *ecolex* 1998, 543 [1]

¹⁵ RV 1171 BlgNR XXII. GP

¹⁶ BVA 07.10.1998, N-24/98-8

¹⁷ *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

Vergabestellen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Bewerber zu angemessenen Preisen zu vergeben sind. So auch § 2 Nr. 1 VOB/A für Bauaufträge.¹⁸

Durch den Grundsatz der Vergabe an befugte (fachkundige), leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer werden in abstrakter Form die sogenannten Eignungskriterien umschrieben. Ein Unternehmen gilt somit für ein konkret abzuhandelndes Vergabeverfahren als geeignet¹⁹, wenn es befugt, leistungsfähig und zuverlässig ist.²⁰ Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter²¹, die gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 nachzuweisen sind.²² Eignungskriterien sind somit bieterbezogene Mindestkriterien, die damit auch keiner Gewichtung zugänglich sind.²³ Das Hinterfragen der Eignung auf Seiten der Bieter zählt zu den zentralen Aspekten der Eignungsprüfung.²⁴ Sie stellt die „Eintrittsschwelle“ für anbietende Unternehmer für ein Verfahren zur Vergabe einer Leistung dar.²⁵

Die Eignung ist zwar unternehmerbezogen, sie kann aber nicht losgelöst von Art, Umfang und Spezifika des jeweiligen Auftrags gesehen werden.²⁶ Neben den Zuschlagskriterien kommt den Eignungskriterien maßgebliche Bedeutung für die Entwicklung der beschaffungs- bzw. vergabefremden Kriterien sowie für die gerichtliche Kontrolldichte zu.²⁷ Während dabei die Eigenschaft „befugt“ als Nachweis der gewerberechtlichen Befähigung bzw. der Befähigung zur Ausübung bestimmter freier Berufe noch geringe Anwenderprobleme schafft, so schaffen die Kriterien „leistungsfähig“ und „zuverlässig“ als unbestimmte Gesetzesbegriffe einen breiten Interpretationsspielraum. *„Die Leistungsfähigkeit beurteilt die individuelle Disposition des Unternehmers, einen bestimmten Auftrag aufgrund seiner Struktur und Organisation zu erfüllen.“*²⁸ Durch die Vorgabe gewisser Mindestanforderungen sowie deren Nachweis soll gewährleistet werden, dass nur solche Unternehmer im weiteren Vergabeverfahren berücksichtigt werden, die für die Erfüllung der sich aus dem jeweiligen

¹⁸ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 48 zu § 21]

¹⁹ Kropik, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [46]

²⁰ Preslmayr & Partner Rechtsanwälte, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

²¹ Gölles, Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien - aktuelle Praxisfälle, ZVB 2002/51 [2]

²² Vgl. § 2 Z 20 lit c BVergG 2006

²³ Elsner, Eignungsprüfung - Angebotsprüfung - Zuschlagserteilung, ZVB 2001/50 [50]

²⁴ Fink/Schiefer in Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [395]

²⁵ Kropik, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [46]

²⁶ Pachner, Prüfung der Angebote, in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005) [46]

²⁷ Schenk, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [39f]

²⁸ Werschütz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [48]

Vertragswerk ergebenden Obliegenheiten „die notwendigen Sicherheiten bieten“²⁹ bzw. vermieden wird, „dass Baumängel als Folge der Beauftragung nicht geeigneter Unternehmer eintreten“³⁰. Durch den Grundsatz der Vergabe an geeignete Unternehmer im Allgemeinen und die Prüfung der anbietenden Unternehmer anhand der im BVergG 2006 genannten Kriterien im Speziellen, sollen vor allem spätere Probleme und auch zusätzliche Kosten für den Auftraggeber bei der anschließenden Auftragsabwicklung vermieden werden.³¹ Dadurch soll dem schützenswerten Interesse der Auftraggeber Rechnung getragen werden, Aufträge nur an solche Unternehmer vergeben zu müssen, die aufgrund ihrer finanziellen und technischen Ressourcen auch tatsächlich in der Lage sind, einen Auftrag vertragsgemäß und entsprechend dem Stand der Technik auszuführen. Dabei müssen auch die oftmals massiven Vorinvestitionen hinsichtlich des Personal- und Materialeinsatzes bzw. die Anschaffung der technischen Gerätschaft mitberücksichtigt werden.³² Es soll im jeweiligen Vergabeverfahren schon ex ante die Auswahl zwischen jenen Bietern getroffen werden, die auch über die für den spezifischen Auftrag³³ erforderlichen Ressourcen verfügen, gleichgültig, ob sich diese etwa aus besonders ausgebildeten Fachkräften oder generell erforderlicher Gerätschaft zusammensetzen. Dabei steht die Vergabestelle oftmals vor der besonderen Herausforderung, einerseits das Wettbewerbsprinzip, also den nicht behinderten, d. h. keinen Zugangs- oder Ausübungsbeschränkungen unterliegenden Wettbewerb³⁴ zu wahren und andererseits diesen Wettbewerb jedoch nur innerhalb von qualifizierten Unternehmen zuzulassen.³⁵ Vergaberecht will den Wettbewerb fördern - aber nur im Kreise geeigneter, d.h. qualifizierter Unternehmer.³⁶

1.2 Die Auswirkungen einer Insolvenz auf die Eignung eines Unternehmers

Im besonderen Interesse des Auftraggebers liegt der Umstand, dass der für einen künftigen Zuschlag in Frage kommende Bieter den erteilten Auftrag auch finanziell überstehen kann³⁷. Mit einer Insolvenz des ausführenden Unternehmers können zweifelsfrei erhebliche Mehrkosten verbunden sein, doch ist dieser Schluss keinesfalls zwingend. Dem Auftraggeber

²⁹ Heiermann/Riedl/Rusam (Hrsg.), Handkommentar zur VOB (2003) [Rn 2 zu § 2]

³⁰ Franke/Höfler/Bayer, Bauvergaberecht in der Praxis (2000) [Rz 34]

³¹ Gast, Das Vergabewesen in Österreich (2006) [213]

³² BVA 18.05.2004, 05N-30/04

³³ Pachner, Prüfung der Angebote, in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005) [46]; Sachs/Hahnl, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 10.2.]

³⁴ Casati, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [3]

³⁵ Gölles, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, ecolex 1998, 907 [1]

³⁶ Gölles, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [1]

³⁷ Elsner, Vergaberecht (1999) [Rz A 54]

ist nicht mit einem Unternehmer gedient, der noch vor der Erfüllung seiner vertraglichen Obliegenheiten seine Geschäftstätigkeit endgültig einstellt bzw. gegen den dann aufgrund der schlechten Sanierungschancen nicht mehr mit Erfolg etwaige Gewährleistungs- oder Schadenersatzansprüche durchgesetzt werden können. Die öffentliche Hand soll für die Steuern und Abgaben der Bürger schließlich die besten Produkte und Dienstleistungen erhalten, was gerade in Zeiten, in denen finanzielle Ressourcen immer knapper werden, stets beachtet werden muss.³⁸ Für die Beschaffung durch öffentliche Stellen gelten vor allem auch die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, die ja gerade als Argument für die Durchführung von Vergabeverfahren genannt werden.³⁹ So hat die Europäische Kommission etwa erhoben, dass bei öffentlichen Aufträgen ohne Ausschreibung die Preise im Schnitt wesentlich höher waren als bei vergleichbaren öffentlichen Aufträgen, bei denen das Vergaberegime eingehalten wurde. Die dabei ermittelten Werte belaufen sich auf 10 bis 30 % Ersparnis für den Staatshaushalt und damit schließlich auch für den Steuerzahler.⁴⁰ Diese Grundsätze dürfen dabei allerdings nicht als „race to the bottom“ verstanden werden, was bedeutet, dass die Vergabestellen keinesfalls zur „Billigstvergabe“ aufgefordert werden sollen. Das Vergaberecht will zwar grundsätzlich den Wettbewerb fördern, aber eben nur im Kreis geeigneter Unternehmer. Und gerade die Regelung der Vergabe an ausschließlich geeignete Unternehmer dient vor allem auch dazu, einen möglichst effektiven Einsatz von Steuergeldern im Bereich der Verwaltung zu gewährleisten.⁴¹

Die Ausführungen zeigen die unterschiedlichen Interessenslagen des öffentlichen Auftraggebers auf: Einerseits zwingt ihn der Haushaltsgrundsatz nach möglichst günstigen aber dennoch einwandfreien Leistungen Ausschau zu halten und andererseits betonen sie das nachvollziehbare Interesse der Vergabestelle, lediglich mit möglichst potenten - fachlich wie wirtschaftlich - Unternehmen kontrahieren zu müssen.

³⁸ *Westphal*, Vergaberecht ökonomisch betrachtet: Hat sich der juristische Aufwand gelohnt?, in *Rill/Griller* (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000) [307]

³⁹ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [10]

⁴⁰ *Jurka*, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005)[9]

⁴¹ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 29]

2. Die zu erfüllenden Eignungskriterien

2.1 Der abschließende Katalog von Eignungskriterien

Näher konkretisiert wird der allgemein gehaltene Grundsatz der Vergabe an ausschließlich geeignete Unternehmer vor allem im 5. Abschnitt des 3. Hauptstückes des BVergG 2006, der die Voraussetzungen für die Teilnahme am Wettbewerb bei öffentlichen Aufträgen regelt.⁴² Unter Eignung ist das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes⁴³ sowie das Vorliegen der geforderten Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit zu verstehen.⁴⁴ Zunächst soll, auch wenn in weiterer Folge hauptsächlich die Zuverlässigkeit und die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Bedeutung sein werden, auf die Elemente der Eignung kurz eingegangen werden. Wie schon bereits erwähnt, ist ein Unternehmer geeignet bzw. qualifiziert⁴⁵, wenn er zuverlässig, befugt und leistungsfähig ist. Die Eignung eines Bieters bzw. Unternehmers bestimmt sich somit nach einem abschließenden Katalog von Eignungskriterien.⁴⁶

Die Eignung ist vom Bieter bzw. Bewerber somit in vier Bereichen nachzuweisen: Befugnis, technische Leistungsfähigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit.⁴⁷ Die frühere Unterteilung zwischen allgemeiner und besonderer beruflicher Zuverlässigkeit scheint - zumindest begrifflich - mit der Novelle zum BVergG 2006, BGBl. I Nr. 86/2007, aufgegeben worden zu sein. Weiterhin ist der Auftraggeber jedoch selbstverständlich zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 verpflichtet, von den für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bewerbern, Bietern und deren Subunternehmern eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28 b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG), BGBl. I Nr. 218/1975, einzuholen.⁴⁸ Durch die Regierungsvorlage zur BVergG-Novelle 2009⁴⁹ wurde diese Verpflichtung insoweit relativiert, als der Auftraggeber oberhalb der Subschwellenwerte die Vorlage der vorab festgelegten Nachweise lediglich vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zu verlangen hat;

⁴² *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [1]

⁴³ Vgl. auch *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*² [396]

⁴⁴ RV 1171 BlgNR XXII. GP; *Gruber-Hirschbrich*, *Vergaberecht* (2006) [39]

⁴⁵ *Gölles/Holoubek*, *Bundesvergabegesetz 2002* (2002) [10]

⁴⁶ *Heid/Hauk/Preslmayr*, *Handbuch des Vergaberechts* (2002) [146]

⁴⁷ *Gölles*, *Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen*, *ZVB* 2003/16 [2]

⁴⁸ Siehe nunmehr § 72 Abs. 1 Satz 2 BVergG 2006 idF BGBl. I Nr. 86/2007

⁴⁹ RV 327 BlgNR XXIV. GP [15]

unterhalb dieser Subschwellenwerte besteht keine solche Vorlageverpflichtung.⁵⁰ Hinsichtlich der Leistungsfähigkeit unterscheidet das Bundesvergabegesetz einerseits zwischen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und andererseits der technischen Leistungsfähigkeit. Die Konsequenz mangelnder Eignung ist der Ausschluss des Bewerbers oder Bieters vom Vergabeverfahren, sei es gemäß § 68 Abs. 1 oder § 129 Abs. 1 Z 1 oder 2 BVergG 2006.⁵¹

2.2 Die abschließende Aufzählung zulässiger Nachweismittel

Das BVergG 2006 normiert das Recht des Auftraggebers, Nachweise über das Vorliegen der Eignungskriterien zu verlangen, sieht allerdings für bestimmte Eignungselemente einen abschließenden Katalog⁵² von zulässigen Nachweismitteln vor.⁵³ Nicht zu folgen ist *Werschitz*, wonach die in den §§ 69 bis 78 BVergG 2006 definierten Leistungs- und Befugnisnachweise insofern vom Auftraggeber ausgeschöpft und ausgedehnt werden können, als die in den genannten Normen enthaltenen Auflistungen nur deklarativer Natur seien.⁵⁴ Auch der Hinweis auf die Materialien⁵⁵ des BVergG 2006 mag diese Ansicht nicht zu tragen. Der in den Materialien enthaltene Hinweis, wonach der Abs. 2 des § 70 BVergG 2006 impliziere, dass der Auftraggeber jedenfalls alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise, die im Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmers verlangen darf, berechtigt die Vergabestelle somit keinesfalls, in den gesetzlichen Bestimmungen nicht gedeckte Nachweise hinsichtlich der Eignung von den Unternehmern zu verlangen.⁵⁶ So entscheidet zwar grundsätzlich der Auftraggeber, welche Nachweismittel vom Bieter bzw. Bewerber für die Belegung der Eignung vorzulegen sind, allerdings enthalten die §§ 70 ff mit Ausnahme des § 74 BVergG 2006 abschließend alle möglichen Nachweise und schränken somit den Rahmen der Nachweismittel ein.⁵⁷ Lediglich hinsichtlich des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit liegt eine nicht abschließende Aufzählung vor.⁵⁸ Dabei ist

⁵⁰ *Estermann/Pock*, Die Vergabepaxis 2009, 13

⁵¹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 2 zu § 51]

⁵² *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [115]

⁵³ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 51]

⁵⁴ Siehe *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [109]

⁵⁵ Vgl. AB 1171 BlgNR XXII. GP [62]

⁵⁶ Vgl. auch *Sachs/Hahn*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75] Allerdings insoweit unrichtig, als der § 74 BVergG 2006 eben gerade keine abschließende Aufzählung von Eignungsnachweisen enthält. Siehe dbzgl. RV 1171 BlgNR XXII. GP [64]; EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux

⁵⁷ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [40]

⁵⁸ *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2004) [41]

auch zu beachten, dass bereits die gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien eine Auflistung solcher Nachweise enthalten, mit denen das Vorliegen der Eignung zur Teilnahme am Wettbewerb belegt werden kann.⁵⁹ Die Vergaberichtlinien bzw. das BVergG 2006 erschöpfen sich somit nicht in der Aufzählung jener Kriterien, anhand derer die Eignung eines Bewerbers oder Bieters zu prüfen ist, sondern geben auch an, welche Nachweise die Vergabestelle hierzu verlangen darf.⁶⁰ Nach *Gölles* lassen sich die Eignungskriterien von den im BVergG 2006 aufgezählten Eignungsnachweisen ableiten.⁶¹

3. Die Eignungsmerkmale im Einzelnen

3.1 Befugnis

Hinsichtlich der Befugnis kann in gedrängter Form festgehalten werden, dass es sich dabei um den Nachweis handelt, dass der Unternehmer nach den Vorschriften seines Herkunftslandes befugt ist, die konkrete Leistung zu erbringen.⁶² Maßstab ist dabei das objektive Vorliegen der Berufsausübungsbefugnis, die zur Erbringung der Leistung nach den einschlägigen Vorschriften erforderlich ist.⁶³ Unter „Befugnis“ sind somit sowohl allgemeine, als auch spezielle Genehmigungen oder Berechtigungen zu verstehen.⁶⁴ Dabei kommen insbesondere Nachweise über Berechtigungen nach der Gewerbeordnung bzw. des Ziviltechnikergesetzes in Betracht. Entscheidend ist also, dass der jeweilige Unternehmer eine entsprechende Befugnis in seinem Herkunftsland hat.⁶⁵ Sinn der Einschränkung der Vergabe an ausschließlich befugte Unternehmer ist, dass diese ein gewisses Maß an technischem Wissen und praktischer Erfahrung vorweisen können, um einen bestimmten Qualitätsstandard sicherstellen zu können.⁶⁶ Weiters muss die vorliegende Berechtigung eben dem Auftragsgegenstand entsprechen, es kann sich also nicht um „irgendeine“ Befugnis handeln.⁶⁷ Eine Eintragung in einer Liste des Auftraggeberstaates darf von Seiten des Auftraggebers nicht zu einer Bevorzugung bzw. Benachteiligung eines Unternehmers führen⁶⁸ und schon gar

⁵⁹ *Schenk*, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [41]

⁶⁰ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

⁶¹ *Gölles*, Systematik der Qualifikation von Bauunternehmen - BVergG 2002, ZVB 2002/99 [2]

⁶² Vgl. auch *Sachs/Hahn*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2005) [Rz 10.33.]

⁶³ BVA 6.10.2004, 17N-81/04-34

⁶⁴ *Sachs/Hahn*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]

⁶⁵ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 2 zu § 53]

⁶⁶ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [4]

⁶⁷ *Pachner*, Prüfung der Angebote, in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005) [47]

⁶⁸ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien

nicht von den Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden.⁶⁹ Für in Österreich niedergelassene Unternehmer ist der diesbezügliche Nachweis durch die in Österreich vorgesehenen Bescheinigungen zu erbringen. Die Vorlage eines Firmenbuchauszuges⁷⁰ reicht demnach nicht hin, die Gewerbeberechtigung nachzuweisen, weil bei der Eintragung ins Firmenbuch diese Angabe des Anmeldenden ungeprüft eingetragen wird.⁷¹ Als Nachweismittel kommen dabei Urkunden, Bescheinigungen oder eidesstattliche Erklärungen über die Eintragung im Berufs- oder Handelsregister des Herkunftslandes oder bei Dienstleistungsaufträgen eine Berechtigung zur Ausführung im Herkunftsland oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der Dienstleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation in Betracht.⁷²

3.2 Technische Leistungsfähigkeit

Während also bei der Prüfung der Befugnis im Wesentlichen das Vorliegen der erforderlichen Berechtigungen geprüft wird, verlangt die Prüfung hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit vor allem ein genaues Eingehen auf den Geräte- bzw. Personalstand des jeweiligen Unternehmers und eine Evaluierung der bislang erbrachten Leistungen. Bei der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit wird also die Leistungserbringungskapazität⁷³ des Unternehmers in technischer Hinsicht näher durchleuchtet.⁷⁴ „*Ein Bewerber ist dann als leistungsfähig anzusehen, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er Gewähr für die Erbringung der geforderten Leistung innerhalb der Vertragsfrist bietet.*“⁷⁵ Die diesbezüglich zulässigen Nachweise sind zwar einigermaßen deckungsgleich, jedoch nicht einheitlich für Liefer-, Bau- und Dienstleistungsaufträge geregelt. Die Nachweise⁷⁶, die der Auftraggeber fordert, sind gemäß § 79 Abs. 2 BVergG 2006 in den Ausschreibungsunterlagen aufzunehmen, soweit sie nicht bereits entsprechend § 46 Abs. 3 leg. cit. in der Bekanntmachung angeführt sind.⁷⁷ Grundsätzlich entscheidet der Auftraggeber, welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung vorzulegen sind. Es ist nicht Inhalt des Gesetzes, Auftraggeber in ihrer Befugnis zu

⁶⁹ EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux

⁷⁰ So noch *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [112]

⁷¹ RV 1087 BlgNR XXI. GP

⁷² *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [40]

⁷³ *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 57]

⁷⁴ *König*, Vergaberecht in der Praxis (2000) [70]

⁷⁵ *Heiermann/Riedl/Rusam* (Hrsg.), Handkommentar zur VOB¹¹ (2008) [Rn 22 zu § 25 VOB/A]; *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [150]

⁷⁶ Vgl. auch *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [114f]

⁷⁷ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [35]

beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen erforderlich ist⁷⁸, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweisen oder Beweismitteln die finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit dargetan werden kann.⁷⁹ Welche Nachweise der jeweilige Auftraggeber verlangt, liegt also in seinem lediglich durch das Sachlichkeitsgebot, das Nichtdiskriminierungsgebot und das Verhältnismäßigkeitsgebot determinierten Ermessen.⁸⁰

Damit ist *Gölles* zu folgen, wonach die von einem Auftraggeber konkret geforderten Referenzen insoweit auch dem Sachlichkeitsgebot zu entsprechen haben, als dass sie eine fachliche Anknüpfung zum Ausschreibungsgegenstand haben müssen.⁸¹ So bestimmt auch § 70 Abs. 1 BVergG 2006, der insofern als Konkretisierung des allgemeinen, im Gemeinschaftsrecht geltenden⁸², Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesehen werden kann, dass Nachweise von Unternehmern nur so weit verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.⁸³ *Schenk* bezeichnet diese sachliche Einschränkung der forderbaren Nachweise etwa als „Übermaßverbot“.⁸⁴ Dieser Bestimmung lässt sich somit, neben der grundsätzlichen Unternehmensbezogenheit der Eignungskriterien, auch eine gewisse Projektbezogenheit entnehmen, die allerdings vom Grundsatz der Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien unterschieden werden muss.⁸⁵ Die technische Leistungsfähigkeit ist daher stets in Bezug auf das jeweils ausgeschriebene Vorhaben zu beurteilen.⁸⁶ Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen. Bei kleineren Auftragswerten ist es selbstverständlich nicht geboten, aufwendige Nachweismittel für die Eignung anführen zu müssen. Im Gegenteil: Wie sich aus § 70 Abs. 1

⁷⁸ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

⁷⁹ RV 1171 BlgNR XXII. GP; EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

⁸⁰ BVA 13.02.2004, 03N-140/03-24; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 5 zu § 57]

⁸¹ *Gölles*, Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien - aktuelle Praxisfälle, ZVB 2002/51 [2]

⁸² Vgl. etwa EuGH 20.02.1979, Rs 122/78 SA Buitoni gegen Fonds d'orientation et de régularisation des marchés; *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [94]

⁸³ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]; *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

⁸⁴ *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2004) [41]

⁸⁵ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 6 zu § 57]

⁸⁶ BVA 08.09.1995, N-7/95-14; *Sachs/Hahnl*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 10.2.]

BVergG 2006 ergibt, müssen die geforderten Nachweise in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen.⁸⁷

3.3 Zuverlässigkeit

Als zuverlässig gilt ein Bieter, der die Gewähr für eine sorgfältige und ordnungsgemäße, den rechtlichen und technischen Normen entsprechende Leistung zum vereinbarten Termin bietet.⁸⁸ Der Rahmen der Unzuverlässigkeit eines Unternehmers wird dabei abschließend in den §§ 68, 72, 73 und 129 Abs. 1 Z 8 normiert. Als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 hat der Auftraggeber von Unternehmern den Nachweis zu verlangen, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs. 1 BVergG 2006 vorliegt, also keiner der sogenannten „K.O.-Kriterien“⁸⁹ erfüllt ist. Die Eignungskriterien und so auch die berufliche Zuverlässigkeit werden dann zu K.O.-Kriterien, wenn nicht jeweils eine mindestens 100-prozentige Erfüllung gegeben und auch nachgewiesen ist.⁹⁰ Dabei ist das BVergG 2006 mit der Definition der Zuverlässigkeit sehr zurückhaltend; lediglich die Auswirkungen von Verletzungen des AuslBG auf die berufliche Zuverlässigkeit eines Bieters bzw. Bewerbers werden ausführlicher geregelt.⁹¹ Die Kriterien für die Zuverlässigkeit sind dabei im Wesentlichen im Gemeinschaftsrecht vorgezeichnet und dürfen auf nationaler Ebene nicht erweitert werden.⁹²

Die Zuverlässigkeit ist ein gewerberechtlicher Begriff⁹³ (vgl. § 87 Abs. 1 Z 3 GewO 1994) und ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn wesentliche Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz vorliegen, der Bieter qualifiziert unrichtige Angaben über für das Vergabeverfahren wesentliche Tatbestände macht, wie etwa erheblich falsche Angaben zu geforderten Referenzen, sowie wiederholte Termin- oder Kostenüberschreitungen, die der Sphäre des Bieters zuzurechnen sind. So orientiert sich auch nach *Vöhringer-Gampper* der Begriff der persönlichen Zuverlässigkeit am § 35 der deutschen GewO und umfasst sowohl korrektes Verhalten an sich, als auch die Einhaltung der öffentlichen Vorschriften, wie unter anderem des Bauordnungsrechts, der Umweltschutzbestimmungen, oder der Arbeitsschutz-

⁸⁷ RV 1171 BlgNR XXII. GP

⁸⁸ *Gölles*, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [1]

⁸⁹ Vgl. *Öhler*, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997) [55]

⁹⁰ *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [2]

⁹¹ *König*, Vergaberecht in der Praxis (2000) [71]

⁹² EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux

⁹³ *Pachner* in *Schramm/Aicher* (Hrsg), Vergaberecht und PPP II (2005) [47]

und Unfallverhütungsvorschriften.⁹⁴ Somit ist auch nach der deutschen Vergaberechtsliteratur eine positive gewerberechtliche Zuverlässigkeitsbeurteilung als wesentliches Indiz für die Zuverlässigkeit im Sinne der VOB/A anzusehen.⁹⁵

Ausdrücklich ordnet der nunmehrige § 72 BVergG 2006 an, dass kein Verstoß gegen die im § 68 Abs. 1 BVergG 2006 normierten Ausschließungsgründe vorliegen darf. Dieser Katalog von Ausschlussgründen wird durch die diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien abschließend angeführt.⁹⁶ Diese Ausschlussgründe beinhalten⁹⁷ unter anderem die Kenntnis des Auftraggebers von der rechtskräftigen Verurteilung des Unternehmers bzw. von den in der Geschäftsführung tätigen physischen Personen bzw. die nachweisliche Feststellung einer schweren beruflichen Verfehlung. Durch das BVergG 2006 neu hinzugekommen sind auch die verpflichtenden Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006, bei deren Vorliegen ein Bieter bzw. Bewerber jedenfalls auszuschließen ist. Zu diesen zählen die rechtskräftige Verurteilung wegen Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation, Bestechung, Betrug, Untreue, Geschenkkannahme, Förderungsmisbrauch oder Geldwäsche.⁹⁸ Weiters hat⁹⁹ der Auftraggeber entsprechend dem erwähnten Ausschlusskatalog - unbeschadet der Abs. 2 und 3 *leg. cit.* - insbesondere solche Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen¹⁰⁰, gegen die ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde.¹⁰¹

Aus dem Umfang der in den Vergaberichtlinien bzw. im BVergG 2006 geregelten Kriterien und Nachweisen folgt, dass Gegenstand der Zuverlässigkeitsprüfung sowohl berufliche Handlungen bzw. Verhaltensweisen als auch rechtliche Merkmale bzw. Eigenschaften sein können.¹⁰² Als solche Handlungen kommen sowohl solche einzelner Personen (z.B. Bestechungsdelikte), als auch Tätigkeiten, die dem Unternehmen als solches zugeordnet werden können (z. B. Steuerhinterziehung) in Betracht. Die Zuverlässigkeit weist daher

⁹⁴ Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 29]

⁹⁵ Heiermann/Riedl/Rusam (Hrsg.), Handkommentar zur VOB (2003) [Rz 7 zu § 2 Nr 1]

⁹⁶ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien

⁹⁷ Vgl. auch Gölles, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [2]

⁹⁸ Sachs/Hahn, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [79]

⁹⁹ Fink/Schiefer in, Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [407]; BVA 25.08.1998, N-8/98-16

¹⁰⁰ Gölles, Systematik der Qualifikation von Bauunternehmen - BVergG 2002, ZVB 2002/99 [1]

¹⁰¹ Preslmayr & Partner Rechtsanwälte, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [117f]

¹⁰² Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [14]

sowohl ein persönliches als auch ein betrieblich-sachliches Element auf.¹⁰³ Als rechtliche Eigenschaften eines Unternehmens kommen vor allem die Tatbestände Konkurs, Ausgleich bzw. in Zukunft Insolvenz und Liquidation in Betracht. Als Charakteristikum der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit kann ferner genannt werden, dass bei ihrer Beurteilung überwiegend¹⁰⁴ auf das Verhalten des Unternehmens in der Vergangenheit geachtet wird.¹⁰⁵ Bei dieser vergangenheitsbestimmten Bewertung darf jedoch nicht darauf vergessen werden, dass auch die Zuverlässigkeit stets in Bezug auf die konkret ausgeschriebene Leistung beurteilt werden muss. Hier zeigt sich auch die meines Erachtens größte Problematik der Zuverlässigkeitsprüfung: Der öffentliche Auftraggeber muss aufgrund von in der Vergangenheit liegenden Ereignissen die Eignung eines Unternehmers für einen in der Zukunft liegenden Auftrag beurteilen.

3.4 Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

3.4.1 Die erforderlichen Ressourcen

Als Ergänzung des Ausschlusses eines Unternehmers vom Vergabeverfahren wegen der Eröffnung bzw. Abweisung eines Konkurs-, Ausgleichs-, oder sonstigen Insolvenzverfahrens, kann der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit angesehen werden. Bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geht es um Ressourcen wirtschaftlicher bzw. finanzieller Art¹⁰⁶. Dabei werden die materiellen und immateriellen Ressourcen der Unternehmer den jeweiligen Anforderungen aus der Leistungserbringung gegenüber gestellt.¹⁰⁷ Entscheidend ist dabei, ob diese Anforderungen auch in den genannten Kapazitäten der Unternehmen Deckung finden. Können diese Erfordernisse nämlich durch das bietende bzw. sich bewerbende Unternehmen nicht selbst erfüllt werden, so kann der Unternehmer fehlende Kapazitäten etwa durch die Bildung einer Arbeitsgemeinschaft oder durch die Beauftragung von Subunternehmern kompensieren.

Ein spezifischer Unterschied zwischen der geforderten wirtschaftlichen und der finanziellen Leistungsfähigkeit ist nicht leicht aufzuzeigen. Allenfalls könnte man argumentieren, dass die Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sämtliche Ressourcen samt den Finanzmitteln

¹⁰³ Heiermann/Riedl/Rusam (Hrsg.), Handkommentar zur VOB (2003) [Rz 7 zu § 2 Nr 1]

¹⁰⁴ Vgl. demgegenüber § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006

¹⁰⁵ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

¹⁰⁶ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 2 zu § 56]

¹⁰⁷ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [5]

vor Augen hat, während bei der Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit lediglich diese finanziellen Ressourcen bewertet werden. *Schwarz* erachtet liquide Mittel, Beteiligungen, Wertpapiere, nicht betriebsnotwendiges Anlage- und Umlaufvermögen als solche finanzielle Ressourcen.¹⁰⁸ Auch nach der meines Erachtens richtigen Ansicht von *Heid*, könnten mit der finanziellen Potenz eines Unternehmers vor allem die kurzfristig realisierbaren, also liquiden Mittel für die Dauer der Vertragsabwicklung - ohne Gewährleistungs- und Schadenersatzphase - gemeint sein.¹⁰⁹ Die Prüfung der finanziellen Leistungsfähigkeit zielt daher primär auf die Höhe der liquiden Mittel und Verbindlichkeiten ab.

Sinn der Forderung nach wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit ist das berechtigte Interesse eines Auftraggebers, nur mit solchen Bietern kontrahieren zu müssen, die voraussichtlich sämtliche Verpflichtungen, dazu zählt etwa auch die Mangelbehebung bei bereits erbrachter Leistung, erfüllen werden können.¹¹⁰ Für den Auftraggeber geht es primär darum, ob ihm durch die Beauftragung des Bieters bzw. Bewerbers im Hinblick auf eine Überschuldungs- bzw. Insolvenzgefahr oder voraussichtliche Liquiditätsengpässe ein nicht tragbares Risiko erwächst, oder aber eine vertragsgemäße Abwicklung zu erwarten ist¹¹¹, der Unternehmer den erteilten Auftrag also aller Voraussicht nach auch „durchstehen“ wird.¹¹² Die diesbezüglich erforderlichen Kapazitäten waren lange Zeit nur sehr eingeschränkt durch andere Unternehmer substituierbar. Etwa konnte die fehlende finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im BVergG 2002 insbesondere nur bei tatsächlicher Verfügbarkeit und durch verbundene Gesellschaften oder durch Mitglieder einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft ergänzt bzw. überhaupt erst hergestellt werden. Nunmehr bestimmt § 76 Abs. 1 BVergG 2006, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen, stützen kann. In diesem Fall muss der die „fremden“ Mittel in Anspruch nehmende Unternehmer jedoch den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß

¹⁰⁸ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [11]

¹⁰⁹ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [150]

¹¹⁰ Vgl. auch *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 54]

¹¹¹ *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 5 zu § 52]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16

¹¹² *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [77]

nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.¹¹³ Die diesbezügliche Regelung ist neu und stellt eine Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH zu dieser Fragestellung dar.¹¹⁴

Die einschlägige Richtlinie¹¹⁵ bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten auch die Einrichtung von offiziellen Verzeichnissen von Bewerbern bzw. Unternehmern oder eine Zertifizierung durch öffentliche oder privatrechtliche Stellen vorsehen können. Dabei wurde die einschlägige Rechtsprechung des EuGH durch die Gemeinschaftsgesetzgeber insofern berücksichtigt, als ein Bieter in den Fällen, in denen er sich der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Kapazitäten anderer Unternehmer bedient, den Nachweis erbringen muss, dass er während der gesamten Dauer der Eintragung in ein solches Verzeichnis, effektiv über die Kapazitäten der anderen Unternehmer verfügt. Für die Eintragung in ein solches Verzeichnis kann ein Mitgliedstaat einerseits ein zu erreichendes Leistungsniveau und andererseits, wenn sich der betreffende Wirtschaftsteilnehmer beispielsweise auf die Finanzkraft eines anderen Unternehmens stützt, insbesondere die Übernahme einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung vorschreiben.¹¹⁶

Ein Auftraggeber kann somit einen Unternehmer nicht mehr alleine deshalb ausschließen, weil der Bieter nicht selbst über die erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt. Stets hat der Auftraggeber einen eventuell vorgelegten Nachweis dieses Bieters zu beachten, aus dem hervorgeht, dass er über die wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten eines anderen Unternehmers tatsächlich verfügt.¹¹⁷ Diese Substituierung steht dabei meines Erachtens in einem Spannungsverhältnis zum zwingenden Ausschluss wegen der Einleitung eines Insolvenzverfahrens, weshalb dieser Widerspruch noch gesondert zu behandeln sein wird.

Die Normierung von K.O.-Kriterien erscheint beim Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit äußerst problematisch. Während etwa das Vorliegen der erforderlichen Gewerbeberechtigung nur mit „ja“ oder „nein“ beantwortet werden kann, somit einer Nominalskala prinzipiell zugänglich ist, so bedarf hinsichtlich der wirtschaftlichen

¹¹³ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II; EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

¹¹⁴ RV 1171 BlgNR XXII. GP.

¹¹⁵ RL 2004/18/EG

¹¹⁶ Siehe Erwägungsgrund 45 der RL 2004/18/EG.

¹¹⁷ RV 1171 BlgNR XXII. GP [36]

Leistungsfähigkeit, bereits die Evaluierung der zur Beurteilung erforderlichen Kriterien einer näheren Untersuchung. So müssen die verschiedenen Aspekte zuerst eruiert und dann in ein Verhältnis zueinander gebracht werden. Etwa darf meines Erachtens eine erhöhte Finanzierung durch Fremdkapital nicht losgelöst von der dem Unternehmen grundsätzlich zugedachten Finanzierungsform betrachtet werden. Weiters ist zu bedenken, dass je nach Auftragsart und -umfang eine andere wirtschaftliche Leistungsfähigkeit erforderlich sein wird. Nach *Schwarz* ist daher die Evaluierung einiger Detailkriterien zur Leistungsfähigkeit nur anhand einer Kardinalskala sinnvoll, weil nur so eine inhaltliche Abstufung vorgenommen werden kann.¹¹⁸ Die Schwierigkeit liegt nunmehr darin, dass die abschließende Beurteilung der Leistungsfähigkeit aufgrund des Charakters der Eignungskriterien als Mindestanforderung¹¹⁹ ebenfalls nur anhand einer Nominalskala erfolgen darf. Ein Unternehmer ist entweder als geeignet anzusehen, oder eben nicht. Der Auftraggeber muss daher für die konkret ausgeschriebene Leistung die Grenze definieren, ab der ein potenzieller Auftragnehmer als leistungsfähig angesehen werden kann.

3.4.2 Die möglichen Nachweismittel

Als Nachweis für das Vorliegen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit kommen eigene Nachweise, Nachweise von anderen, insbesondere von verbundenen Unternehmen, wenn eine tatsächliche Verfügbarkeit über deren wirtschaftlichen und finanziellen Ressourcen vom Bieter nachgewiesen wird, Nachweise von Mitgliedern einer Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaft¹²⁰ sowie eben auch seit dem Inkrafttreten des BVergG 2006 Nachweise von Subunternehmern in Betracht. § 74 BVergG 2006 setzt dabei die Regelung des Art. 47 der RL 2004/18/EG um. Durch die Novelle zum BVergG 2006¹²¹ kommt grundsätzlich auch die sogenannte Eigenerklärung als - vorläufiger - Nachweis in Betracht. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Auftraggeber oberhalb der Schwellenwerte zumindest vom präsumtiven Zuschlagsempfänger die Vorlage der festgelegten Nachweise zu verlangen hat. Der Rahmen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird im BVergG 2006 insbesondere in den §§ 70 und 74 umfassend abgesteckt, während die möglichen Nachweise nur demonstrativ, also nicht abschließend

¹¹⁸ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [6]

¹¹⁹ *Elsner*, Eignungsprüfung - Angebotsprüfung - Zuschlagserteilung, ZVB 2001/50 [50]

¹²⁰ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 3 zu § 56]

¹²¹ RV 327 BlgNR XXIV. GP

geregelt werden.¹²² Als weitere Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit werden allerdings wohl nur solche in Frage kommen, welche zumindest eine gleichwertige Aussagekraft wie die in der genannten gesetzlichen Bestimmung angeführten enthalten.¹²³ Nach *Elsner* ist eine effektive Methode, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu beurteilen, die Forderung nach der Beibringung finanzieller Sicherheiten, denn ist der Bieter dazu noch in der Lage, so ist seine von der Bank notwendigerweise geprüfte Kreditwürdigkeit zumindest noch gegeben.¹²⁴

Allgemein ist anzuführen, dass der dem Auftraggeber nachzuweisende Haftungsfond dem, insbesondere im § 70 Abs. 1 BVergG 2006 konkretisierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, entsprechen muss.¹²⁵ Somit gilt auch für das Kriterium der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, dass Nachweise von einem Unternehmer nur soweit verlangt werden dürfen, als diese durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind.¹²⁶ Als Nachweise kann der Auftraggeber insbesondere¹²⁷ eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft), einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung, die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist, eine Solidarhaftungserklärung von Subunternehmern sowie eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den tätigkeitsbezogenen Umsatz, jedoch höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre, verlangen. Die Aufteilung einer möglichen Solidarhaftung im Innenverhältnis ist dabei alleine dem Verantwortungsbereich der Unternehmer zu überlassen.¹²⁸ Auch Auskünfte der einschlägigen Kreditschutzverbände sowie Auskunftsteilen kommen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Frage. „Wesentlich erscheint die Kenntnis über das haftende Eigenkapital, ob dieses in Relation zur Größe des Auftrages steht und ob allenfalls eine Überschuldung vorliegt.“¹²⁹ Die im § 56 Abs. 2 BVergG 2002 noch enthaltenen „speziellen Nachweise“ sind teilweise entfallen, da es sich nach der Auffassung des Gesetzgebers diesbezüglich um Nachweise der Zuverlässigkeit der Unternehmer gehandelt hat.¹³⁰ Weiters

¹²² *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [40]

¹²³ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 5 zu § 56]

¹²⁴ *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 54]

¹²⁵ RV 1171 BlgNR XXII. GP [64]

¹²⁶ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 6 zu § 52]; *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]

¹²⁷ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [113]

¹²⁸ RV 1171 BlgNR XXII. GP [64]

¹²⁹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 5 zu § 56]; AB 1118 BlgNR XXI. GP [44]; AB 1171 BlgNR XXII. GP [64];

¹³⁰ RV 1171 BlgNR XXII. GP [65]

besteht für einen Unternehmer, der aus einem berechtigten Grund die vom Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen kann, die Möglichkeit, seine Leistungsfähigkeit durch andere, vom Auftraggeber als geeignet erachtete Nachweise darzutun.¹³¹

4. Der Einfluss einer Insolvenz auf die Eignung eines Unternehmers

4.1 Die erfassten Insolvenzverfahren

§ 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 normiert die Verpflichtung¹³² des Auftraggebers, Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, gegen die ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde. Dabei weicht die gewählte Formulierung gegenüber dem BVergG 2002 insoweit ab, als dieser Tatbestand nunmehr um die Einleitung eines Insolvenzverfahrens, Vergleichsverfahrens bzw. Zwangsausgleiches erweitert wurde. Den Materialien der Regierungsvorlage ist diesbezüglich zu entnehmen, dass bewusst die weite Aufzählung der entsprechenden Richtlinienregelung (Art. 45 Abs. 2 der RL 2004/18/EG) übernommen wurde, da auch in anderen Staaten vorgesehene Verfahren, durch die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmers in Frage gestellt wird, erfasst werden sollen.¹³³ Die weite Formulierung soll somit gewährleisten, dass auch in anderen Staaten eingeleitete Insolvenzverfahren zum Ausschluss des betroffenen Bieters bzw. Bewerbers führen.¹³⁴ Weiters ist dieser Formulierung auch zu entnehmen, dass es bei diesem Ausschlussgrund primär um Zweifel hinsichtlich der finanziellen bzw. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Unternehmers geht.

Demnach entschied sich der österreichische Gesetzgeber also bewusst für eine im Vergleich zur älteren Regelung umfassendere Bestimmung. Sämtliche Verfahren, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmers in Frage stellen, sollen nach dem erklärten Willen des Rechtsetzers zu einem zwingenden Ausschluss des betroffenen Unternehmers führen. Fraglich ist dabei, an welche Verfahren dabei in concreto gedacht wurde. Manche Kommentierungen zum BVergG 2006 begnügen sich hinsichtlich dieser

¹³¹ Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006) [41]

¹³² Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003) [69]

¹³³ RV 1171 BlgNR XXII. GP [60]

¹³⁴ Vgl. Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Online-Kommentar BVergG 2006 (2005) [§ 68]; abrufbar unter <http://www.ibb.tuwien.ac.at/index.php?id=3324>

Frage mit den Ausführungen, dass in Österreich das Konkursverfahren traditionell auf die Liquidierung des insolventen Unternehmens, das Ausgleichsverfahren, bei dem mindestens 40 % der Gläubigerforderungen erfüllt werden müssen, dagegen auf eine Sanierung des Schuldners abzielt. In jüngerer Zeit biete aber auch die Konkursordnung Möglichkeiten zur Sanierung. So müssten bei einem Zwangsausgleich lediglich 20 % der Forderungen der Konkursgläubiger erfüllt werden.¹³⁵ Diese Ausführungen lassen jedoch die mit dieser weiten Formulierung verbundene Problematik weitgehend unberücksichtigt (und sind durch das Inkrafttreten der Insolvenzordnung ohnehin obsolet geworden). Während einerseits Verfahren erfasst werden sollen, deren primäres Ziel die Liquidierung des vorhandenen Vermögens ist, um quotative Gläubigerbefriedigung zu erreichen, so werden von diesem Ausschlussstatbestand andererseits auch solche Verfahren erfasst, die eigentlich ausdrücklich der Sanierung und damit dem Fortbestand des Unternehmens gewidmet wurden. Dazu zählt insbesondere auch das mit dem Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 neu geschaffene Sanierungsverfahren. Hintergrund dieser tiefgreifenden Novellierung ist das Bestreben des Bundes, auch angesichts der gegenwärtigen Wirtschaftskrise, die Sanierung von finanziell angeschlagenen Unternehmen zu erleichtern. Durch die verstärkte Ausprägung des Fortführungsgedankens sollen vor allem auch Arbeitsplätze gesichert werden.¹³⁶ Im Gegensatz zu anderen Gesetzen führte die tiefgreifende Insolvenzrechtsnovelle 2010 im BVergG 2006 jedoch weder zu einer inhaltlichen, noch zu einer terminologischen Anpassung. Die bewusst weite Formulierung des Insolvenzausschlussstatbestandes umfasst wohl nach Ansicht des Gesetzgebers auch die Einleitung bzw. Abweisung eines Insolvenzverfahrens nach der neu geschaffenen Insolvenzordnung.

Dies mutet meines Erachtens etwas grotesk an. Einerseits strebt der Gesetzgeber nach Verfahren und damit auch gesetzlichen Regelungen, die das Überleben von Wirtschaftsteilnehmern und damit auch den Fortbestand von Arbeitsplätzen sichern sollen, verwehrt dann jedoch genau solchen wirtschaftlich ohnehin schon schwachen Unternehmern jegliche Teilnahmemöglichkeit am Wettbewerb um die Vergabe von Leistungen. Dabei ist zu bedenken, dass ein abstraktes - ohne Bezugnahme auf die von dem Unternehmer zu erbringende Leistung - Absprechen der Eignung eines Unternehmers einen gravierenden Eingriff in die Wettbewerbschancen des Unternehmers darstellt.¹³⁷ Gerade in Bereichen, bei

¹³⁵ Vgl. Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Online-Kommentar BVergG 2006 (2005) [§ 68]; abrufbar unter <http://www.ibb.tuwien.ac.at/index.php?id=3324>; *Fink/Herbert*, Insolvenzrecht (1999) [52ff]

¹³⁶ *Casper*, Insolvenzrechtsnovelle 2010, Lexikon 01/2010 [1]

¹³⁷ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; vgl. auch *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 51]

denen die öffentliche Hand als alleiniger Auftraggeber auftritt (vor allem im Straßen-, bzw. großvolumigen Anlagen- sowie Ingenieurbau), führt dieser absolut und undifferenziert wirkende Ausschluss¹³⁸ zu einer regelrechten Verbannung von jeglichen Umsatzmöglichkeiten.

Dem gegenüber führt etwa die Einleitung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens entsprechend der deutschen Rechtslage nicht bzw. nicht zwingend zu einem Ausschluss des betroffenen Unternehmers.¹³⁹ Weiters stellt auch zweifelsfrei die Einleitung eines Reorganisationsverfahrens nach dem Unternehmensreorganisationsgesetz (URG) sowie das Betreiben von Verhandlungen bezüglich eines außergerichtlichen Ausgleichs, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers zumindest gleichwertig in Frage, wie die Einleitung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens. Nach § 1 Abs. 3 URG ist Reorganisationsbedarf insbesondere bei einer vorausschauend feststellbaren wesentlichen und nachhaltigen Verschlechterung der Eigenmittelquote anzunehmen. Das Eigenkapitalersatzgesetz setzt gar das Absinken der Eigenmittelquote eines Unternehmens unter 8 %, bei einer fiktiven Schuldentilgungsdauer von mehr als 15 Jahren, mit den Insolvenztatbeständen „Überschuldung“ und „Zahlungsunfähigkeit“ gleich, es sei denn, die Gesellschaft bedarf nicht der Reorganisation. Darüber hinaus scheint es mir nur schwer begründbar, warum gerade der Formalismus der Einleitung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens zu der schwerwiegenden Sanktion des Ausscheidens führen soll, während man sich bei dem Versuch, die Illiquidität durch außergerichtliche Maßnahmen zu beseitigen, gerade nicht dieser schwerwiegenden Folge ausgeliefert sieht. Umso problematischer erscheint darüber hinaus noch der Umstand, dass für die Einleitung eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens gemäß § 1 Abs. 1 AO bzw. eines Sanierungsverfahrens nach § 267 Abs. 2 IO, bereits die drohende Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers ausreicht, er also zum Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung zumindest noch zahlungsfähig ist. Ist also ein Unternehmer nach dem Willen des Gesetzgebers alleine deshalb von sämtlichen Vergabeverfahren und damit auch von einem beträchtlichen Teil des nachfragenden Marktes auszuschließen, weil er noch zeitgerecht versucht, die Verwertung seines Vermögens durch betriebswirtschaftliche bzw. rechtliche Maßnahmen zu verhindern? Die weiteren Ausführungen sollen sich dieser Frage näher widmen.

¹³⁸ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [10]; BVA 23.3.1998, F-13/97-29; *Sachs/Hahl*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 17.19.]

¹³⁹ *Pachner*, Prüfung der Angebote, in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005) [37ff]

5. Die Beurteilung der Teilnehmer im Rahmen des Gemeinschaftsrechts

Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung ist im Wesentlichen die RL 2004/18/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge sowie frühere Koordinierungsrichtlinien in den genannten Bereichen. Der Betrachtungsschwerpunkt liegt daher im Regelungskreis der klassischen Auftragsvergabe. Die nachstehenden Ausführungen können daher nicht unreflektiert auf den Sektorenbereich übertragen werden, der teilweise wesentlich und vor allem in der Regelungsdichte von dem klassischen Bereich abweicht. Eingangs sei auch darauf verwiesen, dass die EG-Vergaberichtlinien nur die Vergabe im Oberschwellenbereich regeln¹⁴⁰. Der Unterschwellenbereich unterliegt somit grundsätzlich nicht den gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien.¹⁴¹

5.1 Die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften im Unterschwellenbereich

Für Vergaben im Unterschwellenbereich gelten entsprechend der ständigen Rechtsprechung des EuGH¹⁴², die gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze sowie insbesondere auch die sich aus dem Diskriminierungsverbot ergebende Verpflichtung zur Transparenz.¹⁴³ Bereits in einer Entscheidung des EuGH aus dem Jahre 1982¹⁴⁴, wurde der Zusammenhang zwischen den Grundfreiheiten des Binnenmarktes und den einschlägigen Vergaberichtlinien ausdrücklich hergestellt.¹⁴⁵ Das Gemeinschaftsrecht entfaltet somit bereits vor dem Erlass der ersten Richtlinie auf dem Gebiet des Vergaberechts, der Liberalisierungsrichtlinie 1971¹⁴⁶, durch die unmittelbare Anwendbarkeit der primärrechtlich normierten Grundfreiheiten des Binnenmarktes, Wirkungen auf die jeweiligen nationalen vergaberechtlichen Regelungen¹⁴⁷. So verpflichten auch im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe insbesondere die Bestimmungen des AEUV hinsichtlich des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs¹⁴⁸ die

¹⁴⁰ Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006) [2]

¹⁴¹ Fruhmann/Mayr, Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92

¹⁴² Vgl. etwa EuGH, Rs C-59/00 Bent Moustens Vestergaard; EuGH, Rs C-324/98 Telaustria; u.a.

¹⁴³ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 2 der RL 2004/18/EG

¹⁴⁴ EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux

¹⁴⁵ Schima, Wettbewerbsfremde Regelungen - falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof?, ZVB 2002, 57 [3]

¹⁴⁶ Fruhmann, Die Rechtsprechung des EuGH im Vergabewesen, ÖZW 1998, 33 [1]

¹⁴⁷ Jurka, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [13]

¹⁴⁸ Art 28 und 49 EGV; Aicher, EWR-Vertrag und Europäisierung der öffentlichen Auftragsvergabe, WBl 1992, 273 [2]

Mitgliedstaaten, Bieter aus anderen Staaten der Gemeinschaft nicht zu diskriminieren. Kraft der Verpflichtung zur Transparenz¹⁴⁹ muss der Auftraggeber zugunsten potenzieller Bieter einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit sicherstellen, der den betreffenden Markt (Lieferungen, Bau- oder Dienstleistungen) dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden.¹⁵⁰ So ist auch der Vergaberichtlinie 2004/18/EG zu entnehmen, dass die Prüfung der Eignung der Bieter im Rahmen von offenen Verfahren und der Bewerber im Rahmen von nicht offenen Verfahren und von Verhandlungsverfahren mit Veröffentlichung einer Bekanntmachung, sowie im Rahmen des wettbewerblichen Dialogs und deren Auswahl unter transparenten Bedingungen, erfolgen sollen.¹⁵¹ Alleine die Publizität eines Vergabeverfahrens garantiert nämlich, dass auch ausländische Unternehmer von einem Leistungswunsch eines Staates Kenntnis erlangen.

Aus diesen gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen resultiert daher bereits ein gewisser Mindeststandard für Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich in Bezug auf Veröffentlichungen, Wahl von transparenten Vergabeverfahren, Setzen angemessener Fristen u.a.m. Darüber hinaus sind aber auch grundsätzliche Transparenzregelungen für Leistungsvergaben erforderlich, um den gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen Genüge zu tun.¹⁵² Auch aus der Judikatur des VfGH folgt, dass - falls der Gesetzgeber spezifische vergaberechtliche Regelungen sowohl im materiellrechtlichen Bereich wie auch beim Rechtsschutz einführt (im Oberschwellenbereich ist dies gemeinschaftsrechtlich geboten) - es verfassungsrechtlich erforderlich ist, ein, wenn auch zulässiger Weise vereinfachtes, vergabespezifisches Regime für den Unterschwellenbereich zur Verfügung zu stellen.¹⁵³ Die Vergaberichtlinien haben somit primär Ergänzungs- und Konkretisierungsfunktion und zielen auf die Harmonisierung der nationalen Vorschriften ab.¹⁵⁴

5.2 Die Wirkungen der RL 2004/18/EG auf die Träger der öffentlichen Gewalt

Die für die Beurteilung der in dieser Arbeit aufgeworfenen Fragestellungen maßgeblichen Richtlinien (2004/17/EG - Sektorenrichtlinie; 2004/18/EG - Richtlinie für klassische

¹⁴⁹ *Jurka*, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [4]

¹⁵⁰ Siehe auch SA des GA Colomer 05.06.2001, Rs C-285, 286/99 Lombardini u Mantovani; EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 *Universale Bau ua.*

¹⁵¹ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 33 der RL 2004/18/EG

¹⁵² RV 1171 BlgNR. XXII. GP [5]

¹⁵³ RV 1171 BlgNR XXII. GP [5]

¹⁵⁴ *Aicher*, EWR-Vertrag und Europäisierung der öffentlichen Auftragsvergabe, WBl 1992, 273 [2]

öffentliche Auftraggeber) wurden am 30. April 2004 im Amtsblatt der Europäischen Union publiziert¹⁵⁵ und mussten von den EU-Mitgliedsstaaten bis zum 31.1.2006 in nationales Recht umgesetzt werden.¹⁵⁶ Dieser Verpflichtung hat der nationale Gesetzgeber durch das BVergG 2006 entsprochen. Dabei sind die gemeinschaftsrechtlichen Richtlinien trotz der grundsätzlich nur „gestuften Verbindlichkeit“¹⁵⁷ für den Rechtsanwender insoweit relevant, als sie in Zweifelsfragen auch zur Auslegung des nationalen Vergaberechts heranzuziehen sind.¹⁵⁸ Die sich aus einer Richtlinie ergebende Verpflichtung der Mitgliedstaaten, das in ihr zum Ausdruck kommende Ziel zu erreichen sowie die Pflicht der Mitgliedstaaten, alle zur Erreichung dieses Zweckes geeigneten Maßnahmen allgemeiner oder besonderer Art zu treffen, bezieht sich dabei auf sämtliche Träger der öffentlichen Gewalt innerhalb eines Staates. Hieraus folgt eben auch die Verpflichtung der staatlichen Institutionen, eine zur Verwirklichung einer Richtlinie erlassene staatliche Norm im Lichte des Wortlautes sowie des Zieles der Richtlinie auszulegen.¹⁵⁹ Dabei ist es *„Sache des nationalen Gerichts, das zur Durchführung der Richtlinie erlassene Gesetz unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen und anzuwenden.“*¹⁶⁰

Selbst wenn der ausdrückliche Wortlaut einer nationalen Regelung dem Sinn und Zweck einer unbedingten und hinreichend konkretisierten Richtlinienbestimmung widerspricht, ist die Verwaltung ebenso wie die Gerichtsbarkeit verpflichtet, diese gemeinschaftsrechtliche Bestimmung anzuwenden und jene Norm des staatlichen Rechts unangewendet zu lassen, die damit nicht im Einklang steht.¹⁶¹ So bestimmt etwa auch Art 288 Abs. 3 AEUV, dass die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat an den sie gerichtet ist, hinsichtlich des zu erreichenden Zieles verbindlich ist, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und Mittel. Dabei ist jedoch von Seiten der Mitgliedstaaten jedenfalls zu beachten, dass die Wahl so getroffen werden muss, dass die praktische Wirksamkeit der Richtlinie am besten gewährleistet wird, wofür der EuGH strenge Anforderungen entwickelt hat. Die Staaten müssen daher die Richtlinien in verbindliche innerstaatliche Rechtsvorschriften, die den Erfordernissen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit genügen, umsetzen. Schlichte

¹⁵⁵ Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006) [2]

¹⁵⁶ Jurka, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [2]

¹⁵⁷ Streinz, Europarecht (2005) [Rz 433]

¹⁵⁸ Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006) [2]

¹⁵⁹ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

¹⁶⁰ EuGH 10.04.1984, Rs 14/83 von Colson und Kamann

¹⁶¹ EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 Fratelli Costanzo SPA

Verwaltungspraktiken, die als solche von der Exekutive beliebig geändert werden können, genügen hierfür jedenfalls nicht.¹⁶² Dem EuGH kommt es somit entschieden auf die Außenwirkung einer innerstaatlichen Norm an, mit der er ein gewisses Maß an Rechtsschutzmöglichkeit verbindet. Weiters kann auch der Einzelne berechtigt sein, sich gegenüber dem Staat auf eine Richtlinienbestimmung zu berufen und zwar in jenen Fällen, in denen die Bestimmungen einer Richtlinie inhaltlich als unbedingt und hinreichend genau¹⁶³ erscheinen und der Mitgliedstaat die jeweilige Richtlinie nicht fristgerecht in nationales Recht umgesetzt oder aber eine unzureichende Umsetzung vorgenommen hat.¹⁶⁴ Insbesondere dann, wenn die Gemeinschaftsorgane die Mitgliedstaaten zu einem bestimmten Verhalten veranlassen möchten, wäre nämlich die nützliche Wirkung („effet utile“) herabgesetzt, wenn sich weder der Einzelne vor einem Gericht auf die Richtlinie berufen könnte, noch das nationale Gericht sie als Bestandteil des Gemeinschaftsrechts berücksichtigen dürfte.¹⁶⁵ Es ist daher einzelfallbezogen zu prüfen, ob die Bezug habende Bestimmung nach ihrer Rechtsnatur, Systematik und ihrem Wortlaut geeignet ist, unmittelbare Wirkungen in den Rechtsbeziehungen eines Mitgliedstaates und dem Einzelnen zu begründen.¹⁶⁶

Die Mitgliedstaaten sind schon aufgrund des Art 4 Abs. 3 EUV verpflichtet, sämtliche geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um die tatsächliche Geltung und Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts bestmöglich zu gewährleisten.¹⁶⁷ Dieser Art 4 Abs. 3 EUV legt den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft drei Handlungspflichten sowie eine Unterlassungspflicht auf: Die Mitgliedstaaten sind einerseits verpflichtet, sämtliche geeignete Maßnahmen - allgemeiner wie besonderer Art - zu treffen, um die Erfüllung des Vertrages bzw. der Handlungen der Gemeinschaftsorgane zu gewährleisten sowie der Gemeinschaft die Erfüllung ihrer Aufgaben zu erleichtern. Andererseits haben die Mitgliedstaaten alle Maßnahmen zu unterlassen, die geeignet sind, die Verwirklichung der Ziele der Gemeinschaft zu gefährden. Die ausdrückliche Normierung dieser Vertragserfüllungspflicht lässt erkennen, dass der genannte Art 4 Abs. 3 EUV nicht nur deklaratorisch den allgemein geltenden völkerrechtlichen Grundsatz „pacta sunt servanda“ widerspiegelt, sondern darüber hinaus geht. Der EuGH sieht im Art 4 Abs. 3 EUV vielmehr den fundamentalen Grundsatz der Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten mit den Gemeinschaftsorganen und leitet hieraus eine

¹⁶² EuGH, Rs 168/85 Kommission/Italien; EuGH, Rs 361/88 Kommission/Deutschland TA-Luft

¹⁶³ EuGH 19.01.1982, Rs 8/81 Becker; EuGH 26.02.1986, Rs 152/84 Marshall

¹⁶⁴ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]

¹⁶⁵ EuGH 05.04.1979, Rs 148/78 Strafverfahren gegen Tullio Ratti

¹⁶⁶ EuGH 04.12.1974, Rs 41/74 Yvonne von Duyen

¹⁶⁷ EuGH 21.09.1989, Rs 68/88 Kommission/Griechenland

Reihe von konkreten Einzelpflichten ab, was die unmittelbare Wirkung des Art 4 Abs. 3 EUV gegenüber den Mitgliedstaaten impliziert.¹⁶⁸ Eine dieser Pflichten ist eben die Umsetzungspflicht von Richtlinien, die ja an sich bereits im Art 288 Abs. 3 AEUV normiert wäre. Konkrete Anforderungen an den Umsetzungsakt stützt der EuGH jedoch auf Art 4 Abs. 3 EUV.¹⁶⁹

5.3 Die Beurteilung der Teilnehmer gemäß der RL 2004/18/EG

Die Abschnitte 1 („Allgemeine Bestimmungen“) und 2 („Eignungskriterien“) des Kapitels VII der Vergaberichtlinie 2004/18/EG regeln die Überprüfung der Eignung und die Auswahl der Teilnehmer sowie die Vergabe des Auftrags. Art 44 der RL 2004/18/EG bestimmt, dass die Auftragsvergabe aufgrund der in den Artikeln 53 und 55 leg. cit. festgelegten Kriterien unter Berücksichtigung des Artikels 24 leg. cit. zu erfolgen hat, nachdem die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Wirtschaftsteilnehmer, die nicht aufgrund von Artikel 45 und 46 RL 2004/18/EG ausgeschlossen wurden, geprüft haben. Dabei unterscheiden die europäischen Vergaberichtlinien im Rahmen eines Verfahrens zur Beschaffung einer Leistung zwischen der Auswahl und Bewertung der teilnehmenden Bieter bzw. Bewerber einerseits und der inhaltlichen bzw. formalen Wertung der abgegebenen Angebote andererseits.¹⁷⁰ Diese Vorgänge sind zwar vom Auftraggeber nicht unbedingt zeitlich getrennt abzuhandeln¹⁷¹, jedoch unterschiedlichen Regelungen unterworfen, wie auch der EuGH bereits festgehalten hat: *„Nach der Systematik der Richtlinie, ... stellen im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages die Prüfung der Eignung der Unternehmer für die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten einerseits und der Zuschlag des Auftrages andererseits zwei verschiedenen Vorgänge dar.“*¹⁷²

Die Eignungsprüfung erfolgt nach den in den Artikeln 47 bis 52 der RL 2004/18/EG genannten Kriterien der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde und gegebenenfalls nach den in Absatz 3 des Art 44 RL 2004/18/EG genannten nichtdiskriminierenden Vorschriften und Kriterien. Dabei ist es den öffentlichen Auftraggebern überlassen, Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit

¹⁶⁸ Streinz, Europarecht (2005) [Rz 160]

¹⁶⁹ Vgl. EuGH 10.04.1984, Rs 14/83 von Colson und Kamann

¹⁷⁰ Schenk, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [39f]

¹⁷¹ Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]

¹⁷² EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

der Unternehmer gemäß den Artikeln 47 und 48 zu stellen, denen die Bewerber bzw. Bieter in einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung genügen müssen.¹⁷³ Diese Mindestanforderungen sowie die für deren Nachweis erforderlichen Nachweismittel, müssen jedoch mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein, was insofern als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden kann.¹⁷⁴ Den Erwägungen zur genannten Vergaberichtlinie ist diesbezüglich zu entnehmen, dass zum Zwecke der Eignungsprüfung der Unternehmer nichtdiskriminierende Kriterien festzulegen sind, anhand deren die öffentlichen Auftraggeber die Bewerber auswählen können, sowie die Mittel, mit denen die Wirtschaftsteilnehmer nachweisen können, dass sie diesen Kriterien genügen. Im Hinblick auf die Transparenz ist der öffentliche Auftraggeber darüber hinaus angehalten, bei einer Aufforderung zum Wettbewerb für einen Auftrag, die Eignungskriterien zu nennen, die er anzuwenden gedenkt, sowie gegebenenfalls die Fachkompetenz, die er von den Wirtschaftsteilnehmern fordert, um sie zum Vergabeverfahren zuzulassen.¹⁷⁵ Die Veröffentlichung dieser vorgegebenen Mindestanforderungen in der Bekanntmachung dient der Verwirklichung des den gemeinschaftsrechtlichen Grundprinzipien innewohnenden Transparenzgebotes.¹⁷⁶

5.3.1 Die Eignungsprüfung im engeren Sinn

Die Vergaberichtlinien bezwecken somit, den einzelnen Auftraggebern die Festlegung der Reglements hinsichtlich der „Mindestgüte“ der teilnehmenden Bieter bzw. Bewerber zu überlassen. Ausdrücklich findet sich dieser Gedanke - neben dem wiedergegebenen Erwägungsgrund - jedoch nur in Bezug auf die technisch-berufliche bzw. finanziell-wirtschaftliche Leistungsfähigkeit¹⁷⁷ wieder. Im Gegensatz dazu überlässt der Art 45 der RL 2004/18/EG¹⁷⁸, zumindest auf den ersten Blick, den vergebenden Stellen ausdrücklich keinen solchen inhaltlich abgestuften Bewertungsspielraum. Weiters normiert Art 45 Abs. 3 RL

¹⁷³ Art 44 Abs. 2 RL 2004/18/EG

¹⁷⁴ Vgl. etwa EuGH 20.02.1979, Rs 122/78 SA Buitoni gegen Fonds d'orientation et de régularisation des marchés; *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [94]; *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]; *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

¹⁷⁵ Vgl. Erwägungsgrund Nr. 39 der RL 2004/18/EG

¹⁷⁶ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [2]; *Fruhmann/Mayr*, Das Bundesvergabegesetz 2006, eolex 2006, 92

¹⁷⁷ Arg. Art 44 Abs. 2 RL 2004/18/EG: „...Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß den Artikeln 47 und 48...“

¹⁷⁸ Die Art 45 und 46 der RL 2004/18/EG normieren unter dem Titel der „Persönlichen Lage des Bewerbers bzw. Bieters“ einen Katalog von Gründen, die den Ausschluss eines Unternehmers vom Vergabeverfahren rechtfertigen können sowie einzelne Ausnahmebestimmungen.

2004/18/EG welche Nachweismittel ein öffentlicher Auftraggeber für den Nachweis, dass keiner der in den Abs. 1 und 2 leg. cit. genannten Fälle auf die jeweiligen Wirtschaftsteilnehmer zutrifft, zu akzeptieren hat. Diese Formulierung deutet daher darauf hin, dass die Vergabestellen lediglich Nachweise verlangen können, ob ein Unternehmer die in der Vergaberichtlinie genannten Tatbestände - etwa die Einleitung eines Insolvenz- bzw. Konkursverfahrens, eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens, eines Vergleichsverfahrens bzw. Zwangsausgleiches, oder eines gleichartigen nationalen Verfahrens - möglicherweise erfüllt. Aufgrund dieser „positiven oder negativen“ Nachweise hat der öffentliche Auftraggeber dann eine Entscheidung über das weitere Verbleiben dieses Teilnehmers im Vergabeverfahren zu treffen. Die Möglichkeit der Festlegung von Mindestanforderungen, wie sie der Vergabestelle durch die genannte Vergaberichtlinie hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Bieter und Bewerber eingeräumt wird, findet sich somit nicht auch im Normbereich des Art 45 RL 2004/18/EG.

Diese Schlussfolgerung entspricht auch dem Inhalt des Art 44 Abs. 1 RL 2004/18/EG: Wie bereits dargelegt, bezieht sich die in dieser Richtlinienbestimmung normierte Eignungsprüfung grundsätzlich nur auf jene Bieter bzw. Bewerber, die nicht aufgrund des abschließenden Kataloges des Art 45 RL 2004/18/EG bereits vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurden.¹⁷⁹ Die „Eignungsprüfung im engeren Sinn“ umfasst somit eigentlich nur die Beurteilung der wirtschaftlichen bzw. finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit¹⁸⁰. Auch entsprechend den Ausführungen des Generalanwaltes *Darmon* behandelte die RL 71/305/EWG die Beurteilung der fachlichen Eignung der Unternehmer nur unter den Gesichtspunkten der finanziellen und wirtschaftlichen (Art 25 leg. cit.) und der technischen (Art 26 leg. cit.) Leistungsfähigkeit.¹⁸¹ Innerhalb dieser „Eignungsprüfung im engeren Sinn“ obliegt es nun dem Auftraggeber, durch die Normierung von objektiven, nicht diskriminierenden Kriterien, die Einstiegshürde für die anbietenden bzw. Teilnahmeanträge stellenden Unternehmer jeweils für das konkrete Verfahren und damit einzelfallbezogen, festzulegen. Die Vergaberichtlinie gibt dem Auftraggeber diesbezüglich somit keinen bestimmten Leistungsstandard der Wirtschaftsteilnehmer vor, sondern normiert lediglich, mit

¹⁷⁹ Vgl. auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 51]

¹⁸⁰ Art 47 und 48 RL 2004/18/EG

¹⁸¹ SA des GA *Darmon* 04.05.1988, Rs 31/87 *Gebroeders Beentjes BV; Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [389]

welchen grundsätzlich abschließend¹⁸² genannten Nachweisen das von der Vergabestelle verlangte Eignungsniveau von den Bietern bzw. Bewerbern auch nachgewiesen werden können muss.¹⁸³ Durch die abschließende Nennung der möglichen Nachweismittel¹⁸⁴, ist die Vergabestelle somit auch hinsichtlich der Bestimmung von Mindestanforderungen nicht vollkommen frei, müssen diese Mindestanforderungen an die Unternehmen ja auch durch die genannten Nachweismittel dargelegt werden können. Die abschließende bzw. beispielhafte Nennung von möglichen Nachweisen¹⁸⁵ in den Art 47 und 48 RL 2004/18/EG bindet somit indirekt die öffentlichen Auftraggeber.

5.3.2 Die unzureichenden Nachweismittel des Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG

Demgegenüber gibt die Vergaberichtlinie den Vergabestellen diese objektiven, nicht diskriminierenden Kriterien für die Beurteilung der persönlichen Lage der Bieter bzw. Bewerber in den abschließenden Katalogen des Art 45 Abs. 1 und 2 RL 2004/18/EG bereits vor, normiert also diesbezüglich die Eintrittsschwelle grundsätzlich selbst. Betrachtet man weiters die möglichen Nachweismittel, die ein Auftraggeber für den Nachweis der persönlichen Lage der Unternehmer entsprechend Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG von den Bietern bzw. Bewerbern abfordern darf, so könnte die Vergabestelle diesen möglichen Nachweisen auch keinerlei inhaltliche Abstufungen innerhalb der einzelnen Ausschlussgründe entnehmen. Ein inhaltlich abgestufter Bewertungsspielraum im Sinne der Möglichkeit zur Festlegung von Mindestkriterien, wäre somit mangels konkreter, nachvollziehbarer Nachweise eigentlich gar nicht denkbar. Etwa kann der Auftraggeber für den Nachweis des Nicht-Zutreffens der Einleitung eines Insolvenz- bzw. Ausgleichsverfahrens lediglich einen Auszug aus dem Strafregister oder - in Ermangelung eines solchen - eine gleichwertige Urkunde einer zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Ursprungs- bzw. Herkunftslandes verlangen.¹⁸⁶

Entsprechend dem Anhang VII zum BVergG 2006 betreffend die „Liste der einschlägigen Berufs- und Handelsregister bzw. Bescheinigungen und eidesstattlichen Erklärungen“

¹⁸² Die im Art 47 Abs. 1 RL 2004/18/EG genannten Nachweise betreffend die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sind lediglich demonstrativer Natur. EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux

¹⁸³ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

¹⁸⁴ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 52]

¹⁸⁵ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [147]

¹⁸⁶ Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG

kommen also solche Urkunden für in Österreich niedergelassene Unternehmer lediglich ein Auszug aus dem Firmenbuch, dem Gewerberegister oder des Mitgliederverzeichnisses der Landeskammern in Betracht. In das Firmenbuch werden jedoch gemäß § 77a KO bzw. IO nur die Eröffnung eines Konkurs- bzw. Sanierungsverfahrens, die Aufhebung des Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens, sofern es sich nicht um den Fall des § 79 KO bzw. IO handelt, die Art der Überwachung der Ausgleichserfüllung bzw. des Sanierungsplans, einstweilige Vorkehrungen nach § 73 leg. cit., der Name des Masseverwalters, des besonderen Verwalters nach § 86 KO und des vertretungsbefugten oder ermächtigten Sachwalters nach § 157 KO, die Ablehnung der Konkursöffnung mangels hinreichenden Vermögens sowie die Zurückweisung des Antrags auf Eröffnung des Konkurses gemäß § 63 KO bzw. IO eingetragen. Dem Auftraggeber bleibt es somit - zumindest unter dem Gesichtspunkt der Beurteilung der persönlichen Lage der Teilnehmer entsprechend Art 45 RL 2004/18/EG - aufgrund der abschließenden Aufzählung¹⁸⁷ von forderbaren Nachweisen verwehrt, einen Einblick in den konkreten Stand des anhängigen Insolvenzverfahrens zu erlangen. Insbesondere dürfte die Vergabestelle daher nicht - unter Berufung auf Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG - von den Bietern bzw. Bewerbern die Vorlage von während der Prüfphase des Konkursverfahrens gewonnen Erkenntnissen verlangen.

So hat der Masseverwalter in der Prüfphase insbesondere zu ermitteln, ob das in Zahlungsschwierigkeiten gekommene Unternehmen saniert und damit auch fortgeführt werden kann, was in weiterer Folge zum Abschluss eines Zwangsausgleiches bzw. Sanierungsplans führen würde.¹⁸⁸ Der Gedanke der Fortführung des Unternehmens ist im Insolvenzrecht immanent, eine übereilte Schließung des Betriebes soll daher möglichst vermieden werden. So normiert etwa § 114a KO bzw. IO, dass der Masseverwalter das Unternehmen bis zur Berichtstagsatzung fortzuführen hat, es sei denn, es ist offenkundig, dass eine Fortführung des Unternehmens zu einer Erhöhung des Ausfalls der Konkursgläubiger führen würde. In der Berichtstagsatzung, eine vom Konkursgericht spätestens 90 Tage nach der Konkursöffnung anzuberaumende Gläubigerversammlung¹⁸⁹, hat der Masseverwalter gemäß § 114b KO bekannt zu geben, ob die Voraussetzungen für eine sofortige Schließung des gesamten Unternehmens oder einzelner Unternehmensbereiche, eine auf bestimmte Zeit befristete Fortführung oder eine Fortführung auf einstweilen unbestimmte Zeit gegeben sind

¹⁸⁷ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [115]

¹⁸⁸ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 212a]

¹⁸⁹ Siehe § 91a KO

sowie ob ein Zwangsausgleich bzw. Sanierungsplan dem gemeinsamen Interesse der Konkursgläubiger entspricht und ob dessen Erfüllung voraussichtlich möglich sein wird.

Selbst wenn sich also in der Prüfphase ergeben sollte, dass alle Voraussetzungen für eine erfolgreiche Fortführung des illiquiden Unternehmens gegeben sind und daher auch eine erfolgreiche Vertragsabwicklung zu erwarten ist, wäre es dem Auftraggeber in Anbetracht der abschließenden Nachweismittel¹⁹⁰ des Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG nicht möglich, von diesen für den Auftraggeber wichtigen Information detailliert und umfangreich Kenntnis zu erlangen. Mangels möglicher Nachweismittel wäre es daher eigentlich nur konsequent, dass die Vergaberichtlinie den öffentlichen Auftraggebern hinsichtlich der Beurteilung der persönlichen Lage der Wirtschaftsteilnehmer die nichtdiskriminierenden Kriterien, anhand deren die Vergabestellen die Bieter bzw. Bewerber auswählen können, vordefinieren¹⁹¹.

5.4 Das Entscheidungsermessen des Auftraggebers innerhalb des Art 45 RL 2004/18/EG

Bevor man dem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der eingeschränkten Nachweismittel jeglichen Beurteilungsspielraum abspricht, ist jedoch zu beachten, dass die Mitgliedstaaten entsprechend Art 45 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2004/18/EG verpflichtet sind, die Bedingungen der Anwendungen der Vorschriften über die persönliche Lage der Unternehmer nach Maßgabe ihrer staatlichen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts, festzulegen. So ist auch den Ausführungen des Generalanwaltes *Mischo* zu der RL 71/305/EWG zu entnehmen, dass alle Fragen, die nicht im Rahmen der genannten Richtlinie geregelt worden sind, nach dem nationalen Recht des jeweiligen Mitgliedstaates zu beurteilen sind.¹⁹² Dabei darf es jedoch zu keiner Diskriminierung kommen.

Es gilt daher zu untersuchen, ob der Beurteilungs- bzw. Entscheidungsspielraum des Auftraggebers alleine durch die Normierung von objektiven und unternehmensbezogenen Kriterien vollkommen negiert werden sollte, oder ob es gemeinschaftsrechtlich bzw. entsprechend dem jeweiligen nationalen Recht sogar geboten ist, dass ein Auftraggeber bei einer möglichen Ausschlussentscheidung auch Informationen einfließen lässt, die er zwar

¹⁹⁰ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 52]

¹⁹¹ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 39 der RL 2004/18/EG

¹⁹² SA des GA *Mischo* 11.06.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. *Constructions et entreprises industrielles (CEI)* und andere; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]; vgl. auch Art 2 RL 71/305/EWG, wonach die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge ihre an diese Richtlinie angepassten einzelstaatlichen Verfahren anzuwenden haben.

wegen der abschließenden Aufzählung von Nachweismitteln von einem Unternehmen selbst nicht hätte abverlangen dürfen, die ihm aber - etwa im Zuge eines kontradiktorischen Verfahrens¹⁹³ - vom Bieter bzw. Bewerber selbst zur Kenntnis gebracht wurden. Der Auftraggeber darf sich nämlich nicht mit einem „positiven Nachweis“ hinsichtlich der Einleitung eines Insolvenzverfahrens begnügen. Er hat sämtliche vorgebrachten Umstände im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens¹⁹⁴ zu würdigen und aufgrund der dadurch gewonnenen Rückschlüsse über die wirtschaftliche bzw. finanzielle Lage des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers, eine Entscheidung hinsichtlich des Ausschlusses vom weiteren Vergabeverfahren zu treffen.¹⁹⁵ Alleine das Fehlen einer entsprechenden Ermächtigung, bestimmte Nachweise zu begehren, würde meines Erachtens noch lange nicht ein allenfalls von der Vergaberichtlinie dennoch eingeräumtes und daher gemeinschaftsrechtlich gebotenes Beurteilungsermessen negieren.

5.4.1 Die Handlungsalternativen der Ausschlusskataloge im Gemeinschaftsrecht

Art 45 RL 2004/18/EG befasst sich mit der „persönlichen Lage des Bewerbers bzw. Bieters“, ist somit also unternehmerbezogen. Art 45 leg. cit. ordnet etwa an, dass Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren verpflichtend auszuschließen sind, wenn der öffentliche Auftraggeber Kenntnis davon hat, dass dieser Bewerber oder Bieter aus einem der nachfolgenden Gründe rechtskräftig verurteilt worden ist: Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Bestechung, Betrug, Geldwäsche.¹⁹⁶ Diese Tatbestände resultieren aus dem auf gemeinschaftsrechtlicher Ebene bestehenden Bemühen, kriminelle Handlungen auch im Bereich des Vergaberechts zu sanktionieren.¹⁹⁷ Ausnahmen von dieser Ausschlussverpflichtung dürfen wegen zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zwar auch nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Richtlinie vorgesehen werden, ändern jedoch nichts an der grundsätzlich absoluten Ausschlussverpflichtung der Vergabestelle. Demgegenüber ordnet der Abs. 2 des Art 45 RL 2004/18/EG lediglich an, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme um die Vergabe einer Leistung ausgeschlossen werden „kann“¹⁹⁸, der sich unter anderem im Insolvenz-/Konkursverfahren oder einem

¹⁹³ Vgl. etwa auch *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]

¹⁹⁴ VfGH 24.06.1998, G 462/97

¹⁹⁵ *Kropik*, Die vertiefte Angebotsprüfung und die Beurteilung der Preisangemessenheit von Bauleistungen, in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) [156];

¹⁹⁶ Vgl. hiezu Art 45 Abs. 1 lit a bis d RL 2004/18/EG

¹⁹⁷ RV 1171 BlgNR XXII. GP [59]

¹⁹⁸ *Schima*, Wettbewerbsfremde Regelungen - falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof?, ZVB 2002, 57 [3]

gerichtlichen Ausgleichsverfahren oder in Liquidation befindet.¹⁹⁹ Die Vergaberichtlinie knüpft somit an das Vorliegen von im Richtlinientext explizit und abschließend²⁰⁰ aufgezählten Tatbeständen²⁰¹, den sog. „K.O.-Kriterien“²⁰², unterschiedliche Handlungsalternativen des Auftraggebers.

Während der Auftraggeber somit bei Vorliegen der im Abs. 1 des Art 45 RL 2004/18/EG erwähnten „negativen Eigenschaften“ grundsätzlich schon nach der gemeinschaftsrechtlichen Regelung verpflichtet ist, betroffene Bieter bzw. Bewerber vom weiteren Verfahren auszuschließen, verbleibt dem Auftraggeber zumindest entsprechend dem Wortlaut der Regelung des Abs. 2 leg. cit. ein Ermessensspielraum. Zum vergleichbaren Art 23 RL 71/305/EWG hat der EuGH bereits festgehalten, dass diese Ausschlussstatbestände an die Illiquidität bzw. Zuverlässigkeit der Bieter bzw. Bewerber anknüpfen und einen Ausschluss lediglich rechtfertigen „können“.²⁰³ Art 23 leg. cit. lässt lediglich den Ausschluss aufgrund der abschließend genannten Tatbestände zu, verpflichtet den Auftraggeber aber keinesfalls zum automatischen Ausschluss von betroffenen Bietern bzw. Bewerbern.²⁰⁴ Auch nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs erster Instanz verfügt der Auftraggeber im Zuge des Verfahrens zur Vergabe einer ausgeschriebenen Leistung, bei der Beurteilung der Gesichtspunkte, welche bei einer Vergabe eines Auftrags zu berücksichtigen sind, über ein weites Ermessen.²⁰⁵

Ein Absehen vom zwingenden Ausschluss wegen Vorliegens der im Abs. 1 leg. cit. genannten Tatbestände, ist der Vergabestelle demgegenüber nur bei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses möglich.²⁰⁶ Als Ausnahmebestimmung ist diese Regelung jedoch eng auszulegen.²⁰⁷ Welche Sachverhaltsvarianten der Auftraggeber unter „zwingende Gründe des Allgemeininteresses“ subsumieren darf, ist gemeinschaftsrechtlich nicht definiert. Als Rahmen bzw. Auslegungshilfe kann dabei auf die Erwägungen zu der RL 2004/18/EG

¹⁹⁹ Vgl. Art 45 Abs. 2 lit a bis g RL 2004/18/EG

²⁰⁰ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), *Handbuch Vergaberecht*² [407]; *Gölles*, *Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050*, in *Fruhmant/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) *Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen*² (1999) [3 zu § 58]; EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 *Kommission/Spanien*; EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 *SA Transporoute et Travaux*; *Sturm/Fink*, *Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht* (2003) [387]

²⁰¹ Siehe auch *Prieß*, *Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union* (1994) [88]

²⁰² Vgl. *Öhler*, *Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union* (1997) [55]

²⁰³ EuGH 09.07.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. *Constructions et entreprises industrielles (CEI)* und andere

²⁰⁴ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 *Kommission/Spanien*

²⁰⁵ EuG 25.02.2003, T-4/01 *Renco SPA/Rat* mit Hinweisen auf weitere Urteile

²⁰⁶ Vgl. auch *Sachs/Hahnl*, *Das neue Bundesvergaberecht 2006* (2006) [80]

²⁰⁷ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; *Gruber-Hirschbrich*, *Vergaberecht* (2006) [39]

zurückgegriffen werden, wonach keine Bestimmung dieser Richtlinie dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen sollte, die zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit oder zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder der Gesundheit von Pflanzen, insbesondere im Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung, notwendig sind, sofern diese Maßnahmen mit dem Vertrag im Einklang stehen.²⁰⁸ Der diesbezügliche Anwendungsbereich dürfte jedoch nicht allzu weit ausfallen. Etwa kann den Materialien zum BVergG 2006 als Beispiel entnommen werden, dass der Auftraggeber dringend eine bestimmte Menge an Impfstoff beschaffen muss, dieser jedoch nur bei einem Bieter bzw. Bewerber in ausreichender Menge lagernd ist, der wegen Bestechung verurteilt worden ist.²⁰⁹

Weiters sei wiederholend darauf hinzuweisen, dass die genannte gemeinschaftsrechtliche Ausnahmebestimmung lediglich auf den UAbs. 1 des Art 45 Abs. 1 RL 2004/18/EG verweist, der ja im Gegensatz zu den sonstigen Ausschlussstatbeständen grundsätzlich einen zwingenden Ausschluss anordnet. Demgegenüber findet sich hinsichtlich der „Ermessenstatbestände“ des Abs. 2 des Art 45 RL 2004/18/EG keine solche Ausnahmebestimmung zum Wohle des öffentlichen Interesses. Dem Unterbleiben der Anordnung einer Sonderbestimmung, die eine Vergabe an beispielsweise in Liquiditätsprobleme geratene Wirtschaftsteilnehmer ermöglichen würde, könnten daher zwei Schlussfolgerungen entnommen werden: Der Gemeinschaftsgesetzgeber erachtet die im Abs. 2 leg. cit. abschließend genannten Ausschlussstatbestände als so schwerwiegend, dass selbst ein öffentliches Interesse eine Vergabe an betroffene Unternehmen nicht rechtfertigen könnte. In Anbetracht der Tatsache, dass die im Art 45 Abs. 1 RL 2004/18/EG erwähnten Tatbestände auf das gemeinschaftsrechtliche Verlangen zurückzuführen sind, kriminelle Handlungen auch im Regime des Vergaberechts zu sanktionieren²¹⁰, erscheint eine solche unterschiedliche Wertung jedoch äußerst zweifelhaft. Darüber hinaus soll ja nach dem Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2004/18/EG keine Bestimmung der Vergaberichtlinie nationalen Maßnahmen im Wege stehen, die im Sinne der nationalen Interessen notwendig und nicht diskriminierend sind. Vielmehr lässt sich das Fehlen einer expliziten Ausnahmebestimmung mit den unterschiedlichen Formulierungen der beiden Gruppen von Ausschlussstatbeständen erklären: Nur der Abs. 1 des Art 45 der RL 2004/18/EG normiert eine grundsätzlich absolute

²⁰⁸ Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2004/18/EG

²⁰⁹ RV 1171 BlgNR XXII. GP [61]; *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [80]

²¹⁰ RV 1171 BlgNR XXII. GP [59]

Ausschlussverpflichtung²¹¹, weshalb eine Ausnahmebestimmung erforderlich ist, die es dem Auftraggeber ermöglicht, gewisse öffentliche Interessen in eine Ausschlussentscheidung miteinfließen lassen zu können. Das Fehlen einer Ausnahmebestimmung im öffentlichen Interesse erscheint auch systematisch nachvollziehbar, verbleibt dem Auftraggeber ja nach der Intention der RL 2004/18/EG, etwa bei dem Ausschlussstatbestand der Einleitung bzw. Abweisung eines Insolvenzverfahrens, ohnehin ein Ermessensspielraum.²¹² Dies fügt sich auch in vergleichbare Rechtsfelder ein. So weist etwa auch die Rechtsprechung des EuGH zur Kontrolle der Verwaltungsentscheidungen der Kommission eine Tendenz zur Einräumung von Beurteilungsspielräumen auf.²¹³ Vor allem bei der Einschätzung von künftigen wirtschaftlichen Entwicklungen, sog. Prognoseentscheidungen, billigt der EuGH der Verwaltung einen Entscheidungsspielraum ausdrücklich zu. Dieser Gedanke lässt sich, aufgrund des der Eignungsprüfung anhaftenden Charakters der Prognose²¹⁴ über zukünftige Umstände, nahezu nahtlos auf die Beurteilung der Unternehmer im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge übertragen.²¹⁵

Beiden Ausschlussbestimmungen des Art 45 RL 2004/18/EG ist jedoch gemein, dass entsprechend der Textierung der Vergaberichtlinie die Mitgliedstaaten die Bedingungen für die Anwendung der genannten Absätze im Einklang mit ihren nationalen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts festzulegen haben.²¹⁶ Die gemeinschaftsrechtliche Vorgabe hinsichtlich der Prüfung der persönlichen Lage der Wirtschaftsteilnehmer wurde insoweit in das österreichische Rechtssystem übernommen, als der Auftraggeber gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 grundsätzlich verpflichtet ist²¹⁷, Bieter bzw. Bewerber, gegen die ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen.²¹⁸ Auch der Tatsache, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien davon sprechen, dass Unternehmer vom

²¹¹ Vgl. Art 45 Abs. 1 RL 2004/18/EG, Arg. „ist“

²¹² Vgl. Art 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG, Arg. „kann“

²¹³ *Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, 142; EuGH 23.11.1978, Rs 56/77 Agence européen d'intérims/Kommission; EuG 26.02.2002, Rs T-169/00 Esedra/Kommission

²¹⁴ OLG Saarbrücken 8.7.2003, 5 Verg 5/02; vgl. auch BVA 23.04.2004, 17N-48/04-24

²¹⁵ Siehe auch EuG 08.05.1996, Rs T-19/95 Adia interim SA/Kommission

²¹⁶ Siehe Art 45 Abs. 1 UAbs. 2 bzw. Art 45 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2004/18/EG

²¹⁷ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [40]

²¹⁸ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [210]; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 51]; B-VKK 23.09.1997, S-74/97-12; ua.

Vergabeverfahren ausgeschlossen werden „können“²¹⁹, lasse sich nach der bisherigen Rechtsprechung²²⁰ und Lehre nicht entnehmen, dass die Vergabestellen damit zur Ermessensausübung ermächtigt wären. Insoweit sei die österreichische Umsetzung korrekt, wenn sie entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinien durch die Wortwahl „hat“ anstatt „können“ die diesbezügliche Ausscheidensverpflichtung deutlicher zum Ausdruck bringt.²²¹ Diese inhaltliche Verdichtung bzw. Interpretation der Bezug habenden gemeinschaftsrechtlichen Bestimmung durch den österreichischen Gesetzgeber ist jedoch, wie oben aufgezeigt, meines Erachtens unrichtig. Dabei und im Zuge der nachfolgenden Auseinandersetzung ist nochmals daran zu erinnern, dass Ausnahmen vom allgemeinen Grundsatz des freien Wettbewerbs einschränkend auszulegen und in weiterer Folge auch eingeschränkt anzuwenden sind.²²² Darüber hinaus gilt es zu bedenken, dass ein rein abstraktes, ohne Bezugnahme auf die von dem Unternehmer zu erbringende Leistung, Absprechen der Eignung eines Unternehmers, einen gravierenden Eingriff in die Wettbewerbschancen darstellt.²²³

5.4.2 Die Festlegung des Standards der Leistungsfähigkeit

Die Überprüfung der Wirtschaftsteilnehmer auf ihre fachliche Eignung hat aufgrund objektiver Kriterien zu erfolgen, die wiederum auf gewisse persönliche Merkmale sowie die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit Bezug nehmen. Dabei werden diese Kriterien - bzw. hinsichtlich der Leistungsfähigkeit der Rahmen der Kriterien - von den einschlägigen Vergaberichtlinien vorgegeben, sind also abschließend.²²⁴ Die Vergaberichtlinien bezwecken jedoch lediglich die Koordinierung der einzelstaatlichen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge, weshalb sie auch keine umfassenden gemeinschaftsrechtlichen Regelungen vorsehen.²²⁵ Ziel der Richtlinien ist damit auch nicht, den öffentlichen Auftraggebern einen bestimmten Standard an finanzieller, wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit für die Zulassung von Unternehmen zur Teilnahme am Verfahren zur Vergabe einer bestimmten Leistung vorzuschreiben. Die diesbezügliche Festlegung verbleibt daher den vergebenden Stellen im jeweiligen Vergabeverfahren. Die

²¹⁹ Vgl. etwa Art. 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG

²²⁰ BVA 16.12.2003, F-18/00-68; BVA 26.06.1998, N-18/98-5

²²¹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 4 zu § 51]

²²² B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.

²²³ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; vgl. auch *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 51]

²²⁴ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [407]

²²⁵ EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 *Universale Bau* ua.

sekundärrechtlichen Gemeinschaftsakte bestimmen nämlich lediglich, mit welchen Nachweisen das Vorliegen dieser Leistungsfähigkeit dargetan werden kann.²²⁶

Den Vergabestellen bleibt es somit grundsätzlich selbst überlassen, die Anforderungen an die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit der Unternehmer für das konkrete Vergabeverfahren festzulegen. Nach *Schenk* muss lediglich der Nachweis des Vorliegens der genannten Kriterien mit den in der Richtlinie genannten Nachweisen erbracht werden können.²²⁷ Zu diesem Zweck enthalten die Vergaberichtlinien auch eine Auflistung jener Nachweise, mit denen das Vorliegen der Eignung belegt werden kann.²²⁸ Dabei weist der genannte Autor jedoch auch ausdrücklich darauf hin, dass die Vergaberichtlinie insoweit ein Übermaßverbot²²⁹ enthält, als die tatsächlich von den Unternehmen geforderten Nachweise nicht über das hinaus gehen dürfen, was durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, was mit *Prieß* als Konkretisierung des allgemeinen, im Gemeinschaftsrecht geltenden, Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verstanden werden kann.²³⁰ Dem entsprechend bestimmt auch Art 44 Abs. 2 UAbs. 2 RL 2004/18/EG ausdrücklich, dass der Umfang der verlangten Nachweismittel sowie die für einen bestimmten Auftrag gestellten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit der Bieter bzw. Bewerber, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und ihm angemessen sein müssen. Allerdings ist diesbezüglich abermals anzumerken, dass die Vergaberichtlinie 2004/18/EG explizit nur davon spricht, dass die Vergabestellen Mindestanforderungen hinsichtlich der Leistungsfähigkeit gemäß den Artikeln 47 und 48 RL 2004/18/EG festlegen können. Die genannte Bestimmung bezweckt, den jeweiligen Vergabestellen für das konkret ausgeschriebene Verfahren zur Vergabe einer Leistung einen Entscheidungsspielraum zu belassen und die Anforderungen an die Eignung der teilnehmenden Unternehmer je nach den gegebenen Erfordernissen einzelfallbezogen festzulegen.

Diese Möglichkeit der einzelfallbezogenen und damit auch sachgerechten Vorgehensweise,²³¹ wurde den öffentlichen Auftraggebern in Bezug auf die Zuverlässigkeit der

²²⁶ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV; EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux

²²⁷ *Schenk*, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [40]

²²⁸ *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [91ff]; siehe Art 45 Abs. 3, Art 46, Art 47 Abs. 1 und 5, Art 48 Abs. 2 RL 2004/18/EG

²²⁹ *Schenk*, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [41]

²³⁰ *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [95]

²³¹ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]

Wirtschaftsteilnehmer meines Erachtens jedoch durch die Normierung der absoluten Ausschlussverpflichtung im österreichischen BVergG 2006²³² genommen. So normiert § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ja eine absolute Ausschlussverpflichtung des Auftraggebers in Bezug auf jene Bieter bzw. Bewerber, die sich in einem der aufgezählten Insolvenzverfahren befinden, während die diesbezügliche gemeinschaftsrechtliche Vorschrift nur davon spricht, dass solche Wirtschaftsteilnehmer ausgeschlossen werden „können“.²³³ Dabei ist jedoch einzuräumen, dass die Vergaberichtlinien kein abschließendes und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht geschaffen haben²³⁴ und es den Mitgliedstaaten daher vorbehalten bleibt, materiellrechtliche oder verfahrensrechtliche Bestimmungen auf dem Gebiet des Vergaberechts entweder beizubehalten oder neu zu erlassen.²³⁵ Dabei sind die Mitgliedstaaten jedoch abermals zur Beachtung der einschlägigen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, wie insbesondere der vier Grundfreiheiten, angehalten.

5.4.3 Das Beurteilungsermessen bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes

Dass dem Auftraggeber bei der Prüfung der anbietenden Unternehmer einerseits und deren gelegten Angebote andererseits, entgegen der in der österreichischen Lehre und Judikatur²³⁶ vertretenen Ansicht, gerade ein gewisser Entscheidungsspielraum verbleiben soll, zeigen meines Erachtens auch die Ausführungen des EuGH bezüglich der Festlegung der Kriterien für die Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes. Entsprechend Art 53 Abs. 1 RL 2004/18/EG hat die Vergabestelle die Möglichkeit, den Zuschlag dem „wirtschaftlich günstigsten“ oder aber dem „billigsten“ Angebot zu erteilen, weshalb sich der Auftraggeber daher entweder an verschiedenen, mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehenden, Kriterien (wie etwa Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- und Ausführungsfristen²³⁷) oder aber ausschließlich am Kriterium des niedrigsten Preises zu orientieren hat.²³⁸ Entscheidet sich nun ein Auftraggeber

²³² Siehe etwa § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006

²³³ *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [1]; VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050

²³⁴ EuGH 27.11.2001, Rs C-285, 286/99 Lombardini u Mantovani

²³⁵ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

²³⁶ BVA 26.6.1998, N-18/985, *Sachs/Hahnl*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 17.19.]

²³⁷ Siehe Art 53 Abs. 1 lit a RL 2004/18/EG

²³⁸ Vgl. auch EuGH 03.06.1992, Rs C-360/89 Kommission/Italien "Italienische Gesetzgebung D"

den Zuschlag entsprechend dem „Bestbieterprinzip“²³⁹, also dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot, zu erteilen, so hat er in der Bekanntmachung bzw. in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er gedenkt, im Verhältnis bzw. in der Reihenfolge der ihnen zugedachten Bedeutung anzugeben.²⁴⁰ Dies ergibt sich schon aus dem im Gemeinschaftsrecht verankerten Transparenzgebot bzw. dem Diskriminierungsverbot.²⁴¹ Die Vergaberichtlinie überlässt dabei zwar dem Auftraggebern die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung, doch kommen dabei nur jene objektiven Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen.²⁴²

Ob ein von der Vergabestelle festgelegtes Kriterium mit der Richtlinie vereinbar ist, hängt nach der Rechtsprechung des EuGH von dessen Auslegung im Rahmen des staatlichen Rechts ab. Ein solches Kriterium wäre ua. dann nicht mit den einschlägigen Vergaberichtlinien vereinbar, wenn es dem Auftraggeber eine uneingeschränkte Freiheit hinsichtlich der Auswahl der für den Zuschlag in Betracht kommenden Bieter einräumen würde. Dagegen ist die Festlegung eines solchen Zuschlagskriteriums nach der Judikatur des EuGH mit der Richtlinie dann ausdrücklich vereinbar, wenn die Normierung dahin auszulegen ist, dass sie den öffentlichen Auftraggebern die Freiheit lässt, die verschiedenen Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot auszuwählen.²⁴³ Diese Rechtsprechung, die im Zusammenhang mit der Vergabe öffentlicher Bauaufträge entwickelt wurde, lässt sich auch auf öffentliche Lieferaufträge übertragen, da diesbezüglich zwischen den Auftragsarten keine Unterschiede existieren.²⁴⁴ *„Um das günstigste Angebot herauszufinden, muss der öffentliche Auftraggeber nämlich aufgrund qualitativer und quantitativer Kriterien, die je nach Auftrag wechseln, eine Ermessensentscheidung treffen...“*²⁴⁵

Der Erwägungsgrund 46 der RL 2004/18/EG hält im Zusammenhang mit den Zuschlagskriterien fest, dass die Zuschlagserteilung auf der Grundlage von objektiven Kriterien erfolgen soll, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der

²³⁹ Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006) [44]

²⁴⁰ Vgl. § 80 Abs. 3 BVergG 2006; EuGH 12.02.2002, RS C-470/99 Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger & Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ- STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH

²⁴¹ Jurka, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [4]

²⁴² EuGH 18.10.2001, RS C-19/00 SIAC Construction Ltd

²⁴³ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

²⁴⁴ EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93 The Queen

²⁴⁵ EuGH 28.03.1985, Rs C 274/83 Kommission/Italien "Italienische Gesetzgebung C"

Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und darüber hinaus sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden.²⁴⁶ Diesen Ausführungen ist somit einerseits zu entnehmen, dass strikt zwischen einem willkürlichen und einem gewissen, anhand von objektiv nachvollziehbaren Kriterien abgesteckten, Entscheidungsspielraum der Vergabestellen zu unterscheiden ist.²⁴⁷ Andererseits kann dieser Formulierung meines Erachtens gerade auch entnommen werden, dass der EuGH einen, wenn auch objektiv nachvollziehbaren, Entscheidungsspielraum des Auftraggebers präferiert, diesen im Sinne einer Einzelfallgerechtigkeit sogar implizit voraussetzt. So hielt der EuGH etwa ausdrücklich fest, dass ein in einer nationalen Rechtsvorschrift enthaltenes Kriterium dann mit der Richtlinie vereinbar sein kann, wenn es das Beurteilungsermessen zum Ausdruck bringt, über das die Auftraggeber verfügen, um nach objektiven Gesichtspunkten das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln.²⁴⁸ Dies deckt sich auch mit der diesbezüglichen Richtlinienbestimmung. So obliegt eben nur dem Auftraggeber die Festlegung der für ein konkretes Vergabeverfahren in Betracht kommenden, nichtdiskriminierenden Zuschlagskriterien.

Art 53 Abs. 1 der RL 2004/18/EG normiert zu diesem Zwecke grundsätzlich zwei „Gruppen“ von Kriterien: Wirtschaftlichkeit bzw. niedrigster Preis. Das Kriterium der Wirtschaftlichkeit schlüsselt der Gemeinschaftsgesetzgeber zur besseren Nachvollziehbarkeit demonstrativ, wie bereits oben dargelegt, wiederum in verschiedene „Subkriterien“, wie etwa Qualität, technischer Wert, Ästhetik, usw. auf. Durch die Festlegung von objektiven, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden²⁴⁹ Kriterien, bestimmt der Auftraggeber daher bereits mit deren Veröffentlichung in der Bekanntmachung bzw. in den Verdingungsunterlagen, seinen späteren, ihm bei der Zuschlagsentscheidung verbleibenden, Entscheidungsspielraum. Die Festlegung dieses Entscheidungsspielraums obliegt daher ausschließlich dem konkreten Auftraggeber, der dabei natürlich vor allem an die erwähnten gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze sowie die Vergaberichtlinien gebunden ist.

²⁴⁶ Vgl. auch RV 1171 BlgNR XXII. GP [68]

²⁴⁷ EuGH 18.10.2001, RS C-19/00 SIAC Construction Ltd

²⁴⁸ *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]

²⁴⁹ Siehe Art 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG

5.4.4 Die Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EuGH auf die persönliche Lage der Wirtschaftsteilnehmer

Dieser Ansatz des der Vergabestelle verbleibenden Beurteilungsermessens, lässt sich in einem ersten Schritt nahtlos auf die Beurteilung der „Eignung im engeren Sinn“ gemäß den Art 47 bis 52 der RL 2004/18/EG übertragen. In einem zweiten Schritt sodann auch auf die Beurteilung der persönlichen Lage der Unternehmer und dem damit verbundenen Ausschluss von ungeeigneten Wirtschaftsteilnehmern vom weiteren Vergabeverfahren, wenn auch die Auswahl und die Bewertung der Unternehmer einerseits und die Bewertung der von diesen vorgelegten Angeboten andererseits, unterschiedlichen Regelungen unterworfen sind.²⁵⁰ Wie bereits ausgeführt, normieren die Vergaberichtlinien nämlich den Grundsatz der Trennung der Kriterien für die Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer von den für die Erteilung des Zuschlags maßgeblichen Kriterien.²⁵¹ Beiden gemein ist vor allem die zentrale Bedeutung, die diesen Bereichen im Zuge eines Verfahrens zur Vergabe einer Leistung zukommt.²⁵²

Dem Erwägungsgrund 39 der Richtlinie 2004/18/EG kann entnommen werden, dass die Prüfung der Eignung der Bieter bzw. Bewerber im Rahmen eines Beschaffungsvorganges unter transparenten Bedingungen erfolgen soll. Zu diesem Zweck sind von den Vergabestellen, wie auch im Rahmen der Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, nichtdiskriminierende Kriterien festzulegen, anhand derer die Vergabestellen die Bieter bzw. Bewerber auswählen können. Weiters sind jene Mittel bekannt zu geben, mit denen die Wirtschaftsteilnehmer nachweisen können, dass sie diesen Kriterien genügen. Im Hinblick auf die gebotene Transparenz des Verfahrens ist der Auftraggeber verpflichtet, bei einer Aufforderung zum Wettbewerb für einen Auftrag die Eignungskriterien zu nennen, die er anzuwenden gedenkt sowie gegebenenfalls die Fachkompetenz, die er von den Wirtschaftsteilnehmern fordert, um sie zum konkreten Vergabeverfahren zuzulassen.²⁵³

Diese Anforderungen an die Prüfung der Eignung der teilnehmenden Unternehmer deckt sich somit weitgehend mit dem Erwägungsgrund 46 der RL 2004/18/EG, der ja, wie oben beschrieben, die Prüfung und Beurteilung der gelegten Angebote anhand von objektiven und

²⁵⁰ *Schenk*, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [39f]

²⁵¹ SA des GA Darmon 04.05.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

²⁵² *Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, 133ff

²⁵³ Vgl. auch RV 1171 BlgNR XXII. GP [68]

von Seiten der Vergabestelle festgelegten Zuschlagskriterien vor Augen hat. Während also Art 53 RL 2004/18/EG beispielhaft objektive und transparente Kriterien wie Zweckmäßigkeit, Rentabilität und Umwelteigenschaften zur Beurteilung der abgegebenen Angebote nennt, so enthalten die Art 44 bis 52 RL 2004/18/EG taxativ die zur Beurteilung der am Wettbewerb teilnehmenden Unternehmer möglichen Eignungskriterien. Die RL 2004/18/EG bezweckt nämlich nicht nur die Vereinheitlichung der für den Eignungsnachweis erforderlichen Dokumente, sondern legt diese Kriterien vielmehr auch fest.²⁵⁴ Die Eignung eines Wirtschaftsteilnehmers bestimmt sich somit nach einem abschließenden Katalog von Eignungskriterien.²⁵⁵ Die Festlegung der für den konkreten Auftrag erforderlichen Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien obliegt dabei alleine dem Auftraggeber. So bestimmt etwa Art 44 Abs. 2 RL 2004/18/EG im Zusammenhang mit der „Eignungsprüfung im engeren Sinn“, dass die Vergabestellen Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit gemäß den Art 47 und 48 leg. cit. stellen können, denen die Bewerber bzw. Bieter genügen müssen. Dabei liegt es nach *Prieß* auf der Hand, dass den Auftraggebern bei der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein gewisser Spielraum verbleiben muss, sind ja je nach dem zu bewältigenden finanziellen Aufwand unterschiedliche Anforderungen an die Bieter und Bewerber zu stellen.²⁵⁶

Hinsichtlich der Beurteilung der persönlichen Lage der Bieter bzw. Bewerber sind den Vergabestellen diese nichtdiskriminierenden Kriterien bereits durch Art 45 RL 2004/18/EG vorgegeben, doch verbleibt dem Auftraggeber, aufgrund der „Kann-Bestimmung“ des Art 45 Abs. 2 leg. cit., dennoch ein Ermessensspielraum um festzulegen, welche dieser Kriterien er für das konkrete Vergabeverfahren für sachlich gerechtfertigt hält. Dieser Gedanke findet sich bereits eingeschränkt auch im österreichischen BVergG 2006, ist ja ein absolut wirkender Ausschluss jenes Unternehmers, gegen den ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, selbst im Regelungsregime des BVergG 2006 nicht vorgesehen. So bestimmt etwa § 68 Abs. 3 BVergG 2006²⁵⁷, dass von einem Ausschluss eines Unternehmers gemäß Abs. 1 leg. cit. abgesehen werden kann, wenn auf dessen Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden

²⁵⁴ SA des GA Darmon 04.05.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [389]

²⁵⁵ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [146]

²⁵⁶ *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [92]

²⁵⁷ Anders noch die Vorgängerbestimmung § 51 BVergG 2002, die keine solche Ausnahme kannte.

kann.²⁵⁸ Weiters bestimmt § 68 Abs. 2 BVergG 2006²⁵⁹, dass an Unternehmer, gegen die eines der beschriebenen insolvenzrechtlichen Verfahren eingeleitet wurde, Aufträge im Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 29 Abs. 2 Z 7 und 38 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 vergeben werden können, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht. Die diesbezüglichen nationalen Materialien begnügen sich mit dem Hinweis, dass hinsichtlich der Z 2 und 3 des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 die Neuregelung des Abs. 2 leg. cit. zu beachten ist, wonach unter bestimmten Voraussetzungen von einem Ausschluss gemäß diesen Bestimmungen abgesehen werden kann.²⁶⁰ Die grundsätzlich im nationalen Recht verankerte zwingende Ausschlusspflicht wird somit abermals abgeschwächt. *Werschitz/Ragoßnig* erscheint diese Ausnahmebestimmung sinnvoll, „da nicht einzusehen wäre, weshalb von einem leistungsfähigen Unternehmer nur aus dem Grunde eines anhängigen Insolvenzverfahrens keine Leistung bezogen werden soll.“²⁶¹

Die von der Vergabestelle verlangten Mindestanforderungen sind in der Bekanntmachung anzugeben.²⁶² Weiters gebietet auch das in dieser Arbeit bereits angesprochene Übermaßverbot²⁶³, dass sich ein Auftraggeber mit den Anforderungen einer konkret zu vergebenden Leistung auseinandersetzt und entsprechend den dadurch gewonnenen Erkenntnissen die erforderlichen Eignungskriterien, denen die jeweiligen Unternehmer zu genügen haben, festlegt. Darüber hinaus ist der Vergaberichtlinie zu entnehmen, dass die öffentlichen Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Angebotsabgabe angeben müssen, welche der in der Richtlinie grundsätzlich abschließend²⁶⁴ genannten Nachweise durch die Wirtschaftsteilnehmer vorzulegen sind.²⁶⁵ Angesichts der Bedeutung der Festlegung der Nachweismittel, ist diese Festlegung ja gleichzeitig als Festlegung von Faktoren für die Beurteilung der Eignung der Bewerber bzw. Bieter zu verstehen²⁶⁶, kann ebenfalls nur darauf geschlossen werden, dass es alleine der Vergabestelle obliegt, die für das konkrete Verfahren erforderlichen Eignungskriterien festzulegen. Dies harmoniert auch mit den bereits wiedergegebenen Ausführungen des EuGH bezüglich der

²⁵⁸ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [80]

²⁵⁹ Entgegen § 51 BVergG 2002

²⁶⁰ AB 1171 BlgNR XXII. GP [59f]

²⁶¹ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [107]

²⁶² Art 44 Abs. 2 UAbs. 3 RL 2004/18/EG

²⁶³ *Schenk*, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [41]

²⁶⁴ Die Nachweise hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind lediglich demonstrativer Natur.

²⁶⁵ Siehe Art 47 Abs. 4 und Art 48 Abs. 6 RL 2004/18/EG

²⁶⁶ SA des GA Darmon 04.05.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

Beurteilung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes, wonach ein in einer staatlichen Rechtsvorschrift normiertes Kriterium dann mit den Vergaberichtlinien vereinbar ist, wenn es das dem Auftraggeber durch die Vergaberichtlinien eingeräumte Beurteilungsermessen zum Ausdruck bringt.²⁶⁷ Dabei stecken insbesondere das Verhältnismäßigkeitsgebot²⁶⁸ einerseits und der Grundsatz der Vergabe an ausschließlich geeignete Unternehmer andererseits, den Entscheidungsspielraum des Auftraggebers ab. Es verbleibt dem Auftraggeber daher keinesfalls ein willkürliches Entscheidungsermessen. Wesentlich dabei ist jedoch, dass der Vergabestelle meines Erachtens entsprechend der ausdrücklichen Intention der Vergaberichtlinien somit auch hinsichtlich der Bewertung der persönlichen Lage der Wirtschaftsteilnehmer ein Entscheidungsspielraum zu verbleiben hat.

Dies widerspricht auch nicht den Ausführungen des EuGH, wonach es nicht Zweck der Vergaberichtlinien ist, die Mitgliedstaaten in ihrer Befugnis zu beschneiden, darüber zu entscheiden, welcher Standard der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung von den Teilnehmern erfüllt werden muss, sondern zu bestimmen, mit welchen Nachweismitteln das Vorhandensein der Eignung belegt werden kann.²⁶⁹ Auf den ersten Blick wären ja dadurch primär die Mitgliedstaaten und nicht die konkreten Vergabestellen dazu berufen, die „Eintrittshürde“ abstrakt und nicht nur für ein konkretes Auftragsverfahren festzulegen und wären die Auftraggeber in weiterer Folge auch an diese generelle Anordnung gebunden. Dem gegenüber lässt sich den Schlussanträgen des Generalanwaltes *Darmon* vom 4.5.1988 entnehmen, dass die in den Richtlinien vorgesehenen Kriterien verhältnismäßig unvollständig sind, betreffen die Nachweismittel²⁷⁰ hinsichtlich der technischen bzw. wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit ja Eignungskriterien, ohne dass jedoch ein bestimmtes Niveau vorgegeben werden würde. Der genannte Generalanwalt folgt hieraus jedoch, dass primär den Vergabestellen und nicht den Mitgliedstaaten an sich hinsichtlich dieser Anforderungen ein gewisser Spielraum belassen wurde.²⁷¹ Die Vorschriften eröffnen somit dem Auftraggeber ein Entscheidungsermessen.²⁷²

²⁶⁷ *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]

²⁶⁸ *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [95]

²⁶⁹ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

²⁷⁰ Siehe etwa die Art 47 und 48 der RL 2004/18/EG

²⁷¹ SA des GA *Darmon* 04.05.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

²⁷² *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [92]

Art 45 Abs. 2 lit a und b RL 2004/18/EG zwingt die Vergabestelle somit nicht zum Ausschluss von Unternehmen, die sich im Insolvenz- bzw. Konkursverfahren, einem gerichtlichen Ausgleichsverfahren, in einem Vergleichsverfahren oder Zwangsvergleich, oder aufgrund eines in den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehenen gleichartigen Verfahrens in einer entsprechenden Lage befinden.²⁷³ Der Auftraggeber muss jedoch innerhalb dieses Ermessensrahmens diskriminierungsfrei, also nach einheitlichen Grundsätzen, die wiederum gleichermaßen für alle Bieter und für alle ähnlich gelagerten Sachverhalte gelten müssen, vorgehen und so seine Entscheidung treffen.²⁷⁴ Diese Regelung dient vor allem der Einzelfallgerechtigkeit, da der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, eine den Umständen des Einzelfalls angemessene und sachgerechte Lösung zu finden.²⁷⁵ Bei der Eignungsprüfung handelt es sich nämlich nicht um ein streng schematisiertes und objektiviertes Verfahren, sondern um ein Verfahren, in dessen Rahmen der Auftraggeber in seiner Entscheidung über die Eignung eines Wirtschaftsteilnehmers weitgehend frei ist.²⁷⁶ Bei der vom Auftraggeber zu treffenden Entscheidung hinsichtlich der Eignung der einzelnen Bieter bzw. Bewerber, handelt es sich um eine Gesamtschau zahlreicher Einzelumstände und somit um eine Wertung, die eben einen angemessenen Beurteilungsspielraum voraussetzt.²⁷⁷ Freilich wären hinsichtlich eines solchen, dem Auftraggeber verbleibenden, Entscheidungsspielraumes, strenge Anforderungen hinsichtlich der Objektivierbarkeit zu stellen.²⁷⁸ Verfolgen die Vergaberichtlinien ja durch die explizite Normierung von Kriterien für die Beurteilung der fachlichen Eignung bzw. für die Erteilung des Zuschlags, das Ziel, die Bieter bzw. Bewerber vor der Willkür der Auftraggeber zu schützen.

Demgegenüber lässt sich der Tatsache, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien davon sprechen, dass Unternehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden „können“²⁷⁹, nach der bisherigen österreichischen Rechtsprechung²⁸⁰ und Lehre nicht entnehmen, dass die Vergabestellen damit zur Ermessensausübung ermächtigt wären. Insoweit sei etwa nach *Gölles* die österreichische Umsetzung korrekt, wenn sie entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinien durch die Wortwahl „hat“ anstatt „können“ die

²⁷³ Vgl. Art 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG, Arg. „kann“

²⁷⁴ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 418]

²⁷⁵ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]

²⁷⁶ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [146]

²⁷⁷ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]

²⁷⁸ Vgl. hierzu auch *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.6. zu § 51]; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 6 zu § 51]; *Gölles*, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

²⁷⁹ Vgl. etwa Art. 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG

²⁸⁰ BVA 16.12.2003, F-18/00-68; BVA 26.06.1998, N-18/98-5

diesbezügliche Ausscheidensverpflichtung deutlicher zum Ausdruck bringt.²⁸¹ Doch muss selbst *Gölles* einräumen, dass ein Ausschluss grundsätzlich nur für ein konkretes Verfahren Wirksamkeit entfalten kann bzw. darf, somit also abermals eine einzelfallbezogene Betrachtung geboten erscheint. Eine generelle Auftragssperre ist nämlich sowohl dem BVergG 2006, als auch dem Gemeinschaftsrecht fremd. Eine solche strikte Ablehnung eines Ermessensspielraums der Vergabestelle widerspricht meines Erachtens jedoch eindeutig der Systematik der Vergaberichtlinie 2004/18/EG bzw. den oben wiedergegebenen Ausführungen des EuGH vom 20.9.1988.²⁸²

5.5 Die Bietererklärung gemäß Art 20 Entwurf der Kommission (65/187/EWG)

Bejaht man also ein Entscheidungsermessen der Vergabestelle auch hinsichtlich der Beurteilung der persönlichen Lage der Bieter bzw. Bewerber gemäß Art 45 RL 2004/18/EG, so stellt sich die Frage, anhand welcher Nachweise der Auftraggeber Einblick in den konkreten Stand und die Erfolgsaussichten eines anhängigen Insolvenzverfahrens bekommen könnte. Die Einräumung eines für den konkreten Einzelfall erforderlichen Entscheidungsermessens erscheint nämlich nur dann sinnvoll, wenn die Vergabestelle auch tatsächlich Kenntnis vom für die Entscheidung maßgeblichen Sachverhalt erlangen kann. Aufgrund der abschließenden und unzureichenden Aufzählung von Nachweismitteln im Art 45 Abs. 3 der RL 2004/18/EG gilt es daher zu untersuchen, ob bereits dem Entwurf der Kommission (65/187/EWG) eine solche strikte Trennung zwischen dem Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit einerseits und der Bescheinigung des Nicht-Vorliegens der Ausschlussgründe, insbesondere der Insolvenztatbestände, zu entnehmen ist, ob also auch bereits der genannte Entwurf zwischen einer „Eignungsprüfung“ und einer solchen „im engeren Sinn“ differenzierte.

Wie in dieser Arbeit bereits angesprochen, bezieht sich etwa die im Art 44 Abs. 1 RL 2004/18/EG normierte Eignungsprüfung grundsätzlich nur auf jene Bieter bzw. Bewerber, die nicht aufgrund des abschließenden Kataloges des Art 45 RL 2004/18/EG bereits vom weiteren Verfahren ausgeschlossen wurden.²⁸³ Dies deckt sich auch mit der entsprechenden Bestimmung der Vergaberichtlinie 71/305/EWG. Die „Eignungsprüfung im engeren Sinn“ umfasst somit dem ersten Anschein nach eigentlich nur die Beurteilung der wirtschaftlichen

²⁸¹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 4 zu § 51]

²⁸² EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

²⁸³ Vgl. auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 51]

bzw. finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit²⁸⁴. Alleine innerhalb dieser „Eignungsprüfung im engeren Sinn“ obläge es nunmehr dem Auftraggeber, durch die Normierung von objektiven, nicht diskriminierenden Kriterien die Einstiegshürde für die anbietenden bzw. Teilnahmeanträge stellenden Unternehmer jeweils für das konkrete Verfahren und damit einzelfallbezogen, festzulegen. Diese Formulierung der endgültigen Fassung des Rates bzw. der gegenwärtigen Vergaberichtlinie für den klassischen Bereich, entspricht dabei nahezu wortgleich dem Art 18 Abs. 2 des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG), denn auch entsprechend dieser Bestimmung wären die öffentlichen Auftraggeber nur zur Prüfung der Eignung hinsichtlich jener Unternehmer verpflichtet gewesen, die nicht nach Art 20 des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG) ausgeschlossen wurden. Auch diesbezüglich könnte man daher von einer „Eignungsprüfung im engeren Sinn“ verbunden mit einer strikten Ausscheidensverpflichtung sprechen. Die endgültige Fassung des Rates entsprach somit dem genannten Entwurf der Kommission.

Im Gegensatz zu Art 45 RL 2004/18/EG bzw. Art 23 RL 71/305/EWG ordnete jedoch Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG) ausdrücklich an, dass der Auftraggeber bei Vorliegen der Insolvenztatbestände ermächtigt ist, für ein etwaiges Verbleiben eine Erklärung des betroffenen Bieters bzw. Bewerbers bezüglich seiner finanziellen Lage sowie der ihm zur Durchführung des konkreten Auftrages zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu verlangen. Die Möglichkeit des Forderns einer solchen Erklärung der Unternehmer findet sich weder im Art 23 RL 71/305/EWG, noch in den Vorschriften bezüglich der „persönlichen Lage“ der Bieter und Bewerber der RL 2004/18/EG. Allein der Entwurf der Kommission (65/187/EWG) ermöglichte daher ausdrücklich dem Auftraggeber, auch in Bezug auf den Ausschlussstatbestand der Einleitung bzw. Eröffnung eines Insolvenzverfahrens, eine einzelfallbezogene und damit sachgerechte Vorgehensweise.²⁸⁵ Es stellt sich allerdings die Frage, ob nicht auch die endgültige Fassung des Rates²⁸⁶ und damit möglicherweise auch die Vergaberichtlinie 2004/18/EG dem Auftraggeber die Einholung einer solchen Erklärung vorschreiben bzw. wenigstens ermöglichen.

Wie bereits erwähnt, ordnet der Abs. 2 des Art 45 RL 2004/18/EG lediglich an, dass jeder Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme um die Vergabe einer Leistung ausgeschlossen

²⁸⁴ Art 47 und 48 RL 2004/18/EG

²⁸⁵ *Sachs/Hahn*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2005) [Rz 10.30]; *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]

²⁸⁶ RL 71/305/EWG

werden „kann“, der sich im Insolvenz-/Konkursverfahren oder einem gerichtlichen Ausgleichsverfahren befindet. Ein Absehen vom zwingenden Ausschluss²⁸⁷ wegen Vorliegens der im UAbs. 1 leg. cit. genannten Tatbestände, ist der Vergabestelle demgegenüber ausschließlich nur bei zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gewährt.²⁸⁸ Die genannte gemeinschaftsrechtliche Ausnahmebestimmung verweist lediglich auf den UAbs. 1 des Art 45 Abs. 1 RL 2004/18/EG, der ja im Gegensatz zu den sonstigen Ausschlussstatbeständen, grundsätzlich einen zwingenden Ausschluss bei Kenntnis der Vergabestelle von einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Beteiligung einer kriminellen Organisation, Betrug, Bestechung oder Geldwäsche anordnet. Schon diese unterschiedliche Formulierung der abschließend aufgelisteten Ausschlussstatbestände²⁸⁹ deutet also darauf hin, dass sich die Vergabestellen nach der Intention der Gemeinschaftsgesetzgeber mit den Tatbeständen des Art 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG näher auseinander zu setzen haben. Jedoch stehen die Auftraggeber dabei möglicherweise vor dem Problem, dass sie sich aufgrund der etwa im Art 45 Abs. 3 RL 2004/18/EG taxativ angeführten Nachweismittel, die für diese Einzelbetrachtung erforderlichen Informationen von den Unternehmern nicht verschaffen können.

5.5.1 Der Informationsaustausch im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens

Gemäß § 77a KO bzw. IO werden nur grundsätzliche Informationen in das Firmenbuch eingetragen, die einer näheren Bewertung nicht zugänglich sind. Auch die Veröffentlichungen in der Insolvenzdatei ermöglichen den Auftraggebern nicht immer Rückschlüsse auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, weshalb für eine vollständige Sachverhaltsermittlung jedenfalls ein Informationsaustausch im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens²⁹⁰ zwischen Bietern bzw. Bewerbern und öffentlichem Auftraggeber stattzufinden hätte. Eine solche aufschlussreiche Erklärung der Unternehmer, wie sie im Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG) noch vorgesehen war, findet sich jedoch zumindest ausdrücklich, wie bereits festgehalten, weder in der endgültigen Fassung des Rates (RL 71/305/EWG) noch in der RL 2004/18/EG.

²⁸⁷ Arg. Art 45 Abs. 1 RL 2004/18/EG: „...ist...auszuschließen...“

²⁸⁸ Vgl. auch *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [80]

²⁸⁹ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien

²⁹⁰ VfGH 24.06.1998, G 462/97

Neben der, gleich nachfolgend zu untersuchenden, inhaltlichen Aussagekraft der Bietererklärung gemäß Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG), muss vorerst noch der Sinn und Zweck dieser Erklärung näher konkretisiert werden. Erfüllt ein Bieter bzw. Bewerber die Insolvenztatbestände, wurde also etwa gegen einen Wirtschaftsteilnehmer ein Konkurs- oder Ausgleichsverfahren eröffnet, so kann die Vergabestelle dieser Einleitung eines Insolvenzverfahrens ein Abbild der wirtschaftlichen Verhältnisse des Unternehmens zu einem gewissen Zeitpunkt entnehmen. Ein gewisses, meist in der Vergangenheit gelegenes Ereignis „befleckt“ ein solches Unternehmen somit auch für die zukünftige Gebarung. Den Auftraggeber trifft daher die Verantwortung, alleine aufgrund von vorliegenden Tatsachen, die weitere Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der teilnehmenden Unternehmer zu beurteilen. Es ist daher nur legitim, von der Vergabestelle ein genaues Eingehen auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch das Erstellen einer Zukunftsprognose, zu verlangen.²⁹¹ Denn die Beurteilung der Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer stellt jedenfalls eine Aussage über zukünftiges Verhalten und damit eine Prognose dar.²⁹²

Die Kernfunktion des Art 20 Entwurf der Kommission (65/187/EWG) war meines Erachtens somit, dem in gewissen Liquiditätsproblemen befindlichen Bieter oder Bewerber die Möglichkeit einzuräumen, alles darzutun, was seine wirtschaftlich-finanzielle bzw. technische Leistungsfähigkeit und damit auch Zuverlässigkeit belegen könnte. Diese Bietererklärung diente daher primär dem Informationsaustausch zwischen den teilnehmenden Unternehmern und dem jeweiligen Auftraggeber. Die Bedeutung, die der Rat diesem Berichtsfluss beigemessen hat, lässt sich auch dem Art 29 Abs. 5 RL 71/305/EWG entnehmen, der, im Gegensatz zur diesbezüglichen Bestimmung des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG)²⁹³, ein wechselseitiges Verfahren zum Zwecke der weiteren Sachverhaltsermittlung vorsieht. So hat die Vergabestelle entsprechend dieser Bestimmung die Einzelposten eines Angebotes, welches im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung ungewöhnlich niedrig erscheint, zu überprüfen und den Wirtschaftsteilnehmer hierzu aufzufordern, allenfalls erforderliche Belege vorzulegen. Diese Bestimmung verbietet somit den Mitgliedstaaten Regelungen zu erlassen, welche die Auftraggeber verpflichten, bestimmte, nach mathematischen Kriterien ermittelte Angebote von dem Verfahren zur Vergabe einer Leistung ohne weitere Prüfung auszuschließen, anstatt das in der Vergaberichtlinie normierte Verfahren der

²⁹¹ BVA 23.04.2004, 17N-48/04-24

²⁹² Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 428]

²⁹³ Art 28 Entwurf der Kommission (65/187/EWG)

kontradiktorischen Überprüfung einzuhalten.²⁹⁴ Ein automatischer Ausschluss, der mit einem rein mathematischen Ausschlussverfahren zweifelsfrei verbunden wäre, steht nämlich im Widerspruch zu dem Grundsatz der Vergaberichtlinien, einen echten Wettbewerb auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens zu schaffen.²⁹⁵

Auch der Vergaberichtlinie 2004/18/EG ist mit Art 56 „Ungewöhnlich niedrige Angebote“ ein solches Aufklärungsverfahren zu entnehmen. Darüber hinaus normiert Art 51 RL 2004/18/EG die Ermächtigung zu Gunsten der Auftraggeber, Wirtschaftsteilnehmer aufzufordern, die in Anwendung der Artikel 45 bis 50²⁹⁶ vorgelegten Bescheinigungen und Dokumente zu vervollständigen oder zu erläutern.²⁹⁷ Auch diesbezüglich lässt sich also die Vorgabe der Gemeinschaftsgesetzgeber entnehmen, Informationen nicht unreflektiert in die Wertung der Bieter bzw. deren Angebote einfließen zu lassen, sondern den Sachverhalt unter Anwendung eines kontradiktorischen Verfahrens vollständig zu ermitteln.

5.5.2 Die inhaltliche Aussagekraft der Bietererklärung

Untersucht man die im Entwurf der Kommission (65/187/EWG) vorgesehene Erklärung auf ihren Inhalt bzw. Umfang, so kann man diese von Seiten der Teilnehmer zur Verfügung gestellte Information in zwei Teilbereiche untergliedern: Zum einen hat diese Erklärung Aussagen über die finanzielle Lage des Bieters bzw. Bewerbers zu enthalten, zum anderen soll sie über die dem Unternehmen zur Durchführung der Arbeiten zur Verfügung stehenden Möglichkeiten Aufschluss geben.²⁹⁸ Bereits dem ersten Element lässt sich daher die starke Verbindung der Insolvenzausschlussstatbestände zu der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer entnehmen. Die Ausschlussgründe der Einleitung eines Konkurs-, gerichtlichen Ausgleichs- bzw. sonstigen Insolvenzverfahrens oder die Abweisung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens, bewirken nämlich einerseits das Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit, bringen jedoch andererseits gleichzeitig auch die Verneinung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zum Ausdruck.²⁹⁹

²⁹⁴ EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 Fratelli Costanzo SPA

²⁹⁵ EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 Fratelli Costanzo SPA

²⁹⁶ Die Art 45 bis 50 RL 2004/18/EG regeln den Nachweis der Eignungskriterien

²⁹⁷ So schon Art 24 RL 77/62/EWG

²⁹⁸ Siehe Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG)

²⁹⁹ Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 51]

Auch die Materialien zum BVergG 2006 weisen auf diese Verknüpfung ausdrücklich hin, normieren diese ja, dass hinsichtlich der Insolvenzausschlusstatbestände bewusst die weite Aufzählung der entsprechenden Richtlinienregelung (Art. 45 Abs. 2 der RL 2004/18/EG) übernommen wurde, da auch in anderen Staaten vorgesehene Verfahren, durch die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmers in Frage gestellt wird, erfasst werden sollen.³⁰⁰ Sowohl bei der Leistungsfähigkeit, als auch bei den beschriebenen Insolvenzstatbeständen geht es also primär darum, ob dem Auftraggeber durch die Beauftragung des Bieters bzw. Bewerbers im Hinblick auf eine Überschuldungs- bzw. Insolvenzgefahr oder voraussichtliche Liquiditätsengpässe ein nicht tragbares Risiko erwächst, oder aber eine vertragsgemäße Abwicklung zu erwarten ist³⁰¹, der Unternehmer den erteilten Auftrag also aller Voraussicht nach auch „durchstehen“ wird.³⁰²

Auch hinsichtlich des Nachweises jener Möglichkeiten, die dem in Liquiditätsprobleme geratenen Bieter bzw. Bewerber weiterhin zwecks ordnungsgemäßer Durchführung der jeweiligen Arbeiten zur Verfügung stehen, lässt sich eine solche Verbindung zum Nachweis der Leistungsfähigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers herstellen. Sowohl durch die Insolvenzausschlusstatbestände, als auch durch die Bestimmungen bezüglich der wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit, soll dem schützenswerten Interesse der Auftraggeber Rechnung getragen werden, Aufträge nur an solche Unternehmer vergeben zu müssen, die aufgrund ihrer finanziellen und technischen Ressourcen auch tatsächlich in der Lage sind, einen Auftrag vertragsgemäß und entsprechend dem Stand der Technik auszuführen. Dabei müssen auch die oftmals massiven Vorinvestitionen hinsichtlich des Personal- und Materialeinsatzes bzw. die Anschaffung der technischen Gerätschaft mitberücksichtigt werden.³⁰³ Es soll im jeweiligen Vergabeverfahren schon ex ante die Auswahl zwischen jenen Bietern getroffen werden, die auch über die für den spezifischen Auftrag³⁰⁴ erforderlichen Ressourcen verfügen, gleichgültig ob sich diese etwa aus besonders ausgebildeten Fachkräften oder generell erforderlicher Gerätschaft zusammensetzen.

³⁰⁰ AB 1171 BlgNR XXII. GP [60]

³⁰¹ *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 5 zu § 52]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16

³⁰² *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [77]

³⁰³ BVA 18.05.2004, 05N-30/04

³⁰⁴ *Pachner*, Prüfung der Angebote, in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005) [46]; *Sachs/Hahnl*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 10.2.]

Die inhaltliche Aussagekraft der vom Bieter bzw. Bewerber gemäß Art 20 letzter Satz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) abzugebenden Erklärung, entsprach daher grundsätzlich den Anforderungen hinsichtlich des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen bzw. technischen Leistungsfähigkeit entsprechend den Art 23 und 24 Entwurf der Kommission (65/187/EWG) und ist demzufolge lediglich als Konkretisierung des Beurteilungsermessens³⁰⁵ der Vergabestelle bezüglich der Festlegung der für den konkreten Auftrag erforderlichen Leistungsfähigkeit anzusehen.³⁰⁶

Darüber hinaus enthielt Art 14 Entwurf der Kommission (65/187/EWG) die Verpflichtung der Auftraggeber zur Bekanntmachung jener Unterlagen, die dem Angebot, zum Nachweis der technischen und wirtschaftlichen Eignung der Bieter nach Maßgabe der in den Artikeln 20 bis 26 leg. cit. genannten Voraussetzungen, beizufügen waren. Somit verwies also bereits der Entwurf der Kommission (65/187/EWG) hinsichtlich des Nachweises der Leistungsfähigkeit ausdrücklich auch auf die im Art 20 leg. cit. genannten Insolvenztatbestände. Sowohl die in den Art 23 und 24 Entwurf der Kommission (65/187/EWG) enthaltenen Nachweismittel, als auch die im Art 20 letzter Absatz leg. cit. vorgesehene Bieter- bzw. Bewerbererklärung, dienten somit der Beurteilbarkeit der individuellen Dispositionsmöglichkeit des Unternehmers, einen konkreten Auftrag aufgrund seiner jeweiligen Struktur und Organisation erfüllen zu können.³⁰⁷ Dieser Verbindung zwischen der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und den Insolvenztatbeständen scheint auch der EuGH zu folgen. So hielt er fest, dass die in den Art 23 bis 26 RL 71/305/EWG³⁰⁸ niedergelegten Eignungskriterien die Regeln für die sachliche Prüfung der Leistungsfähigkeit festlegen.³⁰⁹ Eine strikte Trennung zwischen den Ausschlussstatbeständen und der finanziellen und wirtschaftlichen bzw. technischen Leistungsfähigkeit ist somit nicht sachgerecht. Auch der Art 26 Entwurf der Kommission (65/187/EWG) - französische Fassung - ermöglichte dem öffentlichen Auftraggeber das finanzielle bzw. technische Niveau der Erklärung gemäß Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) festzulegen.

All dies deutet meines Erachtens darauf hin, dass die Elemente der Erklärung gemäß Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) „finanzielle Lage“ und „zur Verfügung stehende Möglichkeiten“ in den Nachweismitteln der Art 25 und 26 RL

³⁰⁵ EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

³⁰⁶ Vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 39 der RL 2004/18/EG

³⁰⁷ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [48]

³⁰⁸ Nunmehr Art 44 bis 48 RL 2004/18EG

³⁰⁹ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I

71/307/EWG aufgegangen sind. So enthält etwa Art 25 leg. cit. mit den möglichen Nachweismitteln der Vorlage von Bankerklärungen, Bilanzen bzw. Bilanzauszügen, Bietererklärungen über spartenspezifische Umsätze sowie weiteren forderbaren Nachweisen, die zur Beurteilung der finanziellen Lage des Bieters bzw. Bewerbers erforderlichen Belege. Weiters geben vor allem die Erklärungen des Wirtschaftsteilnehmers hinsichtlich der zur Ausführung vorhandenen Kapazitäten an Ausstattung, Gerätschaft, technischer Ausrüstung und qualifiziertem Personal, ausreichend Aufschluss über die dem Unternehmer zur ordnungsgemäßen Durchführung der zu vergebenden Leistung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten.³¹⁰ Diese Auffassung wird durch die Ausführungen des Generalanwaltes *Mischo* gestärkt, wonach es der Rat aufgrund der Neufassung des Art 16 RL 71/305/EWG als entbehrlich angesehen hat, am Artikel 26 des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG) festzuhalten, der ja ausdrücklich auch auf die Nachweismittel des Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) hingewiesen hatte.³¹¹ Der Rat vertrat somit offenbar die Ansicht, dass die gesonderte Normierung der Verpflichtung zur Abgabe einer Erklärung hinsichtlich der finanziellen Lage bzw. der zur Ausführung zur Verfügung stehenden Möglichkeiten gemäß Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG), aufgrund der Neuregelung des Art 16 in Verbindung mit den Art 25 und 26 RL 71/305/EWG überflüssig war. Sind somit die Nachweismittel des Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) insbesondere durch die Art 25 und 26 RL 71/305/EWG aufrechterhalten worden, so hat dies gleichermaßen auch für die in dem Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) zum Ausdruck kommenden Eignungskriterien zu gelten.

Die Vergaberichtlinien bezwecken nämlich nicht nur die Vereinheitlichung der Dokumente zum Zwecke des Nachweises der Eignung, sie normieren vielmehr diese Eignungskriterien. Die Anführung von möglichen Nachweismitteln in den Richtlinienbestimmungen legt nämlich gleichzeitig die Kriterien zur Beurteilung der Eignung der Wirtschaftsteilnehmer fest.³¹² Selbst wenn man also die im Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) zum Ausdruck kommenden Kriterien zur Beurteilung der Eignung der Unternehmer als eigenständig und daher nicht von der wirtschaftlich und finanziellen bzw. technischen Leistungsfähigkeit mitumfasst erachten möchte, so sind diese Kriterien jedenfalls

³¹⁰ Vgl. Art 26 RL 71/305/EWG

³¹¹ SA des GA Mischo 11.06.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. Constructions et entreprises industrielles (CEI) und andere

³¹² SA des GA Darmon 04.05.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV

durch die inhaltlich gleichen Nachweismittel der Art 25 und 26 RL 71/305/EWG perpetuiert worden. Der, der Vergabestelle durch Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG) eingeräumte Ermessensspielraum³¹³, kommt, wie bereits dargelegt, ohnehin ausreichend durch die Normierung der „Kann-Ausschlusstatbestände“ gemäß Art 23 RL 71/305/EWG bzw. Art 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG zum Ausdruck. So hielt selbst der EuGH fest, dass die in Art 23 RL 71/305/EWG normierten Ausschlusstatbestände an die mangelnde Solvenz bzw. Zuverlässigkeit der Unternehmen anknüpfen und es rechtfertigen „können“, einen Bieter bzw. Bewerber von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.³¹⁴ Der öffentliche Auftraggeber entscheidet somit nach seinem gebundenen Ermessen, ob dann, wenn einer der Insolvenztatbestände erfüllt ist, die wirtschaftliche und finanzielle bzw. technische Leistungsfähigkeit dennoch gesichert erscheint.³¹⁵

6. Die Beurteilung der Teilnehmer im Rahmen des BVergG 2006

6.1 Ausscheidensverpflichtung des Auftraggebers - kein Platz für einen Beurteilungsspielraum?

6.1.1 Die teilnahmeberechtigten Unternehmer

Primär stellt sich in einem konkreten Verfahren zur Vergabe einer Leistung die Frage, wer überhaupt berechtigt ist, an diesem Vergabeverfahren teilzunehmen. Die Teilnehmerqualifikation ist nicht zuletzt deshalb von zentraler Bedeutung, da davon auch die Zulassung zum Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 abhängt.³¹⁶ Teilnahmeberechtigt sind grundsätzlich Unternehmer, die der Begriffsdefinition des § 2 Z 36 BVergG 2006 entsprechen. Somit sind natürliche wie juristische Personen, Personengesellschaften, öffentliche Einrichtungen aber eben auch Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von

³¹³ Arg. Art 20 letzter Absatz Entwurf der Kommission (65/187/EWG): „...kann für die etwaige Teilnahme an dem Vergabeverfahren eine Erklärung angefordert werden...“

³¹⁴ EuGH 09.07.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. Constructions et entreprises industrielles (CEI) und andere ; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [388]; SA des GA Gulmann 24.02.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I ; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [391]

³¹⁵ SA des GA Mischo 11.06.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. Constructions et entreprises industrielles (CEI) und andere

³¹⁶ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [105]; EuGH 12.02.2004, Rs C-230/02 Grossmann Air Service

Dienstleistungen anbieten, berechtigt, sich an einem Verfahren zur Vergabe von Leistungen zu beteiligen. Als Bewerber³¹⁷ werden dabei solche Unternehmer oder Zusammenschlüsse von Unternehmern bezeichnet, die sich an einem Vergabeverfahren beteiligen wollen und dies durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen bekunden, während als Bieter³¹⁸ nur solche Unternehmer bzw. Zusammenschlüsse von Unternehmern bezeichnet werden, die bereits ein Angebot eingereicht haben. Ein solcher Zusammenschluss von Unternehmern zum Zwecke des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes bezeichnet § 2 Z 14 BVergG 2006 als Bietergemeinschaft, während gemäß Z 7 leg. cit. als Arbeitsgemeinschaft ein Zusammenschluss von Unternehmern betrachtet wird, die sich - ungeachtet der Regelung im Innenverhältnis - dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung der ausgeschriebenen Leistung verpflichten.

Innerhalb der grundsätzlich nach § 2 Z 36 BVergG 2006 teilnahmeberechtigten Unternehmer, legen die §§ 68 ff BVergG 2006 die objektiv abstrakten Voraussetzungen für die Teilnahme am jeweiligen Vergabeverfahren fest und regeln somit für diese Unternehmer den Rahmen der Teilnahmeberechtigung.³¹⁹ Insofern präzisiert³²⁰ § 68 BVergG 2006 den gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 bestehenden Vergabegrundsatz, wonach Aufträge über Leistungen nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu vergeben sind.³²¹ Erfüllt somit ein Unternehmer einen der im § 68 Abs. 1 BVergG 2006 aufgezählten Ausschlussgründe, so ist er grundsätzlich auch nicht berechtigt, an dem konkreten Vergabeverfahren teilzunehmen.³²² Die diesbezügliche Konsequenz lässt sich wiederum einerseits dem genannten § 68 BVergG 2006 und andererseits § 129 Abs. Z 1 und 2 BVergG 2006 entnehmen, die bei Antreffen eines Ausschlussgrundes eine Ausschluss- bzw. Ausscheidensverpflichtung des betroffenen Unternehmers anordnen.³²³ Die vom nationalen Gesetzgeber im § 68 Abs. 1 BVergG 2006

³¹⁷ Vgl. § 2 Z 12 BVergG 2006

³¹⁸ Vgl. § 2 Z 13 BVergG 2006

³¹⁹ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [106]

³²⁰ Vgl. auch *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmant/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [3 zu § 58]

³²¹ RV 1171 BlgNR XXII. GP [59]; *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

³²² *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 2 zu § 51]; einschränkend *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 7 zu § 98]

³²³ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [407]

getroffene Wortwahl „hat auszuschließen“ lässt die diesbezügliche Ausscheidensverpflichtung des Auftraggebers deutlich zum Ausdruck bringen.³²⁴

Die einschlägigen Bestimmungen verpflichten also den öffentlichen Auftraggeber, bestimmte Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen.³²⁵ Es steht demnach auch nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidenstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen.³²⁶ Und alleine deshalb, weil die Vergabestelle vor der Wahl des Angebotes für den Zuschlag von einer formalen Ausscheidensentscheidung abgesehen hat, wird ein mit einem Mangel behaftetes Angebot nicht zu einem zulässigen Angebot, dem der Zuschlag potentiell hätte erteilt werden können. Dabei ist zu beachten, dass Ausschlusskriterien aufgrund des allgemein geltenden Wettbewerbsgrundsatzes eng auszulegen sind.³²⁷ Durch das Ausscheiden von mit Mängeln behafteten Angeboten soll einerseits ein lauterer Wettbewerb gewährleistet und andererseits die benötigte Klarheit über die gebotene Vorgehensweise bei einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung geschaffen werden.³²⁸ Die Anordnung der Ausscheidensverpflichtung gemäß § 129 Abs. 1 BVergG 2006 dient also dem Wettbewerbsprinzip, das unter den Grundsätzen des Vergaberechts eine zentrale Stellung einnimmt.³²⁹ Der Auftraggeber kann also nicht zwischen einem Ausschluss bzw. Ausscheiden und einem bloßen „Nicht-Berücksichtigen“ wählen.³³⁰ Dabei stellt das Ausscheiden einen eigenen Verfahrensabschnitt dar, der gemäß § 2 Z 16 BVergG 2006 gesondert anfechtbar ist.³³¹

Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass der Ausschluss eines Unternehmers vom weiteren Vergabeverfahren eine besonders einschneidende Maßnahme darstellt, wird einem Bieter bzw. Bewerber ja durch dessen Ausschluss respektive Ausscheiden die Möglichkeit genommen, sich am lukrativen Wettbewerb um die Vergabe einer Leistung zu beteiligen bzw. wenigstens die Angebotserstellungskosten durch den im Rahmen der Ausführung realisierbaren Gewinn zu kompensieren.³³²

³²⁴ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 51]; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 4 zu § 51]

³²⁵ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [407]

³²⁶ VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050

³²⁷ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.

³²⁸ VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181

³²⁹ VfGH 20.06.2001, B 1560/00

³³⁰ BVA 25.05.1998, N-8/98-16

³³¹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [56]

³³² *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 367]

6.1.2 Der Ausschluss eines Unternehmers oder das Ausscheiden seines Angebotes

Die Unterscheidung zwischen Ausschluss- und Ausscheidensgründen findet mitunter im vorliegenden Schrifttum besondere Betonung³³³, weshalb auf diese Thematik in gedrängter Form gesondert einzugehen ist. Wie schon das BVergG 1997 und das BVergG 2002, differenziert auch weiterhin das BVergG 2006, wenn auch nicht hinreichend genau, zwischen Mängel seitens des Bieters, die zu dessen Ausschluss führen können, und Mängel des Angebotes, die dessen Ausscheiden bedingen können.³³⁴ Nach *Schwartz* lässt sich schon der vom Gesetzgeber unterschiedlich verwendeten Terminologie entnehmen, dass zwischen dem Ausschließen und dem Ausscheiden eines Unternehmers unterschieden werden muss.³³⁵ Er begründet dies mit der unterschiedlichen Textierung des § 51 BVergG 2002 einerseits und dem § 98 BVergG 2002³³⁶ andererseits. Diesen sei eindeutig eine Differenzierung hinsichtlich einem einfachen „Ausscheiden“ und einem absoluten „Ausschluss“ zu entnehmen. Demnach dürften auszuschließende Unternehmer am Vergabeverfahren gar nicht teilnehmen, während Unternehmer, deren Angebote ausgeschieden wurden, zwar am Verfahren um die Vergabe der Leistung teilnehmen konnten, ihre Angebote jedoch in weiterer Folge aus einem der in § 129 leg. cit. genannten Gründen ausgeschieden werden mussten.³³⁷ Auch nach *Gölles* ist zwischen „Ausschluss“ und „Ausscheiden“ strikt zu unterscheiden.³³⁸

Das alleinige Abstellen auf die begrifflich unterschiedliche Definierung der erwähnten gesetzlichen Bestimmungen ist meines Erachtens jedoch keinesfalls für eine diesbezügliche Unterscheidung ausreichend. Auch nach dem BVA schließen die Gründe, bei deren Vorliegen das Angebot eines Bewerbers bzw. Bieters auszuschneiden ist, den Kreis zu jenen Gründen, die den Ausschluss eines Unternehmers vom Vergabeverfahren rechtfertigen.³³⁹ Schon die ersten „Ausscheidenstatbestände“ des § 129 Abs. 1 BVergG 2006 nehmen für sich wiederum Bezug auf etwa das Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers und somit eigentlich auf einen „Ausschlussstatbestand“. Diese „Ausscheidenstatbestände“, die eigentlich Bietermängel betreffen, wären somit systematisch eigentlich besser den

³³³ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [408]

³³⁴ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [26]; *Gölles*, Mangelhafte Angebote - Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?, ZVB 2003/93 [1]

³³⁵ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 2 zu § 51]

³³⁶ Vgl. nunmehr die §§ 68 und 129 BVergG 2006

³³⁷ Vgl. auch *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [105]

³³⁸ *Gölles*, Mangelhafte Angebote - Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?, ZVB 2003/93 [1]

³³⁹ BVA 16.12.2003, F-18/00-68

„Ausschlussstatbeständen“ des § 68 BVergG 2006 zuzuordnen.³⁴⁰ Gemäß der eben genannten „Ausscheidensbestimmung“ sind Angebote von Unternehmern, die gemäß § 68 Abs. 1 BVergG 2006 zwingend auszuschließen sind, eben auch vor der Wahl des Angebots für die Zuschlagsentscheidung „auszuscheiden“. So hat auch das BVA in seiner Entscheidung vom 12.11.2001³⁴¹ ausdrücklich auf die „Ausscheidensbestimmung“ des § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG 1997 verwiesen. Konkret wurde dem betroffenen Unternehmer jedoch die berufliche Zuverlässigkeit abgesprochen, weshalb dieser Unternehmer nach der Auffassung von *Schwartz* eigentlich gemäß § 58 Abs. 1 Z 4 BVergG 1997 auszuschließen gewesen wäre. Die Vergabekontrollbehörde hat eine diesbezügliche Differenzierung jedoch unterlassen.

Allerdings ist sehr wohl zwischen unternehmensbezogenen und angebotsbezogenen Ausscheidenstatbeständen zu unterscheiden, handelt es sich ja bei den Ausschlussstatbeständen des § 68 BVergG 2006 durchgehend um unternehmensbezogene, während § 129 BVergG 2006 auch angebotsbezogene Tatbestände enthält.³⁴² So differenziert auch *König* zwischen den persönlichen Eigenschaften des Bieters und dem Inhalt des Angebotes.³⁴³ Dabei muss auch berücksichtigt werden, dass bei einem offenen Verfahren das Zutreffen eines Ausschluss-Tatbestandes erst nach der Angebotsöffnung festzustellen ist, also ein Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren - und nicht a priori stattfindet.³⁴⁴ Nach einer strikten Trennung zwischen Ausscheidens- und Ausschlussstatbeständen wäre mit einer Verwirklichung eines Ausschlussgrundes somit ein konsequentes Teilnahmeverbot am Vergabeverfahren verbunden. Bei einem Verhandlungsverfahren bzw. einem nicht offenem Verfahren könnte diesem Umstand dann auch bereits im Vorfeld der Angebotslegung Beachtung beigemessen werden, bei einem offenem Verfahren kann eine diesbezügliche Überprüfung jedoch erst nach der Angebotseröffnung Platz greifen. „*Insofern scheint es naheliegend, dass sich die Ausschluss- und Ausscheidenstatbestände überschneiden. Tritt nach der Öffnung der Angebote zutage, dass ein Bieter auszuschließen ist, so ist sein Angebot auszuscheiden.*“³⁴⁵ Im Endeffekt ist es für einen Unternehmer jedoch wohl gleichgültig, ob er ausgeschlossen oder sein Angebot ausgeschieden wird. Das Ergebnis - die Nichtberücksichtigung seines Angebotes - ist dasselbe.³⁴⁶

³⁴⁰ *Gölles*, Mangelhafte Angebote - Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?, ZVB 2003/93 [1]

³⁴¹ BVA 12.11.2001, N-91/01-31

³⁴² *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 5 zu § 98]

³⁴³ *König*, Vergaberecht in der Praxis (2000) [69]

³⁴⁴ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 7 zu § 98]

³⁴⁵ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [408]

³⁴⁶ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [2]

6.1.3 Der Ausschluss von Unternehmern im deutschen Vergaberecht

Wirft man hinsichtlich der Differenzierung zwischen dem Ausscheiden und dem Ausschließen einen Blick über die Grenze, so kann die diesbezügliche deutsche Rechtslage als Wertungshilfe herangezogen werden. Vergleichbar mit § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 ordnet etwa § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit a VOB/A an, dass Unternehmer von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden dürfen, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren eröffnet oder deren Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist. Dies ist nichts Anderes, als die freilich auch in Deutschland normierte Ausprägung des Grundsatzes der Vergabe an ausschließlich geeignete Unternehmer.³⁴⁷ Daneben besteht mit § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A eine mit § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 vergleichbare Rechtslage. So ordnet die genannte deutsche Bestimmung an, dass Angebote von Bieterinnen ua. nach § 8 Nr. 5 VOB/A ausgeschlossen werden können. Der deutsche Gesetzgeber unterlies somit zum einen eine begriffliche Differenzierung zwischen dem „Ausscheiden“ und dem „Ausschließen“ und verwies zum anderen ausdrücklich, nicht nur mittels begrifflich gleichlautender Normierung, explizit auf die den Unternehmer an sich betreffende Bestimmung des § 8 Nr. 5 VOB/A. Somit regelt bereits § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit a VOB/A die Möglichkeit des fakultativen Ausschlusses wegen der genannten Insolvenztatbestände und hat daher der im § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A enthaltene Verweis nur klarstellende Bedeutung.³⁴⁸ Eine solche ausdrückliche Klarstellung wäre auch im österreichischen Vergaberecht wünschenswert. Meines Erachtens kann diese Regelung der VOB/A jedoch auch für das Verständnis der Ausschluss- bzw. Ausscheidensbestimmungen gemäß dem BVergG 2006 herangezogen werden. So regelt bereits § 68 Abs. 1 BVergG 2006 unternehmerbezogene, negative Eignungskriterien, bei deren Vorliegen ein Bieter bzw. Bewerber eben nicht die für ein konkretes Vergabeverfahren erforderliche Eignung besitzt. § 129 Abs. 1 Z 2 hat demgegenüber lediglich klarstellende Bedeutung und verweist zumindest begrifflich auf die Ausschlusstatbestände des § 68 Abs. 1 leg. cit.

³⁴⁷ Vgl. etwa § 97 Abs. 4 GWB; vgl. auch *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

³⁴⁸ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 421]

6.1.4 Der Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum des Auftraggebers

Entsprechend der in Österreich gesetzlich normierten Ausschlussverpflichtung³⁴⁹ ist ein Unternehmer, der in nachhaltige Liquiditätsprobleme geraten ist, welche bereits gerichtliche Folgen in der Form der Einleitung oder Abweisung eines Insolvenzverfahrens nach sich gezogen haben, von der Teilnahme am Vergabeverfahren verpflichtend auszuschließen.³⁵⁰ Auf die Einhaltung dieser Verpflichtung durch den Auftraggeber haben konkurrierende Bieter und Bewerber einen Rechtsanspruch, den sie vor den Vergabekontrollbehörden durchsetzen können.³⁵¹ Scheidet bzw. schließt die Vergabestelle den betroffenen Unternehmer rechtswidrig nicht aus und erteilt sie diesem Mitbewerber den Zuschlag, so kann dieser Vergabeverstöß zu schadenersatzrechtlichen Folgen führen.³⁵² Die Einleitung bzw. Abweisung eines der genannten Verfahren bewirkt den Wegfall der, bis zur Novelle des BVergG 2006, BGBl. I Nr. 86/2007 begrifflich noch gesondert normierten, allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers. Das effektive, nicht bloß vermutete oder unbewiesen behauptete, Vorliegen beruflicher Unzuverlässigkeit wird einer konkreten Auftragsvergabe daher regelmäßig entgegenstehen.³⁵³ Der Ausschlussgrund des Konkurs-, Ausgleichs- bzw. Insolvenzverfahrens soll wiederum, in einer meiner Ansicht nach überhöht formalisierten Weise, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers bzw. Bieters absichern.³⁵⁴ Dieser Ausschlussgrund normiert somit einerseits den Wegfall der Zuverlässigkeit, andererseits spricht er einem Unternehmer bei Vorliegen der beschriebenen Tatbestandsmerkmale wohl auch gleichzeitig die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ab.³⁵⁵

Die Erfüllung des „Insolvenztatbestandes“ des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 führt somit automatisch und ohne konkretes Eingehen auf den spezifischen Anlassfall, zu einem abstrakten Absprechen der Eignung des betroffenen Unternehmers.³⁵⁶ Wenn dem Auftraggeber also in den §§ 68 Abs. 1 Z 2 und 129 Abs. 1 Z 1 und 2 BVergG 2006 die vergaberechtlich auch durchsetzbare Pflicht auferlegt wird, Unternehmer, gegen die ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein

³⁴⁹ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

³⁵⁰ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [407]

³⁵¹ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [210]

³⁵² BVA 20.06.1996, F-1/96-17

³⁵³ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [1]

³⁵⁴ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 6 zu § 51]

³⁵⁵ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 51]

³⁵⁶ Vgl. zu dieser Problematik auch B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.

Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, vom weiteren Verfahren auszuschließen, so bedeutet dies, dass dem Auftraggeber durch das Vorliegen eines gerichtlichen Beschlusses eigentlich insoweit ein Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum genommen wird, als er den betroffenen Unternehmer jedenfalls auszuschließen hat.³⁵⁷ Der Auftraggeber hat bei dem Hervorkommen eines Ausscheidensgrundes keine weiteren Prüfungsschritte zu setzen, er hat vielmehr eine entsprechende Entscheidung zu treffen, zumal es nicht im Dispositionsbereich des Auftraggebers liegt, von den Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen.³⁵⁸ Auch nach dem BVA sind die Ausscheidungstatbestände des § 52 Abs. 1 BVergG 1997 (nunmehr § 129 Abs. 1 BVergG 2006) objektive Ausscheidungsgründe, bei deren Wahrnehmung der Auftraggeber kein Ermessen hat.³⁵⁹ Hat ein Bieter bzw. Bewerber somit einen diesbezüglichen Tatbestand verwirklicht, so hat der Auftraggeber dessen Angebot nach der herrschenden Lehre und Judikatur auch auszuschließen.

Während also ein Auftraggeber an die gerichtliche Entscheidung hinsichtlich der Einleitung oder Abweisung eines Insolvenzverfahrens nach der österreichischen Rechtslage grundsätzlich gebunden ist und gegebenenfalls ein insolventes Unternehmen vom weiteren Vergabeverfahren verpflichtend³⁶⁰ auszuschließen hat, wird dem Auftraggeber durch die diesbezügliche deutschen Rechtslage³⁶¹ zumindest ein Beurteilungs- und Ermessensspielraum gewahrt.³⁶² „Die Vorschrift eröffnet dem Auftraggeber ein Ermessensspielraum.“³⁶³ § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A zwingt die Vergabestelle somit nicht zum Ausschluss von Wirtschaftsteilnehmern, die die in § 8 Nr. 5 VOB/A geregelten Ausschlussgründe erfüllen. Der Auftraggeber muss jedoch innerhalb des Ermessensrahmens des § 25 Nr. 1 Abs. 2 leg. cit. diskriminierungsfrei, also nach einheitlichen Grundsätzen, die wiederum gleichermaßen für alle Bieter und für alle ähnlich gelagerten Sachverhalte gelten müssen, vorgehen und so seine Entscheidung treffen. Somit dient die in Deutschland getroffene Regelung vor allem der

³⁵⁷ VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050

³⁵⁸ Fink/Schiefer in, Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [380]

³⁵⁹ BVA 26.06.1998, N-18/98-5; Sachs/Hahnl, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 17.19.]

³⁶⁰ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 4 zu § 51]

³⁶¹ zur in Deutschland bestehenden Normensystematik vgl. insbesondere Lagemann, Vergaberecht in Deutschland, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) [17ff]

³⁶² VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03

³⁶³ Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 418]

Einzelfallgerechtigkeit, da der Auftraggeber in die Lage versetzt wird, eine den Umständen des Einzelfalls angemessene und sachgerechte Lösung zu finden.

In der diesbezüglichen deutschen Literatur wird daher die Ansicht vertreten, dass es sich bei der Eignungsprüfung nicht um ein streng schematisiertes und objektiviertes Vorgehen, sondern um ein Verfahren handelt, in dessen Rahmen der Auftraggeber in seiner Entscheidung über die Eignung eines Wirtschaftsteilnehmers weitgehend frei ist.³⁶⁴ Bei der vom Auftraggeber zu treffenden Entscheidung hinsichtlich der Eignung der einzelnen Bieter bzw. Bewerber handelt es sich um eine Gesamtschau zahlreicher Einzelumstände und somit um eine Wertung, die eben einen angemessenen Beurteilungsspielraum voraussetzt.³⁶⁵ Eignungskriterien (Fachkunde bzw. Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) stellen „unbestimmte Rechtsbegriffe“ dar, die durch den jeweiligen Auftraggeber wertend ausgefüllt werden müssen.³⁶⁶ Daher können die Vergabeinstanzen eine Entscheidung des Auftraggebers hinsichtlich des Vorliegens der Eignung eines Bieters bzw. Bewerbers auch nur insoweit überprüfen, als sie festzustellen haben, ob die rechtlichen Grenzen des eingeräumten Beurteilungsspielraumes überschritten wurden.³⁶⁷ Demgegenüber überprüfen die österreichischen Vergabekontrollbehörden die Entscheidung des Auftraggebers in der Sache selbst.³⁶⁸

6.1.5 Die Objektivierbarkeit von Ausschlussgründen

Auch die B-VKK sprach sich in einer Empfehlung vom 31.1.1996³⁶⁹ dafür aus, dass dem Auftraggeber bei der Eignungsprüfung kein Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum verbleibt. Das Bundesvergabegesetz stelle an den Nachweis eines Ausschlussgrundes strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit.³⁷⁰ Im konkreten Verfahren schloss der Auftraggeber einen Unternehmer gemäß § 44 Abs. 1 Z 4 BVergG 1993 von der Teilnahme am weiteren Vergabeverfahren aus, weil dieser Unternehmer nach Auffassung der Vergabestelle nachweislich eine schwere berufliche Verfehlung begangen hatte. Der vom

³⁶⁴ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [146]

³⁶⁵ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]

³⁶⁶ *Werschütz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [48]; *Schwarze*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, EuZW 2000, 141

³⁶⁷ *Boesen*, Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000) [Rn 68 zu § 97]

³⁶⁸ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [146]

³⁶⁹ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; siehe auch BVA 06.03.1996, N-1/96 in wbl 1997, 84

³⁷⁰ *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.6. zu § 51]; Vgl. auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 6 zu § 51]; *Gölles*, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

Auftraggeber behauptete Nachweis gründete sich allerdings nur auf solche Umstände, die in einem anhängigen Zivilrechtsstreit zwischen dem Auftraggeber und diesem Bewerber streitig waren.³⁷¹ Nach Ansicht der B-VKK gebiete § 44 Abs. 1 Z 4 BVergG 1993, dass der Nachweis einer schweren beruflichen Verfehlung eines Unternehmers auf rein objektive Kriterien gestützt und nicht alleine von der subjektiven Einschätzung des Auftraggebers getragen werde.³⁷² Für einen Beurteilungsspielraum des Auftraggebers würde daher kein Raum bleiben. In einem anhängigen Zivilverfahren aufgeworfene Behauptungen entsprechen diesem Objektivierungsmaßstab keinesfalls.³⁷³ Ein solcher Ausschlusstatbestand wäre alleine in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt.

Den Ausführungen der B-VKK lässt sich entnehmen, dass entsprechend der Systematik und Teleologie der §§ 44 und 45 BVergG 1993, nunmehr §§ 68ff BVergG 2006, strenge Kriterien hinsichtlich der Objektivierbarkeit des Nachweises³⁷⁴ eines Ausschlussgrundes beachtet werden müssen.³⁷⁵ Dies soll den Grundsatz des fairen Wettbewerbs bzw. der Nicht-Diskriminierung einzelner Unternehmer verdeutlichen. Dieser grundsätzlich richtigen Tendenz hat sich der Gesetzgeber - wohl ein wenig unreflektiert - angeschlossen.³⁷⁶ Der Gesetzgeber präferiert somit einen möglichen Ausschluss bzw. das Ausscheiden eines Bieters anhand von objektivierbaren Kriterien zu Lasten einer subjektiven Einschätzung der Vergabestelle.

Ob dieser Grundsatz der Objektivierbarkeit auch tatsächlich gleichermaßen auf sämtliche Ausschlusstatbestände des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 Anwendung findet und das vollkommene Fehlen eines subjektiven Beurteilungsspielraumes auch tatsächlich konsequent verfolgt wird bzw. verfolgt werden darf, ist Gegenstand der nachfolgenden Betrachtung. Dabei stellt sich im Wesentlichen die Frage, ob das gänzliche Fehlen eines Beurteilungsspielraumes der Vergabestelle den Wettbewerbsgrundsatz nicht nur nicht fördert, sondern sogar ad absurdum führt. Das mögliche Vorhandensein eines Beurteilungsspielraumes wäre dann vor allem für die Problematik des verpflichtenden

³⁷¹ *Sachs/Hahnl*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 10.3.]

³⁷² BVA 06.03.1996, N-1/96 in wbl 1997, 84

³⁷³ *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.5. zu § 51]; BVA 06.03.1996, N-1/96 in wbl 1997, 84; B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

³⁷⁴ *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 7 zu § 58]

³⁷⁵ Vgl. auch *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2004) [40]

³⁷⁶ Vgl. AB 1118 BlgNR XXI. GP [41]; RV 1171 BlgNR XXII. GP [60]

Ausscheidens³⁷⁷ eines Unternehmers, gegen den ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, von zentraler Bedeutung.

6.1.6 Der Beurteilungsspielraum bei der „nachweislichen Feststellung“

Im Einzelnen verlangt § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006³⁷⁸ das Vorliegen einer schweren Verfehlung sowie die nachweisliche Feststellung des Fehlverhaltens durch den öffentlichen Auftraggeber.³⁷⁹ Hierzu führte die B-VKK in der Empfehlung vom 18.12.1998 aus, dass der Auftraggeber in nachvollziehbarer Weise zur vollen Überzeugung der Rechtswidrigkeit³⁸⁰ der Vorgehensweise des Unternehmers gelangen muss. Abermals verweist die Kontrolleinrichtung darauf, dass dabei strenge Kriterien hinsichtlich der Objektivierbarkeit anzulegen sind.³⁸¹ In diesem Objektivierungsprozess spielt die Auseinandersetzung mit allfälligen Erklärungen und Gegenargumenten des betroffenen Bieters eine wesentliche Rolle.³⁸²

Auch dieser Empfehlung lässt sich also das Bestreben der Vergabekontrollbehörden entnehmen, dem Auftraggeber keinen zu weiten Beurteilungsspielraum bei einer Ausschlussentscheidung einzuräumen. Während die B-VKK in ihrer Empfehlung vom 31.1.1996³⁸³ jedoch dem Auftraggeber jeglichen - subjektiven - Beurteilungsspielraum absprach³⁸⁴, begnügte sich die B-VKK in der Empfehlung vom 18.12.1998³⁸⁵ damit, dass die Vergabestelle in nachvollziehbarer Weise zur vollen Überzeugung der Rechtswidrigkeit des Verhaltens des auszuschließenden Unternehmers kommen muss. Ein Ausschluss eines Unternehmers ohne ihm vorher Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, reicht jedoch jedenfalls nicht aus.³⁸⁶ Es soll dem Bewerber bzw. Bieter hiermit eine Möglichkeit

³⁷⁷ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

³⁷⁸ B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9; vgl. auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 31 zu § 51]

³⁷⁹ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 9 zu § 51]

³⁸⁰ Vgl. auch BVA 23.04.2004, 17N-22/04-34

³⁸¹ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 51]

³⁸² VfGH 24.06.1998, G 462/97

³⁸³ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.

³⁸⁴ Vgl. auch *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [119]

³⁸⁵ B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9

³⁸⁶ RV 1171 BlgNR XXII. GP [60]

eingräumt werden, einem sofortigen Ausschluss entgegenwirken zu können.³⁸⁷ Allerdings darf auch dieser Objektivierungsmaßstab meiner Ansicht nach nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Vergabestelle somit eben doch insoweit ein subjektiver Beurteilungsspielraum zugesprochen wird, als die vom Auftraggeber subjektiv getroffene Beurteilung sich nur im Rahmen von objektiv nachvollziehbaren Kriterien bewegen muss.

Reichlich wenig Substrat anhand dessen von einer hinreichend objektivierten Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers gesprochen werden könnte, findet sich auch in dem Bescheid des BVA vom 16.12.2003.³⁸⁸ Die Vergabestelle schloss im gegenständlichen Fall einen Bieter von der weiteren Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß § 52 Abs. 1 Z 1 BVergG 1997 aus, da sich dieser nach der Auffassung des Auftraggebers an Preisabsprachen mit anderen Bewerbern beteiligt hatte. Zum Zeitpunkt der Ausscheidensentscheidung fanden weder Vorerhebungen von Seiten der Staatsanwaltschaft statt, noch gab der beschuldigte Unternehmer ein solches Verhalten auch nur in Ansätzen zu. Das BVA erachtete im gegenständlichen Fall das „nachweislich festgestellte“ Verhalten der versuchten Preisabsprache als hinreichend objektiviert.

Dieser Bescheid des BVA tendiert inhaltlich meines Erachtens bereits zu dem Beschluss des OLG Saarbrücken vom 8.7.2003, wonach der dem Auftraggeber eingeräumte Beurteilungsspielraum erst dann überschritten wird, wenn sich die Vergabestelle bei ihrer Entscheidung von nicht überprüften und unglaubwürdigen Tatsachen leiten lässt.³⁸⁹ Keinesfalls wird in dem genannten Bescheid des BVA die strenge Linie der Objektivierbarkeit³⁹⁰ der nachweislichen Feststellung fortgeschritten, weshalb dem Auftraggeber bei seiner Ausschluss- bzw. Ausscheidensentscheidung auch nach Ansicht des BVA ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleibt.

Entsprechend der vergleichbaren deutschen Rechtslage³⁹¹ können Bieter bzw. Bewerber von einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung ausgeschlossen werden, wenn sie nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Unternehmer in Frage stellt. Nach einer Entscheidung des OLG Saarbrücken vom 18.12.2003 verlangt dieser

³⁸⁷ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [111]

³⁸⁸ BVA 16.12.2003, F-18/00-68

³⁸⁹ OLG Saarbrücken 8.7.2003, 5 Verg 5/02

³⁹⁰ Vgl. etwa *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 51]; *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.6. zu § 51];

³⁹¹ Vgl. insbesondere § 8 Nr. 5 Abs. 1 lit. c VOB/A, § 7 Nr. 5 lit. c VOL/A

Tatbestand somit einerseits eine Nachweisführung durch die Vergabestelle, eröffnet anschließend jedoch dem Auftraggeber bei der Entscheidung, ob es aufgrund der nachweislichen Feststellung einer beruflichen Verfehlung zu einem Ausschluss kommen soll, auf der Rechtsfolgenseite einen gewissen Ermessensspielraum.³⁹² Folgt man dem Beschluss des OLG Saarbrücken vom 8.7.2003, können bereits Verdachtsmomente, die für eine Unzuverlässigkeit des Bieters bzw. Bewerbers sprechen, einen Ausschluss des Unternehmers rechtfertigen, wenn die den Verdacht nahe liegenden Tatsachen von einer sicheren Quelle stammen und eine gewisse Erhärtung erfahren haben.³⁹³ Demgemäß wäre der der Vergabestelle eingeräumte Beurteilungsspielraum erst dann in rechtswidriger Weise überschritten, wenn sich der Auftraggeber bei seiner Ausschlussentscheidung auf ungeprüfte Gerüchte stützt und Informationen von dritter Seite nicht selbst verifiziert.³⁹⁴ Das OLG Saarbrücken begründet seine Auffassung mit dem der Eignungsprüfung anhaftenden Charakter einer Prognoseentscheidung.³⁹⁵ Dem Auftraggeber muss daher ein gewisser subjektiver Beurteilungsspielraum verbleiben.³⁹⁶ Insbesondere obliegt es dem Auftraggeber zu beurteilen, ob sich ein nachweislich festgestelltes Fehlverhalten auf die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters bzw. Bewerbers auswirkt, auch wenn sich die von der Vergabestelle angestellte Prognoseentscheidung dabei innerhalb eines objektivierbaren Rahmens bewegen muss.³⁹⁷ „Der Auftraggeber muss sich die nötige und im Rahmen der Haushaltsgrundsätze mögliche Gewissheit über das Vorliegen der zur Erfüllung des zu vergebenden Auftrages nötigen Eignung verschaffen.“³⁹⁸ Wenn konkrete Zweifel daran bestehen, besteht jedoch sogar die Pflicht der Vergabestelle zu einer genauen Prüfung.³⁹⁹

6.1.7 Die Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung

Der Ausschlussgrund der „schweren Verfehlung“ sichert zuvorderst die berufliche Zuverlässigkeit eines Unternehmers.⁴⁰⁰ Er ist jedoch nur dann erfüllt, wenn die Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit des Bieters bzw. Bewerbers begangen wurde und darüber hinaus „schwerwiegend“ war. Dabei ist der Ausschlussgrund der schweren beruflichen

³⁹² OLG Saarbrücken 18.12.2003, 1 Verg 4/03

³⁹³ OLG Saarbrücken 8.7.2003, 5 Verg 5/02

³⁹⁴ BGH 26.10.1999, X ZR 30/98

³⁹⁵ Vgl. auch BVA 23.04.2004, 17N-48/04-24

³⁹⁶ VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03

³⁹⁷ Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 51]

³⁹⁸ Sachs/Hahn, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2005) [Rz 10.29.]

³⁹⁹ Hahn, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.8. zu § 51]

⁴⁰⁰ Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 9 zu § 51]

Verfehlung, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde, relativ unbestimmt, weshalb er einer näheren Konkretisierung bedarf.⁴⁰¹

Die Zuverlässigkeit eines Unternehmers ist jedoch nur dann nicht vorhanden, wenn der Bieter bzw. eine physische Person die in der Geschäftsführung tätig ist, im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit ein schwere Verfehlung begangen hat, die von der Vergabestelle nachweislich festgestellt wurde, „sofern anzunehmen ist, dass auch in der Zukunft schwere berufliche Verfehlungen begangen werden“.⁴⁰² Das BVA verlangt somit von der Vergabestelle ein genaues eingehen auf die konkreten Umstände des Einzelfalles, insbesondere auch das Erstellen einer Zukunftsprognose. Ein Auftraggeber muss daher alleine aufgrund der nachweislich festgestellten Tatsachen die weitere Zuverlässigkeit des betroffenen Bieters bzw. Bewerbers beurteilen. Die Beurteilung der Zuverlässigkeit stellt somit jedenfalls eine Aussage über zukünftiges Verhalten, also eine Prognose, dar.⁴⁰³ Darüber hinaus orientiert sich die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit nach *Werschitz/Ragoßnig* im Wesentlichen an den bisherigen Erfahrungen der Vergabestellen mit den jeweiligen Auftragnehmern.⁴⁰⁴ Nach *Gölles* ist die Prüfung der Zuverlässigkeit primär vergangenheitsbezogen und somit auf das bisher gesetzte Verhalten des Bieters ausgerichtet.⁴⁰⁵

Dabei erscheint insbesondere fraglich, wie lange sich Sachverhalte aus der Vergangenheit auf die Zuverlässigkeit eines Bieters bzw. Bewerbers auswirken können. Diese Entscheidung kann sich dabei auf Erfahrungswerte der Vergabestelle stützen, eine absolut sichere Aussage ist jedoch nicht möglich.⁴⁰⁶ Anhand welcher Kriterien eine solche Prognoseentscheidung⁴⁰⁷ zu treffen ist, ist gesetzlich nicht festgelegt, weshalb die zu treffende Entscheidung wohl im Beurteilungsspielraum der Vergabestelle verbleibt.⁴⁰⁸ Dabei hat der Auftraggeber mehrere Kriterien zu beachten, wie vor allem die Häufigkeit bzw. Beharrlichkeit des Fehlverhaltens, der Zeitraum, der seit dem Verhalten vergangen ist sowie unter Umständen den Schadensumfang, der durch das Fehlverhalten verursacht wurde.⁴⁰⁹ Die getroffene Entscheidung des Auftraggebers unterliegt dann, wenn auch eingeschränkt, der

⁴⁰¹ *König*, Vergaberecht in der Praxis (2000) [72]

⁴⁰² BVA 12.11.2001, N-91/01-31

⁴⁰³ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 428]

⁴⁰⁴ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [48]

⁴⁰⁵ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [2]

⁴⁰⁶ BVA 23.04.2004, 17N-48/04-24

⁴⁰⁷ OLG Saarbrücken 8.7.2003, 5 Verg 5/02

⁴⁰⁸ So auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 31 zu § 51] hinsichtlich der Schwere eines rechtskräftigen Urteils

⁴⁰⁹ Vgl. auch *Hahn*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.7. zu § 51]

nachprüfenden Kontrolle der Vergabeinstanzen. Wesentlich ist jedoch, dass es nach der gesetzlichen Intention eben der Vergabestelle obliegt, festzustellen, ob in der Vergangenheit aufgezeigte Verhaltensweisen die Zuverlässigkeit des Bieters bzw. Bewerbers auch in Zukunft negieren soll. Diese Beurteilung liegt daher im Ermessensbereich des öffentlichen Auftraggebers, der eine einzelfallgerechte Entscheidung zu treffen hat. Keinesfalls kann daher der Systematik des Ausschlusskataloges gemäß § 68 Abs. 1 BVergG 2006 entnommen werden, dass die Vergabestelle bei Vorliegen der genannten Tatbestände eine absolute Ausschlussverpflichtung trifft. Eine Einzelfallbetrachtung bedarf daher stets eines Spielraumes.

Den erwähnten Bescheiden des BVA lässt sich vor allem entnehmen, dass der Begriff der Zuverlässigkeit nach dem BVergG 2006 im Wesentlichen mit dem Inhalt vergleichbarer Bestimmungen aus anderen Wirtschaftsgesetzen, insbesondere der Gewerbeordnung, übereinstimmt.⁴¹⁰ Dieser prinzipiellen Vergleichbarkeit zwischen der Zuverlässigkeitsprüfung nach dem BVergG 2006 und nach der GewO 1994 hat sich auch bereits der VfGH in seinem Erkenntnis vom 24.6.1998 angeschlossen.⁴¹¹ Nach der einschlägigen Rechtsprechung des VwGH mangelt es einem Inhaber der Gewerbeberechtigung insbesondere dann an der erforderlichen Zuverlässigkeit, wenn er nach der Beschaffenheit der von ihm begangenen Handlungen oder Unterlassungen keine Gewähr dafür bietet, dass er bei der Ausübung des Gewerbes die hierbei zu beachtenden öffentlichen Vorschriften wahren werde.⁴¹² Auch im Bereich des Gewerberechts ist es daher erforderlich, dass aufgrund eines in der Vergangenheit gesetzten Verhaltens, die künftige Gewerbeausübung im Rahmen eines Beurteilungsspielraumes beurteilt wird.

6.1.8 Die Bindungswirkung eines rechtskräftigen Urteils

Der Auftraggeber hat gemäß § 68 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, gegen die oder - sofern es sich um juristische Personen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeitsgemeinschaften handelt - gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Ein rechtskräftiges Urteil liegt dann vor, wenn es in formelle und materielle Rechtskraft erwachsen ist, es also

⁴¹⁰ *Sachs/Hahnl*, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 10.18.]

⁴¹¹ VfGH 24.6.1998, G 462/97

⁴¹² VwGH 27.03.1990, 89/04/0064

mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr bekämpfbar ist und seine materiell-rechtlichen Wirkungen entfaltet hat. Eine darüber hinausgehende Nachweispflicht der Vergabestelle besteht grundsätzlich nicht⁴¹³. Der Auftraggeber ist jedoch verpflichtet, das ergangene Urteil hinsichtlich einer sich daraus ergebenden beruflichen Unzuverlässigkeit des Unternehmers zu prüfen, somit abermals eine Einzelfallbetrachtung anzustrengen.

Ausgangspunkt für die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit soll nach dem Gesetzeswortlaut alleine das in Rechtskraft erwachsene Urteil sein. Dabei darf jedoch nicht darauf vergessen werden, dass mit dem rechtskräftigen Urteil alleine die Zuverlässigkeit eben noch nicht absolut abgesprochen, sondern nur in Frage gestellt ist. Eine solche vorliegende gerichtliche Entscheidung kann höchstens ein Abbild über die Zuverlässigkeit des Unternehmers in der Vergangenheit schaffen, daraus lässt sich jedoch nicht automatisch das Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit auch für das konkrete Vergabeverfahren ableiten. In seinem Beschluss vom 18.12.2003 hielt das OLG Saarbrücken ausdrücklich fest, dass es der zuständige Senat aufgrund der mehr als einjährigen Zeitspanne, die seit der letzten Entscheidung vergangen war, für unerlässlich hält, sich ein eigenes und damit neues Bild vom Fortgang und vom aktuellen Stand der Dinge zu verschaffen.⁴¹⁴ „Daraus ergibt sich, dass der Unternehmer bzw. die vom Unternehmer betroffene, in der Geschäftsführung tätige Person, eine Besserungs- oder Rechtfertigungschance hat“.⁴¹⁵ Damit eröffnet sich also insoweit ein Beurteilungsspielraum für den Auftraggeber, als er aufgrund der vorliegenden Verurteilung zu entscheiden hat, ob ein vormals unzuverlässiger Unternehmer im Wege einer „Selbstreinigung“ wieder beruflich zuverlässig geworden ist. Dabei ist zu beachten, dass, selbst wenn in der Vergangenheit wurzelnde Umstände vorliegen, die einen Bieter bzw. Bewerber als berufliche unzuverlässig erscheinen lassen, von einem Ausschluss dieses Unternehmers abzusehen ist, wenn dieser Wirtschaftsteilnehmer durch entsprechende positive Gegenmaßnahmen wieder die Voraussetzungen für die vergaberechtliche Zuverlässigkeit geschaffen hat.⁴¹⁶ Wenn somit feststeht, dass der Wirtschaftsteilnehmer entgegen seinem bisherigen Auftreten wieder als ordnungsgemäßer Vertragspartner anzusehen ist, ist er zwingend zur Teilnahme am Wettbewerb in Vergabeverfahren zuzulassen.

⁴¹³ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 29 zu § 51]

⁴¹⁴ OLG Saarbrücken 18.12.2003, 1 Verg 4/03

⁴¹⁵ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 23 zu § 51]

⁴¹⁶ Gölles, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

Bereits *Korinek*⁴¹⁷formulierte anlässlich eines Berichtes des Wiener Kontrollamtes im Zuge des Bauskandals 1998⁴¹⁸ Mindestanforderungen an eine Besserung oder Selbstreinigung eines einst unzuverlässigen Unternehmers. Die diesbezüglichen Überlegungen fanden zunächst in einem Erlass der Wiener Landesregierung Eingang und wurden in weiterer Folge durch die Novelle zum BVergG 1997, BGBl. I 120/1999 in den Abs. 3 bis 6 des § 52 BVergG 1997 positiviert. Auch in den nachfolgenden Bundesvergabegesetzen hat diese Möglichkeit der „Selbstreinigung“ zunächst ausdrücklich nur für die Beurteilung der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit in den §§ 55 Abs. 3 und 4 BVergG 2002 bzw. 73 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 unter dem Gesichtspunkt der „Glaubhaftmachung“ ihren Niederschlag gefunden und wurde in weiterer Folge mit der Novelle zum BVergG 2006, BGBl. I 86/2007, auch auf die Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 Z 1, 4 und 5 erstreckt. Eine generelle Möglichkeit, die Zuverlässigkeit eines Unternehmers trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes aufgrund einer Glaubhaftmachung nachzuweisen, wurde dabei jedoch nicht normiert.⁴¹⁹ Während somit ein vorliegendes rechtskräftiges Urteil die berufliche Zuverlässigkeit eines Unternehmers nur in Frage stellt, sie aber keinesfalls absolut negiert, so verneint der Konkurseröffnungsbeschluss die Eignung eines Unternehmers jedenfalls. Dem Auftraggeber würde daher jegliches Entscheidungsermessen genommen werden.

Selbst unter der Annahme, dass das vorliegende rechtskräftige Urteil erst vor kurzem ergangen ist und daher eine so kurzfristige Besserung bzw. Selbstreinigung des Unternehmers keinesfalls möglich wäre, bleibt der Vergabestelle insoweit ein weiterer Beurteilungsspielraum, als sie zu prüfen hat, ob das vorliegende Urteil auch tatsächlich die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Einerseits gilt es dabei abzuklären, ob sich die gerichtlich festgestellte Verfehlung überhaupt ihm Rahmen jener Verfehlungen bewegt, die die Zuverlässigkeit zumindest abstrakt in Frage stellen können. Hat der Auftraggeber somit tatsächlich Kenntnis von einer Verfehlung, die sich im genannten Rahmen bewegt, so bleibt dennoch die Frage, ob diese gerichtlich festgestellte Verfehlung ausreicht, die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers auch tatsächlich in Frage zu stellen. *„Nicht jede Verfehlung, sondern nur „schwere“ Verfehlungen können den Mangel der Zuverlässigkeit*

⁴¹⁷ Vgl. Schlussbericht vom 20.10.1998 von *Korinek* (für eine Stadt - Wien - Arbeitsgruppe), die Arbeitsgruppe bestand neben dem Vorsitzenden *Univ. Prof. Dr. Karl Korinek*, aus Stadtbaudirektor *Dipl. Ing. Gerhard Weber* und *Obersenatsrat Dr. Franz Zörner*

⁴¹⁸ Siehe auch *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 75]

⁴¹⁹ RV 127 BlgNR XXIII. GP [9]

bewirken.“⁴²⁰ Ein solcher Beurteilungsspielraum hat meines Erachtens dem Auftraggeber auch hinsichtlich der Insolvenztatbestände zu verbleiben.

6.2 Der zwingende Ausschluss eines insolventen Unternehmers

6.2.1 Ist die absolute Ausscheidensverpflichtung des Auftraggebers gerechtfertigt?

Der Auftraggeber ist gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 grundsätzlich verpflichtet⁴²¹, Bieter bzw. Bewerber, gegen die ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, von der Teilnahme an Vergabeverfahren auszuschließen.⁴²² Nach *Killmann* hat die österreichische Umsetzung der entsprechenden Richtlinienbestimmung „traditionell“ keine Unterscheidung zwischen fakultativen und obligatorischen Ausschlusskriterien getroffen.⁴²³ Auch der Tatsache, dass die gemeinschaftsrechtlichen Vergaberichtlinien davon sprechen, dass Unternehmer vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden „können“⁴²⁴, lasse sich nach der bisherigen österreichischen Rechtsprechung⁴²⁵ und Lehre nicht entnehmen, dass die Vergabestellen zur Ermessensausübung ermächtigt wären. Insoweit sei die österreichische Umsetzung korrekt, wenn sie, entgegen dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinien, durch die Wortwahl „hat“ anstatt „können“ die diesbezügliche Ausscheidensverpflichtung deutlicher zum Ausdruck bringt.⁴²⁶

Doch selbst die Grundsatzbestimmung im § 19 Abs. 1 BVergG 2006, wonach Aufträge nur an befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmer⁴²⁷ zu vergeben „sind“, gebietet meines Erachtens keinesfalls eine solche grundsätzliche und beinahe ausnahmslose Ausscheidensverpflichtung, wie die des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006.⁴²⁸ Dabei ist jedoch

⁴²⁰ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 31 zu § 51]

⁴²¹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [40]

⁴²² *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [210]; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 51]; B-VKK 23.09.1997, S-74/97-12; ua.

⁴²³ Vgl. *Killmann*, Bemerkungen zum verpflichteten Ausschluss aufgrund strafrechtlicher Verurteilung-die österreichische Umsetzung, ZVB 2006, 166 [2]

⁴²⁴ Vgl. etwa Art. 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG

⁴²⁵ BVA 16.12.2003, F-18/00-68; BVA 26.06.1998, N-18/98-5

⁴²⁶ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 4 zu § 51]

⁴²⁷ *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

⁴²⁸ aA. *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 5 zu § 51]

auch einzugestehen, dass dieser Ausschluss- bzw. Ausscheidensgrund neben der Verneinung der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit, auch zum Absprechen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führen kann, was jedoch nicht zwingend der Fall sein muss. Wiederholend sei festgehalten, dass es für den Auftraggeber primär darum geht, ob ihm durch die Beauftragung des Bieters bzw. Bewerbers im Hinblick auf eine Überschuldungs- bzw. Insolvenzgefahr oder voraussichtliche Liquiditätsengpässe ein nicht tragbares Risiko erwächst, oder aber eine vertragsgemäße Abwicklung zu erwarten ist⁴²⁹, der Unternehmer den erteilten Auftrag also aller Voraussicht nach auch „durchstehen“ wird.⁴³⁰ Ist das Risiko jedoch bewertbar⁴³¹ und zeigt diese Bewertung, dass die Gefahr der nicht vertragsgemäßen Leistungsabwicklung nicht wahrscheinlich ist, so bleibt meines Erachtens kein Grund, einen Wirtschaftsteilnehmer von der Vergabe einer Leistung auszuschließen. „Risikoerwartungen“ unterscheiden sich nämlich von „unsicheren Erwartungen“ dadurch, dass die Verteilung der Eintrittswahrscheinlichkeit bekannt ist, weshalb lediglich eine mess- und kalkulierbare Unsicherheit vorliegt.

Bei der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geht es um Ressourcen wirtschaftlicher bzw. finanzieller Art⁴³², die oftmals für die beträchtlichen Vorinvestitionen für den Personal-, Material- und Gerätebedarf auch tatsächlich aufgewendet werden müssen.⁴³³ Der Ausschlussgrund des Konkurs- bzw. Ausgleichsverfahrens soll in einer sehr formalisierten Art und Weise die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit absichern.⁴³⁴ Die finanzielle Leistungsfähigkeit tritt allerdings gewissermaßen neben den Ausschlussgrund der Einleitung oder Abweisung eines Insolvenzverfahrens und ergänzt diesen⁴³⁵, da durch das Verlangen von geeigneten Nachweisen das Konkursrisiko entsprechend eingedämmt werden kann.⁴³⁶ Wichtig erscheint mir daher festzuhalten, dass jedes dieser Eignungselemente zwar für sich alleine steht und daher selbstständig geprüft bzw. erfüllt werden muss. So muss über das Vermögen eines Bieters bzw. Bewerbers etwa nicht nur deshalb, weil seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist, auch

⁴²⁹ *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 5 zu § 52]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16

⁴³⁰ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [77]

⁴³¹ Vgl. hiezu etwa *Kropik*, Bauwirtschaft (2008) []

⁴³² *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 2 zu § 56]

⁴³³ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [48]

⁴³⁴ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 6 zu § 51]

⁴³⁵ Vgl. § 70 Abs. 1 BVergG 2006

⁴³⁶ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [48]

automatisch ein Insolvenzverfahren eingeleitet worden sein⁴³⁷, oder umgekehrt, nur weil über das Vermögen eines Unternehmers gerade etwa ein gerichtliches Insolvenzverfahren eröffnet wurde, heißt das meines Erachtens noch lange nicht, dass der betreffende Bieter bzw. Bewerber deshalb auch automatisch die gemäß § 70 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht erfüllt oder im Sinne der gemeinschaftsrechtlichen Richtlinienbestimmungen als ungeeignet zu qualifizieren ist. Jedoch darf bei der Eignungsprüfung nicht auf diese enge Verbindung der beiden Eignungskriterien vergessen werden. Eine zu isolierte Betrachtung der Eignungselemente wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit bzw. des Ausschlussgrundes der Einleitung eines Insolvenzverfahrens, würde zu systemwidrigen Ergebnissen führen.

Daneben ist zu beachten, dass die bloße Eröffnung eines Insolvenzverfahrens noch nicht zum Erlöschen der Rechtspersönlichkeit des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers führt. Der Umstand der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens und die damit verbundenen Eintragungen im Firmenbuch bewirkt nämlich nach der ständigen Rechtsprechung des OGH nicht auch automatisch das Ende der Rechtspersönlichkeit. Die Vollbeendigung einer Gesellschaft tritt erst dann ein, wenn die materiell-rechtliche Voraussetzung der Vermögenslosigkeit erfüllt ist.⁴³⁸ Bis zur Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch und dem Vorliegen der Vermögenslosigkeit ist vom Weiterbestand der Gesellschaft auszugehen.⁴³⁹

6.2.2 Die Verkettung der Insolvenztatbestände mit der Leistungsfähigkeit

Während etwa die Vergabestelle hinsichtlich des Ausschlussgrundes der Einleitung eines Insolvenzverfahrens an den gerichtlichen Eröffnungs- bzw. Abweisungsbeschluss⁴⁴⁰ gebunden und dieser keiner inhaltlichen Wertung zugänglich wäre⁴⁴¹, so obliegt es nach den Vergabekontrollbehörden dem Auftraggeber, den Rahmen der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch das Verlangen von geeigneten Nachweisen gewissermaßen vorzugeben. Auch nach *Mayr* stelle die Eröffnung eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens eine - auch in zeitlicher Hinsicht - eindeutig bestimmte Tatsache dar, die mittels behördlicher Bescheinigung nachgewiesen werden könne, weshalb für eine

⁴³⁷ „Dispositionsgrundsatz“, vgl. die §§ 69, 70 KO bzw. § 1 AO

⁴³⁸ OGH 26.04.2006, 3 Ob 32/06 m

⁴³⁹ VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234

⁴⁴⁰ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 52]

⁴⁴¹ B-VKK 02.07.1996, S-18/96-13; B-VKK 05.07.1996, S-20/96-10

Entkräftung der daran anknüpfenden Vermutung der Unzuverlässigkeit kein Raum bleibe.⁴⁴² Diese Ansicht lässt meines Erachtens jedoch das Wesensmerkmal der Insolvenztatbestände, die Frage der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, vollkommen außer Acht. Selbstverständlich gilt dabei auch für das Kriterium der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, dass Nachweise von einem Unternehmer nur insoweit verlangt werden dürfen, als diese durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind⁴⁴³, was wiederum als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes angesehen werden kann.⁴⁴⁴ Dadurch wird der Vergabestelle somit ein gewisser Rahmen zulässiger Nachweismittel vorgegeben.

Zentraler Unterschied zwischen dem „Insolvenz-Ausschlusstatbestand“ und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ist jedoch, dass sich ein Unternehmer gemäß § 76 Abs. 1 BVergG 2006 zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag, auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen kann. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages, die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesener Maßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Diese Möglichkeit der Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wurde erstmals im BVergG 2006 explizit geregelt und stellt eine Reaktion auf die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH dar.⁴⁴⁵ Die genannte Regelung setzt die Art. 47 Abs. 2 und 3, 48 Abs. 3 und 4 der RL 2004/18/EG um.⁴⁴⁶ Somit ist also das Berufen auf die Kapazitäten Dritter für den Nachweis der Erbringung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein zwingend zu gestattendes Mittel, welches von Seiten des Auftraggebers auch nicht in den Ausschreibungsunterlagen abbedungen werden kann.⁴⁴⁷ Auch unter der Annahme, dass ein Auftraggeber durch einen solchen Verweis auf Dritte nicht schlechter gestellt werden darf, als wie wenn die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beim Bieter selbst vorliegen würde⁴⁴⁸, lässt sich aus § 76 Abs. 1 BVergG 2006 vor allem ein Schluss ziehen: Während es einem Bieter, der ordnungsgemäß einen

⁴⁴² *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2008) [Rz 61 zu § 68]

⁴⁴³ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 6 zu § 52]; *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]

⁴⁴⁴ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]; *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

⁴⁴⁵ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*; EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner*

⁴⁴⁶ AB 1171 BlgNR XXII. GP [65]

⁴⁴⁷ *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 8 zu § 70]; aA. *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 70]

⁴⁴⁸ SA des GA L. A. Geelhoed 20.11.2003, Rs C-314/01 *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner*; vgl. auch *Hornbanger*, The Survival of the fittest - oder Wettbewerb unter Freunden, in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [211]

Insolvenzeröffnungsantrag gestellt hat, verwehrt ist, diesen „Mangel“ durch die Nennung eines liquiden Dritten zu heilen, kann sich ein Unternehmer, der unter Umständen rechtswidrig keinen solchen Antrag eingebracht hat und daher auch nicht den Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 erfüllt, mittels Verweis auf einen potenten Partner vor dem drohenden Ausschluss „retten“.

Verschärft wird dieses Ungleichgewicht meines Erachtens weiters durch die Tatsache, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Konkurseröffnung⁴⁴⁹, der Schuldner gemäß § 69 Abs. 2 KO bzw. IO die Eröffnung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit zu beantragen hat, was dem potentiellen Gemeinschuldner doch einen gewissen Spielraum belässt.⁴⁵⁰ Daneben ist auch § 1 AO bzw. § 267 Abs. 2 IO beachtenswert, wonach ein Schuldner bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Ausgleichsverfahrens bzw. eines Sanierungsverfahrens beantragen kann, er also noch nicht zahlungsunfähig sein muss, denn auch die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens bzw. Sanierungsverfahrens führt gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zum zwingenden Ausschluss des betroffenen Unternehmers.⁴⁵¹

Wie sich bereits bei den Ausschlussstatbeständen der schweren beruflichen Verfehlung bzw. des rechtskräftigen Urteils, das die Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt, gezeigt hat, existiert ein Spannungsverhältnis zwischen dem Bestreben des Gesetzgebers und der Vergabekontrollbehörden, der Vergabestelle keinerlei Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum einzuräumen und einer gewissen Einzelfallgerechtigkeit, also Kasuistik, die dem Auftraggeber eine sachgerechte Vorgehensweise ermöglicht. So hielten einerseits sowohl die B-VKK als auch das BVA fest, dass hinsichtlich des Nachweises des Vorliegens eines Ausschlussgrundes strenge Kriterien bezüglich seiner Objektivierbarkeit anzulegen sind.⁴⁵² Gleichzeitig erkennen die Vergabekontrollbehörden jedoch auch, dass es meist an absolut objektivierten Entscheidungsgrundlagen der Auftraggeber mangelt⁴⁵³, diese also nicht immer anhand etwa eines rechtskräftigen Urteils automatisch auch auf die Unzuverlässigkeit

⁴⁴⁹ Vgl. dsbzgl. die §§ 66, 67 KO

⁴⁵⁰ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 193]

⁴⁵¹ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [10]; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 51]

⁴⁵² B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; siehe auch BVA 06.03.1996, N-1/96 in wbl 1997, 84; *Gölles*, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

⁴⁵³ Vgl. B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9 wonach der Auftraggeber zur vollen Überzeugung der Rechtswidrigkeit gelangen muss

eines Unternehmers schließen können.⁴⁵⁴ Auf der anderen Seite darf jedoch nicht vergessen werden, dass ein rein abstraktes Absprechen der Eignung eines Unternehmers, ohne dabei auf die Umstände des konkreten Vergabeverfahrens einzugehen, ein massives Eingreifen in die Wettbewerbschancen des Bieters bzw. Bewerbers darstellt.⁴⁵⁵ Ein den Vergabestellen eingeräumter Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum würde den Auftraggebern somit eine den Umständen des jeweiligen Einzelfalls entsprechende und damit auch sachgerechte Vorgehensweise ermöglichen.⁴⁵⁶ Verschließt man dem Auftraggeber jedoch so eine Vorgehensweise durch die Anordnung einer zwingenden und absoluten Ausschlussverpflichtung⁴⁵⁷, so läuft eine solche gesetzliche Bestimmung Gefahr, nicht sachgerecht und daher gleichheitswidrig zu sein, wie dies etwa der VfGH zum Thema der „besonderen beruflichen Zuverlässigkeit“ bereits festgehalten hat.⁴⁵⁸

6.3 Die im BVergG 2006 vorgesehenen Ausnahmen

Ein absolut wirkender Ausschluss eines Unternehmers, gegen den ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde, ist dabei jedoch selbst im Regelungsregime des BVergG 2006 nicht vorgesehen. So bestimmt etwa § 68 Abs. 3 BVergG 2006⁴⁵⁹, dass von einem Ausschluss eines Unternehmers gemäß Abs. 1 leg. cit. abgesehen werden kann, wenn auf dessen Beteiligung in begründeten Ausnahmefällen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses nicht verzichtet werden kann.⁴⁶⁰ Diese Ausnahmebestimmung ist jedoch eng auszulegen⁴⁶¹, ein Auftraggeber wird sich daher nur in Sonderfällen darauf berufen können.⁴⁶² Was ein Auftraggeber unter „begründeten Ausnahmefällen“ bzw. „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ subsumieren kann, ist gesetzlich nicht definiert, der diesbezügliche Anwendungsbereich dürfte jedoch nicht allzu weit ausfallen. Etwa kann den Materialien als Beispiel entnommen werden, dass die Vergabestelle dringend eine bestimmte Menge an Impfstoff beschaffen muss, dieser jedoch nur bei einem Bieter bzw. Bewerber in

⁴⁵⁴ OLG Saarbrücken 8.7.2003, 5 Verg 5/02 „Prognoseentscheidung“

⁴⁵⁵ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.; vgl. auch *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 51]

⁴⁵⁶ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]

⁴⁵⁷ *Hahl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.2. zu § 98]

⁴⁵⁸ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁴⁵⁹ Anders noch die Vorgängerbestimmung § 51 BVergG 2002, die keine solche Ausnahme kannte.

⁴⁶⁰ *Sachs/Hahl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [80]

⁴⁶¹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [39]

⁴⁶² *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [108]

ausreichender Menge lagernd ist, der wegen Bestechung verurteilt worden ist.⁴⁶³ Die Materialien verweisen weiters diesbezüglich ausdrücklich auch auf Art. 45 Abs. 1 UAbs. 1. der RL 2004/18/EG. Auch der diesbezüglichen Richtlinienbestimmung lässt sich ebenfalls nur entnehmen, dass die Mitgliedstaaten entsprechende Ausnahmen von den Ausschlussbestimmungen aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses zulassen können. Es erscheint dabei von Interesse, dass die genannte gemeinschaftsrechtliche Ausnahmebestimmung eigentlich lediglich auf den UAbs. 1 des Art 45 Abs. 1 RL 2004/18/EG verweist, der ja im Gegensatz zu den sonstigen Ausschlussbeständen, einen zwingenden Ausschluss bei Kenntnis von einer rechtskräftigen Verurteilung wegen Beteiligung an einer kriminellen Organisation, Betrug, Bestechung oder Geldwäsche anordnet. Dies erscheint auch systematisch nachvollziehbar, verbleibt dem Auftraggeber nach der Intention der RL 2004/18/EG etwa bei dem Ausschlussbestand der Einleitung bzw. Abweisung eines Insolvenzverfahrens ja ohnehin ein Ermessensspielraum.⁴⁶⁴ Als Rahmen bzw. Auslegungshilfe kann dabei auf die Erwägungen zu der RL 2004/18/EG zurückgegriffen werden, wonach keine Bestimmung dieser Richtlinie dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen sollte, die zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit oder zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder der Gesundheit von Pflanzen, insbesondere im Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung, notwendig sind, sofern diese Maßnahmen mit dem Vertrag im Einklang stehen.⁴⁶⁵ Angesichts der Einschränkung dieser Ausnahme von der Ausscheidungspflicht gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auf zwingende Gründe des Allgemeininteresses, kann mit der Ausnahmebestimmung des Abs. 3 leg. cit. die wie oben angesprochen auch verfassungsgesetzlich geforderte Einzelfallgerechtigkeit meines Erachtens jedoch keinesfalls hergestellt werden.

Weiters bestimmt § 68 Abs. 2 BVergG 2006⁴⁶⁶, dass an Unternehmer, gegen die eines der beschriebenen insolvenzrechtlichen Verfahren eingeleitet wurde, Aufträge im Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 29 Abs. 2 Z 7 und 38 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 vergeben werden können, wenn ihre Leistungsfähigkeit dazu hinreicht. Die diesbezüglichen Materialien begnügen sich mit dem Hinweis, dass hinsichtlich der Z 2 und 3 des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 die Neuregelung des Abs. 2 leg. cit. zu beachten ist, wonach unter bestimmten

⁴⁶³ RV 1171 BlgNR XXII. GP [61]; *Sachs/Hahn*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [80]

⁴⁶⁴ Vgl. Art 45 Abs. 2 UAbs. 1 lit a RL 2004/18/EG, Arg. "kann"

⁴⁶⁵ Erwägungsgrund Nr. 6 der RL 2004/18/EG

⁴⁶⁶ Entgegen § 51 BVergG 2002

Voraussetzungen von einem Ausschluss gemäß diesen Bestimmungen abgesehen werden kann.⁴⁶⁷ Die grundsätzlich zwingende Ausschlusspflicht wird somit abermals abgeschwächt. *Werschitz/Ragoßnig* erscheint diese Ausnahmebestimmung sinnvoll, „da nicht einzusehen wäre, weshalb von einem leistungsfähigen Unternehmer nur aus dem Grunde eines anhängigen Insolvenzverfahrens keine Leistung bezogen werden soll.“⁴⁶⁸

Hält man in den diesbezüglichen Bestimmungen Einsicht, so fällt vor allem auf, dass Bauaufträge keinesfalls unter den Ausnahmetatbestand des § 68 Abs. 2 BVergG 2006 subsumiert werden können, somit hinsichtlich zu vergebender Leistungen nach § 3 BVergG 2006 ein kategorischer Ausschluss von insolvenzverfangenen Bietern Platz greift. Dieser Ausnahmetatbestand erfasst sohin kraft ausdrücklichen gesetzlichen Wortlauts lediglich Liefer- und Dienstleistungsaufträge.⁴⁶⁹ Das BVergG 2006 trennt nämlich die Wahlmöglichkeiten des Verhandlungsverfahrens nach den unterschiedlichen Leistungsarten.⁴⁷⁰ Auch der § 29 Abs. 2 Z 7 BVergG 2006 sieht eigentlich nur die Lieferung von Waren vor, die zu besonders günstigen Bedingungen von Unternehmern, die ihre Geschäftstätigkeit endgültig einstellen, oder von Verwaltern oder Liquidatoren im Rahmen eines Insolvenz-, Konkurs-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahren oder eines in den Rechts- oder Verwaltungsvorschriften der EWR-Vertragsparteien vorgesehenen gleichartigen Verfahrens, erworben werden können. Diese Regelung lehnt sich dabei eng an die entsprechende Richtlinienbestimmung an.⁴⁷¹ Zu beachten ist auch, dass das Verhandlungsverfahren nach der Intention des Gesetzgebers ein Ausnahmeverfahren darstellt, weshalb die vorgesehenen Rechtfertigungsgründe auch restriktiv handzuhaben sind.⁴⁷²

Auch im BVergG 2002 war bereits die Möglichkeit von Lieferungen zu günstigen Bedingungen vorgesehen, die entweder bei einem Unternehmer, der seine gewerbliche Tätigkeit endgültig eingestellt hat, oder bei Verwaltern im Rahmen eines Konkurs- oder Ausgleichsverfahrens zu erfolgen hatten.⁴⁷³ Dieser Ausnahmefall der Anwendbarkeit des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bestimmt sich somit durch die

⁴⁶⁷ AB 1171 BlgNR XXII. GP [59f]

⁴⁶⁸ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [107]

⁴⁶⁹ Siehe auch *Öhler/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 23 zu § 26]

⁴⁷⁰ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [93]

⁴⁷¹ Vgl. die Art. 30 und 31 RL 2004/18/EG

⁴⁷² RV 1171 BlgNR XXII. GP [45]; vgl. auch EuGH 10.03.1987, Rs 199/85 Kommission/Italien; EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94 Kommission/Italien

⁴⁷³ Vgl. § 26 Abs. 3 Z 6 BVergG 2002

Eigenart der beschafften Leistung.⁴⁷⁴ Hinsichtlich der genannten Ausnahmebestimmung ist in erster Linie an den Erwerb von Waren im Zuge einer Liquidation des Massevermögens durch Zerschlagung und Veräußerung zu denken. Der jeweilige Masseverwalter hat die geplante Veräußerung gemäß § 117 Abs. 3 KO insbesondere in der Ediktsdatei in der Regel 14 Tage vorher öffentlich bekannt zu machen. Die notwendige Verwertung des Massevermögens erfolgt dabei grundsätzlich durch Freihandverkauf, in Ausnahmefällen durch gerichtliche, „kridamäßige“ Veräußerung.⁴⁷⁵ Aufgrund der kurzen Bekanntmachungsfrist erscheint die Ausnahmeregelung des § 68 Abs. 2 iVm. § 29 Abs. 2 Z 7 BVergG 2006 durchaus sinnvoll, wäre ein langwieriges Vergabeverfahren diesbezüglich wohl kaum denkbar. Hinsichtlich des Ablaufs des Vergabeverfahrens sei noch darauf hingewiesen, dass von dem in Aussicht genommenen Unternehmer entsprechend § 102 Abs. 4 BVergG 2006 ein Angebot einzuholen ist. Ferner ist unter Bezugnahme auf die entsprechenden Materialien noch klarzustellen, dass das Gebot des § 102 Abs. 3 BVergG 2006 - Minimalteilnehmeranzahl drei - nicht uneingeschränkt zum Tragen kommen kann.⁴⁷⁶ So ergibt sich bereits aus den Tatbeständen der §§ 28 Abs. 2 Z 2, 4 und 5, 29 Abs. 2 Z 2 und 5, sowie 30 Abs. 2 Z 2, 4 und 5 BVergG 2006, dass nur ein bestimmter Leistungserbringer in Frage kommen kann.⁴⁷⁷

Auch der im § 68 Abs. 2 BVergG 2006 zitierte § 38 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 bestimmt lediglich, dass Waren oder Dienstleistungen aufgrund einer besonders günstigen Gelegenheit, die sich für einen sehr kurzen Zeitraum ergeben hat, im Wege des Verhandlungsverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung zu einem Preis beschaffen werden können, der erheblich unter den marktüblichen Preisen liegt.⁴⁷⁸ Dieser Gesetzesstelle lässt sich ebenfalls eine Einschränkung auf Liefer- und Dienstleistungsaufträge entnehmen und es ist diese Möglichkeit der Wahl eines Vergabeverfahrens überdies nur im Unterschwellenbereich anwendbar. Die Bestimmung entspricht grundsätzlich der Vorgängerbestimmung § 26 Abs. 3 Z 5 BVergG 2002. Bereits im BVergG 1997 wurde diese Möglichkeit der Vergabe bei besonders günstigen Gelegenheiten vorgesehen.⁴⁷⁹ Allerdings stand diese Wahlmöglichkeit der Vergabeverfahren nicht allen, sondern nur den Sektorauftraggebern zur Verfügung. In Abs. 3 Z 4 bis 6 des § 26 BVergG 2002 wurden diese Verhandlungsverfahrenstatbestände der Sektorenrichtlinie im Unterschwellenbereich den öffentlichen Auftraggebern zur Verfügung

⁴⁷⁴ Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 16 zu § 26]

⁴⁷⁵ Rechberger/Thurner, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 250]

⁴⁷⁶ Vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 17 zu § 26]; Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [97]

⁴⁷⁷ RV 1171 BlgNR XXII. GP [45]

⁴⁷⁸ Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [104]

⁴⁷⁹ König, Vergaberecht in der Praxis (2000) [54]

gestellt.⁴⁸⁰ Dadurch wurde der Katalog der zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren, wenn auch nur im Unterschwellenbereich, maßgeblich erweitert.⁴⁸¹ Im Unterschied zum BVergG 2002 wurde dieser Tatbestand im nunmehr vorliegenden BVergG 2006 jedoch auch für Dienstleistungsaufträge anwendbar gestaltet. Als sachliche Rechtfertigung lässt sich den Materialien die ohnehin bestehende Regelung für Lieferaufträge entnehmen.⁴⁸² Wie in der oben beschriebenen Ausnahmebestimmung kommt auch in diesem Anwendungsfall des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung jedenfalls nur ein Unternehmer für die Leistungserbringung in Betracht.⁴⁸³ Auch diese restriktiv zu handhabende⁴⁸⁴ Bestimmung stellt meiner Ansicht nach die zu erfüllende Einzelfallgerechtigkeit keines Falles her.

Darüber hinaus ist noch der zweite Anwendungsfall des § 68 Abs. 3 BVergG 2006 zu beachten, wonach von einem Ausschluss von Unternehmern gemäß § 68 Abs. 1 BVergG 2006 auch dann Abstand genommen werden kann, wenn im Falle des Abs. 1 Z 6 leg. cit. nur ein geringer Rückstand hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben besteht.⁴⁸⁵ Dieser Ausnahmetatbestand lässt sich auch mit der diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Regelung des Art 45 Abs. 2 lit e und f der Richtlinie 2004/18/EG vereinbaren, wonach Wirtschaftsteilnehmer, die ihre Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge, Steuern und Abgaben nach den Rechtsvorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, oder des Landes des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können. So bestimmt etwa bereits der UAbs. 2 des Art 45 Abs. 2 der genannten Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten nach Maßgabe ihrer innerstaatlichen Rechtsvorschriften und unter Beachtung des Gemeinschaftsrechts die Bedingungen für die Anwendung dieses Absatzes festzulegen haben. Art 45 der Richtlinie 2004/18/EG bietet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit und somit auch die Befugnis, die dort angeführten Ausschlussgründe vorzusehen. *„Die Mitgliedstaaten sind dessen ungeachtet nicht gehalten, derartige qualitative Auswahlkriterien aufzustellen.“*⁴⁸⁶

⁴⁸⁰ RV 1087 BlgNR XXI. GP [29]

⁴⁸¹ Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [103]

⁴⁸² RV 1171 BlgNR XXII. GP [50]

⁴⁸³ AB 1118 BlgNR XXI. GP [34]; Vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmant/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 18 zu § 35]

⁴⁸⁴ RV 1171 BlgNR XXII. GP [45]; vgl. auch EuGH 10.03.1987, Rs 199/85 Kommission/Italien; EuGH 18.05.1995, Rs C-57/94 Kommission/Italien

⁴⁸⁵ § 68 Abs. 3 Z 2 BVergG 2006

⁴⁸⁶ SA des GA Poiares Maduro 08.08.2005, verb. Rs C-226/04, C-228/04 La Cascina, Consorzio G. f. M. [Rn 13]

Eine Richtlinie legt nämlich ihrem Wesen entsprechend nur die zu erreichenden Ziele fest, sie überlässt es jedoch den Mitgliedstaaten, die hierfür notwendigen Maßnahmen zu setzen.⁴⁸⁷

Zu der vergleichbaren Regelung des Art 29 Abs. 1 lit e und f der Richtlinie 92/50/EWG hat der EuGH ausgesprochen, dass die genannte Norm einer nationalen Regelung oder Verwaltungspraxis nicht entgegensteht, nach der ein Unternehmer, der bei Ablauf der Angebotsfrist seine Verpflichtungen im Bereich der Sozialbeiträge sowie der Steuern und Abgaben nicht durch vollständige Bezahlung der jeweiligen Beträge erfüllt hat, aufgrund staatlicher Maßnahmen der Steueramnestie oder aufgrund einer mit den zuständigen Stellen getroffenen Ratenzahlungsvereinbarung oder durch Einlegung eines entsprechenden Rechtsbehelfes, die Rückstände nachträglich regulieren bzw. ausgleichen kann, sofern er nur innerhalb der national festzulegenden Frist nachweist⁴⁸⁸, dass er Begünstigter solcher Maßnahmen oder Vereinbarungen war oder dass er innerhalb dieser Frist ein solches Rechtsmittel eingelegt hat.⁴⁸⁹

Im Falle eines beabsichtigten Ausschlusses eines Bieters bzw. Bewerbers vom Vergabeverfahren gemäß § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006, ist aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Ermächtigung und der diesbezüglichen nationalen Umsetzung im BVergG 2006, eine nähere Auseinandersetzung mit den der Vergabestelle bekannten Rückständen geboten. Somit ist hinsichtlich der Beitrags-, Steuer- und Abgabenschulden eines Unternehmers für die Beurteilung, ob diese Rückstände als geringfügig anzusehen sind, eine einzelfallbezogene Prüfung erforderlich.⁴⁹⁰ Auch den Erläuterungen zur Regierungsvorlage ist zu entnehmen, dass die jeweiligen Umstände des Einzelfalles berücksichtigt werden müssen, es daher keinesfalls zu einer unreflektierten Ausschlussentscheidung kommen darf.⁴⁹¹ „Maßgeblich ist in diesem Fall die Relation zwischen dem Rückstand und der wirtschaftlichen sowie finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmers.“⁴⁹² Diesen Ausführungen kann entnommen werden, dass der Gesetzgeber offensichtlich den Zusammenhang zwischen den Steuer- und Abgabenrückständen und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsteilnehmer bereits erkannt hat und daher eine Einzelfallbetrachtung für sachgerecht hält.

⁴⁸⁷ Siehe Art 288 Abs. 3 AEUV

⁴⁸⁸ VwGH 22.04.2009, 2007/04/0141

⁴⁸⁹ EuGH 09.02.2006, verb. Rs C-226/04, C-228/04 La Cascina, Consorzio G. f. M.

⁴⁹⁰ Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [108]

⁴⁹¹ Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Online-Kommentar BVergG 2006 (2005) [§ 68]; abrufbar unter <http://www.ibb.tuwien.ac.at/index.php?id=3324>

⁴⁹² Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [108]

Dieser Ausschlussgrund lässt sich auch gut mit der beschriebenen Problematik der Einleitung bzw. Abweisung eines Insolvenzverfahrens vergleichen. Wie die Z 2 des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 berührt auch der Ausschlussstatbestand der Z 6 leg. cit. primär die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers, wie sich insbesondere aus § 72 Abs. 1 bzw. Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 entnehmen lässt.⁴⁹³ Sekundär wird jedoch auch die finanzielle und wirtschaftliche Zuverlässigkeit bei Vorliegen der erwähnten Rückstände in gewisser Höhe in Frage gestellt. Auch wenn im Unterschied zu der einschlägigen Regelung des BVergG 2002⁴⁹⁴ im § 74 BVergG 2006 das Nachweismittel der letztgültigen Lastschriftanzeige des Finanzamtes sowie des letztgültigen Kontoauszuges von Sozialversicherungsanstalten und sonstigen Kassen für Sozialbeiträge zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht mehr angeführt ist, so wird in den diesbezüglichen Materialien dennoch klar auf die Verbindung zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit hingewiesen. So ist im Rahmen der Prüfung hinsichtlich des Vorliegens dieses Ausschlussgrundes insbesondere auch zu beachten, ob die Außenstände nur eine geringe Summe betreffen oder ob diese signifikante Beträge ausmachen, die möglicherweise eine Gefahr für die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Unternehmers darstellen könnten, falls alle Außenstände zwangsweise eingetrieben werden würden.⁴⁹⁵ Sind die Rückstände somit auf das Bestreben zur Abgaben- bzw. Beitragshinterziehung zurückzuführen, so betrifft dies jedenfalls die Zuverlässigkeit eines Unternehmers, resultieren die Außenstände eher aufgrund eines gewissen Liquiditätsengpasses, so wird der jeweilige Bieter bzw. Bewerber seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachzuweisen haben.⁴⁹⁶

Im Gegensatz zum Insolvenzausschlussstatbestand⁴⁹⁷ der Z 2 des § 68 BVergG 2006 war die Vergabestelle jedoch schon nach den Materialien zum Bundesvergabegesetz 2002 zur Beurteilung, ob der Ausschlussstatbestand der Nicht-Abführung der Sozialversicherungsbeiträge bzw. Steuern und Abgaben als erfüllt zu betrachten ist, zur Beachtung der konkreten Umstände des Einzelfalles angehalten.⁴⁹⁸ Wenn daher Sozialversicherungsbeiträge etwa nicht sofort bezahlt wurden, etwa aus Versehen der

⁴⁹³ Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 44 zu § 52]

⁴⁹⁴ Vgl. § 56 Abs. 2 Z 2 BVergG 2002

⁴⁹⁵ AB 1171 BlgNR XXII. GP [61]

⁴⁹⁶ Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 45 zu § 51]

⁴⁹⁷ B-VKK 23.09.1997, S-74/97-12; B-VKK 02.07.1996, S-18/96-13; *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110, 163]

⁴⁹⁸ Vgl. auch SA des GA Poiares Maduro 08.08.2005, verb. Rs C-226/04, C-228/04 La Cascina, Consorzio G. f. M.

Buchhaltung, und der Unternehmer deshalb bereits gemahnt wurde, so wird der Auftraggeber die Umstände des Falles näher prüfen müssen, insbesondere ob dies ein Einzelfall war oder dies bereits häufig und systematisch passiert ist.⁴⁹⁹ Auch wird der Auftraggeber bei größeren Rückständen zu prüfen haben, ob diese Rückstände möglicherweise die Kapital- bzw. Liquiditätslage des betroffenen Unternehmers derart beeinträchtigen, dass dessen finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht mehr gegeben ist. Das Vorliegen eines entsprechenden Mahnschreibens kann somit jedenfalls Indizwirkung für die Erfüllung des Ausschlussgrundes des § 68 Abs. 1 Z 6 BVergG 2006 entfalten, mehr jedoch nicht. Als Prüfungsschema, dessen sich der Auftraggeber bei der jeweiligen Einzelfallprüfung bedienen soll, kommt dabei kraft ausdrücklichen Verweises der Materialien⁵⁰⁰, die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit gemäß § 73 BVergG 2006, in Betracht. Ebenso verweisen bereits die Materialien zum BVergG 2002 auf das Beurteilungs- bzw. Prüfsystem des § 55 BVergG 2002. Somit verlangte bereits das BVergG 2002 noch vor dem Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 68 Abs. 3 Z 2 BVergG 2006, ein differenziertes und kasuistisches Vorgehen des jeweiligen Auftraggebers.

Dem Bieter bzw. Bewerber ist auf der anderen Seite das Recht zuzusprechen, glaubhaft machen zu können, dass er trotz des Vorliegens der Rückstände im oben genannten Sinne, nicht unzuverlässig bzw. finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig ist. Das bereits von *Korinek*⁵⁰¹ definierte System hinsichtlich der Mindestanforderungen an eine Besserung oder Selbstreinigung wurde sinngemäß im § 55 Abs. 3 und 4 BVergG 2002⁵⁰² im Zusammenhang mit Verfehlungen, die die berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellen, wiedergegeben. Nach *Gölles* war dieses System der „Glaubhaftmachung“ samt dem diesbezüglichen Katalog von Maßnahmen schon vor der Novelle zum BVergG 2006, BGBl. I Nr. 86/2007, auch auf die Ausschlussstatbestände der rechtskräftigen Verurteilung, welche die berufliche Zuverlässigkeit des Bieters bzw. Bewerbers in Frage stellt und der schweren beruflichen Verfehlung, analog anwendbar.⁵⁰³ Somit wäre bereits im BVergG 2002 die erforderliche Einzelfallgerechtigkeit zumindest hinsichtlich der oben genannten Ausschlussgründe erfüllt gewesen, während für den Ausschlussgrund der Einleitung bzw. Abweisung eines Insolvenzverfahrens weiterhin ein absoluter Ausschluss von Seiten der Vergabestelle stattzufinden hat.

⁴⁹⁹ RV 1087 BlgNR XXI. GP [32]; AB 1118 BlgNR XXI. GP [42]

⁵⁰⁰ RV 1171 BlgNR XXII. GP [61];

⁵⁰¹ Vgl. Schlussbericht vom 20.10.1998 von *Korinek* (für eine Stadt - Wien - Arbeitsgruppe)

⁵⁰² Vgl. nunmehr § 73 Abs. 1 bis 3 BVergG 2006

⁵⁰³ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 27 zu § 51]

6.4 Das verfassungsgesetzliche Erfordernis der Einzelfallbetrachtung

6.4.1 Der Normgehalt der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit

Die bis zur Novelle des BVergG 2006, BGBl. I 86/2007, im § 73 BVergG 2006 noch gesondert normierte⁵⁰⁴ „besondere berufliche Zuverlässigkeit“, befasste sich im Wesentlichen mit Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG, BGBl. I 218/1975,⁵⁰⁵ und formulierte somit einen „besonderen Nachweis“ hinsichtlich der beruflichen Zuverlässigkeit der Bieter, Bewerber und deren Subunternehmer.⁵⁰⁶ Die „besondere berufliche Zuverlässigkeit“ stellt eine inhaltliche Konkretisierung der bereits im § 68 Abs. 1 Z 4 und 5 BVergG 2006 normierten Ausschlussgründe dar, die wiederum neben den restlichen Ausschlussgründen als Bestandteile der „allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit“ angesehen werden können.⁵⁰⁷ Seiner Nachweispflicht, die auch bei der schweren beruflichen Verfehlung nach Z 5 des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 die Vergabestelle trifft, kommt der Auftraggeber bei der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit dadurch nach, indem er eine Auskunft - von Amts wegen⁵⁰⁸ - aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz bei der zentralen Koordinationsstelle des Bundesministeriums für Finanzen gemäß § 28 b Abs. 3 AuslBG einholt.⁵⁰⁹ Die zentrale Koordinationsstelle erteilt auf Verlangen binnen zwei Wochen eine entsprechende Auskunft, ob dem im Auskunftersuchen genannten Unternehmen eine rechtskräftige Bestrafung zuzurechnen ist.⁵¹⁰ Liegen weniger als zwei rechtskräftige Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG vor, die erste rechtskräftige Bestrafung ist ja entsprechend § 28 b Abs. 2 AuslBG nicht zu berücksichtigen, weist die eingeholte Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz somit keine „wesentliche Verletzung“ des AuslBG auf, so ist dem Auftraggeber der Nachweis nicht gelungen und ist der jeweilige Bieter bzw. Bewerber als „besonders beruflich zuverlässig“ anzusehen. In diesem Sinne sind auch die Ausführungen von *Werschitz/Ragoßnig* zu verstehen, wonach von einer widerlegbaren beruflichen Unzuverlässigkeit dann auszugehen ist, wenn in der eingeholten Auskunft *eine* Verurteilung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG ausgewiesen wird.⁵¹¹

⁵⁰⁴ *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [110]

⁵⁰⁵ Vgl. auch *Kropik*, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [54ff]

⁵⁰⁶ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [158]

⁵⁰⁷ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 2 zu § 55]

⁵⁰⁸ *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 55]

⁵⁰⁹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 3 zu § 55]; *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [158]; BVA 24.06.2004, 17N-48/04-24

⁵¹⁰ *Sachs/Hahl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [81]

⁵¹¹ Siehe *Werschitz/Ragoßnig*, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [111]

§ 72 Abs. 1 BVergG 2006 ordnet diesbezüglich an, dass die Vergabestelle zur Beurteilung der Zuverlässigkeit gemäß § 70 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 lediglich von den für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden Bewerbern, Bietern und deren Subunternehmern eine solche Auskunft einzuholen hat. Im Falle einer Bietergemeinschaft ist der Nachweis für jeden der darin zusammengeschlossenen Unternehmer einzuholen.⁵¹² Die Einschränkung auf „in Betracht kommende Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer“ soll überflüssige Auskunftersuchen betreffend aussichtslose Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer vermeiden helfen und der Arbeitsüberlastung der auskunftserteilenden Stelle vorbeugen.⁵¹³ Dem Auftraggeber verbleibt dabei hinsichtlich der Einholung kein Ermessensspielraum, er ist zum Abrufen der Auskunft verpflichtet. Der Inhalt der Auskunft beschränkt sich auf die Angabe, ob dem in der Anfrage genannten Unternehmer eine wesentliche Verletzung des AuslBG zuzurechnen ist oder nicht.⁵¹⁴ Die dem Auftraggeber erteilte Auskunft ist kein Bescheid, sondern ein Realakt.⁵¹⁵

Die besondere berufliche Zuverlässigkeit bzw. deren Nichtvorliegen ist daher nicht vom Unternehmer, sondern Auftraggeber aus Eigenem nachzuweisen. Dem Bewerber steht dann zusätzlich eine Richtigstellungs- bzw. Rechtfertigungschance zu.⁵¹⁶ So entscheidet zwar grundsätzlich der Auftraggeber, welche Nachweismittel vom Bieter bzw. Bewerber für die Eignung vorzulegen sind, allerdings enthalten die entsprechenden Bestimmungen der Vergaberichtlinien⁵¹⁷ abschließend alle möglichen Nachweise und schränken somit den Rahmen der Nachweismittel ein.⁵¹⁸ Lediglich hinsichtlich des Nachweises der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit liegt eine nicht abschließende Aufzählung vor.⁵¹⁹ Die Richtlinien enthalten deshalb eine Auflistung solcher Nachweise, mit denen das Vorliegen der Eignung zur Teilnahme am Wettbewerb belegt werden kann.⁵²⁰ Somit sind nicht nur die Ausschlussgründe der Richtlinien taxativ, sondern auch die Nachweismittel grundsätzlich abschließend aufgezählt.⁵²¹

⁵¹² *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [158]

⁵¹³ AB 1118 XXI. GP [43]; *Hahn*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [§ 55]; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 4 zu § 55]

⁵¹⁴ AB 1087 XXI. GP [33]

⁵¹⁵ AB 1171 XXII. GP [63]

⁵¹⁶ *Gölles*, Systematik der Qualifikation von Bauunternehmen - BVergG 2002, ZVB 2002/99 [2]

⁵¹⁷ Art 45ff RL 2004/18/EG

⁵¹⁸ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [40]

⁵¹⁹ *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2004) [41]

⁵²⁰ *Schenk*, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001) [41]

⁵²¹ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 52]; *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [147]

Mit Art II des Bundesgesetzes, BGBl. I 463/1993, mit dem begleitende Bestimmungen zum bereits oben genannten BVergG 1993, idF. BGBl. 462/1993, erlassen wurden, wurde in das AuslBG ein § 28 b eingefügt, mit dem einerseits eine zentrale Evidenz der Verwaltungsstrafen nach § 28 AuslBG eingeführt und andererseits der Bundesminister für Arbeit und Soziales verpflichtet wurde, unter bestimmten Voraussetzungen an Bieter, Bewerber bzw. deren Subunternehmer für öffentliche Auftragsverfahren eine sog. „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ auszustellen. Diese zentrale Verwaltungsstrafevidenz wurde nach dem eindeutigen Wortlaut der Urfassung des § 28 b AuslBG zum alleinigen Zweck der Ausstellung einer Bescheinigung für ein Verfahren zur Vergabe einer Leistung eingeführt. § 28 b AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995, normierte zwei Tatbestandsvoraussetzungen, die kumulativ erfüllt sein mussten, damit eine wesentliche Verletzung des AuslBG iS. des Abs. 1 leg. cit. vorlag. Zum einen müssen Ausländer entgegen den Bestimmungen des AuslBG beschäftigt worden sein und zum anderen muss entweder der Unternehmensinhaber, ein nach außen vertretungsbefugtes Organ einer juristischen Personen und Personengesellschaft des Handelsrechts, oder aber ein verantwortlicher Beauftragter gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG rechtskräftig bestraft worden sein.⁵²²

6.4.2 Der Ausscheidensautomatismus der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit

Im Zusammenhang mit dem § 10 Abs. 1 BVergG 1993 bzw. § 16 Abs. 1 BVergG 1997⁵²³, wonach Aufträge über Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben sind, bedingte das Nichterteilen einer Bescheinigung bzw. das Vorliegen von wesentlichen Verletzungen des Ausländerbeschäftigungsgesetzes, das zwingende Ausscheiden bzw. den zwingenden Ausschluss des betroffenen Unternehmers.⁵²⁴ Zwar durfte die Ausstellung der genannten Bescheinigung wegen der ersten rechtskräftigen Bestrafung nicht verweigert werden und waren weitere rechtskräftige Bestrafungen nach dem Ablauf von einem bzw. zwei Jahren zu löschen, eine darüber hinausgehende Nicht-Beachtung von eventuellen

⁵²² VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵²³ Vgl. auch § 21 Abs. 1 BVergG 2002 bzw. § 19 Abs. 1 BVergG 2006

⁵²⁴ Gölles, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [250f]

Verwaltungsübertretungen nach dem AuslBG war jedoch nicht vorgesehen.⁵²⁵ Den Auftraggebern war es somit verwehrt, die konkreten Umstände des Einzelfalles näher zu prüfen und eine sachliche, differenzierte Ausschlussentscheidung zu treffen.⁵²⁶

Dieser gesetzlichen Ausgangslage sah sich im Anlassfall auch ein Bauunternehmen gegenüber, welches im Zuge eines Vergabeverfahrens die Ausstellung einer Bestätigung nach § 28 b Abs. 1 AuslBG ordnungsgemäß beantragte. Aufgrund zweier Bestrafungen der Geschäftsführer dieses Bieters nach dem AuslBG, wurde dessen Antrag jedoch mit Bescheid abgewiesen. Die Folge dieser bescheidmäßigen Abweisung des Antrags des Bauunternehmens wäre somit dessen Ausscheiden vom weiteren Vergabeverfahren gewesen, bestimmte ja § 39 Abs. 1 Z 1 BVergG 1993⁵²⁷, dass der Auftraggeber vor der Wahl des Angebots für den Zuschlag unter anderem Angebote von jenen Bietern auszuschneiden hat, bei denen die Befugnis, die finanzielle bzw. wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder aber eben die Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Aufgrund des von diesem Unternehmer angestrebten Bescheidbeschwerdeverfahrens gemäß Art 144 B-VG sprach der VfGH aus, dass die Wortfolge des § 28 b Abs. 2 AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995, „im Falle des § 9 Abs. 1 VStG ein zur Vertretung eines Unternehmens des Antragstellers nach außen berufenes Organ“ verfassungswidrig war.⁵²⁸ Der VfGH erachtete den quasi automatischen Ausschluss der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit eines Bieters wegen zweimaliger Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG sowie die damit einhergehende Versagung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung und den damit verbundenen Ausschluss des Unternehmers vom weiteren Verfahren zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung, als unsachlich⁵²⁹ und daher nicht dem Gleichheitsgebot entsprechend.⁵³⁰

Die Beseitigung dieser, vom sonstigen Inhalt des Abs. 2 leg. cit. trennbaren Wortfolge, ließ den übrigen Inhalt zwar unberührt und blieben die restlichen Bestimmungen des § 28 b AuslBG daher auch weiterhin anwendbar, doch darf deshalb nicht darauf geschlossen werden, dass der übrige Abs. 2 leg. cit. nicht ebenso mit Verfassungswidrigkeit behaftet war. Im konkreten Anlassfall war eben nur diese Wortfolge einschlägig und war auch daher nur die diesbezügliche Bestimmung präjudiziell.

⁵²⁵ § 28 b Abs. 4 AuslBG idF. BGBl. I 895/1995

⁵²⁶ Vgl. dazu *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]

⁵²⁷ Siehe § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006

⁵²⁸ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵²⁹ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

⁵³⁰ *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 55]

Der Verfassungsgerichtshof äußerte im genannten Beschwerdeverfahren vor allem Bedenken hinsichtlich der Tatsache, dass einem Bewerber bzw. Bieter gemäß § 28 b Abs. 2 AuslBG idF. BGBl. 895/1995 bei Vorliegen zweier Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG keine Unbedenklichkeitsbescheinigung mehr ausgestellt werden durfte, was wiederum aufgrund des § 39 Abs. 1 Z 1 BVergG 1993, nunmehr § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, zur Folge hatte, dass das Angebot des betroffenen Unternehmers vor der Zuschlagserteilung wiederum zwingend auszuschneiden war.⁵³¹ „Es scheint, dass die Sanktion der Verweigerung der Unbedenklichkeitsbescheinigung an das bloße Faktum des Vorliegens von Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG geknüpft ist und dass es auf die konkreten Umstände der Rechtsverletzung, die zur Bestrafung geführt haben, nicht ankommt.“⁵³²

Dieser Ausführung lässt sich somit klar und deutlich entnehmen, dass der VfGH eine Einzelfallbetrachtung, bei der den konkreten Umständen des Einzelfalles Bedeutung zuzumessen ist, vermisst und er das unbedingte Anknüpfen an ein bloßes Faktum als unbefriedigend empfindet.⁵³³ So wurde in dieser Arbeit bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass oftmals nur ein dem Auftraggeber bzw. der zuständigen Stelle eingeräumter Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum eine solche Einzelfallgerechtigkeit herzustellen vermag.⁵³⁴ Auch nach Schwarz ist das automatische Ausscheiden eines Bieters bei einer einmaligen, in der Vergangenheit festgestellten Unzuverlässigkeit, ohne die Zuverlässigkeit für das gegenständliche Vergabeverfahren nochmals zu prüfen, weder in den Vergaberichtlinien noch im BVergG 2006 vorgesehen und daher unzulässig.⁵³⁵ Zu erinnern ist in diesem Zusammenhang auch daran, dass der Ausschluss eines Bieters bzw. Bewerbers bzw. dessen Ausscheiden vom weiteren Vergabeverfahren eine schwerwiegende vergaberechtliche Konsequenz darstellt⁵³⁶, werden dem Unternehmer ja dadurch oftmals gleich eine ganze Reihe von potentiellen Auftraggebern genommen. Die in Prüfung gezogene Bestimmung des AuslBG verwehrte einerseits dem zur Erteilung bzw. Versagung der Unbedenklichkeitsbescheinigung berufenen Minister, die für die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit beachtenswerten Umstände, wie das Zustandekommen der Rechtsverletzung und deren Gewicht, die Frage des Verschuldens sowie sämtliche anderen auf diese

⁵³¹ Schwarz, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 5 zu § 55]

⁵³² VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵³³ Vgl. auch Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 55]

⁵³⁴ Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]

⁵³⁵ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

⁵³⁶ B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11 ua.

Beurteilung Einfluss nehmenden Aspekte, auch nur ansatzweise zu würdigen und eröffnete dem betroffenen Unternehmer andererseits auch nicht die Möglichkeit, vorzubringen, weshalb er seiner Auffassung nach trotz eventuell vorliegender Bestrafungen nach dem AuslBG dennoch als zuverlässig zu gelten habe.⁵³⁷

Demgegenüber normierte der Gesetzgeber in den Materialien zum Ausschlussstatbestand der schweren beruflichen Verfehlung nach § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 bereits ausdrücklich, dass ein Auftraggeber einem Unternehmer, den er nach der genannten Bestimmung auszuschließen beabsichtigt, Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen hat.⁵³⁸ Durch dieses Recht zur Stellungnahme soll dem Bewerber bzw. Bieter die Möglichkeit gegeben werden, einem sofortigen Ausschluss entgegenwirken zu können.⁵³⁹ § 28 b Abs. 2 AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995, ging jedoch vielmehr davon aus, dass rechtskräftige Verwaltungsstrafen automatisch⁵⁴⁰, d. h. ohne jeden weiteren Prüfschritt, zur Versagung der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung führen und dem Unternehmer somit jegliche Rechtfertigungschance nehmen.⁵⁴¹ So verweist etwa auch *Gölles* darauf, dass der von einem Ausschluss bedrohte Bieter bzw. Bewerber in jedem einzelnen Vergabeverfahren zum Zwecke seiner Rechtfertigung jene Unterlagen, die seine Unzuverlässigkeit belegen sollen, prüfen und dazu Stellung nehmen können muss.⁵⁴²

Die Bundesregierung verteidigte demgegenüber die vom VfGH in Kontrolle gezogene Bestimmung des AuslBG vor allem mit ihrem Regelungszweck: So vermeide § 28 b Abs. 2 AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995, dass Unternehmer durch die Beschäftigung von Ausländern entgegen den gesetzlichen Bestimmungen, den damit nach der allgemeinen Lebenserfahrung verbundenen niedrigeren Löhnen sowie dem Entfall der Sozialversicherungsbeiträge, einen Wettbewerbsvorteil lukrieren können.⁵⁴³ Der Auffassung der Bundesregierung ist dabei meines Erachtens insoweit beizupflichten, als die Wahrung des Wettbewerbsprinzips eine wesentliche Rolle im Zuge eines Vergabeverfahrens einnimmt.⁵⁴⁴ So bestimmt etwa bereits §

⁵³⁷ Vgl. auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 55]

⁵³⁸ AB 1171 BlgNR XXII. GP [60]; so auch bereits zum § 51 Abs. 1 Z 4 BVergG 2002, AB 1118 BlgNR XXI. GP [41]

⁵³⁹ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [111]; vgl. auch *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

⁵⁴⁰ *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [254]

⁵⁴¹ *König*, Vergaberecht in der Praxis (2000) [71]

⁵⁴² *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [5]

⁵⁴³ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵⁴⁴ VfGH 29.05.2002, 2002/04/0023

19 BVergG 2006, dass Aufträge unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen des freien und lauterer Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bieter, zu vergeben sind.⁵⁴⁵ Daneben sollen die Ausschlussgründe gerade auch verhindern, dass ein Unternehmer aus der unterbliebenen Erfüllung seiner Beitrags-, Abgaben- und Steuerpflichten einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbewerbern lukrieren kann.⁵⁴⁶ Auch lässt sich den Ausführungen der Bundesregierung entnehmen, dass dem § 28 b Abs. 2 AuslBG insoweit wettbewerbsregulierender Charakter zukäme, als er die Voraussetzungen festlege, die ein Unternehmer erfüllen muss, um zum Wettbewerb um die Vergabe einer Leistung zugelassen zu werden. Liegen somit rechtskräftige Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG vor, so kann es durchaus dazu kommen, dass dieser Bieter bzw. Bewerber aufgrund seines rechtswidrigen Handelns in der Vergangenheit immer noch gegenüber den rechtmäßig handelnden Mitbewerbern einen Wettbewerbsvorteil genießt.⁵⁴⁷ So hat etwa bereits der GA *Poiares Maduro* zu den Ausschlussgründen des Art 29 der Richtlinie 92/50/EWG⁵⁴⁸ festgehalten, dass diese Bestimmung eben auch das Lukrieren eines ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteils durch einen Unternehmer, der seine Beitrags- bzw. Abgaben- und Steuerpflichten nicht erfüllt, zu verhindern trachtet.⁵⁴⁹ Das Vergaberecht will zwar grundsätzlich den Wettbewerb fördern, aber eben nur im Kreis geeigneter Unternehmer. Die Anordnung der Ausscheidensverpflichtung gemäß den §§ 129 Abs. 1 Z 2, 73 BVergG 2006 iVm. § 28 b Abs. 2 AuslBG diene also dem Wettbewerbsprinzip, das unter den Grundsätzen des Vergaberechts eine zentrale Stellung einnimmt.⁵⁵⁰ Der Auftraggeber kann also nicht zwischen einem Ausschluss bzw. Ausscheiden und einem bloßen „Nicht-Berücksichtigen“ wählen.⁵⁵¹

Insgesamt erachtete die Bundesregierung daher die getroffene Regelung als nicht unsachlich und seien die aus der Versagung der Unbedenklichkeitsbescheinigung resultierenden Nachteile ihrer Art und Intensität nach jedenfalls zumutbar und verhältnismäßig, gehe es in der in Prüfung befindlichen Bestimmung des AuslBG ja gerade um die zweimalige

⁵⁴⁵ Vgl. auch § 10 Abs. 1 BVergG 1993

⁵⁴⁶ SA des GA *Poiares Maduro* 08.08.2005, verb. Rs C-226/04, C-228/04 *La Cascina*, *Consorzio G. f. M.* [Rn 22]

⁵⁴⁷ Vgl. etwa zu § 366 Abs. 1 Z 1 GewO 1994: ÖBl 1989, 122; ÖBl 1991, 67

⁵⁴⁸ Nunmehr Art 45 RL 2004/18/EG

⁵⁴⁹ SA des GA *Poiares Maduro* 08.08.2005, verb. Rs C-226/04, C-228/04 *La Cascina*, *Consorzio G. f. M.* [Rn 22]

⁵⁵⁰ VfGH 20.06.2001, B 1560/00

⁵⁵¹ BVA 25.05.1998, N-8/98-16

Bestrafung wegen „Kerndelikten“. Die Bundesregierung führte noch an, dass das verfolgte Ziel der gegenständlichen Bestimmung die Feststellung sei, dass nach zwei rechtskräftigen Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG eine wesentliche Verletzung des AuslBG durch das jeweilige Unternehmen vorliege und eben gerade nicht die Feststellung, dass die im Vergabeverfahren geforderte Zuverlässigkeit nicht gegeben sei.⁵⁵²

Zwar ist der Bundesregierung insoweit beizupflichten, als nach dem Wortlaut des § 28 b Abs. 2 AuslBG tatsächlich auf die obige Feststellung geschlossen werden kann, doch darf diese Feststellung keinesfalls unabhängig und losgelöst von den - automatisch eintretenden⁵⁵³ - vergaberechtlichen Konsequenzen gesehen werden, die insoweit von dem Regelungsziel des § 28 b Abs. 2 AuslBG ebenso automatisch mit umfasst werden.⁵⁵⁴ Auch der VfGH äußerte seine Zweifel hinsichtlich der Verfassungskonformität des § 28 b Abs. 2 AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995 gerade in dieser Hinsicht: *„Die Bedenken des Verfassungsgerichtshofes gingen dahin, dass eine Regelung bedenklich sei, die dazu führt, dass einem Unternehmen, dessen Inhaber oder nach § 9 Abs. 1 VStG Vertretungsbefugter oder nach § 9 Abs. 2 VStG bestellter (und nach § 28 a Abs. 3 AuslBG bekanntgebener) verantwortlicher Beauftragter zweimal wegen illegaler Ausländerbeschäftigung bestraft wurde, quasi automatisch die vergaberechtliche Zuverlässigkeit abgesprochen wird.“*⁵⁵⁵ Der VfGH ging meines Erachtens richtig davon aus, dass diese vergaberechtliche Konsequenz ohne weiteren Zwischenprüfschritt mit dem der behördlichen Kontrolle unterliegenden § 28 b Abs. 2 AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995, verbunden ist, führte doch die Versagung der Erteilung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung gemäß § 10 Abs. 3 iVm. § 39 Abs. 1 Z 1 und 2 BVergG 1993, idF. BGBl. I 462/1993, zwingend zum Ausscheiden des Bieters bzw. Bewerbers.⁵⁵⁶ Dieser Ansicht wurde von Seiten der Bundesregierung auch nicht explizit widersprochen. Zwar vermeinte sie, dass das primäre Ziel der streitigen Bestimmung des AuslBG die Feststellung sei, dass die zweimalige rechtskräftige Verletzung des AuslBG eine wesentliche sei und das Ziel des § 28 b Abs. 2 AuslBG nicht die Feststellung sei, dass die vergaberechtliche Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, doch wurde von ihr im

⁵⁵² Vgl. zum Ausscheidensautomatismus auch *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [381f]

⁵⁵³ *Hahl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [§ 55]

⁵⁵⁴ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

⁵⁵⁵ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵⁵⁶ Vgl. auch *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

Beschwerdeverfahren zu keiner Zeit der aufgeworfene Automatismus⁵⁵⁷ bzw. die vergaberechtliche Sekundärwirkung der zwei rechtskräftigen Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG widerlegt. Auch wurde von Seiten der Bundesregierung nicht etwa versucht, der Vergabestelle durch eine verfassungskonforme Interpretation sowohl der Bestimmungen des AuslBG als auch der Bezug habenden vergaberechtlichen Bestimmungen, doch noch einen gewissen Beurteilungs- bzw. Ermessensspielraum einzuräumen.

Auch der Empfehlung der B-VKK vom 13.4.1999 lässt sich entnehmen, dass eine negative Auskunftserteilung des zuständigen Ministers gemäß § 28 b AuslBG nur ein Indiz⁵⁵⁸ für das Fehlen der beruflichen Zuverlässigkeit sein kann und keinesfalls eine unwiderlegbare Vermutung.⁵⁵⁹ „Nach Ansicht des erkennenden Senats entspricht es unter Bedachtnahme auf die im VfGH-Erkenntnis vom 24.06.1998, G-462/97 aus dem Sachlichkeitsgebot der österreichischen Bundesverfassung abgeleiteten Anforderungen an die Prüfung der Zuverlässigkeit von Bieter nicht dem BVergG, einen Bieter ohne Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles allein aufgrund einer „negativen“ Auskunft nach § 28 b AuslBG auszuschneiden.“⁵⁶⁰ Die B-VKK hielt diesbezüglich weiters fest, dass der Wortlaut des § 16 Abs. 3 BVergG 1997 weder festhalte, unter welchen Bedingungen ein Bieter bzw. Bewerber von der Teilnahme um die Vergabe einer Leistung ausgeschlossen ist, noch normiere, dass bei Vorliegen einer negativen Auskunft entsprechend § 28 b AuslBG die besondere berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers nicht vorhanden ist und dieser daher automatisch und zwingend auszuschneiden sei. Der genannten Bestimmung ergibt sich eben nur, dass der Auftraggeber verpflichtet ist, eine solche Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit der Bieter, Bewerber bzw. deren Subunternehmer einzuholen und dass diese Auskunft sodann bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit mit zu berücksichtigen ist. Demnach gelangte also die B-VKK, entgegen der Ansicht des VfGH in seinem Erkenntnis vom 24.6.1998⁵⁶¹, nicht zu der Ansicht, dass es eine zwingende Verknüpfung zwischen der Untersagung der Ausstellung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung wegen Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG und der vergaberechtlichen Konsequenz - dem Ausscheiden vom weiteren Verfahren - gäbe und räumt

⁵⁵⁷ Gölles, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [254]

⁵⁵⁸ Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 5 zu § 55]

⁵⁵⁹ Hahl, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [§ 55]

⁵⁶⁰ B-VKK 13.04.1999, S-48/99

⁵⁶¹ VfGH 24.06.1998, G 462/97; Gölles, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [381f]

der Vergabestelle damit im Sinne des Gesetzes einen Beurteilungsspielraum hinsichtlich der Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit ausdrücklich ein.

Dem ersten Anschein nach könnte man daher die Auffassung gewinnen, dass die B-VKK in ihrer Empfehlung dem, im genannten Erkenntnis des VfGH getadelten, Ausscheidensautomatismus widerspricht. Betrachtet man jedoch die diesbezüglichen Entscheidungen näher, so kann man klar erkennen, dass der VfGH in seinem Erkenntnis vom 24.6.1998, G 462/97 auf der Grundlage des BVergG 1993, idF. BGBl. I 462/1993, bzw. dem AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995 zu entscheiden hatte, während die B-VKK ihre Empfehlung im Anwendungsbereich des BVergG 1997, idF. BGBl. I 56/1997, bzw. des AuslBG, idF. BGBl. I 776/1996, auszusprechen hatte. Dies wirkte sich insofern auf die aufgeworfene Problematik aus, als nur § 10 Abs. 3 BVergG 1993, idF. BGBl. I 462/1993, davon sprach, dass zum Zwecke des Nachweises der beruflichen Zuverlässigkeit vom Unternehmer in jedem Fall eine Bestätigung des zuständigen Bundesministers zu verlangen ist, dass keine wesentliche Verletzung des AuslBG festgestellt wurde. Ohne einer solchen Bestätigung konnte somit der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit durch den betroffenen Wirtschaftsteilnehmer keinesfalls erbracht werden und war ein solcher Bieter bzw. Bewerber daher mangels Vorlage einer Bestätigung gemäß § 28 b AuslBG zwingend vom weiteren Vergabeverfahren auszuschneiden.⁵⁶² Demgegenüber ordnete § 16 Abs. 3 BVergG 1997, idF. BGBl. I 56/1997, lediglich an, dass der Auftraggeber zum Nachweis der besonderen beruflichen Zuverlässigkeit der Unternehmen eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz gemäß § 28 b AuslBG einzuholen hat. Eine darüber hinausgehende Regelung bezüglich möglicher Auswirkungen von rechtskräftigen Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG war der vergaberechtlichen Regelung des BVergG 1997 jedoch im Unterschied zum BVergG 1993, idF. BGBl. I 462/1993 fremd, weshalb theoretisch verschiedene Auslegungsmöglichkeiten denkbar waren.⁵⁶³

Zur Lösung dieser Unklarheit kann auf eine Variante der logisch-systematischen Auslegung, die „verfassungskonforme Interpretation“ zurück gegriffen werden. Sie ist eine logische Folge der allgemeinen Interpretationsmaxime, wonach Normen unter Beachtung der ihre Erzeugung regelnden bzw. zumindest determinierenden Rechtsvorschriften, auszulegen sind. *„Es handelt sich darum, dass im Zweifel kein Rechtsakt so zu verstehen ist, dass er fehlerhaft*

⁵⁶² Vgl. VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵⁶³ B-VKK 13.04.1999, S-48/99 in bbl 1999/189

erscheint.“⁵⁶⁴ Ist daher denkbar, dass eine konkrete Norm in verschiedene Richtungen ausgelegt werden kann, so hat die Auswahl der verschiedenen Varianten auf jene zu treffen, welche das Gesetz verfassungskonform erscheinen lassen.⁵⁶⁵ „Ist aber das Gesetz einer Auslegung zugänglich, die verfassungswidrige Ergebnisse vermeidet, so ist den Bedenken gegen seine Verfassungsmäßigkeit der Boden entzogen.“⁵⁶⁶

Auch der Wortlaut des genannten § 16 Abs. 3 BVergG 1997, idF. BGBl. I 56/1997, war nicht ganz eindeutig. Wie oben bereits erwähnt, normierte diese vergaberechtliche Bestimmung weder die genauen Umstände, bei deren Vorliegen ein Bieter bzw. Bewerber als nicht mehr „besonders beruflich zuverlässig“ und damit ausscheidenswürdig anzusehen war und ordnete diese Norm schon gar nicht eine Ausschlussverpflichtung von jenen Unternehmen an, bei denen die vom Auftraggeber eingeholte Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz eine wesentliche Verletzung des AusIBG auswies. Aus dem Wortlaut des § 16 Abs. 3 leg. cit. ergab sich eben nur, dass die Vergabestelle verpflichtet war, eine solche Auskunft zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit einzuholen und diese Auskunft dann bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers mitzubersichtigen. Somit wäre es der Vergabestelle sehr wohl möglich gewesen, den einschlägigen vergaberechtlichen Bestimmungen jene Bedeutung zuzumessen, die den Inhalt der gesetzlichen Normierung als verfassungskonform erscheinen lässt,⁵⁶⁷ weshalb eine negative Auskunftserteilung gemäß § 28 b AusIBG eben nur ein Indiz, eine widerlegbare gesetzliche Vermutung⁵⁶⁸ für die mangelnde berufliche Zuverlässigkeit darstellt, aber keinesfalls eine unwiderlegbare Vermutung.⁵⁶⁹

Der Auftraggeber muss daher dem Bieter bzw. Bewerber die Möglichkeit zugestehen, im Einzelfall alle Umstände dazunehmen zu können, die seine berufliche Zuverlässigkeit bescheinigen.⁵⁷⁰ Abermals zeigt sich dabei, dass der Vergabestelle hinsichtlich der abschließenden Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers notwendigerweise ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleibt, stellt ja erst ein solcher

⁵⁶⁴ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) [Rz 135]

⁵⁶⁵ VwGH 11.02.1994, 93/17/0305;

⁵⁶⁶ VfGH 01.10.1987, G 142/87

⁵⁶⁷ Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) [Rz 135]

⁵⁶⁸ Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006) [111]

⁵⁶⁹ B-VKK 13.04.1999, S-48/99

⁵⁷⁰ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

Spielraum die verfassungsgesetzlich erforderliche Einzelfallgerechtigkeit her.⁵⁷¹ Der Auftraggeber darf sich daher nicht einfach auf eine negative Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz verlassen. Er hat sämtliche vorgebrachten Umstände im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens⁵⁷² gegeneinander abzuwägen und aufgrund des dadurch gewonnenen Eindrucks, eine Entscheidung hinsichtlich des Ausschlusses vom bzw. des Verbleibens im weiteren Verfahren zur Vergabe einer Leistung zu treffen.⁵⁷³

6.4.3 Die Eignungsprüfung als Prognoseentscheidung

Nach der Auffassung des VfGH reicht die Beachtung der konkreten Umstände des Einzelfalls hinsichtlich der rechtskräftigen Bestrafungen nach dem AuslBG bereits während des Verwaltungsstrafverfahrens durch die zuständige Behörde nicht aus, um auch eine diesbezügliche Einzelfallgerechtigkeit im Vergabeverfahren selbst herzustellen.⁵⁷⁴ Weiters darf die Vergabestelle diese Auskunft auch nicht einfach unreflektiert in ihre Bewertung hinsichtlich der Zuverlässigkeit eines Wirtschaftsteilnehmers einfließen lassen, insbesondere wäre ein sofortiger Ausschluss ohne Prüfung der näheren Gründe bzw. der vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen, sachlich nicht rechtfertigbar.⁵⁷⁵ Die diesbezügliche Bewertung obliegt eben gesondert und unabhängig den Vergabestellen.⁵⁷⁶ Die Vergabestelle ist somit verpflichtet, aufgrund der bereits rechtskräftigen Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG sowie den weiteren bekanntgewordenen oder vom Bieter bzw. Bewerber vorgebrachten Tatsachen, die Zuverlässigkeit des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers zu überprüfen. Auch diese Beurteilung hinsichtlich der beruflichen Zuverlässigkeit stellt bei näherer Betrachtung eigentlich eine Aussage über zukünftiges Verhalten und somit eine Prognose dar.⁵⁷⁷ Auch das BVA hat in einer Entscheidung zum ähnlich gelagerten Fall der schweren beruflichen Verfehlung gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 festgehalten, dass die Zuverlässigkeit eines Unternehmers dann nicht vorhanden ist, wenn der Bieter bzw. Bewerber im Rahmen seiner beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen hat, welche von der Vergabestelle nachweislich festgestellt wurde und anzunehmen ist, dass auch in Zukunft schwere berufliche

⁵⁷¹ Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 422]; Vgl. auch Göllers in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 55]

⁵⁷² VfGH 24.06.1998, G 462/97; vgl. etwa auch Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]

⁵⁷³ Andreas Kropik, Die vertiefte Angebotsprüfung und die Beurteilung der Preisangemessenheit von Bauleistungen, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) [156];

⁵⁷⁴ Kropik, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [55]

⁵⁷⁵ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

⁵⁷⁶ Vgl. auch Hahnl, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.7. zu § 51]

⁵⁷⁷ Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 428]

Verfehlungen begangen werden.⁵⁷⁸ Das BVA verlangt somit von den Vergabestellen nicht nur, dass sich diese mit den Umständen des Einzelfalles genau auseinandersetzen, sondern darüber hinaus auch, dass aufgrund des bekannten Sachverhalts auf das zukünftige Verhalten des Unternehmers geschlossen wird, also eine Zukunftsprognose erstellt wird. Neben den ohnehin bekannten Tatsachen wird sich der Auftraggeber wohl auch an seinen bisherigen Erfahrungen zu orientieren haben, doch ist eine sichere Prognose jedenfalls undenkbar⁵⁷⁹, weshalb dem Auftraggeber jedenfalls ein Beurteilungsspielraum verbleibt.⁵⁸⁰

Die Beurteilung der Zuverlässigkeit des Unternehmers aufgrund der zuvor durch die Vergabestelle erstellte Prognose, widerspricht meines Erachtens auch nicht dem § 69 BVergG 2006, wonach die Eignung des Bieters bzw. Bewerbers in Abhängigkeit der gewählten Verfahrensart grundsätzlich spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung bzw. zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vorliegen muss. Durch die Formulierung „muss ... spätestens ... vorliegen“ wird zwar verdeutlicht, dass ab dem in Z 1 bis 8 leg. cit. genannten Zeitpunkt die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit vorliegen muss und in der Folge nicht mehr verloren gehen darf⁵⁸¹, doch bedeutet dies nicht, dass nicht auf erst künftige Entwicklungen Rücksicht genommen werden darf. So soll ja in einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung schon ex ante die Auswahl zwischen jenen Bietern bzw. Bewerbern getroffen werden, die auch über die für den spezifischen Auftrag erforderliche Zuverlässigkeit verfügen.⁵⁸² Etwa bestimmt auch der § 70 Abs. 2 BVergG 2006, der insofern als Konkretisierung des allgemeinen, im Gemeinschaftsrecht geltenden⁵⁸³ Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes gesehen werden kann, dass Nachweise von Unternehmern nur so weit verlangt werden dürfen, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.⁵⁸⁴ Diesem „Übermaßverbot“⁵⁸⁵ lässt sich daher auch, neben der grundsätzlichen Unternehmerbezogenheit der Eignungskriterien und damit auch der Zuverlässigkeit, eine

⁵⁷⁸ BVA 12.11.2001, N-91/01-31

⁵⁷⁹ BVA 23.04.2004, 17N-48/04-24

⁵⁸⁰ So auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 31 zu § 51] hinsichtlich der Schwere eines rechtskräftigen Urteils

⁵⁸¹ RV 1171 BlgNR XXII. GP [61]

⁵⁸² *Pachner*, Prüfung der Angebote, in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005) [46]

⁵⁸³ Vgl. etwa EuGH 20.02.1979, Rs 122/78 SA Buitoni gegen Fonds d'orientation et de régularisation des marchés; *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [94]

⁵⁸⁴ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]; *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]; *Kropik*, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [52]

⁵⁸⁵ *Schenk*, Das neue Vergaberecht (2004) [41]

gewisse Projektbezogenheit entnehmen, die wiederum von der Auftragsbezogenheit der Zuschlagskriterien zu trennen ist.⁵⁸⁶

Dies bedeute also, dass zwar die geforderte Zuverlässigkeit grundsätzlich spätestens zum oben genannten Zeitpunkt vorliegen muss, allerdings ist die Beurteilung, ob ein Unternehmer auch diesen Anforderungen gerecht wird, stets in Bezug auf das jeweils ausgeschriebene Vorhaben vorzunehmen,⁵⁸⁷ weshalb eben auch die in der Zukunft liegende Projektabwicklung bei der Feststellung der beruflichen Zuverlässigkeit mitberücksichtigt werden muss. Eine nach diesem Beurteilungszeitpunkt stattfindende Veränderung ist dabei insoweit Beachtung zuzumessen, als zwar die spätere Verbesserung für die Eignungsprüfung unberücksichtigt zu bleiben hat, der nachträglichen Verschlechterung der Zuverlässigkeit jedoch stets Bedeutung zukommt.⁵⁸⁸ Somit besteht also aufgrund des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter bzw. Bewerber⁵⁸⁹ keine Möglichkeit, eine von dem Auftraggeber erstellte „Zuverlässigkeitsprognose“ zum Vorteil jenes Wirtschaftsteilnehmers, dessen Eignung sich nachträglich verbessert hat, zu korrigieren. Im umgekehrten Fall kann jedoch eine sich nachträglich als unrichtig erweisende ex ante Beurteilung eines in der Zukunft zu setzenden Verhaltens sehr wohl zum Nachteil des Unternehmers berichtigt werden. In diese Richtung zeigt auch der Bescheid des BVA vom 21.12.2004, wonach die Möglichkeit zur Leistungserbringung nicht unbedingt - bei einem offenem Verfahren - bereits bei der Angebotsöffnung vorhanden sein muss. *„Allerdings muss im Sinne einer ex-ante Betrachtung bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung jedenfalls feststehen, dass die spätere Verfügbarkeit für den gesamten Vertragszeitraum gewährleistet ist. Dafür ist ein entsprechender Nachweis erforderlich.“*⁵⁹⁰ So auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 9.10.2002, wonach die Leistungserbringung lediglich innerhalb der vorgesehenen Ausführungsfrist möglich sein muss und eben nicht bereits mit dem Ablauf der Angebotsfrist.⁵⁹¹

⁵⁸⁶ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 6 zu § 57]

⁵⁸⁷ BVA 08.09.1995, N-7/95-14; Sachs/Hahnl, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003) [Rz 10.2.]

⁵⁸⁸ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 26 zu § 52]

⁵⁸⁹ Casati, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

⁵⁹⁰ BVA 21.12.2004, 06N-105/04-27

⁵⁹¹ VwGH 09.10.2002, 2000/04/0037

6.4.4 Conclusio der Grundsätze des VfGH

Aufgrund der zwingenden Verknüpfung⁵⁹² der Untersagung der Unbedenklichkeitsbescheinigung wegen einer zweimaligen rechtskräftigen Bestrafung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG mit dem Ausscheiden des Bieters bzw. Bewerbers aus dem jeweiligen Vergabeverfahren⁵⁹³, war es der Vergabestelle unmöglich, die Frage der beruflichen Zuverlässigkeit im Vergabeverfahren selbstständig zu beurteilen, weshalb in der Vergabepraxis derartige Beurteilungen von den Auftraggebern auch nicht vorgenommen wurden.⁵⁹⁴ Dabei darf nicht darauf vergessen werden, dass der VfGH nicht in Frage stellt, dass Verurteilungen bzw. Bestrafungen nach dem AuslBG an sich geeignet sind, die berufliche Zuverlässigkeit des betroffenen Unternehmens zu negieren. Er hegt auch keine Bedenken hinsichtlich der Ausscheidensverpflichtung von Wirtschaftsteilnehmern, deren vergaberechtliche Zuverlässigkeit nicht gegeben ist.⁵⁹⁵ Auch die von der Bundesregierung vorgebrachten Argumente bezüglich der Wettbewerbsverzerrungen, die durch die illegale Ausländerbeschäftigung entstehen könnten, widersprechen somit eigentlich nicht der Stoßrichtung des VfGH. Selbst wenn dem § 28 b Abs. 2 AuslBG, idF. BGBl. I 895/1995, wettbewerbsregulierender Charakter zuzusprechen wäre und der Bieter bzw. Bewerber aufgrund des Vorliegens von rechtskräftigen Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG durchaus Wettbewerbsvorteile genießen könnte, so ist deren Feststellung jedoch eine Frage des Einzelfalles und hat eine Behörde oder auch die Vergabestelle diese Möglichkeit eben entsprechend zu überprüfen.⁵⁹⁶ Erst wenn bei einer Abwägung der Umstände des Einzelfalles festgestellt wurde, dass ein Unternehmer aufgrund solcher Bestrafungen tatsächlich Wettbewerbsvorteile lukrieren konnte, wäre ein Ausschluss vom Verfahren zur Vergabe einer Leistung meines Erachtens gerechtfertigt. Einem Unternehmen ist daher zwingend die Möglichkeit einzuräumen, darzulegen, dass er durch positive Gegenmaßnahmen wieder die Voraussetzungen für die Beurteilung als aktuell zuverlässig geschaffen hat.⁵⁹⁷

Der VfGH hielt es somit für unsachlich, Bestrafungen nach dem AuslBG zwingend mit der vergaberechtlichen Konsequenz - Ausschluss bzw. Ausscheiden des Bieters bzw. Bewerbers - zu verknüpfen⁵⁹⁸, ohne dass dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit gegeben wird,

⁵⁹² *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

⁵⁹³ *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 55]; *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [§ 55]

⁵⁹⁴ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁵⁹⁵ Vgl. auch *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 55]

⁵⁹⁶ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

⁵⁹⁷ *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [K.3. zu §55]

⁵⁹⁸ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

darzutun, weshalb er trotz des Vorliegens wesentlicher Verletzungen des AuslBG nicht als unzuverlässig anzusehen ist.⁵⁹⁹ Das vom Ausschluss bedrohte Unternehmen hatte im Verfahren zur Erlangung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 28 b AuslBG keinerlei Möglichkeiten, seine Standpunkte bezüglich der Bestrafungen und den damit verbundenen vergaberechtlichen Konsequenzen mit der Wirkung vorzubringen, dass sich der zuständige Minister damit auseinandersetzen müsste. „So kann das Unternehmen etwa nicht dartun, dass es trotz Vorliegens von Bestrafungen aus bestimmten Gründen nicht unzuverlässig ist, etwa weil es entsprechende Vorkehrungen gegen eine Übertretung getroffen hat, über die sich ein verantwortlicher Beauftragter hinweggesetzt hat. Nicht einmal dann, wenn das Unternehmen dartun und belegen könnte, dass ein Beauftragter entgegen einer arbeitsrechtliche Weisung gehandelt hat und das Unternehmen dies sogar zum Anlass von Maßnahmen gegen den Beauftragten genommen hat, könnte das Unternehmen die vergaberechtliche Konsequenz des Fehlverhaltens abwenden.“⁶⁰⁰ Eine solche zwingende Verknüpfung widersprach daher dem, dem Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 7 B-VG bzw. Art 2 StGG innewohnenden, Sachlichkeitsgebot.

Auch durch die Normierung der zwingenden Insolvenzausschlussstatbestände im § 68 Abs. 1 BVergG 2006 wurde dem Auftraggeber die Möglichkeit genommen, die verfassungsrechtlich erforderliche Einzelfallbetrachtung einzuhalten. Einem Unternehmen ist daher zwingend in einem kontradiktorischen Verfahren⁶⁰¹ die Chance auf Rechtfertigung einzuräumen, was der VfGH in seinem Erkenntnis für den Fall der bis zur Novelle des BVergG 2006 mit BGBl. I 86/2007 noch gesondert normierten besonderen beruflichen Zuverlässigkeit ausdrücklich klargestellt hat.⁶⁰² Diese Rechtfertigungsmöglichkeit muss einem Wirtschaftsteilnehmer daher auch bei Erfüllung der Insolvenztatbestände gewährt werden. Denn alleine aufgrund der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ist ein Unternehmer noch nicht als jedenfalls ungeeignet anzusehen. Der Auftraggeber hat sich daher mit den konkreten Umständen genau auseinanderzusetzen, um der verfassungsrechtlich gebotenen Einzelfallbetrachtung zu entsprechen. Gelangt ein öffentlicher Auftraggeber sodann etwa aufgrund einer Rücksprache mit dem Insolvenzverwalter zu dem Ergebnis, dass der Bieter trotz der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ausreichende Chancen auf den Fortbestand seiner wirtschaftlichen Existenz hat, so wäre eine dennoch getroffene Ausschlussentscheidung aufgrund des

⁵⁹⁹ Vgl. auch *Elsner*, Vergaberecht (1999) [Rz A 55]; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 55]; *Hahn*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [§ 55]

⁶⁰⁰ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁶⁰¹ Vgl. auch *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]

⁶⁰² *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 16 zu § 55]

Insolvenzstatbestandes fehlerhaft.⁶⁰³ Ein unbedingter Ausschluss mangels Eignung wegen eines Insolvenzverfahrens kommt somit nicht in Betracht.⁶⁰⁴

6.4.5 Das System der Glaubhaftmachung

Das „System der Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit“⁶⁰⁵ entspricht im Wesentlichen der in dieser Arbeit bereits angesprochenen „Besserungschance“ bzw. „Selbstreinigungschance“ im Zusammenhang mit dem möglichen Vorliegen eines rechtskräftigen Urteils wegen eines Deliktes, das die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt bzw. der Begehung einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit dieses Unternehmers, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde und dem damit verbundenen, grundsätzlich zwingenden Ausschluss des betroffenen Bieters bzw. Bewerbers.⁶⁰⁶ Dabei sei darauf verwiesen, dass für die Beurteilung der vergaberechtlichen Zuverlässigkeit ein Blick auf das Verhalten eines Unternehmers in der Vergangenheit - somit eine „*historische Aussage*“⁶⁰⁷ - notwendig ist. Bei dieser primär vergangenheitsorientierten Betrachtung darf jedoch nicht darauf vergessen werden, dass auch die Zuverlässigkeit schon gemäß § 70 Abs. 3 BVergG 2006 immer auf die konkret ausgeschriebene Leistung bezogen werden muss. Dies erfordert eben ein genaues Eingehen auf den konkreten Einzelfall. Die Vergabestelle hat daher zu prüfen, ob eine allenfalls damalige Unzuverlässigkeit auch im nunmehrigen Vergabeverfahren noch aufrecht ist, oder inzwischen durch geeignete Maßnahmen seitens des Unternehmers beseitigt wurde.⁶⁰⁸ Auch der EuGH anerkennt die meines Erachtens wettbewerbsrechtlich sinnvolle und notwendige Möglichkeit der Selbstreinigung.⁶⁰⁹ Von einem Ausschluss eines Bieters bzw. Bewerbers von einem aktuellen Vergabeverfahren ist daher grundsätzlich immer dann Abstand zu nehmen, wenn der betroffene Unternehmer trotz in der Vergangenheit begangener Taten, die an seiner Zuverlässigkeit zweifeln lassen, durch entsprechende positive Gegenmaßnahmen wieder die Voraussetzungen für die vergaberechtliche Zuverlässigkeit geschaffen hat.⁶¹⁰ Wenn also zu erwarten ist, dass die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers wieder vorhanden

⁶⁰³ Kapellmann/Messerschmidt, VOB [Rz 23 zu § 25]

⁶⁰⁴ Wittchen, Eignung trotz Insolvenzverfahrens möglich, IBR 2006, 220

⁶⁰⁵ Denk/Steinbach, Die vergaberechtliche Selbstreinigung, ZVB 2008/38 [3]

⁶⁰⁶ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 9 zu § 55]

⁶⁰⁷ Gölles, Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen, ZVB 2003/16 [4]

⁶⁰⁸ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [15]

⁶⁰⁹ EuGH 03.03.2005, Rs C-21/03, C-34/03 Fabricom

⁶¹⁰ Denk/Steinbach, Die vergaberechtliche Selbstreinigung, ZVB 2008/38 [4]

ist, ist er zur Teilnahme am Wettbewerb um die Vergabe einer Leistung zwingend zuzulassen.⁶¹¹

Auch die vorwiegend in der deutschen Literatur beschriebene Wiedezulassung zum Wirtschaftsmarkt nach einer verhängten einfachen oder koordinierten Auftragssperre reiht sich in dieses System nahezu nahtlos ein.⁶¹² Mit der Novelle zum BVergG 1997, BGBl. I 12/1999, hat der Gesetzgeber den Überlegungen des VfGH in seinem bereits ausführlich wiedergegebenen Erkenntnis vom 24.6.1998 insoweit Rechnung getragen, als er nunmehr durch die Einführung der Abs. 3 bis 6 des § 52 BVergG 1997⁶¹³ von einem kategorischen Ausschluss des betroffenen Bieters bzw. Bewerbers absah und diesem die Möglichkeit zur Glaubhaftmachung seiner Zuverlässigkeit trotz des Vorliegens von mehreren rechtskräftigen Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 AuslBG einräumte.⁶¹⁴ Grundsätzlich sind die Vergabestellen bei Vorliegen der Voraussetzungen verpflichtet, Bieter vom Verfahren um die Vergabe einer Leistung auszuschließen, jedoch bedarf ein Ausschluss aufgrund der damit verbundenen Beeinträchtigung der Wettbewerbschancen des betroffenen Unternehmers einer Einzelfallbetrachtung.⁶¹⁵ Der Auftraggeber ist somit aufgrund des Grundsatzes der kontradiktorischen Führung des Verfahrensabschnittes der Angebotsprüfung verpflichtet, dem Bieter durch die Erstattung von Sachvorbringen die Entkräftung etwaiger Ausschlussgründe zu ermöglichen.⁶¹⁶ Der betroffene Bieter bzw. Bewerber erhält somit vor dem beabsichtigten Ausschluss Gelegenheit zur Stellungnahme.⁶¹⁷ Der Zweck dieses Systems ist, dass ein Wirtschaftsteilnehmer, bei dem die Auskunft gemäß § 28 b AuslBG rechtskräftige Bestrafungen ausweist und dieser Unternehmer daher eine wesentliche Verletzung des AuslBG zu vertreten hat, nicht automatisch vom weiteren Verfahren um die Vergabe der ausgeschriebenen Leistung ausgeschlossen werden kann bzw. darf.⁶¹⁸ Wie oben bereits dargelegt, stellt der Ausweis einer wesentlichen Verletzung des AuslBG lediglich ein Indiz für die Unzuverlässigkeit des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers dar.⁶¹⁹ Die diesbezügliche

⁶¹¹ *Gölles*, Auftragssperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [3]

⁶¹² Vgl. hierzu etwa *Höfler/Bayer*, *Praxishandbuch Bauvergaberecht*² (2003) [Rz 386]

⁶¹³ Siehe nunmehr § 73 Abs. 1 bis 3 BVergG 2006, idF. BGBl. I 86/2007

⁶¹⁴ *Elsner*, *Vergaberecht* (1999) [Rz A 55]; vgl. auch IA 1103/A XX. GP [18f]

⁶¹⁵ BVA 24.06.2004, 17N-48/04-24; *Sachs/Hahnl*, *BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht* (2005) [Rz 10.30.]

⁶¹⁶ EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 *Fratelli Costanzo SPA*; OLG Celle 14.3.2000, 13 Verg 2/00

⁶¹⁷ *Höfler/Bayer*, *Praxishandbuch Bauvergaberecht*² (2003) [Rz 384] zur vergleichbaren Rechtslage bei der beabsichtigten Verhängung einer „Auftragssperre“

⁶¹⁸ *Hahnl*, *Bundesvergabegesetz 2002* (2002) [K.3. zu § 55]

⁶¹⁹ *Schwartz*, *Bundesvergabegesetz* (2003) [Rz 5 zu § 55]

Nachweispflicht trifft die vergebende Stelle.⁶²⁰ Er kann durch organisatorische oder personelle Maßnahmen glaubhaft machen, dass er trotz der „positiven Auskunft“ berufliche zuverlässig ist.⁶²¹ So sprach das BVA am 24.6.2004 im Zusammenhang mit der Vergabe an ein vermeintlich beruflich zuverlässiges Bauunternehmen, das bereits mehrfach wegen illegaler Beschäftigung von ausländischen Arbeitskräften rechtskräftig bestraft wurde, aus, dass ein Auftraggeber der gesetzlich gebotenen Vorgangsweise entspricht, wenn er zunächst eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz gemäß § 28 b AuslBG einholt und dann diesen Unternehmer, trotz des Aufscheinens von mehreren Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG, nicht automatisch vom weiteren Vergabeverfahren ausschließt bzw. dessen Angebot ausscheidet.⁶²² *„Der Vermerk auf dieser Auskunft, dass der Unternehmer nicht zuverlässig ist, ist für die Auftraggeberin nicht bindend. Sie hat auf Grundlage der Auskunft eine eigenständige Wertung vorzunehmen. Wäre ihr diese verwehrt, wäre § 55 Abs. 2 bis 5 BVergG [2002] seines Anwendungsbereiches beraubt.“*⁶²³

Wie oben ausführlich dargelegt, hat der VfGH mit Erkenntnis vom 24. Juni 1998, G 462/97, ausgesprochen, dass die Wortfolge „im Falle des § 9 Abs. 1 VStG ein zur Vertretung eines Unternehmens des Antragstellers nach außen berufenes Organ“ verfassungswidrig war. In der Begründung des Erkenntnisses führte der Verfassungsgerichtshof im Wesentlichen aus, dass § 28 b AuslBG in Verbindung mit § 10 Abs. 3 und § 39 des BVergG 1993 in dessen Stammfassung bei zweimaliger Bestrafung nach dem AuslBG quasi automatisch die vergaberechtliche Zuverlässigkeit ausschließe und die Versagung einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 28 b AuslBG zwingend zum Ausscheiden des Bieters im Verfahren der Zuschlagserteilung führe. Der Verfassungsgerichtshof hielt es für unsachlich, Bestrafungen nach dem AuslBG zwingend mit der vergaberechtlichen Konsequenz zu verknüpfen, ohne dass dem betroffenen Unternehmer die Möglichkeit eingeräumt wird, darzutun, weshalb er trotz vorliegender Bestrafung nicht als unzuverlässig anzusehen ist.⁶²⁴ Somit soll alleine mit der nachweislichen Feststellung der Verfehlung bzw. mit dem Vorhandensein von rechtskräftigen Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG die Zuverlässigkeit eines Unternehmers nicht absolut negiert sein. Dem Wirtschaftsteilnehmer wird durch die nunmehrige Regelung des § 73 BVergG 2006, idF. BGBl. I 17/2006, somit die Möglichkeit eingeräumt, sich durch ein entsprechendes Vorbringen vor den Vergabestellen

⁶²⁰ Gölles, Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen, ZVB 2003/16 [2]

⁶²¹ Heid/Hauk/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) [158]

⁶²² BVA 24.06.2004, 17N-48/04-24

⁶²³ Sachs/Hahnl, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2005) [Rz 10.30.]

⁶²⁴ RV 1171 BlgNR XXII. GP [64]

rechtfertigen zu können und insbesondere damit auch seine Zuverlässigkeit glaubhaft zu machen.⁶²⁵ Dies alles dient vor allem dem Interesse der Sachlichkeit und ermöglicht dem Auftraggeber ein differenziertes und einzelfallbezogenes Vorgehen.⁶²⁶

Konkret bestimmte § 73 Abs. 2 BVergG 2006, idF. BGBl. I 17/2006, dass bei einem Bieter, für den die Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz rechtskräftige Bestrafungen gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 AulBG ausweist, die geforderte Zuverlässigkeit nicht gegeben ist⁶²⁷, es sei denn, er macht glaubhaft⁶²⁸, dass er trotz Vorliegens solcher rechtskräftiger Bestrafungen nach § 28 Abs. 1 Z 1 AuslBG nicht unzuverlässig ist.⁶²⁹ In der genannten Bestimmung wird somit die widerlegbare Vermutung⁶³⁰ aufgestellt, dass - für den Fall, dass die Auskunft gemäß § 28b Abs. 1 AuslBG rechtskräftige Bestrafungen aufweist⁶³¹ - die Zuverlässigkeit des Bieters nicht gegeben ist.⁶³² Dieser hat jedoch, im Sinne des genannten Erkenntnisses des Verfassungsgerichtshofes⁶³³, die Möglichkeit, der vergebenden Stelle darzulegen, dass seine Zuverlässigkeit dennoch gegeben ist, da er Maßnahmen gesetzt hat, die eine nochmalige Bestrafung nach dem AuslBG verhindern sollen.⁶³⁴ Dem Wirtschaftsteilnehmer obliegt somit im Falle der gesetzlichen Vermutung der Unzuverlässigkeit der Gegenbeweis, wobei dessen Beweispflicht dabei insoweit erleichtert ist, als § 73 Abs. 2 bzw. 3 BVergG 2006 von einer bloßen Glaubhaftmachung spricht. Diese Glaubhaftmachung erfolgt dabei meines Erachtens jedoch nicht im alleinigen Interesse des Bieters bzw. Bewerbers, ist der Auftraggeber wohl gleichsam daran interessiert, zwischen den Angeboten möglichst vieler geeigneter Unternehmer wählen zu können und fördert diese Bestimmung daher jedenfalls den Wettbewerb zwischen den einzelnen Wirtschaftsteilnehmern.⁶³⁵ Werden jedoch keine entsprechend geeigneten Maßnahmen durch den jeweiligen Bieter bzw. Bewerber glaubhaft gemacht, so ist seine Unzuverlässigkeit vom Auftraggeber zu vermuten und es handelt sich hinsichtlich dieser Glaubhaftmachung somit um eine „Bringschuld“ von Seiten des Unternehmers, jedoch mit der Einschränkung, dass der Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer im Falle einer „positiven Auskunft“ die Möglichkeit

⁶²⁵ Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 42 zu § 51]

⁶²⁶ Höfler/Bayer, *Praxishandbuch Bauvergaberecht*² (2003) [Rz 422]

⁶²⁷ BVA 24.06.2004, 17N-48/04-24

⁶²⁸ Hahnl, *Bundesvergabegesetz 2002* (2002) [K.4. zu § 55]

⁶²⁹ Vgl. nunmehr § 73 Abs. 1 BVergG 2006, idF. BGBl. I 86/2007

⁶³⁰ Siehe auch Hahnl, *Bundesvergabegesetz 2002* (2002) [§ 55]; Schwartz, *Bundesvergabegesetz* (2003) [Rz 5 zu § 55]

⁶³¹ Gruber-Hirschbrich, *Vergaberecht* (2006) [41]

⁶³² Kropik, *Das Vergaberecht in Österreich*⁴ (2007) [55]

⁶³³ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁶³⁴ RV 1087 BlgNR XXI. GP [33]

⁶³⁵ aA. Heid/Hauk/Preslmayr, *Handbuch des Vergaberechts* (2002) [158]

zur Stellungnahme einzuräumen hat.⁶³⁶ Im umgekehrten Fall, wenn keine solchen rechtskräftigen Bestrafungen des AuslBG vorhanden sind, die eingeholte Auskunft somit negativ ist, wäre der jeweilige Unternehmer eigentlich als „besonders beruflich zuverlässig“ anzusehen.

Daher sollte die jeweilige Vergabestelle in jedem Fall das Vorliegen der diesbezüglichen Zuverlässigkeit näher untersuchen und dem betroffenen Wirtschaftsteilnehmer gegebenenfalls auch die Möglichkeit zur Stellungnahme einräumen.⁶³⁷ Diese Überlegung gewinnt vor allem durch die Novelle zum BVergG 2006, BGBl. I 86/2007, an Bedeutung, unterlässt die diesbezügliche gesetzliche Regelung ja im Gegensatz zu den Vorgängerbestimmungen eine nähere Differenzierung zwischen der „allgemeinen“ und der „besonderen beruflichen Zuverlässigkeit“. So bestimmt nunmehr § 72 Abs. 1 BVergG 2006, idF. BGBl. I 86/2007, dass der Auftraggeber zum Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit, neben den von den Unternehmern zu verlangenden Nachweisen, überdies auch eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28 b AuslBG, einzuholen hat. In weiterer Folge hat dann die Vergabestelle der Beurteilung der Zuverlässigkeit des Unternehmers, insbesondere die gemäß § 72 Abs. 2 BVergG 2006, idF. BGBl. 86/2007, verlangten Nachweise sowie eben auch die eingeholte Auskunft, zugrunde zu legen.⁶³⁸ Stellt der Auftraggeber dann etwa aufgrund der genannten Bescheinigungen eine Verfehlung iS. des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 (schwere berufliche Verfehlung) nachweislich fest oder erlangt der Auftraggeber auf andere Weise von einer solchen Verfehlung nachweislich Kenntnis, so ist bei diesem Unternehmer die geforderte Zuverlässigkeit nicht gegeben, es sei denn, er macht glaubhaft, dass er trotz dieses Umstandes zuverlässig ist. Somit wird die ehemals gesondert normierte „besondere berufliche Zuverlässigkeit“ mit dem Ausschlussstatbestand der schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit vermengt. Die „besondere berufliche Zuverlässigkeit“ ist somit ein möglicher Anwendungsfall des § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006.

Ein ähnliches Verfahren zur Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit trotz der Einleitung oder Abweisung eines Insolvenzverfahrens findet sich im Regelungsbereich des BVergG 2006 nicht. Die Materialien zum BVergG 2006 weisen sogar explizit darauf hin, dass das System der Rechtfertigung nicht auch für insolvenzverfangene Bieter bzw. Bewerber zur Anwendung

⁶³⁶ Vgl. etwa *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [158]

⁶³⁷ B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9

⁶³⁸ § 73 Abs. 1 BVergG 2006, idF. BGBl. I 86/2007

gelangt.⁶³⁹ Dies widerspricht meiner Ansicht nach jedoch klar den verfassungsgesetzlichen Vorgaben. Erst durch die Einführung eines kontradiktorischen Verfahrens, bei dem der Wirtschaftsteilnehmer seine konkrete finanzielle Lage darstellen kann, würde den Erfordernissen, die der VfGH in seinem Erkenntnis vom 24. Juni 1998, G 462/97, konkretisiert hat, entsprochen werden. Den Bietern bzw. Bewerbern muss daher zwingend die Möglichkeit eingeräumt werden, glaubhaft machen zu können, dass der Fortbestand ihrer wirtschaftlichen Existenz trotz eines eingeleiteten Insolvenzverfahrens gewährleistet ist. Dabei wäre etwa an eine durch den jeweiligen Insolvenzverwalter ausgestellte „Bietererklärung“ entsprechend Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG) zu denken, die über die finanzielle Lage sowie die dem Unternehmer zur Durchführung des konkreten Auftrages zur Verfügung stehenden Möglichkeiten Aufschluss gibt. Erst nach der Einholung einer solchen Erklärung kann der Auftraggeber von einem vollständig ermittelten Sachverhalt ausgehen, der die Vergabestelle in die Lage versetzt, eine sachliche Entscheidung zu treffen. Die bloße Eröffnung eines Insolvenzverfahrens führt nämlich noch nicht zum Erlöschen der Rechtspersönlichkeit des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers. Bis zur Löschung der Gesellschaft im Firmenbuch und dem Vorliegen der Vermögenslosigkeit ist vom Weiterbestand der Gesellschaft auszugehen,⁶⁴⁰ die daher auch ein berechtigtes Interesse an der Einhaltung eines kontradiktorischen Verfahrens zur Glaubhaftmachung der Zuverlässigkeit hat.

7. Die deutsche Rechtslage zum Ausschluss eines insolventen Unternehmers

§ 8 Nr. 5 Abs. 1 VOB/A bestimmt in Übereinstimmung mit der entsprechenden Richtlinienbestimmung, dass von der Teilnahme am Wettbewerb jene Unternehmer ausgeschlossen werden dürfen, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde. Im Gegensatz zum BVergG 2006 ordnet die deutsche vergaberechtliche Bestimmung somit keine absolute Ausschlussverpflichtung des Auftraggebers an. Die VK Nordbayern hat zu der meines Erachtens nicht im Wesentlichen mit der österreichischen Rechtslage vergleichbaren Regelung⁶⁴¹ entschieden, dass der jeweiligen Vergabestelle ein Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung zukommt, ob ein Bieter trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes noch die erforderliche Eignung

⁶³⁹ RV 127 BlgNR XXIII. GP [9]

⁶⁴⁰ VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234

⁶⁴¹ aA. Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 15 zu § 51]

aufweist, oder aber vom Wettbewerb um die Vergabe der Leistung auszuschließen ist.⁶⁴² So auch *Höfler/Ruppmann*, die davon ausgehen, dass die Beurteilung der Frage, ob und gegebenenfalls auf welche Weise Zweifel an der Eignung der Bieter bzw. Bewerber ausgeräumt werden können, eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers darstellt, die der Nachprüfung nur in sehr engen Grenzen, etwa bei Verfahrens- oder Ermessensfehlern, unterliegt.⁶⁴³ In dem konkreten Vergabeverfahren beteiligte sich eine Bietergemeinschaft, bestehend aus den Wirtschaftsteilnehmern Y und A, an der Vergabe von Leistungen bezüglich Bodensanierungsmaßnahmen. Gleichzeitig mit der Abgabe eines entsprechenden Angebotes - ein Präqualifikationsverfahren war vorgelagert - informierte die Bietergemeinschaft den zuständigen Auftraggeber über die Insolvenz eines der Mitglieder der Bietergemeinschaft. Das Unternehmen A befand sich nicht in wirtschaftlichen Schwierigkeiten.

Gemäß § 25 Nr. 1 Abs. 2 VOB/A können Angebote von Bietern nach § 8 Nr. 5 ausgeschlossen werden, wenn sie die in der zweitgenannten Bestimmung angeführten Voraussetzungen, erfüllen. Nach dem Wortlaut des § 8 Nr. 5 Abs. 1 a) VOB/A dürfen Unternehmer von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzlich geregeltes Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt worden ist oder der Antrag mangels Masse abgelehnt wurde. Die Vorschrift eröffnet einer Vergabestelle somit ein Entscheidungsermessen. Sie zwingt den Auftraggeber daher nicht, Angebote von jenen Unternehmen auszuschließen, die zumindest einen der Tatbestände des § 8 Nr. 5 leg. cit. erfüllen. Der Auftraggeber muss jedoch im Rahmen seines, ihm durch die VOB/A eingeräumten Ermessens, diskriminierungsfrei und daher auch sachlich entscheiden.⁶⁴⁴ Nach der Rechtsauffassung der VK Nordbayern⁶⁴⁵ verfügt ein Auftraggeber auf der Tatbestandseite über einen Beurteilungsspielraum bei der Einschätzung, ob ein Bieter bzw. Bewerber trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes noch die erforderliche Eignung aufweist oder ob dieser Unternehmer vom Wettbewerb um die zu vergebende Leistung auszuschließen ist. Die Entscheidung über den Ausschluss auf der Rechtsfolgenseite ist eine Ermessensentscheidung. Dieses vom Auftraggeber auszuübende Ermessen muss jeweils für den konkreten Vergabeanlass und für das konkrete Unternehmen abgewogen werden und kann sich im

⁶⁴² VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03

⁶⁴³ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 403]

⁶⁴⁴ *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 418]

⁶⁴⁵ VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03

Einzelfall auch auf null reduzieren, mit der Folge, dass auch nach der deutschen Rechtslage eine Ausscheidenspflicht besteht.

Als Ermessensschränke kommt dabei vor allem der Grundsatz der Vergabe an geeignete Unternehmer⁶⁴⁶ und wohl auch das allgemein anerkannte Verhältnismäßigkeitsprinzip in Betracht. Unter dem Gesichtspunkt des Eignungsprinzips maßgeblich ist, ob und in welchem Umfang ein zu beurteilender Sachverhalt geeignet ist, die Leistungsfähigkeit eines Bieters in Frage zu stellen. Nach der genannten Entscheidung der VK Nordbayern wird der auf der Tatbestandsseite eingeräumte Beurteilungsspielraum nur dann überschritten, wenn ein vorgeschriebenes Verfahren nicht eingehalten wird, wenn nicht von einem zutreffenden und vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wird, wenn sachwidrige Erwägungen in die Wertung einbezogen werden oder wenn der sich im Rahmen der Beurteilungsermächtigung haltende Beurteilungsmaßstab nicht zutreffend angewandt wird. Somit unterliegt also die von der Vergabestelle in Anspruch genommene Beurteilungsermächtigung der nachprüfenden Kontrolle der Rechtsmittelinstanzen. Allerdings führte die Vergabekammer auch aus, dass im Rahmen der Ermessensentscheidung über den Ausschluss immer eine Einzelfallbetrachtung zu erfolgen hat und die zuständige Vergabekammer ihre Entscheidung nicht anstatt des Auftraggebers treffen kann und darf. Mit dieser Auffassung korreliert auch die Entscheidung des BVA vom 12.10.1998⁶⁴⁷, wonach es nicht Aufgabe der Vergabekontrollinstanz ist, anstelle des Auftraggebers eine vollständige Angebotsprüfung vorzunehmen. Diese sei nicht die Aufgabe des BVA im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens gemäß dem BVergG. Das BVA sei in diesem Verfahren vielmehr darauf beschränkt, rechtswidrige Entscheidungen der Vergabestelle für nichtig zu erklären.⁶⁴⁸

Wesentlich erscheint dabei auch der Umstand, dass in der Bekanntmachung des genannten Vergabeverfahrens als Mindestbedingung die Erklärung des Bieters gefordert wurde, dass er sich nicht in einem Konkurs- oder Vergleichsverfahren befindet und keine Umstände vorliegen, welche die Zuverlässigkeit der Bieter bzw. Bewerber in Frage stellen könnten. Gemäß § 17 Nr. 1 Abs. 2 s) VOL/A soll die Bekanntmachung jene vorzulegenden Nachweise enthalten, die der Auftraggeber für die Beurteilung der Eignung der Bieter verlangt. Die VK Nordbayern folgerte aus dieser Mindestbedingung, dass es der konkreten Vergabestelle maßgeblich darauf ankam, nicht mit einem insolventen Unternehmen zusammenarbeiten zu

⁶⁴⁶ vgl. § 2 Nr. 1 VOB/A, § 2 Nr. 3 VOL/A; *Casati*, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108 [3]

⁶⁴⁷ BVA 12.10.1998, N-26/98-18

⁶⁴⁸ *Fink/Schiefer* in, *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [380]

müssen, weshalb die Vergabestelle die Mitteilung von der Insolvenz eines Partners der Bietergemeinschaft jederzeit zum Anlass hätte nehmen können, und aus Gründen der Gleichbehandlung im Hinblick auf die anderen Teilnehmer am Wettbewerb auch hätte nehmen müssen, der betroffenen Bietergemeinschaft die Eignung abzusprechen.⁶⁴⁹ Nach der Rechtsauffassung der VK Nordbayern sprach daher im konkreten Vergabeverfahren vieles dafür, dass bereits eine Ermessensreduzierung auf null vorlag. Fraglich erscheint meiner Auffassung nach, ob ein Auftraggeber, der eine solche Mindestbedingung in der Bekanntmachung aufnimmt, bereits von seinem durch die Vergabe- und Vertragsordnung eingeräumten Beurteilungsspielraum Gebrauch gemacht hat, er also bereits vor dem Einlangen der konkreten Angebote entschieden hat, dass sämtliche Unternehmer aufgrund der Einleitung oder Abweisung eines Insolvenzverfahrens nicht geeignet sind, die konkrete Leistung termingerecht und ordnungsgemäß zu erbringen.

Möglich erachte ich diese Vorentscheidung innerhalb der durch den § 8 Nr. 1 Abs. 1 a) VOB/A eingeräumten Beurteilungsermächtigung dann, wenn die konkret zu vergebende Leistung von solcher Komplexität ist bzw. mit solchen Vorinvestitionen verbunden ist, dass sie keinesfalls von einem Unternehmer ausgeführt werden kann, über dessen Vermögen etwa ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde. Freilich ist eine diesbezügliche Grenze sehr schwer zu ziehen, weshalb meiner Einschätzung nach durch eine Aufnahme solcher Mindestbedingungen in die jeweilige Bekanntmachung in den meisten Fällen von der, der Vergabestelle eingeräumten Ermächtigung, noch nicht zwingend Gebrauch gemacht wurde. Stets hat der Auftraggeber anhand der konkret eingelangten Angebote zu prüfen, ob durch das Vorliegen eines Ausschlussgrundes der betroffene Unternehmer, bezogen auf die konkret zu erbringende Leistung, auch tatsächlich nicht zuverlässig bzw. geeignet erscheint. Mangels Kenntnis der jeweiligen Angebote kann freilich eine solche nähere Prüfung der Unternehmer bereits zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der Ausschreibung nicht vorgenommen werden. So hat selbst die VK Nordbayern entschieden⁶⁵⁰, dass unter dem Gesichtspunkt des Prinzips der Vergabe an geeignete Unternehmer maßgeblich sein muss, ob und in welchem Umfang der konkret zu beurteilende Sachverhalt geeignet ist, die Leistungsfähigkeit des Bieters in Frage zu stellen. Weiters wird nach der deutschen Judikatur der Beurteilungsspielraum durch die Vergabestelle eben gerade dann überschritten, wenn nicht von einem zutreffenden und vor allem vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen wird. Zum Zeitpunkt der

⁶⁴⁹ VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03

⁶⁵⁰ VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03

Bekanntmachung verfügt ein Auftraggeber jedoch noch nicht über sämtliche Informationen - vor allem über die potenziellen Auftragnehmer, die ihm eine vollständige Ermittlung des maßgeblichen Sachverhalts ermöglichen würden.

8. Der Einfluss der Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit

Während ein Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich dann als geeignet anzusehen ist, wenn sein Betrieb in technischer, kaufmännischer, personeller und finanzieller Hinsicht so ausgestattet ist, dass er Gewähr für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung innerhalb der hierfür vorgesehen Leistungsfrist bieten kann⁶⁵¹, stellt sich die Frage, wie mit einem Bieter bzw. Bewerber zu verfahren ist, der zwar nicht selbst über die im konkreten Auftrag erforderliche Leistungserbringungskapazität⁶⁵² verfügt, dieses „Shortcoming“ jedoch durch andere Unternehmen substituieren will. Von Interesse erscheint dieses Berufen auf die Kapazitäten anderer Unternehmer gerade auch in Bezug auf die Thematik der Unzuverlässigkeit von Bietern oder Bewerbern, gegen die eines der in der Vergaberichtlinie 2004/18/EWG genannten Insolvenzverfahren eingeleitet wurde.⁶⁵³ Bei der weiteren Betrachtung soll vor allem das Verhältnis der „Insolvenzstatbestände“ zu der grundsätzlichen Substituierbarkeit der finanziellen bzw. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit untersucht werden. Abermals stellt sich dabei die Frage, ob eine unterschiedliche Behandlung von insolvenzverfangenen Unternehmen und solchen, die zwar über dieselben Liquiditätsengpässe verfügen, jedoch rechtswidrig kein Insolvenzverfahren eingeleitet haben, im Lichte des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Rechtsprechung des EuGH, gerechtfertigt ist. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass die Vergaberichtlinien im Wesentlichen zwei Ziele verfolgen: Die Verwirklichung des gemeinsamen Binnenmarktes und damit der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie die Herstellung eines echten Wettbewerbs. Essentiell dabei ist, dass es zu keinerlei Diskriminierung von an einem Vergabeverfahren beteiligten Bietern bzw. Bewerbern kommen darf. So normierte etwa bereits der Art 3 Abs. 2 RL 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge die Verpflichtung der Auftraggeber, für das Unterbleiben jeglicher Diskriminierung der Dienstleistungserbringer Sorge zu tragen. Der Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers alleine aufgrund der Tatsache, dass er die von der Vergabestelle aufgestellten

⁶⁵¹ Heiermann/Riedl/Rusam (Hrsg.), Handkommentar zur VOB¹¹ (2008) [Rn 22 zu § 25 VOB/A]; Heid/Hauk/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) [150]; OLG Karlsruhe ZfBR 2001, 476

⁶⁵² Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 57]

⁶⁵³ Siehe Art 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG

Leistungsmerkmale nicht persönlich erfüllen kann, ist daher stets auch unter dem Aspekt einer solchen verpönten Diskriminierung zu betrachten.⁶⁵⁴ Auch in den Vergaberichtlinien 2004/18/EG bzw. 2004/17/EG dominieren die Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Bietergleichbehandlung⁶⁵⁵. Der Auftraggeber soll darüber hinaus zur Einhaltung dieser Prinzipien gezwungen werden.⁶⁵⁶

8.1 Die Rechtsprechung des EuGH zur Substituierbarkeit der Eignungskriterien

Der EuGH befasste sich - soweit überschaubar - erstmals mit der Frage der Ersetzbarkeit von Eignungskriterien durch andere Unternehmen im Zusammenhang mit einer in den Niederlanden ansässigen Holdinggesellschaft.⁶⁵⁷ Dieser Gesellschaft wurde vom zuständigen Minister die Erneuerung der früher erteilten Zulassung mit der Begründung verweigert, dass sie aufgrund ihrer „Holding-Eigenschaft“ selbst keine Arbeiten ausführen könne und sie deshalb lediglich auf die Leistungsfähigkeit ihrer Tochtergesellschaften - selbstständige juristische Personen - zur Leistungserbringung greifen könne.

Demgegenüber ließ sich jedoch bereits dem Wortlaut der Richtlinie 71/304/EWG entnehmen, dass öffentliche Bauaufträge auch an Begünstigte vergeben werden konnten, die über Agenturen oder Zweigniederlassungen tätig wurden.⁶⁵⁸ Weiters normierte auch der im Abschnitt IV „Gemeinsame Teilnahmebestimmungen“ befindliche Art 21 der Richtlinie 71/305/EWG ausdrücklich, dass auch Bietergemeinschaften Angebote bei einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung einreichen konnten, ohne dass die Vergabestelle vor einer allfälligen Zuschlagserteilung die Annahme einer bestimmten Rechtsform vorschreiben konnte.⁶⁵⁹ Die Richtlinie 92/50/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge normierte im Art 25 sogar ausdrücklich die Möglichkeit, einen Teil des Auftrags im Wege von Unteraufträgen an Dritte weiterzugeben, um deren

⁶⁵⁴ SA des GA Léger 23.09.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

⁶⁵⁵ Der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Unternehmer im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge gehört zu den Grundprinzipien. *Hornbanger*, Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Auftragswesen, *ecolex* 1997, 220 [4]

⁶⁵⁶ *Jurka*, Die europäische Dimension des Vergaberechts, in *Sachs* (Hrsg.), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) [4f]; vgl. auch Art 2 RL 2004/18/EWG und Art 10 RL 2004/17/EWG

⁶⁵⁷ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*

⁶⁵⁸ Siehe Art 1 RL 71/304/EWG

⁶⁵⁹ *Prieß*, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994) [98]

Kapazitäten mitnutzen zu können.⁶⁶⁰ Art 25 leg. cit. gilt seinem Wortlaut nach jedoch nur für die Beurteilungs- und Auswahlphase eines Vergabeverfahrens.⁶⁶¹

Die Möglichkeit der Vergabe von Unteraufträgen dient vor allem auch der Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen. Zwar sind kleine und mittlere Unternehmen (KMU) in der Regel flexibler und ihre Entscheidungswege meist kürzer, doch haben KMU aufgrund ihrer geringen Größe oftmals eine höhere Schwelle für den Eintritt in den Wettbewerb zu überwinden. Um diesen Nachteil so gering wie möglich halten zu können, bedarf es eben der Möglichkeit, Kooperationen mit anderen Unternehmern eingehen zu können. Auf der anderen Seite sind aber gerade auch die Vergabestellen daran interessiert, diese Eintrittsschwelle bzw. wenigstens die aus dieser Hürde resultierenden Nachteile, so gering wie möglich zu halten, um einen Markt mit möglichst vielen Anbietern zu schaffen.⁶⁶²

Darüber hinaus regelten die Art 23 bis 26 RL 71/305/EWG die Frage des Nachweises der Eignung der teilnehmenden Bieter bzw. Bewerber und legten damit zumindest abstrakt auch den Umfang der möglichen Eignungskriterien fest. Eine dieser Bestimmungen, nämlich Art 26 lit e RL 71/305/EWG, normierte wiederum ausdrücklich, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auch durch eine Erklärung erbracht werden kann, in der die Techniker oder die technischen Stellen angegeben sind, über die der jeweilige Unternehmer, unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehören oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird.⁶⁶³ Dies bedingt somit, dass von Seiten der Vergabestellen nicht vorgeschrieben werden darf, dass erforderliche Techniker oder technische Stellen in das anbietende, respektive sich bewerbende Unternehmen integriert sein müssen.⁶⁶⁴ Hinsichtlich der Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit erlaubte Art 25 Abs. 2 leg. cit. den Wirtschaftsteilnehmern, ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch die Vorlage eines von der Vergabestelle für geeignet erachteten Mittels nachzuweisen.⁶⁶⁵ Dadurch sollte dem Auftraggeber auch hinsichtlich der Einschätzung der finanziellen Kapazitäten ein gewisser Beurteilungsspielraum verbleiben, was ihm wiederum

⁶⁶⁰ EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner; Vgl. auch Art 20b der RL 89/440/EWG zur Änderung der RL 71/305/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Art 25 RL 2004/18/EG

⁶⁶¹ SA des GA L. A. Geelhoed 20.11.2003, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁶⁶² *Handler*, Öffentliches Auftragswesen und Wettbewerb im gesamtwirtschaftlichen Zusammenhang, in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [51]

⁶⁶³ *Hoffer/Kranebitter*, Ausschluss von Subvergaben gemeinschaftswidrig, *ecolex* 2001, 578 [2]

⁶⁶⁴ SA des GA Gulmann 24.02.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I

⁶⁶⁵ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA ; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [396]

die Möglichkeit gibt, Nachweise zuzulassen, die von anderen als dem anbietenden Unternehmen stammen, soweit diese die gleichen Sicherheiten bieten.⁶⁶⁶

Aus der Zusammenschau dieser Vorschriften ergibt sich somit, dass für die Eignungsprüfung nicht nur jene Wirtschaftsteilnehmer von Seiten des Auftraggebers in Betracht zu ziehen sind, die die ausgeschriebene Leistung selbst erbringen, sondern auch Unternehmer, die die Arbeiten durch externe Stellen ausführen lassen.⁶⁶⁷ „Sowohl aus dem Zweck als auch aus dem Wortlaut dieser Bestimmungen ergibt sich, dass eine Person nicht alleine deshalb vom Verfahren zur Vergabe einer Leistung ausgeschlossen werden kann, weil sie zur Ausführung des Auftrags Mittel einzusetzen beabsichtigt, die sie nicht selbst besitzt, sondern die einer oder mehreren anderen Einrichtungen gehören.“⁶⁶⁸ Dem Gemeinschaftsgesetzgeber geht es somit primär um die Fähigkeit eines Unternehmers, die ihm aufgrund eines Zuschlags zugesprochenen Arbeiten sach- und fachgerecht ausführen zu können; dies unabhängig von der internen Organisationsstruktur bzw. der dabei beteiligten Partner. Durch die Beseitigung der Hemmnisse, die aufgrund von strikten Rechtsformbeschränkungen entstehen würden, soll die Zahl der Angebote und damit der Wettbewerb unter geeigneten Wirtschaftsteilnehmern forciert werden, ohne dass dabei die Gefahr der minderen Leistungserbringung entstehen würde.⁶⁶⁹ Erfüllt also etwa ein Bieter nicht selbst die für die Zuschlagserteilung erforderlichen Mindestvoraussetzungen, so steht es ihm frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit anderer zu berufen.⁶⁷⁰

Nunmehr sehen die Art 47 Abs. 2 und Art 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG ausdrücklich vor, dass sich ein Unternehmer auf die Kapazitäten eines anderen Wirtschaftsteilnehmers, ungeachtet der rechtlichen Konstruktion dieser Verbindung, berufen kann, wenn er nachweist, dass ihm die erforderlichen Mittel im Auftragsfall auch tatsächlich zur Verfügung stehen.⁶⁷¹ Dies findet gleichermaßen auch auf Gemeinschaften von Wirtschaftsteilnehmern Anwendung, die sich somit einerseits auf die Kapazitäten der Mitglieder und andererseits auf die Mittel von sonstigen Unternehmen berufen können.⁶⁷² Ein Unternehmen hat somit das Recht, sich für die Erfüllung

⁶⁶⁶ SA des GA Léger 23.09.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA ; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [398]

⁶⁶⁷ *Fruhmann*, Die Rechtsprechung des EuGH im Vergabewesen, ÖZW 1998, 33 [4]

⁶⁶⁸ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA

⁶⁶⁹ SA des GA Léger 23.09.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA

⁶⁷⁰ EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁶⁷¹ *Hornbanger*, The Survival of the fittest - oder Wettbewerb unter Freunden, in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [211]

⁶⁷² Art 47 Abs. 3 und Art 48 Abs. 4 RL 2004/18/EG

des von Seiten der Vergabestelle vorgegebenen Eignungsniveaus, auf die Kapazitäten Dritter zu berufen. *„Derjenige, der auf die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Dritter verweist, auf die er zurückgreifen möchte, wenn ihm der Auftrag erteilt wird, kann nämlich nur ausgeschlossen werden, wenn er nicht den Nachweis erbringen kann, dass er tatsächlich über diese Leistungsfähigkeit verfügt.“*⁶⁷³

Der EuGH zog zur Begründung der Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit auch die Definition der „öffentlichen Bauaufträge“ der Richtlinie 89/440/EWG heran. Entsprechend Art 1 lit a RL 89/440/EWG⁶⁷⁴ gelten als „öffentliche Bauaufträge“, die zwischen einem Unternehmer und einem öffentlichen Auftraggeber geschlossenen schriftlichen entgeltlichen Verträge über entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben, oder aber die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen. Die „Erbringung von Bauleistungen durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln“, zielt primär auf die Einbeziehung von Bauträger-, Mietkauf- bzw. Leasingmodellen in das Regime des Vergaberechts ab, da solche Vertragsmodelle oftmals zum Zwecke der Umgehung der formalisierten Verfahrensvorschriften⁶⁷⁵ benutzt werden.⁶⁷⁶

Art 1 lit a RL 89/440/EWG hat somit in erster Linie nicht die vom EuGH angedachte Bedeutung, wonach diese Bestimmung ausdrücklich die Ausführung durch dritte Unternehmen im Falle der Mittellosigkeit des anbietenden Wirtschaftsteilnehmers regle. Doch unabhängig davon, lässt sich dieser Richtlinienbestimmung die prinzipielle Möglichkeit der Teilnahme von Unternehmen an einem Verfahren zur Vergabe einer Bauleistung entnehmen, ohne dass dieses Unternehmen die Leistung auch selbst erbringen kann. Auch der Generalanwalt *Gulmann* kann der genannten Richtlinie einen Anhaltspunkt für die Auslegung dahin entnehmen, dass das Unternehmen, dem der Zuschlag erteilt werden soll, nicht auch unbedingt jenes Unternehmen sein muss, welches die Leistungsfähigkeit für die Erfüllung der konkreten Leistung besitzt.⁶⁷⁷ *„Diese Definition bestätigt, dass eine Person, die nicht die Absicht oder die Mittel hat, die Arbeiten selbst auszuführen, an einem Verfahren zur Vergabe*

⁶⁷³ EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁶⁷⁴ Vgl. nunmehr Art 1 Abs. 2 lit a RL 2004/18/EG

⁶⁷⁵ *Rusam/Weyand* in *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008) [Rz 10 zu § 1a VOB/A]

⁶⁷⁶ Siehe auch AB 1118 BlgNR XXI. GP [12]

⁶⁷⁷ SA des GA *Gulmann* 24.02.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*

von Bauaufträgen teilnehmen kann.“⁶⁷⁸ Der EuGH kam somit schlussendlich zu der richtigen Folge, dass eine Holdinggesellschaft nicht alleine deshalb von der Teilnahme um die Vergabe einer Leistung ausgeschlossen werden darf, weil sie die ausgeschriebenen Leistungen nicht selbst erbringen kann und daher von ihren Tochtergesellschaften, welche mit einer eigenständigen Rechtspersönlichkeit ausgestattet sind, erbringen lässt. Die Vergabestellen sind daher abermals verpflichtet, die Eignung der teilnehmenden Unternehmer nach den in der Richtlinie genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit Einzelfall bezogen zu prüfen und den Bietern bzw. Bewerbern die Möglichkeit einer Stellungnahme im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens einzuräumen.⁶⁷⁹

8.2 Der Zweck der kontradiktorischen Prüfung

Dem Unternehmer muss die Möglichkeit eingeräumt werden, darzutun, dass er für ein konkretes Vergabeverfahren hinreichend geeignet ist⁶⁸⁰ bzw. dass kein gesetzlich normierter Ausschlussgrund vorliegt.⁶⁸¹ Im Rahmen dieser kontradiktorischen Prüfung ist es dem Auftraggeber aufgrund der Vergaberichtlinien weder erlaubt, bestimmte Nachweismittel vorweg auszuschließen, noch zu vermuten, dass das betroffene Unternehmen über die Ressourcen eines anderen Wirtschaftsteilnehmers verfügt, wenn letzterer lediglich zur selben Unternehmensgruppe gehört.⁶⁸² Im Zuge dieses Prüfverfahrens hat das selbst nicht leistungsfähige Unternehmen, welches jedoch die mangelnde Eignung durch den Verweis auf die Kapazitäten anderer Unternehmensträger substituieren möchte, nachzuweisen, dass es, unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehungen zu dieser Gesellschaft, tatsächlich über jene Mittel dieser Gesellschaft verfügen kann⁶⁸³, die zur Erbringung der konkret ausgeschriebenen Leistung erforderlich sind.⁶⁸⁴ Ein solcher Rückgriff auf „externe Nachweise“ kann nämlich nicht absolut und unbedingt zugelassen werden, weil dies den Grundsatz der Vergabe an geeignete Unternehmer⁶⁸⁵ ad absurdum führen würde.⁶⁸⁶

⁶⁷⁸ *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [391]; EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I

⁶⁷⁹ VfGH 24.06.1998, G 462/97; vgl. etwa auch *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]; EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 Fratelli Costanzo SPA

⁶⁸⁰ *Killmann*, Bemerkungen zum verpflichteten Ausschluss aufgrund strafrechtlicher Verurteilung-die österreichische Umsetzung, ZVB 2006, 166 [8]

⁶⁸¹ EuGH 03.03.2005, Rs C-21/03, C-34/03 Fabricom

⁶⁸² *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [396]

⁶⁸³ Vgl. auch *Hoffer/Kranebitter*, Ausschluss von Subvergaben gemeinschaftswidrig, *ecolex* 2001, 578 [3]

⁶⁸⁴ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I

⁶⁸⁵ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [73]

Eine genaue Prüfung bezweckt somit einerseits eine mögliche Diskriminierung eines Bieters bzw. Bewerbers zu verhindern, andererseits soll ein solches Verfahren der Vergabestelle auch die Sicherheit bieten, dass einem Wirtschaftsteilnehmer auch tatsächlich die Mittel insbesondere an Personal, Gerätschaft und finanzieller Art zur Verfügung stehen, auf die er sich bei Abgabe seines Angebotes bzw. bei Stellung eines Teilnahmeantrages berufen hat. Will sich ein Wirtschaftsteilnehmer daher im Wege einer Subvergabe auf die Ressourcen eines Dritten stützen, so hat jener sicherzustellen, dass der öffentliche Auftraggeber die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Subunternehmers auch prüfen kann.⁶⁸⁷ Die Vergaberichtlinien enthalten nämlich keine Vorschriften, entsprechend denen ein Verbot von Subvergaben jedenfalls unzulässig wäre.⁶⁸⁸ Bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit muss insbesondere danach unterschieden werden, ob ein solches Verbot im Zusammenhang mit der Prüfung der Eignung, oder aber im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrages nach bereits erfolgter Zuschlagserteilung normiert wurde.⁶⁸⁹ So bezog sich etwa das Urteil des EuGH vom 2.12.1999 in der Rs C-176/98 *Holst Italia SpA* lediglich auf die Beurteilungs- und Auswahlphase. Die Möglichkeit, ein Verfügen über die Mittel anderer Einrichtungen vorweg beurteilen zu können, soll sicherstellen, dass der Auftrag auch ordnungsgemäß ausgeführt werden wird. Die Vergabestelle enthält dadurch wiederum einen Einblick in die Leistungsfähigkeit des substituierenden Unternehmens, was vor allem der Einzelfallgerechtigkeit dienlich ist. Eine Verfügungsmöglichkeit wäre etwa dann vorhanden, wenn eine Konzerngesellschaft einen beherrschenden Einfluss auf die, die Leistungsfähigkeit ersetzenden Gesellschaften in der Form von Bestell- oder Abberufungsrechten hinsichtlich der Leitungsorgane ausüben könnte. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Begriff des „beherrschendes Einflusses“ jeweils einzelfallbezogen und unter Beachtung der konkreten rechtlichen Konstruktion zu prüfen wäre.⁶⁹⁰

Die Vergabestellen müssen daher einem Bieter bzw. Bewerber die Möglichkeit einräumen, darzutun, dass er über die für die Erbringung der konkreten Leistung erforderlichen Kapazitäten verfügt, indem er nachweist, dass ihm die entsprechenden Mittel an Personal, Kapital und Gerätschaft auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Dabei ist der Auftraggeber

⁶⁸⁶ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

⁶⁸⁷ EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner*

⁶⁸⁸ *Hornbanger*, *The Survival of the fittest - oder Wettbewerb unter Freunden*, in *Sachs* (Hrsg.), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) [212]

⁶⁸⁹ SA des GA L. A. Geelhoed 20.11.2003, Rs C-314/01 *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner*

⁶⁹⁰ SA des GA Gulmann 24.02.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*

selbstverständlich nicht bloß „ermächtigt“, die Kapazitäten der ergänzenden Unternehmer mitzubersichtigen, sondern ergibt sich aus den Vergaberichtlinien die eindeutige Verpflichtung⁶⁹¹, auch Nachweise dieser Gesellschaften zur Beurteilung der Eignung des anbietenden Unternehmers heranzuziehen.⁶⁹² Diese Verpflichtung erklärt sich unter anderem auch aus den, vom EuGH in seinem Urteil vom 14.4.1994, Rs C-389/92 aufgestellten Voraussetzungen, wonach ein Bieter bzw. Bewerber ohnehin die Nachweispflicht trifft, dass er über die zur Ausführung erforderlichen Mittel tatsächlich verfügt.⁶⁹³ Bei einer allfälligen Substitution ist jedenfalls zu beachten, dass der Wirtschaftsteilnehmer eine für den Auftraggeber zufriedenstellende Ausführung der jeweiligen Leistung gewährleisten kann und der Vergabestelle daher kein untragbares Risiko hinsichtlich einer möglichen Liquidation oder nicht fachgerechten Leistung erwachsen kann. Dies gerade im Hinblick darauf, dass die Vergabestelle unter Umständen dadurch benachteiligt werden könnte, dass sie etwa bei einem Einsatz von Subunternehmern von jenen Wirtschaftstreibern, die die Arbeiten tatsächlich ausführen werden, mangels direkten Vertragsverhältnisses nicht - rechtlich durchsetzbar - die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistung wird verlangen können.

Generalanwalt *La Pergola* hält es diesbezüglich sogar für erforderlich, dass die von einer Holdinggesellschaft eingegangenen Verpflichtungen zur Ausführung eines bestimmten Auftrags, gleichzeitig auch für sämtliche Konzerngesellschaften, wobei wohl nur jene gemeint sein können, auf die zum Nachweis der Eignung verwiesen wurde, rechtlich verbindlich sind.⁶⁹⁴ Diese Auffassung lässt sich meines Erachtens jedoch schwerlich mit den Bestimmungen der Vergaberichtlinie 2004/18/EG hinsichtlich etwaiger Unteraufträge in Einklang bringen. So bestimmt etwa Art 25 Abs. 2 RL 2004/18/EG lediglich, dass die Haftung des hauptverantwortlichen Wirtschaftsteilnehmers von einer Subvergabe bzw. deren Bekanntgabe unberührt bleibt. Ein direkter Zugriff auf das substituierende Unternehmen sollte dadurch jedoch nicht normiert werden. Hinsichtlich der finanziellen bzw. wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit lässt sich demgegenüber jedenfalls ein solch direktes Haftungsverhältnis, möglicherweise auch ein direktes Leistungsverhältnis, aufgrund der mit der Substituierung der finanziellen Ressourcen verbundenen Problematik⁶⁹⁵ durchaus begründen. So ist etwa den Erwägungen der RL 2004/18/EG zu entnehmen, dass, wenn sich ein Wirtschaftsteilnehmer

⁶⁹¹ *Fruhmann*, Die Rechtsprechung des EuGH im Vergabewesen, ÖZW 1998, 33 [4]

⁶⁹² EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [392]

⁶⁹³ SA des GA *La Pergola* 23.10.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*

⁶⁹⁴ SA des GA *La Pergola* 23.10.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; *Sturm/Fink*, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [394]

⁶⁹⁵ RV 1171 BlgNR XXII. GP [66]

auf die Finanzkraft eines anderen Unternehmers stützt, die Vergabestelle insbesondere die Übernahme einer gesamtschuldnerischen Verpflichtung durch das zuletzt genannte Unternehmen vorschreiben kann.⁶⁹⁶ Auch den Ausführungen des Generalanwaltes *Léger* vom 23.9.1999 lässt sich das Bestreben nach größtmöglicher Sicherheit für die Vergabestelle entnehmen.⁶⁹⁷ So verlangt er für eine erfolgreiche Substituierung von Eignungsmerkmalen, dass der Auftraggeber aufgrund einer genauen Prüfung zu der Auffassung gelangt ist, dass die von den unterstützenden Unternehmen versprochenen technischen und wirtschaftlichen Kapazitäten auch tatsächlich zur erfolgreichen Vertragserfüllung beitragen werden.

Jedenfalls kann das den Bietern bzw. Bewerbern durch den EuGH eingeräumte Recht, Subunternehmer mit der Ausführung von Leistungsteilen zu beauftragen, nicht automatisch bedeuten, dass der Auftraggeber durch den Verweis auf dritte Unternehmen schlechter gestellt werden darf.⁶⁹⁸ Wesentlich erscheint dabei auch das für die Eignungsergänzung gewählte rechtliche Konstrukt. Dieses muss einerseits rechtlich zulässig sein und andererseits auch den Eintritt der versprochenen Wirkungen - die Erweiterung der technischen und finanziellen Mittel - gewährleisten können. Jedenfalls müssen aber rechtlich durchsetzbare Mittel vorhanden sein, welche dem an einem Verfahren zur Vergabe einer bestimmten Leistung teilnehmenden Unternehmen den Anspruch auf zur Verfügungstellung der zum Zwecke des Nachweises der Eignung beigebrachten Kapazitäten einräumen und er daher zu Recht gegenüber der Vergabestelle behaupten kann, über diese Mittel auch tatsächlich zu verfügen.⁶⁹⁹

Nichts Gegensätzliches lässt sich auch den Ausführungen des GA *Gulmann* vom 24.2.1994 entnehmen, wonach eine beherrschende juristische Person innerhalb eines Konzerns unter keinen Umständen die Aufnahme in eine offizielle Liste zugelassener Unternehmer erlangen kann, wenn sich diese Muttergesellschaft zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten einer ihrer Tochtergesellschaften beruft und diese einen der in Art 23 RL 71/305/EWG abschließend genannten Tatbestände erfüllt.⁷⁰⁰ Diese Aussage betraf nämlich lediglich die Frage der Auswirkungen der Unzuverlässigkeit eines die Leistungsfähigkeit der Konzerngesellschaft ergänzenden Unternehmens. Wird nämlich etwa ein

⁶⁹⁶ Siehe Erwägungsgrund 45 der RL 2004/18/EG

⁶⁹⁷ SA des GA *Léger* 23.09.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

⁶⁹⁸ *Hornbanger*, *The Survival of the fittest - oder Wettbewerb unter Freunden*, in *Sachs* (Hrsg.), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) [211]

⁶⁹⁹ SA des GA *Léger* 23.09.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

⁷⁰⁰ SA des GA *Gulmann* 24.02.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I; Sturm/Fink*, *Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht* (2003) [391]

Wirtschaftsteilnehmer zum Zwecke des Nachweises einer sonst nicht gegebenen Leistungsfähigkeit gegenüber der Vergabestelle namhaft gemacht, so ist die positiv vorhandene Eignung dieses Unternehmers, soweit dies zur Erbringung der konkreten Leistung erforderlich ist, nämlich insoweit „notwendig“, als der Nachweis der Substitution der Leistungsfähigkeit bei Fehlen einer der Eignungskriterien als nicht erbracht anzusehen ist.⁷⁰¹ Verweist etwa eine Holdinggesellschaft, die selbst keine Arbeiten ausführt, auf die zur Leistungserbringung erforderlichen Kapazitäten ihrer Tochtergesellschaft, so ist jene Gesellschaft, wenn die Nachweise dieses ergänzenden Unternehmens nicht den in der Richtlinie genannten Voraussetzungen entsprechen, aufgrund dieses „erfolgslosen“ Substituierungsversuches von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.⁷⁰² Das anbietende bzw. sich bewerbende Unternehmen trifft daher die Verpflichtung, auch die Eignung der „notwendigen“ und die Leistungsfähigkeit ergänzenden Gesellschaften gegenüber der Vergabestelle nachzuweisen. Die Materialien zum BVergG 2006 sprechen diesbezüglich auch von „erforderlichen“ Subunternehmern.⁷⁰³

8.3 Die Substituierung der Eignung von insolventen Unternehmen

Eine Aussage hinsichtlich der Möglichkeit der Substituierung der Zuverlässigkeit bei Vorliegen der Insolvenzausschlusstatbestände bzw. ein diesbezügliches Substituierungsverbot, lässt sich den Ausführungen des Generalanwaltes *Gulmann* jedoch ausdrücklich nicht entnehmen. In Anbetracht der Richtlinienbestimmungen sowie der hierzu ergangenen Judikatur des EuGH ist daher davon auszugehen, dass die Substituierung der mangelhaften Eignung aufgrund der Einleitung oder Abweisung eines Insolvenzverfahrens gemeinschaftsrechtlich nicht ausgeschlossen und, aufgrund der engen Verzahnung des Insolvenzausschlusstatbestandes mit der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, sogar geboten ist. Ein Unternehmer kann nämlich nicht alleine deshalb von der Vergabe einer Leistung ausgeschlossen werden, weil er über die für die Leistungserbringung notwendigen Ressourcen nicht selbst verfügt, sondern sie durch dritte Unternehmer bereitstellt.⁷⁰⁴

⁷⁰¹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 15 zu § 55]

⁷⁰² EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; *Gölles*, Praxisleitfaden [162]

⁷⁰³ RV 1171 BlgNR XXII. GP [71]

⁷⁰⁴ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

8.4 Die Substituierung von Eignungskriterien im nationalen Recht

8.4.1 Der Verweis auf die Kapazitäten anderer Unternehmer

Wird über das Vermögen eines Wirtschaftsteilnehmers ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen, so bedingt dies gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 den Wegfall der beruflichen Zuverlässigkeit sowie die Verneinung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit.⁷⁰⁵ Ein betroffenes Unternehmen würde somit nicht mehr als geeignet im Sinne von § 19 Abs. 1 iVm. § 70 Abs. 1 BVergG 2006 gelten und könnte daher nicht an einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung teilnehmen. Würde ein solcher ungeeigneter Unternehmer trotz dieser Unzulänglichkeit einen Teilnahmeantrag stellen bzw. ein auf die Erlangung des Auftrages gerichtetes Angebot legen, so wäre er entsprechend § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auszuschließen bzw. wäre sein Angebot nach § 129 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 auszuschneiden.⁷⁰⁶

Um einem Unternehmer, der nicht selbst über die erforderlichen Kapazitäten an Personal, Gerätschaft sowie Finanzmittel verfügt, die Möglichkeit der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung dennoch zu erhalten, wurde aufgrund der gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben⁷⁰⁷ und der einschlägigen Judikatur des EuGH⁷⁰⁸ im § 76 Abs. 1 BVergG 2006 normiert, dass sich ein Wirtschaftsteilnehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen, stützen kann.⁷⁰⁹ In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.⁷¹⁰ Entsprechend Abs. 2 leg. cit. können sich unter den gleichen

⁷⁰⁵ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 51]

⁷⁰⁶ Auf die meines Erachtens unzureichende Möglichkeit der Vergabe von Aufträgen im Verhandlungsverfahren gemäß den §§ 29 Abs. 2 Z 7 und 38 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 an insolvenzverfangene Unternehmen, wurde in dieser Arbeit bereits hingewiesen.

⁷⁰⁷ Siehe Art. 47 Abs. 2 und 3, 48 Abs. 3 und 4 der RL 2004/18/EG

⁷⁰⁸ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II; EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁷⁰⁹ Vgl. auch RV 1171 BlgNR XXII. GP [60]

⁷¹⁰ Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003) [396]

Voraussetzungen auch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmer stützen.

Diese Bestimmung berücksichtigt dabei insbesondere auch die Interessen der KMU, denen ansonsten aufgrund des oftmals hohen Auftragsvolumens in Verbindung mit dem daraus resultierenden Eignungsniveaus, lukrative Aufträge verwehrt wären. So kann durch die Bildung einer Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft die technische bzw. wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit gestärkt werden.⁷¹¹ Etwa ergänzen sich diese Unternehmen hinsichtlich der Ausstattung an Personal und Gerätschaft oder sie können durch ihr gemeinsames Wirken mehr Referenzprojekte vorweisen.⁷¹² Auch hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wirkt sich die Bildung einer Bewerber- oder Bietergemeinschaft positiv auf die Bonität oder die Umsatzzahlen der jeweiligen Unternehmen aus.⁷¹³

8.4.2 Grundsätze der Substituierbarkeit von Eignungskriterien

Für die Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit kommen neben Bieter- bzw. Bewerbergemeinschaften vor allem auch die Ressourcen von sog. „verbundenen Unternehmen“⁷¹⁴, Gesellschaftern und gegebenenfalls auch von Subunternehmen in Betracht. Die erforderlichen Nachweise hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind daher von der Bewerber- bzw. Bietergemeinschaft insgesamt zu erfüllen.⁷¹⁵

Doch selbst die Substituierung der Eignung bzw. die Ergänzung der Nachweismittel im Rahmen eines Konzernverbundes, muss eine tatsächliche Verfügbarkeit über die Mittel finanzieller oder technischer Natur für den Bewerber bzw. Bieter gewährleisten.⁷¹⁶ Entsprechend der deutschen Vergaberechtsjudikatur ist eine Berücksichtigung finanzieller, materieller und personeller Ressourcen anderer Unternehmer eines Konzernverbundes oder einer Firmengruppe zumindest dann unbedenklich, soweit die Firmen dieses Verbundes bzw.

⁷¹¹ Gölles, Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen, ZVB 2003, 42

⁷¹² Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 24 zu § 57]

⁷¹³ Gölles, ZVB 2002, 246; Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 13 zu § 56]

⁷¹⁴ Vgl. diesbezüglich § 2 Z 39 BVergG 2006

⁷¹⁵ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 13 zu § 57]

⁷¹⁶ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II

der Gruppe als wirtschaftliche Einheit betrachtet werden können.⁷¹⁷ Die konkrete rechtliche Ausgestaltung der Vertrags- oder Beherrschungsbeziehung ist dabei grundsätzlich dem Bieter bzw. Bewerber und dem die Leistungsfähigkeit ergänzenden Unternehmer überlassen. Wesentlich ist jedoch, dass der anbietende respektive sich bewerbende Wirtschaftsteilnehmer im Auftragsfall tatsächlich über die Kapazitäten verfügen kann⁷¹⁸, er also einen rechtlich durchsetzbaren Anspruch auf Gewährung der Ressourcen im Falle der Zuschlagserteilung hat. Als Nachweismittel hinsichtlich der tatsächlichen Verfügbarkeit kommen etwa ein verbindliches Subangebot, ein verbindlicher Rahmenvertrag, ein Optionsrecht, ein Vertrag mit einem Subunternehmer sowie eine entsprechende Verpflichtungserklärung zur Leistungserbringung in Betracht.⁷¹⁹ Die diesbezügliche Nachweispflicht trifft dabei den Bieter bzw. Bewerber.

8.4.3 Die die Eignung des Bieters bzw. Bewerbers ergänzenden Unternehmer

Für die Substituierung der Eignungskriterien der an einem Vergabeverfahren partizipierenden Wirtschaftsteilnehmer kommen somit sämtliche Unternehmen - unabhängig des rechtlichen Charakters der bestehenden Verkettung - in Betracht. Wesentliches Kriterium für ein erfolgreiches Ersetzen von Eignungselementen ist daher alleine die tatsächliche Verfügungsmöglichkeit des Bieters bzw. Bewerbers über die zum Zwecke der Teilnahme an einem Vergabeverfahren bzw. zur späteren Auftragsabwicklung zur Verfügung gestellten Ressourcen.⁷²⁰ Dennoch lassen sich zwischen diesen verschiedenen Unternehmern und den daraus resultierenden Konstruktionen zur Substituierung der Eignung wesentliche Unterschiede erkennen, die sich vor allem auf den Anspruch des Auftraggebers auf Erfüllung der vertraglich übernommenen Verpflichtung auswirken können.

8.4.4 Bieter- und Arbeitsgemeinschaften

Wie bereits dem Abs. 2 des § 76 BVergG 2006 entnommen werden kann, können sich insbesondere auch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften auf die Kapazitäten ihrer Mitglieder berufen. Die maßgebliche Vergaberichtlinie 2004/18/EG enthält selbst keine eigene

⁷¹⁷ VK Niedersachsen 26.04.2004, 203-VgK-10/2004; VK Niedersachsen 29.04.2004, 203-VgK-11/2004; VK Niedersachsen 14.05.2004, 203-VgK-13/2004

⁷¹⁸ BVA 06.11.1998, F-2/97-26

⁷¹⁹ Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 37 zu § 57]

⁷²⁰ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

Definition einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft und spricht ohnehin meist von Gruppen⁷²¹ von natürlichen und juristischen Personen sowie öffentlichen Einrichtungen, die sie je nach Art der ausgeübten bzw. angebotenen Tätigkeit in Unternehmer, Lieferanten und Dienstleistungserbringer unterteilen. Als weitere begriffliche Vereinfachung werden diese zusammenfassend als Wirtschaftsteilnehmer und in Abhängigkeit von einer Angebotslegung bzw. Stellung eines Teilnahmeantrages, als Bieter bzw. Bewerber bezeichnet.⁷²² Entsprechend den gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben ist eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft somit kein eigenes rechtliches Gebilde, sondern eine Art ad-hoc Verbindung rechtlich selbstständiger Unternehmer.⁷²³ Eine Arbeitsgemeinschaft ist entsprechend der nationalen gesetzlichen Definition ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der getroffenen Regelungen im Innenverhältnis, dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten.⁷²⁴ Arbeitsgemeinschaften sind bloße Gelegenheitsgesellschaften⁷²⁵, deren Vertragsgegenstand nicht auf den Betrieb eines bestimmten Geschäftszweiges, sondern eines bestimmten Geschäftes gerichtet ist.⁷²⁶ Das den Vertragsgegenstand bildende Geschäft ist zunächst die Abgabe eines entsprechenden Angebotes sowie, im Falle der Zuschlagserteilung, die vertragsgemäße Ausführung der übernommenen Verpflichtungen. Die Arbeitsgemeinschaft stellt als Zusammenschluss mehrerer Unternehmer eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesBR) gemäß den §§ 1175ff ABGB dar.⁷²⁷

Eine Bietergemeinschaft ist wiederum der Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes⁷²⁸, der ab Einreichung eines entsprechenden Angebotes als Bieter im Sinn des § 2 Z 13 BVergG 2006 anzusehen ist.⁷²⁹ Die Bietergemeinschaft ist im Wesentlichen die Vorstufe zu der Bildung einer Arbeitsgemeinschaft. Erhält die Bietergemeinschaft den Zuschlag für ein konkretes Projekt,

⁷²¹ Vgl. auch die englischen bzw. französischen Begriffe „group of service providers“, „group of suppliers“, „group of contractors“ bzw. „groupement d’opérateurs économique“, welche das englische bzw. französische Äquivalent zur Bietergemeinschaft darstellen.

⁷²² Art 1 Abs. 8 RL 2004/18/EG

⁷²³ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [5]

⁷²⁴ § 2 Z 7 BVergG 2006; *Thomas Gruber*, Neuerungen bei ARGE und BIEGE, in Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP IV (2007) [9]

⁷²⁵ *Grillberger in Rummel*, ABGB³ (2002) [Rz 4 zu § 1175 ABGB]

⁷²⁶ RV 1171 BlgNR XXII. GP [12]; AB 1118 BlgNR XXI. GP [23]

⁷²⁷ VwGH 22.03.2000, 2000/04/0029

⁷²⁸ § 2 Z 14 BVergG 2006

⁷²⁹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [24]; *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [3]

so wird sie kraft Gesetzes quasi in eine Arbeitsgemeinschaft umgewandelt. Ist die Bietergemeinschaft im Vergabeverfahren jedoch nicht erfolgreich, so wird sie wegen der Nichterreichung des vereinbarten Zweckes aufgelöst.⁷³⁰ Für die Frage der Erfüllung der Eignungskriterien gelten für Arbeits- und Bietergemeinschaften somit die gleichen Grundsätze.⁷³¹ Genau wie die Arbeitsgemeinschaft ist auch eine Bietergemeinschaft als GesBR entsprechend den §§ 1175ff ABGB anzusehen.⁷³² Die Auflösung einer GesBR tritt eo ipso ein, wenn „das unternommene Geschäft“ vollendet und der begrenzte Gesellschaftszweck somit erreicht oder aber das unternommene Geschäft nicht mehr fortzuführen, die Zweckerreichung daher unmöglich geworden ist.⁷³³

8.4.5 Die Klassifizierung der Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern

Aus der im nationalen Recht vorgesehenen Klassifizierung in Bieter- und Arbeitsgemeinschaften ist ersichtlich, dass der Gesetzgeber eine vergabespezifische Differenzierung dieser Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern anordnen wollte.⁷³⁴ Der wesentliche Unterschied zwischen einer Arbeits- und einer Bietergemeinschaft ist die Frage des Zeitpunktes des Eintritts der solidarischen Haftung⁷³⁵ sowie die Möglichkeit zur Auftragsausführung. Die Bietergemeinschaft an sich hat keinen dauernden Bestand. Sie geht aufgrund ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung im Falle der Auftragserteilung in eine Arbeitsgemeinschaft über, weshalb eine Bietergemeinschaft auch keinen Auftrag ausführen kann. Mit der Legung eines gemeinsamen Angebotes verliert die Bietergemeinschaft eigentlich ihren Zweck bzw. dauert dieser bis zur Beendigung des Vergabeverfahrens weiter an. Die solidarische Haftung einer Bietergemeinschaft entsteht wiederum erst mit der Auftragserteilung. Vor diesem Zeitpunkt besteht sohin keine solidarische Haftung.⁷³⁶ Der Arbeits- und Bietergemeinschaft gemein ist der Umstand, dass sie im Falle der Zuschlagserteilung dem Auftraggeber die Leistungserbringung solidarisch schulden. So schuldet die Bietergemeinschaft entsprechend § 20 Abs. 2 BVergG 2006 im Auftragsfall dem Auftraggeber als Arbeitsgemeinschaft die solidarische Leistungserbringung. Die solidarische

⁷³⁰ *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 20 Z 11]; siehe insbesondere auch § 1205 ABGB

⁷³¹ VfGH 21.06.2004, B 531/02

⁷³² *Thomas Gruber*, Neuerungen bei ARGE und BIEGE, in *Schramm/Aicher (Hrsg.)*, Vergaberecht und PPP IV (2007) [9]

⁷³³ *Grillberger in Rummel*, ABGB³ (2002) [Rz 2ff zu § 1205]

⁷³⁴ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [5]

⁷³⁵ *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 3 zu § 20 Z 3]

⁷³⁶ *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 7 zu § 20 Z 11]

Haftung der Arbeitsgemeinschaft würde sich meines Erachtens bereits aus der zum § 1203 ABGB ergangenen höchstgerichtlichen Judikatur ableiten lassen⁷³⁷; ob sich dieser Grundsatz jedoch auch auf die Bietergemeinschaft übertragen lässt, ist fraglich. Würden nämlich Mitglieder einer Bietergemeinschaft schon aufgrund der Legung eines Angebotes solidarisch haften, wäre die gesetzlich vorgesehene Erklärung, im Auftragsfall eine Arbeitsgemeinschaft mit Solidarhaftung einzugehen, eigentlich überflüssig.⁷³⁸ Im Zweifel darf dem Gesetzgeber nicht unterstellt werden, dass er eine sinnwidrige Regelung normiert hat.⁷³⁹ Der unterschiedliche Zeitpunkt der Entstehung der solidarischen Haftung der Mitglieder einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft dürfte meiner Einschätzung nach jedoch insoweit eher von theoretischem Interesse sein, als eine Leistungsverpflichtung - für die dann solidarisch gehaftet wird - ohnehin erst mit dem Zustandekommen des zivilrechtlichen Vertrages entsteht. Jedoch könnte die mangelnde Solidarhaftung einer Bietergemeinschaft für, aus der Verletzung vorvertraglicher Schutz- und Sorgfaltspflichten resultierende, Ersatzansprüche des Auftraggebers von Bedeutung sein.⁷⁴⁰

8.4.6 Die erforderliche Eignung der Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern

Aus den obigen Ausführungen lässt sich entnehmen, dass der Auftraggeber nach Eintritt in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis jedenfalls einen direkten Leistungsanspruch gegen sämtliche, die Gemeinschaft bildende Unternehmer hat. Der Auftraggeber kann von einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft auch verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies zur ordnungsgemäßen Vertragsabwicklung erforderlich ist. Das Zustandekommen des Vertragsverhältnisses hängt dabei insbesondere davon ab, ob der Zuschlag noch während der Zuschlagsfrist erteilt wird.⁷⁴¹ In diesem Fall entsteht die vertragliche Verpflichtung durch das Auftragschreiben, den Bestellschein oder den Schlussbrief des Auftraggebers. Wird die Zuschlagsfrist überschritten, so entsteht das Vertragsverhältnis erst mit der schriftlichen Erklärung des Bieters, dass er den Auftrag annimmt.⁷⁴² Die solidarische Leistungsverpflichtung bedingt wiederum, dass der Auftraggeber sowohl alternativ, als auch kumulativ auf die Ressourcen wirtschaftlicher und

⁷³⁷ Siehe insbesondere OGH 07.02.1989, 4 Ob 513/89; OGH 13.05.1993, 2 Ob 608/92

⁷³⁸ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [5]

⁷³⁹ Siehe auch *Walter/Mayer*, Bundesverfassungsrecht⁹ (2000) [Rz 122ff]

⁷⁴⁰ Grundsätzlich wäre auch eine solidarische Haftung einer Arbeitsgemeinschaft für die Zahlung der entstandenen Pauschalgebühr sowie für Schäden aus der rechtsmissbräuchlichen Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens denkbar.

⁷⁴¹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [59]

⁷⁴² Siehe §§ 133 und 134 BVergG 2006

finanzieller bzw. technischer Natur der einzelnen Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft greifen kann und daher die vertragsgemäße Auftragsabwicklung aus der Sicht des Auftraggebers bestmöglich abgesichert ist.⁷⁴³ Bei einer solidarischen Haftung verpflichten sich mehrere Personen gemeinschaftlich zur Erbringung einer Leistung.⁷⁴⁴

Diese rechtliche Konstruktion ermöglicht es dem Auftraggeber, entweder einzelne oder auch alle Gesellschafter einer Arbeitsgemeinschaft bis zur vollständigen Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen in Anspruch zu nehmen. Sollten etwa die Kapazitäten eines ARGE-Partners nicht zur vollkommenen Befriedigung ausreichen, so kann der Auftraggeber auf die übrigen greifen. Nach vollständiger Erfüllung der Vertragspflichten durch einen Unternehmer der Arbeitsgemeinschaft, werden gemäß § 893 ABGB, auch die übrigen Mitglieder von ihren Verpflichtungen befreit.⁷⁴⁵ Vorauszuschicken ist, dass die Frage der Ergänzung von Eignungsmerkmalen durch Mitglieder einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern aufgrund der Tatsache, dass Bietergemeinschaften im Falle der Zuschlagserteilung automatisch als Arbeitsgemeinschaft gelten und sie daher ebenfalls die für die Arbeitsgemeinschaft kennzeichnende Verpflichtung der solidarischen Leistungserbringung trifft, für Bieter- und Arbeitsgemeinschaften gleich zu beantworten ist.⁷⁴⁶

8.4.6.1 Leistungsfähigkeit

Die für den konkreten Auftrag erforderlichen Nachweismittel für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die dahinter stehenden Kapazitäten, sind von der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft insgesamt, und nicht jeweils gesondert und in vollem Umfang von den einzelnen Partnern, zu erfüllen.⁷⁴⁷ Durch den Zusammenschluss zu einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft und der damit verbundenen Erhöhung der Bonität⁷⁴⁸, kommt es grundsätzlich auch zu einer Erhöhung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.⁷⁴⁹ Dieser Grundsatz lässt sich auch auf das Kriterium der technischen

⁷⁴³ VfGH B 531/02-8, RdW 2004, 475

⁷⁴⁴ Grillberger in Rummel, ABGB³ (2002) [Rz 6 zu § 1203 ABGB]

⁷⁴⁵ Koziol/Welser, Bürgerliches Recht¹² (2002) [130f]; OGH 30.04.1958 1 Ob 185/58, JBl 1958, 548

⁷⁴⁶ Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [6]; VfGH 21.06.2004, B 531/02

⁷⁴⁷ Siehe auch § 76 Abs. 1 BVergG 2006, wonach sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindung stützen kann. BVA 23.06.2003, 06N-41/03-15

⁷⁴⁸ Gölles/Holoubek, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [11]

⁷⁴⁹ Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 13 zu § 56]

Leistungsfähigkeit übertragen, da sich durch die Bildung einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft regelmäßig auch die Kapazitäten bezüglich entsprechend ausgebildeter Arbeitskräfte, Referenzen sowie technischer Gerätschaft summieren werden.⁷⁵⁰ So hat etwa auch das BVA entschieden⁷⁵¹, dass die Rechtsprechung des EuGH⁷⁵² zur Frage des Nachweises der Leistungsfähigkeit durch andere Unternehmer, aufgrund der solidarischen Leistungsverpflichtung im Auftragsfall umso mehr für die in einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft auftretenden Wirtschaftsteilnehmer gelten muss. Werden daher bei einer Bietergemeinschaft nicht die Referenzen in ihrer Gesamtheit berücksichtigt, so widerspricht dies dem vergaberechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter.⁷⁵³

8.4.6.2 Befugnis

Ähnlich verhält es sich auch beim Nachweis der Befugnis einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft. Unter „Befugnis“ sind sowohl allgemeine, als auch spezielle Genehmigungen oder Berechtigungen zu verstehen.⁷⁵⁴ Dabei kommen insbesondere Nachweise über Berechtigungen nach der Gewerbeordnung bzw. des Ziviltechnikergesetzes in Betracht. § 9 GewO 1994, regelt unter welchen Voraussetzungen auch juristische Personen bzw. Personengesellschaften des Handelsrechts ein Gewerbe ausüben können, sohin selbst Träger einer Gewerbeberechtigung sein können. Entsprechend § 9 Abs. 1 leg. cit. können juristische Personen und eingetragene Personengesellschaften (offene Gesellschaften und Kommanditgesellschaften) Gewerbe ausüben, müssen jedoch einen Geschäftsführer⁷⁵⁵ bestellt haben. Unter Gewerbeberechtigung ist dabei die Fähigkeit zu verstehen, Träger gewerblicher Rechte und Pflichten sein zu können.⁷⁵⁶

GesBR und damit auch Bieter- und Arbeitsgemeinschaften⁷⁵⁷, sind keine juristischen Personen bzw. Personengesellschaften des Handelsrechts im Sinne des § 9 Abs. 1 GewO

⁷⁵⁰ *Gölles*, ZVB 2002, 246; *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [246]

⁷⁵¹ BVA 23.06.2003, 06N-41/03-15

⁷⁵² EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner*

⁷⁵³ Vgl. § 19 Abs. 1 BVergG 2006; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 25 zu § 57]

⁷⁵⁴ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]

⁷⁵⁵ § 39 GewO 1994

⁷⁵⁶ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [2]

⁷⁵⁷ VwGH 22.03.2000, 2000/04/0029

1994. Sie können daher auch nicht Träger einer Gewerbeberechtigung sein.⁷⁵⁸ Mangels eigener Rechtspersönlichkeit kann daher eine GesBR auch nicht Träger von gewerberechtiglichen Rechten und Pflichten sein. Als Träger einer Gewerbeberechtigung kommen daher nur die, die Gemeinschaft bildenden Unternehmer in Betracht. Die entsprechenden Regierungsvorlagen normieren diesbezüglich, dass für in Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften zusammengeschlossene Unternehmer, die Eignung hinsichtlich des Gesamtauftrages erforderlich ist.⁷⁵⁹ Diese Formulierung lässt jedenfalls vermuten, dass die für den gesamten Auftrag erforderliche (Gesamt-)Befugnis von den Mitgliedern einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft für einen konkreten Auftrag nachgewiesen werden muss.⁷⁶⁰

Der VwGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass dann, wenn ein Gewerbe ausgeübt wird, jeder Gesellschafter einer Arbeitsgemeinschaft einer eigenen Gewerbeberechtigung bedarf.⁷⁶¹ Dies würde bei ausgeschriebenen Bauaufträgen etwa bedeuten, dass bei einer Arbeitsgemeinschaft, die die Bauarbeiten gemeinsam ausführen möchte, jedes Mitglied der Gemeinschaft eine eigene, zur Ausführung des Auftrages legitimierende, Gewerbeberechtigung vorweisen können müsste. Bei einer gemeinsamen Tätigkeit von unter dem „Dach“ der GesBR zusammengefassten selbstständigen Unternehmern, benötigt somit jeder der Gesellschafter eine eigene gewerberechtliche Berechtigung, dies unabhängig davon, wer nunmehr die konkreten Tätigkeiten erbringen soll. Es würde auch nicht genügen, dass jeder Gesellschafter einer GesBR nur eine Berechtigung für jene Arbeiten besitzt (so etwa bei fachübergreifenden Leistungen), die diese Person konkret ausüben soll.⁷⁶² Treten jedoch Personen nicht unter einem gemeinsamen „Dach“ auf, üben sie daher jeweils getrennte Gewerbe aus, so müssen diese Personen immer nur über die für die konkrete Leistungsausführung erforderlichen Berechtigungen verfügen.⁷⁶³ Entscheidend ist somit im Regelungsbereich der GewO 1994 die „gemeinsame Tätigkeit“ der etwa in einer Arbeitsgemeinschaft zusammengefassten Unternehmer.⁷⁶⁴

⁷⁵⁸ *Kinscher/Paliego-Barfuß*, GewO⁷ (2008) [Anm 5 zu § 9]

⁷⁵⁹ RV 1087 BlgNR XXI. GP [29]

⁷⁶⁰ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 9 zu § 53]

⁷⁶¹ VwGH 22.11.1994, 93/04/0107; VwGH 20.01.1989, 88/04/0107

⁷⁶² VwGH 11.04.1980, 2161/78; VwGH 20.01.1989, 88/04/0107; VwGH 22.11.1988, 88/04/0102; *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [2]

⁷⁶³ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [3]

⁷⁶⁴ VwGH 11.04.1980, 2161/78; VwGH 20.01.1989, 88/04/0107

Entsprechend diesen Überlegungen hatte auch das BVA in seiner Entscheidung vom 28.1.2002 ausgesprochen, dass jedes Mitglied einer Bietergemeinschaft über alle Befugnisse verfügen muss, die zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen erforderlich sind.⁷⁶⁵ Konkret forderte der Auftraggeber, dass alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft über eine „Baumeisterkonzession“ verfügen, obwohl auch Entsorgungsleistungen sowohl wertmäßig als auch von der Art der Tätigkeit her für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistung von wesentlicher Bedeutung waren. Durch diese Auffassung des BVA würde sich jedoch der gewerberechtlich und auch kartellrechtlich zulässige Anwendungsbereich von Bietergemeinschaften erheblich verkleinern.⁷⁶⁶

Der Entscheidung des BVA kann jedoch mit den Ausführungen von *Casati* und *Holoubek* entgegengehalten werden, dass schon der Wortlaut der Vergaberichtlinie bzw. des BVergG 2006 dagegen spricht, dass jedes Mitglied einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft über alle Befugnisse verfügen muss.⁷⁶⁷ Die Bietergemeinschaft ist ex lege ein Zusammenschluss von Unternehmern, der nach Einreichung eines Angebotes die Begriffsdefinition des „Bieters“ erfüllt.⁷⁶⁸ Die vergaberechtlichen Bestimmungen hinsichtlich der für den konkreten Auftrag erforderlichen Eignung, knüpfen wiederum an den Begriff des „Unternehmers“ an. Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen und/oder Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.⁷⁶⁹ Sowohl das BVergG 2006 als auch die diesbezüglichen gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben verlangen somit ausdrücklich das Vorliegen der Eignung der Unternehmer. Entsprechend § 19 Abs. 1 BVergG 2006 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Da sowohl die Bieter- als auch die Arbeitsgemeinschaft den Unternehmerbegriff erfüllt, muss die Eignung daher nicht gesondert bei den jeweiligen Gesellschaftern sondern bei der

⁷⁶⁵ BVA 28.01.2002, N-127/01-29; so auch BVA 07.11.2002, 13N-50/02-13 und *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [246]; Dazu im krassen Widerspruch stehen die Ausführungen des BVA vom 24.10.1997, N-20/07-12, wonach die Auffassung, sämtlich Mitglieder einer Bietergemeinschaft müssen alle erforderlichen Berechtigungen vorweisen können, lebensfremd sei.

⁷⁶⁶ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [1]

⁷⁶⁷ *Öhler*, Der Nachweis der Gewerbeberechtigung bei der Bietergemeinschaft, RdW 2004/432

⁷⁶⁸ Vgl. § 2 Z 13 und 14 BVergG 2006: Bieter ist ein Unternehmer oder ein Zusammenschluss von Unternehmern, der ein Angebot eingereicht hat.

⁷⁶⁹ § 2 Z 36 BVergG 2006; Art 1 Abs. 8 RL 2004/18/EG

Gemeinschaft in ihrer Gesamtheit vorliegen.⁷⁷⁰ Von den Mitgliedern einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft darf vom Auftraggeber daher bloß der Nachweis der Befugnis zur Erbringung jener Leistungen gefordert werden, die das jeweilige Mitglied selbst erbringen wird.⁷⁷¹ Eine darüber hinausgehende Befugnis des einzelnen Gesellschafters darf hingegen nicht gefordert werden, sind die in der Vergaberichtlinie genannten möglichen Nachweismittel - mit Ausnahme der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit - ja abschließend aufgezählt.⁷⁷²

Selbst § 2 Z 7 BVergG 2006 geht davon aus, dass sich auch mehrere Unternehmer verschiedener Fachrichtungen zusammenschließen und sich gegenüber dem Auftraggeber zur solidarischen Leistungserbringung verpflichten können.⁷⁷³ Würde man dem BVergG 2006 daher unterstellen wollen, dass bei fachübergreifenden Leistungen jedes Mitglied einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft über sämtliche Befugnisse der zu erbringenden Leistung verfügen muss, so wäre der Anwendungsbereich einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern auf die Ergänzung der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Ressourcen beschränkt. Ein Zusammenschluss mehrerer Bieter verschiedener Fachrichtungen, wie dies der oben erwähnte § 2 Z 7 BVergG 2006 jedoch ausdrücklich normiert, wäre hingegen nicht denkbar. Hinzu kommt, dass die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften die Angebotslegung durch mehrere kleinere Unternehmer bzw. Unternehmer verschiedener Fachrichtungen fördern soll, um einen Ausgleich zur Gesamtvergabe zu gewährleisten.⁷⁷⁴

Auch die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Substituierbarkeit von wirtschaftlichen bzw. technischen Ressourcen, tendiert zur Möglichkeit des Verweises auf die restlichen Mitglieder der Gemeinschaft zum Nachweis der Befugnis. Nach der herrschenden Judikatur des EuGH können Bieter und Bewerber zum Nachweis ihrer wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Ressourcen auf andere Einrichtungen verweisen, welcher Rechtsnatur die

⁷⁷⁰ Vgl. auch die Ausführungen in *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [4]

⁷⁷¹ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [3]

⁷⁷² *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [115]; *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [147]; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 52]; EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien

⁷⁷³ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [6]

⁷⁷⁴ Siehe auch Mitteilung der Kommission „Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union“, KOM (98) 143, 21ff

Verbindung zu diesen Einrichtungen auch sein möge, sofern die tatsächliche Verfügbarkeit über die Kapazitäten im Auftragsfall gewährleistet ist.⁷⁷⁵

Insbesondere den genannten Bestimmungen im BVergG 2006 lässt sich daher entnehmen, dass das Vergaberecht und § 9 GewO 1994 unterschiedliche Zielsetzungen verfolgen.⁷⁷⁶ § 20 Abs. 2 BVergG 2006 hat primär die projektbezogene Leistungserbringung vor Augen, während § 9 GewO 1994 die Gewerbeberechtigung schlechthin regelt.⁷⁷⁷ Während also die gewerblichen Bestimmungen die Erbringung von Leistungen im allgemeinen Wirtschaftsverkehr vor Augen haben, normiert das BVergG 2006 die konkreten berufsrechtlichen Anforderungen für ein spezielles Vergabeverfahren. Das Vergaberecht bezweckt nicht, den Zugang und die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit in Österreich zu regeln, sondern die Sicherung des Grundsatzes der Vergabe an ausschließlich geeignete Unternehmer.⁷⁷⁸ Der Zweck einer Arbeitsgemeinschaft kann somit unterschiedlicher Natur sein. Der Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zu einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft für ein konkretes Vergabeverfahren unterscheidet sich daher von der Bildung einer GesBR, bei der mehrere Unternehmer gemeinsam unter dem „Dach“ einer Arbeitsgemeinschaft regelmäßig gewerbliche Tätigkeiten ausüben.⁷⁷⁹

Auch der VfGH vertritt die Ansicht, dass bei einer regelmäßigen gewerblichen Tätigkeit einer GesBR jeder Gesellschafter - unabhängig davon, wer im Rahmen dieser Gesellschaft die Leistung tatsächlich erbringt - über eine eigene Gewerbeberechtigung verfügen muss. Dass aber sämtliche Mitglieder einer GesBR, die sich alleine zu dem Zweck der Durchführung eines konkreten, einmaligen Projektes bildet, alle insgesamt erforderlichen Gewerbeberechtigungen aufweisen müssen, lässt sich aus der Gewerbeordnung nicht ableiten.⁷⁸⁰ Der VfGH differenziert weiters danach, ob der Leistungsgegenstand homogen und nicht nach einzelnen Spartenleistungen zu trennen ist, oder eine Gesamtleistung ausgeschrieben ist, die unterschiedliche Befugnisse in unterschiedlichen Fachrichtungen erfordert. Nur im erstgenannten Fall müssen sämtliche Mitglieder einer Bieter- bzw.

⁷⁷⁵ EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II; EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁷⁷⁶ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 53]

⁷⁷⁷ *Öhler*, Der Nachweis der Gewerbeberechtigung bei der Bietergemeinschaft, RdW 2004/432

⁷⁷⁸ *Hattenberger*, Neuregelung der Anerkennung von Berufsqualifikationen, ZVB 2009/26 [105]

⁷⁷⁹ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [10]

⁷⁸⁰ VfGH 21.06.2004, B 531/02

Arbeitsgemeinschaft die konkret erforderliche Befugnis vorweisen, während im zweitgenannten Fall, die Gesellschafter nur die, für den ihnen konkret zufallenden Leistungsteil erforderlichen Berechtigungen nachweisen müssen.⁷⁸¹

Nunmehr hat der österreichische Gesetzgeber der oben wiedergegebenen Argumentation insoweit entsprochen⁷⁸², als er im § 70 Abs. 5 BVergG 2006 angeordnet hat, dass dann, wenn der Leistungsgegenstand ausschließlich Leistungen, für die dieselbe Befugnis erforderlich ist, umfasst, alle Mitglieder einer Bietergemeinschaft die entsprechenden Berechtigungen nachzuweisen haben.⁷⁸³ Im Falle der Ausschreibung einer Gesamtleistung, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, hat jedes Mitglied einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern die Berechtigung für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.⁷⁸⁴ Werden daher Leistungen verschiedener Fachrichtungen ausgeschrieben, so können etwa die gewerberechtlichen Befugnisse der einzelnen Bieter bzw. Bewerber addiert⁷⁸⁵ werden und sind die diesbezüglich vorgelegten Nachweismittel von der Vergabestelle in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen.

Die Möglichkeit der Addition der einzelnen Berechtigungen negiert meines Erachtens auch nicht den Sinn der solidarischen Leistungsverpflichtungen der einzelnen Gesellschafter einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft. Zweck des § 20 Abs. 2 BVergG 2006 ist vor allem, die Erfüllung der ausgeschriebenen und vergebenen Leistung dem Auftraggeber gegenüber bestmöglich abzusichern. Während ein Auftraggeber bei einer Gesamtvergabe einen direkten Leistungsanspruch auf Erfüllung der gesamten Leistung gegenüber einem einzelnen Auftragnehmer hat, so wäre er - ohne der gesetzlich normierten Solidarleistungspflicht - bei Bietergemeinschaften möglicherweise, je nach übernommener Leistungsverpflichtung, an die einzelnen Mitglieder der Gemeinschaft verwiesen.⁷⁸⁶ Neben dem damit verbundenen erhöhten Koordinierungsaufwand, wäre die vertragsgemäße Auftragserfüllung vor allem dann gefährdet, wenn einer der Mitglieder der Bietergemeinschaft, aus welchen Gründen auch immer, seinen Leistungsteil nicht erbringen kann bzw. will. Aufgrund der alleinigen Verantwortung dieses Unternehmers für seinen „eigenen“ Leistungsabschnitt, würde die

⁷⁸¹ Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 14 zu § 53]

⁷⁸² *Thomas Gruber*, Neuerungen bei ARGE und BIEGE, in *Schramm/Aicher* (Hrsg.), Vergaberecht und PPP IV (2007) [9ff]

⁷⁸³ RV 1171 BlgNR XXII. GP [41]

⁷⁸⁴ Siehe auch *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [26]

⁷⁸⁵ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [6]

⁷⁸⁶ *Gamerith in Rummel*, ABGB³ (2002) [Rz 1 zu § 891 ABGB]

Beschaffung eines entsprechenden Ersatz-Wirtschaftsteilnehmers im Verantwortungsbereich des Auftraggebers verbleiben. Ein attraktiver Ausgleich zur Gesamtvergabe wäre - aus der Sicht des Leistungsbeschaffers - keinesfalls gegeben.⁷⁸⁷

Eine solidarische Leistungsverpflichtung bedeutet jedoch nicht, dass sämtliche Mitglieder der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft auch die gesamte ausgeschriebene Leistung persönlich erbringen müssen. Die Zielsetzung des § 20 Abs. 2 BVergG 2006 geht vielmehr dahin, dass das Risiko des Ausfalls eines Mitgliedes einer GesBR von den übrigen Gesellschaftern der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft aufgefangen werden soll.⁷⁸⁸ In diesem Fall kann nämlich der Auftraggeber alternativ oder kumulativ auf die restlichen Unternehmer bis zur vollständigen Befriedigung greifen und so die Erfüllung der Gesamtleistung bestmöglich durchsetzen. Er kann daher von allen, einigen oder auch einem einzigen Solidarschuldner das Ganze oder Anteile davon begehren. Eine bloß aliquote Inanspruchnahme bedeutet dabei nicht, dass der Gläubiger auf das Übrige verzichtet hat.⁷⁸⁹ Doch selbst im Falle der Inanspruchnahme eines Mitglieds der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft durch den Auftraggeber, bedeutet dies nicht, dass dieser Unternehmer nunmehr die gesamte Leistung selbst erbringen muss, sondern lediglich, dass er dafür Sorge tragen muss, dass die Leistung auch tatsächlich - von welchem Unternehmen auch immer - erbracht wird.⁷⁹⁰ Für die Annahme einer höchst persönlichen Leistungsverpflichtung der Solidarschuldner bleibt meines Erachtens kein Raum und ist daher eine Befugnis für die gesamte ausgeschriebene Leistung auch nicht erforderlich.

Im Bereich der Bauaufträge entsteht zwischen dem Auftraggeber und dem ausgewählten Auftragnehmer meist ein Werkvertrag gemäß den §§ 1165ff ABGB. Auch der Werkunternehmer ist grundsätzlich verpflichtet, die vertragliche Leistung persönlich oder unter seiner Verantwortung herzustellen bzw. herstellen zu lassen,⁷⁹¹ eine höchst persönliche Leistungspflicht besteht somit grundsätzlich nicht. Die Wahl obliegt dabei, mangels vertraglicher Vereinbarung, dem Unternehmer selbst. Nur dann, wenn sich der Unternehmer vertraglich zur persönlichen Ausführung verpflichtet hat, darf er die vereinbarte Leistung nicht weiterdelegieren. Eine Verpflichtung zur persönlichen Erfüllung der übernommenen

⁷⁸⁷ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [3]

⁷⁸⁸ Vgl. auch *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [7]

⁷⁸⁹ OGH 03.10.1968 1 Ob 218/68, SZ 41/123

⁷⁹⁰ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [7]

⁷⁹¹ Vgl. § 1165 ABGB; OGH 04.12.1997, 2 Ob 291/97 a

Verpflichtungen kann sich jedoch auch aus den Umständen des konkreten Falles ergeben, etwa wenn es auf die persönlichen Eigenschaften des Unternehmers ankommt, die Werkerstellung somit zu einer höchst persönlichen Schuld wird.⁷⁹² Eine Delegation von Hilfsdiensten an Gehilfen ist jedoch auch bei einer persönlichen Ausführung des Werkes möglich.

Weiters ist zu bedenken, dass die von der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zu erbringenden Leistungen grundsätzlich als vertretbare Handlungen im Sinne von § 353 EO einzustufen sind. Welche Handlung konkret zu erbringen ist, lässt sich dabei aus dem Titel der geschuldeten Leistung entnehmen.⁷⁹³ Vertretbare Handlungen sind positive Handlungen, die nicht in einer Geldzahlung oder in der Herausgabe von Sachen an den betreibenden Gläubiger bestehen und die ohne Beeinträchtigung ihres wirtschaftlichen Wertes von einem geeigneten⁷⁹⁴ Dritten ausgeführt werden können.⁷⁹⁵ Die beschriebenen Handlungen können bei Weigerung des primär Verpflichteten dadurch erzwungen werden, dass das für die Exekutionsbewilligung zuständige Gericht den betreibenden Gläubiger ermächtigt, die Handlung auf Kosten des Verpflichteten vornehmen zu lassen.⁷⁹⁶ Zwar obliegt die Auswahl, welcher Unternehmer die Ersatzvornahme durchzuführen hat, grundsätzlich dem Gericht⁷⁹⁷, doch zeigt sich in der Praxis, dass sich die Exekutionsrichter dabei weitgehend von den Vorschlägen der betreibenden Gläubiger leiten lassen.⁷⁹⁸ Diese verfügen zum Antragszeitpunkt ohnehin meist bereits über entsprechende Kostenvoranschläge von solchen Unternehmen, die sich bereit erklärt haben, den betriebenen Anspruch zu erfüllen. Theoretisch wäre es sogar denkbar, dass das Gericht den betreibenden Gläubiger selbst zur Ersatzvornahme ermächtigt.⁷⁹⁹ Der betreibende Gläubiger hat sodann mit dem Dritten die Ersatzvornahme selbst vertraglich zu vereinbaren. Ein direktes Vertragsverhältnis gegen den primär Verpflichteten und dem Dritten, der nunmehr die Leistung erbringen soll, besteht daher nicht.⁸⁰⁰ Regelmäßig beantragt der betreibende Gläubiger zugleich, dem primär Verpflichteten die Vorauszahlung der Kosten aufzutragen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden. Der diesem Antrag stattgebende Beschluss des

⁷⁹² Siehe etwa § 1171 ABGB

⁷⁹³ OGH in JBI 1954, 620

⁷⁹⁴ *Klicka* in *Angst*, Exekutionsordnung² (2008) [Rz 1]

⁷⁹⁵ OGH 09.07.1986 3 Ob 1513/86, JBI 1986, 257

⁷⁹⁶ *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht⁴ (2005) [Rz 437]

⁷⁹⁷ OGH 09.07.1986 3 Ob 1513/86, JBI 1986, 257

⁷⁹⁸ So auch *Klicka*, in *Angst*, Exekutionsordnung² (2008) [Rz 11]

⁷⁹⁹ OGH 12.12.1984 3 Ob 131/84, JBI 1995, 309

⁸⁰⁰ OGH 18.05.1955 3 Ob 264/55, JBI 1955, 309

Exekutionsgerichtes ist in das Vermögen des Verpflichteten vollstreckbar,⁸⁰¹ es kann sohin Geldexekution geführt werden.⁸⁰²

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass selbst dann, wenn ein Unternehmer zur persönlichen Leistungsbringung vertraglich verpflichtet wäre, dieser - im Falle vertretbarer Handlungen - nicht persönlich zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtungen angehalten werden kann. Die in der Exekutionsordnung (EO) vorgesehene Abgrenzung der vertretbaren von den unvertretbaren Handlungen ist zwingendes Recht und daher von Amts wegen zu beachten.⁸⁰³ Der Auftraggeber könnte daher nicht nach seiner freien Wahl den Zuschlagsempfänger auf Grundlage des § 354 EO durch Geld- oder Haftstrafen (präventive Willensbeugung) zur persönlichen Leistungserbringung verhalten. Im Übrigen tendiert die Rechtsprechung dazu, im Zweifel eine Handlung als vertretbar anzusehen, da die diesbezüglichen Vollstreckungsmaßnahmen weniger in die persönliche Sphäre des Verpflichteten eingreifen und auch zielorientierter sind.⁸⁰⁴ Trotz der, durch den Vergabegesetzgeber angeordneten, solidarischen Leistungsverpflichtung der Mitglieder der Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft und des daraus resultierenden direkten Leistungsanspruches gegenüber sämtlichen Gesellschaftern, ist der Auftraggeber im Weigerungsfall allein auf das wirtschaftliche und finanzielle Vermögen der Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern verwiesen.⁸⁰⁵ Der primär Verpflichtete hat daher lediglich die durch die Ersatzvornahme der Handlung entstandenen Kosten zu ersetzen, wobei ihm aber der jeweilige Ersatz immer besonders aufgetragen werden muss, sei es im Voraus als Vorschuss, sei es nach Beendigung der Ersatzvornahme als Exekutionskosten.⁸⁰⁶ Weist das Werk nach der Durchführung der Ersatzvornahme gar Mängel auf, so kann der betreibende Gläubiger lediglich die Behebung im Rahmen der Gewährleistung bzw. Schadenersatz fordern. Bei Mangelhaftigkeit der Ersatzvornahme hat der Auftraggeber daher direkte Gewährleistungsansprüche gegen den ausführenden Dritten⁸⁰⁷ und wird der Anspruch gegen den ehemaligen Verpflichteten daher auch durch die mangelhafte Leistung befriedigt, weshalb auch keine Ersatzvornahme auf

⁸⁰¹ Siehe § 353 Abs. 2 EO

⁸⁰² *Rechberger/Oberhammer*, Exekutionsrecht⁴ (2005) [Rz 438]

⁸⁰³ OGH 21.02.1996, 3 Ob 2021/96v, RdW 1996, 586

⁸⁰⁴ OGH 24.3.1998, 1 Ob 332/97y, RdW 1998, 616

⁸⁰⁵ Nach *Gölles* ist unstrittig, dass für die technische Leistungsfähigkeit eine Berufung auf die verfügbaren Mittel eines Subunternehmers in Frage kommt, weil diese ja bei der Ausführung der Subauftragsleistung jedenfalls zum Einsatz kämen. Siehe *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 18 zu § 56]

⁸⁰⁶ LGZ Wien RPfIE 1985/106

⁸⁰⁷ OGH 11.01.1973, 6 Ob 207/72

Kosten des primär Verpflichteten mehr durchgeführt werden kann.⁸⁰⁸ Kann ein Wirtschaftsteilnehmer jedoch sogar im Wege der Zwangsvollstreckung letztendlich nur wirtschaftlich und nicht persönlich zur Leistungserbringung verhalten werden, so ist damit auch gleichzeitig dem Argument, der Sinn der Solidarleistungsverpflichtung sei nicht nur die vermögensrechtliche Haftung zur Leistungserbringung, sondern dass ein Unternehmer auch selbst zur Erbringung der ausgeschriebenen Aufträge verhalten werden kann und dafür eben über sämtliche, für den konkreten Auftrag erforderliche Befugnisse verfügen muss, jegliche Rechtfertigung entzogen.⁸⁰⁹

Insofern divergiert das Modell der solidarischen Haftung der Arbeit- und Bietergemeinschaft nicht wesentlich von jenen Fällen, in denen ein Subunternehmer eines Gesamtauftragnehmers für die Leistungserbringung ausfällt, weil auch in diesem Fall die ausgefallenen Kapazitäten vom Auftragnehmer durch andere Unternehmen ersetzt werden müssen. Sowohl im Bereich der Gesamtvergabe an einen einzelnen Unternehmer, als auch bei der Bildung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften ist somit Gewähr dafür gegeben, dass nicht der Auftraggeber das Risiko und die Mühen der Organisation eines entsprechend geeigneten Ersatzunternehmers trägt.⁸¹⁰ Weiters würde damit § 20 Abs. 2 BVergG 2006 auch sicherstellen, dass nicht dadurch der Wettbewerb stark eingeschränkt wird, dass ein öffentlicher Auftraggeber komplexe Leistungen als Gesamtauftrag vergibt und nur wenige Unternehmer über sämtliche, für die Erbringung der ausgeschriebenen Leistung erforderlichen, Berechtigungen verfügen.⁸¹¹ Die nicht ausreichend geeigneten Unternehmer würden andernfalls nämlich in die „Subunternehmereigenschaft“ gedrängt werden bzw. müssten sich selbst geeigneter Subunternehmer bedienen. In der Möglichkeit, die fehlenden Berechtigungen durch „notwendige Subunternehmer“ substituieren zu können, liegt jedoch eigentlich abermals ein Widerspruch zum teilweise postulierten Verbot der Addition von Gewerbeberechtigungen innerhalb einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern. Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung hat ein Bieter bzw. Bewerber die Möglichkeit, die für den konkreten Auftrag erforderliche⁸¹² Befugnis durch den Verweis auf Subunternehmer zu ersetzen.⁸¹³ Dass ein

⁸⁰⁸ OGH 11.01.1973 6 Ob 207/72, EvBl 1973/117

⁸⁰⁹ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [7]

⁸¹⁰ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [7]

⁸¹¹ Siehe auch *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [3]

⁸¹² *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]; *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

⁸¹³ BVA 28.04.2003, 17N-26/03-15; BVA 12.05.2003, 02N-19/03-31; BVA 24.10.1997, N-28/97-13; *Kropik*, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [47]

Wirtschaftsteilnehmer seine mangelnde Berechtigung zwar durch einen Verweis auf einen Unternehmer, der in keinerlei direktem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber steht, nicht aber durch die Bildung einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft substituieren könnte, wäre meines Erachtens sachlich nicht gerechtfertigt.⁸¹⁴

8.4.6.3 Zuverlässigkeit

Die vom österreichischen Gesetzgeber vorgesehene Möglichkeit der Substituierung von Eignungskriterien umfasst aufgrund des ausdrücklichen Wortlautes des § 76 Abs. 1 BVergG 2006 lediglich die Ergänzung der technischen bzw. finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.⁸¹⁵ Darüber hinaus ist aus der Textierung des § 2 Z 7 sowie § 70 Abs. 5 BVergG 2006⁸¹⁶ zu schließen, dass im Falle der Ausschreibung einer Gesamtleistung, die unterschiedliche Befugnisse in verschiedenen Fachrichtungen erfordert, die Befugnisse der einzelnen Mitglieder der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft addiert werden können und in ihrer Gesamtheit zu berücksichtigen sind.⁸¹⁷ Sohin ist auch die Ergänzung einer nur für einen bestimmten Leistungsteil der ausgeschriebenen Gesamtleistung vorhandenen Berechtigung durch die Bildung einer Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern zumindest dann möglich, wenn die einzelnen Gesellschafter nur jene Teilleistungen ausführen, für die sie auch die notwendige Befugnis besitzen. Zwar bezog sich die bisherige Judikatur des EuGH zur Frage der Substituierbarkeit von Eignungskriterien⁸¹⁸ nur auf den Nachweis der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit, doch wäre kein Grund zu erkennen, weshalb dieser Grundsatz nicht auch auf den Nachweis der Befugnis anzuwenden wäre.⁸¹⁹

Demgegenüber ist eine Summierung der Zuverlässigkeit nach dem bisherigen Judikatur- bzw. Literaturstand⁸²⁰ nicht möglich, ein beruflich unzuverlässiger ARGE-Partner führt daher zum Ausschluss der Arbeitsgemeinschaft vom weiteren Vergabeverfahren.⁸²¹ Den Gesetzesmaterialien ist zu entnehmen, dass der Nachweis der bis zur Novelle des BVergG

⁸¹⁴ So auch *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [8]

⁸¹⁵ Vgl. § 76 Abs. 1 BVergG 2006 „Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit...“

⁸¹⁶ Die Neuregelung des Abs. 5 leg. cit. stellt eine Reaktion auf das Erkenntnis des VfGH 21.6.2004, B 531/02, dar. RV 1171 BlgNR XXII. GP [63]

⁸¹⁷ BVA 24.10.1997, N-20/07-12;

⁸¹⁸ Siehe etwa EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 *Ballast Nedam Groep I*; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 *Ballast Nedam Groep II*; EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 *Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner*

⁸¹⁹ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [4]

⁸²⁰ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [11]

⁸²¹ *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [246]

2006, BGBl. I 86/2007, noch gesondert normierten besonderen beruflichen Zuverlässigkeit im Falle der Zulässigkeit einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft für alle dergestalt am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmer zu erbringen ist.⁸²² Somit müssten alle Mitglieder einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft den Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit erbringen können.⁸²³ Dies gilt sowohl für die Tatbestände der ehemals besonderen beruflichen Zuverlässigkeit, als auch für die Kriterien der ursprünglich allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit.⁸²⁴ Zwar verweisen die Erläuterungen explizit nur auf § 55 BVergG 2002 bzw. § 72 BVergG 2006, die ja bis zum Inkrafttreten der genannten Vergaberechtsnovelle die besondere berufliche Zuverlässigkeit noch getrennt von der allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit normierten, doch kann daraus nicht automatisch gefolgert werden, dass die allgemeine berufliche Zuverlässigkeit nach der Intention des Gesetzgebers nicht von allen Gesellschaftern einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft verlangt werden soll. Der Grundsatz der Vergabe an ausschließlich zuverlässige Unternehmer könne nach Ansicht des Gesetzgebers ansonsten nicht erreicht werden, weshalb die berufliche Zuverlässigkeit bei jedem einzelnen Mitglied einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft vorliegen müsse. Durch die Neufassung des § 72 BVergG 2006, idF. BGBl. I 86/2007, ist diese Unklarheit insoweit obsolet geworden, als die Materialien durch den unverändert gebliebenen Verweis auf den § 72 BVergG 2006 nunmehr ohnehin - wohl eher zufällig als bedacht - auf den Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit insgesamt verweisen.

Eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft, bei der zumindest ein Gesellschafter als beruflich unzuverlässig anzusehen ist, könnte somit dem grundsätzlich zwingenden Ausschluss von einem Verfahren zur Vergabe einer Leistung nur durch das „freiwillige“ Ausscheiden des nicht geeigneten Mitgliedes noch vor Feststellung der vergaberechtlichen Unzuverlässigkeit durch den Auftraggeber entgehen.⁸²⁵ Freilich nur unter der Voraussetzung, dass eine Änderung der Zusammensetzung der Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft noch zulässig ist. Der maßgebliche Zeitpunkt für die Zulässigkeit einer Änderung in der Zusammensetzung einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft ist grundsätzlich der Ablauf der Angebotsfrist, da jedes Mitglied der Gemeinschaft aufgrund der mangelnden Rechtspersönlichkeit einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft mit Ablauf der Angebotsfrist an sein Angebot gebunden ist.⁸²⁶

⁸²² RV 1171 BlgNR XXII. GP [41]; AB 1118 BlgNR XXI. GP [35]

⁸²³ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [4]; *Kropik*, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [58]

⁸²⁴ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 11 zu § 54]

⁸²⁵ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [173]

⁸²⁶ *Pachner*, ZVB 2003, 93

Weiters ist zu beachten, dass beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist anzuzeigen haben.⁸²⁷ Zweck dieser Mitteilungspflicht ist, dass der Auftraggeber rechtzeitig von der Verkleinerung des Bieterkreises in Kenntnis gesetzt wird und gegebenenfalls zusätzliche Unternehmer zur Angebotsabgabe auffordern kann.⁸²⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH stehen die Vergaberichtlinien einer nationalen Regelung nicht entgegen, die es untersagt, die Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft, die an einem Verfahren zur Vergabe einer ausgeschriebenen Leistung teilnimmt, nach Abgabe der Angebote zu ändern.⁸²⁹

Dass durch die Wortwahl der ebenen genannten Bestimmung tatsächlich nur die Möglichkeit eröffnet werden sollte, die technische bzw. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, nicht aber etwa die mangelnde Zuverlässigkeit wegen Erfüllung der Insolvenztatbestände, zu substituieren, zeigen auch die Ausführungen der diesbezüglichen Materialien.⁸³⁰ So wird darin ausdrücklich auf den Erwägungsgrund 45 der RL 2004/18/EG verwiesen, wonach die Rechtsprechung des Gerichtshofes insofern berücksichtigt werden muss, als den Wirtschaftsteilnehmern die Möglichkeit zu gewähren ist, sich der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Kapazitäten anderer Unternehmen einer Gruppe zu bedienen, um einen erfolgreichen Antrag auf Eintragung in ein Verzeichnis zu stellen.⁸³¹ Der ausdrückliche Verweis auf die wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Ressourcen wurde dabei offensichtlich als Anlass genommen, lediglich die Möglichkeit der Substituierung der Leistungsfähigkeit ausdrücklich zu normieren.

Entsprechend der in Österreich gesetzlich normierten Ausschlussverpflichtung⁸³² wäre somit eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft, bei der ein Mitglied insoweit in Liquiditätsprobleme geraten ist, als bereits gerichtliche Folgen in der Form der Einleitung oder Abweisung eines Konkurs-, Ausgleichs-, oder Insolvenzverfahrens eingetreten sind, von der Teilnahme an einem konkreten Vergabeverfahren grundsätzlich verpflichtend auszuschließen.⁸³³ Auf die Einhaltung dieser Verpflichtung durch den Auftraggeber haben konkurrierende Bieter und

⁸²⁷ § 20 Abs. 2 BVergG 2006

⁸²⁸ AB 1118 BlgNR XXI. GP [35]; *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 24 zu § 30]

⁸²⁹ EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01 Makedoniko Metro und Michaniki AE

⁸³⁰ RV 1171 BlgNR XXII. GP [65]

⁸³¹ Erwägungsgrund 45 RL 2004/18/EG

⁸³² *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110]

⁸³³ *Fink/Schiefer* in *Heid/Preslmayr* (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht² [407]

Bewerber einen Rechtsanspruch, den sie vor den Vergabekontrollbehörden auch durchsetzen können.⁸³⁴

Die Einleitung bzw. Abweisung eines der genannten Verfahren bewirkt den Wegfall der, zumindest bis zur letzten Novelle des BVergG 2006, BGBl. I Nr. 86/2007 begrifflich noch gesondert normierten, allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit eines Unternehmers. Das effektive, nicht bloß vermutete oder unbewiesen behauptete Vorliegen beruflicher Unzuverlässigkeit eines einzelnen Gesellschafters einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft würde einer konkreten Auftragsvergabe daher regelmäßig entgegenstehen.⁸³⁵ Dabei wird jedoch übersehen, dass die Ausschlussgründe des § 68 Abs. 1 BVergG 2006 unterschiedliche Sachverhalte vor Augen haben, die aus verschiedenen Gründen zum Ausschluss eines Bieters bzw. Bewerbers führen sollen. Der Ausschlussgrund des Konkurs-, Ausgleich- bzw. Insolvenzverfahrens soll etwa die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers bzw. Bieters absichern.⁸³⁶ Dieser Ausschlussgrund normiert somit einerseits den Wegfall der Zuverlässigkeit, andererseits spricht er einem Unternehmer bei Vorliegen der beschriebenen Tatbestandsmerkmale wohl auch gleichzeitig die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ab.⁸³⁷ Durch diesen Tatbestand soll daher nicht etwa vergaberechtlich oder wettbewerbsrechtlich verpöntes Verhalten, wie wesentliche Verstöße gegen das Ausländerbeschäftigungsgesetz, qualifiziert unrichtige Angaben über für das Vergabeverfahren wesentliche Tatbestände, erheblich falsche Angaben zu geforderten Referenzen sowie wiederholte Termin- oder Kostenüberschreitungen oder rechtskräftige Verurteilungen wegen bestimmten Tatbeständen und sonstige schwere beruflichen Verfehlungen,⁸³⁸ sanktioniert werden, sondern geht es primär darum, ob dem Auftraggeber durch die Beauftragung des Bieters bzw. Bewerbers im Hinblick auf eine Überschuldungs- bzw. Insolvenzgefahr oder voraussichtliche Liquiditätsengpässe ein nicht tragbares Risiko erwächst, oder aber eine vertragsgemäße Abwicklung zu erwarten ist⁸³⁹, der Unternehmer den erteilten Auftrag also aller Voraussicht nach auch „durchstehen“ wird.⁸⁴⁰

⁸³⁴ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [210]

⁸³⁵ *Gölles*, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [1]

⁸³⁶ *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 6 zu § 51]

⁸³⁷ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 51]

⁸³⁸ Vgl. auch *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 29]

⁸³⁹ *Gölles*, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 5 zu § 52]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16

⁸⁴⁰ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [77]

Durch die rechtlichen Merkmale bzw. Eigenschaften⁸⁴¹ Konkurs, Ausgleich und Insolvenz soll daher primär die Möglichkeit zur Leistungserbringung für den Auftraggeber gewährleistet, keinesfalls aber ein Bieter bzw. Bewerber für seine - oftmals unverschuldeten⁸⁴² - Zahlungsschwierigkeiten durch ein generelles Verbot der Teilnahme an Vergabeverfahren abgestraft werden. So muss selbst der Vergabegesetzgeber eingestehen, dass durch die Übernahme der im Vergleich zum BVergG 2002 weiteren Formulierung des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 aus der entsprechenden Richtlinienbestimmung⁸⁴³, sämtliche Verfahren erfasst werden sollen, die die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmers in Frage stellen können.⁸⁴⁴ Während das BVergG 2006 somit selbst den Begriff der „wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit“ zur Definition bzw. Abgrenzung des Insolvenzstatbestandes verwendet, so spricht es einem eröffneten Insolvenzverfahren bei der Frage der Substituierbarkeit dieses Eignungsdefizits, jeglichen Zusammenhang mit den wirtschaftlichen Ressourcen eines Unternehmers ab. Demgegenüber normiert die RL 2004/18/EG ausdrücklich, dass die Rechtsprechung des EuGH in jenen Fällen berücksichtigt werden muss, in denen sich ein Wirtschaftsteilnehmer, der einer Gruppe angehört, der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Kapazitäten anderer Unternehmen der Gruppe bedient, um dem Nachweis der Eignung zu entsprechen.⁸⁴⁵ Die Vergaberichtlinie stellt somit die den Unternehmern bzw. der Arbeits- und Bietergemeinschaft für die Erfüllung des konkreten Auftrages erforderlichen Mittel in den Vordergrund und beschränkt die Möglichkeit der Substitution von Ressourcen nicht nur auf die Tatbestände der Leistungsfähigkeit.

8.4.7 Subunternehmer

Zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit kann sich ein Unternehmer gemäß § 76 Abs. 1 BVergG 2006 für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesem Unternehmer bestehenden Verbindung, stützen.⁸⁴⁶ Diesfalls muss der Unternehmer jedoch den Nachweis erbringen, dass ihm im Auftragsfall die für die Ausführung der übernommenen Leistung

⁸⁴¹ Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [14]

⁸⁴² So auch Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2008) [Rz 63 zu § 68]

⁸⁴³ Art 45 Abs. 2 RL 2004/18/EG

⁸⁴⁴ RV 1171 BlgNR XXII. GP [60]

⁸⁴⁵ Erwägungsgrund 45 RL 2008/14/EG

⁸⁴⁶ Hoffer/Kranebitter, Ausschluss von Subvergaben gemeinschaftswidrig, ecoloX 2001, 578 [2]

erforderlichen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.⁸⁴⁷ Ein Bieter verfügt insbesondere dann über die für die Auftragsausführung notwendigen Ressourcen eines Nachunternehmers, wenn ein verbindliches Angebot des Subunternehmers zur Erfüllung der ihm zufallenden Leistungsteile vorliegt.⁸⁴⁸ Eine schriftliche Vereinbarung ist zwar nicht grundsätzlich erforderlich, jedoch zum Zwecke der Nachweisbarkeit ratsam.⁸⁴⁹ Neben der bereits oben angeführten Variante der Bildung einer Bieter- und Arbeitsgemeinschaft, kommt somit auch die Substituierung der mangelnden Eignung durch sog. „Subunternehmer“ in Betracht.

Der Begriff des Subunternehmers ist im BVergG 2006 nicht selbst⁸⁵⁰ definiert und stammt eigentlich aus dem Werkvertragsrecht. Dennoch wird dieser Begriff im BVergG 2006 gleichbedeutend für sämtliche Auftragsarten verwendet.⁸⁵¹ Unter Subunternehmer bzw. Nachunternehmer kann ein Unternehmer verstanden werden, dessen sich der Auftragnehmer teilweise oder zur Gänze zur Erbringung der dem Auftraggeber gegenüber geschuldeten Leistung bedient.⁸⁵² Wesentlich dabei ist, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Subunternehmer keine vertragliche Beziehung besteht.⁸⁵³ Die Verträge zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer einerseits und dem Auftragnehmer und dem Subunternehmer andererseits sind dabei mangels anders lautender Vereinbarung nicht verzahnt, sondern also getrennt anzusehen.⁸⁵⁴ Der Subunternehmer ist jedoch im Verhältnis zum Auftraggeber Erfüllungsgehilfe des Haupt- bzw. Generalunternehmers.⁸⁵⁵ Der Auftragnehmer haftet daher dem Auftraggeber unmittelbar auch für die frist- und fachgerechte Ausführung der Nachunternehmerleistung bzw. für etwaige Mängelansprüche.⁸⁵⁶

Während der Werkbesteller im Auftragsfalle jedoch aufgrund der Solidarhaftung der einzelnen Mitglieder einer Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft⁸⁵⁷ von jedem dieser

⁸⁴⁷ RV 1171 BldNR XXII. GP [66]; EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I; EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II; EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA; EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁸⁴⁸ VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093

⁸⁴⁹ BVA 01.07.2004, 6N-52/04-20 in RPA 2004, 255

⁸⁵⁰ *Kropik*, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14 [1]; *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [49]; OGH JBI 1990, 587

⁸⁵¹ *Schramm/Öhler/Pachner* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 70]

⁸⁵² Zum Begriff des Subunternehmers vergleiche auch *Krejci* in *Rummel*, ABGB³ (2002) [Rz 44 zu § 1165]

⁸⁵³ OLG Naumburg 26.01.2005, 1 Verg 21/04

⁸⁵⁴ *Schwimmann/Rebhahn*, ABGB² (1997) [Rz 50 zu § 1165]

⁸⁵⁵ OGH 15.06.1988, 1 Ob 566/88; 16.05.2001, 2 Ob 102/01 s

⁸⁵⁶ *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008) [Rz 8 zu Einf zu § 8 VOB/A]

⁸⁵⁷ *Casati*, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200 [5]

Unternehmer die Erfüllung der vertraglichen Leistungspflichten begehren kann, hat er gegen den Subunternehmer keinen direkten Leistungsanspruch und ist daher alleine an den Auftragnehmer verwiesen. Weiters ist auch zu bedenken, dass Subunternehmer - anders als die aus mehreren Unternehmern zusammengesetzte Arbeits- bzw. Bietergemeinschaft - nicht unmittelbar Partei des Vergabeverfahrens sind.⁸⁵⁸ Da Nachunternehmer jedoch im Auftragsfall zur Ausführung der ausgeschriebenen Leistung von dem an dem Vergabeverfahren beteiligten Haupt- bzw. Generalunternehmer herangezogen werden, hat der Auftraggeber ein legitimes Interesse an der Feststellung der Eignung der Subunternehmer. Dies gilt umso mehr, wenn durch den Subunternehmer die dem Bieter fehlenden Befugnisse oder Befähigungen für den konkreten Auftrag substituiert werden sollen.⁸⁵⁹ § 83 BVergG 2006 normiert daher die Verpflichtung des Auftraggebers, in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.⁸⁶⁰ Die obligatorische Bekanntgabe von solchen Nachunternehmern, die der Bieter bzw. Bewerber zum Nachweis seiner Eignung benötigt, ergibt sich bereits aus § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006.⁸⁶¹ So muss jedes Angebot insbesondere die Bekanntgabe jener Subunternehmer, deren Leistungsfähigkeit für den Nachweis der Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich ist, unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen und dem Nachweis, dass der Bieter über deren Kapazitäten verfügt, enthalten.⁸⁶² Werden Subunternehmer erstmals im Zuge der Aufklärungsgespräche genannt, so handelt es sich dabei um das verpönte „Nachschieben“ von Subunternehmern.⁸⁶³

Von den Nachunternehmern sind solche Unternehmer abzugrenzen, die selbst keinen Teil der vergebenen Leistung erbringen, sondern für den Auftragnehmer lediglich in Hilfsfunktionen tätig werden.⁸⁶⁴ Dazu zählen grundsätzlich Fuhrunternehmer, Baumaschinen- und

⁸⁵⁸ Siehe auch BVA 20. 4. 2001, N-43/01 ua. in ZVB 2001/2

⁸⁵⁹ Pachner, Leistungserbringung durch Subunternehmer, ZVB 2001/23 [3]

⁸⁶⁰ Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006) [49]

⁸⁶¹ RV 1171 BlgNR XXII. GP [71]

⁸⁶² Vgl. hinsichtlich den zweistufigen Vergabeverfahren auch § 103 Abs. 3 BVergG 2006: Benötigt der Unternehmer die Leistungsfähigkeit von Subunternehmern, um seine eigene Leistungsfähigkeit nachzuweisen, so hat er die in Frage kommenden Subunternehmer bekannt zu geben und die deren Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit betreffenden Bescheinigungen und Nachweise bereits mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen.

⁸⁶³ VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023; BVA 19.02.2004, 12N-12/04-5; 25.08.2004, 07N-75/04-22; 05.08.2005, 17N-64/05-24

⁸⁶⁴ Schramm/Öhler/Pachner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 3 zu § 70]

Geräteverleiher, Baustoff- und Bauteillieferanten.⁸⁶⁵ Ein Fuhrunternehmer wäre demnach nur dann als Subunternehmer zu bezeichnen, wenn er nicht nur Material transportiert, sondern es auch zu einem Teil der ausgeschriebenen Leistung - etwa eine Dammschüttung - verarbeitet. Ein Lieferant wäre etwa dann ein Nachunternehmer, wenn er die gelieferten Teile auch selbst einbaut.⁸⁶⁶ Auch die Materialien⁸⁶⁷ sehen vor, dass Zulieferer keine Subunternehmer sind, womit jedoch nur Kaufverträge gemeint sein dürften, weshalb etwa Asphaltierungsarbeiten nicht als Zulieferung anzusehen sind.⁸⁶⁸ Auch der ÖNORM A 2050 ist zu entnehmen, dass die Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Leistungserbringung erforderlich sind, keine Subunternehmerleistung darstellt.⁸⁶⁹

Dem Einsatz von Subunternehmern in öffentlichen Aufträgen werden durch das BVergG 2006 gewisse Beschränkungen auferlegt. So ist etwa gemäß § 83 BVergG 2006 die Weitergabe des gesamten Auftrages (ausgenommen an verbundene Unternehmen) unzulässig, wodurch der „Auftragshandel“ unterbunden werden soll. Beabsichtigt der Bieter trotz des gesetzlichen Verbotes die gesamte ausgeschriebene Leistung dennoch an Subunternehmer zu vergeben, so stellt dies einen zwingend zu sanktionierenden Ausscheidensgrund dar.⁸⁷⁰ Selbst wenn die Ausschreibungsunterlagen diesbezüglich keine Anordnungen treffen, ist das Gesamtweitergabeverbot aufgrund des allgemeinen Adressatenkreises des § 83 Abs. 1 BVergG 2006, der sich sowohl an den Auftraggeber als auch an Bieter und Bewerber richtet, beachtlich. Hiervon ausdrücklich ausgenommen sind jedoch Kaufverträge.⁸⁷¹ Diese Einschränkung der Subvergabe stützt sich auf die Rechtsprechung des EuGH, der explizit lediglich das Verbot der Weitergabe von Leistungsteilen als nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ansah.⁸⁷² Auch Art 25 RL 2004/18/EG spricht in diesem Zusammenhang nur davon, dass der Bieter verpflichtet werden kann, jenen „Teil“ des Auftrages, den der Bieter gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die bereits vorgeschlagenen Unterauftragnehmer bekanntzugeben.⁸⁷³ Der EuGH konkretisiert dabei den Grundsatz der Zulässigkeit der Subvergabe dahingehend, dass

⁸⁶⁵ OLG Dresden 25.04.2006, 20 U 467/06; *Heiermann/Riedl/Rusam*, Handkommentar zur VOB¹¹ (2008) [Rz 12 zu Einf zu § 8 VOB/A]

⁸⁶⁶ OLG Schleswig 05.02.2004, 6 U 23/03

⁸⁶⁷ RV 1087 BlgNR XXI. GP [37]

⁸⁶⁸ VwGH 24.9.2003, 2003/04/0093

⁸⁶⁹ *Kropik*, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14 [2]

⁸⁷⁰ BVA 23.03.1999, F-20/98-11; Sofern das Verbot der Weitergabe der Gesamtleistung in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen war, ergibt sich die Ausscheidensverpflichtung aus § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006.

⁸⁷¹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [49]

⁸⁷² EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁸⁷³ Vgl. auch RV 1171 BlgNR XXII. GP [71]

die Vergaberichtlinien einem Verbot bzw. einer Einschränkung der Subvergabe dann nicht entgegenstehen, wenn der Auftraggeber keine Möglichkeit hatte, die Nachunternehmer auf ihre konkrete Eignung hin zu überprüfen.⁸⁷⁴ Auch der EuGH erkennt somit die Problematik, dass ein Subunternehmer zwar nicht unmittelbar Partei des Vergabeverfahrens ist, er jedoch aufgrund seiner Beauftragung durch den Haupt- bzw. Generalunternehmer, mit der Leistungsausführung in direktem Kontakt steht und daher auch die Eignung des Subunternehmers von Seiten des Auftraggebers zu überprüfen ist.

In diesem Sinn sind auch die Ausführungen des Generalanwaltes *Geelhoed* vom 20.11.2003 zu verstehen, wonach zwischen einem Subvergabeverbot im Zusammenhang mit der Prüfung der Eignung der Bieter und einem solchen im Zusammenhang mit der Ausführung des Auftrages nach Erteilung des Zuschlages, zu unterscheiden ist.⁸⁷⁵ Um sicherzustellen, dass der einmal vergebene Auftrag auch tatsächlich ordnungsgemäß ausgeführt wird, ist es daher nur sachgerecht, dass der Auftraggeber die Leistungsfähigkeit und Fachkenntnis jener Nachunternehmer zu überprüfen hat, die der Auftragnehmer für die Ausführung des Auftrages einsetzen möchte. Keinesfalls kann den obigen Ausführungen des EuGH bzw. des Generalanwaltes entnommen werden, dass ein Bieter bzw. Bewerber zwar unter Zuhilfenahme eines Dritten den Zuschlag erlangen, den Auftrag jedoch aufgrund eines vertraglichen Subvergabeverbotes nicht erfüllen kann.⁸⁷⁶ Es soll lediglich danach differenziert werden, ob der Auftraggeber die Möglichkeit hatte, die zum Einsatz kommenden Subunternehmer im Rahmen des Vergabeverfahrens eingehend zu überprüfen oder ob die Nachunternehmer dem Auftraggeber erst im Zuge der Auftragsausführung erstmals bekanntgemacht wurden.⁸⁷⁷ Die ordnungsgemäß bekanntgegebenen und hinreichend leistungsfähigen Subunternehmer können daher ohne weiteres auch für die Leistungsabwicklung eingesetzt werden und wäre eine entgegenstehende vertragliche Regelung vergaberechtlich unzulässig.

8.4.7.1 Die erforderliche Eignung der Subunternehmer

Als weitere Einschränkung der Subvergabe kann auch der letzte Satz des § 83 BVergG 2006 verstanden werden, wonach Teile der Leistung nur insoweit weitergegeben werden dürfen, als

⁸⁷⁴ EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁸⁷⁵ SA des GA L. A. Geelhoed 20.11.2003, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner

⁸⁷⁶ So jedoch ausdrücklich *Pock*, Die Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer, RPA 2004, 86 [3]

⁸⁷⁷ Vgl. auch VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023

der Nachunternehmer die für die Ausführung seines Teils erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit⁸⁷⁸ gemäß den §§ 72 und 73 BVergG 2006 besitzt.⁸⁷⁹ Durch die Prüfung der Eignung auch der Subunternehmer wird dem Grundsatz, dass Aufträge nur an entsprechend geeignete Unternehmer vergeben werden dürfen, entsprochen.⁸⁸⁰ Zu § 83 dritter Satz BVergG 2006 merken die Materialien ergänzend an, dass die Zulässigkeitsregel betreffend die Weitergabe von Teilen der Leistung hinsichtlich der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nur dann gilt, wenn der Unternehmer die Subunternehmer zur Darlegung seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit benötigt.⁸⁸¹ Während das Fehlen der bis zur Novelle des BVergG 2006, BGBl. I Nr. 86/2007, noch gesondert normierten allgemeinen beruflichen Zuverlässigkeit bei einem Nachunternehmer im Regelungsregime des BVergG 2002⁸⁸² für die Eignung des Bieters grundsätzlich unschädlich war, so muss nunmehr auch der Subunternehmer selbst beruflich zuverlässig sein.⁸⁸³

Der Subunternehmer muss jedenfalls über die, für die konkrete (Teil-)Leistungserbringung erforderlichen allgemeinen, als auch speziellen Genehmigungen oder Berechtigungen verfügen⁸⁸⁴, eine allenfalls beim Haupt- bzw. Generalunternehmer vorliegende Befugnis reicht daher nicht aus.⁸⁸⁵ Dabei ist zu beachten, dass eine Beaufsichtigung der Durchführung der ausgeschriebenen Arbeiten durch einen ausreichend befugten Unternehmer nicht mit der selbstständigen und eigenverantwortlichen Durchführung dieser Arbeiten gleichgesetzt werden darf; der ausführende Unternehmer muss selbst über die erforderliche Befugnis verfügen.⁸⁸⁶

Musste der Subunternehmer gemäß § 70 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2002 grundsätzlich nur dann über die technische Leistungsfähigkeit verfügen, wenn der Bieter diese für den

⁸⁷⁸ *Elsner*, Eignungsprüfung - Angebotsprüfung - Zuschlagserteilung, ZVB 2001/50 [1]

⁸⁷⁹ *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht (2006) [49]

⁸⁸⁰ BVA 28.04.2003, 17N-26/03-15

⁸⁸¹ RV 1171 BlgNR XXII. GP [71]; So auch schon *Gölles*, Praxisleitfaden [76].

⁸⁸² Vgl. § 91 Abs. 3 BVergG 2002, wonach lediglich zu prüfen war, ob die angegebenen Subunternehmer die erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen.

⁸⁸³ *Gölles*, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [2]

⁸⁸⁴ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [75]

⁸⁸⁵ BVA 11.04.2003, 12N-23/03-13

⁸⁸⁶ BVA 28.04.2003, 17N-26/03-15

Nachweis seiner eigenen Leistungsfähigkeit benötigte⁸⁸⁷, normiert nunmehr das BVergG 2006 im § 83 letzter Satz, dass ein Nachunternehmer über die für den konkreten Auftragsteil erforderliche technische Leistungsfähigkeit, unabhängig davon, ob die Leistungsfähigkeit schon beim Bieter vorliegt, verfügen muss.⁸⁸⁸ Während sich die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, insbesondere auch aus § 108 Abs. 1 Z 2 Satz 2 BVergG 2006 ableiten lässt⁸⁸⁹, ist unklar, anhand welcher Nachweise der öffentliche Auftraggeber die technische Leistungsfähigkeit der „nicht erforderlichen“ Nachunternehmer überprüfen soll. § 108 Abs. 1 Z 2 Satz 3 BVergG 2006 normiert nämlich nur die Obliegenheit des Bieters, mit seinem Angebot die in Frage kommenden Subunternehmer unter Nachweis ihrer Befugnis und beruflichen Zuverlässigkeit bekanntzugeben; eine Vorlage von Nachweisen über das Vorliegen der technischen Leistungsfähigkeit auch hinsichtlich der Nachunternehmer ist somit nicht vorgesehen.

Auch den Vergaberichtlinien sind solche Vorlagepflichten meines Erachtens nicht zu entnehmen. Weiters ist zu beachten, dass die §§ 70 ff BVergG 2006 - mit Ausnahme des § 74 BVergG 2006, der die möglichen Nachweismittel für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit lediglich demonstrativ anführt - abschließend alle möglichen Nachweise enthalten und somit den Rahmen der Nachweismittel einschränken.⁸⁹⁰ Der Auftraggeber hätte daher mangels geeigneter Bescheinigungen nur dann die Möglichkeit, auf den Geräte- bzw. Personalstand des Nachunternehmers einzugehen bzw. dessen bislang erbrachten Leistungen zu evaluieren⁸⁹¹, wenn sich der Bieter bzw. Bewerber zum Nachweis seiner eigenen Leistungserbringungskapazität⁸⁹² auf den somit „notwendigen“ Subunternehmer stützt. Auch das BVA hat festgehalten, dass dann, wenn der Auftraggeber verpflichtet ist, die Eignung eines konkreten Subunternehmers im Hinblick auf einen bestimmten Leistungsteil zu überprüfen, der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung feststehen muss.⁸⁹³ Lediglich im Falle der Ergänzung von Eignungskriterien durch ordnungsgemäß

⁸⁸⁷ Schramm/Öhler/Pachner, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 27 zu § 70]

⁸⁸⁸ So schon § 31 BVergG 1997

⁸⁸⁹ RV 1171 BlgNR XXII. GP [80]

⁸⁹⁰ Preslmayr & Partner Rechtsanwälte, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [115]; Heid/Hauk/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) [147]; Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 52]

⁸⁹¹ König, Vergaberecht in der Praxis (2000) [70]

⁸⁹² Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 1 zu § 57]

⁸⁹³ BVA 25.08.2004, 07N-75/04-22

namhaft gemachte Subunternehmer, enthalten die §§ 103 Abs. 3 und 108 Abs.1 Z 2 BVergG 2006 die Ermächtigung zugunsten des Auftraggebers, vom Bieter entsprechende Eignungsnachweise auch der Subunternehmer zu verlangen.⁸⁹⁴ Dies erscheint jedoch deshalb problematisch, weil der Bieter bei grundsätzlich vorhandener eigener technischer Leistungsfähigkeit nur dann Subunternehmer einsetzen wird, wenn er zum Zeitpunkt der Ausführung nicht über die notwendigen Kapazitäten verfügt. Weiters ist eben auch ein „nicht erforderlicher“ Subunternehmer unmittelbar mit der Leistungsausführung betraut und würde mangels ausreichender Prüfungsmöglichkeiten von Seiten des Auftraggebers, das Risiko der nicht ordnungsgemäßen Ausführung wesentlich erhöht werden. Einem Auftraggeber ist daher aufgrund des § 123 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 jedenfalls die Möglichkeit zuzusprechen, die technische Leistungsfähigkeit eines Nachunternehmers in den Ausschreibungsunterlagen einzufordern.

8.4.7.2 Die Substituierung der Eignung durch Subunternehmer

Während der Auftraggeber bei Arbeits- bzw. Bietergemeinschaften nach Eintritt in das zivilrechtliche Vertragsverhältnis jedenfalls einen direkten Leistungsanspruch gegen sämtliche die Gemeinschaft bildende Unternehmer hat, so ist er im Falle der Substituierung von Eignungskriterien durch Subunternehmer, alleine an den Zuschlagsempfänger verwiesen. Zwischen dem Auftraggeber und dem „notwendigen“ Nachunternehmer besteht grundsätzlich keine vertragliche Verbindung⁸⁹⁵; die einzelnen Leistungsverträge sind daher jeweils gesondert zu betrachten.⁸⁹⁶ Die obigen Ausführungen zum Nachweis der Eignung durch Gruppen von Wirtschaftsteilnehmern können daher nur unter Beachtung dieses wesentlichen Unterschiedes übernommen werden. Dennoch gilt auch für die Substituierung durch Subunternehmer die grundsätzliche Bestimmung des BVergG 2006, wonach sich ein Unternehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmer bestehenden Verbindungen stützen kann.⁸⁹⁷ In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß nachgewiesenermaßen vorhandenen Mittel auch

⁸⁹⁴ Siehe insbesondere § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, Arg. „...unter Beilage der erforderlichen Bescheinigungen...“

⁸⁹⁵ OLG Naumburg 26.01.2005, 1 Verg 21/04

⁸⁹⁶ *Schwimmann/Rebhahn*, ABGB² (1997) [Rz 50 zu § 1165]

⁸⁹⁷ *Pachner*, Leistungserbringung durch Subunternehmer, ZVB 2001/23 [2]

tatsächlich zur Verfügung stehen⁸⁹⁸, wobei der Auftraggeber durch diese Substituierung der Eignungsmerkmale nicht schlechter gestellt werden darf.⁸⁹⁹ Dies erfordert wiederum, dass die Mittel bei dem Dritten auch tatsächlich vorhanden sind und weiters, dass der Dritte diese Mittel auch der Verfügungsgewalt des Bieters bzw. Bewerbers überlassen wird⁹⁰⁰. Dabei darf der Auftraggeber bestimmte Nachweismittel nicht ausschließen, ein Vertrag mit einem Subunternehmer stellt somit lediglich einen möglichen Nachweis dar.⁹⁰¹

Obwohl § 76 Abs. 1 BVergG 2006 ausdrücklich nur von der Substituierung der Leistungsfähigkeit spricht, hat ein Bieter nach der herrschenden Rechtsprechung bzw. Lehre auch die Möglichkeit, die für einen Auftrag erforderlichen Berechtigungen durch einen namhaft gemachten Nachunternehmer zu ersetzen.⁹⁰² Die diesbezügliche gewerberechtliche Ermächtigung normiert § 32 Abs.1 GewO 1994, wonach Gewerbetreibenden auch das Recht zusteht, Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen.

Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann der AG gemäß § 75 BVergG 2006 Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, verlangen.⁹⁰³ Ein Subunternehmer kann somit die technischen Kapazitäten eines Bieters bzw. Bewerbers verstärken.⁹⁰⁴ Verfügt ein Unternehmer daher nicht selbst über ausreichend Gerätschaft und Personal, so kann er sich für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines entsprechend geeigneten Subunternehmers bedienen.⁹⁰⁵ So kann beispielsweise die ansonsten zur Gänze fehlende Leistungsfähigkeit auch mittels der Referenzen eines spezialisierten Nachunternehmers

⁸⁹⁸ § 76 Abs. 1 BVergG 2006; BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16; BVA 20.04.2001, N-43/01-20 ua.; VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093

⁸⁹⁹ *Hornbanger*, The Survival of the fittest - oder Wettbewerb unter Freunden, in Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005) [211]

⁹⁰⁰ VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203

⁹⁰¹ *Latzenhofer*, BVA und EuGH zur Unzulässigkeit von Subvergabebeschränkungen, ZVB 2001/24 [3]; BVA 14.04.2004, 07N-15/04-42

⁹⁰² BVA 28.04.2003, 17N-26/03-15; BVA 24.10.1997, N-28/97-13; BVA 12.05.2003, 02N-19/03-31; *König/Streit*, Notwendigkeit zur Namhaftmachung von Subunternehmern, in Das neue Vergaberecht (2007) [12.1.4]

⁹⁰³ *Hoffer/Kranebitter*, Ausschluss von Subvergaben gemeinschaftswidrig, *ecolex* 2001, 578 [2]

⁹⁰⁴ *Kropik*, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14 [2]; BVA 31. 3. 2005, 14N-10/05-15 in ZVB 2005/59

⁹⁰⁵ *Holoubek*, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263 [6]; *Kropik*, Das Vergaberecht in Österreich⁴ (2007) [59]

nachgewiesen werden.⁹⁰⁶ „Es ist ein vom BVergG 2006 durchaus gewünschtes Ergebnis, dass Bieter Mängel in ihrer technischen Leistungsfähigkeit durch die Namhaftmachung von Subunternehmern ausgleichen können.“⁹⁰⁷

Die Möglichkeit der Substituierung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer wurde lange Zeit von der einschlägigen Vergaberechtsliteratur verneint.⁹⁰⁸ Diese Auffassung wurde damit begründet, dass die Verfügbarkeit über die finanziellen und wirtschaftlichen Mittel regelmäßig nicht Bestandteil des zwischen dem Auftragnehmer und dem Subunternehmer abgeschlossenen Subauftrages ist, der Auftragnehmer daher das wirtschaftliche Risiko alleine trägt.⁹⁰⁹ Tatsächlich können jedoch die Grundsätze zur Substituierung der technischen Leistungsfähigkeit aus den nachstehenden Gründen weitgehend auf die Ergänzung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit übertragen werden.⁹¹⁰

Meist entsteht zwischen den beiden Vertragskontrahenten ein Werkvertrag entsprechend den §§ 1165ff ABGB. Richtig ist dabei, dass alleine durch dieses Vertragsverhältnis noch keine Verfügungsmöglichkeit über die Ressourcen des Subunternehmers absolut garantiert werden kann. Dies muss dann jedoch sowohl für die technische, als auch für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gelten. So ist der Werkunternehmer grundsätzlich verpflichtet, die vertragliche Leistung persönlich oder unter seiner Verantwortung herzustellen bzw. herstellen zu lassen.⁹¹¹ Eine persönliche Abhängigkeit des Werkunternehmers im Sinne eines Weisungsrechtes des Auftraggebers, lässt sich dabei im Unterschied zum klassischen Arbeitsvertrag nicht herstellen.⁹¹² So können zwar zweifelsfrei vor allem die technischen Gerätschaften und entsprechend ausgebildeten Fachkräfte durch Subunternehmer verstärkt werden, doch kann auch diesbezüglich gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nicht garantiert werden, dass dieser Subunternehmer auch tatsächlich seine Kapazitäten für die Erfüllung seiner vertraglich übernommenen Pflichten nutzen wird. Die Vergabestelle hat aufgrund des Subauftrages keinen direkten Leistungsanspruch gegen den

⁹⁰⁶ Gölles, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [2]

⁹⁰⁷ BVA 24.10.1997, N-28/97-13

⁹⁰⁸ Siehe etwa Gölles in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 16 zu § 56]; Pock, Die Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer, RPA 2004, 86 [2]; Heid/Hauk/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002) [171]

⁹⁰⁹ Gölles, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [2]

⁹¹⁰ Gölles, Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen, ZVB 2003/16 [6]

⁹¹¹ OGH 04.12.1997, 2 Ob 291/97 a

⁹¹² OGH 27.09.1989 9, ObA 219/89; OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d

Subunternehmer. Der potentielle Auftragnehmer hat zwar aufgrund des direkten Auftragsverhältnisses mit dem Unterauftragnehmer einen rechtlich auch durchsetzbaren Anspruch auf Erfüllung der übernommenen Leistungsverpflichtungen (weshalb ein solcher Anspruch nach der Rechtsprechung des EuGH auch für den Nachweis, dass der Bieter bzw. Bewerber tatsächlich über „fremde Ressourcen“ verfügen kann, ausreichen wird)⁹¹³, doch kann auch dieser Wirtschaftsteilnehmer letztendlich den Subunternehmer faktisch nicht zur Erfüllung der vertraglich vereinbarten Leistungen unter Ausnutzung seiner Ressourcen zwingen, weshalb eine Differenzierung zwischen der Substituierung der wirtschaftlichen bzw. finanziellen und der technischen Leistungsfähigkeit alleine auf dieser Grundlage meines Erachtens nicht gerechtfertigt ist.

Dabei ist auch nicht von Relevanz, dass nach dem Inhalt des Subauftrages die verfügbaren technischen Mittel des Subauftragnehmers zum Einsatz kommen sollen, während der Subunternehmer der Vergabestelle grundsätzlich keine Gewähr dafür gibt, dass er den Bieter bzw. Bewerber im Auftragsfall wirtschaftlich oder finanziell unterstützen wird. Selbst § 353 Abs. 1 EO bietet dem betreibenden Gläubiger - in diesem Falle wäre das der Auftragnehmer der ausgeschriebenen Leistung - lediglich die Möglichkeit, vertretbare Handlungen im Wege der Ersatzvornahme exekutiv durchsetzen zu lassen. Nach Abs. 2 leg. cit. kann der betreibende Gläubiger zugleich beantragen, dem Verpflichteten die Vorauszahlung der Kosten aufzutragen, welche durch die Vornahme der Handlung entstehen werden. Der diesem Antrag stattgebende Beschluss ist in das Vermögen des Verpflichteten vollstreckbar. Damit ist der Werkbesteller schlussendlich auch bei der Substituierung der technischen Leistungsfähigkeit, trotz seines direkten Leistungsanspruches gegenüber dem Subunternehmer, alleine auf das Vermögen des Werkunternehmers verwiesen und kann nicht direkt etwa über die technische Gerätschaft des möglicherweise „notwendigen Subunternehmers“⁹¹⁴ verfügen. Obwohl ein Subauftrag somit primär den Einsatz der technischen Ressourcen des Subauftragnehmers zum Vertragshinhalt hat, kann ein solches Auftragsverhältnis keinesfalles eine Garantie für den Auftraggeber darstellen, dass die Kapazitäten an Gerätschaft und Personal des Unterauftragnehmers auch tatsächlich für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistung eingesetzt werden.⁹¹⁵

⁹¹³ EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

⁹¹⁴ Zur Begrifflichkeit des „notwendigen Subunternehmers“ sei auf *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 19 zu § 55] verwiesen.

⁹¹⁵ Nach *Gölles* ist es dagegen unstrittig, dass für die technische Leistungsfähigkeit eine Berufung auf die verfügbaren Mittel eines Subunternehmers in Frage kommt, weil diese ja bei der Ausführung der

Zwar ist *Legér* beizupflichten, wenn er verlangt, dass rechtlich durchsetzbare Mittel vorhanden sein müssen, welche dem Unternehmen den Anspruch auf zur Verfügungstellung der zum Zwecke des Nachweises der Eignung beigebrachten Kapazitäten einräumen und er daher zu Recht gegenüber der Vergabestelle behaupten kann, über diese Mittel auch tatsächlich zu verfügen.⁹¹⁶ Doch mündet diese rechtlich durchsetzbare Verpflichtung auf zur Verfügungstellung der erforderlichen Ressourcen letztendlich in einem erweiterten Haftungsfond des Bieters bzw. Bewerbers und damit auch des öffentlichen Auftraggebers, der durch diese Konstruktion zumindest haftungsmäßig nicht schlechter gestellt wird.⁹¹⁷ Aus jeder Subvergabe resultiert somit aufgrund der Verlagerung der Vorinvestitionen auf den Nachunternehmer - selbstverständlich unter der Voraussetzung, dass dieser Wirtschaftsteilnehmer über eine ausreichende Bonität verfügt (was von der Vergabestelle vorab in einem konkreten Vergabeverfahren überprüft werden kann und wohl auch muss) - eine Minderbelastung des Bieters bzw. Bewerbers in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht, die im Falle der Auftragserteilung auch auf den Auftraggeber durchschlägt.⁹¹⁸

Ein Wirtschaftsteilnehmer kann sich somit auch auf die wirtschaftlichen und finanziellen Ressourcen eines Subunternehmers berufen, solange er nachweist, dass ihm im Auftragsfall die Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.⁹¹⁹ Damit der Auftraggeber durch den Verweis auf die Kapazitäten eines Dritten nicht schlechter gestellt wird, er also einen möglichst gleichwertigen Haftungsfond hat, normieren die Materialien, dass der Auftraggeber die Übernahme einer erforderlichenfalls gesamtschuldnerischen Verpflichtung durch den Nachunternehmer vorschreiben kann.⁹²⁰ Für eine ausreichende Risikoabdeckung kann auch eine unbedingte Bankgarantie ausreichen.⁹²¹

8.4.7.3 Die fehlende Möglichkeit der Substituierung der Zuverlässigkeit

Während die Eignungsmerkmale Befugnis, technische bzw. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch den Verweis auf die Kapazitäten von Subunternehmern erbracht werden können, ist die Substituierung der Zuverlässigkeit, etwa aufgrund der Einleitung eines

Subauftragsleistung zum Einsatz kämen. Siehe *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 18 zu § 56]

⁹¹⁶ SA des GA Léger 23.09.1999, Rs C-176/98 *Holst Italia SpA*

⁹¹⁷ *Hornbanger*, *The Survival of the fittest - oder Wettbewerb unter Freunden*, in *Sachs* (Hrsg.), *Schwerpunkte zum BVergG 2006* (2005) [211]

⁹¹⁸ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 18 zu § 56]

⁹¹⁹ § 76 Abs. 1 BVergG 2006

⁹²⁰ RV 1171 BlgNR XXII. GP [66]

⁹²¹ *Sachs/Hahnl*, *Das neue Bundesvergaberecht 2006* (2006) [81]

Insolvenzverfahrens, im Regelungsbereich des BVergG 2006 nicht möglich. Dabei ist jedoch neuerlich zu beachten, dass die Einleitung eines Insolvenzverfahrens einerseits zum Ausdruck bringt, dass der betroffene Unternehmer nicht über die erforderlichen Mittel wirtschaftlicher bzw. finanzieller Art⁹²² verfügt, die materiellen und immateriellen Ressourcen des Bieters bzw. Bewerbers daher nicht den sich aus der ausgeschriebenen Leistung ergebenden Anforderungen entsprechen.⁹²³ Andererseits kann er nicht mehr die Gewähr für eine sorgfältige und ordnungsgemäße, den rechtlichen und technischen Normen entsprechende Leistung zum vereinbarten Termin bieten, womit dem Unternehmer die berufliche Zuverlässigkeit abgesprochen wird.⁹²⁴

Die soeben beschriebenen Folgen der Verwirklichung der Insolvenzausschlussstatbestände sind jedoch so eng miteinander verknüpft, dass eine präzise Trennung nicht sinnvoll durchgeführt werden kann.⁹²⁵ So ist etwa die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners, eventuell auch seine Überschuldung, eine notwendige Voraussetzung für die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens.⁹²⁶ Die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens bzw. Sanierungsverfahrens setzt gar nur die drohende Zahlungsunfähigkeit voraus.⁹²⁷ Zahlungsunfähigkeit liegt entsprechend der hierzu ergangenen Judikatur dann vor, wenn der Schuldner mangels liquider Mittel nicht imstande ist, alle seine fälligen Verbindlichkeiten bei angemessener Frist und bei redlicher wirtschaftlicher Gebarung zu begleichen.⁹²⁸ Der Tatbestand der Zahlungsunfähigkeit ist somit bereits dann erfüllt, wenn nicht ausreichend Mittel bereit sind⁹²⁹, unabhängig davon, ob eventuell noch längerfristig verwertbares Vermögen vorhanden ist.⁹³⁰ Diese Definition stimmt dabei weitgehend mit den Ausführungen von *Heid* überein, wonach mit der finanziellen Leistungsfähigkeit eines Unternehmers vor allem die kurzfristig realisierbaren, also liquiden Mittel für die Dauer der Vertragsabwicklung - ohne Gewährleistungs- und Schadenersatzphase - gemeint sind.⁹³¹

⁹²² *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 2 zu § 56]

⁹²³ *Schwarz*, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79 [5]

⁹²⁴ *Gölles*, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, *ecolex* 1998, 907 [1]

⁹²⁵ Siehe dazu insbesondere Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG), der die Verbindung der Insolvenztatbestände zu der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit durch den Verweis auf die zur Auftrags Erfüllung zur Verfügung stehenden Mittel ausdrücklich herstellt.

⁹²⁶ Vgl. § 67 KO, § 1 AO

⁹²⁷ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 56]

⁹²⁸ OGH 10.08.1977 10 Os 95/77, EvBl 1978/42

⁹²⁹ OGH 26.01.1983, 3 Ob 539/82, JBl 1983, 654; OGH 29.11.1983, 7 Ob 744/83, RdW 1984, 141

⁹³⁰ Hierbei ist vor allem an Liegenschaftsvermögen zu denken.

⁹³¹ *Heid/Hauk/Preslmayr*, Handbuch des Vergaberechts (2002) [150]

Der Zusammenhang zwischen dem vergaberechtlichen Insolvenzausschlussstatbestand und der erforderlichen wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, lässt sich dabei insbesondere auch dem Überschuldungsbegriff der Insolvenzgesetze entnehmen. So stellt der Überschuldungsbegriff eher auf die Kapital- und Vermögensausstattung und auf die künftige wirtschaftliche Gebarungsmöglichkeit des in Zahlungsschwierigkeiten geratenen Unternehmens ab. Überschuldung ist grundsätzlich dann gegeben, wenn die Passiven größer sind als die Aktiven. Dabei ist jedoch der wahre Unternehmenswert entscheidend, weshalb eine Unternehmensbewertung - nach Liquidationswerten - anzustrengen ist und insbesondere auch stille Reserven aufzudecken sind.⁹³² Doch nur dann, wenn sich auch keine positive Fortbestehungsprognose erstellen lässt, wobei hierzu von Fortführungswerten (going concern) auszugehen ist, soll der Überschuldungsbegriff erfüllt sein. Die Liquidation muss daher wahrscheinlich und das zu Liquidationswerten angesetzte Vermögen im Falle der Liquidation zur Befriedigung der Gläubiger unzureichend sein.⁹³³ Der Überschuldungsbegriff stellt also - wie die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - mehr auf das Gesamtvermögen bzw. Kapital eines Unternehmens ab und bezieht daher auch längerfristig gebundenes Anlagevermögen in die Betrachtung mit ein. Die obigen Ausführungen verdeutlichen, dass die Prüfung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sowie die Frage des Erfüllens der Insolvenzausschlussstatbestände grundsätzlich auf die gleichen unternehmensbezogenen Kriterien abstellen. Meines Erachtens ist daher ein unterschiedliches Vorgehen im Falle der mangelnden wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. bei Vorliegen der Insolvenztatbestände nicht gerechtfertigt, was sich insbesondere für die Frage der Substituierbarkeit der unzureichenden Eignung auswirkt.

8.5 Die Folgen einer unsachlichen Differenzierung

Wie in dieser Arbeit bereits angesprochen, ordnete Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG) ausdrücklich an, dass der Auftraggeber bei Vorliegen der Insolvenztatbestände ermächtigt ist, für ein etwaiges Verbleiben eine Erklärung des betroffenen Bieters bzw. Bewerbers bezüglich seiner finanziellen Lage sowie der ihm zur Durchführung des konkreten Auftrages zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu verlangen. Untersucht man die im Entwurf der Kommission (65/187/EWG) vorgesehene Erklärung auf ihren Inhalt bzw. Umfang, so kann man diese von Seiten der Teilnehmer zur Verfügung

⁹³² OGH 03.12.1986 1 Ob 655/86, EvBl 1987/104; OGH 03.12.1986 1 Ob 655/86, RdW 1987, 126

⁹³³ OGH ÖBA 1987, 334

gestellte Information in zwei Teilbereiche untergliedern: Zum einen hat diese Erklärung Aussagen über die finanzielle Lage des Bieters bzw. Bewerbers zu enthalten, zum anderen soll sie über die dem Unternehmen zur Durchführung der Arbeiten zur Verfügung stehenden Möglichkeiten Aufschluss geben.⁹³⁴ Wenn aber bereits dem ersten Element der Unternehmererklärung die starke Verbindung der Insolvenzausschlussstatbestände zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entnommen werden kann, so ist meines Erachtens die unterschiedliche Behandlung der Substituierung von Kapazitäten im Falle der Einleitung eines Insolvenzverfahrens im BVergG 2006 nicht gerechtfertigt. Sowohl bei der Abklärung der finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit als auch bei der Überprüfung der Unternehmer im Falle der Einleitung eines der beschriebenen Insolvenzverfahren geht es also primär darum, ob dem Auftraggeber durch die Beauftragung des Bieters bzw. Bewerbers im Hinblick auf eine Überschuldungs- bzw. Insolvenzgefahr oder voraussichtliche Liquiditätsengpässe ein nicht tragbares Risiko erwächst⁹³⁵.

Den Wirtschaftsteilnehmern die notwendige Substituierung der wirtschaftlichen und finanziellen, allenfalls auch technischen Ressourcen erst ab der Einleitung bzw. Abweisung der im § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 genannten Verfahren zu verbieten, führt meiner Einschätzung nach alleine dazu, dass betroffene Unternehmer ihrer im § 69 Abs. 2 KO bzw. IO normierten Konkurseröffnungsantragspflicht nicht ordnungsgemäß nachkommen werden bzw. nachkommen können. Liegen die Voraussetzungen für die Konkurseröffnung vor, so muss der Schuldner diese ohne schuldhaftes Zögern, jedenfalls aber 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit beantragen. Schuldhaft verzögert ist der Antrag dann nicht, wenn die Eröffnung eines Ausgleichsverfahrens sorgfältig betrieben worden ist.⁹³⁶ Der Zweck dieser Antragsfrist ist, den antragspflichtigen Personen einen letzten Sanierungsversuch ohne Verletzung der insolvenz- und gesellschaftsrechtlichen Konkursantragspflicht zu ermöglichen.⁹³⁷ Bei einem entsprechenden Sanierungsversuch wäre daher die Verzögerung der Antragstellung weder schuldhaft, noch rechtswidrig. Dabei darf die 60-Tage-Frist jedoch nicht uneingeschränkt in Anspruch genommen werden, denn auch während dieses Zeitraumes ist der Grundsatz „ohne schuldhaftes Zögern“ zu beachten. Notwendige Voraussetzung der

⁹³⁴ Siehe Art 20 letzter Absatz des Entwurfs der Kommission (65/187/EWG)

⁹³⁵ Gölles, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 5 zu § 52]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16

⁹³⁶ § 69 Abs. 2 letzter Satz KO

⁹³⁷ JA 1147 BlgNR XV. GP [22]

Ausschöpfung der Frist sind weiters „ernsthafte“ Sanierungsversuche.⁹³⁸ Obwohl § 69 Abs. 2 KO bzw. IO explizit nur das sorgfältige Betreiben eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens als Möglichkeit einer nicht schuldhaften Verzögerung der Antragspflicht normiert, können auch außergerichtliche Sanierungsversuche die Ausnutzung der Frist rechtfertigen.⁹³⁹ Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Inanspruchnahme der Antragsfrist lediglich dann nicht schuldhaft bzw. rechtswidrig ist, wenn tatsächlich Aktivitäten, die die Sanierung innerhalb der Antragsfrist erwarten lassen, gesetzt werden. Sanierung bedeutet in diesem Zusammenhang etwa, dass die Bereitstellung der Mittel für die Erfüllung der erforderlichen Quote gesichert sein muss. Im Falle von außergerichtlichen Sanierungsversuchen ist der Erfolg innerhalb der Antragsfrist ungleich schwieriger zu erfüllen, muss ja hier die Insolvenz zur Gänze beseitigt werden.⁹⁴⁰

Fraglich ist auch, wann die 60-Tage-Frist konkret beginnt. Das Gesetz selbst knüpft den Beginn der Antragsfrist an die materiellen Konkursvoraussetzungen: Zahlungsunfähigkeit und in bestimmten Fällen Überschuldung.⁹⁴¹ Diese Tatbestände sind dabei jedoch nur auf den ersten Blick ausreichend objektiviert; insbesondere der Überschuldungstatbestand kann von den antragsverpflichteten Personen nicht sofort festgestellt werden.⁹⁴² So muss etwa ein Status zu Liquidationswerten und eine Fortbestehensprognose erstellt werden, was eine gewisse Zeit in Anspruch nimmt. Die Organwalter hätten daher unter Umständen noch gar keine ausreichende Kenntnis über das Vorliegen der materiellen Konkursvoraussetzung „Überschuldung“, während die höchst zulässige Antragsfrist bereits ablaufen könnte, was wiederum dem Zweck der Frist, die Sanierung des Unternehmens, zuwider laufen würde.⁹⁴³ Deshalb beginnt der Lauf der Frist erst mit der subjektiven Kenntnis der Organwalter von der Überschuldung bzw. nach einer Mindermeinung, wenn die Insolvenz manifest wird, womit jedoch eine mögliche Haftung der zur Antragstellung verpflichteten Personen wegen schuldhafter Nichterkennung der Überschuldung nicht ausgeschlossen wird. Es ist daher zwischen dem Beginn des Fristenlaufs und der Entstehung der Antragspflicht zu differenzieren. Die Konkursantragspflicht besteht aus Gründen des Gläubigerschutzes

⁹³⁸ OGH 29.03.1990, 6 Ob 532/90; ÖBA 1990, 942 (*Karollus*) = WBl 1990, 345 (*Dellinger*) = *ecolex* 1990, 476 = *RdW* 1990, 375

⁹³⁹ *Dellinger* in *Konecny/Schubert*, KO (2005) [Rz 14 zu § 69]

⁹⁴⁰ *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG¹⁷ (2000) [Rz 44 zu §64]

⁹⁴¹ *Dellinger/Oberhammer*, *Insolvenzrecht*² (2004) [Rz 317]; Die Eröffnung des Konkurses über eingetragene Personengesellschaften, bei denen kein persönlich haftender Gesellschafter eine natürliche Person ist, über das Vermögen juristischer Personen und über Verlassenschaften findet, soweit besondere Gesetze nichts anderes bestimmen, gemäß § 67 Abs. 1 KO auch bei Überschuldung statt.

⁹⁴² Zum „dynamischen Überschuldungsbegriff“ vgl. auch *Rechberger/Thurner*, *Insolvenzrecht*² (2004) [Rz 66]

⁹⁴³ *Koppensteiner*, GmbHG² (1999) [Rz 37 zu § 25]

nämlich bereits ab dem Zeitpunkt der objektiven Erkennbarkeit der Insolvenz.⁹⁴⁴ Während etwa in Deutschland aufgrund der nur zweiwöchigen Antragsfrist die Ansicht vertreten wurde, dass unabhängig vom Fristenablauf bei ordnungsgemäß betriebenen Sanierungsversuchen keine schuldhaftige Verzögerung des Insolvenzantrages vorliegt⁹⁴⁵, ist in Österreich die 60-Tage-Frist jedenfalls als absolute Höchstantragsfrist zu verstehen. Wird nun für den Beginn des Fristenlaufs auf die subjektive Kenntnis der Organwalter von dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung abgestellt, so werden diese dadurch gerade zum „Verschließen der Augen“ gedrängt, um ihrem Unternehmen die Teilnahme an lukrativen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge so lange wie möglich erhalten zu können.

Ein weiteres Resultat der absoluten Konkursantragspflicht ist, dass auch ein - wenn auch nicht innerhalb der Antragsfrist des § 69 Abs. 2 KO bzw. IO - sanierbarer Unternehmer nach Ablauf der Frist bei sonstigem Schadenersatz verpflichtet ist, die noch andauernden Sanierungsbemühungen abubrechen und einen Insolvenzantrag zu stellen. Dies mag wohl durchaus seine Rechtfertigung finden (etwa bietet das eröffnete Insolvenzverfahren weitere Sanierungsmöglichkeiten für den insolventen Unternehmer), jedoch führt die Einleitung eines Konkurs- bzw. Insolvenzverfahrens, eines gerichtlichen Ausgleichsverfahrens, eines Vergleichsverfahrens oder eines Zwangsausgleiches bzw. der Abweisungsbeschluss eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens entsprechend § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 automatisch auch zum zwingenden Ausschluss des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers von sämtlichen, während des anhängigen Insolvenzverfahrens laufenden Vergabeverfahrenen.⁹⁴⁶ Während also der Vertragsabschluss zwischen einem Wirtschaftsteilnehmer und einem öffentlichen Auftraggeber ohne Einleitung bzw. Abweisung eines Insolvenzverfahrens vergaberechtlich grundsätzlich zulässig wäre, so bleibt dem Unternehmer diese Möglichkeit bei einem eröffneten Insolvenzverfahren verwehrt. Gerade für bestimmte Wirtschaftstreibende - man denke etwa an Unternehmen in den Bereichen Verkehrswege- und Infrastrukturbau - sind öffentliche Auftraggeber jedoch oftmals die einzig denkbaren Vertragspartner. Der in finanzielle Schwierigkeiten geratene Unternehmer wird daher abermals danach trachten, die vorgegebene Antragsfrist nach Möglichkeit auszureizen, sind ja innerhalb dieser „Sanierungsfrist“ neue, zur Unternehmensfortführung notwendige Geschäfte

⁹⁴⁴ *Dellinger in Konecny/Schubert*, KO (2005) [Rz 18 zu § 69]

⁹⁴⁵ Siehe jedoch nunmehr *Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh*, GmbHG¹⁷ (2000) [Rz 44 zu § 64]

⁹⁴⁶ *Preslmayr & Partner Rechtsanwälte*, Vergabe von Dienstleistungsaufträgen (1998) [110, 163]; *Schwartz*, Bundesvergabegesetz (2003) [Rz 1 zu § 51]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16; 16.12.2003, F-18/00-68; 23.3.1998, F-13/97-29; *Hahnl*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [E.2. zu § 98]; VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050

zulässig und auch mit der Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters vereinbar.⁹⁴⁷

Während der Sanierungsgedanke im Insolvenzrecht aufgrund der jüngeren Gesetzesnovellen⁹⁴⁸ eine immer stärkere Ausprägung erhält, wird diese Zielsetzung mit den oben beschriebenen Folgen der vergaberechtlich normierten Ausschlussverpflichtung geradezu konterkariert. Die Insolvenzverfahren bezwecken nämlich nicht nur die Wahrung der Interessen der Gläubiger, sondern beziehen auch den Schuldner sowie dritte Personen (wie vor allem Arbeitnehmer) in den Regelungszweck mit ein.⁹⁴⁹ Weiters soll gerade auch verhindert werden, dass es zu einer Zerschlagung sanierungsfähiger Unternehmen kommt, was dem Unternehmensträger wiederum die Möglichkeit wahrt, sich wirtschaftlich zu erholen. Dieser „Sanierungsgedanke“ war schon für die Schaffung der AO entscheidend und findet sich nunmehr verstärkt auch im Bereich der IO. Meines Erachtens zu verneinen ist die bislang umstrittene Frage, ob die Konkursantragspflicht auch darauf abzielt, insolvente Unternehmen von der Teilnahme am wirtschaftlichen Markt auszuschließen und somit sicherzustellen, dass niemand mehr dem Insolventen Kredit gewährt und dadurch Schaden erleidet.⁹⁵⁰ Diesem Gedanken widerspricht wohl schon § 3 KO bzw. IO, wonach Rechtshandlungen des Gemeinschuldners nach der Konkurseröffnung, welche die Konkursmasse betreffen, den Konkursgläubigern gegenüber - nicht jedoch gegenüber Dritten⁹⁵¹ - unwirksam sind. Zahlungen an den Gemeinschuldner sind gar nur mehr dann schuldbefreiend, wenn das Geleistete der Konkursmasse zufließt oder wenn dem Schuldner des Gemeinschuldners die Konkurseröffnung weder bekannt war noch bekannt sein musste.⁹⁵² Die diesbezügliche Beweislast trifft dabei den Schuldner.⁹⁵³ Durch die Regelung der KO bzw. IO besteht daher sogar erhöhte Gefahr für jene Schuldner, die in fahrlässiger Unkenntnis über die Insolvenz des Gemeinschuldners Leistungen an diesen erbringen. Die Bedrohung des Rechtsverkehrs wird daher alleine durch die Konkurseröffnung nicht beseitigt.

Zusammenfassend lässt sich aus § 76 Abs. 1 BVergG 2006 vor allem ein Schluss ziehen: Während es einem Bieter, der ordnungsgemäß einen Insolvenzeröffnungsantrag bzw. einen Antrag auf Eröffnung des Ausgleichsverfahrens bzw. Sanierungsverfahrens gestellt hat,

⁹⁴⁷ Dellinger in Konecny/Schubert, KO (2005) [Rz 23 zu § 69]; Koppensteiner, GmbHG² (1999) [Rz 9 zu § 25]

⁹⁴⁸ IRÄG 1982, 1994 und 1997; KO-Nov 1993

⁹⁴⁹ Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 11]

⁹⁵⁰ Siehe etwa Dellinger in Konecny/Schubert, KO (2005) [Rz 87ff zu § 69];

⁹⁵¹ Rechberger/Thurner, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 70]

⁹⁵² Siehe § 3 Abs. 2 KO

⁹⁵³ Jaeger/Henckel, Konkursordnung⁹ [Rz 53ff zu § 8]

verwehrt ist, diesen „Mangel“ durch die Nennung eines liquiden Dritten zu heilen, kann ein Unternehmer, der unter Umständen rechtswidrig keinen solchen Antrag stellt und daher auch nicht den Ausschlussgrund des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 erfüllt, sich mittels Verweis auf einen potenten Partner vor dem drohenden Ausschluss „retten“. Sollte nämlich ein Konkursverfahren drohen, aber noch nicht eingeleitet worden sein, käme für den öffentlichen Auftraggeber lediglich die Verneinung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit in Betracht; eine Erweiterung des Ausschlussstatbestandes des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 auf derartige Konstellationen ist entsprechend dem bisherigen Meinungsstand nicht möglich.⁹⁵⁴

Verschärft wird dieses Ungleichgewicht meines Erachtens weiters durch die Tatsache, dass der Schuldner bei Vorliegen der Voraussetzungen für die Konkurseröffnung⁹⁵⁵ gemäß § 69 Abs. 2 KO bzw. IO die Eröffnung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch 60 Tage nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit bzw. Überschuldung zu beantragen hat, was dem potentiellen Gemeinschuldner aufgrund des Kriteriums der „subjektiven Kenntnis“ doch einen gewissen Spielraum belässt.⁹⁵⁶ Auf der anderen Seite wird jedoch ein grundsätzlich sanierungsfähiger Wirtschaftsteilnehmer durch die 60-tägige Absolut-Frist in ein Insolvenzverfahren gedrängt, was aufgrund der in den Insolvenzgesetzen vorhandenen Sanierungsmöglichkeiten auch durchaus seine Rechtfertigung findet. Allerdings verwehrt die vergaberechtliche Ausschlussverpflichtung dann dem Schuldner oftmals jegliche Sanierungschance. Daneben ist auch § 1 Abs. 1 AO bzw. § 167 Abs. 2 IO beachtenswert, wonach ein Schuldner bereits bei drohender Zahlungsunfähigkeit die Eröffnung des Ausgleichs- bzw. Sanierungsverfahrens beantragen kann; denn auch die Eröffnung dieser Verfahren führt gemäß § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 zum zwingenden Ausschluss des betroffenen Unternehmers.⁹⁵⁷

9. Der Einfluss der Insolvenzrechtsnovelle 2010

Am 2.3.2010 wurde im Ministerrat die Regierungsvorlage für ein Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010 (IRÄG 2010) beschlossen; der Termin für das Inkrafttreten war der 1.7.2010. Intention dieser umfassenden Novellierung ist insbesondere

⁹⁵⁴ *Mayr in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2006 (2008) [Rz 62 zu § 68]

⁹⁵⁵ Vgl. dsbzgl. die §§ 66, 67 KO

⁹⁵⁶ *Rechberger/Thurner*, Insolvenzrecht² (2004) [Rz 193]

⁹⁵⁷ *Gölles/Holoubek*, Bundesvergabegesetz 2002 (2002) [10]; *Gölles in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 10 zu § 51]

die Ermutigung der Unternehmer, früher Insolvenz anzumelden sowie die Vereinheitlichung der Insolvenzverfahren. So wurde etwa die Ausgleichsordnung zur Gänze abgeschafft. Der verwendete Begriff „Insolvenzverfahren“ soll sämtliche möglichen Varianten umfassen. Das Insolvenzverfahren ist grundsätzlich ein einheitliches Verfahren, das jedoch entweder als Sanierungsverfahren oder als Konkursverfahren zu bezeichnen ist.⁹⁵⁸ Legt der Schuldner bereits vor Eröffnung des Verfahrens einen Sanierungsplan vor, so ist das nachfolgende Insolvenzverfahren als Sanierungsverfahren zu bezeichnen. Wird der Sanierungsplan in weiterer Folge jedoch nicht angenommen oder liegen sonstige Gründe vor, die eine Sanierung ausschließen, so hat das zuständige Insolvenzgericht die Bezeichnung des Verfahrens auf Konkursverfahren abzuändern. Der Ablauf des Konkursverfahrens soll weitgehend unverändert bleiben. Der Schuldner hat weiterhin die Möglichkeit, einen Zwangsausgleich bzw. nunmehr Sanierungsplan vorzulegen.

Hintergrund dieser tiefgreifenden Novellierung ist das Bestreben des Bundes, auch angesichts der gegenwärtigen Wirtschaftskrise, die Sanierung von finanziell angeschlagenen Unternehmen zu erleichtern. Durch die verstärkte Ausprägung des Fortführungsgedankens sollen vor allem auch Arbeitsplätze gesichert werden. Dem Schuldner wird durch die Möglichkeit der Vorlage eines qualifizierten Sanierungsplans mit einer Mindestquote von weiterhin 20 % die Selbstverwaltung erhalten. Andernfalls übernimmt ein vom Gericht bestellter Insolvenzverwalter die Geschäfte des Unternehmers.⁹⁵⁹ Verringerte Zustimmungserfordernisse⁹⁶⁰ sowie das Recht des Schuldners, der Stigmatisierung durch die frühzeitige Löschung des Namens aus der öffentlichen Insolvenzdatei⁹⁶¹ entgegenwirken zu können, soll die Unternehmenssanierung weiter fördern. Im Falle eines Sanierungsverfahrens darf ein Unternehmen gemäß § 168 Abs. 2 IO erst dann verwertet werden, wenn der Sanierungsplanvorschlag nicht innerhalb von 90 Tagen nach Eröffnung des Verfahrens angenommen wird.⁹⁶²

Wesentliches Element der Insolvenzrechtsnovelle 2010 ist die Auflösungssperre von Verträgen, wenn die Vertragsauflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden könnte. In diesem Fall können Vertragspartner des Schuldners die mit dem Schuldner geschlossenen Verträge bis zum Ablauf von sechs Monaten nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens nur aus

⁹⁵⁸ 143/ME XXIV. GP [1]

⁹⁵⁹ Casper, Insolvenzrechtsnovelle 2010, Lexikon 01/2010 [1]

⁹⁶⁰ § 147 Abs. 1 IO

⁹⁶¹ § 256 Abs. 3 IO

⁹⁶² Wilhelm, Reform des Unternehmensinsolvenzrechts, eolex 2009, 848

wichtigem Grund auflösen. Dabei normiert § 25a Abs. 1 IO ausdrücklich, dass eine Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners und der Verzug des Schuldners mit der Erfüllung von vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens fällig gewordenen Forderungen ex lege nicht als wichtiger Grund anzusehen ist. Die Auflösungssperre soll nur dann nicht gelten, wenn die Auflösung des Vertrages zur Abwendung schwerer persönlicher oder wirtschaftlicher Nachteile des Vertragspartners unerlässlich ist sowie bei Ansprüchen auf Auszahlung aus Kreditverträgen und bei Arbeitsverträgen. Durch das Gebot, an einem Vertrag trotz wirtschaftlicher Schwierigkeiten seines Vertragspartners festzuhalten, soll das Fortbestehen und damit die Sanierung eines Unternehmens nicht vom Verhalten eines Kontrahenten abhängig gemacht werden. Dies erkannte insbesondere auch der UNCITRAL Legislative Guide on Insolvency Law (2005), der sich für die Aufrechterhaltung von Verträgen ausspricht.⁹⁶³ Die Sanierung eines Unternehmers erscheint nämlich ungleich schwieriger bzw. nahezu unmöglich, wenn dem Schuldner durch die Kündigung von laufenden Verträgen Erwerbchancen genommen werden. Der Formulierung des § 25a IO lässt sich entnehmen, dass dem Vertragskontrahenten des Schuldners das ordentliche Kündigungsrecht jedoch nur dann genommen wird, wenn die Auflösung die Fortführung des Unternehmens gefährden würde. Die Weiterführung des Unternehmens ist daher Voraussetzung für diese gesetzliche Einschränkung der Kündigungsrechte.

Während die Einschränkung der Kündigungsmöglichkeiten nach Eröffnung eines Insolvenzverfahrens dem Fortführungsgedanken der Novelle grundsätzlich entspricht, so wird die Effektivität dieser Bestimmung durch § 21 Abs. 2 IO wieder relativiert. Ist der Schuldner nämlich mit einer nicht in Geld bestehenden Leistung in Verzug, so muss sich der Insolvenzverwalter unverzüglich nach Einlangen des Ersuchens des Vertragspartners, längstens aber innerhalb von fünf Tagen, erklären, ob er in den Vertrag eintritt oder vom Vertrag zurücktritt. Eine seriöse Prüfung der entsprechenden Verträge erscheint in dieser kurzen Zeit nicht möglich⁹⁶⁴, weshalb davon auszugehen ist, dass sich der Insolvenzverwalter nicht rechtzeitig erklären wird, was wiederum zu der ex lege Vermutung „Vertragsrücktritt“ führt. Die Aufrechterhaltung von laufenden Verträgen ist aber gerade ein wichtiger Faktor für eine erfolgreiche Fortführung eines finanziell angeschlagenen Unternehmens.

⁹⁶³ RV 612 BlgNR XXIV. GP [12]

⁹⁶⁴ *Wagner*, Insolvenzrecht, Die Presse - Rechtspanorama, 21.3.2010

Eine weitere Einschränkung der grundsätzlich verpflichtenden Auflösungssperre ist den Materialien zur Regierungsvorlage zu entnehmen. So sollen nach der Intention des Gesetzgebers jene Verträge von der Kündigungsbeschränkung des § 25a IO nicht erfasst werden, für die spezielle Auflösungsbestimmungen gerade für den Insolvenzfall vorgesehen sind, wie etwa § 1210 ABGB für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.⁹⁶⁵ § 1210 ABGB normiert diesbezüglich, dass ein Mitglied der Gesellschaft, das in Konkurs verfällt, vor Verlauf der Zeit von der Gesellschaft ausgeschlossen werden kann. § 1210 ABGB regelt somit den Ausschluss eines Gesellschafters bei grundsätzlich gleichzeitigem Weiterbestand der Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern.⁹⁶⁶

9.1 Die Auflösung von Verträgen durch öffentliche Auftraggeber

Die im § 25a IO normierte Kündigungsbeschränkung ist in zweifacher Hinsicht zeitlich begrenzt: Zum einen muss das Unternehmen fortgeführt werden und zum anderen endet sie jedenfalls sechs Monate nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Zwar normiert § 25a IO ausdrücklich nur, dass eine Kündigung wegen der Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ausgeschlossen ist. Doch ist damit nicht eindeutig klaggestellt, dass eine Kündigung wegen Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse vor Insolvenzeröffnung jedenfalls zulässig ist.⁹⁶⁷ Insbesondere könnte damit argumentiert werden, dass eine Kündigung bzw. die Vereinbarung einer Kündigungsmöglichkeit bei Auftreten wirtschaftlicher Schwierigkeiten die zwingende Vertragsauflösungssperre unterlaufen könnte. In diese Richtung deutet auch § 25b Abs. 1 IO, wonach sich Vertragsteile nicht auf Vereinbarungen, wodurch die Anwendung der §§ 21 bis 25a IO im Verhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner im Voraus ausgeschlossen oder beschränkt wird, berufen können.

Dazu im diametralen Gegensatz steht § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006, wonach der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren grundsätzlich verpflichtend auszuschließen hat⁹⁶⁸, wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich

⁹⁶⁵ RV 612 B|gNR XXIV. GP [13]

⁹⁶⁶ Grillberger, in Rummel, ABGB, § 1210 [1]

⁹⁶⁷ Hoenig/Viehböck, Schutzschirm: Insolvenzreform gefährdet Standort, Die Presse - Rechtspanorama, 28.3.2010

⁹⁶⁸ Gölles, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91 [1]

eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde. Zwar können die §§ 25a und 25b IO mangels Vorliegens eines Vertrages nicht direkt auf ein Verfahren zur Vergabe einer bestimmten Leistung angewendet werden, der Vertrag entsteht ja erst durch den Zuschlag, doch ergibt sich durch die vergaberechtliche Bestimmung nachstehende Besonderheit: Während ein Wirtschaftsteilnehmer, der versucht, sein Unternehmen durch die rechtzeitige Beantragung etwa eines Sanierungsverfahrens fortzuführen, automatisch vom Vergabeverfahren auszuschließen⁹⁶⁹ ist, so hat ein Bieter bzw. Bewerber, der möglicherweise sogar rechtswidrig keinen solchen Antrag stellt, durch die Substituierung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit die Möglichkeit, am Vergabeverfahren weiter teilzunehmen. Wird jedoch nach einer möglichen Auftragserteilung über das Vermögen dieses Unternehmers ein Insolvenzverfahren eröffnet, so bleibt der Auftraggeber wegen der im § 25a IO normierten Auflösungsbeschränkung an den Vertrag bis zu sechs Monate gebunden. Die Substituierung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beseitigt nämlich noch nicht die Sanierungsbedürftigkeit des insolventen Unternehmers und ist nicht mit der Rückstehungs- bzw. Nachrangigkeitserklärung des § 67 Abs. 3 KO bzw. IO gleichzusetzen. Trotz des vermeintlichen Schutzmechanismus des § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 wäre somit ein Auftraggeber an einen insolventen Wirtschaftsteilnehmer - zumindest über einen längeren Zeitraum - gebunden. Hinzu kommt, dass Forderungen aus Verträgen, die nach Insolvenzeröffnung eingegangen wurden, Massforderungen nach § 46 KO bzw. IO darstellen und dem Auftraggeber somit verstärkten Schutz bieten würden.

9.2 Der Einfluss der Novellierung der Insolvenzgesetze auf das Vergaberecht

Einer der leitenden Grundsätze des IRÄG 2010 ist die Sanierung wirtschaftlich angeschlagener Unternehmer um deren Fortführung sowie den Erhalt von Arbeitsplätzen und der Kaufkraft zu sichern. Eine nahezu identische Entwicklung gab es im deutschen Insolvenzrecht bereits in den späten 90er Jahren. Durch das Inkrafttreten der Insolvenzordnung vom 5.10.1994 am 1.1.1999 wurde der Begriff „Konkurs“ durch „Insolvenz“ ersetzt. Bereits § 1 der deutschen Insolvenzordnung normiert dabei die Möglichkeit, dass der Schuldner durch einen Insolvenzplan den Erhalt des gefährdeten Unternehmens sichern kann. Somit sollte durch die deutsche Insolvenzrechtsnovelle ebenso der Fortbestand des Unternehmers gesichert werden.

⁹⁶⁹ VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050

Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage hat sich die Novellierung des deutschen Insolvenzrechts jedoch auch zumindest mittelbar auf die vergaberechtliche Problemstellung der Unternehmerinsolvenz in der öffentlichen Auftragsvergabe ausgewirkt. Die vor dem Hintergrund der Förderung der Unternehmensfortführung eingetretenen materiellen Änderungen des Insolvenzrechts wirkten sich auf das, dem Auftraggeber durch das deutsche Vergaberecht eingeräumte, Entscheidungsermessen aus. Käme nämlich ein öffentlicher Auftraggeber zu der Entscheidung, dass der Bieter trotz der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ausreichende Chancen auf den Fortbestand seiner wirtschaftlichen Existenz hat, so wäre eine dennoch getroffene Ausschlussentscheidung aufgrund des Insolvenztatbestandes fehlerhaft.⁹⁷⁰ Im Unterschied zur österreichischen Rechtslage ist die Vergabestelle nämlich lediglich berechtigt, grundsätzlich jedoch nicht verpflichtet, den Unternehmer von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Insolvenztatbestand erfüllt ist.⁹⁷¹ Ein unbedingter Ausschluss mangels Eignung wegen eines Insolvenzverfahrens kommt somit nicht in Betracht.⁹⁷² Der Auftraggeber hat vielmehr vorab zu klären, etwa durch Rücksprache mit dem Insolvenzverwalter, ob der Auftrag durch das insolvente Unternehmen erfolgreich durchgeführt werden kann.⁹⁷³

Das Aufrechterhalten von Verträgen ist gerade für bestimmte Wirtschaftstreibende - man denke etwa an Unternehmen in den Bereichen Verkehrswege- und Infrastrukturbau, deren einzig denkbaren Vertragspartner öffentliche Auftraggeber sind - von zentraler Bedeutung.

⁹⁷⁰ *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB [Rz 23 zu § 25]

⁹⁷¹ OLG Celle 05.09.2007, 13 Verg 9/07

⁹⁷² *Wittchen*, Eignung trotz Insolvenzverfahrens möglich, IBR 2006, 220

⁹⁷³ VK Brandenburg 14.03.2005, VK 7/05

10. Zusammenfassung der wesentlichsten Ergebnisse - Abstract

Die im § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 normierte absolute Ausschlussverpflichtung bei Vorliegen eines der Insolvenztatbestände ist sachlich nicht gerechtfertigt. Für den Auftraggeber geht es im Zusammenhang mit den Eignungskriterien nämlich primär darum, ob ihm durch die Beauftragung des Bieters bzw. Bewerbers im Hinblick auf eine Überschuldungs- bzw. Insolvenzgefahr oder voraussichtliche Liquiditätsengpässe ein nicht tragbares Risiko erwächst, oder aber eine vertragsgemäße Abwicklung zu erwarten ist⁹⁷⁴, der Unternehmer den erteilten Auftrag also aller Voraussicht nach auch „durchstehen“ wird.⁹⁷⁵ Der Auftraggeber darf sich daher nicht mit einem „positiven Nachweis“ hinsichtlich der Einleitung eines Insolvenzverfahrens begnügen. Er hat sämtliche vorgebrachten Umstände im Sinne eines kontradiktorischen Verfahrens⁹⁷⁶ zu würdigen und aufgrund der dadurch gewonnenen Rückschlüsse über die wirtschaftliche bzw. finanzielle Lage des betroffenen Wirtschaftsteilnehmers, eine Entscheidung hinsichtlich des Ausschlusses vom weiteren Vergabeverfahren zu treffen.⁹⁷⁷

Zum vergleichbaren Art 23 RL 71/305/EWG hat der EuGH bereits festgehalten, dass diese Ausschlussstatbestände an die Illiquidität bzw. Zuverlässigkeit der Bieter bzw. Bewerber anknüpfen und einen Ausschluss lediglich rechtfertigen „können“.⁹⁷⁸ Art 23 leg. cit. lässt lediglich den Ausschluss aufgrund der abschließend genannten Tatbestände zu, verpflichtet den Auftraggeber aber keinesfalls zum automatischen Ausschluss von betroffenen Bietern bzw. Bewerbern.⁹⁷⁹ Die genannte Bestimmung bezweckt, den jeweiligen Vergabestellen für das konkret ausgeschriebene Verfahren zur Vergabe einer Leistung einen Entscheidungsspielraum zu belassen und ihnen zu ermöglichen, die Anforderungen an die Eignung der teilnehmenden Unternehmer je nach den gegebenen Erfordernissen einzelfallbezogen festzulegen.

⁹⁷⁴ Gölles, Bundesvergabegesetz und ÖNORM A 2050, in *Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner* (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen² (1999) [E 5 zu § 52]; BVA 25.05.1998, N-8/98-16

⁹⁷⁵ *Sachs/Hahnl*, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006) [77]

⁹⁷⁶ VfGH 24.06.1998, G 462/97

⁹⁷⁷ *Kropik*, Die vertiefte Angebotsprüfung und die Beurteilung der Preisangemessenheit von Bauleistungen, in *Sachs* (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005) [156];

⁹⁷⁸ EuGH 09.07.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. Constructions et entreprises industrielles (CEI) und andere

⁹⁷⁹ EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien

Durch die Normierung der zwingenden Insolvenzausschlussstatbestände im § 68 Abs. 1 BVergG 2006 wurde dem Auftraggeber die Möglichkeit genommen, die verfassungsrechtlich erforderliche Einzelfallbetrachtung einzuhalten. Einem Unternehmen ist daher zwingend in einem kontradiktorischen Verfahren⁹⁸⁰ die Chance auf Rechtfertigung einzuräumen, was der VfGH in seinem Erkenntnis für den Fall der bis zur Novelle des BVergG 2006 mit BGBl. I 86/2007 noch gesondert normierten besonderen beruflichen Zuverlässigkeit ausdrücklich klargestellt hat.⁹⁸¹ Denn alleine aufgrund von der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ist ein Unternehmer noch nicht als jedenfalls ungeeignet anzusehen. Der Auftraggeber hat sich daher mit den konkreten Umständen genau auseinanderzusetzen, um der verfassungsrechtlich gebotenen Einzelfallbetrachtung zu entsprechen. Gelangt ein öffentlicher Auftraggeber sodann etwa aufgrund einer Rücksprache mit dem Insolvenzverwalter zu dem Ergebnis, dass der Bieter trotz der Einleitung eines Insolvenzverfahrens ausreichende Chancen auf den Fortbestand seiner wirtschaftlichen Existenz hat, so wäre eine dennoch getroffene Ausschlussentscheidung aufgrund des Insolvenztatbestandes fehlerhaft.⁹⁸² Ein unbedingter Ausschluss mangels Eignung wegen eines Insolvenzverfahrens kommt somit nicht in Betracht.⁹⁸³

Die sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der Eignungsmerkmale „finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“ sowie „Zuverlässigkeit“ zeigt sich insbesondere auch bei der Substituierung der Eignungskriterien. Während die Merkmale Befugnis, technische bzw. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch den Verweis auf die Kapazitäten von Subunternehmern erbracht werden können, ist die Substituierung der Zuverlässigkeit, etwa aufgrund der Einleitung eines Insolvenzverfahrens, im Regelungsbereich des BVergG 2006 nicht möglich.

Den Wirtschaftsteilnehmern die notwendige Substituierung der wirtschaftlichen und finanziellen, allenfalls auch technischen Ressourcen erst ab der Einleitung bzw. Abweisung der im § 68 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 genannten Verfahren zu verbieten, führt meiner Einschätzung nach alleine dazu, dass betroffene Unternehmer ihrer im § 69 Abs. 2 IO normierten Antragspflicht nicht ordnungsgemäß nachkommen werden bzw. nachkommen können.

⁹⁸⁰ Vgl. auch *Höfler/Bayer*, Praxishandbuch Bauvergaberecht² (2003) [Rz 427]

⁹⁸¹ *Gölles* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, Bundesvergabegesetz 2002 (2004) [Rz 16 zu § 55]

⁹⁸² *Kapellmann/Messerschmidt*, VOB [Rz 23 zu § 25]

⁹⁸³ *Wittchen*, Eignung trotz Insolvenzverfahrens möglich, IBR 2006, 220

Literatur- und Entscheidungsverzeichnis

Fachliteratur

Angst, Exekutionsordnung, zweite Auflage (2008)

Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, 17. Auflage (2000)

Bernat/Bohler/Weilinger (Hrsg.), Zum Recht der Wirtschaft - FS Krejci II (2001)

Boesen, Vergaberecht: Kommentar zum 4. Teil des GWB (2000)

Boesen, Das neue Vergaberecht (1999)

Dellinger/Oberhammer, Insolvenzrecht, zweite Auflage (2004)

Elsner, Vergaberecht (1999)

Fruhmann/Gölles/Grussmann/Huber/Pachner (Hrsg.) Bundesvergabegesetz. Kommentar mit einführenden Aufsätzen, zweite Auflage (1999)

Gast, Das öffentliche Vergabewesen in Österreich (2006)

Gölles, Praxisleitfaden

Gölles/Holoubek, Bundesvergabegesetz 2002 (2002)

Gottwald, Insolvenzrechts-Handbuch (2001)

Gruber-Hirschbrich, Vergaberecht (2006)

Gruber, Europäisches Vergaberecht (2005)

Hahl, Bundesvergabegesetz 2002 (2002)

Heid/Hauk/Preslmayr, Handbuch des Vergaberechts (2002)

Heid/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht, zweite Auflage (2002)

Heid & Partnern Rechtsanwälte (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht (2004)

Heid/Schiefer/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht (2010)

Heiermann/Riedl/Rusam (Hrsg.), Handkommentar zur VOB (2003)

Heiermann/Riedl/Rusam, Handkommentar zur VOB, elfte Auflage (2008)

Hertwig, Praxis der öffentlichen Auftragsvergabe (2000)

Höfler/Bayer, Praxishandbuch Bauvergaberecht, zweite Auflage (2003)

Ingenstau/Korbion, VOB, Teile A und B - Kommentar (2004)

Institut für interdisziplinäres Bauprozessmanagement, Online-Kommentar BVergG 2006 (2005)

Jaeger/Henckel, Konkursordnung, neunte Auflage

Kinscher/Paliego-Barfuß, GewO, siebte Auflage (2008)

Konecny/Schubert, KO (2005)

König, Vergaberecht in der Praxis (2000)

König/Streit, Das neue Vergaberecht (2007)

Koppensteiner, GmbHG, zweite Auflage (1999)

Koziol/Welser, Bürgerliches Recht, zwölfte Auflage (2002)

Kropik, Das Vergaberecht in Österreich, vierte Auflage (2007)

Kropik, Bauwirtschaft - Skriptum (2008)

Leinemann, Die Vergabe öffentlicher Aufträge (1999)

Mayr, Eignungs- und Zuschlagskriterien im Vergaberecht (2002)

Öhler, Rechtsschutz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in der Europäischen Union (1997)

Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibung (1998)

Prieß, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union (1994)

Prieß, Handbuch des Europäischen Vergaberechts, dritte Auflage (2005)

Raschauer (Hrsg.), Grundriss des österreichischen Wirtschaftsrechts (2003)

Rechberger/Thurner, Insolvenzrecht, zweite Auflage (2004)

Rechberger/Oberhammer, Exekutionsrecht, vierte Auflage (2005)

Rill/Griller (Hrsg.), Grundfragen der öffentlichen Auftragsvergabe (2000)

Rummel, ABGB, dritte Auflage (2002)

Sachs/Hahnl, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2003)

Sachs/Hahnl, BVergSlg: Entscheidungen zum Bundesvergaberecht (2005)

Sachs/Hahn, Das neue Bundesvergaberecht 2006 (2006)
Scharpenack, Sekundärzwecke im Vergaberecht (2004)
Schenk, Das neue Vergaberecht - Auslegung und Anwendung am Maßstab des Gemeinschaftsrechts (2001)
Schenk, Das neue Vergaberecht (2004)
Schramm, Kommentar Bundesvergabegesetz 2002 (2005)
Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP (2004)
Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP II (2005)
Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP III (2006)
Schramm/Aicher (Hrsg.), Vergaberecht und PPP IV (2007)
Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002 (2004)
Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006 (2008)
Schwartz, Bundesvergabegesetz (2003)
Schwarze [Hrsg.], Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrecht (2000)
Schwarze, Europäisches Verwaltungsrecht (1988)
Schwimann/Rebhahn, ABGB, zweite Auflage (1997)
Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte zum BVergG 2006 (2005)
Sachs (Hrsg.), Schwerpunkte II zum BVergG 2006 (2005)
Steiner, Bundesvergabegesetz 2006, zweite Auflage
Streinz, Europarecht (2005)
Sturm/Fink, Die europäische Rechtsprechung zum Vergaberecht (2003)

Walter/Mayer, Bundesverfassungsrecht, neunte Auflage (2000)
Werschitz/Ragoßnig, Österreichisches Vergaberecht² (2006)

Fachzeitschriften

Aicher, EWR-Vertrag und Europäisierung der öffentlichen Auftragsvergabe, WBl 1992, 273

Casati, Auftragsvergabe - Instrument der Politik?, ecolex 1998, 363

Casati, Bietergemeinschaften am Gängelband des Gewerberechts?, RPA 2002, 200

Casati, Grundsätze im Vergaberecht, ZVB 2002/108

Casper, Insolvenzrechtsnovelle 2010, Lexikon 01/2010

Denk/Steinbach, Die vergaberechtliche Selbstreinigung, ZVB 2008/38

Elsner, Eignungsprüfung - Angebotsprüfung - Zuschlagserteilung, ZVB 2001/50

Fruhmann, Die Rechtsprechung des EuGH im Vergabewesen, ÖZW 1998, 33

Fruhmann, Neues aus BXL "Letzter Stand der Verhandlungen betreffend die Neufassung der Vergaberichtlinien", ZVB 2002/37

Fruhmann/Mayr, Das Bundesvergabegesetz 2006, ecolex 2006, 92

Gölles, Angebotsprüfung im Sektorenbereich, ZVB 2006/4

Gölles, Auftragsperre unzuverlässiger Bieter, ecolex 1998, 907

Gölles, Eignung Bieter & Bewerber nach BVergG 2002, ZVB 2002/91

Gölles, Folgen der Vergabegrundsätze "gesetzliches Verfahren" und "angemessene Preise", ecolex 1998, 543

Gölles, Mangelhafte Angebote - Verbesserbarkeit oder Ausscheiden?, ZVB 2003/93

Gölles, Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen, ZVB 2003/16

Gölles, Systematik der Qualifikation von Bauunternehmen - BVergG 2002, ZVB 2002/99

Gölles, Eignungs-, Auswahl- und Zuschlagskriterien - aktuelle Praxisfälle, ZVB 2002/51

Gölles, Checklist: Angebotsprüfung gemäß BVergG 2002, RPA 2003, 128

Gölles, Checklist: Angebotsprüfung gemäß BVergG 2006, ZVB 2006, 22 76

Gölles, Probleme der Eignungsprüfung bei "neuen" Unternehmen, ZVB 2003, 42

Gölles, ZVB 2002, 246

Heid, Öffentliche Auftragsperre gegen unliebsame Bewerber, ecolex 1995, 328

Hesse, Generalunternehmer und Ausländerbeschäftigung, ecolex 1998, 47

Hoffer/Kranebitter, Ausschluss von Subvergaben gemeinschaftswidrig, ecolex 2001, 578

Holoubek, Gewerbebefugnis und Bietergemeinschaften - zum Verhältnis von Gewerbe- und Vergaberecht, RPA 2003, 263

Hornbanger, Die Rechtsprechung des EuGH zum öffentlichen Auftragswesen, ecolex 1997, 220

Killmann, Bemerkungen zum verpflichteten Ausschluss aufgrund strafrechtlicher Verurteilung-die österreichische Umsetzung, ZVB 2006, 166

Kropik, Der Subunternehmer im Vergabeverfahren, ZVB 2005/14

Latzenhofer, Bewerberauswahl im Verhandlungsverfahren, ZVB 2002/80

Latzenhofer, BVA und EuGH zur Unzulässigkeit von Subvergabebeschränkungen, ZVB 2001/24

Mayer, Auftragssperre wegen illegaler Ausländerbeschäftigung, RdW 1997, 600

Mayr, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29

Öhler, Der Nachweis der Gewerbeberechtigung bei der Bietergemeinschaft, RdW 2004/432

Pachner, Leistungserbringung durch Subunternehmer, ZVB 2001/23

Pachner, Zur Entgegnung von Alexander Latzenhofer auf meinen Beitrag "Ist die Einschränkung von Subunternehmerleistungen rechtswidrig?", ZVB 2001/25

Pachner, ZVB 2003, 93

Pesendorfer, Die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Vergaberecht, RPA 2002, 6

Pock, Die Substituierbarkeit der Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer, RPA 2004, 86

Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1

Sachs, Neue Konturen des BVA, ZVB 2002/119

Schima, Wettbewerbsfremde Regelungen - falsche Signale vom Europäischen Gerichtshof?, ZVB 2002, 57

Schwarz, Der Sinn des Bestbieterprinzips, ZVB 2002/98

Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil I), RPA 2002, 79

Schwarz, Prüfung der Eignung bei der Ausschreibung von Bauaufträgen (Teil II), RPA 2002, 148

Wilhelm, Reform des Unternehmensinsolvenzrechts, ecollex 2009, 848

Wittchen, Eignung trotz Insolvenzverfahrens möglich, IBR 2006, 220

Entscheidungen

EuGH und SA

EuGH 04.12.1974, Rs 41/74 Yvonne von Duyn
EuGH 23.11.1978, Rs 56/77 Agence européen d'intérim/Kommission
EuGH 05.04.1979, Rs 148/78 Strafverfahren gegen Tullio Ratti
EuGH 19.01.1982, Rs 8/81 Becker
EuGH 10.02.1982, Rs 76/81 SA Transporoute et Travaux
EuGH 10.04.1984, Rs 14/83 von Colson und Kamann
EuGH 28.03.1985, Rs C 274/83 Kommission/Italien "Italienische Gesetzgebung C"
EuGH 26.02.1986, Rs 152/84 Marshall
EuGH 09.07.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. Constructions et entreprises industrielles (CEI)
SA des GA Mischo 11.06.1987, RS 27, 28, 29/86 S. A. Constructions et entreprises
industrielles (CEI)
EuGH 20.09.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV
SA des GA Darmon 04.05.1988, Rs 31/87 Gebroeders Beentjes BV
EuGH 22.06.1989, Rs 103/88 Fratelli Costanzo SPA
EuGH 21.09.1989, Rs 68/88 Kommission/Griechenland
EuGH 03.06.1992, Rs C-360/89 Kommission/Italien "Italienische Gesetzgebung D"
EuGH 17.11.1993, Rs C-71/92 Kommission/Spanien
EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I
SA des GA Gulmann 24.02.1994, Rs C-389/92 Ballast Nedam Groep I
EuGH 26.04.1994, Rs C-272/91 Kommission/Italien
SA des GA Gulmann 14.07.1993, Rs C-272/91 Kommission/Italien
EuGH 28.3.1995, Rs C-324/93 The Queen
SA des GA Lenz 04.10.1994, Rs C-324/93 The Queen
EuGH 25.04.1996, Rs C-87/94 Kommission/Belgien
EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II
SA des GA La Pergola 23.10.1997, Rs C-5/97 Ballast Nedam Groep II
EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA
SA des GA Léger 23.09.1999, Rs C-176/98 Holst Italia SpA
EuGH 25.01.2001, Rs C-172/99 Oy Liikenne Ab
SA des GA Léger 12.10.2000, Rs C-172/99 Oy Liikenne Ab
EuGH 18.10.2001, RS C-19/00 SIAC Construction Ltd

SA des GA Jacobs 10.5.2001, RS C-19/00 SIAC Construction Ltd
EuGH 27.11.2001, Rs C-285, 286/99 Lombardini u Mantovani
SA des GA Colomer 05.06.2001, Rs C-285, 286/99 Lombardini u Mantovani
EuGH 12.02.2002, RS C-470/99 Universale-Bau AG, Bietergemeinschaft: 1) Hinteregger
& Söhne Bauges.m.b.H. Salzburg, 2) ÖSTÜ-STETTIN Hoch- und Tiefbau GmbH
EuGH 12.12.2002, Rs C-470/99 Universale Bau
EuGH 23.01.2003, Rs C-57/01 Makedoniko Metro und Michaniki AE
SA der GA Stix-Hackl 11.06.2002, Rs C-57/01 Makedoniko Metro und Michaniki AE
EuGH 19.06.2003, Rs C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgung-Technik GmbH
EuGH 12.02.2004, Rs C-320/02 Grossmann Air Service
EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE Telekom & Partner
SA des GA L. A. Geelhoed 20.11.2003, Rs C-314/01 Siemens AG Österreich und ARGE
Telekom & Partner
EuGH 03.03.2005, Rs C-21/03, C-34/03 Fabricom
EuGH 09.02.2006, verb. Rs C-226/04, C-228/04 La Cascina, Consorzio G. f. M.
SA des GA Poiares Maduro 08.08.2005, verb. Rs C-226/04, C-228/04 La Cascina,
Consorzio G. f. M.

EuG

EuG 08.05.1996, Rs T-19/95 Adia interim SA/Kommission
EuG 26.02.2002, Rs T-169/00 Esedra/Kommission
EuG 25.02.2003, T-4/01 Renco SPA/Rat

KOM

Mitteilung der Kommission „Das öffentliche Auftragswesen in der europäischen Union“,
KOM (98) 143, 21ff

VfGH

VfGH 01.10.1987, G 142/87
VfGH 24.06.1998, G 462/97
VfGH 20.06.2001, B 1560/00

VfGH 21.06.2004, B 531/02 in RdW 2004, 475

VwGH

VwGH 11.04.1980, 2161/78
VwGH 22.11.1988, 88/04/0102
VwGH 20.01.1989, 88/04/0107
VwGH 27.03.1990, 89/04/0064
VwGH 26.11.1993, 93/17/0303
VwGH 11.02.1994, 93/17/0305
VwGH 22.11.1994, 93/04/0107
VwGH 22.03.2000, 2000/04/0029
VwGH 12.07.2000, 2000/04/0049
VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050
VwGH 05.09.2001, 2000/04/0036
VwGH 23.01.2002, 2001/04/0124
VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023
VwGH 04.09.2002, 2000/04/0181
VwGH 09.10.2002, 2000/04/0037
VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093
VwGH 18.03.2009, 2007/04/0234
VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203

BVA

BVA 08.09.1995, N-7/95-14
BVA 06.03.1996, N-1/96 in wbl 1997, 84
BVA 20.06.1996, F-1/96-17
BVA 24.09.1996, F-16/96
BVA 03.12.1996, F-3/96-40
BVA 29.04.1997, N-9/96-28
BVA 24.10.1997, N-20/97-12
BVA 24.10.1997, N-28/97-13
BVA 26.05.1997, N-7/97-12

BVA 19.01.1998, N-1/98
BVA 29.04.1998, F-26/97-22
BVA 25.05.1998, N-8/98-16
BVA 08.06.1998, N-17/98
BVA 26.06.1998, N-18/98-5
BVA 09.07.1998, F-5/98
BVA 12.10.1998, N-26/98-18
BVA 06.11.1998, F-2/97-26
BVA 30.11.1998, N-33/98
BVA 23.03.1999, F-20/98-11
BVA 25.05.1999, N-23/99 in bbl 1999/191
BVA 02.07.1999, N-27/99
BVA 18.02.2000, N-34/99-41
BVA 19.03.2001, N-12/01-32
BVA 06.06.2001, N-17/00-40
BVA 20.07.1999, F-15/98-17
BVA 20.04.2001, N-43/01-20
BVA 11.06.2001, F-25/00-23 in ZVB 2001/29
BVA 02.10.2001, N-80/01-19
BVA 12.11.2001, N-91/01-31
BVA 15.01.2002, N-106/01-33 in ZVB 2002/26
BVA 28.01.2002, N-127/01-29
BVA 11.06.2002, N-128/01
BVA 01.08.2002, N-18/02-39
BVA 07.11.2002, 13N-50/2-13
BVA 11.12.2002, 12N-52/02-26
BVA 17.12.2002, 05N-68/02-18
BVA 13.02.2003, 02N-48/02-17
BVA 13.02.2003, 02N-48/02-17 in ZVB 2003/54
BVA 11.04.2003, 12N-23/03-13
BVA 28.04.2003, 17N-26/03-15
BVA 12.05.2003, 02N-19/03-31
BVA 23.06.2003, 06N-41/03-15
BVA 16.12.2003, F-18/00-68

BVA 18.12.2003, 17N-111/03-6
BVA 23.01.2004, 6N-148/03-15
BVA 09.02.2004, 5N-135/03-54
BVA 19.02.2004, 12N-12/04-5
BVA 20.02.2004, 16N-144/03-36
BVA 24.02.2004, 02N-147/03-73
BVA 14.04.2004, 07N-15/04-42
BVA 23.04.2004, 17N-22/04-34
BVA 13.05.2004, 11N-33/04-23
BVA 18.05.2004, 05N-30/04
BVA 11.06.2004, 5N-35/04-46
BVA 24.06.2004, 17N-48/04-24
BVA 25.06.2004, 14F-11/03-39
BVA 01.07.2004, 6N-52/04-20
BVA 23.07.2004, 14F-9/03-18
BVA 25.08.2004, 07N-75/04-22
BVA 21.12.2004, 06N-105/04-27
BVA 21.01.2005, 17N-116/04-32
BVA 31. 3. 2005, 14N-10/05-15 in ZVB 2005/59
BVA 05.08.2005, 17N-64/05-24
BVA 24.11.2008, N/0139-BVA/05/2008-16
BVA 30.07.2009, N/0075-BVA/04/2009-EV5

B-VKK

B-VKK 12.06.1995, S-9/95
B-VKK 29.11.1995, S-27/95-11
B-VKK 31.01.1996, S-1/96-11
B-VKK 02.07.1996, S-18/96-13
B-VKK 05.07.1996, S-20/96-10
B-VKK 26.08.1996, S-30/1996 in bbl 1999/50
B-VKK 01.10.1996, S-36/96-13
B-VKK 14.11.1996, S-41/96-8
B-VKK 10.03.1997, S-13/97-12

B-VKK 04.07.1997, S-51/97-14
B-VKK 07.08.1997, S-57/97-11
B-VKK 10.09.1997, S-70/97-9
B-VKK 23.09.1997, S-74/97-12
B-VKK 15.09.1998, S-51/98-8
B-VKK 18.12.1998, S-89/98-9
B-VKK 13.04.1999, S-48/99 in bbl 1999/189
B-VKK 31.01.2002, S-5/02-10

OGH

OGH 18.05.1955 3 Ob 264/55, JBl 1955, 309
OGH 30.04.1958 1 Ob 185/58, JBl 1958, 548
OGH 03.10.1968 1 Ob 218/68, SZ 41/123
OGH 11.01.1973 6 Ob 207/72, EvBl 1973/117
OGH 10.08.1977 10 Os 95/77, EvBl 1978/42
OGH in JBl 1954, 620
OGH 26.01.1983 3 Ob 539/82, JBl 1983, 654
OGH 09.07.1986 3 Ob 1513/86, JBl 1986, 257
OGH 03.12.1986 1 Ob 655/86, EvBl 1987/104
OGH 03.12.1986 1 Ob 655/86, RdW 1987, 126
OGH 12.12.1984 3 Ob 131/84, JBl 1995, 309
OGH 29.11.1983, 7 Ob 744/83, RdW 1984, 141
OGH ÖBA 1987, 334
OGH 15.06.1988, 1 Ob 566/88
OGH 07.02.1989, 4 Ob 513/
OGH 27.09.1989, 9 ObA 219/89
OGH 29.03.1990, 6 Ob 532/90
OGH JBl 1990, 587
OGH 13.05.1993, 2 Ob 608/92
OGH 19.10.1994, 7 Ob 269/06 v
OGH 21.02.1996, 3 Ob 2021/96v, RdW 1996, 586
OGH 04.12.1997, 2 Ob 291/97 a
OGH 24.3.1998, 1 Ob 332/97y, RdW 1998, 616

OGH 08.06.2000, 2 Ob 149/00 a
OGH 16.05.2001, 2 Ob 102/01 s
OGH 24.06.2006, 3 Ob 32/06 m
OGH 19.12.2007, 9 ObA 118/07d

BGH

BGH 08.09.1998, X ZR 85/97, in VergabeR 2002, 46
BGH 08.09.1998, X ZR 48/97
BGH 17.02.1999, X ZR 101/97
BGH 08.09.1999, X ZR 109/96
BGH 26.10.1999, X ZR 30/98, in NJW 2000, 661
BGH 16.10.2001, X ZR 100/99

VK

VK Südbayern 05.03.2001, VK 02/01
VK Niedersachsen 12.03.2001, VgK 1/2001, IBR 2001, 328
VK Arnsberg 22.10.2001, VK 1-13/2001
VK Saarland 11.10.2002, 1 VK 6/2002
VK Baden-Württemberg 23.06.2003, 1 VK 28/03
VK Nordbayern 18.09.2003, 320 VK-3194-31/03
VK Saarland 01.10.2003, 3 VK 03/03
VK Münster 04.12.2003, VK 21/03
VK Niedersachsen 26.04.2004, 203-VgK-10/2004
VK Niedersachsen 29.04.2004, 203-VgK-11/2004
VK Niedersachsen 14.05.2004, 203-VgK-13/2004
Bundeskartellamt 02.12.2004, VK 2 - 181/04
Bundeskartellamt 06.07.2006, VK 1 - 52/06

VÜA

VÜA Bund 16.12.1998, 1 VÜ 31/98

OLG

- OLG Frankfurt 3.12.1996, 11 U (Kart) 64/95
- OLG Hamburg 21.01.2000, 1 Verg 2/99 in NVwZ 2001, 714
- OLG Celle 14.3.2000, 13 Verg 2/00
- OLG Düsseldorf 18.07.2001, Verg 16/01 in VergabeR 2001, 419
- OLG Düsseldorf 05.05.2003, VII-Verg 20/03
- OLG Düsseldorf 28.05.2003, VII-Verg 16/03
- OLG Saarbrücken 8.7.2003, 5 Verg 5/02
- OLG Saarbrücken 18.12.2003, 1 Verg 4/03
- OLG Schleswig 05.02.2004, 6 U 23/03
- OLG Frankfurt am Main 30.03.2004, 11 Verg 4/04, 5/04
- OLG Naumburg 26.01.2005, 1 Verg 21/04
- VK Brandenburg 14.03.2005, VK 7/05
- OLG Dresden 25.04.2006, 20 U 467/06
- OLG Celle 05.09.2007, 13 Verg 9/07

Lebenslauf

Mag. Michael Schweda wurde am 1. Juli 1983 in Mödling geboren und ist Absolvent der Höheren Technischen Bundeslehr- und Versuchsanstalt Mödling, Fachrichtung Tiefbau. Er studierte Rechtswissenschaften an der Universität Wien und setzte bereits während des Diplomstudiums den Schwerpunkt seiner juristischen Ausbildung auf die Bereiche Liegenschafts-, Bau-, Wohn- und Vergaberecht.

Darüber hinaus absolviert er das individuelle Diplomstudium „Recht und Wirtschaft des Bau- und Immobilienmarktes“, welches Lehrveranstaltungen an den Fakultäten für Rechtswissenschaften und Wirtschaftswissenschaften der Universität Wien sowie an der Technischen Universität Wien beinhaltet.

Mag. Michael Schweda arbeitete zunächst als Bautechniker in namhaften österreichischen Bauunternehmen und war nach seinem Studium Rechtsanwaltsanwärter bei renommierten Sozietäten in Stuttgart, Wien und Niederösterreich.