



universität
wien

DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation /Title of the Doctoral Thesis

„Subunternehmer im Vergaberecht“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Johannes SAILER

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of
Doktor der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2016 / Vienna 2016

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
degree programme code as it appears on the student
record sheet:

A 783101

Dissertationsgebiet lt. Studienblatt /
field of study as it appears on the student record sheet:

Unternehmensrecht

Betreut von / Supervisor:

o. Univ. Prof. Dr. Josef AICHER

Mitbetreut von / Co-Supervisor:

Widmung

Meiner Familie in Dankbarkeit

Mein Dank gilt

**Ing. Hannes Salesny, Mag. Peter Leidlmair und Dr. Josef Bock,
die mich in zahlreichen Diskussionen und Erörterungen unterstützten.**

Dr. Christian Offer und Sabine Offer

in deren Haus, das sich in Mierming befindet, ich die Arbeit fertigstellen durfte.

1 VERZEICHNISSE

1.1 INHALTSVERZEICHNIS

Widmung.....	ii
1 Verzeichnisse.....	iii
1.1 Inhaltsverzeichnis	iii
1.2 Abkürzungsverzeichnis.....	iv
1.3 Literatur- bzw. Quellenverzeichnis.....	vi
1.4 Gesetzesverzeichnis	vii
1.5 Judikaturverzeichnis	viii
1.6 Tabellenverzeichnis	xi
1.7 Abbildungsverzeichnis.....	xi
2 Kurzfassung	1
3 Einleitung	4
3.1 Allgemeines	4
3.2 Methodischer Aufbau	6
4 Begriffsbestimmung	7
4.1 Begriffsdefinition Subunternehmer	7
4.2 Begriffsanalyse verbundenes Unternehmen, Arbeitsgemeinschaft, Bietergemeinschaft, sonstige Gesellschaft bürgerlichen Rechts.....	18
4.2.1 Unternehmer im Sinne des BVergG	18
4.2.2 Verbundenes Unternehmen.....	21
4.2.3 Gesellschaften bürgerlichen Rechts.....	30
4.3 Bewerber bzw. Bieter im Verhältnis zum Subunternehmer	32
4.4 Zusammenfassung Kapitel 4.....	34
5 Rechtliche Rahmenbedingungen	37
5.1 Phasen des Vergabeverfahrens	37
5.2 Voraussetzung für eine Leistungserbringung durch Subunternehmer.....	39
5.3 Mehrfachbeteiligungen am Vergabeverfahren durch Subunternehmer.....	48
5.4 Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Befugnis.....	52
5.4.1 Eignung.....	52
5.4.2 Zeitraum der erforderlichen Eignung.....	60
5.4.3 Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer	61
5.5 Zusammenfassung Kapitel 5.....	65
6 Ausschluss von Subunternehmerleistungen	69
6.1 Vergabegrundsätze.....	70
6.1.1 Vorgesehene Verfahren nach dem BVergG	70
6.1.2 Grundfreiheiten des AEUV.....	74
6.1.3 Diskriminierungsverbot	74
6.1.4 Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter.....	75
6.1.5 Freier und lauterer Wettbewerb	75
6.2 Vergabeverfahren Bauauftrag, Lieferauftrag, Dienstleistungsauftrag.....	76
6.2.1 Bauauftrag.....	78
6.2.2 Lieferauftrag	82
6.2.3 Dienstleistungsauftrag	84
6.3 Zusammenfassung Kapitel 6.....	88
7 Subunternehmerwechsel.....	91

7.1	Wechsel einer Subunternehmerleistung.....	91
7.2	Zurückziehen einer Subunternehmerleistung	100
7.3	Zusammenfassung Kapitel 7.....	101
8	Insolvenz von Subunternehmer	104
8.1	Aspekte im Insolvenzfall von Unternehmen.....	108
8.2	Folgen der Insolvenz auf die Eignung	109
8.3	Folgen der Insolvenz auf das Vertragsverhältnis.....	120
8.4	Rückgriff auf andere Firmen durch den Auftraggeber	122
8.5	Folgen der Insolvenz auf das abgeschlossene Vergabeverfahren.....	124
8.6	Zusammenfassung Kapitel 8.....	125
9	Gewährleistung durch Subunternehmer	129
9.1	Rechtliche Rahmenbedingungen	130
9.2	Erfüllungsgehilfenhaftung	141
9.3	Eigenschaftsbestimmung	155
9.4	Zusammenfassung Kapitel 9.....	159
10	Ergebnisse, Schlussfolgerungen	162
11	Anhang	172
11.1	Zulässige Bieter einschränkungen gem BVergG.....	172
11.2	Abstract Deutsch.....	186
11.3	Abstract Englisch.....	188

1.2 ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Auftraggeber
AN	Auftragnehmer
AuslBG	Ausländerbeschäftigungsgesetz
AVG	Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz
AVRAG	Arbeitsvertragsrechts- Anpassungsgesetz
BG	Bundesgesetz
BGBI	Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich
BVA	Bundesvergabeamt
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVergGVS	Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit
bzw	beziehungsweise
DL	Dienstleistung
EG	Europäische Gemeinschaft
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof

EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
GewO	Gewerbeordnung
GewRÄG	Gewährleistungsrecht-Änderungsgesetz
GU	Generalunternehmer
hL	herrschende Lehre
hM	herrschende Meinung
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
IO	Insolvenzordnung
IRÄG	Insolvenzrechtsänderungsgesetz
iVm	in Verbindung mit
KSV	Kreditschutzverband
LSDB	Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung
noVmB	nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung
oa	oben angeführt
OGH	Oberster Gerichtshof
OSB	Oberschwellenbereich
oV	offenes Verfahren
PVA	Pensionsversicherungsanstalt
RGBI	Reichsgesetzblatt
Rs	Rechtssache
Rz	Randziffer
Slg	Sammlung
SU	Subunternehmer
T	Tausend
TGU	Teilgeneralunternehmer
UGB	Unternehmensgesetzbuch
USB	Unterschwellenbereich
VKS	Vergabekontrollsenat
VO	Verordnung
VV	Verhandlungsverfahren
Z	Ziffer
zB	zum Beispiel

1.3 Literatur- bzw. Quellenverzeichnis

•	<i>Aicher</i> , Die Subunternehmerregelung nach geltendem und künftigem Recht (2015) anlässlich Vergabeforum in Wien 2015.
•	<i>Brüggen Rechtsanwälte</i> . Beitrag zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.04.2006 – Verg 10/06.
•	<i>Elsner</i> , Bundesvergabegesetz 2006 (2006).
•	<i>FH St.Pölten/Förderagentur/Sozialökonomische Forschungsstelle SFS</i> , Vergaberecht für soziale Dienstleistungen Diskussionsgrundlage.
•	<i>Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner</i> , Bundesvergabegesetz 2006 idF der BVergG-Novelle 2009 ³ (2011).
•	<i>Fruhmann</i> , Die BVergG-Novelle 2015 ZVB [2016] 03.
•	<i>Gast</i> , Zurückziehung von Subunternehmern? (2008).
•	<i>Hauser</i> , Schweizer Bauwirtschaft Nr. 19 (2009).
•	<i>Heid/Schiefer</i> , Bundesvergabegesetz 2006 idF BGBl I 15/2010(2010).
•	<i>Holoubek/Fuchs/Holzinger</i> , Vergaberecht ³ (2012).
•	https://de.m.wikipedia.org/wiki/Ablieferung , Begriffsdefinition Ablieferung vom 26.10.2015.
•	<i>Hussian</i> , Das Vollständigkeits- und Mengenrisiko beim Pauschalvertrag, FS Bau- und Vergaberecht (2008).
•	<i>Joerden</i> , Logik im Recht (2004).
•	<i>Judmann</i> , IT Projektplanung und Vergaberecht Teil 3 Vorlesung Wien WS 2006/07.
•	<i>Kaufmann/Schnabl</i> , Vergaberecht in der Praxis ² (2006).
•	<i>Kletečka in Kletečka/Schauer (Hrsg)</i> , ABGB-ON 0.01 § 1166 [Rz] (www.rdb.at) Stand: 1.1.2010.
•	<i>Kluger</i> , Neue Wege für nichtige Verträge im Vergaberecht.
•	<i>Koziol/Welser</i> , Bürgerliches Recht Band I ¹¹ (2000).
•	<i>Koziol/Welser</i> , Bürgerliches Recht Band II ¹¹ (2000).
•	<i>Kropik</i> , Alternativangebote und Abänderungsangebote im Lichte des BVergG 2006 (2006).
•	<i>Kropik/Wiesinger</i> , Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft Vom Angebot bis zur Fertigstellung der Leistung (2006).
	<i>Kurtztisch</i> , Fälligkeitsklausel für Vergütung in Subunternehmer (2009).
•	<i>Latzenhofer</i> , Das neue Vergaberecht für die Gemeinde – ausgewählte Bereiche.
•	<i>Lödl</i> , Bundeshaushaltsrecht ² (2009).
•	<i>Magistrat der Landeshauptstadt Graz</i> , MD- Präsidialamt/ Vergabemanagement (2004).

•	<i>Mille</i> , VERGABERECHT 2006 Neuerungen kurz gefasst (2006).
•	<i>Moser</i> , Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006 geändert wird (2007).
•	<i>Olischar</i> , Die Haftung für Bauwerke und § 1319 ABGB sowie Die Haftung des Wegehalters nach § 1319a ABGB.
•	<i>Pfeuffer</i> , Gesellschaftsrecht - Haftung für Subunternehmer (2006).
•	<i>ProLibris Verlagsgesellschaft</i> , Insolvenzordnung (2010).
•	<i>Rechenberger/Thurner</i> , Insolvenzrecht ² (2004).
•	Regierungsvorlage, Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden.
•	<i>Sailer</i> , Ausschluss von Subunternehmerleistungen im Ausschreibungsverfahren (2014).
•	<i>Sailer</i> , Der Mindestkaufpreis bei Liegenschaften des BMLVS (2008).
•	<i>Sailer</i> , Die Haushaltsrechtsreform Schwerpunkt „Anlagenvermögensverwaltung im Hinblick auf die doppelte Buchführung“ (2011).
•	<i>Sailer</i> , Legitimation zur Gebarungsüberprüfung des Rechnungshofes am Beispiel Media Quarter Marx Errichtungs- und Verwertungsgesellschaft mbH (2014).
•	<i>Steger/Pichler</i> , Das neue Haushaltsrecht des Bundes ¹ (2008).
•	<i>Wiesinger</i> , Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff ZVB [2016] 03.
•	<i>Weyringer</i> , Zulässiger Umfang von Subunternehmerleistungen (2006).
•	www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerberecht/Vergab., Auftragsarten im Vergabeverfahren vom 11.03.2014.
	www.wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/Dienstleistungen vom 15.03.2014.
•	www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerberecht/Vergab., Geistig (schöpferische) Dienstleistungen vom 11.03.2014.
•	www.forschungskoop.de/kmu.pdf , Einstufung als eigenständiges, Partner- oder verbundenes Unternehmen I. Informationsblatt vom 14.1.2011.

1.4 Gesetzesverzeichnis

•	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811, JGS 946 idgF (ABGB).
•	Arbeitsvertragsrechts – Anpassungsgesetz - AVARG BG 9.7.1993 BGBl 459 idF BGBl 113/2015
•	BG 1.2.1991 BGBl 51 idF BGBl 135/2009 über das Allgemeine Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG 1991).
•	BG 8.5.2001 BGBl 48 mit dem das Gewährleistungsrecht im Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch und im Konsumentenschutzgesetz sowie das Versicherungsgesetz geändert

	werden (Gewährleistungsrechts-Änderungsgesetz - GewRÄG).
•	BG 31.1.2006 BGBl 17 idF BGBl II 238/2015 über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006).
•	BG 11.12.1914 RGBL 337 idF BGBl 29/2010 über das Insolvenzverfahren (Insolvenzordnung – IO).
•	BG 18.03.1994 idF BGBl 42/2008 über die Gewerbeordnung 1994 (GewO 1994).
•	BG 11.5.2007 BGBl 23 über die Bewilligung des Bundesvoranschlags für das Jahr 2008 (Bundesfinanzgesetz 2008 - BFG 2008) samt Anlagen.
•	BG 11.5.1921 BGBl 292 über den Dienstvertrag der Privatangestellten (Angestelltengesetz).
•	BG 13.7.1955 BGBl 148 über die Bewertung von Vermögenschaften (Bewertungsgesetz 1955 - BewG. 1955).
•	BG 25.7.1956 BGBl 165 betreffend die Durchführung einzelner Bestimmungen des IV. Teiles des Staatsvertrages (1. Staatsvertragsdurchführungsgesetz).
•	BG 20.3.1975 BGBl 218 idF BGBl 113/2015 mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz – AuslBG)
•	BG 4.4.1986 BGBl I 1986/213 über die Führung des Bundeshaushaltes (Bundeshaushaltsgesetz – BHG).
•	BG 1.1.2007 BGBl 1997/114 idF 111/2010 über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch - UGB).
•	Bundes-Verfassungsgesetz in der Fassung von 1929 BGBl 1939/1.
•	Richtlinie 1997/209 EU der Kommission v 10.7.1997 betreffend Elemente staatlicher Beihilfe bei Verkäufen von Bauten oder Grundstücken durch die öffentliche Hand, ABI C 1997/209, 3; BeihilfenRL 1997/209 ABI C 1997/209, 3.
•	Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge ABI L 209.

1.5 Judikaturverzeichnis

•	BVA 23.04.2004, GZ 17F-13/03-11.
•	BVA 22.07.2004, GZ N-13/98-30.
•	BVA 15.02.2005, GZ 13F-22/00-48.
•	BVA 12.05.2009, GZ N/0022-BVA/11/2009.
•	BVA 28.05.2009, GZ N70036-BVA/10/2009.
•	BVA 09.08.2011, GZ N/0055-BVA/14/2011-31.
•	BVA 10.09.2012, GZ N/0071-BVA/04/2012-32.

•	BVwG 11.02.2014, GZ W1872000002-1/20E.
•	BVwG 01.08.2014, GZ W187 2008946-1.
•	EuGH 10.12.1968 ,Rs C-7/68, C-215/87 zum Begriff Waren und EuGH C-155/73 zur Abgrenzung Dienstleistung.
•	EuGH 09.07.1987, Rs C-27 bis 29/86.
•	EuGH 22.09.1988, Rs C-45/87.
•	EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97.
•	EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98.
•	EuGH 20.03.2002, Rs T-9/99.
•	EuGH 18.04.2004, Rs C-314/01.
•	EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03.
•	EuGH 09.02.2006, Rs C-226/04 und Rs C-228/04.
•	EuGH 23.12.2009, Rs C-376/08.
•	EuGH 13.04.2013, Rs C-91/08, Rz 14.
•	EuGH 10.10.2013, Rs C-94/12.
•	EuGH 10.07.2014, Rs C-213/13.
•	OGH 12.03.1970, GZ 1Ob 47/70.
•	OGH 23.03.1976,GZ 5Ob536/76.
•	OGH 27.06.1978,GZ 3Ob529/77.
•	OGH 12.01.1984,GZ 7Ob765/83.
•	OGH 18.1.1984, 7Ob765/83; 1Ob525/85; 7Ob1/89; 1Ob27/89 (1Ob28/89); 7Ob653/92; 7Ob568/95; 1Ob617/95; 9Ob247/02t; 4Ob83/06
•	OGH 17.04.1985,GZ 1Ob525/85.
•	OGH 19.01.1989,GZ 7Ob1/89.
•	OGH 15.11.1989,GZ 1Ob27/89.
•	OGH 29.11.1989,GZ 1Ob704/89.
•	OGH 10.10.1990,GZ 20b535/90.
•	OGH 19.12.1991,GZ 70b603/91.

•	OGH 12.01.1993,GZ 7Ob653/92.
•	OGH 13.07.1993,GZ 5Ob518/93.
•	OGH 30.05.1994,GZ 1Ob564/94.
•	OGH 27.09.1995,GZ 7Ob568/95.
•	OGH 23.10.1995,GZ 1Ob617/95.
•	OGH 23.11.1995, GZ 6Ob622/95.
•	OGH 09.07.2002, GZ 2Ob 95/01m.
•	OGH 23.04.2003,GZ 9Ob247/02t.
•	OGH 29.04.2003, GZ 4Ob61/03d.
•	OGH 19.02.2004,GZ 6Ob282/03v.
•	OGH 20.10.2005, GZ 3Ob234/05s.
•	OGH 08.03.2005, GZ 10Ob74/04m.
•	OGH 12.07.2006,GZ 4Ob83/06v.
•	OGH 16.01.2007,GZ 4Ob251/06z.
•	OGH 08.10.2008,GZ 9ObA110/07b.
•	OGH 20.01.2009,GZ 4Ob204/08s.
•	OGH 19.01.2011,GZ 3Ob99/10w unter Hinweis auf SZ 38/61; SZ 55/65; SZ 60/207 = ÖBA 1988, 270; E 8Ob624/88 = SZ 63/124 = WBl 1990,348; E 1 Ob134/07y und E 4Ob547, 548/81 EvBl 1982/164; <i>Dellinger</i> aaO Rz 37; <i>Sprung/Schumacher</i> , Die Zahlungsunfähigkeit als Konkursöffnungsgrund, JBl 1978, 122 [131]; 4Ob624/75 = EvBl 1977/209 [<i>Schumacher</i>].
•	OGH 19.01.2011,GZ 3Ob99/10w.
•	OGH 21.02.2013,GZ 9ObA138/12b.
•	OGH 14.03.2013,GZ 2Ob234/12v.
•	OGH 29.01.2014,GZ 9Ob68/13g.
•	VfGH 12.12.2013, GZ KR 3/2013.
•	VfGH 12.12.2013, GZ KR 1/2013-14 und VfSlg. 17.489/2005.
•	VKS Wien 01.12.2011,GZ VKS-10427/11.
•	VKS Wien 26.07.2012, GZ VKS-6723/12.

•	VwGH 26.09.2005,GZ. 2005/04/0021.
•	VwGH 24.02.2010,GZ 2006/04/0148.
•	VwGH 25.01.2011,GZ. 2006/04/0200.
•	VwGH 23.05.2014, GZ 2013/04/0025.
•	VwGH 17.06.2014, GZ 2013/04/0033.

1.6 TABELLENVERZEICHNIS

Tabelle 1 Gegenüberstellung Subunternehmerbegriffe	17
Tabelle 2 Übersichtstabelle Subunternehmer, verbundenes Unternehmen, Gesellschaft bürgerlichen Rechts	34
Tabelle 3 Übersichtstabelle Subunternehmer, verbundenes Unternehmen, Gesellschaft bürgerlichen Rechts zweiter Teil	52
Tabelle 4 Wahl des Vergabeverfahrens, „Nicht - Prioritäre Dienstleistung“	86
Tabelle 5 Wahl des Vergabeverfahrens im Zusammenhang mit Insolvenz	116
Tabelle 6 Wahl des Vergabeverfahrens, Rückgriff auf andere Unternehmen bei Insolvenz	124
Tabelle 7 Wahl des Vergabeverfahrens, Bauauftrag	172
Tabelle 8 Wahl des Vergabeverfahrens, Lieferauftrag.....	177
Tabelle 9 Wahl des Vergabeverfahrens, Dienstleistungsauftrag.....	182

1.7 ABBILDUNGSVERZEICHNIS

Abbildung 1 Unternehmensstruktur	23
Abbildung 2 Unternehmensstruktur in der Kette	24
Abbildung 3 Unternehmenskomplex.....	27
Abbildung 4 Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe.....	38
Abbildung 5 Stufen der Verrechnung.....	107
Abbildung 6 Bestell- und Rechnungsprozess.....	133
Abbildung 7 Vertragsverhältnis Auftraggeber, Auftragnehmer, Subunternehmer	144
Abbildung 8 Vertrag zugunsten Dritter	146

2 KURZFASSUNG

Das Bundesvergabegesetz, im Folgenden BVergG idF BGBl II 438/2015¹ verwendet den Begriff des Subunternehmers. Das BVergG erklärt in § 2 eine Vielzahl von Begriffen, die Erklärung des Terminus „Subunternehmer“ fehlt jedoch.

Dem Umstand Rechnung tragend, erfolgt eine Auseinandersetzung mit dem Begriff und dem rechtlichen Status des Subunternehmers. Als hiervon sachlich nicht abtrennbare Materie, wird der Unternehmensbegriff umfassend erörtert. Daraus werden Ableitungen für die begriffliche Auseinandersetzung mit dem Bewerber, Bieter, verbundenen Unternehmer, der Bieter- und Arbeitsgemeinschaft sowie sonstigen Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, getroffen. Auf Basis der erarbeiteten Definition ergibt sich die Notwendigkeit von Abgrenzungen. Hierbei geht es vor allem um die Frage, ob verbundene Unternehmen, Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften, die aus mehreren Unternehmen bestehen, innerhalb ihres Unternehmenszusammenschlusses Subunternehmerleistungen erbringen.

Ziel des Vergabeverfahrens ist, dass die Auftragserteilung an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen erfolgt. Von der Rechtsprechung werden diese Elemente unter dem Begriff der Eignung zusammengefasst.

Im Hinblick auf den Subunternehmer ist zwischen eignungsrelevanten Subunternehmern, das sind jene Subunternehmer, deren Kapazitäten der Bewerber oder Bieter als Nachweis seiner Eignung benötigt und nicht eignungsrelevanten Subunternehmern, deren Kapazitäten als Eignungsnachweis nicht benötigt werden, zu unterscheiden. Der Auftraggeber ist bei der Auswahl, der zu verwendenden Beweismittel, an keine abschließend vorgegebenen Kataloge gebunden. Bei der Betrachtung spielt jedoch die Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter eine wesentliche Rolle.

¹ Mit der Regierungsvorlage Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden sollen 776 d.B. im Folgenden RV BVergG Novelle 2015 sollen einige Bestimmungen neu normiert werden. Um Unklarheiten zu vermeiden, werden Aussagen, welche sich auf das BVergG in der derzeit gültigen Fassung beziehen, als BVergG idF BGBl II 438/2015 bezeichnet. Aussagen im Zusammenhang mit der RV BVergG Novelle 2015 werden unter Hinweis auf die RV BVergG 2015 dargestellt.

Im Kapitel 6 wird dargestellt, ob und wann ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen im Einklang mit dem Unionsrecht zu sehen ist.

Die seitens des BVergG vorgenommene Differenzierung erfolgt unter den Aspekten des Auftragswertes, des Leistungsinhaltes, des bisherigen Verfahrensstatus, der Marktsituation und sonstiger besonderer Umstände. Die Bearbeitung des Ausschlusses von Subunternehmerleistungen erfolgt unter Berücksichtigung der verschiedenen Vergabeverfahren und unter Einbindung der Differenzierung von Bauleistungen, Lieferleistungen und Dienstleistungen.

Der Ausschluss von Subunternehmerleistungen bewirkt eine Markteinschränkung. Diese Maßnahme steht in Wechselbeziehung zum Transparenzgebot. Durch die Tatsache, dass das BVergG in Form der unterschiedlichen Vergabeverfahren eine Differenzierung hinsichtlich der Transparenzerfordernisse trifft, ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen per se nicht unmöglich.

Der im Kapitel 7 betrachtete Subunternehmerwechsel ist vom Zurückziehen der Subunternehmerleistung zu unterscheiden. Um letztlich eine Aussage und Ableitungen für einen vergaberechtskonformen Subunternehmerwechsel zu erhalten, werden die Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe, mit den Phasen des Vergabeverfahrens dargestellt. Der Zeitraum der Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe ist größer, als der Zeitraum der Phasen des Vergabeverfahrens.

Der kritische Zeitraum eines Subunternehmerwechsels ist die Prüf- und Auswahlphase, also vom Zeitpunkt des Endes der Angebotslegungsfrist, bis zum Zeitpunkt des Zuschlages bzw. Widerrufs des Vergabeverfahrens. Der seitens des Vergabekontrollsenates Wien, im Folgenden VKS Wien, in der Entscheidung vom 01.12.2011, GZ VKS-10427/11 als zulässig erachtete Subunternehmerwechsel, wurde kritisch durchleuchtet und im Verhältnis zum Gleichbehandlungsgebot gesetzt.

Der öffentliche Auftraggeber und alle mit der Ausführung betrauten Unternehmen, werden vor eine immense Herausforderung gestellt, wenn eines dieser Unternehmen insolvent wird. Im Kapitel 8 werden die unterschiedlichen Folgen im Zusammenhang mit dem Zeitpunkt des Insolvenzeintrittes, in den Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe bzw. in den Phasen des Vergabeverfahrens, erörtert.

Es ist entscheidend, zu welchem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens die Insolvenz eintritt. Eine weitere Unterscheidung stellt die Tatsache dar, ob es sich bei dem insolventen Unternehmen um einen eignungsrelevanten Subunternehmer handelt oder nicht.

Der neuen Insolvenzordnung liegt der Gedanke der Unternehmenssanierung als wesentlichstes Prinzip zu Grunde. Diesem Sanierungsgedanken werden die derzeitigen Bestimmungen des BVergG nicht gerecht. Um die Unternehmenssanierung in den Vordergrund zu stellen, sieht die Insolvenzordnung verschiedene Möglichkeiten vor, welche erarbeitet und deren Umsetzbarkeit mit den Bestimmungen des BVergG dargelegt werden.

Die Gewährleistung beschäftigt sich mit der Frage, ob die Sache (Leistung) jene Beschaffenheit und Eigenschaften besitzt, die vertraglich vereinbart wurden. Sie stellt eine vertragliche Haftung dar. Der Subunternehmer ist Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers. Daraus ergeben sich unterschiedliche Blickwinkel. In einem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber, steht der Auftragnehmer und nicht der Subunternehmer.

Im Kapitel 9 wird erörtert, welche Ansprüche zwischen den Beteiligten, nämlich Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer, geltend gemacht werden können und welche Haftung die Beteiligten trifft. Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch eine Haftung gegenüber unbeteiligten Dritten besteht.

3 EINLEITUNG

Der Staat tritt nebst der Erfüllung seiner hoheitlichen Aufgaben oftmals auch im Bereich der Privatwirtschaftsverwaltung als unternehmerisch agierende Rechtsperson auf. Für die Umsetzung des Aufgabenkomplexes der Privatwirtschaftsverwaltung, wie beispielsweise Baumaßnahmen, bedient sich der Staat zu deren Erledigung, unter anderem privater Unternehmen, woraus sich zwangsläufig eine Teilnahme am freien Markt ergibt, womit die öffentliche Hand, anderen Marktteilnehmern, rechtlich gleichgestellt, gegenübertritt. Der Staat wird unternehmerisch tätig und nimmt somit am freien Markt teil.

Durch meine Tätigkeit, als Leiter des Militärischen Immobilienmanagement, bin ich für die Vergabe von Leistungen, im Bereich der Immobilien des Bundesministeriums für Landesverteidigung und Sport, verantwortlich. Im Rahmen meiner Aufgaben, bin ich oftmals mit Fragen, welche im Zusammenhang mit Subunternehmerleistungen stehen, konfrontiert. Dadurch werde ich in der Ausarbeitung häufig Bezug zu Bauleistungen nehmen.

Aus meiner Sicht war die Einführung einer einheitlichen europäischen Regelung, zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen, zwingend geboten. Die Notwendigkeit zur Regelung der öffentlichen Auftragsverwaltung ergibt sich zum einen, auf Grund der starken Stellung des Staates, durch die Marktteilnahme und zum anderen, durch die europaweite wirtschaftliche Vernetzung. Die staatliche Marktteilnahme kann zu einem Ungleichgewicht führen. Die wesentliche Rechtsnorm für die rechtlichen Vorgaben in Bezug auf die staatliche Marktteilnahme stellt das BVergG dar.

3.1 ALLGEMEINES

In gegenständlicher Dissertation sollen Themen, welche sich im Zusammenhang mit Subunternehmerleistungen in einem Ausschreibungsverfahren nach dem BVergG ergeben, erläutert werden.

Ziel und Zweck der Regelungen, in Bezug auf Subunternehmerleistungen, ist es, die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Aufträgen zu fördern.

Diese Zielsetzung muss im Fokus der Interpretation stehen. Gerade die Zielfelder, eine möglichst hohe Transparenz und einen Informationsfluss für potentielle Bieter und Bewerber, finden ihren Niederschlag in den Verfahrensgrundsätzen nach dem BVergG.

Das BVergG idF BGBl II 438/2015² lässt offen, inwieweit die Leistungserfüllung in Form von Subaufträgen an Dritte weitergegeben, oder inwieweit die geforderte Leistung selbst zu erfüllen ist. Es schließt lediglich die Weitergabe des gesamten Auftrages – mit Ausnahme von Kaufverträgen – aus.

Mit der Regierungsvorlage Bundesgesetz, mit der das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden soll 776 d.B. im Folgenden **RV BVergG Novelle 2015**, sollen einige Bestimmungen neu normiert werden. Von der RV BVergG Novelle 2015 sind nachstehende Regelungen umfasst:

- Stärkung des Bestbieterprinzips
- Begriffliche Definition des Subunternehmers
- Mehr Transparenz und Kontrolle in Verbindung mit Subvergaben
- Klarstellungen im Zusammenhang mit vertiefter Angebotsprüfung
- Zusätzliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Lohn und Sozialdumping
- Neue „Kleinlosregelung“ im Oberschwellenbereich
- Neue Regelung der freiwilligen ex-ante Bekanntmachung

Die **RV BVergG Novelle 2015** soll am 01.03.2016 in Kraft treten.

Im Zusammenhang mit mehr Transparenz und Kontrolle bei Subvergaben, wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt festzulegen, dass bestimmte kritische Aufgaben vom Bieter selbst bzw. von einem mit ihm verbundenen Unternehmen, ausgeführt werden. Im Falle von Arbeits- oder Bietergemeinschaften kann der Auftraggeber festlegen, dass bestimmte kritische Aufgaben von einem Mitglied dieser Arbeits- oder Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.

Der Gesetzgeber überlässt hier dem Auftraggeber einen Ermessensspielraum, den es in den Ausschreibungsunterlagen zu konkretisieren gilt.

² Mit der Regierungsvorlage Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden sollen 776 d.B. im Folgenden RV BVergG Novelle 2015, sollen einige Bestimmungen neu normiert werden. Um Unklarheiten zu vermeiden, werden Aussagen, welche sich auf das BVergG in der derzeit gültigen Fassung beziehen als BVergG idF BGBl II 438/2015 bezeichnet. Aussagen im Zusammenhang mit der RV BVergG Novelle 2015 werden unter Hinweis auf die RV BVergG 2015 dargestellt.

Aus dem eben Geschriebenen, lässt sich folgende für diese Dissertation zentrale Frage herleiten:

Innerhalb welcher Rahmenbedingungen bewegt sich der Subunternehmer im Vergaberecht?

3.2 METHODISCHER AUFBAU

Primär erscheint es notwendig, dass eine klare Beschreibung und Abgrenzung von Begriffen erfolgt. Die Begrifflichkeiten mit denen zu operieren sein wird, lauten:

- a) Subunternehmer
- b) Bewerber
- c) Bieter
- d) verbundenes Unternehmen
- e) Bietergemeinschaft

Im Anschluss an die Begriffserklärung ist zu prüfen, unter welchen Bedingungen eine Teilnahme an einem Vergabeverfahren für einen Subunternehmer stattfinden kann und soll. In diesem Zusammenhang sind die Themen der Eignungsprüfung und Ausschlussmöglichkeiten im Vergabeverfahren zu erörtern. In weiterer Folge gilt es, anlassbezogene Veränderungen, wie ein Subunternehmerwechsel oder eine Insolvenz zu behandeln. Den Abschluss bildet eine Auseinandersetzung mit der Haftungsfrage in Zusammenhang mit Subunternehmerleistungen. Hierbei spielt einerseits die Frage der Gewährleistung, aber auch die Frage der Haftung bei Schäden eine Rolle.

4 BEGRIFFSBESTIMMUNG

Das BVergG idF BGBl II 438/2015 verwendet den Begriff des Subunternehmers, ohne diesen zu definieren. Dies kann zu Auslegungsfragen, hinsichtlich der Zuordnung eines Unternehmens als Subunternehmer, führen. In diesem Zusammenhang müssen auch Unterscheidungen von Subunternehmer, zu verbundenen Unternehmen, Arbeitsgemeinschaften, Bietergemeinschaften und sonstigen Gesellschaften bürgerlichen Rechts, erarbeitet werden. Es ist zu klären, ob es sich bei diesen Konstellationen um Unternehmer handelt und ob die Leistung, eines mit dem Auftragnehmer verbundenen Unternehmens, eines Mitgliedes einer Arbeits- und Bietergemeinschaft oder einer sonstigen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, eine Subunternehmerleistung darstellt.

4.1 BEGRIFFSDEFINITION SUBUNTERNEHMER

Der Begriff des Subunternehmers war schon vor Einführung des BVergG in Verwendung. Vor allem im Bereich der Bauwirtschaft war der Begriff gebräuchlich, da im Zusammenhang mit Generalunternehmerleistungen³ eine Realisierung, in den meisten Fällen, nur im Rahmen der Vergabe von Unteraufträgen möglich ist.

Daher bietet sich eine Betrachtung der Regelungen der Bauwirtschaft an, um zu einer Begriffsdefinition des Subunternehmens zu gelangen. Diese Regelungen finden ihren Niederschlag in ÖNORMEN.

Aus der historischen Entwicklung des Bundesvergaberichtes, beginnend mit der Vergabe von Aufträgen über Leistungen ÖNORM 2050, Richtlinie für die Vergabe von Leistungen durch Bundesdienststellen, im Folgenden RVL, bis einschließlich zum BVergG, erscheint eine aufbauende Analyse auf ÖNORMEN, im gegenständlichen Fachbereich, als gerechtfertigt. Des Weiteren verweist das Bundesvergaberecht immer wieder auf geltende ÖNORMEN hinsichtlich der Konkretisierung im Ausführungsbereich.

Die allgemeinen Vertragsbestimmungen für Bauleistungen ÖNORM 2110 und ÖNORM 2117 enthalten eine Begriffsbestimmung für den Subunternehmer.

Die ÖNORMEN B2110 und B2117 definieren den Subunternehmer wie folgt:

³ Ein Generalunternehmer tritt gegenüber dem Auftraggeber als Auftragnehmer auf. In der Regel führt er die wesentlichen Gewerke selbst aus. Bestimmte Gewerke werden aber im Rahmen von Unteraufträgen – also durch Subunternehmer – erbracht. Die Errichtung eines Bauwerkes erfolgt durch viele in einander fließende Gewerke wie beispielsweise Tischlerleistungen, Schlosserleistungen, Zimmermannleistungen etc.

„Subunternehmer; Nachunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist.

Die Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, stellt keine Subunternehmerleistung dar.“

Neben diesen zivilrechtlichen Subunternehmerbegriff beschreibt Wiesinger⁴ noch einen gewerberechtlichen Subunternehmerbegriff und den umsatzsteuerrechtlichen Bauleistungsbegriff. Beide Rechtsbereiche enthalten keine Begriffsbestimmungen für einen Subunternehmer. Die Gewerbeordnung, im Folgenden GewO, räumt Gewerbetreibenden das Recht ein *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*⁵.

Das Umsatzsteuergesetz, im Folgenden UStG, definiert die Bauleistung und knüpft daran die Rechtsfolge, dass bei einer Bauleistung *die Umsatzsteuerschuld an den Leistungsempfänger übergeht, sofern dieser seinerseits mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragt ist oder solche im überwiegend erbringt*⁶.

In der GewO wird einem Unternehmen die Befugnis eingeräumt einen Auftrag zu übernehmen und einen Teil dieses Auftrages durch ein anderes Unternehmen ausführen zu lassen. Im UStG wird die steuerliche Behandlung eines Unternehmens normiert, welches einen Gesamtauftrag übernommen hat und Teile daraus, durch ein anderes Unternehmen ausführen lässt.

Nach der Definition in den ÖNORMEN B2110 und B2117 ist die Zuordnung eines Unternehmens zum Begriff Subunternehmer durch nachstehende Elemente gekennzeichnet:

- I. das Bestehen eines Vertrages zwischen Auftragnehmer und Unternehmer/Unternehmen,

⁴ Vgl. Wiesinger, Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff, ZVB [2016] 03.

⁵ Vgl. § 32 Abs 1 Z 9 GewO, im Hinblick auf die Eignung (Vgl. §§ 70, 231 BVergG) war und ist diese Bestimmung der GewO für das BVergG relevant.

⁶ Vgl. Wiesinger, Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff, ZVB [2016] 03.

- II. das Nichtbestehen⁷ eines Vertragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Subunternehmer im Hinblick auf den Auftragsgegenstand bzw. Leistungsinhalt des Auftragnehmers,
- III. die inhaltliche Abgrenzung zum Kaufvertrag, ohne jegliche Elemente der Herstellung aus beigestelltem Material bzw. sonstigen Leistungsinhalten, welche über die bloße Zurverfügungstellung von Materialien und Bestandteilen hinausgeht.

Ad I:

In Ergänzung zu der Definition der ÖNORM muss angemerkt werden, dass eine Definition des Subunternehmers, welche ein Vertragsverhältnis voraussetzt, zu hohe Anforderungen an das Rechtsverhältnis zwischen Bewerber, Bieter oder präsumtiver Zuschlagsempfänger einerseits und Subunternehmer andererseits, darstellt. Dies ergibt sich im Hinblick auf die Bestimmungen des BVergG⁸, nach welchen es zulässig ist, als Nachweis für die Leistungsfähigkeit, auf die Kapazitäten von Subunternehmer zurückzugreifen. Daher muss ein Unternehmen, welches in einem vorvertraglichen Verhältnis mit einem Bieter steht, auch von der Begrifflichkeit des Subunternehmers erfasst sein. Das bedeutet, dass auch die, aus einem Angebot abzuleitende, Absicht zum Abschluss eines Vertrages, oder die Absicht zur Angebotslegung in Verbindung mit einer Absichtserklärung zur Ausführung, zusätzlich zum Vertragsverhältnis, als Element zur Zuordnung, als Subunternehmer möglich ist. Des Weiteren scheint es im Sinne einer Offenlegungspflicht und Transparenz zwingend geboten, von dem Erfordernis der vertraglichen Bindung zum Auftragnehmer abzugehen. Die Weitergabe von Teilen der Subaufträge entspricht auch der geübten Praxis und der Verkehrssitte, sodass eine vertragliche Bindung an ein Folgeunternehmen, welches die Ausführung von Leistungsteilen des Auftragnehmers zum Inhalt hat, einschließlich der vorvertraglichen Beziehungen, zwingend vom Subunternehmerbegriff erfasst sein muss. Vor allem im Bereich von Bauaufträgen haben sich Abläufe entwickelt, welche eine Sub Subvergabe, also eine Weitergabe von Auftragsteilen, durch Subunternehmer, zum Inhalt haben. Auch im Bereich von besonders terminkritischen und unvorhersehbaren Ausführungszeiten, wie beispielsweise bei Schneeräumungen, ist dies zwingend geboten. Daher wäre ein Subunternehmerbegriff, der die Möglichkeit einer Auftragsweitergabe

⁷ Vgl. OGH 29.11.1989 1Ob704/89.

⁸ Vgl. § 108 Abs 2 BVergG.

ausschließt, nicht zielführend, zumal zu erwarten wäre, dass eine solche einschränkende Begrifflichkeit zur Verkleinerung des Bieterkreises führen würde.

Ad III:

Hier bedarf es einer inhaltlichen Erörterung, vor allem wie im Hinblick auf gemischte Verträge vorzugehen ist, bzw. ab welchem Leistungsinhalt von einem Kaufvertrag gesprochen wird. Bei gemischten Verträgen ist grundsätzlich vom Überwiegensprinzip, bzw. vom überwiegenden Leistungsinhalt, auszugehen. Die Abgrenzung zum Werkvertrag ist oftmals schwierig, vor allem dann, wenn auch die Ware zur Verfügung gestellt wird. Der Vereinbarungsgegenstand beim Kaufvertrag⁹ ist „Ware gegen Preis“. Beim Werkvertrag¹⁰ schuldet der Werkunternehmer einen bestimmten Erfolg. Im Zweifelsfall ist von einem Kaufvertrag auszugehen. Bei einem Werk erfolgt eine Anfertigung nach den Bedürfnissen des Bestellers. Wird ein Werk geschuldet, ist von einer Werkvertragsleistung auszugehen.

Um die Problematik zu verdeutlichen, wird gegenständlich ein Sachverhalt in Zusammenhang mit einer Leistungsposition „Pumpenstation“, welcher beim Bundesvergabeamt, im Folgenden BVA, beeinsprucht wurde, dargestellt. Auch das BVA stellt für die Unterscheidung zwischen Subunternehmer und Zulieferer auf die geschuldeten Elemente, Werk oder Ware¹¹.

Sachverhalt:

Gegenstand des Vergabeverfahrens war ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich, im Folgenden OSB, welcher in einem offenen Verfahren ausgeschrieben, und bei dem es u.a. um die Vergabe der Leistung, der Errichtung einer Pumpstation, ging. Die Antragstellerin bekämpfte die Entscheidung des Auftraggebers, da sie der Ansicht war, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger zum einen nicht über die technische Leistungsfähigkeit verfügen würde und zum anderen, die Leistungsposition der Pumpstation nicht selbst erledigen konnte, sondern hiezu einen Subunternehmer benötigte, den die Antragstellerin nicht nannte. Außerdem wurde die Antragstellerin, einen Tag nach Zustellung der

⁹ Vgl. §§ 1053 ff ABGB

¹⁰ Vgl. §§ 1165 ff ABGB

¹¹ Vgl. BVA 12.05.2009, N/0022-BVA/11/2009.

Zuschlagsentscheidung, zur Angebotseinladung hinsichtlich von Beton- und Stahlbetonarbeiten, im Rahmen von Subunternehmerleistungen, vom präsumtiven Zuschlagsempfänger aufgefordert. Dieser Leistungsteil stelle einen wesentlichen Teil des Auftrages dar und ist daher nennungspflichtig. Zusätzlich zu oben angeführten Sachlage wurden noch weitere Punkte der Ausschreibung beeinsprucht.

Lösung:

Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Die beeinspruchten Eignungskriterien wurden nicht in der vorgesehenen Frist angefochten. Damit sind sowohl der Auftraggeber als auch die Bieter an die festgelegten Bestimmungen gebunden. Hinsichtlich Subunternehmerleistungen ist die Nennung nur erforderlich, wenn sie als Nachweis der Leistungsfähigkeit für den Bieter erforderlich sind. Dies ergibt sich aus dem objektiven Erklärungswert im Sinne § 914ff ABGB.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Interessant bei dieser Entscheidung ist die Auseinandersetzung im Zusammenhang mit der Leistungsposition einer Pumpenstation. In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob die Lieferung und Montage einer Pumpstation ein Werk oder die Lieferung einer Ware darstellt.

Die Antragstellerin führte aus, dass zur Erfüllung der Leistungsposition der Pumpstation ein Subunternehmer erforderlich ist, weil der präsumtive Zuschlagsempfänger, die hierfür erforderliche Eignung nicht erfülle. Der präsumtive Zuschlagsempfänger entgegnete wiederum, dass es sich bei der Pumpenstation um eine Lieferung handle, da die Pumpstation samt Pumpwerk und Steuerschrank angekauft werde und so die Pumpstation als (vorgefertigter) Bauteil zu bewerten sei. Letztlich entschied das BVA, dass es sich bei der Leistungsposition Pumpstation um einen Kaufvertrag handle. Die Pumpstation werde geliefert und montiert. Im Leistungsumfang ist die Herstellung der Verbindung zwischen Pumpwerk und Steuerschrank inkludiert.

Aus meiner Sicht ist dann von einem Kaufvertrag auszugehen, wenn der Leistungsinhalt eine allgemein produzierte Ware beinhaltet, welche keine speziellen, auf den Leistungsempfänger zugeschnittenen Elemente enthält. Der Anschluss einer Pumpstation zum Steuerschrank in einer Ausführungsform, sodass ein Stromkabel die Verbindung darstellt, erfüllt meines Erachtens keine Elemente eines Werkes, weil hier das Element der Herstellung auf die besonderen Bedürfnisse des Leistungsempfängers fehlt. Kritischer ist dies jedoch dann zu sehen, wenn hierfür Verteilerelemente zur Ausführung gelangen oder

sogar die Anfertigung eines Wasserkreislaufes erforderlich wird. Diesfalls tritt das Element der Herstellung, abgestimmt auf die Bedürfnisse des Empfängers, in den Vordergrund, daher ist unter diesen Umständen von einem Werkvertrag auszugehen. Ein Tätigwerden des Unternehmens auf der Baustelle impliziert in diesem Falle die Zuordnung als Werkleistung.

Koziol/Welser unterscheidet wie folgt:

„Schuldet jemand nur die Herstellung aus einem vom anderen beigestellten Material, so liegt ein Werkvertrag vor. Die Abgrenzung wird schwieriger, wenn der Hersteller auch das Material zur Verfügung stellt („Werklieferungsvertrag“). Nach § 1166 ABGB ist dann im Zweifel ein Kaufvertrag anzunehmen. Ist aber die Sache gerade für die Bedürfnisse des Bestellers und entsprechend seinen Wünschen anzufertigen, liegt das Schwergewicht auf der Herstellung, so dass der Vertrag zweifellos (§ 1166) ein Werkvertrag ist¹².“

Im gegenständlichen Sachverhalt war von einem Kaufvertrag auszugehen. Liegen jedoch Elemente vor, die entsprechend den Wünschen des Auftraggebers anzufertigen sind, so liegt ein Werkvertrag vor.

Um von einer Subunternehmerleistung auszugehen, müssen folgende o.a. Elemente kumulativ vorliegen:

- das Bestehen eines Vertrages zwischen Auftragnehmer und Unternehmer/Unternehmen oder die, aus einem Angebot abzuleitende, Absicht zum Abschluss eines Vertrages, oder die Absicht zur Angebotslegung, in Verbindung mit einer Absichtserklärung zur Ausführung bzw.,
- das Bestehen eines Vertrages zwischen zwei Unternehmen, dessen inhaltliche Leistungspflicht einen Teil des Auftrages des Auftragnehmers zum Inhalt hat, oder die, aus einem Angebot abzuleitende, Absicht zum Abschluss eines solchen Vertrages, oder die Absicht zur Angebotslegung, in Verbindung mit einer Absichtserklärung,
- das Nichtbestehen eines Vertragsverhältnisses zwischen Auftraggeber und Subunternehmer im Hinblick auf den Auftragsgegenstand bzw. Leistungsinhalt des Auftragnehmers,

¹² Vgl. Koziol/Welser, Bürgerliches Recht II¹¹ 233.

- die inhaltliche Abgrenzung zum Kaufvertrag, ohne jegliche Elemente der Herstellung, aus beigestellten Material bzw sonstigen Leistungsinhalten, welche über die bloße Zurverfügungstellung von Materialien und Bestandteilen hinausgeht.

„Der Begriff Subunternehmer“

Aus den o.a. Ausführung ableitend wird für den Terminus „Subunternehmer“ folgende Begriffsdefinition dem weiteren Verlauf der Dissertation zu Grunde gelegt:

Subunternehmer ist ein Unternehmer, der von einem anderen Unternehmer/Unternehmen - Primärunternehmer/Primärunternehmen -, das einen Auftrag übernommen hat, betraut wird, einen Teil dieses Auftrages auszuführen.

Subunternehmer ist auch jener Unternehmer, der von einem anderen Unternehmer/Unternehmen - Primärunternehmer/Primärunternehmen -, das einen Auftrag durch

- Teilnahmeantrag,
- Anforderung bzw. das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen,
- Angebotslegung

übernehmen will, beabsichtigt, aufgrund eines Angebotes oder einer Absichtserklärung, einen Teil des möglichen Auftrages auszuführen.

Inhaltlich muss das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Unternehmer/ Unternehmen derart bestimmt sein, dass dieser Subunternehmer zu einer Leistungserbringung, die über einen bloßen, vom Primärunternehmer/Primärunternehmen getätigten Zukauf von Materialien und Bestandteilen (Zulieferer, Hilfsunternehmer)¹³ zur Leistungserbringung hinausgeht, verpflichtet wird.

Mit der **RV BVergG Novelle 2015** sollen die Begriffsbestimmungen im § 2 BVergG mit einem Subunternehmerbegriff ergänzt werden. Auch die RV orientiert sich am zivilrechtlichen Subunternehmerbegriff. Demnach ist Subunternehmer:

¹³ Vgl. Wiesinger, Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff, ZVB [2016] 03; Ein Lieferant ist jemand der einen fertigen Gegenstand liefert, während der von der Rechtsprechung entwickelte Begriff des Hilfsunternehmers eine andere Leistung erbringt, die die eigentliche Leistungserbringung erst ermöglicht.

„Ein Unternehmen, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.“

Von diesem Subunternehmerbegriff sind auch sogenannte „Sub Subunternehmer“ erfasst. Der Begriff berücksichtigt auch die weiteren Subunternehmer einer Subunternehmerfolge. Das sind Subunternehmer, die mit dem Auftragnehmer nicht in einer Vertragsbeziehung stehen. Sinn und Zweck dieser Bestimmung ist die Kontrollmöglichkeit aller an der Ausführung beteiligten Unternehmen. Auch später hinzutretende Subunternehmer sind hiervon erfasst. Das BVergGVS definiert derzeit bereits einen Subauftrag. Mit gegenständlicher RV soll der Begriff des Subauftrages abgeändert und der Begriff des Subunternehmers normiert werden, sodass in beiden Normen dieselben Definitionen bestehen.

Der in der **RV BVergG Novelle 2015** definierte Subunternehmerbegriff berücksichtigt jedoch den Begriff des Subunternehmers auf der Zeitachse nicht. Um als Subunternehmer zu gelten, müssen nach dieser Definition nachstehende Elemente vorliegen:

- Es besteht ein Vertrag zur Leistungserfüllung zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber.
- Ein Teil dieses Auftrages wird durch das Unternehmen, welches hiermit die begriffliche Zuordnung eines Subunternehmers erhält, ausgeführt.
- Die bloße Lieferung von handelsüblichen¹⁴ Waren oder Bestandteilen ist nicht Gegenstand einer Subunternehmerleistung.

Zur Abgrenzung des Zulieferers zum Subunternehmer ist aus den Erläuterungen zur RV BVergG Novelle 2015 nachstehende Präzisierung zu entnehmen.

„...Daher ist der bloße Lieferant von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten von der Definition nicht erfasst. Hingegen wäre ein Zulieferer der die Bauteile selbst einbaut ein Subunternehmer.“

Der Begriff „handelsüblich“:

Argumentiert wurde die vorgeschlagene Einfügung des Wortes „handelsüblich“ wie folgt:

„Die vorgeschlagene Einfügung dient der dringend erforderlichen deutlicheren Abgrenzung von Subunternehmern und Lieferanten im [sic!] dem Sinne, dass derjenige der

¹⁴ Im Zuge des Gesetzgebungsprozesses wurden der Begriff Waren mit dem Begriff handelsübliche Waren präzisiert.

eine individuelle Leistung nach den Wünschen und Vorgaben des AG erbringt auch als Subunternehmer gilt¹⁵.“

Nach Wiesinger¹⁶ darf man den Wortlaut jedoch nicht überschätzen, da der „Gesetzgeber nicht einen bestehenden Wortlaut abgeändert hat (was für eine auch inhaltliche Änderung im Vergleich zur geltenden Rechtslage sprechen würde), sondern letztlich einen neuen Text geschaffen hat und damit möglicherweise auch die bloß bestehende Rsp untermauern wollte. Das österreichische Wörterbuch umschreibt handelsüblich mit „wie im Geschäftsverkehr üblich“. Folgt man dem, geht es also um die Lieferung von Waren, so wie es im Geschäftsverkehr üblich ist.“

Fruhmann¹⁷ sieht in der Ergänzung durch das Wort handelsüblich eine Divergenz zwischen dem (neuen) vergaberechtlichen und dem herkömmlichen zivilrechtlichen Subunternehmerbegriff. Also einen systematischen Bruch zwischen Werkvertragsrecht und Vergaberecht. Hiezu werden seitens Fruhmann nachstehende Beispiele angeführt: Ist der Lieferant einer (nach den Vorgaben der Ausschreibung und nicht „off-the-shelves“ erhältlichen) Montagevorrichtung für Fassadenelemente, eines für das Gebäude gefertigten Stiegegeländers oder der Lieferant besonders angefertigter Schrauben ein Subunternehmer oder doch bloß nur Lieferant? Nach seiner Meinung handelt es sich wohl eher um einen Subunternehmer und nicht um einen Lieferanten.

Meines Erachtens untermauert der Gesetzgeber durch die Ergänzung des Wortes handelsüblich, dass Gegenstände, die nach individuellen Bedürfnissen, angefertigt wurden, vom Subunternehmerbegriff erfasst sind, solange diese Vorgehensweise nicht handelsüblich ist.

Bei den seitens Fruhmann angeführten Beispielen stellt sich die Frage, ob es sich um Sonderanfertigungen entsprechend den Wünschen des Auftraggebers handelt oder ob eine Ausführung mit Sonderwünschen erfolgt. So hat der OGH in der Entscheidung GZ 10Ob74/04m vom 08.03.2005 einen Vertreter einer in Spanien ansässigen Herstellerfirma, die Maschinen entsprechend den Sonderwünschen produziert, als Händler eingestuft¹⁸. Weiters stellt sich die Frage, ob bei der Herstellung besonders angefertigter Schrauben eine Typisierung erforderlich ist, was wiederum zur Folge hat, dass diese Waren handelsüblich sind.

¹⁵ Vgl. AA-139BlgNR 25.GP3.

¹⁶ Vgl. Wiesinger, Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff, ZVB [2016] 03.

¹⁷ Vgl. Fruhmann, Die BVergG-Novelle 2015 ZVB [2016] 03.

¹⁸ Bei der Abgrenzung geht es um die Haftung für Erfüllungsgehilfen, welche im Zuge des Kapitels 9 erarbeitet wird.

Aus oben angeführter Definition folgt, dass ein Unternehmen erst nach Zuschlagserteilung zum Subunternehmer im Sinne der **RV BVergG Novelle 2015** wird.

Das bedeutet, dass die Begriffsbestimmung ohne Berücksichtigung der zeitlichen Komponente, im Zuge des Vergabeverfahrens erfolgte. Bei den Begriffen Auftraggeber, Auftragnehmer, Bieter und Bewerber zeigt sich, dass das BVergG im Zusammenhang mit den Unternehmensrollen, im Rahmen des Vergabeverfahrens, sehr wohl diese Zeitkomponente berücksichtigt.

Im Sinne des BVergG ist Auftraggeber, wer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen erteilt oder zu erteilen beabsichtigt. Ein Unternehmen, das an einem Vergabeverfahren teilnimmt, ist einmal Bewerber, dann Bieter, und nach Zuschlagserteilung Auftragnehmer.

Die Nichtberücksichtigung der Zeitachse im Vergabeverfahren, stellt einen nicht nachvollziehbaren Bruch zur begrifflichen Zuordnung der am Vergabeverfahren beteiligten Akteure dar. Des Weiteren führt diese begriffliche Festlegung dazu, dass ein Subunternehmer erst nach Zuschlagserteilung existiert. Die Rolle des zukünftigen Subunternehmers ist im Vergabeverfahren nicht klar dargelegt, folglich kann dies zu Auslegungsschwierigkeiten führen. Nach oben angeführter Begriffslegung wird ein Unternehmen erst nach Erteilung des Zuschlags an einen Auftragnehmer zu dessen Subunternehmen für den jeweiligen Auftrag. Es besteht Unklarheit darüber, wie vergaberechtliche und sonstig relevante Bestimmungen gegenüber dem potentiellen Subunternehmer, im Zuge des Vergabeverfahrens, vor dessen Abschluss, angewendet werden können.

Diese Inkonsistenz wird sicherlich von der Rechtsprechung im Zuge der Anwendung gelöst werden. Aus meiner Sicht ist es unabdingbar, dass auch der Subunternehmerbegriff unter Berücksichtigung der Zeitachse bestimmt wird. Die Schaffung einer Möglichkeit, dass auch potentielle Subunternehmer in wirksamer Weise in das Vergabeverfahren eingebunden werden, könnte diese Lücke schließen. Erfolgen könnte dies entweder durch eine separate Definition des Begriffes des potentiellen Subunternehmers oder durch eine entsprechende Erweiterung des Subunternehmerbegriffs.

In nachstehender Darstellung werden die unterschiedlichen Begriffsdefinitionen des Subunternehmers gegenüber gestellt. Verglichen wird der Subunternehmerbegriff nach ÖNORM B2110 und B2117, nach der **RV BVergG Novelle 2015** und nach dem Subunternehmerbegriff der gegenständlichen Dissertation, also nach Sailer.

Folgende Merkmale gilt es zu analysieren:

1. Besteht ein Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und einem weiteren Unternehmen?
2. Ist eine Werkleistung Gegenstand des Vertragsverhältnisses?
3. Besteht das Vertragsverhältnis lediglich zum Auftragnehmer, oder inkludiert der Subunternehmerbegriff auch Vertragsverhältnisse zwischen den Auftragnehmer des Auftragnehmers, zu weiteren Unternehmen sogenannte „Sub Subvergaben“?
4. Inkludiert der Subunternehmerbegriff auch Unternehmen, welche in einem vorvertraglichen Verhältnis zum Auftragnehmer bzw. zum Auftragnehmer des Auftragnehmers stehen?
5. Besteht kein Vertragsverhältnisses zum Auftraggeber?

Die Beantwortung der Fragen 1 bis 5 erfolgt in nachstehender Tabelle unter Berücksichtigung der unterschiedlichen Begriffsdefinition.

Tabelle 1 Gegenüberstellung Subunternehmerbegriffe

		Subunternehmer nach ÖNORM B2110 und B2117	Subunternehmer nach RV BVergG Novelle 2016	Subunternehmer nach Sailer
1	Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer	Ja	Ja	Ja
2	Vertragsgegenstand ist eine Werkleistung	Ja	Ja	Ja
	Nicht vom Begriff erfasst	Lieferung von Materialien und Bestandteilen	Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen	Zukauf von Materialien und Bestandteilen (Zulieferer, Hilfsunternehmer)
3	Sub- Subvergaben	Nein	Ja	Ja
4	Subunternehmer bereits zum Zeitpunkt eines vorvertraglichen Verhältnisses	Nein	Nein	Ja
5	Es besteht kein Vertragsverhältnis zum Auftraggeber im Hinblick auf den Leistungsgegenstand	Ja	Ja	Ja
		Hier wird in der Definition auf einen Nachunternehmer verwiesen	Hier wird in der Definition auf die Weitergabe eines an den Auftragnehmer erteilten Auftrages verwiesen	Diese Definition verweist auf einen Primärunternehmer

Quelle: Sailer

Zu erörtern bleibt, was unter einem anderen Unternehmen zu verstehen ist. Vor allem geht es um die Frage, ob eine Verflechtung, in Form einer Arbeitsgemeinschaft, Bietergemeinschaft bzw. sonstige Gesellschaften bürgerlichen Rechts, oder eine

Verschränkung in Form eines verbundenen Unternehmens, der Möglichkeit einer Zuordnung als Subunternehmer entgegensteht.

4.2 BEGRIFFSANALYSE VERBUNDENES UNTERNEHMEN, ARBEITSGEMEINSCHAFT, BIETERGEMEINSCHAFT, SONSTIGE GESELLSCHAFT BÜRGERLICHEN RECHTS

Inwieweit eine Verflechtung des Leistungserbringers in Form einer Arbeitsgemeinschaft, Bietergemeinschaft, einer sonstigen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, oder in Form eines verbundenen Unternehmens Auswirkungen, auf eine Zuordnung als Subunternehmer hat, soll folgend erarbeitet werden.

Um eine Analyse dieser verschiedenen Formen von Zusammenschlüssen vornehmen zu können, bedarf es primär der begrifflichen Analyse des Unternehmensbegriffes. Die Rechtsordnung kennt verschiedene Unternehmensdefinitionen.

4.2.1 UNTERNEHMER IM SINNE DES BVERGG

Das BVergG definiert den Unternehmer in den Begriffsbestimmungen¹⁹ wie folgt:

Unternehmer²⁰ ist ein Rechtsträger wie

- Natürliche und juristische Personen
- Öffentliche Einrichtungen
- Zusammenschlüsse dieser Personen oder Einrichtungen
- Personengesellschaften des Handelsrechts
- Eingetragene Erwerbsgesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften

die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

Besonders hervorzuheben ist, dass das BVergG die Rechtsträgerschaft sowie die Marktteilnahme als entscheidende Bedingungen dafür ausweist, ob Personen,

¹⁹ Vgl. § 2 Z 37 BVergG.

²⁰ Vgl. EuGH 20.03.2002, Rs T-9/99, Rz 45. Unternehmen im Sinne der Artikel 85 EG-Vertrag und 86 EG-Vertrag (jetzt Artikel 82 EG) könnten nur natürliche und juristische Personen sowie Gesellschaften sein, die so zu behandeln seien, als hätten sie eigene Rechtspersönlichkeit („quasijuristische Personen“). Die von der Kommission angenommene Gruppe Henss/Isoplus besitze aber keine eigene Rechtspersönlichkeit oder Quasi Rechtspersönlichkeit.

Einrichtungen, Gesellschaften, Gemeinschaften udgl. als Unternehmen betrachtet werden können.

Rechtsträger:

Wer Träger von Rechten und Pflichten sein kann, wird im ABGB bestimmt. Im Sinne des ABGB sind Rechtsträger alle natürlichen und juristischen Personen²¹. Das BVergG erweitert den Kreis der Rechtsträger um den Bereich der Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften²², welche im Sinne des § 1175 ABGB Gesellschaften bürgerlichen Rechts darstellen, jedoch keine juristischen Personen und folglich nicht Rechtsträger im Sinne des ABGB sind.

Auch hinsichtlich der Organisationsform stellt das BVergG keine besonderen Anforderungen. Sowohl für das ABGB als auch für das Unternehmensgesetzbuch, im Folgenden UGB, ist eine bestimmte Organstruktur erforderlich. Der Unternehmensbegriff des UGB wird im Anschluss an die Ausführungen zur Marktteilnahme behandelt.

Demnach fallen auch natürliche und juristische Personen darunter, unabhängig von der Organisationsstruktur, in der sie eingebettet sind. Das heißt, jede natürliche Person, unabhängig vom Alter also auch der „Nasciturus“, jede juristische Person und jede Organisationsform und Organisationsstruktur sowie Arbeits- und Bietergemeinschaften erfüllen die Rechtsträgereigenschaft im Sinne des BVergG.

Marktteilnahme:

Die Marktteilnahme kann man als das Anbieten von Leistungen wie beispielsweise Bauausführungen, die Warenlieferung und Dienstleistungserbringung verstehen.

Diese Marktteilnahme unterliegt natürlich rechtlichen Rahmenbedingungen, wie beispielsweise die Gewerbeordnung, das Berufsausübungsgesetz etc. Auf die einzelnen Voraussetzungen wird in gegenständlicher Dissertation nicht näher eingegangen, weil es keine essentiellen Implikationen hinsichtlich der hier vorgenommenen begrifflichen Analyse gibt.

²¹ Vgl. §§ 16 und 26 ABGB.

²² Vgl. *Fruhmant/Gölles/Pachner/Steiner*, Bundesvergabeengesetz 2006 idF der BVergG-Novelle 2009³ (2011) Erläuterungen zu § 2 zu Z 36 ... Unternehmer müssen stets Rechtsträger sein. Die demonstrative (arg. „wie“) Liste der Rechtsträger dient der Verdeutlichung, wer als Unternehmer im Sinne des Gesetzes anzusehen ist. Daher fallen auch die Societas Europea (SE) oder EWIV unter den Unternehmerbegriff des BVergG.

Zweifelsohne gibt es auch Bereiche (freies Gewerbe, künstlerische Tätigkeiten) an deren Ausübung keine Voraussetzungen geknüpft sind.

In diesem Zusammenhang ist die Grundfreiheit des Schutzes der Marktteilnahme zu nennen. Im Fokus stehen hierbei nicht nur das professionelle Anbieten von Waren und Dienstleistungen, sondern auch die nicht berufsmäßige Marktteilnahme und das Verhindern von marktabschottenden Hindernissen.

Definition nach UGB:

Unternehmer ist, wer ein Unternehmen betreibt²³. Ein Unternehmen ist jede, auf Dauer angelegte Organisation selbständiger, wirtschaftlicher Tätigkeit, auch wenn sie nicht auf Gewinn abzielt.

Im Fokus der Betrachtung des Unternehmers im Sinne des UGB steht sicher der Kaufmann.

„Roth/Fritz definieren demgemäß das Unternehmens als die organisatorische Zusammenfassung von Produktionsfaktoren unter einheitlicher Leitung zum Zwecke wirtschaftlicher Betätigung und eines einheitlichen Auftretens im Rechtsverkehr²⁴.“

Beurteilung:

Das BVergG knüpft nicht so strenge Anforderungen an die Unternehmenszugehörigkeit wie andere Rechtsnormen. Theoretisch könnte auch ein Minderjähriger die Voraussetzungen als Unternehmer im Sinne des BVergG erfüllen. Durch Regelungen des BVergG, wie beispielsweise Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, ist dies nur ein theoretischer Ansatz und tritt in der Praxis und im Anwendungsbereich nicht auf.

Wesentlich ist jedoch, dass im Sinne des BVergG auch Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Unternehmer sind. Diese Gesellschaftsformen sind Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, welche im Sinne des ABGB nicht Rechtsträger sind.

²³ Vgl. § 1 UGB.

²⁴ Vgl. Roth/Fitz Handels- und Gesellschaftsrecht 2000.

4.2.2 VERBUNDENES UNTERNEHMEN

Als verbundenes Unternehmen im Sinne des BVergG²⁵ wird jedes Unternehmen bezeichnet

- dessen Jahresabschluss gem § 228 HGB²⁶ mit demjenigen des Auftraggebers bzw. Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist,
- auf die der Auftraggeber bzw. Konzessionär, Bewerber oder Bieter einen unmittelbaren oder mittelbaren beherrschenden Einfluss ausüben kann,
- welche einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber bzw. Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben kann,
- welche ebenso wie der Auftraggeber bzw. Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen.

Ein verbundenes Unternehmen, welches im Sinne des UGB mit dem Auftraggeber bzw. Konzessionär, Bewerber oder Bieter konsolidiert ist, lässt sich relativ klar zuordnen. Größere Schwierigkeiten weist jedoch die Zuordnung im Hinblick auf den Beherrschungstatbestand auf. Die Beantwortung der Frage nach dem Vorhandensein des Beherrschungstatbestandes kann sich in konkreten Fällen als durchaus komplexe Aufgabe erweisen. Um die Problematik zu erörtern und nachvollziehbar zu veranschaulichen, wird auf einen konkreten Fall aus der aktuellen Rechtsprechung zurückgegriffen.

Der Verfassungsgerichtshof, im Folgenden VfGH, hat sich im Jahr 2013 mit der Frage, ob die Stadt Wien das Unternehmen Media Quarter Marx Errichtungs- und Verwertungsgesellschaft mbH, im Folgenden MQM, tatsächlich beherrscht, beschäftigt. Der Sachverhalt wurde dem VfGH im Zuge einer Rechnungshofüberprüfung zur Entscheidung vorgelegt. Eine Beherrschung des Unternehmens MQM durch die Stadt Wien impliziert eine Prüfungslegitimation durch den Rechnungshof²⁷.

²⁵ Vgl. § 2 Z 40 BVergG.

²⁶ Vgl. nunmehr § 228 UGB Auszug aus Abs 1 Beteiligungen sind Anteile an anderen Unternehmen die bestimmt sind, dem eigenen Geschäftsbetrieb durch eine dauernde Verbindung zu diesen Unternehmen zu dienen. Auszug aus Abs 3 Verbundene Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften sind solche, die nach den Vorschriften über die vollständige Zusammenfassung der Jahresabschlüsse verbundener Unternehmen gemäß den Bestimmungen §§ 246 bis 249 UGB einzubeziehen sind.

²⁷ Vgl. *Sailer* Legitimation zur Gebarungsüberprüfung des Rechnungshofes am Beispiel Media Quarter Marx Errichtungs- und Verwertungsgesellschaft mbH (2014).

Sachverhalt

Im November 2012 stellten mehrere Mitglieder des Gemeinderates Wien das Verlangen der Gebarungsprüfung in Bezug auf die MQM. Hierzu wurde dem Rechnungshof ein Fragenkonvolut übermittelt²⁸.

Daraufhin teilte der Rechnungshof der MQM mit, die Gebarung hinsichtlich der Themenbereiche Gesellschaftsgründung und Entwicklung zu prüfen.

Im April 2013 teilte die MQM mit, dass im Zuge einer außerordentlichen Generalversammlung beschlossen wurde, die Prüfungskompetenz nicht anzuerkennen, da die öffentliche Hand nicht mit mindestens 50% am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital beteiligt ist und auch keine Beherrschung im gesetzlich geforderten Ausmaß an der MQM durch die öffentliche Hand besteht.

Lösung:

Der VfGH bejaht die Prüfungslegitimation des Rechnungshofes in seinen Entscheidungen, was zu dem Ergebnis führt, dass auch ein verbundenes Unternehmen im Sinne des BVergG vorliegt.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

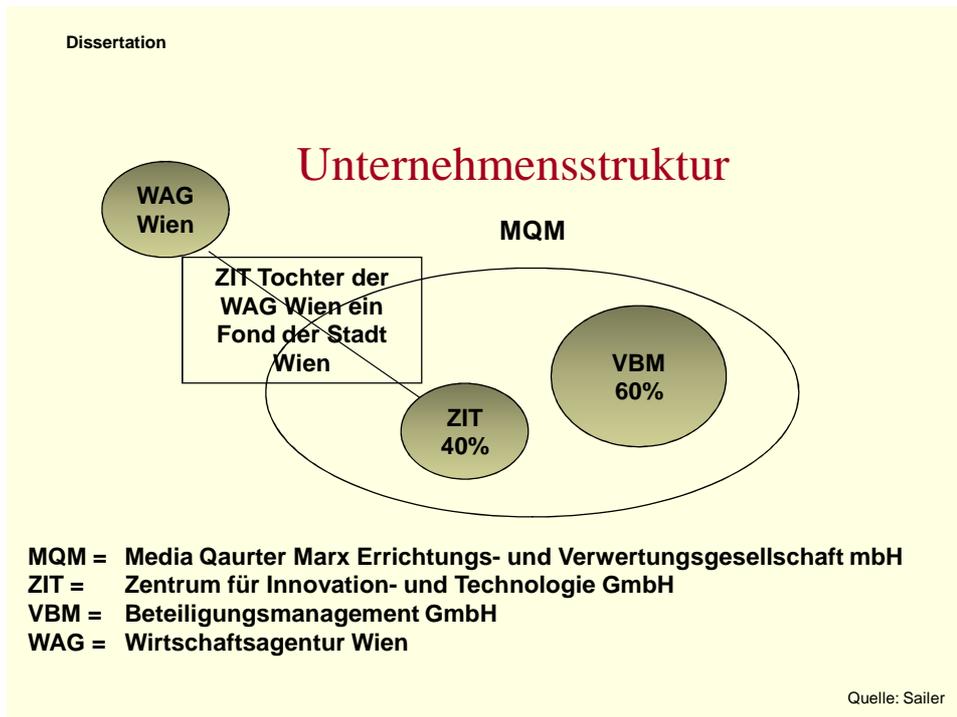
Die Unternehmensstruktur der MQM und deren Verflechtung mit der Stadt Wien erweist sich als ein komplexes Themenfeld, weshalb dies in einem ersten Schritt die Unternehmensstruktur durchleuchtet wird.

Teilhaber der MQM sind die Unternehmen Beteiligungsmanagement GmbH im Folgenden VBM, welche 60% des nominellen Stammkapitals der MQM besitzt und der Technologieagentur der Stadt Wien ursprünglich Zentrum für Innovation und Technologie GmbH im Folgenden ZIT, welche 40 % des nominellen Stammkapitals der MQM besitzt.

Die ZIT ist eine 100% Tochter der Wirtschaftsagentur Wien im Folgenden WAG Wien.

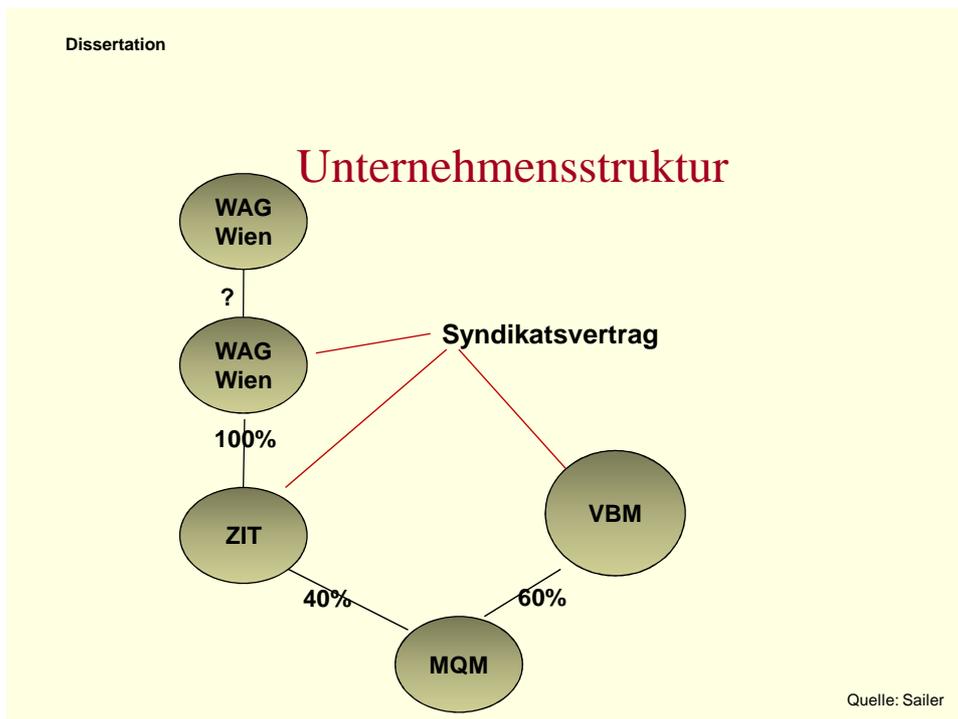
²⁸ Vgl. VfGH 12.12.2013, KR 1/2013.

Abbildung 1 Unternehmensstruktur



Innerhalb der zu betrachtenden Kette ergibt sich nachstehende Unternehmensstruktur, wobei ergänzend anzumerken ist, dass bereits die WAG Wien nicht zu 100% im Eigentum der Stadt Wien steht. Diese wurde im Jahr 1982 von der Stadt Wien, der Zentralsparkasse der Gemeinde Wien (die heutige UniCredit Bank Austria), der Ersten Bank, der Österreichischen Sparkassen AG (damals Erste oesterreichische Spar-Casse) und der Wirtschaftskammer Wien gegründet. Die Beteiligungsstruktur der WAG Wien konnte nicht erhoben werden. Aus Erfahrungswerten kann davon ausgegangen werden, dass die öffentliche Hand keine über 60% liegende Beteiligung hält. Dies ist jedoch nur spekulativ. Entscheidend ist aber, dass die Firma ZIT für wesentliche Handlungen im Geschäftsverkehr die Zustimmung der WAG Wien benötigt.

Abbildung 2 Unternehmensstruktur in der Kette



Die Prüfungslegitimation des Rechnungshofes basiert entweder aufgrund einer Beteiligung von mindestens 50% zusammengefasst **Beteiligungstatbestand** oder aufgrund der tatsächlichen Beherrschung des Unternehmens, zusammengefasst **Beherrschungstatbestand**.

Für die Zuordnung zum verbundenen Unternehmen im Sinne des BVergG ist unter anderem ein beherrschender Einfluss in herrschender bzw. dienender Stellung maßgebend. Es besteht analog zu den Bestimmungen der Prüfungslegitimation des Rechnungshofes, die Notwendigkeit des beherrschenden Einflusses, also den Beherrschungstatbestand.

Für den Beherrschungstatbestand sind nicht nur die Eigentumsverhältnisse maßgeblich, sondern vielmehr ist hierbei auf die faktische Einflussmöglichkeit abzielen. Diesbezüglich ist auf die Beschlussfassungsvoraussetzungen der einzelnen Gremien (Organwähler), welche im Zusammenhang mit den zentralen Geschäftsfeldern des Unternehmens zu beurteilen sind, abzielen.

Die Prüfung hat jedoch immer unter der Fragestellung zu erfolgen, ob die Maßnahme geeignet ist, eine einer 50%igen Beteiligung gleichzuhaltenden Einfluss zu erzielen.

Nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes müssen die rechtlichen Verflechtungsmaßnahmen, um von einer Beherrschung sprechen zu können, „einen

Einfluss auf das Unternehmen vermitteln, wie er einer mindestens 50%-igen Beteiligung am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital annähernd entspricht“.²⁹

Die Hintergründe liegen in der Durchbrechung der Majorisierung. Ein Überstimmen ist nicht mehr möglich.

Die Prüfung der Beherrschung erfolgt einerseits hinsichtlich der ökonomischen, finanziellen bzw. sonstigen wirtschaftlichen Einflussmöglichkeiten, andererseits hinsichtlich der organisatorischen Einflussmöglichkeiten.

Für eine gültige Beschlussfassung von Maßnahmen, welche den wesentlichen Unternehmenszweck betreffen, besteht die Voraussetzung, dass 90% des Stammkapitals anwesend ist. Die Firma ZIT hält 40% des Stammkapitals und die Firma VBM 60% des Stammkapitals. Auch bei vollständiger Anwesenheit der Firma VBM müssen zumindest 30% Stammkapital der Firma ZIT anwesend sein. Zusätzlich zum Anwesenheitsquorum ist für die gültige Beschlussfassung ein Konsensquorum von 80% des Stammkapitals erforderlich. Durch die Tatsache, dass die Firma VBM nur 60% des Stammkapitals hält, ergibt sich eine Nichtdurchsetzbarkeit dieser Beschlüsse, ohne Zustimmung der ZIT, in der Generalversammlung. Lediglich Beschlüsse, die der einfachen Mehrheit bedürfen, sind von der VBM gegenüber der ZIT durchsetzbar. Die Nichtanerkennung der Gebarungsprüfung durch den Rechnungshof erfolgte mit einfacher Mehrheit. Inwieweit ein solcher Beschluss in den Satzungen gedeckt ist, bleibt zu hinterfragen.

Eine Majorisierung durch die VBM in der Generalversammlung ist nicht möglich.

Im Ergebnis bedeutet die Abblockung der Majorisierung der VBM, in den wesentlichen Geschäftsfällen des Unternehmens MQM, dass die Firma ZIT aus ökonomischer Sicht einen beherrschenden Einfluss auf das Unternehmen ausübt.

Auch aus der Prüfung der Unternehmenskette, Stadt Wien als öffentlicher Rechtsträger, WAG Wien, ZIT und MQM, ergibt sich eine tatsächliche Beherrschung der Stadt Wien auf die Firma MQM. Wobei anzumerken ist, dass die WAG Wien gestützt auf den Syndikatsvertrag auch einen direkten Einfluss auf die MQM hat.

Das bedeutet, dass die MQM, die ZIT, die WAG Wien und die Stadt Wien ein verbundenes Unternehmen im Sinne des BVergG darstellen. Aufträge der Stadt Wien an die MQM stellen aber keine In-House-Vergaben, im Sinne der Rechtsprechung des EuGH,

²⁹ Vgl. VfGH 12.12.2013, KR 1/2013-14 und VfSlg. 17.489/2005.

dar³⁰. Die Vergabe von entgeltlichen Verträgen an die MQM, die im Sinne des BVergG als Bauaufträge, Lieferaufträge oder Dienstleistungsaufträge zu subsumieren sind, hat nach den Bestimmungen des BVergG zu erfolgen.

Die Kette der Unternehmungen WAG Wien, an welcher die Stadt Wien sicherlich nicht zu 100% beteiligt ist, weiters die ZIT, die wiederum lediglich eine 40%ige Beteiligung an der MQM besitzt, zeigt keine sehr große Beteiligung (Stamm- Grund- oder Eigenkapital) der Stadt Wien am Unternehmen MQM.

Geht man davon aus, dass die Beteiligung der Stadt Wien an der WAG Wien nicht mehr als 60% beträgt, ergibt dies eine Beteiligung der Stadt Wien an der MQM von ca 25% am Stamm- Grund- oder Eigenkapital. Trotzdem erfolgt eine Beherrschung, durch die ökonomischen und organisatorischen Einflussmöglichkeiten der Stadt Wien.

Auf Grund derartiger Beteiligungsverhältnisse zeigt sich, dass bereits bei geringen Anteilen am Stamm- Grund- oder Eigenkapital, ein verbundenes Unternehmen vorliegen kann. Gerade die vorliegende Unternehmensstruktur demonstriert, dass eine Ableitung, welche verbundene Unternehmen vergaberechtlich als ein gemeinsames Unternehmen ansieht, problematisch ist. Dies ergibt sich auch aus oben angeführten Ausarbeitungen zum Unternehmensbegriff. Vielmehr sind verbundene Unternehmen als eigenständige Unternehmen zu sehen, welche auf Grund ihrer Verbundenheit im Vergabeverfahren oftmals anderen Regelungen unterliegen. Dadurch ist eine Weitergabe des gesamten Auftrages möglich. In diesem Sinne stellen die Stadt Wien³¹, die WAG Wien, die ZIT, die VBM und die MQM eigene Unternehmen im Sinne des BVergG dar. Daher sind verbundene Unternehmen, wie zwei eigenständige Unternehmen zu betrachten und zu behandeln.

Zu klären bleibt jedoch die Frage, ob eine Leistungserbringung durch ein, mit dem Auftraggeber verbundenen Unternehmen, eine Subunternehmerleistung darstellt. Sollte eine Subunternehmerleistung bejaht werden, bleibt zu erörtern, ob durch Vorliegen einer Subunternehmerleistung verbundene Unternehmen, als Subunternehmer anzusehen sind.

³⁰ Vgl. EuGH 11.1.2005, Rs C-26/03.

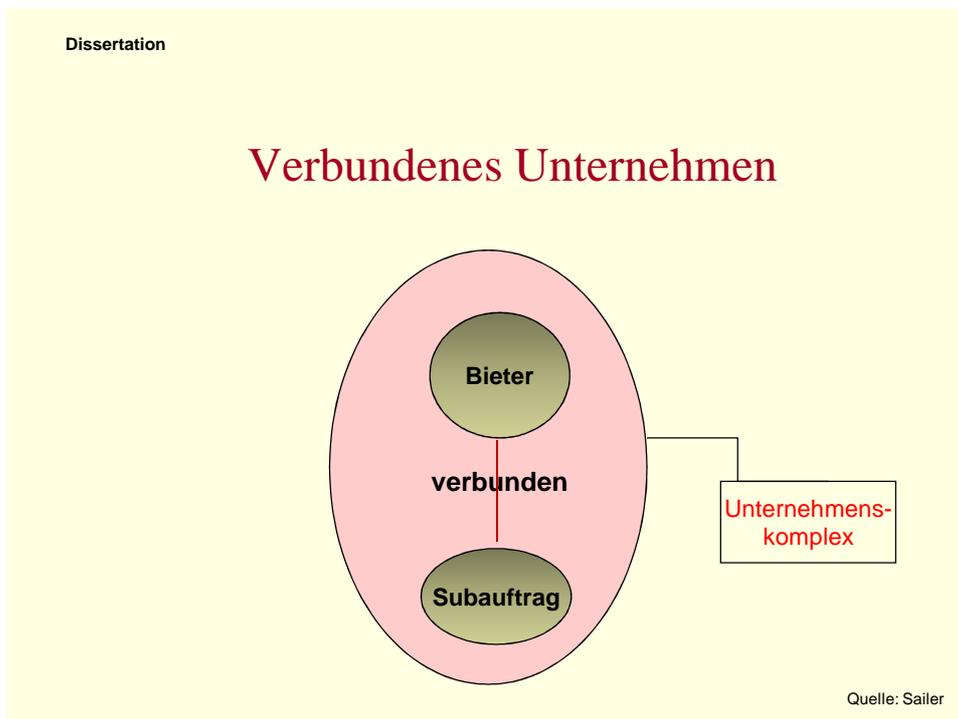
„...wenn ein öffentlicher Auftraggeber beabsichtigt, mit einer Gesellschaft, die sich rechtlich von ihm unterscheidet und an deren Kapital er mit einem oder mehreren privaten Unternehmen beteiligt ist, einen entgeltlichen Vertrag über Dienstleistungen zu schließen, die in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie 92/50 fallen, die in dieser Richtlinie vorgesehenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge stets anzuwenden sind.“

³¹ Jedoch nur in jenen Geschäftsbereichen in denen die Stadt Wien unternehmerisch tätig ist.

Es kann folgender Fall eintreten:

Ein Unternehmen aus einem Komplex mehrerer Unternehmen, welches als verbundenes Unternehmen im Sinne des BVergG einzustufen ist, gibt im Zuge eines Vergabeverfahrens ein Angebot ab. Im Zuge der Ausführungen benötigt der Bieter die Kapazitäten eines anderen Unternehmens dieses Komplexes. Im Sinne der zuvor erarbeiteten Begrifflichkeiten bedient sich der Bieter bei der Ausführung eines anderen Unternehmens.

Abbildung 3 Unternehmenskomplex



In der Entscheidung³² BVA GZ 13F-22/00-48 vom 15.02.2005, beschäftigt sich das Bundesvergabeamt mit einem Rückgriff eines verbundenen Unternehmens auf dessen deutschen Mutter.

Sachverhalt:

Gegenstand der Ausschreibung waren Brandschutzarbeiten, die Installation einer Brandmeldeanlage, einer Gasanlage, die Wartung von Feuerlöschanlagen, die Lieferung und Montage einer Gaslöschanlage zum Schutz von EDV-Anlagen. Die Antragstellerin (die A** GmbH) hielt den Widerruf der Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das

³² Vgl. BVA 15.02.2005, 13F-22/00-48.

BVergG und den hierzu ergangenen Verordnungen für rechtswidrig. Der Widerruf erfolgte auf Grund der Änderung von Nutzerwünschen.

Lösung:

Da die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung nicht über die Befugnis verfügte, wäre diese auszuschneiden gewesen. Aus diesem Grund konnte ihr, durch die behauptete Rechtswidrigkeit, kein Schaden entstehen, was dazu führt, dass ihr die Antragslegitimation fehlt.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Die Antragstellerin ist eine 100%ige Tochter der deutschen Muttergesellschaft C. Die Antragstellerin hatte zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung keine aufrechte Befugnis zur Leistungsausführung. In Ihrer Stellungnahme führte sie aus, dass die Muttergesellschaft ein mit ihr verbundenes Unternehmen über eine Befugnis zur Leistungsausführung verfügt. Die Antragstellerin war der Auffassung, dass die Nennung eines verbundenen Unternehmens nicht notwendig sei, da es sich hierbei um keine Subunternehmerleistung handle.

Hierzu führte das BVA in der Entscheidungsbegründung aus, dass zwar gemäß §31 Abs 1 BVergG 1997³³ die Weitergabe des gesamten Auftrages an ein verbundenes Unternehmen ermöglicht, jedoch diese Befugnis nicht von der Bekanntgabe befreit. Das in Frage kommende Unternehmen, welches einen Teil oder den gesamten Auftrag ausführt, wäre zu nennen gewesen. Dies ergibt sich schon aus der Verpflichtung des Auftraggebers zur Eignungsprüfung. Das BVA geht von einer Subunternehmerleistung aus.

Aus den bisherigen Ergebnissen resultiert, dass die Muttergesellschaft C ein eigenes Unternehmen ist. Das BVergG ermöglicht unter der Überschrift Subunternehmerleistung³⁴ die Weitergabe des gesamten Auftrages an ein verbundenes Unternehmen. Auf Grund der begrifflichen Zuordnung zur Subunternehmerleistung und durch die Tatsache, dass das BVergG eine Ausführung durch ein verbundenes Unternehmen als Weitergabe des Auftrages normiert, liegt der Schluss nahe, dass die Leistungserbringung durch ein verbundenes Unternehmen eine Subunternehmerleistung darstellt. Im Sinne des, der Dissertation zugrundeliegendem Begriffes des Subunternehmers, liegt eine Leistungserbringung durch ein anderes Unternehmen vor, was zur Folge hat, dass es sich um eine Subunternehmerleistung handelt. Ob das verbundene Unternehmen ein

³³ Vgl. §83 Abs 1 BVergG.

³⁴ w.o.

Subunternehmer des Auftragnehmers ist, bleibt offen. Das ausführende Unternehmen erfüllt sowohl die Qualifikation eines verbundenen Unternehmens, als auch jene eines Subunternehmers. Es ist daher von einem Subunternehmen auszugehen, das mit dem Auftragnehmer verbundenen ist, und daher berechtigt ist, die gesamte Leistung auszuführen. Hinsichtlich der Nennungspflichten sind die Bestimmungen für Subunternehmer heranzuziehen.

Nach Aicher handelt es sich, bei der zweiten Ausnahme vom Gesamtweitervergabeverbot zugunsten verbundener Unternehmer, um eine, mit der BVergG-Nov 2010 eingeführte, bis dahin nur für die Sektorenvergabe vorgesehene Ausnahme, welche wohl auf die Judikatur des EuGH zurückzuführen ist, die den Konzern als „funktionale Einheit“ betrachtet³⁵.

Um in den Ausschreibungsbedingungen Irritationen auszuschließen, wäre es aus meiner Sicht sinnvoll, die Ausschreibungsunterlagen so zu formulieren, dass nicht nur Leistungen durch Subunternehmer, sondern auch die Leistungen durch verbundene Unternehmen berücksichtigt werden. Anders formuliert, sollten Angebotsbestimmungen, die für den Subunternehmer bestimmt sind, um den Begriff des verbundenen Unternehmens erweitert werden³⁶.

Beispielsweise sollten Angebotspassagen mit dem nachstehenden Wortlaut korrigiert werden:

Der Bieter erklärt mit seinem Angebot, dass alle, jedenfalls oder möglicherweise zur Vertragserfüllung vorgesehenen Subunternehmer, im Subunternehmerverzeichnis genannt sind und diese zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe über die notwendige...

Korrekturvorschlag:

Der Bieter erklärt mit seinem Angebot, dass alle, jedenfalls oder möglicherweise zur Vertragserfüllung vorgesehenen Subunternehmer **sowie verbundene Unternehmer** im Subunternehmerverzeichnis genannt sind und....

Im Hinblick auf die Analyse der verschiedenen Unternehmensformen ist darauf hinzuweisen, dass im Sinne des BVergG auch eine Arbeits- oder Bietergemeinschaft ein verbundenes Unternehmen sein kann, da diese Gesellschaftsformen vom Unternehmerbegriff erfasst sind.

³⁵ Vgl. Aicher, Die Subunternehmerregelung nach geltenden und künftigem Recht, Vergabeforum (2015).

³⁶ Die Erläuterungen zur RV BVergG Novelle 2015 wird diese Rechtsansicht präzisiert; *Zur Klarstellung wird hinzugefügt dass Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40) vertragliche übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind.*,

4.2.3 GESELLSCHAFTEN BÜRGERLICHEN RECHTS

Arbeits- und Bietergemeinschaften zählen zu den Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Das BVergG definiert eine Arbeits- bzw Bietergemeinschaft wie folgt:

„Arbeitsgemeinschaft ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer, die sich unbeschadet der sonstigen Bestimmungen des zwischen ihnen bestehenden Innenverhältnisses dem Auftraggeber gegenüber solidarisch zur vertragsgemäßen Erbringung einer Leistung auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen verpflichten³⁷.“

„Bietergemeinschaften ist ein Zusammenschluss mehrerer Unternehmer zum Zweck des Einreichens eines gemeinsamen Angebotes, das Leistungen auf dem Gebiet gleicher oder verschiedener Fachrichtungen zum Inhalt haben kann³⁸.“

Begrifflich unterscheiden sich diese Gesellschaftsformen im Wesentlichen in der Berücksichtigung der Zeitachse. Nach Zuschlagserteilung schließt sich die Bietergemeinschaft zu einer Arbeitsgemeinschaft zusammen.

Die Bietergemeinschaft legt ein gemeinsames Angebot im Vergabeverfahren. Die Arbeitsgemeinschaft verpflichtet sich zu einer gemeinsamen Leistungserbringung. Diese Leistungserbringung erfolgt in solidarischer Form. Das bedeutet, dass eine Gesamtleistungsverpflichtung besteht, bei welcher jeder die gesamte Leistung schuldet.

Eine weitere Besonderheit besteht darin, dass dieser Zusammenschluss unbeschadet des sonst bestehenden Innenverhältnisses erfolgt. Dies hat zur Folge, dass der Unternehmenszusammenschluss als Arbeitsgemeinschaft im Vergabeverfahren und während des Vertragsverhältnisses prioritär zu sehen ist. Das bedeutet, dass bei der Teilnahme von zwei Unternehmen, die jeweils mit anderen Unternehmen im Sinne des BVergG verbunden sind, in Form einer Arbeitsgemeinschaft, die Bestimmungen des verbundenen Unternehmens nicht zur Anwendung gelangen. Anders formuliert, ist die Weitergabe des gesamten Auftrages nicht möglich. Im Hinblick auf die Eignungskriterien bedeutet dies:

es gelangen die Bestimmungen für Arbeitsgemeinschaften, unabhängig davon, ob es sich um verbundene Unternehmen im Sinne des BVergG handelt, zur Anwendung.

Der Unternehmensbegriff des BVergG inkludiert keine Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, die nicht vom Begriff der Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften erfasst sind. Hier

³⁷ Vgl. § 2 Z7 BVergG.

³⁸ Vgl. § 2 Z14 BVergG.

wären beispielsweise eheliche oder nichteheliche Lebensgemeinschaften zu nennen. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird durch Vertrag begründet. Dieser Vertrag ist formfrei und kann daher auch mündlich oder konkludent geschlossen werden. Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts hat den Zweck ihre Mühen allein oder Sachen zum gemeinschaftlichen Nutzen zu vereinigen³⁹.

Gesellschaften bürgerlichen Rechts sind gekennzeichnet durch:

- Selbstorganschaft,
- keine separate Haftung der Gesellschaft,
- keine Grundbuchsfähigkeit,
- weder aktiv noch passiv klagslegitimiert.

Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, welche weder eine Bietergemeinschaft noch eine Arbeitsgemeinschaft darstellen, sind nicht Unternehmer im Sinne des BVergG und können nicht Rechtsträger sein. Eine Teilnahme im Zuge eines Vergabeverfahrens ist daher nicht möglich. Dies kann nur durch einen Zusammenschluss als Bietergemeinschaft oder Arbeitsgemeinschaft erfolgen.

Die Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften und Unternehmen die an dieser beteiligt sind, sind - sowie verbundene Unternehmen zueinander - als eigene Unternehmen im Sinne des BVergG zu betrachten. Im Hinblick auf den zuvor erarbeiteten Subunternehmerbegriff kann man ableiten, dass eine Bietergemeinschaft- oder eine Arbeitsgemeinschaft ein anderes Unternehmen darstellt.

Zu klären bleibt jedoch die Frage, ob eine Leistungserbringung durch ein Unternehmen, welches Teil einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft ist, eine Subunternehmerleistung darstellt.

Eine Bietergemeinschaft legt ein gemeinsames Angebot über die zu erbringende Leistung. Den Umfang der Leistungserbringung jener Unternehmen, die an der Bietergemeinschaft beteiligt sind, wird im Angebot bzw. wird dies im Falle der Auftragserteilung durch die Arbeitsgemeinschaft vertraglich im Innenverhältnis bestimmt. Die Bietergemeinschaft legt ein Gesamtangebot. Auch bei einer Arbeitsgemeinschaft verpflichten sich die einzelnen Unternehmen zur gemeinsamen solidarischen Leistungserbringung. Eine Änderung des Aufteilungsschlüssels während der Ausführungsphase, innerhalb der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft, stellt keine Leistungsweitergabe dar. Es handelt sich hierbei lediglich

³⁹ Vgl. § 1175 ABGB.

um eine Aufgabenumverteilung innerhalb der Arbeitsgemeinschaft. Eine Leistungsweitergabe kann daher nur an Unternehmen erfolgen, welche kein Mitglied dieser Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft sind. Diese Unternehmen sind eindeutig dem Begriff des Subunternehmers zuzuordnen.

4.3 BEWERBER BZW. BIETER IM VERHÄLTNIS ZUM SUBUNTERNEHMER

Die Unterscheidung, ob es sich um einen Bewerber oder Bieter handelt, hängt vom Stadium des Vergabeverfahrens ab.

Jene Unternehmen bzw. Zusammenschlüsse von Unternehmern, welche ein Angebot eingereicht haben, werden als **Bieter** bezeichnet. Jene Unternehmen bzw. Zusammenschlüsse von Unternehmern, welche durch einen Teilnahmeantrag oder eine Anforderung bzw. durch das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen am Vergabeverfahren teilnehmen wollen, werden als **Bewerber** bezeichnet⁴⁰.

Um Bewerber zu sein, ist die Abgabe eines Teilnahmeantrages oder die Anforderung/das Abrufen von Ausschreibungsunterlagen erforderlich. Dies erfolgt nicht durch den Subunternehmer, sondern durch den potentiellen Auftraggeber des Subunternehmers. Um Bieter zu sein, ist eine Angebotslegung erforderlich. Der Subunternehmer steht in Verhandlungen mit einem potentiellen Auftragnehmer. Er legt jedoch selbst kein Angebot dem Auftraggeber vor, sodass eine Angebotslegung nicht durch den Subunternehmer erfolgt. Durch die Tatsache, dass der Subunternehmer in einem Vertragsverhältnis bzw. vorvertraglichen Verhältnis zum Bewerber oder Bieter steht, jedoch zwischen Subunternehmer und Auftraggeber keine vertragliche Bindung existiert, kann der Subunternehmer nicht zum Kreis der Bewerber und Bieter gezählt werden. Dies ergibt sich auch aus der erarbeiteten Definition.

Um es nochmals zu verdeutlichen: Der Subunternehmer steht in keinem vertraglichen bzw. vorvertraglichen Verhältnis zum Auftraggeber. Er hat also kein Angebot im Hinblick auf die, ihm zugeteilte oder zuge dachte Teilleistung erstellt, auf dessen Basis Rechte bzw. Pflichten für ihn oder den Auftraggeber abgeleitet werden könnten.

Auch § 72 BVergG unterscheidet im Hinblick auf die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit zwischen Bewerber, Bietern und deren Subunternehmern.

⁴⁰ Vgl. § 2 Z 12 und 13.

Diese Schlussfolgerung schließt jedoch nicht aus, dass ein und dasselbe Unternehmen in einem Vergabeverfahren sowohl Bewerber bzw. Bieter, als auch Subunternehmer sein kann. Hierbei ist anzumerken, dass der Subunternehmer keinen unmittelbaren Einfluss auf die Angebotslegung des Bewerbers bzw. Bieters hat. Ein Unternehmen bzw. ein Zusammenschluss von Unternehmen kann in einem Vergabeverfahren nur ein Angebot legen, das heißt, nur einmal Bieter sein, jedoch mehrmals Subunternehmer. Um die Lesbarkeit zu erleichtern erfolgt, die Bearbeitung der Mehrfachbeteiligungen im Anschluss.

Nachstehende Übersicht zeigt eine Gegenüberstellung von Subunternehmer, verbundenen Unternehmen, Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sowie anderen Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Es wird unterstellt, dass die zuvor angesprochenen Gesellschaftsformen als Bewerber, Bieter oder Auftragnehmer auftreten. Ein Unternehmen, welches Teil eines verbundenen Unternehmens, einer Arbeitsgemeinschaft, einer Bietergemeinschaft oder einer anderen Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, übernimmt Teile bzw. die Gesamtheit der geplanten bzw. auszuführenden Leistungen. Dieses Unternehmen wird dem Subunternehmer ohne jegliche Verflechtung mit einem Bewerber, Bieter bzw. Auftragnehmer gegenübergestellt.

Wobei Plus(+) für jene Aussagen steht, welche zutreffend sind und Minus (-) für jene Aussagen welche nicht zutreffend sind. Jene Aussagen, welche nicht denkmöglich sind, werden mit (x) gekennzeichnet. Dies trifft vor allem Aussagen im Zusammenhang mit Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, welche weder einer Bietergemeinschaft, noch einer Arbeitsgemeinschaft zuzuordnen sind zu.

Tabelle 2 Übersichtstabelle Subunternehmer, verbundenes Unternehmen, Gesellschaft bürgerlichen Rechts

	Sub- unternehmer	verbundenes Unternehmen	Gesellschaft bürgerlichen Rechts		
			Arbeits- gemeinschaften	Bieter- gemeinschaften	sonstige Gesellschaften bürgerlichen Rechts
Rechtsträger im Sinne ABGB	+	+	-	-	-
Rechtsträger im Sinne BVergG	+	+	+	+	-
Unternehmerstatus im Sinne BVergG	+	+	+	+	-
Status als Bieter und Bewerber	-	-	-	+	x
Leistungserbringung in Form einer Subunternehmerleistung	+	+	-	-	x
Weitergabe der Gesamtleistung	-	+ Vgl § 83 Abs 1 BergG	x	x	x

Quelle: Sailer

4.4 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 4

Das BVergG idF BGBl II 438/2015 verwendet den Begriff des Subunternehmers, ohne diesen zu definieren. Dies impliziert Auslegungsschwierigkeiten, die sich vor allem in nicht eindeutig geklärten Fragen zeigen. Zum Beispiel, ob ein Subunternehmer zu den Bewerbern oder Bietern zählt, oder ob ein verbundenes Unternehmen, eine Subunternehmerleistung erbringen kann. Für den Fortgang dieser Arbeit erschien, in Anbetracht gerade genannter Unklarheiten, die Festlegung einer heuristischen Erklärung der Bedeutung des Subunternehmerbegriffs, als zwingend erforderlich.

Außer Frage gestellt werden konnte in diesem Zusammenhang erstens, dass ein Subunternehmer primär dadurch gekennzeichnet ist, dass er in Bezug auf die jeweilige Auftragsvergabe zwar mit dem Auftragnehmer, also dem Unternehmen, welches den Auftrag erhalten hat, nicht jedoch mit dem originären Auftraggeber in einem Vertragsverhältnis steht. Aus der Tatsache, dass der Subunternehmer in einem Vertragsverhältnis bzw. vorvertraglichen Verhältnis zum Auftragnehmer und nicht zum Auftraggeber steht, geht zweitens klar hervor, dass der Subunternehmer kein Angebot über die Teilleistung an den Auftraggeber gelegt hat, sondern an den Auftragnehmer. Daraus lässt sich ableiten, dass der Subunternehmer in Bezug auf die von ihm gegenüber dem Primärunternehmer angebotene Teilleistung in keinem Bieterverhältnis zum originären Auftraggeber steht. Als dritter wesentlicher Punkt ist zu nennen, dass ein Unternehmen nur dann als Subunternehmer gilt, wenn sein Vertragsverhältnis zum

Primärunternehmer/Primärunternehmen dem Umfang nach, über einen bloßen Zukauf von Materialien und Bestandteilen (Zulieferer, Hilfsunternehmer) hinausgehende Leistungsverpflichtungen beinhaltet, welche der Primärunternehmer gegenüber dem Auftraggeber zu erbringen hat.

Das Ende des Vergabeverfahrens bildet der auf einen Zuschlagsentscheid folgende Vertragsabschluss, welcher einen Bieter erst zum Auftragnehmer und einen potentiellen Subunternehmer, erst zum Subunternehmer werden lässt. In diesem Zusammenhang stellte sich die Notwendigkeit heraus, den Verlauf des Vergabeverfahrens und den Verlauf der Vertragsabwicklung auf einer gemeinsamen Zeitachse zu betrachten und dabei auch jene rechtlichen Implikationen, die zwischen Auftraggeber, Bewerber/Bieter (= potentieller Auftragnehmer) und potentiellen Subunternehmer zu untersuchen. Der dieser Dissertation zugrunde gelegte Subunternehmerbegriff berücksichtigt diese Sequenzierung.

Im Hinblick auf die zum Zeitpunkt der Abfassung dieser Dissertation noch nicht in Kraft getretenen Norm **RV BVergG Novelle 2015** ist anzumerken, dass zwar nunmehr hierin eine explizite Bestimmung des Subunternehmers erfolgt, jedoch hierbei die Berücksichtigung der rechtlichen Beziehungen vor Zuschlagserteilung/Vertragsabschluss außen vor gelassen wurden. Der mit Inkrafttreten von **RV BVergG Novelle 2015** zum Faktum werdende Umstand, dass ein potentieller Subunternehmer vom Subunternehmerbegriff nicht umfasst ist, birgt das Problem, dass ein Subunternehmer erst nach Zuschlagsentscheidung begrifflich existiert.

Der Unternehmensbegriff des BVergG umfasst ein größeres Spektrum als jener anderer Rechtsmaterien, wie beispielsweise ABGB oder UGB. Als wesentliche Unterscheidung ist auf Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften hinzuweisen. Diese, zu den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, zählende Personenvereinigung, ist vom Unternehmensbegriff des BVergG erfasst.

Da nun der Subunternehmer als ein, gegenüber dem Auftragnehmer, selbständiges Unternehmen definiert wurde, folgt aus dem im BVergG zugrunde gelegtem Unternehmensbegriff, dass sowohl Bietergemeinschaften, Arbeitsgemeinschaften als auch verbundene Unternehmen, als Subunternehmer auftreten können. Bei Bieter- und Arbeitsgemeinschaften entsteht durch Annahme von Aufträgen als Subunternehmer ein Widerspruch zum Unternehmenszweck der Gesellschaft. Dieser Umstand wird wie folgt erläutert:

Das wesentliche hierbei ist, dass zur Bewältigung eines Großauftrages mehrere Unternehmen als Bietergemeinschaft ein gemeinsames Angebot erstellen und die Unternehmen, die sich als Arbeitsgemeinschaft zusammenschließen, sich zur solidarischen Leistungserfüllung verpflichten. Der Zweck der Gesellschaft ist, als ein einheitlicher Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber aufzutreten. Der stringent an den Auftrag gekoppelte Unternehmenszweck der gemeinschaftlichen Auftragsbefreiung, führt sachbezogen zum Ausschluss, dass eine Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft als Subunternehmer auftritt. Was zur Folge hat, dass ein Auftreten als Subunternehmer nicht möglich ist, da es an der Unternehmensvoraussetzung fehlt.

Aus dieser gemeinschaftlichen Zweckbefreiung ergibt sich des Weiteren, dass eine Auftragsweitergabe innerhalb der Mitglieder dieser Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht als Subvergabe zu betrachten ist, da eine innergemeinschaftliche Auftragsweitergabe im Grunde genommen eine Aufgabenverteilung im Innenverhältnis darstellt.

Dem gegenüber haben verbundene Unternehmen eine derartige Zweckbestimmung nicht. Daraus ergibt sich, dass Mitglieder eines Unternehmenskomplexes verbundener Unternehmer, auch als Subunternehmer auftreten können. Dies gilt sowohl hinsichtlich anderer Mitglieder des Unternehmenskomplexes verbundener Unternehmer, als auch hinsichtlich anderer Bieter bzw. Auftragnehmer des Vergabeverfahrens.

Allerdings wird in diesem Zusammenhang auf die Problematiken hinsichtlich der Beherrschenden bzw. herrschenden Stellung und Wettbewerbsverzerrungen bei Mehrfachbeteiligungen, welche im Zuge des Kapitels 5 erarbeitet werden, hingewiesen.

Abschließen wird auf folgendes hingewiesen: Ob nun ein potentieller Subunternehmer zum Kreis der Bewerber zählt oder nicht, ist im Zusammenhang mit dem Subunternehmerstatus irrelevant, da der Status des Bewerbers mit dem Anfordern oder Abrufen der Ausschreibungsunterlagen erlangt wird.

5 RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

Im gegenständlichen Kapitel soll erläutert werden, welche Rahmenbedingungen vorliegen müssen und welche Qualifikationen ein Unternehmen erfüllen muss, um zur Leistungserbringung herangezogen zu werden. Im Fokus der Betrachtung steht wiederum der Subunternehmer.

Ein Vergabeverfahren unterteilt sich innerhalb der Zeitachse in mehrere Phasen. Das Vorliegen der geforderten Qualifikationen und die Möglichkeit, Änderungen hinsichtlich der Angebote oder hinsichtlich der Form der Leistungserbringung einzubringen, stehen in Bezug zu der Phaseneinteilung des Vergabeverfahrens.

5.1 PHASEN DES VERGABEVERFAHRENS

In der nachstehenden Abbildung werden die einzelnen Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe dargestellt. Der Begriff der Auftragsvergabe umfasst einen größeren Zeitraum, als der vom BVergG normierte Zeitraum des Vergabeverfahrens. Das BVergG normiert, dass das Vergabeverfahren formell mit der Zuschlagserteilung bzw. mit dem Widerruf abgeschlossen⁴¹ ist. Das Vergabeverfahren beginnt mit dem Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung oder, bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung, mit der ersten, nach außen in Erscheinung tretenden Handlung⁴². Üblicher Weise benötigt eine auftragsvergebende Stelle für die Durchführung einer Vergabe eine interne Genehmigung. Diese interne Form der Einleitung eines neu auftretenden Bedarfes endet mit einer budgetären Freigabe. Sollte der öffentliche Auftraggeber ein Vergabeverfahren ohne budgetäre Bedeckbarkeit einleiten, kann er schadenersatzpflichtig werden. Handlungen und Festlegungen in dieser Phase können Auswirkungen auf das spätere Vergabeverfahren haben.

⁴¹ Vgl. § 135 Abs 1 BVergG.

⁴² Vgl. § 13 Abs 3 BVergG.

Abbildung 4 Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe



Aus oben angeführter Abbildung ist ersichtlich, dass die Phasen 1 bis 5 die gesamte öffentliche Auftragsvergabe darstellen. Dem eigentlichen Vergabeverfahren in der Begrifflichkeit des BVergG sind jedoch nur die Phasen 2 bis 4 zuzuordnen. Wichtig ist dabei, dass zwischen dem eigentlichen Vergabeverfahren und den einzelnen Phasen der Auftragsvergabe eine Wechselbeziehung besteht. Das heißt, dass Handlungen, welche in der Einleitungsphase erfolgen, einen Einfluss auf die Angebotslegungsphase, die Prüfungs- bzw. Auswahlphase haben und Ergebnisse sowie Festlegungen des Vergabeverfahrens, Einfluss auf die Durchführungsphase ausüben. Beispielsweise kann die Einbindung eines Unternehmens in die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen und Leistungsverzeichnisse zum Ausschluss im weiteren Vergabeverfahren führen. Die Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen, hinsichtlich eines Subunternehmerwechsels, haben Einfluss auf das Vertragsverhältnis in der Durchführungsphase.

Neben dem Zeitpunkt der einzelnen Phasen im Vergabeverfahren (oben dargestellte Abbildung), sind mögliche Handlungen und Änderungen im Vergabeverfahren, in Abhängigkeit zu den Bedingungen, in den Ausschreibungsunterlagen zu sehen. So steht es beispielsweise dem Auftraggeber frei, neben den eignungsrelevanten Subunternehmern

und jenen Subunternehmern, welche wesentliche Teile des Auftrages ausführen, die Nennung aller geplanten Subunternehmer vorzuschreiben⁴³.

5.2 VORAUSSETZUNG FÜR EINE LEISTUNGSERBRINGUNG DURCH SUBUNTERNEHMER

Gegenständlich soll erörtert werden, unter welchen Bedingungen und Rahmenbedingungen eine Subunternehmerleistung möglich ist. Das BVergG⁴⁴ grenzt lediglich die Weitergabe des gesamten Auftrages – mit Ausnahme von Kaufverträgen bzw. die Weitergabe an ein verbundenes Unternehmen - aus. Weiter bestimmt das BVergG, dass der Subunternehmer für jenen Teil, den er ausführt, die erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit haben muss.

Letztlich bestimmt das BVergG idF BGBl II 438/2015 noch, dass die wesentlichen Teile, welche im Rahmen von Subaufträgen an Dritte vergeben werden sollen, jedenfalls dem Auftraggeber im Zuge der Angebotslegung bekannt zu geben sind. Die eignungsrelevanten Subunternehmer muss er jedenfalls bekannt geben.

Als rechtliche Voraussetzung ist zusammenfassend zu sagen:

- der Subunternehmer darf nicht die gesamte Leistung des Auftragnehmers erfüllen, hiervon sind lediglich verbundene Unternehmen ausgenommen,
- er muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit für seinen Leistungsgegenstand haben und
- der Subunternehmer muss, falls er wesentliche Teile des Auftrages erfüllt, vom Bieter dem Auftraggeber bekannt gegeben worden sein.

Weitergabe der gesamten Leistung:

Die Möglichkeit die Weitergabe des gesamten Auftrages als unzulässig, vorzusehen, ergibt sich aus dem Erkenntnis EuGH vom 18.04.2004 Rs C-314/01⁴⁵, Siemens und ARGE Telekom.

⁴³ Mit der RV BVergG Novelle 2015 erfolgen hiezu Änderungen, welche im Kapitel 5.2 erörtert werden.

⁴⁴ Vgl. § 83 BVergG.

⁴⁵ Vgl. EuGH 18.04.2004, Rs C-314/01.

Sachverhalt:

Der Hauptverband führte ein zweistufiges Vergabeverfahren durch, wobei der Leistungsinhalt die Konzeption, Planung und Aufbau eines auf Chipkarten gestütztes EDV Systems, einschließlich der Lieferung, Initialisierung, Personalisierung, Verteilung und Entsorgung der Karten war. Der Punkt 1.8 der Ausschreibungsunterlagen lautet wie folgt: „Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist bis zum Umfang von 30% der Leistungen und nur soweit zulässig, als die vertragstypischen Leistungsteile Projektmanagement, Konzeption des Systems, Entwicklung, Aufbau, Lieferung und Betrieb der projektspezifischen zentralen Komponenten des Gesamtsystems, Entwicklung, Lieferung und Management des Lebenszyklus der Karten sowie Entwicklung und Lieferung der Endgeräte, beim Bieter/der Bietergemeinschaft verbleiben.

Lösung:

Die Richtlinie 92/50 steht einem Verbot oder einer Einschränkung der Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags nicht entgegen, wenn der öffentliche Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Bestbieters, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Subunternehmer nicht prüfen konnte.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Zwar beschäftigt sich der EuGH mit der Frage des Verbotes oder der Einschränkung der Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrags, jedoch lässt sich aus Art 25 RL 2004/18/EG ableiten, dass der Bieter und Bewerber einen Teil der Leistung jedenfalls selbst ausführen muss. Durch den Wortlaut „Teil des Auftrags“, welcher in Form von Unteraufträgen erfolgt, ergibt sich, dass damit nicht der gesamte Auftrag umfasst sein darf. Welchen Anteil bzw. die Anteilsgröße, die der Auftragnehmer selbst erbringen muss, bleibt offen. In der gegenständlichen Rechtssache verlangte der Auftraggeber, dass der Auftragnehmer 70% der Gesamtleistung selbst ausführt. Diese Aufteilungsannahme ist nicht aussagekräftig, da sich der EuGH lediglich mit der Frage des Verbotes bzw. der Einschränkung der Subvergabe beschäftigte.

Der Bieter hat ein verbindliches Angebot vorgelegt. Aus diesem Angebot muss jedenfalls ersichtlich sein, welche eignungsrelevanten Subunternehmer benötigt werden. Ebenso sind die wesentlichen Teile des zukünftigen Auftrages, welche im Rahmen von Subaufträgen vergeben werden sollen, bekannt zu geben. Welchen Auftragsumfang der Auftragnehmer jedoch selbst zu erbringen hat, kann dem BVergG nicht entnommen werden. In der

Entscheidung VKS-1826/05 vom 01.07.2005 wird wie folgt zitiert: *„Ein quantitatives Überwiegen ist also für den Umfang von Subunternehmerleistungen, die weiter gegeben werden dürfen, gegenüber der früheren Gesetzeslage nicht mehr entscheidungsrelevant“⁴⁶.*

Daraus ergibt sich, dass jedenfalls kein Erfordernis besteht, dass der Auftragnehmer den überwiegenden Teil, einen wesentlichen Teil oder Kernelemente selbst ausführen muss. Nunmehr gilt es zu erörtern, ob die Analyse der Leistungsbeschreibung einen möglichen Lösungsansatz darstellen kann. Der Auftragnehmer muss jedenfalls eine Teilleistung ausführen, welche sich aus der, der Leistungsbeschreibung zugrundeliegenden Kalkulation ableiten lässt. Sei es, dass eine Position des Leistungsverzeichnisses durch den Auftragnehmer erfüllt wird oder eine, in einer solchen Position, kalkulatorisch enthaltene, Leistung ausgeführt wird, wie zum Beispiel die örtliche Bauaufsicht, im Zuge eines Bauvorhabens, sofern der Auftraggeber diese nicht gesondert vergibt. Hierbei darf es sich jedoch nicht um eine Nebenleistung handeln, wie beispielsweise Reinigungsleistungen, im Zuge von Bauaufträgen. Die Erbringung einer Leistung, welche sich auf reine Vermittlungstätigkeiten zwischen Auftraggeber und Subunternehmer bezieht, erscheint hierbei als nicht ausreichend. Ein Auftragnehmer, der im Zuge einer Leistungserbringung dem Auftraggeber lediglich die Subunternehmer bekannt gibt und ansonsten keine eigene Leistung erbringt, erfüllt die im BVergG vorgeschriebenen Voraussetzungen, nämlich die Unzulässigkeit der Weitergabe des Gesamtauftrages (ausgenommen Kaufvertrag), nicht.

Bekanntgabe wenn es sich um wesentliche Teile handelt:

Unstrittig ist, dass der Bieter die eignungsrelevanten Subunternehmer bekannt geben muss. Sind wesentliche Teile der Auftragsweitergabe erfasst, ist der Bieter ebenfalls zur Nennung verpflichtet. Der Auftraggeber kann in den Ausschreibungsunterlagen die Nennung sämtlicher Subunternehmer bzw. die Nennung jener Teilleistungen, welche im Rahmen von Subaufträgen ausgeführt werden, fordern. In weiterer Folge ist zu erörtern, ab welchem Zeitpunkt bzw. ab welchem Leistungsumfang, der in Form von Subaufträgen erbracht wird, von einem wesentlichen Leistungsumfang auszugehen ist. Hierzu wäre in einem ersten Schritt zu klären, ob der wesentliche Leistungsteil in qualitativer oder quantitativer Hinsicht zu bewerten ist.

⁴⁶ Vgl. Heid/Preslmayr, Vergaberecht² 326 f.

Aus der Entscheidung des VwGH vom 24.02.2010 GZ 2006/04/0148 geht hervor, dass im Hinblick auf den Leistungsumfang nicht eine qualitative Beurteilung erfolgt, sondern der quantitative Aspekt zu berücksichtigen ist⁴⁷.

Dieser quantitative Aspekt, im Zusammenhang der Ausführung eines wesentlichen Leistungsteiles, bezog sich auf die Möglichkeit der Ausführung eines Leistungsteiles, ohne Gewerbeberechtigung.

Sachverhalt:

Die Stadtgemeinde M führte als öffentliche Auftraggeberin ein Vergabeverfahren für eine Abwasserbeseitigungsanlage (Erd-, Baumeister- und Installationsarbeiten) durch. Das Angebot eines Anbieters, der nachfolgend als Beschwerdeführer auftrat, wurde im Vergabeverfahren für nichtig erklärt. Dies wurde seitens der belangten Behörde mit dem Hinweis, es fehle für einen wesentlichen Leistungsteil der Ausführung die Gewerbeberechtigung, begründet. Der wesentliche Teil bezog sich auf einen Leistungsteil zur Funktion der Anlage.

Lösung:

Der Auffassung der belangten Behörde, es reiche bereits aus, dass es sich um einen „wesentlichen Leistungsteil zur Funktion der Anlage“ handle, und daher der preisliche Aspekt und damit der prozentuelle Anteil am Gesamtentgelt bzw. an der Angebotssumme außer Acht zu lassen sei, konnte der VwGH nicht folgen. Die Ausführungen der belangten Behörde sind durch § 32 Abs. 1 Z1 GewO 1994 nicht gedeckt. Diese Bestimmung spricht nämlich ausdrücklich (quantitativ) von „Leistungen anderer Gewerbe... in geringem Umfange“ und stellt nicht (qualitativ) auf die Wesentlichkeit der Leistungen ab.

Beurteilung und Schlussfolgerungen

Gegenständliche Entscheidung befasst sich mit der Thematik im Zusammenhang mit der Ausführung von anderen Gewerben im geringen Umfang⁴⁸. Die Ableitung für die Beurteilung der wesentlichen Teile der Leistungserbringung ist insofern zulässig, als sich der VwGH im gegenständlichen Erkenntnis mit der Leistungsausführung im Zuge eines Vergabeverfahrens beschäftigt. Hierbei geht es um die Frage der Zulässigkeit der Ausführung eines Nebengewerbes. Gerade die Ausführung eines Nebengewerbes ist nur zulässig, wenn sie im geringen Umfang erfolgt. Auf Grund der Tatsache, dass der VwGH

⁴⁷ Vgl. VwGH 24.02.2010, 2006/04/0148.

⁴⁸ Nach § 32 Abs 1 Z 1 GewO.

im Zusammenhang mit der Befugnis auf einem quantitativen Aspekt abzielt und hierbei den qualitativen Aspekt verneint, ist eine Ableitung im Hinblick auf die Leistungsausführung auch zulässig und schlüssig.

Bei dem, der Entscheidung zugrundeliegenden, Sachverhalt wurden Leistungen in quantitativer Hinsicht von 5,8% der Gesamtnettoangebotssumme ausgeführt. Eine prozentuelle Grenze, bis zu welchem Umfang eine Leistungserbringung im geringen Ausmaß erfolgt, wird seitens VwGH nicht erläutert.

Der Vergabekontrollsenat Wien⁴⁹, im Folgenden VKS Wien, hat in seiner Entscheidung vom 26.07.2012 im Zusammenhang mit der Vergabe von Nebenleistungen im geringen Umfange ausgeführt, dass Nebenleistungen bis zur einer Schwelle von 10% in der Literatur als Nebenleistungen „geringen Umfanges“ angesehen werden. Der VKS Wien stützt sich bei seiner Entscheidung auf die Ausführungen des oben angeführten VwGH – Erkenntnisses. Der VKS Wien zieht die 10%ige Schwelle zwar als Begründung heran und führt in weiterer Folge aus, dass Leistungen in der Höhe von 6,43% der Gesamtnettoangebotssumme jedenfalls als im geringen Umfang anzusehen sind. Eine generelle Aussage im Hinblick darauf, dass Leistungen, die die Höhe von 10% der Gesamtnettoangebotssumme überschreiten, nicht mehr als Leistung geringen Umfangs anzusehen sind, erfolgt jedoch nicht.

Es lässt sich nunmehr ableiten, dass für die Bewertung der Weitergabe wesentlicher Teile des Leistungsgegenstandes, im Sinne von § 83 BVergG auf den quantitativen Umfang der Gesamtnettoangebotssumme abzielen ist. Basierend darauf, dass die Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Befugnis zur Leistungsausführung (Unternehmensqualität) auf den quantitativen Umfang abzielt, erscheint eine quantitative Beurteilung des Leistungsgegenstandes nach § 83 BVergG als gerechtfertigt.

Die von der Literatur und der Rechtsprechung herangezogene Schwelle von bis zu 10% der Gesamtnettoangebotssumme, stellt einen tauglichen Anhalt, im Zusammenhang von Leistungen geringen Umfangs, dar. Eine Ausführung unterhalb dieser Schwelle ist in materieller und personeller Hinsicht als gering einzustufen. Der EuGH führte in der Entscheidung vom 18.04.2004 Rs C-314/01 aus, dass der Punkt 1.8 der Ausschreibung, welcher die Subvergabe wesentlicher Teile des Auftrags verbietet bzw. einschränkt, nicht dem EU Recht widerspricht, wenn der öffentliche Auftraggeber bei der Prüfung der

⁴⁹ Vgl. VKS Wien vom 26.07.2012., VKS-6723/12.

Angebote und der Auswahl des Bestbieters die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Subunternehmer nicht hat prüfen können. Die dem gegenständlichen Urteil zu Grunde liegenden Ausschreibungsbedingungen (1.8) bewerten einen wesentlichen Teil der Leistungserbringung mit 30%. Eine generelle Aussage im Hinblick auf eine Festlegung, dass ein wesentlicher Teil des Leistungsumfanges mit 30% der Gesamtnettoangebotssumme zu beziffern ist, erfolgte auch in dieser Entscheidung nicht.

Meines Erachtens lässt sich, aufbauend auf die in den Entscheidungen dargelegten Werte, nämlich 10% geringer Umfang und 30% wesentlicher Umfang, ein Anhalt für die Aussage, ab welchem Zeitpunkt ein Leistungsumfang im geringem Ausmaß und ab welchem Zeitpunkt ein Leistungsumfang ein wesentliches Ausmaß erreicht, ableiten. Eine generelle Ableitung ist aus meiner Sicht nicht gerechtfertigt. Diese Beurteilung hat im Einzelfall zu erfolgen.

In der Praxis wird mitunter die Meinung vertreten, dass, für den zu beurteilenden Leistungsumfang, auch der qualitative Aspekt einzubeziehen ist. Dieser Ansicht ist folgendes entgegenzuhalten:

Dieser Argumentationsansatz würde bedeuten, dass ein bestimmter Leistungsteil inhaltlich als wichtiger zu qualifizieren ist, als die übrigen Leistungsteile. Dieser Umstand erscheint dann als gegeben, wenn der Auftraggeber in den Ausschreibungsbedingungen den Leistungsteil als derart wichtig und zentral darlegt, dass er die Weitergabe des Leistungsteiles untersagt⁵⁰ oder die Bekanntgabe eines eventuellen Subunternehmers verlangt. Eine derartige Qualifizierung muss bereits im Zuge der Ausschreibung kundgetan werden. Eine nachträgliche Qualifizierung von Leistungsteilen als besonders wichtig bzw. als zentraler Ausführungsteil der Gesamtleistung, würde dem, für Vergabeverfahren gültigem, Transparenzgebot widersprechen.

Mit der **RV BVergG Novelle 2015** sollen die Regelungen im Zusammenhang mit der Bekanntgabe von Subunternehmerleistungen und Subunternehmer im § 83 Abs 2 BVergG geändert werden:

„Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. Abweichend davon, kann der Auftraggeber aus sachlichen Gründen in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, dass nur die, von ihm

⁵⁰ Vgl. Kapitel 7.

festgelegten, wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind.“

Bezugnehmend auf eben dargestellte Ausführungen bringt diese geplante Regelung Sicherheit. Im ersten Teil der Regelung wird klargestellt, dass der Bieter sämtliche Subaufträge und Subunternehmer im Angebot darzustellen hat. Dies hat, unabhängig vom geplanten Anteil der Leistungsweitergabe, zu erfolgen. Bisher beschränkte sich die Nachweispflicht nur auf die notwendigen Subunternehmer und auf jene, welche einen wesentlichen Teil ausführten. Der Auftraggeber konnte auch fordern, dass alle Subunternehmer bekannt zu geben sind. Dem Auftraggeber wird grundsätzlich die Prüfung sämtlicher Subunternehmer auferlegt. Inwieweit die geplante Regelung Sicherheit im Hinblick auf Gewährleistungsansprüche und Haftungsfragen bringt, wird im Kapitel 9 erörtert.

Im zweiten Teil der Regelung wird dem Auftraggeber eingeräumt, in den Ausschreibungsunterlagen, unter bestimmten Voraussetzungen, festzulegen, dass nur die wesentlichen Teile der Auftragsweitergabe bekannt zu geben sind. Dadurch ist eine Analyse in der zuvor dargestellten Form notwendig. Der Auftraggeber muss für eine solche Maßnahme sachliche Gründe haben. Das bedeutet, dass eine inhaltliche Analyse der Leistungsteile bereits zum Zeitpunkt der Festlegung der Ausschreibungsunterlagen erforderlich und auch zu begründen ist. Auch diese geplante Maßnahme erzeugt mehr Transparenz in den Ausschreibungsbedingungen.

Inwieweit dieser Mehraufwand im Verhältnis zu der erhöhten Transparenz steht, wird sich in der Praxis zeigen.

Mit der RV wird gesetzlich normiert, dass alle Subunternehmer bekannt zu geben sind bzw. in Ausnahmefällen, bei Vorliegen sachlicher Gründe, hiervon abgewichen werden kann. Die Intention der Regierungsvorlage zielt auf mehr Transparenz hinsichtlich der Sub- Subvergaben ab. Laut Aicher ist der Sinn der Neuregelung klar. *„Das Gebot zur sachlichen Rechtfertigung der auf wesentliche Auftragsteile eingeschränkten Offenlegungspflicht stärkt den Grundsatz der totalen Transparenz über das Subunternehmernetzwerk des Bieters⁵¹.“*

⁵¹ Vgl. Aicher, Die Subunternehmerregelung nach geltendem und künftigem Recht (2015).

Zu klären bleibt, was passiert, falls im Zuge eines Vergabeverfahrens die normierte Regelung nicht eingehalten wird. Laut Aicher⁵² geht die sachliche Rechtfertigung ins Leere. Einschränkend ist jedoch darauf hinzuweisen, dass es Bieter gibt, die hinsichtlich des Einsatzes von Subunternehmern auf Qualität abzielen, sodass ein Interesse besteht, den Einsatz von Billigsubunternehmer in Form von Sub- Subaufträgen hintanzuhalten.

Durch die Offenlegungspflicht der Subunternehmerkette ergibt sich auch die Prüfpflicht der Subunternehmerkette durch den Auftraggeber. Hat der Auftraggeber die Nennungspflicht des Subunternehmers auf den wesentlichen Teil beschränkt, dann ist in der Ausführungsphase die Nennung des Subunternehmers, auch wenn er nicht wesentliche Teile ausführt, erforderlich.

Der Auftraggeber hat auf Grund sachlicher Erwägungen zu begründen, warum er von dieser Bekanntgabepflicht abweicht. Diese Maßnahme muss unter Berücksichtigung der Vergabegrundsätze, vor allem des Transparenzgebotes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber erfolgen.

Muss der Auftraggeber einen Subunternehmer wegen fehlender Eignung ablehnen, führt dies nicht zum Ausscheiden des Bieters, sofern es sich hierbei um einen nicht erforderlichen Subunternehmer handelt. Ein nicht erforderlicher Subunternehmer ist jener, der weder einen wesentlichen Auftragsteil ausführt, noch jener, dessen Kapazitäten als Nachweis für die Eignung des Bieters benötigt werden. Ein Hinzuziehen eines anderen, nicht erforderlichen Subunternehmers, kann nur nach den Regeln **RV BVergG Novelle 2015** § 83 Abs 5 erfolgen, also nach Zuschlagserteilung. Dies aber nur, wenn es sich um einen nicht erforderlichen Subunternehmer handelt.

Des Weiteren wird mit der **RV BVergG Novelle 2015** die Einschränkung der Subvergabe in § 83 Abs 4 BVergG konkretisiert:

„Der Auftraggeber kann bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen, sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag, vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben vom Bieter selbst, von einem mit diesem verbundenen Unternehmen (§2 Z40), oder – im Falle der Teilnahme einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren – von einem Mitglied dieser Arbeits- oder Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.“

⁵² Vgl. Aicher, Die Subunternehmerregelung nach geltendem und künftigem Recht (2015).

In diesem Zusammenhang ist auf oben angeführte Entscheidung EuGH vom 18.04.2004 Rs C-314/01 hinzuweisen, wonach eine Ausschreibungsbedingung, die eine Weitergabe des Leistungsumfanges auf maximal 30% beschränkt, nicht zwingend im Widerspruch zum EU Recht steht.

Der Gesetzgeber hat bei dieser geplanten Regelung nicht den wesentlichen Leistungsteil oder wesentlichen Umfang im Fokus der Betrachtung. Vielmehr wird auf bestimmte kritische Aufgaben abgezielt. Dadurch wird keine Konkretisierung erreicht. Vielmehr wird ein neuer Begriff normiert⁵³. Die in der Regierungsvorlage festgelegte Begrifflichkeit bedeutet, dass nicht der quantitative Aspekt des Leistungsumfanges im Fokus steht, sondern der qualitative Aspekt. Welchen Umfang eine kritische Aufgabe haben muss, wird nicht bestimmt. Die Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen, ohne objektivierbare Kriterien, reicht, meiner Ansicht nach, nicht aus. Bei jenen Ausschreibungen, welche eine kritische Aufgabe im Hinblick auf einen mengenmäßigen Leistungsumfang definieren lassen, kann auf die bisherigen Ausführungen verwiesen werden. Als Anhalt gilt hier ein Anteil von 30% des Leistungsumfanges. In allen übrigen Fällen muss es sich um einen Leistungsteil handeln, welcher, im Hinblick auf die Gesamtleistung, als essentiell einzustufen ist. Eine solche Festlegung liegt stark im Auge des Betrachters. Bei EDV Systemen können objektivierbare Zusammenhänge noch am ehesten abgeleitet werden. Der EuGH hat ja in der Entscheidung Siemens und ARGE Telekom⁵⁴ ein Verbot der Weitervergabe von vertragstypischen Leistungsteilen für Richtlinienkonform erachtet. Der Begriff der kritischen Aufgabe kann nicht dazu führen, dass die Weitergabe des Auftrages ausgeschlossen wird. Diesbezüglich darf auf die Ausführung in Kapitel 6 hingewiesen werden. Inwiefern die Anwendung dieser Bestimmung den Ausschluss der Weitergabe von mehr als 70% zur Folge haben kann, bleibt abzuwarten. Aus derzeitiger Sicht ist jedoch ein Sachverhalt, welcher zu einem solchen Ergebnis führt, nicht konstruierbar. Der Begriff des Ausschlusses der Weitergabe bestimmter kritischer Aufgaben, kann rein sachlich betrachtet eine Beschränkung der Weitergabe bis zum wesentlichen Umfang nicht übersteigen. Unter diesen Aspekten wird eine kritische Aufgabe den bisherigen Ermessenspielraum des Auftraggebers nicht erhöhen. Es kann von einer kritischen Aufgabe nur eine bestimmte Maßnahme oder eine einzelne Leistungsposition betroffen sein.

⁵³ Der Begriff „kritisch“ ist unmittelbar dem Unionsrecht entlehnt. Nach den Erläuterungen zur RV sind dies jene Teile eines Auftrages, die aus subjektiver Sicht des AG besondere Fachkunde oder Fähigkeiten erfordern und bei denen die Qualität der Leistungsausführung maßgeblich durch individuelle Eigenschaften des Leistungserbringers bedingt ist.

⁵⁴ Vgl. EuGH 18.04.2004, Rs C – 314/01.

5.3 MEHRFACHBETEILIGUNGEN AM VERGABEVERFAHREN DURCH SUBUNTERNEHMER

Im vorigen Kapitel wurde dargestellt, dass ein Subunternehmer für jenen Leistungsteil, den das Unternehmen als Subauftrag ausführt oder auszuführen beabsichtigt, nicht Bewerber bzw. Bieter ist. Offen bleibt die Frage, ob ein Subunternehmer in ein und demselben Vergabeverfahren als Bieter und als Subunternehmer gleichzeitig teilnehmen kann. Davon abhängig bleibt zu klären, falls ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen, als Subunternehmer bei einem anderen Bieter teilnimmt. Der EuGH hat sich in der Entscheidung vom 23.12.2009⁵⁵ mit einer Bestimmung im italienischen Recht auseinandergesetzt, welche eine weitere Teilnahme von festen Konsortien am Vergabeverfahren ausschließt.

Sachverhalt:

Die Baugesellschaft Serrantoni Srl wurde von der Stadt Mailand von der Teilnahme an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags ausgeschlossen. Die Stadt Mailand begründet dies mit der Argumentation, dass die Beteiligung eines Konsortiums (der Zusammenschluss mehrerer rechtlich und wirtschaftlich selbstständig bleibender Unternehmen zur Teilnahme am Vergabeverfahren) und eine weitere Teilnahme eines dieser Unternehmen an demselben Ausschreibungsverfahren verboten ist.

Lösung:

Eine nationale Regelung, welche automatisch ein festes Konsortium, bzw. auch eines seiner Mitgliedsunternehmen an der Teilnahme am selben Vergabeverfahren ausschließt, widerspricht dem Gemeinschaftsrecht.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

In gegenständlichem Vergabeverfahren geht es um die Vergabe eines Bauauftrages über Notmaßnahmen und Rationalisierungen in den Bezirksverwaltungen. Das italienische Recht unterscheidet zwischen festen

- a) Konsortien (Baukonsortien) und
- b) Konsortien von Produktions- und Arbeitsgenossenschaften und Handwerksunternehmen.

Ein Konsortium a) unterscheidet sich von einem Konsortium b) wie folgt:

⁵⁵ Vgl. EuGH 23.12.2009, Rs C - 376/08.

- Für das Konsortium a) gilt ein absolutes Verbot gleichzeitig an derselben Ausschreibung teilzunehmen. Dieses Verbot gilt sowohl für das Konsortium als auch deren einzelnen Mitglieder.
- Beim Konsortium b) gilt das Verbot der mehrfachen Teilnahme nur für das Konsortium.

Seitens des Vorlagegerichtes wird diese Unterscheidung als nicht gerechtfertigt erachtet, da zwischen den Zielsetzungen und der Organisation der Konsortien a) und b) keine Unterschiede bestehen.

Der EuGH stellte fest, dass ein automatischer Ausschluss eines zu einem Konsortium gehörenden Unternehmens, welches sich gleichzeitig für Rechnung und im Interesse der Unternehmen, die ein Angebot abgegeben haben, beteiligt, eine diskriminierende Behandlung zum Nachteil eines Konsortiums darstellt und nicht im Einklang mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung steht. Es ist selbst dann unverhältnismäßig, wenn man die Arten der Konsortien gleich behandeln würde.

Ein Unternehmen, das auf Rechnung und im Interesse der Unternehmen, die ein Angebot abgegeben haben, tätig wird, ist ein Subunternehmer. Die im Kapitel 4 dargelegten Voraussetzungen und notwendig vorhandenen Elemente beinhalten den vom EuGH dargelegten Sachverhalt. Auch diese Umschreibung zeigt, dass eine klare Definition und Begriffsbezeichnung zwingend geboten erscheint.

Ein solches Verbot verfolgt den Zweck, Bieterabsprachen und gegenseitige Einflussnahmen zu verhindern. Die Vermutung einer ungerechtfertigten und wettbewerbsverzerrenden Einflussnahme, durch die Tatsache, dass ein Unternehmer als Bieter und Subunternehmer in demselben Vergabeverfahren auftritt, ist unverhältnismäßig. Es muss die Möglichkeit geboten werden, dass das Konsortium und das betroffene Unternehmen beweisen können, dass keine Gefahr der Beeinflussung des Wettbewerbs gegeben ist und die gelegten Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind.

In Folge kann der Auftraggeber im Verfahren die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze prüfen und nicht im Vorherein Unternehmen, auf Grund von Mehrfachbeteiligungen, ausschließen.

Der Auftraggeber muss bei der Angebotsprüfung von Mehrfachbeteiligungen auf die Einhaltung des Wettbewerbs und die unterschiedliche Angebotslegung – also die Angebotsqualität und Kalkulationsglaubwürdigkeit – besonderes Augenmerk legen. Ein kategorischer Ausschluss würde jedoch die Anzahl an möglichen Bietern einschränken.

Aus der Entscheidung lässt sich die Mehrfachbeteiligung von Unternehmen jedoch insofern einschränken, als dass ein Unternehmen nicht mehrfach zum Bieterkreis zählen darf. Dies ergibt sich aus der besonderen Prüfungspflicht bei Mehrfachbeteiligungen. Auch der EuGH hält ein generelles Verbot an Mehrfachbeteiligungen für unverhältnismäßig. Es ist zu prüfen, ob diese Mehrfachbeteiligung Auswirkungen auf das Angebot, im Sinne einer gegenseitigen Einflussnahme und der Beeinflussung des Wettbewerbs, haben. In diesem Sinne besteht eine Prüfungsverpflichtung.

Eine Beeinflussung des Wettbewerbs und der gegenseitigen Einflussnahme ist jedoch als gegeben anzunehmen, wenn ein Unternehmen mehrmals als Bieter teilnimmt, weil das Unternehmen zumindest zweimal im selben Verfahren Einblick in die kalkulatorische Erstellung des Angebots hat und auf das Angebot im Ganzen Einfluss nehmen kann.

Bei verbundenen Unternehmen, welche gleichzeitig Subunternehmer bei einem anderen Bieter sind, besteht eine solche Beeinflussungsmöglichkeit. Die Analyse des Begriffes eines verbundenen Unternehmens hat ergeben, dass entweder

- eine Verbindung besteht, welche die vollständige Zusammenabschlüsse im Sinne § 228 UGB zur Folge haben oder
- in Form einer Verbindung, welche einen beherrschenden Einfluss in organisatorischer bzw. ökonomischer Hinsicht zum Ergebnis haben.

Ob seitens des verbundenen Unternehmens tatsächlich Einblicke in die Kalkulationen vorliegen, ist zu prüfen. Es besteht eine unmittelbare Gefahr, dass ein Einfluss in die Kalkulation bzw. zumindest ein Wissens- und Informationsvorsprung gegeben ist.

Die Bestimmungen für verbundene Unternehmen sind auf Mitglieder von Bietergemeinschaften, welche als Subunternehmer bei anderen Bietern auftreten, analog zu prüfen.

Durch die Verflechtung mit dem Bieter ist aber darauf hinzuweisen, dass sowohl für Mitglieder verbundener Unternehmen, als auch für Mitglieder von Bietergemeinschaften, eine Teilnahme als Bieter, im selben Vergabeverfahren auszuschließen ist.

Die Analyse von Arbeitsgemeinschaften hat ergeben, dass eine Mehrfachbeteiligung am Vergabeverfahren nicht möglich ist. Die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, in Form einer Arbeitsgemeinschaft, erfolgt erst nach Zuschlagserteilung.

Nachfolgend erfolgt, zusätzlich zu der unter Tabelle 1 dargestellten Gegenüberstellung eines Subunternehmers mit einem verbundenen Unternehmen, einer Arbeitsgemeinschaft, einer Bietergemeinschaft bzw. einer sonstigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, eine weitere Betrachtung. Neben der Voraussetzung zur Leistungserbringung werden nachstehende Themenfelder gegenübergestellt:

- Die Möglichkeit zur Weitergabe der Gesamtleistung.
- Die Verpflichtung zur Bekanntgabe bei Angebotslegung, wenn es sich um wesentliche Auftragsteile handelt.
- Der Einfluss auf bzw. die Einsicht in die Kalkulation.
- Die Möglichkeit zur weiteren Teilnahme als Bieter.

Auch in dieser Tabelle gilt, dass Aussagen welche mit + gekennzeichnet sind, zutreffen und jene Aussagen, welche mit – gekennzeichnet sind, nicht zutreffen. Aussagen welche denkunmöglich sind werden mit x gekennzeichnet. Ergänzend ist in dieser Gegenüberstellung ein vertiefter Prüfungsauftrag durch den Auftraggeber mit (-/+) dargestellt.

Tabelle 3 Übersichtstabelle Subunternehmer, verbundenes Unternehmen, Gesellschaft bürgerlichen Rechts zweiter Teil

	Sub- unternehmer	verbundenes Unternehmen	Gesellschaft bürgerlichen Rechts		
			Arbeits- gemeinschaften	Bieter- gemeinschaften	sonstige Gesellschaften bürgerlichen Rechts
Voraussetzungen zur Leistungserbringung	Vgl §§ 83, 240 BVergG	Analog Subunternehmer Ausnahmen in § 176 BVergG	Nachweiserbringung durch jedes einzelne Mitglied vgl § 20 Abs 2 BVergG	Nachweiserbringun g durch jedes einzelne Mitglied vgl § 20 Abs 2 BVergG	Nur in Form einer Teilnahme als Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft
Weitergabe der Gesamtleistung	-	+ Vgl §§ 83 Abs 1, 240 Abs 1 BVergG	x	x	x
Verpflichtung zur Bekanntgabe	+	+ BVA GZ 13F-22/00- 48	+	+	x
Einfluss auf bzw Einsicht in die Kalkulation	-	-/+	wird erst nach Zuschlagserteilung gegründet	+	x
Weitere Teilnahme als Bieter	+	-/+	x	-	x

Quelle: Sailer

5.4 LEISTUNGSFÄHIGKEIT, ZUVERLÄSSIGKEIT UND BEFUGNIS

Nachfolgend sollen die Themenbereiche Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und die Befugnis im Zusammenhang mit Subunternehmern dargestellt werden. Grundsätzlich muss zwischen zwei Arten von Subunternehmer unterscheiden werden. Es gibt eignungsrelevante Subunternehmer und nicht eignungsrelevante Subunternehmer. Eignungsrelevant sind Subunternehmer, wenn der Bieter die Kapazität des Subunternehmers benötigt um seine Leistungsfähigkeit oder Befugnis zu belegen. Alle anderen Subunternehmer sind nicht eignungsrelevant.

5.4.1 EIGNUNG

Die Befugnis, wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit, werden von der Rechtsprechung unter dem Begriff Eignung zusammengefasst⁵⁶. Gerade die Feststellung der Eignung von Bietern dient zur Gewährleistung des Grundsatzes, dass die Leistungserbringung durch befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmen erfolgt. Im Hinblick auf Auslegungsfragen sollte dieses Ziel im Fokus der Betrachtungsweise stehen.

⁵⁶ Vgl. BVA 28.05.2009 N70036-BVA/10/2009.

Interessant ist auch die Möglichkeit für den Bieter, dass er auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zurückgreifen kann, um seine eigene Eignung darzulegen. Anders formuliert, kann ein Bieter zur Erlangung der geforderten Eignung, Kapazitäten anderer Unternehmer verwenden.

Die Zulässigkeit als Nachweis für die Eignung auf die Kapazitäten anderer Unternehmen (Subunternehmer) zurückzugreifen, ergibt sich aus § 76 BVergG. Diese Regelung wurde als Reaktion auf die Rechtsprechung des EuGH 18.12.1997 Rs C-5/97⁵⁷ erlassen.

Sachverhalt:

Der belgische Raad von State hat eine Frage nach der Auslegung des Urteiles des Gerichtshofes vom 14.04.1994 vorgelegt. Es geht um die Frage, ob bei der Beurteilung der Kriterien, die der Unternehmer im Hinblick auf die technische Leistungsfähigkeit erfüllen muss, nur die Leistungsfähigkeit der niederländischen Firma Ballast Nedam Groep zu beurteilen ist oder auch die Leistungsfähigkeit derer Niederlassungen in Belgien. Die Niederlassungen in Belgien sind selbständige Konzerngesellschaften.

Lösung:

Der EuGH entschied wie folgt: Die Stelle, welche für die Zulassung eines Angebotes zuständig ist (im gegenständlichen Fall eine Bauleistung), welche von einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellt wird, ist verpflichtet, die Nachweise der zum Konzern gehörenden Gesellschaften, bei der Beurteilung der Eignung der betreffenden juristischen Person, zu berücksichtigen. Die bietende Konzerngesellschaft muss jedoch über die, zur Ausführung der Aufträge, erforderlichen Mittel, der zum Konzern gehörenden Gesellschaften, verfügen.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Im dargestellten Fall stützt sich ein als Konzerntochter, jedoch eigenständig firmierendes Unternehmen, zum Nachweis seiner Kapazitäten auf Qualifikationen einer anderen Konzerntochter bzw. auf die Kapazitäten des Mutterkonzerns. Die belgische Regierung verweist auf das Urteil EuGH vom 9.07.1987 RsC-27 bis 29/86 (CEI u.a, Slg. 1987, 3347) und macht geltend, dass Ihrer Ansicht, nach ein Ermessen der Mitgliedstaaten besteht, wenn es sich um die Beurteilung von Klassifizierungskriterien handelt.

⁵⁷ Vgl. auch EuGH 2.12.1999, Rs C-176/98.

Der EuGH hielt die Verweisung auf dieses Urteil nicht für stichhaltig und begründet dies wie folgt:

„Aus dem zitierten Urteil BNG I geht eindeutig hervor, dass die vom Gerichtshof in diesem Urteil aufgestellte Voraussetzung sich gerade auf die Nachweise bezieht, mit denen die technische, die finanzielle und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens belegt werden soll, das in eine offizielle Liste zugelassener Unternehmer aufgenommen werden möchte.“

Hierbei kommt den Mitgliedstaaten ein Ermessensspielraum hinsichtlich der Kriterien zur Aufnahme zu. Solche Kriterien können auch enger gefasst sein.

Im Zuge der Erläuterung zu diesem Urteil, werden vom EuGH nachstehende Fragen erläutert:

- 1) Ist der Katalog der Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens abschließend oder steht es den Mitgliedstaaten frei, weitere Kriterien zu verlangen?
- 2) Hat ein Mitgliedstaat einen Ermessensspielraum bei der Festlegung der Kriterien für Auflistung von Unternehmen in offiziellen Listen, welche sodann als Beweis für die jeweilige Eignung herangezogen werden?

Zu 1:

Der EuGH sieht den Katalog der Nachweise nicht als erschöpfend an. Es steht also sowohl dem Auftraggeber als auch den einzelnen Mitgliedstaaten frei, weitere Beweismittel von den Bewerbern und Bietern zu verlangen. Hierbei muss jedoch einschränkend ausgeführt werden, dass diese Festlegung nicht dazu geeignet sein darf, einzelne Bewerber oder Bieter zu bevorzugen oder zu benachteiligen. Die Auswahl der Nachweise hat unter Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze zu erfolgen, insbesondere unter Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgebotes und des Diskriminierungsverbotes.

Im gegenständlichen Fall wurde die Frage im Zusammenhang mit der, im belgischen Vergaberecht verankerten, Bestimmung erörtert, wonach der Gesamtwert, der einem Unternehmen, zu einem bestimmten Zeitpunkt erteilten Aufträge, eine bestimmte Obergrenze gemessen, an den eingegangenen Verpflichtungen, Einfluss auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens hat. Auch diese Bestimmung sieht der EuGH nicht im Widerspruch zur Richtlinie 71/305/EWG.

Zu 2:

Die Frage der Auflistung von Unternehmen in offiziellen Listen, welche sodann als Beweis für die jeweilige Eignung herangezogen werden, kann wie folgt erläutert werden. Unter Erfüllung bestimmter Kriterien und im Einklang mit den Grundsätzen des Vergaberechts, stehen solche Listen von zugelassenen Unternehmern im Einklang mit der Richtlinie. Nach der Aufnahme in eine solche Liste ist die, den Auftrag vergebende, Stelle daran gebunden. Sollten hierbei auch strengere Maßstäbe gelten, als das Unionsrecht vorsieht, steht dies nicht im Widerspruch zum Gemeinschaftsrecht, solange eine Nichtaufnahme in die Liste im Zuge einer Ausschreibung nicht zwingend zum Ausschluss des Unternehmens am Vergabeverfahren führt.

Der EuGH stellt auch fest, dass der Ausschluss einer Holdinggesellschaft, mit der Begründung, dass die Durchführung der Arbeiten durch eine Tochtergesellschaft erfolgt, unzulässig ist, auch wenn die Tochtergesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattet ist.

Aufgrund des Umstandes, dass der Auftraggeber hinsichtlich der Beweismittel für die Eignungsbestimmung nicht gebunden ist, lässt sich ein bestimmter Handlungsspielraum feststellen. Auch steht es den Mitgliedstaaten frei, weitere Beweismittel gesetzlich zu normieren. Hierbei ist jedoch stets auf die Grundsätze des Vergabeverfahrens Bedacht zu nehmen. Der Handlungsspielraum umfasst jedoch keine Maßnahmen, welche geeignet sind den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen sowie technische Leistungsfähigkeit und die berufliche Befugnis gestützt auf andere Unternehmen, zu verhindern. Dabei ist die Rechtsbeziehung zwischen Bieter und den Unternehmen, deren Kapazitäten er sich bedient, nicht von Relevanz. Diese Unternehmen werden wie bereits ausgeführt, als eignungsrelevante Unternehmen bezeichnet.

Eignungsrelevante Unternehmer oder auch eignungsrelevante Subunternehmer sind jedenfalls im Zuge der Angebotslegung bekannt zu geben⁵⁸.

Der Auftraggeber kann von Unternehmen Unterlagen verlangen, welche beweisen, dass ihre berufliche Befugnis, ihre berufliche Zuverlässigkeit und ihre finanzielle, wirtschaftliche sowie technische Leistungsfähigkeit⁵⁹ gegeben ist. Grundsätzlich obliegt es dem Auftraggeber zu bestimmen, welche Beweismittel er als Nachweis für die Eignung als hinreichend einstuft. Diese Beweismittel müssen jedoch in den Ausschreibungsunterlagen

⁵⁸ Vgl. Kapitel 4.

⁵⁹ Vgl. § 70 BVergG.

klar dargelegt werden und die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gewährleisten. Im Sinne einer Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung des Auftraggebers, sollten die Beweismittel klar bestimmbar sein und im Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand stehen.

Vor allem dort, wo subjektiv zu beurteilende Auswahlkriterien, wie beispielsweise Erfahrungen, im Zusammenhang mit dem Leistungsgegenstand oder wo gestalterische Qualitäten der vorzuweisenden Referenzen erfolgen sollen, hat der Auftraggeber und die von ihm unter Umständen bestellte Bewertungskommission, besonderes Augenmerk auf Objektivität und Nachvollziehbarkeit zu richten.

In diesem Zusammenhang wird auf den Bescheid des BVwG vom 11.02.2014 GZ W187 2000002-1/20E verwiesen.

Sachverhalt:

Gegenstand der Entscheidung ist ein zweistufiges Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich für eine Generalplanerleistung eines Gebäudes in Wien, nach dem Bestbieterprinzip. Eine für die Durchführung der Generalplanerleistung gegründete Arbeitsgemeinschaft forchte die Nichtzulassung für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens an.

Der Antragsteller begründet die Rechtswidrigkeit im Wesentlichen wie folgt:

- eine von ihm angeführte Referenz wurde fälschlicherweise nicht herangezogen,
- von der Bewertungskommission erfolgten nicht nachvollziehbare nachträgliche Korrekturen,
- die Bewertungskommission ließ Eigenbestätigungen nicht zu, obwohl deren Nichtzulassung aus den Ausschreibungsunterlagen nicht ersichtlich war,
- letztlich wurde auch die Anzahl der Bieter, welche für die 2. Stufe des Vergabeverfahrens zugelassen worden waren, in Frage gestellt.

Lösung:

„Die Auswahlkriterien müssen so konkret und bestimmt sein, dass sie zur Beurteilung der besseren Eignung geeignet sind.“ Der Auftraggeber hat die Bieter weitestgehend im Unklaren über die Bewertungskommission und deren Vorgehensweise gelassen. Dadurch hat der Auftraggeber das Transparenzgebot missachtet. Der Auftraggeber hat alle

vorgelegten Nachweise für die jeweilige Referenz zu berücksichtigen, unabhängig der vorgenommenen Zuordnung durch den Bieter in den Teilnahmeunterlagen.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Im Fokus gegenständlicher Entscheidung steht, abgesehen von der mangelnden Transparenz, die Bewertungskommission. Die hinsichtlich der vom BVwG geforderten Darstellung der Vorgehensweise kann, aus meiner Sicht, nicht ohne Einschränkung gefolgt werden. Üblich ist, dass Auftraggeber über interne Verfahrensanweisungen zur Durchführung von Vergabeverfahren verfügen. Es ist dem BVwG insofern zuzustimmen, dass die Zusammensetzung der Kommission und deren Vorgehensweise bekannt zu geben sind. Der Auftraggeber hat die Zusammensetzung der Kommission nicht dargestellt, jedoch ist das Bewertungsschema und die Auswahlkriterien den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen. Diese, vom Auftraggeber festgelegten, Auswahlkriterien sind der Entscheidung zu entnehmen und werden hier nicht mehr angeführt. Exemplarisch sei hier das Auswahlkriterium Erfahrung für Architekturplanung von Bürobauten genannt. Es wird ausgeführt, dass die Erfahrungen durch Referenzprojekte mit Nettoherstellungskosten, welche € 10 Mio übersteigen, darzustellen sind. Wurden diese Projekte in den die letzten 5 Jahre fertiggestellt, erhält der Bieter 8 Punkte. Wenn die Referenzprojekte im Zeitraum der letzten 5 bis 10 Jahre fertiggestellt wurden, erhält der Bieter 4 Punkte. Pro Bewertungskriterium wurden 2 Referenzprojekte zugelassen, sodass der Bieter in diesem Auswahlkriterium maximal 16 Punkte erreichen konnte. Die Gesamtpunkteanzahl, welche ein Bieter maximal erreichen konnte, betrug 100 Punkte. Für jedes Auswahlkriterium wurden dem Bieter die Auswahlkriterien bekannt gegeben.

Aus meiner Sicht reicht diese Beschreibung für die Darstellung der Auswahlkriterien aus. In diesem Fall ist keine Verletzung des Transparenzgebotes erkennbar, weil die Darstellung der Vorgehensweise und der Auswahlkriterien nachvollziehbar gestaltet wurde. Der Ansicht des BVwG, dass Unstimmigkeiten hinsichtlich Zulassung der Referenzen und den erfolgten Korrekturen ohne Erläuterungen durch die Bewertungskommission vorlagen, ist zuzustimmen. Ganz klar kommt auch zum Ausdruck, dass die Bewertungskommission alle Referenzen zuzulassen und zu berücksichtigen hat. Die Nennung der Referenz unter einem anderen Auswahlkriterium, unter der Voraussetzung, dass die Referenzen zugelassen werden können, ist hierbei irrelevant.

Die Antragstellerin warf dem Auftraggeber vor, dass der Auftraggeber die Bieter im Unklaren gelassen habe, wie viele Bewerber in die zweite Stufe eingeladen wurden. Der

Auftraggeber verwies auf § 103 Abs 6 BVergG, wonach mindestens fünf Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert worden sind.

Der Auftraggeber übernimmt hier die gesetzlichen Bestimmungen des BVergG, wonach mindestens fünf Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden müssen. Diese Zahl darf nur unter bestimmten Umständen unterschritten werden.

Die Vorgehensweise des Auftraggebers ist korrekt und entspricht den Vorgaben des BVergG, weil eine absolute Festlegung des Bieterkreises den Wettbewerb einengt. Bei einer Festlegung der Anzahl jener Bewerber, welche in der zweiten Stufe zur Angebotslegung eingeladen werden, schränkt der Auftraggeber frühzeitig seinen eigenen Handlungsspielraum ein und nimmt einen bestimmten Wettbewerb vorweg. Der Gesetzgeber bestimmt, dass grundsätzlich mindestens fünf Bewerber für die zweite Stufe geladen werden müssen. Eine zahlenmäßige Bindung des Auftraggebers ist nicht vorgesehen. Bei jener, durch den Auftraggeber gewählten Vorgehensweise, kann bei gleicher bzw. annähernd gleicher Qualifikation, eine unbeschränkte Anzahl an Bewerbern für die zweite Stufe eingeladen werden. Hierzu ist es jedoch notwendig, dass auf Grund interner Bestimmungen der Bewertungskommission, Vorgaben, hinsichtlich der Zuordnung von Bewerbern für die zweite Stufe, gegeben werden. Der Auftraggeber hat dies in einer Anordnung für zweistufige Verfahren verfügt, sodass vor einer Beurteilung durch die Bewertungskommission, bereits in einer Form der Prozentpunktezuordnung festgelegt wird, ab welcher Punkteanzahl ein Bewerber in den Qualifikationsrahmen für die zweite Stufe fällt. Das heißt, ab dem Erreichen einer bestimmten Anzahl von Prozentpunkten, sind die Bewerber zur Angebotslegung berechtigt. Der von der Antragstellerin vorgeworfene Beschwerdepunkt, dass die Anzahl jener Bewerber, welche zur Angebotsabgabe eingeladen werden, vorher bekanntzugeben sind, kann hierorts nicht nachvollzogen werden. Diesem Beschwerdepunkt wurde auch vom BVwG nicht beigeplichtet.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Auftraggeber im Hinblick auf die Eignung und die Eignungsbestimmung den Bewerbern und Bieter seine Vorgehensweise offen legen muss. Eine vollständige Darstellung der internen Verfahrensvorschriften im Zuge der Ausschreibung führt meines Erachtens zu weit. Eine solche Darlegung könnte Absprachen von Bewerbern und Bieter verstärken und vor allem im Hinblick auf Zusammenschlüsse von Unternehmen für den Wettbewerb nachteilige Folgen mit sich bringen.

In Bezug auf die Eignungsfeststellung werden dem Auftraggeber mit **RV BVergG Novelle 2015** zusätzliche Kontrollpflichten auferlegt. Nach dem hinzugefügten § 71 Abs 2, *hat der Auftraggeber über für die Zuschlagserteilung in Betracht kommende Bewerber, Bieter und deren Subunternehmer, eine Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz der Wiener Gebietskrankenkasse, als Kompetenzzentrum Lohn- und Sozialdumping Bekämpfung (Kompetenzzentrum LSDB) gemäß § 7n des Arbeitsvertrags-Anpassungsgesetzes (AVRAG), BGBl. Nr. 459/1993 einzuholen, ob diesen eine rechtskräftige Entscheidung gemäß 7k AVRAG zuzurechnen ist. Diese Auskunft darf nicht älter als sechs Monate sein.*

Außerdem wird § 72 Abs 1 durch die Auskunftspflicht, ob eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 7i Abs 4 oder 5 AVRAG vorliegt, ergänzt.

Auch in dieser Bestimmung kommt das Regelungsziel zum Ausdruck. Es soll der Negativentwicklung in Form von Billigstweitergaben von Auftragsteilen entgegengewirkt werden. Diese Entwicklung führt zu Angeboten von Firmen aus Billigstlohnländern innerhalb der EU bzw. durch Arbeitskräfteüberlassungen aus solchen Ländern. Hierbei werden oftmals die Bestimmungen des AVRAG verletzt. Als Beispiel sei hier eine wahre Begebenheit angeführt. Ein Reinigungsunternehmen erhält den Zuschlag für die Reinigungsleistungen mehrerer Objekte, an unterschiedlichen Standorten, innerhalb eines Gebietes, durch die BBG. Eine Auftragsweitergabe ist an die Zustimmung der BBG gebunden. Das Reinigungsunternehmen beauftragt für einen Teil der Reinigungsleistung ein weiteres Unternehmen. Dieses Zweitunternehmen beauftragt wiederum seinerseits ein weiteres Unternehmen, welches wieder infolge Personalausfalls für bestimmte Tage ein Objekt durch ein anderes Unternehmen reinigen lässt. Nach Überprüfung durch die Finanzpolizei wird festgestellt, dass Bestimmungen des AVRAG verletzt wurden.

Die Verpflichtung zur Auskunftseinholung besteht auch nach Zuschlagserteilung für neu hinzukommende Subunternehmer. Der Gesetzgeber bringt klar zum Ausdruck, dass hiervon jene Unternehmen erfasst sind, welche für den Zuschlag in Betracht kommen und zwar sämtliche für die Leistungserfüllung benötigte Unternehmen. Zu klären bleibt die Frage, ab welchem Zeitpunkt eine eintragungsfreie Auskunft gegeben sein muss, bzw. ob eine Löschung im Zeitraum der Prüf- und Auswahlphase, noch vor Zuschlagserteilung, zu einem Ausschluss des Bieters, Bewerbers bzw. Subunternehmers führt.

Bei einem entsprechenden Eintrag, ist das Unternehmen abzulehnen. Nach § 28 Abs 1 Z1 Ausländerbeschäftigungsgesetz, im Folgenden AuslBG, muss dem Unternehmer jedoch die

Möglichkeit zur „Selbstreinigung“ eingeräumt werden. Nach dem AVRAG ist eine solche Selbstreinigung nicht vorgesehen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Auftraggeber vor Ausschluss eines Unternehmens nach dem AuslBG diesem die Möglichkeit zur „Selbstreinigung“ einräumen muss, nicht jedoch einem Unternehmen, dessen Ausschluss wegen einer Verletzung nach §§ 7k und 7i AVRAG geplant ist. Durch eine Selbstreinigungsmöglichkeit ergibt sich klar, dass zum Zeitpunkt des Zuschlags kein Eintrag vorliegen muss. Dies gilt jedoch auch für Eintragungen nach dem AVRAG. Gelten diese zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung als saniert, ist das Unternehmen nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen.

5.4.2 ZEITRAUM DER ERFORDERLICHEN EIGNUNG

In weiterer Folge soll der Zeitraum der erforderlichen und vom Auftraggeber festgelegten Eignung erörtert werden. Anders formuliert, soll auf Basis der im Kapitel 5.1 bearbeiteten Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe erläutert werden, in welcher Phase des Verfahrens, die Eignung vorhanden sein muss. Weiters soll betrachtet werden, welche Folgen der Verlust einer Eignung hat. In diesem Zusammenhang ist auch eine Konstellation zu betrachten, die eine Wiedererlangung einer Eignung nach Verlust dieser während des Vergabeverfahrens zur Folge hat. Ab welchem Zeitpunkt die Eignung vorliegen muss, ergibt sich aus § 69 BVergG. Je nach vorgeschriebenen bzw. gewählten Vergabeverfahren ist auf einem bestimmten Zeitpunkt des Verfahrens abzielen. Grundsätzlich muss die Eignung bei Angebotseröffnung vorliegen. Offen bleibt jedoch die Frage, bis zu welchem Zeitpunkt die Eignung gültig sein muss und welche Pflichten sich daraus für den Auftraggeber hinsichtlich der Eignungsprüfung ableiten lassen.

Aus den Entscheidungen des VwGH geht hervor, dass der Bieter nach dem, im Gesetz bestimmten Zeitpunkt, die Eignung nicht mehr verlieren darf⁶⁰. Das bedeutet, dass die Eignung grundsätzlich von dem Zeitpunkt der Angebotseröffnung bis zur Zuschlagsentscheidung vorliegen muss.

Eine besondere Verpflichtung für die Durchführung von Prüfungen hinsichtlich des Erhalts der Eignung, vom Zeitpunkt gem Vorgabe § 69 BVergG, bis zum Zuschlag, wird nicht

⁶⁰ Vgl. VwGH 26.09.2005, 2005/04/0021.

normiert⁶¹. Auch § 19 BVergG normiert, dass der Zuschlag an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu erfolgen hat. Das bedeutet, dass die Eignung auch zum Zeitpunkt des Zuschlags gegeben sein muss. Es bleibt zu klären, wie dieses Erfordernis durch den Auftraggeber gewährleistet werden kann. Aus der jüngsten Entscheidung des VwGH⁶² ergibt sich hierzu ein Anhalt. Der, der Entscheidung zu Grunde liegende, Sachverhalt ergibt, dass eine zweitmitbeteiligte Partei eine Änderung im Kreditschutzverband Rating, im Folgenden KSV Rating, also in der Leistungsfähigkeit, hatte. Diese Änderung war medial bekannt geworden.

Der VwGH führte in seiner Entscheidung aus, *„dass der Auftraggeber in einer derartigen Situation verpflichtet gewesen wäre, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der zweitmitbeteiligten Partei einer genaueren Überprüfung zu unterziehen. Dabei hätte sie sich insbesondere auch damit beschäftigen müssen, warum die Bewertung der zweitmitbeteiligten Partei seitens KSV ausgesetzt worden war“*⁶³“

Daraus ergibt sich die Verpflichtung des Auftraggebers, eine bereits geprüfte Eignung, einer kontinuierlichen Prüfung, zu unterziehen. Im gegenständlichen Sachverhalt war die beschädigte Kreditwürdigkeit medial bekannt geworden. Es lag ein Anlass zur Prüfung der Kreditwürdigkeit vor. Ein Prüfungsauftrag ohne expliziten Anlass lässt sich aus der Entscheidung nicht ableiten. Auch ergibt sich kein Hinweis auf die Form und Qualität des Anlasses, welcher einen solchen Prüfungsauftrag auslöst. Aus meiner Sicht lässt sich aus der Entscheidung zumindest ein Auftrag zur Prüfung, ob Anlässe vorliegen, welche geeignet erscheinen, die bereits geprüfte und im Ergebnis als Vorhanden beurteilte Eignung, in Frage zu stellen, ableiten. Wie intensiv eine solche Prüfung auszufallen hat, bleibt offen. Die Anforderungen an die Prüfungsintensität sollten nicht zu hoch gestellt werden. Meiner Meinung nach genügen allgemein zugängliche Plattformen, wie beispielsweise Medienberichte oder Internetrecherchen.

5.4.3 NACHWEIS DER EIGNUNG DURCH ANDERE UNTERNEHMER

Das BVergG enthält keine abschließende Regelung hinsichtlich der Beweismittel, welche geeignet sind, die Eignung der Bieter festzustellen. Als Nachweis können auch sogenannte Eigenerklärungen⁶⁴ dienen. Der Auftraggeber muss jedoch bei der Wahl der Beweismittel

⁶¹ Vgl. VwGH 25.01.2011, 2006/04/0200.

⁶² Vgl. VwGH 17.06.2014, 2013/04/0033.

⁶³ Vgl. ZVB 2014/10 S 397.

⁶⁴ Vgl. §70 Abs 2 BVergG.

die Verhältnismäßigkeit zum Leistungsgegenstand beachten. Weiters hat er bei der Auswahl der Beweismittel die Betriebsgeheimnisse der Bieter und Bewerber zu berücksichtigen.

Das Ermessen des Auftraggebers bei der Wahl der Beweismittel, erstreckt sich nicht auf die Möglichkeit von Einschränkungen, die verhindern, dass Bieter sich auf die Kapazitäten von anderen Wirtschaftsteilnehmern stützen. Der Auftraggeber darf einen Nachweis, gestützt auf andere Unternehmen, unter anderem auch Subunternehmer, nicht für unzulässig erklären. Interessant ist in diesem Zusammenhang das Urteil *Swm Costruzioni 2 SpA*⁶⁵.

Sachverhalt:

Der Auftraggeber, die Provincia di Fermo, hat die Arbeitsgemeinschaft der Swm Costruzioni 2 SpA und der Mannocchi Luigino DI, zwei Unternehmen, welche sich für die Ausführung des ausgeschriebenen Bauauftrages zusammengeschlossen haben, von der Teilnahme an einem Verfahren zur Modernisierung und Erweiterung einer Straße, ausgeschlossen. Von den Bietern wurde die Vorlage einer bestimmten Bescheinigung (SOA – Bescheinigung) als Nachweis für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit verlangt.

Ergebnis:

Der EuGH hat entschieden, dass eine nationale Vorschrift, welche Wirtschaftsteilnehmern, die sich an einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages beteiligen, im Generellen verbietet, sich innerhalb ein und derselben Qualifikationskategorie, auf die Kapazitäten mehrerer Unternehmer zu stützen, nicht im Einklang mit der Richtlinie 2004/18/EG steht.

Beurteilungen und Schlussfolgerungen:

Der EuGH spricht sich in gegenständlicher Entscheidung eindeutig dafür aus, dass auch auf mehrere Unternehmen innerhalb ein und derselben Qualitätskategorie, welche der Auftraggeber bestimmt hat, zurückgegriffen werden darf. Dies begründet er mit der systematischen Verwendung des Plurals in gegenständlichen Vorschriften, welche auch für den Fall, dass der Bieter über seine eigenen Kapazitäten hinaus, Kapazitäten mehrerer Unternehmen benötigt, gilt. Daraus ergibt sich, dass die Richtlinie 2004/18/EG es erlaubt, die Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer zu kumulieren.

⁶⁵ Vgl. EuGH 10.10.2013, Rs C-94/12.

Eine Besonderheit stellt der Hinweis dar, dass die Einschränkung dieses kumulierten Nachweises nur im Ausnahmefall ausgeschlossen wird. Der EuGH führt in diesem Zusammenhang ergänzend aus, dass es Arbeiten gibt, *„die aufgrund ihrer Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern, die sich durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer möglicherweise nicht erlangen lässt“*⁶⁶. Diesfalls wäre der Auftraggeber zur Begrenzung berechtigt, sofern dies aus dem Leistungsgegenstand verhältnismäßig, sachlich gerechtfertigt und angemessen ist.

Der EuGH schließt Ausnahmen dieser Regelbestimmung nicht aus. Er hält es für möglich, dass bestimmte Konstellationen eine Einschränkung der Stützung auf Kapazitäten anderer Unternehmen, also auch Subunternehmer, erfordern. Aus meiner Sicht ist eine solche Ableitung per se nachvollziehbar. Die Suche nach Fallkonstellationen, welche eine solche Maßnahme erfordern bzw. rechtfertigen, stellt sich äußerst schwierig dar. Anders formuliert ist ein möglicher, praktischer Anwendungsfall derzeit nicht konstruierbar. Der Ausschluss der Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten zur Erreichung einer Kapazität wäre, aus meiner Sicht, am ehesten vertretbar, wenn es sich um ein Vorhaben handelt, welches mit einer festbestimmten Erfüllungszeit in Analogie zu einem Fixgeschäft, im Sinne § 919 ABGB vergleichbar ist und zur Folge hat, dass die geforderten Kapazitäten in Zusammenhang mit der zeitkritischen und zeitgleichen Leistungserfüllung stehen. Im Detail wäre zu klären, inwieweit hiervon die einzelnen Eignungsbereiche betroffen sind.

Um die Eignung und Zuverlässigkeit für die Erfüllung eines Auftrages zu haben, muss der Bieter nachstehende Elemente aufweisen:

- die Befugnis,
- die berufliche Zuverlässigkeit,
- die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit,
- die technische Leistungsfähigkeit.

In Abstimmung auf gegenständliche Entscheidung werden nachfolgend die einzelnen Elemente der Eignung bzw. die Zuverlässigkeit kurz erläutert und im Zusammenwirken mit dem Subunternehmer erarbeitet.

Der **Nachweis der Befugnis** wird durch die Vorlage einer Bestätigung erbracht die besagt, dass das Unternehmen nach den Vorschriften des jeweiligen Herkunftslandes zur Erfüllung

⁶⁶ Vgl EuGH 10.10.2013, Rs C-94/12.

der konkreten Leistung befugt ist. Erfordert die Leistungserfüllung des Auftragsgegenstandes mehrere Befugnisse, kann dies unter Ausnutzung der Kapazitäten von anderen Unternehmen erfolgen. Aus meiner Sicht ist der Ausschluss einer Kumulierung im Hinblick auf die berufliche Befugnis nicht rechtskonform, zumal die Gewerbeordnung eine solche Differenzierung der unterschiedlichen Gewerbe (Konzessionen) vorsieht.

Die **berufliche Zuverlässigkeit** muss der Bieter selbst erfüllen. Inhaltlich geht es um die Thematik, ob die Firma Verfehlungen im Bereich des Verwaltungs- und Verwaltungsstrafrechtes aufweist und ob die Firma, hinsichtlich Abgaben und Forderungen der öffentlichen Hand, keine Rückstände im Hinblick auf Zahlungen, Meldungen und Offenlegungspflichten hat.

Alle am Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen müssen diese berufliche Zuverlässigkeit vorweisen. Auch der Subunternehmer muss für jenen Teil des Auftrages, den er ausführt, die berufliche Zuverlässigkeit besitzen.

Für den **Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit** sieht das BVergG verschiedene Beweismittel vor. Der Auftraggeber ist an diesen Katalog nicht gebunden. Die in den Ausschreibungsunterlagen bestimmten Beweismittel müssen jedoch im Verhältnis zur jeweiligen Leistungserbringung stehen. Bei diesem Element geht es um die Frage, ob der Bieter finanziell und wirtschaftlich zur Leistungserfüllung in der Lage ist. Stützt sich der Bieter hierbei auf die Kapazitäten anderer Unternehmen, ist auch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten möglich. Im Hinblick auf oben zitierte Entscheidung wäre zu prüfen, ob es eine bestimmte Besonderheit der Leistungserbringung erfordert, die die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten derselben Qualitätskategorie ausschließt. Ich bin der Meinung, dass der Ausschluss einer Kumulierung denkbar ist. Ein praktischer Anwendungsfall kann derzeit nicht dargestellt werden.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, die zuvor bearbeitete Bestimmung des Mitgliedsstaates Belgien. Der Gesetzgeber sieht eine Verknüpfung zwischen der Anzahl und des Ausmaßes von Aufträgen, welche ein Unternehmen übernommen hat, unter der Berücksichtigung ihrer Kapazitäten und der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, vor. Anders formuliert, besagt diese Bestimmung, dass ein Unternehmen in der Lage ist, nur ein bestimmtes Ausmaß an Aufträgen in Abhängigkeit

zur Größe und Kapazität desselben, zu erfüllen. Übersteigt der Auftrag dieses Ausmaß, ist das Unternehmen auszuschneiden, weil es die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nicht mehr besitzt. Dies stellt einen sehr vernünftigen Ansatz dar, um zu verhindern, dass ein Unternehmen versucht, möglichst viele Aufträge an Land zu ziehen und diese dann durch Subaufträge erfüllt, weil es selbst nicht mehr die Kapazität zur Realisierung hat. Eine solche Bestimmung wäre für das BVergG zu begrüßen, da sie dazu geeignet wäre, eine in der Praxis entwickelte negative Auswirkung von Subunternehmerleistungen einzuschränken.

Wenn sich ein Unternehmen auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens als Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit stützt, wird oftmals als Beweismittel eine Solidarhaftung verlangt.

Bei **der technischen Leistungsfähigkeit** kann der Auftraggeber sehr wohl ein Interesse daran haben, dass ein Rückgriff auf mehrere Unternehmen unterbleibt. Bei der Darstellung der technischen Leistungsfähigkeit muss der Bieter den Nachweis erbringen, dass er die qualitativen und quantitativen Fähigkeiten im Hinblick auf den Leistungsgegenstand und unter Bedachtnahme der Leistungserfüllung sowie der Werkserbringung, erfüllt. Der Ausschluss der Kumulierung mehrerer Kapazitäten erscheint für den gegenständlichen Nachweis denkmöglich. Insbesondere bei Vorhaben, welche unter einem starken Zeitdruck und zu einem bestimmten unverrückbaren Zeitpunkt realisiert sein müssen, kann der Auftraggeber berechnete Interessen haben, dass der Nachweis der Kapazität nicht durch zu viele Kleinunternehmer erfolgt. Als praktisches Beispiel kann hier die Leistungserfüllung im Hinblick auf die Bewerbung einer sportlichen Großveranstaltung genannt werden.

5.5 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 5

Das BVergG bestimmt welche Voraussetzungen vorliegen müssen, damit eine Leistungserbringung durch den Subunternehmer erfolgen kann.

Der Subunternehmer darf - mit Ausnahme von verbundenen Unternehmen - nicht die gesamte Leistung des Auftragnehmers erfüllen. Für jenen Teil, den der Subunternehmer ausführt, muss er die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen. Diese Voraussetzung ist auch dann zu erfüllen, wenn der Auftragnehmer selbst über diese Befugnisse verfügt. Der Subunternehmer muss, falls er wesentliche Teile des Auftrages erfüllt, vom Bieter dem Auftraggeber bekannt gegeben werden.

Hinsichtlich der Bekanntgabe erfolgt mit der **RV BVergG Novelle 2015** ein Abgehen vom bisherigen System. Nach der neuen Bestimmung hat der Bieter sämtliche beabsichtigten Subaufträge, einschließlich der ausführenden Subunternehmer, bekannt zu geben. Die Nichtbekanntgabe stellt die Ausnahme dar. Weiters kann der Auftraggeber bestimmen, dass der Auftragnehmer wesentliche Teile selbst zu erfüllen hat.

Sowohl die derzeitigen, als auch die zukünftig geplanten Bestimmungen des BVergG, werfen nachstehende Fragen auf:

- 1) Wieviel der Leistung muss der Auftragnehmer selbst erfüllen?
- 2) Was versteht man unter wesentliche Teile des Auftrages?

Weder das BVergG, noch die Richtlinien des europäischen Parlamentes und des Rates, geben Aufschluss auf die Fragestellungen.

Die Rechtsprechung gibt zwar, auf Einzelfälle bezogen, Ansätze zur Auslegung vor. Eine generelle Entscheidung, im Sinne einer Abgrenzung, erfolgte jedoch nicht. Eine Richtschnur lässt sich aus den Entscheidungen sehr wohl ableiten.

Zu Frage 1

Abgeleitet aus der Rechtsprechung muss der Auftragnehmer eine Leistung erbringen, welche über eine bloße Vermittlungs- und Koordinierungstätigkeit zwischen Auftraggeber und Subunternehmer hinausgeht. Der Auftragnehmer muss selbst einen Teil der Leistung erbringen, den er dem Auftraggeber schuldet. Ein prozentuelles Mindestmaß lässt sich nicht ableiten. Es genügt eine Position des Leistungsverzeichnisses, sofern es ein solches gibt oder eine Teilleistung, welche sich aus der Kalkulation ableiten lässt. Das heißt, ein Auftragnehmer der im Zuge der Bauausführung, die Baukoordination oder die örtliche Bauaufsicht übernimmt, führt einen Teil des Auftrages aus. Der durch den Auftragnehmer zu erfüllende Leistungsteil muss sich aus dem Wesen des Leistungsinhaltes ableiten lassen.

Zu Frage 2

Der EuGH führte in der Entscheidung Rs C-314/01 aus, dass eine Ausschreibungsbedingung, welche die Subvergabe wesentlicher Teile des Auftrags verbietet bzw. einschränkt, nicht dem EU Recht widerspricht. Die dem Urteil zu Grunde liegenden Ausschreibungsbedingungen bewerten einen wesentlichen Teil der Leistungserbringung mit 30% der Gesamtleistung. Der EuGH führt jedoch nicht aus, dass

30% einen wesentlichen Teil des Auftrages darstellen. Bei einer Entscheidung des BVA Wien wird für die Analyse einer Ausführung im geringen Ausmaß im Zusammenhang mit der Frage der Gewerbeberechtigung ein 10%iger Leistungsumfang unterlegt. Auch dieser Grenzwert wird nicht bestätigt. Darauf aufbauend, lässt sich ein Bild ableiten, ab welchem Zeitpunkt ein Leistungsumfang, ein wesentliches Ausmaß erreicht. Eine generelle Ableitung scheint aus meiner Sicht nicht gerechtfertigt. Diese Beurteilung hat im Einzelfall zu erfolgen.

Bei der Beurteilung des Leistungsumfanges, welchen der Auftragnehmer zwingend selbst ausführen muss oder der einen wesentlichen Teil der Leistungserbringung darstellt und daher die zwingende Nennung des Subunternehmers erfordert, ist auf den quantitativen und nicht auf den qualitativen Leistungsumfang abzielen.

In der Praxis wird mitunter die Meinung vertreten, dass für die Beurteilung der Frage, ob ein wesentlicher Leistungsteil erbracht wird, auch der qualitative Aspekt einzubeziehen ist. Diesem Argumentationsansatz ist entgegenzuhalten, dass eine solche Ableitung nur bei Festlegung in den Ausschreibungsbedingungen gerechtfertigt ist.

Da der Subunternehmer weder Bewerber noch Bieter ist, kann der Subunternehmer als potentieller Subunternehmer mehrfach am Vergabeverfahren durch verschiedene Bieter teilnehmen. Anders formuliert, kann ein Unternehmen, in demselben Vergabeverfahren, Bieter und Subunternehmer sein. Diese Form der Mehrfachbeteiligung, steht in Wechselbeziehung und Abhängigkeit, zum Einfluss des Subunternehmers, auf die Kalkulation und das Angebot des Bieters. Bei Konstellationen von verbundenen Unternehmen, welche innerhalb des Komplexes von verbundenen Unternehmen eine Subunternehmerleistung erbringen, ist auf einen solchen Einfluss besonderes Augenmerk zu legen. Hinsichtlich der Zulässigkeit einer solchen Mehrfachbeteiligung verbundener Unternehmen, ist auf den Einzelfall abzielen. Da eine Bietergemeinschaft, ableitend aus dem Zweck der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, nicht gleichzeitig Subunternehmer sein kann, ist eine Mehrfachbeteiligung auszuschließen.

Seitens BVergG wird normiert, dass der Zuschlag nach durchgeführten Verfahren, an befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmen, erfolgen soll. Im Sinne der Judikatur des EuGH ist der Katalog der Beweismittel nicht als erschöpfend anzusehen. Damit wird dem nationalen Gesetzgeber und dem Auftraggeber ein Handlungsspielraum

eingerräumt. Der EuGH räumt den Mitgliedsstaaten und dem Auftraggeber durch offizielle Eignungslisten, welche sodann als Beweis für die Eignung dienen, einen weiteren Ermessensspielraum ein. Selbst wenn das nationale Recht die Aufnahme in einer solchen Auflistung strengere Regeln als das europäische Recht normiert, ist dies nicht im Widerspruch mit den europäischen Normen zu sehen, wenn dies nicht zum automatischen Ausschluss am Vergabeverfahren führt. Aus dem oben dargestellten Ermessensspielraum leitet sich ebenfalls ab, dass der Bieter als Nachweis seiner Eignung auf andere Unternehmen zurückgreifen kann.

Innerhalb der dargestellten Rahmenbedingungen obliegt es dem Auftraggeber, zu bestimmen, welche Beweismittel er als Nachweis für die Eignung für ausreichend hält. Die Festlegung dieser Beweismittel muss klar dargelegt werden und die Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter gewährleisten. Vor allem dort, wo subjektiv zu beurteilende Auswahlkriterien herangezogen werden, ist ein strenger Maßstab anzulegen. Unter Berücksichtigung des Bescheides BVwG vom 11.02.2014, GZ W187 2000002-1/20E ergibt sich in diesem Zusammenhang ein Transparenzgebot für den Auftraggeber. Die Bewerber und Bieter müssen über die Auswahlkriterien und das von einer Bewertungskommission heranzuziehende Bewertungsschema hinreichend informiert werden.

Einen weiteren interessanten Aspekt stellt die Frage dar, ob der Bieter auf mehrere Unternehmen innerhalb eines Qualitätskriteriums zugreifen darf, oder ob der Auftraggeber dies im Bedarfsfalle einschränken kann. Es geht also um die Frage, ob mehrere kleinere Kapazitäten, zu einer großen geforderten Kapazität, kumuliert werden dürfen. Der EuGH lehnt Regelungen, welche einen regelmäßigen Ausschluss einer Kumulierung vorsehen, ab. In begründeten Fällen sind Ausnahmen von dieser generellen Regelung möglich.

6 AUSSCHLUSS VON SUBUNTERNEHMERLEISTUNGEN

Die Beschäftigung mit der Thematik des Ausschlusses von Subunternehmen, erfordert die Klärung der Frage, ob ein solcher Ausschluss den Grundsätzen des Vergabeverfahrens entspricht. Eine begriffliche Abgrenzung ist hierbei ebenso erforderlich (Kapitel 4), wie die Analyse der Frage, in welchem Zusammenhang die Bestimmungen über Bieter und Bewerber zum Subunternehmer stehen bzw. ob der Subunternehmer zum Kreis der Bieter und Bewerber (Kapitel 4.3) zählt.

Nach dem BVergG⁶⁷ ist die Weitergabe des gesamten Auftrages, mit Ausnahme von Kaufverträgen, untersagt.

Hinsichtlich einer Untersagung der Weitergabe eines Auftrages enthält, das BVergG keine näheren Bestimmungen. Der EuGH hat jedoch in der Entscheidung vom 18.04.2004 Rs C-314/01, ein Verbot der Subvergabe wesentlicher Auftragsteile, nicht im Widerspruch zur Richtlinie 92/50 gesehen, sofern hierfür sachliche Gründe vorliegen.

Holoubek, Fuchs, Holzinger stufen ein allgemeines Verbot der Subvergabe als unionsrechtlich problematisch ein.⁶⁸

Der Ausschluss eines Subunternehmers steht in Wechselbeziehung zu den Verfahrensgrundsätzen nach BVergG. Eindeutig schränkt der Auftraggeber die Handlungsfreiheit des Auftragnehmers, hinsichtlich der Weitergabe von bestimmten Leistungen ein. Zur Erläuterung, inwieweit diese Einschränkungen im Einklang bzw. im Widerspruch zu den Verfahrensgrundsätzen nach dem BVergG stehen, erfolgt die nachstehende Analyse⁶⁹.

⁶⁷ Vgl. § 83 BVergG.

⁶⁸ Vgl. *Holoubek/Fuchs/Holzinger*, Vergaberecht³(2012) 137.

⁶⁹ Vgl. *Sailer*, Ausschluss von Subunternehmerleistungen im Ausschreibungsverfahren (2014).

6.1 VERGABEGRUNDSÄTZE

Für die Durchführung von Vergabeverfahren gemäß Bundesvergabegesetz gelten nachstehende Grundsätze (Leitregeln)⁷⁰:

Das Verfahren ist nach einem

- im BVergG vorgesehenen Verfahren,

unter Beachtung

- der Grundfreiheiten des AEUV⁷¹,
- des Diskriminierungsverbotes,
- des freien und lautereren Wettbewerbes

sowie unter Beachtung

- der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter

durchzuführen.

Die letztendliche Vergabe hat an

- befugte,
- leistungsfähige und
- zuverlässige Unternehmer,
- zu angemessenen Preisen

zu erfolgen.

6.1.1 VORGESEHENE VERFAHREN NACH DEM BVERGG

Im BVergG werden verschiedene Vergabeverfahren normiert. Der Auftraggeber kann zwischen den Verfahrensarten des offenen-, nicht offenen-, des Verhandlungsverfahrens, der Rahmenvereinbarung, dem dynamischen Beschaffungssystem, dem wettbewerblichen Dialog, der Direktvergabe, dem Wettbewerb und der elektronischen Auktion wählen. Es ist anzumerken, dass es sich bei der elektronischen Auktion um kein vollständiges, für sich eigenständiges, Vergabeverfahren handelt. Auch beim Wettbewerb erfolgt letztlich keine Auftragserteilung, weshalb dieser nicht dem eigentlichen Vergabeverfahren zugerechnet wird.

Die Auswahl des Vergabeverfahrens erfolgt, nebst anderer Kriterien, zu einem nicht unwesentlichen Anteil, aufgrund der spezifischen Ausprägung und der Beschaffenheit des

⁷⁰ Vgl. § 19 BVergG.

⁷¹ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union.

Auftragsgegenstandes. Grob können Auftragsvergaben nach diesem Gesichtspunkt wie folgt unterschieden werden: Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge und Lieferaufträge.

Die Dienstleistungsaufträge werden wiederum in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen unterteilt.

Hinsichtlich der Unterteilung in prioritäre und nicht prioritäre Dienstleistungen“, wird auf die Wichtigkeit der Dienstleistung und den Fokus der europäischen Union, im Hinblick auf die grenzüberschreitende Leistung, abgezielt. Das bedeutet, dass nicht prioritäre Dienstleistungen in ihrer grenzüberschreitenden Bedeutung seitens der europäischen Union, geringer eingestuft werden. Daher gelten die Bestimmungen des BVergG für deren Vergabe nur in einem geringeren Umfang.

Für die Wahl des Vergabeverfahrens sind unterschiedliche Voraussetzungen gegeben. Ein wesentliches Kriterium stellt der Auftragswert (Schwellenwert) dar.

Die einzelnen Verfahren haben unterschiedliche Formen, der Transparenz und des Wettbewerbes zur Folge. Dies zeigt sich in der Form der Einladung bzw. Aufforderung zur Angebotsabgabe und der Bekanntmachung.

Eine, durch das BVergG zulässige, Markteinschränkung oder verminderte Transparenz, steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Frage des Ausschlusses einer Subunternehmerleistung. Für die Zulässigkeit des Ausschlusses einer Subunternehmerleistung, ist die geübte Praxis, bezogen auf Markt- und Verkehrssitte im täglichen Geschäftsverkehr, nicht unerheblich.

Die im Anhang 11.1 beigefügten Übersichtstabellen beinhalten jene Elemente, welche die Voraussetzung für die Wahl der unterschiedlichen Verfahren darstellen. Es geht um die Frage der Zulässigkeit der Bestimmung des Bieterkreises, durch den Auftraggeber. Eine Festlegung des Bieterkreises durch den Auftraggeber, bietet die Möglichkeit, bestimmte Unternehmen an der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Sofern dies im Einklang mit den Verfahrensgrundsätzen erfolgt, kann so ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen erfolgen. Im Konkreten bedeutet das, dass der Auftraggeber die Subunternehmerleistung ausschließt, indem er nur Unternehmen am Vergabeverfahren zulässt, die keine Subunternehmer zur Erfüllung benötigen.

Das **offene Verfahren und das nicht offene Verfahren, mit vorheriger Bekanntmachung**, stellen jene Verfahrensformen dar, welche hinsichtlich der Aufforderung zur Angebotsabgabe keine Einschränkungen aufweisen. Bei diesen Vergabeverfahrensarten sieht das BVergG keine Einschränkung des Bieterkreises vor.

Das **nicht offene Verfahren, ohne vorherige Bekanntmachung**, ist im Oberschwellenbereich nicht erlaubt. Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber die Unternehmen ohne öffentliche Bekanntmachung zur Angebotsabgabe einladen. Bei Bauaufträgen ist dies bis zu einer voraussichtlichen Auftragssumme von € 1 Mio, bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bis zu einer Summe von € 100 T, möglich. In allen Fällen muss jedoch, hinsichtlich der Transparenzvoraussetzungen angefügt werden, dass genügend geeignete Unternehmer bekannt sein müssen, um einen freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen.

Bei einem **Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung**, wird in einem ersten Schritt eine unbeschränkte Zahl von Unternehmen öffentlich zur Angebotsabgabe geladen. Das BVergG sieht auch bei dieser Vergabeverfahrensart keine Einschränkung des Bieterkreises vor. Vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass das Verhandlungsverfahren seitens BVergG als Ausnahmeverfahren konzipiert wurde. Daher kann dieses Verfahren nur bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vom Auftraggeber gewählt werden.

Wählt der Auftraggeber die Vergabeverfahrensart **Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung**, lädt dieser eine beschränkte Zahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe ein. Der Auftraggeber kann den Bieterkreis selbst bestimmen. Grundsätzlich ist diese Vergabeverfahrensart sowohl im Oberschwellenbereich als auch im Unterschwellenbereich möglich. Deren Verwendung ist jedoch nur bei taxativen Ausnahmetatbeständen möglich, wie zum Beispiel:

„Dringliche zwingende Gründe, die nicht im Verhalten des Auftraggebers liegen, welche nicht vorhersehbar waren und die es nicht zulassen, dass die Fristen eines offenen bzw. eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. eines entsprechenden Verhandlungsverfahrens eingehalten werden“,

Weiters ist darauf hinzuweisen, dass hinsichtlich Bauaufträgen, Lieferaufträgen und Dienstleistungsaufträgen, Unterschiede bestehen.

Bei der **Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung**, wird auf das möglichst formfreie Verfahren der Direktvergabe zurückgegriffen. In einem ersten Schritt erfolgt die Bekanntmachung über eine beabsichtigte Vergabe an eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen. In einem weiteren Schritt kann der Auftraggeber frei entscheiden, von welchem Unternehmen Angebote eingeholt werden. Dem Auftraggeber wird dadurch die Möglichkeit eingeräumt, den Bieterkreis selbst zu bestimmen. Selbstverständlich kann der Auftraggeber auch bei der **Direktvergabe** den Bieterkreis selbst bestimmen.

Beim **Wettbewerb** erfolgt ein Auslobungsverfahren. Der Wettbewerb dient grundsätzlich zur Ideenfindung und kann in einer offenen Form oder in einer nicht offenen (geladenen) Form erfolgen. Bei der offenen Form, wird eine unbeschränkte Anzahl von Teilnehmern geladen. Bei Maßnahmen im Unterschwellenbereich kann jedoch der Wettbewerb in geladener Form erfolgen. Hierbei kann der Auftraggeber den Teilnehmerkreis selbst bestimmen, wobei mindestens 3 Unternehmer zu laden sind.

Nachstehende Vergabeverfahrensarten sind dadurch gekennzeichnet, dass hinsichtlich der Form zur Angebotseinladung auf bereits oben angeführte Vergabeverfahrensarten zurückgegriffen wird.

Rahmenvereinbarungen haben den Zweck, dass eine in Aussicht gestellte Auftragsmenge, zu einem in Aussicht genommenen Auftragspreis fixiert wird. Dies erfolgt nach Durchführung eines „quasi“ offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, mit vorheriger Bekanntmachung oder nach einem Verhandlungsverfahren. Es liegt eine „Quasi“-Vergabeverfahrensart vor, da letztendlich keine Zuschlagserteilung erfolgt.

Das **dynamische Beschaffungssystem** ähnelt der Rahmenvereinbarung mit der Unterscheidung, dass die Vergabeverfahrensdurchführung auf elektronischem Weg erfolgt.

Der **wettbewerbliche Dialog** kann als Weiterentwicklung des Verhandlungsverfahrens bezeichnet werden, wobei in der Dialogphase grundsätzlich der Vergleich mehrerer Lösungen erfolgt.

Zusammenfassend ist zu sagen, dass der Auftraggeber bei den Vergabeverfahrensarten des nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung, der Direktvergabe und der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, den Bieterkreis selbst bestimmen kann. Sollte die Anwendung dieser Vergabeverfahrensarten im Einklang mit dem BVergG erfolgen, hat der Auftraggeber die Möglichkeit, eine Subunternehmerleistung durch faktische Bestimmung des Bieterkreises auszuschließen. Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass eine genügende Anzahl geeigneter Unternehmer zu laden ist, um einen fairen und lauterer Wettbewerb zu gewährleisten, sowie die Einhaltung des Transparenzgebotes sicherzustellen.

Bei der Direktvergabe und bei der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung, ist die Einhaltung des Transparenzgebotes und des Verfahrensgrundsatzes eines fairen und lauterer Wettbewerbs auch dann sichergestellt, wenn nur ein Bieter zur Anbotsabgabe geladen wird. Inwiefern diese Vorgehensweise des Auftraggebers eine Preisprüfung und Markteinschätzung zulässt, sei dahingestellt.

6.1.2 GRUNDFREIHEITEN DES AEUV

Sämtliche Maßnahmen des Auftraggebers im Zuge der Vorbereitung und während des Vergabeverfahrens, die den freien Warenverkehr, den freien Dienstleistungsverkehr, den freien Personenverkehr bzw. die Niederlassungsfreiheit beeinflussen, stehen im Widerspruch zu den Grundfreiheiten des AEUV.

Diese, dem Primärrecht zuzuordnenden, Regelungen enthalten zwar keine besonderen Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge, aber die dort enthaltenen Bestimmungen, wie beispielsweise die Verwirklichung eines gemeinsamen Marktes der einzelnen EU Mitgliedsstaaten, wirken jedoch mittelbar auf das jeweilige Vergabeverfahren.

6.1.3 DISKRIMINIERUNGSVERBOT

Vom Diskriminierungsverbot sind Maßnahmen erfasst, die eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung von Mitgliedern der EU Staaten gegenüber Inländern zur Folge

haben. Die Weiterentwicklung des allgemeinen Diskriminierungsverbotes findet im Gleichheitsgrundsatz ihren Niederschlag.

6.1.4 GLEICHBEHANDLUNG ALLER BEWERBER UND BIETER

Der Auftraggeber wird hierbei verpflichtet, alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die nicht begründete Ungleichbehandlung einzelner Bewerber oder Bieter zur Folge hat.

Der Gleichheitsgrundsatz besteht sowohl nach EU Recht als auch nach nationalem Recht.

Dieser Gleichheitsgrundsatz ist daher in zweierlei Hinsicht zu prüfen: einerseits ist zu prüfen, ob eine Maßnahme dem Gleichheitsgrundsatz nach EU – das heißt im Hinblick auf die (EU-) rechtlichen Rahmenbedingungen - und andererseits, ob es dem österreichischen Recht⁷², widerspricht.

Der Ausschluss von Subunternehmerleistungen trifft alle Bewerber und Bieter grundsätzlich gleich. Sollte der Ausschluss von Subunternehmerleistungen dazu führen, dass bestimmte Bewerber und Bieter gefördert (bevorzugt) werden oder eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung der Bewerber und Bieter vorliegt, ist ein solcher Ausschluss unzulässig.

Alle Teilnehmer müssen in der Lage sein, sich im Voraus über die geltenden Verfahrensregeln zu informieren und müssen die Gewissheit haben, dass diese Regeln für jeden gleichermaßen gelten.

Die Rechtsprechung leitet aus dem Diskriminierungsverbot bzw. aus dem Gleichbehandlungsgebot ein Transparenzgebot ab. Dieses Transparenzgebot fordert den Auftraggeber zur Einhaltung eines angemessenen Grades an Öffentlichkeit und Publizität am Markt gegenüber potenziellen Bietern.

6.1.5 FREIER UND LAUTERER WETTBEWERB

Dem Grundsatz des freien Wettbewerbes widersprechen Maßnahmen, welche eine ungerechtfertigte Beschränkung von Berufssparten zur Folge haben.

Der Grundsatz des lautereren Wettbewerbes wird hingegen mit jenen Maßnahmen verletzt, welche geeignet sind, eine marktbeherrschende Stellung eines Bieters zu bevorzugen.

⁷² Alle Teilnehmer müssen in der Lage sein, sich im Voraus über die geltenden Verfahrensregeln zu informieren, und müssen die Gewissheit haben, dass diese Regeln für jeden gleichermaßen gelten.

Der freie und lautere Wettbewerb sowie der Gleichbehandlungsgrundsatz sind bestimmend für den Verlauf des Vergabeverfahrens und für die daran beteiligten Firmen und Unternehmen.

Der Ausschluss von Subunternehmerleistungen hat zweifellos Auswirkungen auf den freien Wettbewerb, weil hierdurch die Zahl der potentiellen Bieter und Bewerber verringert wird. Anzumerken ist, dass auch die einzelnen unterschiedlichen Vergabeverfahren eine differenzierte Publizität und Transparenz aufweisen.

Aus den verschiedenen Vergabeverfahren ergibt sich ein unterschiedlicher Zugang der Bieter. Es ergibt sich eine Unterscheidung, in der Form (Transparenz) der Bekanntmachung bzw. eine Unterscheidung, im Hinblick des Kreises der Zugänglichmachung der Information, zur Angebotslegung.

Die Zuordnung zu den unterschiedlichen Vergabeverfahren erfolgt nicht nur unter dem Fokus des Auftragswertes, sondern unter dem Fokus des Auftragsgegenstandes bzw. des Leistungsgegenstandes.

Der Grundsatz, dass die Vergabe letztlich an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer, zu angemessenen Preisen zu erfolgen hat, wird vom Umstand des Ausschlusses von Subunternehmerleistungen nicht berührt und bedarf daher in gegenständlicher Dissertation keiner näheren Betrachtung.

Im Wesentlichen ergibt sich eine Wechselbeziehung zwischen dem Ausschluss von Subunternehmerleistungen und einem fairen und lauteren Wettbewerb. Denkbar ist auch ein Eingriff in die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber.

6.2 VERGABEVERFAHREN BAUAUFTRAG, LIEFERAUFTRAG, DIENSTLEISTUNGS-AUFTRAG

Per se widerspricht der Ausschluss von Subunternehmerleistungen nicht dem BVergG, jedoch sind die Auswirkungen, welche im Widerspruch zum Grundsatz des fairen und lauteren Wettbewerbes, des Diskriminierungsverbotes sowie des Gleichheitsgrundsatzes stehen, im speziellen zu prüfen.

Des Weiteren ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen im Hinblick darauf zu analysieren, falls sich ein Auftragnehmer, zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit und Befugnis, eines Subunternehmers bedient.

Ob eine generelle Aussage hinsichtlich des Ausschlusses von Subunternehmerleistungen gemacht werden kann oder ob ein solcher Ausschluss im Einzelfall beurteilt werden muss, ist fraglich. Jedenfalls sind für die Beurteilung der Zulässigkeit eines Ausschlusses von Subunternehmerleistungen, die Wechselbeziehungen zwischen den Grundsätzen des fairen und lautereren Wettbewerbes, des Diskriminierungsverbotes, der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter und die Art der Leistungserbringung essenziell. Dies bedeutet, dass zusätzlich zu berücksichtigen ist, um welchen Leistungsinhalt es sich handelt. Handelt es sich um einen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag?

Nach § 76 BVergG kann sich ein Auftragnehmer zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit und Befugnis, der Kapazitäten eines anderen Unternehmers bzw. Unternehmens bedienen.⁷³

Wobei weder eine besondere Beziehung, ein Naheverhältnis, noch ein Vertragsverhältnis bestehen muss.

Dem Bewerber bzw. Bieter müssen jedoch die zur Ausführung erforderlichen Kapazitäten zur Verfügung stehen. Das Bestehen eines, wie immer gearteten, Vertragsverhältnisses ist zulässig.

Wenn ein Bewerber zum Nachweis seiner Kapazitäten sich eines Subunternehmers bedient, bedeutet ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen durch den Auftraggeber nicht, dass sich der Bieter bzw. Bewerber dieses Unternehmens nicht zum Nachweis seiner Befugnis und Leistungsfähigkeit bedienen darf. Der Subunternehmer erfüllt zweifelsohne die Qualifikation als Unternehmer.

Der Ausschluss der Subunternehmerleistungen durch den Auftraggeber, impliziert nicht den Ausschluss von Unternehmen, als Nachweis der Befugnis und Leistungsfähigkeit.

Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn der Auftragnehmer die letztendliche Leistungserbringung selbst durchführt. Muss sich der Auftragnehmer zur Leistungserbringung eines Dritten bedienen, da er beispielsweise die Befugnisse nicht

⁷³ Vgl. Kapitel 5.4 Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit und Befugnis.

selbst erbringen kann, dann stellt der Ausschluss von Subunternehmerleistungen eine Einschränkung dar.

Inwieweit diese Einschränkung zulässig ist, erfolgt im Zuge der nachstehenden Ausführungen.

6.2.1 BAUAUFTRAG

Da die Zuordnung zu den unterschiedlichen Vergabeverfahren auch unter dem Fokus des Auftrags- bzw. des Leistungsgegenstandes erfolgen kann, werden nachstehend die einzelnen Leistungsformen, nämlich Bauauftrag, Lieferauftrag und Dienstleistungsauftrag dargestellt.

Das BVergG⁷⁴ definiert Bauaufträge in Verbindung mit einem Verzeichnis über Baugewerbe und beschreibt die einzelnen Leistungen. Unter Bauauftrag im Sinne des BVergG wird auch die Vermietung von Baumaschinen einschließlich Bedienungspersonal subsumiert.

Baufträge sind durch die Elemente

- Ausführung oder Ausführung und Planung von Bauvorhaben sowie Statikerleistungen,
- Ausführung eines Bauwerkes oder
- Erbringung der Bauleitung durch Dritte,

gekennzeichnet.

In den Begriffsbestimmungen⁷⁵ wird das Bauwerk als Ergebnis einer Gesamtheit von Tief- und Hochbauarbeiten, welche eine, dem Wesen nach, wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen, definiert. Dies umfasst die Herstellung einer funktionsfähigen Einheit, eines Gebäudes, einer Gleisanlage etc., einschließlich sämtlicher funktioneller Teile.

Der Begriff Bauvorhaben ist meines Erachtens weiter gefasst zu sehen und umfasst auch die Elemente der Sanierung und Instandsetzung.

⁷⁴ Vgl. § 4 BVergG und Anhang I zum BVergG.

⁷⁵ Vgl. § 2 Z 11 BVergG.

Die ÖNORM B 2110 definiert Bauleistung wie folgt:

„Herstellung, Änderung, Instandsetzung, Demontage oder Abbruch von Bauwerken und Bauteilen, sonstige Bauarbeiten jeder Art im Rahmen eines Werkvertrages, ferner erforderliche Vorbereitungs- und Hilfsarbeiten sowie Errichtung und Demontage oder Abbruch von Hilfsbauwerken sowie Leistungen der Haustechnik.“

Durch die Beschreibung der einzelnen Baugewerbe ergibt sich ein klares Bild eines Bauauftrages im Sinne des BVergG.

Im Hinblick auf die Vorgehensweise bei gemischten Verträgen hält der EuGH⁷⁶ fest: *„... bei einem Vertrag, der zugleich Elemente eines öffentlichen Bauauftrags und Elemente eines Auftrags anderer Art aufweist; zur Bestimmung seiner rechtlichen Qualifizierung und der anwendbaren Unionsvorschriften ist auf seinen Hauptgegenstand abzustellen.“*

In gegenständlichem Sachverhalt wurde die Vermietung eines Gebäudes vereinbart. Das Gebäude war zum Vertragszeitpunkt noch nicht errichtet. Vielmehr wurde zum Zeitpunkt des Vertragsangebotes noch nicht einmal mit der Errichtung begonnen. Der EuGH sieht dadurch den Hauptzweck des Vertrages in der Errichtung des Gebäudes. Dem ist auch zuzustimmen, da ein Gebäude, zur Nutzung durch eine Kommune (wie gegenständlich), besondere Voraussetzungen in der Konzeption haben muss. Vielmehr drängt sich der Verdacht auf, dass die Finanzierung der Errichtung im Vordergrund steht. Aus meiner Sicht, steht die Miete nur dann im Vordergrund, wenn zum einen der letztendliche Nutzer nicht in die Planung eingebunden ist und zum anderen, die letztendliche Gestaltung, eine marktkonforme Nutzung zulässt.

Im Bereich von Bauaufträgen ist es durchaus üblich, die einzelnen Leistungen bzw. Professionistenleistungen nicht gesondert, also in Gewerken, zu vergeben, sondern die Errichtung eines ganzen Bauwerkes oder Objektes. Die Leistung wird in Form eines Generalunternehmers bzw. Teilgeneralunternehmers vergeben.

Dieser Generalunternehmer bzw. Teilgeneralunternehmer bedient sich wiederum Subunternehmer zur Leistungserbringung, wobei der Generalunternehmer meist den Gewerbebereich Hochbau selbst erbringt.

Wenn der Auftraggeber nach einzelnen Gewerken, wie Maurerleistung, Zimmerleistung, Fensterbau, Installation etc. vergibt, ergibt sich eine solche Vernetzung nicht.

⁷⁶ Vgl. EuGH 10.07.2014, Rs C-213/13.

Es bleibt trotzdem die Frage zu klären, inwieweit ein Unternehmen im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis im täglichen Geschäftsverkehr in der Lage ist, einen Auftrag von sich aus zu erledigen.

Im Bereich Fensterbau, vor allem in Kunststoffausführung, ist ein Zukauf durchaus üblich. Häufig erfolgt eine Produktion nach Maß und Größe, in Form einer speziellen Anfertigung, für den Auftraggeber. Die Herstellung erfolgt hierbei meist durch Fremdunternehmen, sodass die Produktion letztlich kaum im anbietenden Unternehmen alleine erfolgt.

Im Bereich von Zimmererleistungen ist es durchaus üblich, dass die letztendliche Produktion, also das „Abbinden des Dachstuhles“, durch das anbietende Unternehmen erfolgt. Aber auch in diesem Gewerk haben sich Prozesse entwickelt, die über den bloßen Holzzukauf, in der vom Sägewerk gelieferten Verarbeitungs- bzw. Veredelungsstufe (z.B. Leimbinderkonstruktionen udgl.), hinausgehen.

Auf Grund der vorhandenen prozessualen Vernetzung und geübten Praxis im täglichen Geschäftsverkehr, ist eine selbständige Ausführung im Bereich Generalunternehmerleistungen bzw. Teilgeneralunternehmerleistungen auszuschließen. Selbst bei gewerksmäßiger Vergabe, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Erzeugung durch den Anbieter selbst erfolgt. Ein, über einen Kaufvertrag hinausreichender, Zukauf von Leistungen ist also nicht auszuschließen.

Beim Ausschluss von Subunternehmerleistungen können Anbieter, im Bereich von Generalunternehmerleistungen und Teilgeneralunternehmerleistungen, nur mehr in Form von Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaften anbieten. Dies stellt meines Erachtens einen derartig starken Eingriff in die Marktsituation dar, dass dadurch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere das Transparenzgebot und der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs, verletzt werden.

Im Hinblick auf die Ausschreibung nach Gewerken muss der Markteingriff, also die Einschränkung der potentiellen Bieter, im Einzelfall beurteilt werden. Ist eine Mehrzahl von potenziellen Bietern, unter Berücksichtigung der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs, nicht in der Lage, einen Auftrag von sich aus zu erledigen, dann ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen zu verneinen.

Offen bleibt die Frage, was unter einer Mehrzahl von potenziellen Bietern zu verstehen ist.

Potenzieller Bieter ist ein Unternehmen, welches über die geforderte Befugnis und Leistungsfähigkeit verfügt bzw. im Sinne von § 76 BVergG dazu in der Lage ist.

Schwieriger wird die Abgrenzung des Begriffes der Mehrzahl. Werden hier die Unternehmen im Umkreis des zu errichtenden Bauwerkes oder dieser Region betrachtet? Erfolgt eine Betrachtung auf den Wirkungsbereich des Auftraggebers oder eine österreichweite oder EU weite Betrachtung?

Hier ist genauer zu differenzieren. Das BVergG nimmt diese Differenzierung wie folgt vor:

Zum einen erfolgt dies im Hinblick auf den Auftragswert. Hierbei geht es um die Frage, ob der Leistungswert im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich liegt. Im Oberschwellenbereich, ist eine EU - weite Ausschreibung erforderlich. Diesfalls kann die Betrachtung im Hinblick auf eine Mehrzahl von potentiellen Bietern nur EU - weit erfolgen. Zum anderen erfolgt eine Differenzierung nach den verschiedenen Arten der wählbaren Verfahren. Das BVergG normiert unterschiedliche Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Wahl eines bestimmten Verfahrens. Die unterschiedlichen Verfahren unterscheiden sich neben dem Ablauf, vor allem auch in der vorgeschriebenen Form der Markteinbindung. Es ergibt sich eine unterschiedliche Form der Transparenz. Die potenziellen Bieter wären in Wechselwirkung zur gesetzlich geforderten Transparenz zu prüfen.

Der Begriff Mehrzahl ist im Hinblick auf die Mehrheit eines möglichen Bieterkreises, also mehr als 50%, zu prüfen. Durch den Ausschluss von Subunternehmerleistungen würde der Auftraggeber, im gegenständlichen Fall (Ausschreibung nach Gewerken unter Ausschluss von Subunternehmerleistungen), den Markt weiter verringern. Beim Vorliegen einer einfachen Mehrheit, verringert sich der Markt um 49%. Dies stellt meines Erachtens einen zu weitreichenden Eingriff in die Transparenz dar. Es ist natürlich auf den Einzelfall abzielen, aber die Mehrzahl der potenziellen Bieter muss sich auf mehr als 70% beziehen.

Durch den Ausschluss von Subunternehmerleistungen verringert der Auftraggeber, unter den vorweg dargestellten Rahmenbedingungen, den Bieter- und Bewerberkreis. Bewirkt ein solcher Eingriff, dass sich die Zahl der potentiellen Bieter um mehr als 30% verringert, stellt dies eine überproportionale Einschränkung auf potentielle Bewerber und Bieter dar. Eine Maßnahme, im Einklang mit dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes und dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, liegt nicht mehr vor.

Eine generelle Aussage, dass ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen durch den Auftraggeber als Bedingung in den Ausschreibungsunterlagen angeführt werden kann, ist nicht möglich. Ein solcher Ausschluss wird bei Bauaufträgen in den meisten Fällen zu verneinen sein.

Zulässig ist ein Ausschluss, wenn der Auftraggeber nach der Art des Vergabeverfahrens, den Bieter und Bewerberkreis selbst bestimmen kann. Der der Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt muss jedoch den gesetzlich normierten Voraussetzungen, für die Zulässigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens, entsprechen.

Des Weiteren ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen bei Bauaufträgen im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens wenn:

- die Ausschreibung nach Gewerken erfolgt,
- die Mehrzahl der potentiellen Bieter, im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs in der Lage sind, einen Auftrag von sich aus zu erledigen,

wobei

- die Beurteilung der potentiellen Bieter zum einen, durch den Auftragswert und zum anderen, mit der Zulässigkeit zu den verschiedenen Arten der wählbaren Verfahren differenziert wird und
- die Beurteilung der Mehrzahl der potentiellen Bieter durch eine 70% übersteigende Anzahl der jeweiligen potentiellen Bieter erreicht wird.

6.2.2 LIEFERAUFTRAG

Lieferaufträge im Sinne des BVergG⁷⁷ sind entgeltliche Aufträge, die einen Kauf, ein Leasing, eine Miete, eine Pacht oder einen Ratenkauf, mit unterschiedlichen Kaufoptionen von Waren, zum Vertragsgegenstand haben. Inkludiert sind hierbei auch Nebenarbeiten, wie Verlegen und Installation⁷⁸.

Die Wirtschaftskammer Österreichs, im Folgenden WKO⁷⁹, definiert Lieferaufträge wie folgt:

⁷⁷ Vgl. § 5 BVergG

⁷⁸ Die Ausarbeitung der einzelnen Schnittstellen und Abgrenzungen zu Bauaufträgen und Dienstleistungsaufträgen erfolgt in gegenständlicher Seminararbeit nicht.

⁷⁹ Vgl. www.wko.at/Content.Node/Service/Wirtschaftsrecht-und-Gewerberecht/Vergab..

„Sind entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoptionen von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen oder der Installation, ist.“

Auch im Bereich der Lieferaufträge geht es um die Frage, inwieweit ein Unternehmen im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis, im täglichen Geschäftsverkehr in der Lage ist, einen Auftrag von sich aus zu erledigen.

Besteht eine analoge Vernetzung im Geschäftsverkehr wie bei Bauleistungen?

Spezielle Anfertigungen, wie beispielsweise Schauvitriolen, die eine gleichmäßige Innentemperatur und konstante Luftfeuchtigkeit aufweisen müssen, können kaum von einem Unternehmen selbständig hergestellt werden.

Auch ist es bereits geübte Praxis, dass Teilelemente der Produkte (Waren), also Teilanfertigungen⁸⁰, zugekauft werden. Ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen stellt einen starken Eingriff in dieses Gefüge dar. Bieter und Bewerber wären gezwungen Bietergemeinschaften⁸¹ zu gründen.

Daher sind die Auswirkungen des Ausschlusses von Subunternehmerleistungen auf die Verfahrensgrundsätze, insbesondere auf das Diskriminierungsverbot, das Gleichbehandlungsgebot, das Transparenzgebot sowie auf den Grundsatz des fairen und lautereren Wettbewerbes zu prüfen.

Eine generelle Aussage, ob ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen zulässig ist, kann in Anbetracht der derzeitigen Rechtslage nicht getätigt werden. Es ist im Anlassfall der Ausschluss der Subunternehmerleistungen zu begründen. Die im Zuge des Kapitels 6.2.1 Bauaufträge dargestellten Kriterien gelten sinngemäß, daher wird in weiterer Folge nur mehr zusammenfassend und speziell auf den Themenbereich der Lieferaufträge eingegangen.

Wie bei Bauaufträgen, ist auch bei Dienstleistungsaufträgen ein Ausschluss zulässig, wenn der Auftraggeber nach der Art des Vergabeverfahrens den Bieter und Bewerberkreis selbst bestimmen kann, wobei der zugrundeliegende Sachverhalt, den gesetzlich normierten Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens entsprechen muss.

⁸⁰ Eine Anfertigung entsprechend der Wünsche und Bedürfnisse des Bestellers

⁸¹ Vgl. § 2 Abs 14 BVergG.

In allen übrigen Fällen ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens unter der Voraussetzung, dass:

- die Mehrzahl der potentiellen Bieter, im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs, in der Lage sind, einen Auftrag von sich aus zu erledigen, wobei
- die Beurteilung der potentiellen Bieter zum einen, durch den Auftragswert und zum anderen, durch die Zulässigkeit zu den verschiedenen Arten der wählbaren Verfahren differenziert wird und
- die Beurteilung der Mehrzahl der potentiellen Bieter durch eine 70% übersteigende Anzahl der jeweiligen potentiellen Bieter erreicht wird.

6.2.3 DIENSTLEISTUNGS-AUFTRAG

Das BVergG⁸² definiert den Dienstleistungsauftrag mit einem Ausschlussprinzip, da es sich nicht um Bauaufträge bzw. Lieferaufträge handelt. Des Weiteren erfolgt die Spezifizierung im Anhang III und IV zum BVergG.

Diese Formulierung und Abgrenzung ist zwingend erforderlich. Das BVergG bezeichnet die Reparatur und Instandhaltung als Dienstleistungsauftrag. Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn es sich nicht um Reparatur und Instandhaltung im Zusammenhang mit Bauwerkserrichtungen bzw. Bauvorhaben handelt bzw. kein technischer oder/und funktionaler Zusammenhang zu solchen besteht. Solche Reparaturen und Instandhaltungen sind Bauaufträgen zuzuordnen.

Das Gabler Wirtschaftslexikon⁸³ definiert Dienstleistungen wie folgt:

„Als ein typisches Merkmal von Dienstleistungen wird die Gleichzeitigkeit von Produktion und Verbrauch angesehen (z.B. Taxifahrt, Haarpflege in einem Frisiersalon, Theateraufführung). Da die unmittelbare, überwiegend auch personengebundene Arbeitsleistung des Produzenten hier den wesentlichen Inhalt der Dienstleistungen ausmacht, werden nur geringe Möglichkeiten zur Produktivitätssteigerung gesehen.“

Bei einer geistigen Dienstleistung muss es sich um eine gedanklich konzeptive Tätigkeit handeln, deren wesentliches Element ihr originäres Element des Lösungsansatzes ist. Natürlich gestützt auf die Elemente der Umsetzbarkeit, der ökonomischen Realisierbarkeit und der künstlerischen Aspektierung.

⁸² Vgl. § 6 BVergG

⁸³ Vgl. www.wirtschaftslexikon.gabler.de/Definition/dienstleistungen.html

Aus dem, im Anhang III, angeführten Katalog der Dienstleistungen, wie beispielsweise Gebäudereinigung und Hausverwaltung oder Postbeförderung im Landverkehr sowie Luftpostbeförderung, ergibt sich ebenso bei der Erfüllung eine Vernetzung und Verschränkung der verschiedenen Unternehmen. Es muss im Einzelfall wiederum geprüft werden, inwieweit ein Unternehmen im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis im täglichen Geschäftsverkehr in der Lage ist, einen Dienstleistungsauftrag von sich aus, ohne Zuhilfenahme anderer Unternehmen zu erledigen.

Im Bereich der Dienstleistung ergibt sich jedoch eine Besonderheit. Das BVergG trifft eine weitere Unterteilung, in prioritäre Dienstleistungen und nicht prioritäre Dienstleistungen.

Während der Auftraggeber bei der Wahl des Vergabeverfahrens bei der Vergabe von „Prioritären Dienstleistungen“ die Voraussetzungen der Zulässigkeit im Sinne o.a. Ausführungen, Wahl des Vergabeverfahrens, Dienstleistungsauftrag prüfen muss, normiert § 141 BVergG, dass der Auftraggeber im Bereich der nicht prioritären Dienstleistungen hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens an keine besonderen Voraussetzungen gebunden ist. Der Auftraggeber ist bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen zur Beachtung des Diskriminierungsverbotes und zur Einhaltung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten verpflichtet.

Tabelle 4 Wahl des Vergabeverfahrens, „Nicht - Prioritäre Dienstleistung“

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Ein Verfahren mit mehreren Unternehmen, durch das ein angemessener Grad Öffentlichkeit gewährleistet ist und dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbes entspricht.	Ja	Ja	Grundsätzlich unter Beachtung der Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes. Wenn aufgrund des Wertes und Gegenstandes, es erforderlich erscheint. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs 2 bzw. 38 Abs 2 Z 2, 4 oder 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.
Verhandlungs-verfahren, ohne vorherige Bekanntmachung, mit nur einem Unternehmen.	Ja 50%	Ja 50%	Wenn die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes, auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges, für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und 50% der Schwellenwerte nicht überschreitet. ⁸⁴
Direktvergabe	Nein	Ja	Bis € 100T keine Einschränkungen in Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.

Hinsichtlich der Transparenz sind bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen geringe Maßstäbe gesetzt, aber zwingend erforderlich. Es gelten vereinfachte Transparenzregeln. Hierbei ist es unerheblich, ob es sich um einen Auftragswert im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt.

⁸⁴ Vgl. § 12 Abs1 Z1 oder Z2.

Die Art der Leistungserbringung⁸⁵ bedingt auch, dass die Mehrzahl der potentiellen Bieter im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs, in der Lage sind, einen Auftrag von sich aus zu erledigen.

Daher ist es meines Erachtens zulässig, dass bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen erfolgen kann. Diesem Ausschluss liegt die Bindung zugrunde, dass dieser aus den Ausschreibungsunterlagen klar hervorgeht. Des Weiteren darf durch den Ausschluss der Subunternehmerleistungen keine Diskriminierung erfolgen und die Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber muss gewährleistet sein.

Für Dienstleistungen, welche als Prioritär ausgewiesen werden, ist die Zulässigkeit des Ausschlusses von Subunternehmerleistungen im Generellen zu verneinen. Überall dort, wo auf Grund der Verfahrensart eine freie Bieterwahl durch den Auftraggeber erfolgen kann, ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen möglich.

Des Weiteren darf auf die o.a. Ausführungen, im Zuge der Kapitel Bauauftrag und Lieferauftrag, hingewiesen werden.

In allen übrigen Fällen, ist beim Ausschluss von Subunternehmerleistungen im Anlassfall zu prüfen, ob diese im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens stehen. Dies ist meines Erachtens unter folgenden Voraussetzungen gegeben, wenn

- die Mehrzahl der potentiellen Bieter, im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs, in der Lage sind einen Auftrag von sich aus zu erledigen,

wobei

- die Beurteilung der potentiellen Bieter zum einen, durch den Auftragswert und zum anderen, mit der Zulässigkeit zu den verschiedenen Arten der wählbaren Verfahren differenziert wird und
- die Beurteilung der Mehrzahl der potentiellen Bieter durch eine 70% übersteigende Anzahl der jeweiligen potentiellen Bieter erreicht wird.

Die Mehrzahl der potentiellen Bieter muss also, unter Berücksichtigung des Auftragswertes und des gewählten Vergabeverfahrens, hierzu in der Lage sein. Diese Maßnahme muss die Einhaltung der Verfahrensgrundsätze, insbesondere den Grundsatz

⁸⁵ Vgl. BVergG Anhang IV

des freien und lauteren Wettbewerbs, des Diskriminierungsverbotes und der Gleichbehandlung aller Bieter und Bewerber zulassen.

6.3 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 6

Der Ausschluss eines Subunternehmers steht in Wechselbeziehung zu den Vergabegrundsätzen nach dem BVergG und schränkt die Handlungsfreiheit des Auftragnehmers und des Bieters hinsichtlich der Leistungsweitergabe ein. Eine Prüfung dieser Einschränkung, hinsichtlich Widerspruch zu bzw. Konformität mit den Vergabegrundsätzen, steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Wahl des Vergabeverfahrens. Die unterschiedlichen Verfahren unterscheiden sich nicht nur in der Form der Durchführung, sondern auch in der Bekanntmachung, wobei es sich hier um unterschiedlichen Informationsfluss zum potentiellen Bieterkreis handelt. Es wurde in tabellarischer Form betrachtet unter welchen Voraussetzungen, der Gesetzgeber eine Einschränkung in der Transparenz der Bekanntmachung zulässt.

Hierbei sind nachstehende Faktoren entscheidend

- Auftragswert
- Leistungsinhalt
- Bisheriger Verfahrensstatus
- Besonderheiten bzw. Ausnahmesituationen des Marktes
- Besondere Umstände im Sphärenbereich des Auftraggebers

Festzuhalten ist, dass eine Wechselbeziehung zwischen dem Ausschluss von Subunternehmerleistungen, dem Diskriminierungsverbot, dem Transparenzgebot, dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbs besteht.

Der Leistungsinhalt wie Bauauftrag, Lieferauftrag, Dienstleistungsauftrag stellt im Zusammenhang mit dem Ausschluss der Subunternehmerleistung einen weiteren wesentlichen Faktor für die Konformität mit dem BVergG dar. Im Ergebnis ist ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen bei nicht prioritären Dienstleistungen möglich. Weiters ist ein solcher Ausschluss generell zu bejahen, wenn auf Grund der Art des

Vergabeverfahrens der Auftraggeber den Bieterkreis selbst bestimmen kann, sofern die gesetzlich normierten Voraussetzungen für die Wahl des Verfahrens eingehalten werden.

In den übrigen Fällen ist zu prüfen ob

- die Ausschreibung bei Bauaufträgen nach Gewerken erfolgt,
- die Mehrzahl der potentiellen Bieter im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs, in der Lage sind, einen Auftrag von sich aus zu erledigen,

wobei

- die Beurteilung der potentiellen Bieter zum einen, durch den Auftragswert und zum anderen, mit der Zulässigkeit zu den verschiedenen Arten der wählbaren Verfahren differenziert wird und
- die Beurteilung der Mehrzahl der potentiellen Bieter durch eine 70% übersteigende Anzahl der jeweiligen potentiellen Bieter erreicht wird.

Aus meiner Sicht ist hier ein strenger Maßstab anzulegen.

Ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen ist generell bei

- Generalunternehmerausschreibungen
- Teilgeneralunternehmerausschreibungen
- Umständen, die eine eigenständige Leistungserbringung durch Unternehmen nicht zulassen,

zu verneinen.

Vollständigkeitshalber sei noch erwähnt, dass eine Prüfung des Ausschlusses von Subunternehmerleistungen, im Zusammenhang mit dem Nachweis der Leistungsfähigkeit und der Befugnis, durch einen Subunternehmer erfolgte. Die Nichtheranziehbarkeit eines Unternehmens zu Subunternehmerleistungen bedeutet nicht, dass ein Heranziehen desselben Unternehmens für den Nachweis der Leistungsfähigkeit und Befugnis, unmöglich ist. Dies trifft jedoch nur dann zu, wenn der Auftragnehmer die letztendliche Leistungserbringung selbst durchführt. Muss sich der Auftragnehmer zur Leistungserbringung eines Dritten bedienen, da er beispielsweise die Befugnisse nicht selbst erbringen kann, dann stellt der Ausschluss von Subunternehmerleistungen eine

Einschränkung dar. Diese Einschränkung muss im Zusammenhang mit dem Leistungsinhalt geprüft werden.

7 SUBUNTERNEHMERWECHSEL

Die Frage, ob ein Subunternehmerwechsel im Einklang mit dem BVergG steht, bedarf einer Differenzierung der Begrifflichkeit. Ein Subunternehmerwechsel kann zum einen, ein Zurückziehen von Subunternehmerleistungen und zum anderen, ein Wechsel des Subunternehmers sein. Wenn der Auftragnehmer einen Subunternehmer zurückzieht, wird die Leistung nicht mehr durch den Subunternehmer ausgeführt sondern der Auftragnehmer erbringt die jeweilige Leistung selbst. Bei einem Subunternehmerwechsel wird die Leistung durch einen anderen Subunternehmer erbracht.

Neben dem Zeitpunkt – Phase im Vergabeverfahren gemäß Kapitel 5.1 – eines Subunternehmerwechsels, stehen letztlich die Möglichkeit eines Subunternehmerwechsels und die Zurückziehung eines Subunternehmers, in Abhängigkeit zu den Bedingungen, in den Ausschreibungsunterlagen.

Dem Auftraggeber steht es frei neben den eignungsrelevanten Subunternehmern und jenen Subunternehmern, welche wesentliche Teile des Auftrages ausführen, die Nennung aller geplanten Subunternehmer vorzuschreiben⁸⁶.

7.1 WECHSEL EINER SUBUNTERNEHMERLEISTUNG

Im Zusammenhang mit einem Subunternehmerwechsel gibt es einen Bescheid des BVA vom 10.09.2012 GZN/0071-BVA/04/2012-32. Im Fokus stand die Frage, ob die Leistung einer Firma als Subunternehmerleistung oder als Hilfsunternehmerleistung bzw. Zulieferung einzustufen war. Letztlich hatte diese Frage Auswirkungen auf einen Subunternehmerwechsel.

Sachverhalt:

Gegenstand des Vergabeverfahrens war eine europaweite Bekanntmachung eines Dienstleistungsauftrages der Dienstleistungskategorie 7: Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten einer zentralen und einheitlichen EDV Lösung, für den medizinischen Krankenakt der Pensionsversicherungsanstalt, im Folgenden PVA. Für die

⁸⁶ Mit der RV BVergG Novelle 2015 erfolgen hiezu abweichende Regelungen, welche im Kapitel 5.2 dargestellt wurden.

Durchführung des 3rd Level Support, bedient sich der Antragsteller einer Firma, die Firma E, welche er als Lieferant einstuft.

Lösung:

Bei jener Firma, welche vom Antragsteller im Angebot als Lieferant eingestuft wurde, handelt es sich um einen Subunternehmer im Sinne von § 83 BVergG. Die dargelegte Leistung stellt weder eine Zulieferleistung noch eine Leistung eines Hilfsunternehmers dar. Vielmehr handelt es sich um einen Teil der ausgeschriebenen Leistung. Daher wurde dies als nachträgliche Subunternehmer Bekanntgabe gewertet.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Zentrales Thema der Entscheidung war die Frage, wie die Leistung der Firma E zu qualifizieren ist. Die Antragstellerin (Bieter) stuft die Firma als Zulieferer ein. Die Firma E wäre im Zuge des 3rd Level Support unter anderem für die Bereitstellung von Standartanalyse- und Reparaturtools für den 1st- und 2nd Level-Support sowie für die Bereinigung von Datenbankproblemen bzw. Datenfehlern zuständig. Nach Ansicht des BVA ist dieser Umfang als Subunternehmerleistung einzustufen.

Gemäß der für die gegenständliche Arbeit als gültig festgelegten Begriffsbestimmung des Terminus „Subunternehmer“ gilt als Voraussetzung für die Betrachtung eines Unternehmens als Subunternehmer, dass dieses gegenüber einem Primärunternehmer Leistungen zu erbringen hat, welcher über das Ausmaß der bloßen Lieferung von Materialien oder Bauteilen hinausgehen. Zu unterscheiden ist also zwischen Zulieferern und Subunternehmern. Der Zulieferer liefert Teile für einen Produktionsprozess. Das BVA bezeichnet in einem Bescheid bei Vergaben von Bauleistungen, die Baustoff- oder Bauteilelieferanten, als Hilfsunternehmer (Zulieferer)⁸⁷.

Aus dem Umstand, dass ein Unternehmen Leistungen erbringt, die über das Ausmaß von bloßer Zulieferung hinausgehen ergibt sich, dass die Firma E ein Subunternehmer ist. Im Zuge der Angebotslegung wurde der Subunternehmer nicht genannt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren legte der Auftraggeber fest, dass sämtliche Leistungsteile, welche beabsichtigt waren, im Zuge von Subaufträgen zu erfüllen und zu nennen waren. Aus diesem Grund kann die Prüfung, ob der Leistungsteil der Firma E einen wesentlichen Teil der durch den Bieter angebotenen Leistung darstellt, entfallen. Es handelt sich um nachträgliche Bekanntgabe eines Subunternehmers im Vergabeverfahren. Diese nachträgliche Nennung widerspricht dem BVergG. Das bedeutet jedoch nicht, dass eine

⁸⁷ Vgl. BVA 09.08.2011, N/0055-BVA/14/2011-31.

nachträgliche Nennung bzw. der Austausch von Subunternehmern im Vergabeverfahren auszuschließen ist.

Aus den o.a. erarbeiteten Phasen ergibt sich, dass das Vergabeverfahren bereits mit der Absendung der Bekanntmachung bzw. mit der ersten nach außen in Erscheinung tretenden Handlung beginnt und mit Zuschlag bzw. Widerruf endet. Unter Berücksichtigung der Verfahrensgrundsätze insbesondere dem Gleichheitsgrundsatz⁸⁸ kann die Möglichkeit des Austausches eines Subunternehmers, also die Nennung eines anderen Subunternehmers im Vergabeverfahren, zu einem Wettbewerbsvorteil bzw. einer Begünstigung eines Bieters führen. Im Stadium der Angebotslegungsphase (Phase 3 o.a. Abbildung) ist ein solcher Vorteil im Hinblick auf den Austausch eines Subunternehmers zu verneinen, weil es jedem Bewerber und Bieter frei steht, sein Angebot bis zum Ende der Angebotsfrist zu ergänzen bzw. abzuändern. Nach diesem Zeitpunkt ist eine Angebotsänderung aus meiner Sicht nicht mehr möglich, weil ein Angebot zum Zeitpunkt der Prüfungs- bzw. Auswahlphase abgeändert wird.

Der VKS Wien⁸⁹ teilt diese Meinung nicht. In seiner Entscheidung hält dieser einen Subunternehmerwechsel in der Prüfungs- bzw. Auswahlphase für zulässig.

Sachverhalt:

Gegenstand des Vergabeverfahrens war ein offenes Verfahren zur Vergabe einer Generalunternehmerleistung, für die Errichtung eines Rechenzentrums. Der Antragsteller brachte vor, dass nach Angebotsfrist der präsumtive Zuschlagsempfänger einen unzulässigen Subunternehmerwechsel vornahm. Dieser Subunternehmerwechsel hat auch stattgefunden, weil der im Angebot angeführte Subunternehmer insolvent wurde.

Lösung:

Das Insolvenzverfahren hat ausschließlich den namhaft gemachten Subunternehmer, nicht jedoch den Bieter betroffen. Der Ausschließungsgrund des § 68 Abs 1 Z2 BVergG kommt daher nicht zum Tragen. Durch die Tatsache, dass der Auftraggeber einen Wechsel des Subunternehmers nach dessen Zustimmung zugelassen hat, ist diese Vertragsbestimmung in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest geworden. Eine zeitliche Beschränkung der Möglichkeit des Subunternehmerwechsels erfolgte nicht.

⁸⁸ Vgl. Kapitel 6.1.

⁸⁹ Vgl. VKS Wien 01.12.2011, VKS-10427/11.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Die Leistung, welche durch den insolventen Subunternehmer erbracht hätte werden sollen, wird nun durch einen anderen Subunternehmer im gleichen Umfang erbracht. Eine Änderung im Bereich der Subunternehmerleistung im Hinblick auf den Leistungsumfang hat auch der VKS Wien für unzulässig befunden.

Die Argumentation des VKS bezieht sich lediglich auf § 68 Abs 1 Z 2 BVergG und kommt zu dem Schluss, dass die Insolvenz lediglich den Sphärenbereich des Subunternehmers betrifft und keine Auswirkungen auf den Bieter hat. In der Argumentationslinie des VKS wird jedoch die Betrachtung von Möglichkeiten des Wettbewerbsvorteiles bzw. der Ungleichbehandlung außer Acht gelassen. Dies hat, wie aus dem konkreten Fall ersichtlich, zur Folge, dass ein Bieter sich durch einen taktisch lancierten Subunternehmerwechsel, einen Wettbewerbsvorteil verschaffen kann. Die Betrachtung möglicher Wettbewerbsvorteile wäre daher als Prüfkriterium in analog gelagerten Fällen als obligatorisch anzusehen. Durch den Wechsel des Subunternehmers ändert der Bieter sein Angebot im Zeitraum der Angebotsfrist und Zuschlag. Er hat einen Vorteil gegenüber anderen Bietern. Der VKS Wien führt auch aus, dass eine nachträgliche Nennung eines Subunternehmers genauso unzulässig ist, wie eine Änderung des Umfangs der Subunternehmerleistung. Dies trifft jedoch aus meiner Sicht auch für den Subunternehmerwechsel zu. Es ist richtig, dass die Insolvenz des Subunternehmers im gegenständlichen Fall keine Auswirkungen auf den Bieter hat, was jedoch einen Subunternehmerwechsel nicht rechtfertigt. Bei Fortführung dieser Argumentation müsste in jeder Phase des Vergabeverfahrens, ein Subunternehmerwechsel möglich sein. Dies immer dann, wenn der Bieter aus anderen Gründen, welche nicht durch ihn zu vertreten sind, einen Wechsel anstrebt. Dies könnte beispielsweise der Fall sein, wenn er einen anderen Subunternehmer findet, der die Leistung billiger ausführt. Vorausgesetzt ist hierbei, dass der Auftraggeber einen Subunternehmerwechsel in den Ausschreibungsbedingungen zulässt und wenn ein solcher Wechsel an seine Zustimmung gebunden ist, diesem Subunternehmerwechsel zugestimmt hat. Der dem Auftraggeber dadurch eingeräumte Ermessensspielraum erscheint mir zu weitreichend.

Der Bieter hat auch bei der Subvergabe die Eignung des Subunternehmers zu berücksichtigen. Des Weiteren ist eine bekanntgegebene Subunternehmerleistung Teil des Angebotes eines Bieters. Dieses Angebot, wird nach dem Zeitpunkt der Angebotseröffnung verändert. Diese Änderung bringt den betroffenen Bieter eine Besserstellung gegenüber den Mitbietern, was einen Wettbewerbsvorteil zur Folge hat.

Diese Bevorteilung widerspricht dem Gleichbehandlungsgrundsatz. Aus diesen Gründen ist ein Wechsel eines Nennungspflichtigen bzw. eignungsrelevanten Subunternehmers, in diesem Stadium des Vergabeverfahrens, zu verneinen.

Offen bleibt die Frage, nach der Zulässigkeit eines Subunternehmerwechsels, nach Zuschlagsentscheidung. Unter welchen Gesichtspunkten steht ein solcher Subunternehmerwechsel im Einklang mit dem BVergG idF BGBI II 438/2015. Hinzuweisen ist, dass nach Zuschlagsentscheidung das BVergG grundsätzlich nicht mehr zur Anwendung gelangt. Das bedeutet, dass die Frage des Subunternehmerwechsels nach dem ABGB bzw. sonstigen gültigen Regeln des Vertragswesens zu beurteilen ist.

Interessant ist in diesem Zusammenhang das EuGH Urteil vom 13.04.2010 Rs C-91/08.

Sachverhalt:

Die Frankfurter Entsorgungs- und Service GmbH, im Folgenden FES, hat von der Stadt Frankfurt einen Dienstleistungskonzessionsauftrag für den Betrieb und zur Instandhaltung bestimmter öffentlicher Toilettenanlagen, im Gebiet dieser Stadt, erhalten. *„Der Vorlageentscheidung zufolge machte FES im Konzept zu ihrem Angebot folgende Angaben: „Vorwort[:] ... Mit der Ausschreibung der Stadt Frankfurt besteht für die FES ... die Möglichkeit, mit einem leistungsstarken und erfahrenen Partner, wie es [Wall] ist, sowohl die Substanz und das Versorgungsnetz der WC-Anlagen zu erneuern, als auch eine vor den Mitarbeitern verantwortungsbewusste realistische Refinanzierung darzustellen...“⁹⁰“*

Lösung:

Sollten im Zuge der Ausführung Änderungen der Bestimmungen eines Dienstleistungskonzessionsvertrags wesentlicher Art zur Folge haben und sind Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags zu erkennen, müssen alle zur Wiederherstellung der Transparenz des Verfahrens erforderlichen Maßnahmen, nach Maßgabe des innerstaatlichen Rechts des betroffenen Mitgliedstaats gewährt werden. Im konkreten Fall bedeutet dies, dass dies eine Neuausschreibung zur Folge haben kann.

⁹⁰ Vgl. EuGH 13.04.2013, Rs C-91/08, Rz 14.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Auch wenn das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen ist, haben die im Verfahren festgelegten Bestimmungen Einfluss in der Durchführungsphase. Grundsätzlich besteht im Schuldrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit⁹¹. Gegenständliche Entscheidung bringt jedoch klar zum Ausdruck, dass die Ergebnisse des Vergabeverfahrens Einfluss auf diese freie Vertragsgestaltung haben. Selbst unter der Voraussetzung, dass der Auftraggeber und der Auftragnehmer einvernehmlich eine Vertragsänderung durchführen, ist eine solche nur zulässig, wenn sie innerhalb der im Vergabeverfahren festgelegten Rahmenbedingungen erfolgt. Lassen einvernehmliche Vertragsänderung in der Durchführungsphase eine Neuverhandlung wesentlicher Bestimmungen dieses Vertrags erkennen, hat diese Maßnahme Einfluss auf das dem Vergabeverfahren hinterlegte Transparenzgebot und kann eine Neuausschreibung zur Folge haben.

Daraus ergibt sich, dass ein Subunternehmerwechsel (nach Zuschlag) im Vergabeverfahren, in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt werden müsste. Der Wechsel darf auch keine wesentlichen inhaltlichen Änderungen im Leistungsumfang implizieren, ansonsten stellt ein solcher Wechsel eine vergaberechtlich unzulässige Vertragsänderung dar, welche eine Neuausschreibung zur Folge haben muss.

Offen bleibt die Frage, wie geringfügige Änderungen in diesem Zusammenhang zu interpretieren sind. Aus der Entscheidung lässt sich klar ableiten, dass die Änderung wesentlich sein muss. Geringfügige Anpassungen sind hiervon nicht betroffen. Als geringfügig kann eine Änderung gesehen werden, wenn im Zuge der Ausführung geringe Korrekturen in der Leistungsmenge erfolgen, also im Falle sogenannte Massenmehrungen. Von einer solchen Änderung können auch Verschiebungen innerhalb der Leistungspositionen betroffen sein, also sogenannte Massenverschiebungen.

Notwendige Anpassungen, wie beispielsweise ein Subunternehmerwechsel wegen Insolvenz des Subunternehmers in der Durchführungsphase, schaffen nicht die Voraussetzung für eine Neuausschreibung. Gerade zu diesem Zeitpunkt (Durchführungsphase) besteht bereits eine vertragliche Pflicht zur Leistungserfüllung. Ein solcher Subunternehmerwechsel nach Zuschlag, liegt nicht im Einflussbereich des Auftragnehmers. Es muss unterstellt werden, dass der bekanntgegebene Subunternehmer, zum Zeitpunkt des Zuschlages, über die Eignung verfügte. Bei nicht bekanntgegebenen Subunternehmern kann nicht mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass eine solche

⁹¹ Vgl. Koziol/Welser Bürgerliches Recht Band II¹¹S12 f.

Eignung zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung vorlag. Da es sich bei solchen Subunternehmen um Unternehmer handelt, welche keine wesentlichen Auftragsteile ausführen, kann auch nicht auf eine notwendige wesentliche Änderung, also eine unzulässige Vertragsänderung, repliziert werden.

Der EuGH stellt in gegenständlicher Entscheidung fest, dass die Angebotslegung gestützt auf den Hinweis: „*Mit der Ausschreibung der Stadt Frankfurt besteht für die FES ... die Möglichkeit, mit einem leistungsstarken und erfahrenen Partner, wie es [Wall] ist...*“ geeignet ist, für die Annahme, dass die Firma FES den Auftrag nur deshalb erhalten hat, da die Firma Wall als Nachunternehmer präsentiert wurde.

Die **RV BVergG Novelle 2015** schafft hinsichtlich der Voraussetzungen zur Subunternehmerleistung mit den Änderungen zur Bekanntgabe von Subunternehmern mehr Transparenz im Vergabeverfahren. Durch diese Änderung stellt die Eignungsprüfung aller geplanten Subunternehmer im Vergabeverfahren die Regel dar.

Durch die geplanten Regelungen wird der Auftraggeber aufgefordert, den Ausschreibungsunterlagen und Ausschreibungsbedingungen Überlegungen hinsichtlich jener Auftragsteile, welche möglicherweise durch Subunternehmer durchgeführt werden, anzustellen. Dies bringt hinkünftig den Vorteil, negative Elemente, die in der Praxis im Zusammenhang mit Subunternehmerleistungen auftreten könnten, hintanzuhalten. Im Ergebnis bedeutet dies, dass der Auftraggeber die Eignung sämtlicher geplanter Subunternehmer zu prüfen hat. Erfüllt ein Subunternehmer diese Eignung nicht, ist dieser abzulehnen. Der Bieter hat diesfalls die Leistung selbst auszuführen oder einen anderen geeigneten Subunternehmer vorzuschlagen.

Führt die Prüfung eines erforderlichen Subunternehmers zum Ergebnis, dass dieser die Eignung nicht besitzt und kann der Bieter die Leistung nicht selbst ausführen, führt dieses Ergebnis in der Prüf- und Auswahlphase, also jener Zeitraum von der Angebotseröffnung bis zur Zuschlagsentscheidung, zum Ausschluss des Bieters⁹². Unter einem erforderlichen Subunternehmer ist jener Subunternehmer zu verstehen,

- der einen wesentlichen Auftragsteil ausführt,
- der einen kritischen Leistungsteil (verbundene Unternehmen) ausführt oder

⁹² Vgl. Erläuterungen zur RV BVergG Novelle 2015; „... das Misslingen dieses Nachweises (gegebenenfalls im Rahmen einer Aufklärung) bei nicht erforderlichen Subunternehmer führt nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters.“

- ein eignungsrelevanter Subunternehmer ist.

Hinsichtlich eines Subunternehmerwechsels nach Zuschlagserteilung werden mit der **RV BVergG Novelle 2015** Regelungen normiert, welche die Abläufe und Voraussetzungen für einen Subunternehmerwechsel darlegen.

„Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Subunternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen. Der Einsatz dieser Subunternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers ist, ebenso wie eine allfällige Ablehnung, unverzüglich mitzuteilen und darf nur aus sachlichen Gründen verweigert werden. Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat. Sind der Mitteilung gemäß dem ersten Satz die erforderlichen Unterlagen nicht vollständig angeschlossen, so hat der Auftraggeber dies dem Auftragnehmer unverzüglich mitzuteilen und ihn zur Vorlage der ausständigen Unterlagen aufzufordern. Diese Aufforderung hemmt den Fortlauf der Frist gemäß dem vierten Satz bis zur vollständigen Vorlage der erforderlichen Unterlagen. Dem Angebot sind die entsprechenden Verpflichtungserklärungen beizulegen.“

Damit werden im BVergG Regelungen normiert, welche in die Vertragsabwicklung über das Vergabeverfahren hinaus Wirkung erzeugen. Beim ersten Blick stellt sich die Frage, welche Folgen eine andere vertragliche Regelung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer hat. Anders formuliert, ob diese Regelung nicht umgangen werden kann. Dadurch, dass dem Angebot entsprechende Verpflichtungserklärungen beizugeben sind, werden diese Verpflichtungserklärungen im Vergabeverfahren bestandsfest und haben ihre Wirkung über das Vergabeverfahren hinaus. Die Offenlegungspflicht besteht gleichgültig auf welcher Stufe diese stattfindet, sodass der Auftraggeber über jede Subunternehmeränderung Bescheid weiß. Die entsprechenden Verpflichtungserklärungen sind dem Angebot beizugeben und werden nach RV § 108 Abs 1 Z 2a zum zwingenden Angebotsinhalt erklärt. Hierfür sieht die RV Mustererklärungen vor. Adressat der Bekanntgabepflicht ist der Auftraggeber (vergebende Stelle), was aus meiner Sicht auch zu begrüßen ist, da im Falle der Nichteinhaltung, dies mit einer Vertragsstrafe sanktioniert

werden kann. Hat der Auftraggeber die Nennung der Subunternehmer auf wesentliche Teile des Auftrages beschränkt, bedeutet dies, dass das Heranziehen von Subunternehmern zur Leistungserfüllung nach Zuschlagserteilung offenzulegen ist.

Offen bleibt die Frage, wie ein unerlaubter Subunternehmerwechsel nach Zuschlagserteilung zu sanktionieren ist. Neben der oben dargestellten Vertragsverletzung ergeben sich nachstehende Aspekte.

Erfolgt die Leistungserbringung durch den Subunternehmer ordnungsgemäß, geht ein Schadenersatz mangels vorliegenden Schadens ins Leere. Bei mangelhafter Leistungserfüllung haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach 1313a ABGB⁹³.

Im Falle eines vereinbarten Rücktrittrechtes, dessen nachteilige Folgen den Auftraggeber in gleicher Härte treffen würden, hätte eine Neuausschreibung zwingend zu erfolgen.

Der Auftraggeber muss einem Subunternehmerwechsel zustimmen. Eine Ablehnung darf nur aus sachlichen Gründen erfolgen. Welche Gründe hierfür vorliegen müssen, wird nicht vorgegeben. Eine Ablehnung ist immer dann als zwingend anzusehen, wenn der Subunternehmer nicht über die Eignung verfügt. Als sachliche Gründe für eine berechtigte Ablehnung werden beispielsweise Verfehlungen des Subunternehmers, welche als nicht so schwer einzustufen sind, dass die Folge eines Ausschlusses nach § 68 Abs 1 BVergG gerechtfertigt ist, genannt.

Dieses Beispiel ist nicht unumstritten. So Aicher⁹⁴ hierzu:

„Es ist nicht verständlich, warum für den Subunternehmer ein strengerer Maßstab gelten soll als für den Bieter selbst, der nur aus den taxativen Gründen des § 68 Abs 1 BVergG ausgeschlossen werden darf. Dass neben der fehlenden Eignung, die schon gleichsam ex lege ein sachlicher Grund für die Zustimmungsverweigerung ist, im Leistungsvertrag weitere Gründe festgelegt werden können und als solche Gründe gelten, die den Auftraggeber zum Vertragsrücktritt berechtigen würden, ist wenig sinnvoll.“

Ein sachlicher Grund zur Ablehnung ist meines Erachtens, nur bei nicht vorhandener Eignung gegeben.

Letztlich ist darauf hinzuweisen, dass ein Subunternehmerwechsel nur dann möglich ist, wenn ein solcher durch den Auftraggeber in den Ausschreibungsbedingungen nicht aus

⁹³ Vgl. Kapitel 9.

⁹⁴ Vgl. Aicher, Die Subunternehmerregelung nach geltendem und künftigem Recht (2015).

sachlichen Gründen ausgeschlossen wurde. Ist eine solche Möglichkeit nicht vorgesehen, hätte ein Subunternehmerwechsel aus meiner Sicht, selbst im Falle der Insolvenz eines Subunternehmers, eine Neuausschreibung zur Folge.

7.2 ZURÜCKZIEHEN EINER SUBUNTERNEHMERLEISTUNG

Im Gegensatz zu einem Wechsel handelt es sich beim Zurückziehen eines Subunternehmers um eine Maßnahme, welche zum Ergebnis hat, dass eine geplante Weitergabe einer Leistung entfällt und der Bewerber bzw. Bieter die Leistung selbst erbringt. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der Bewerber oder Bieter die für den Leistungsgegenstand erforderliche Eignung besitzt. Im Hinblick auf die oben angeführten Ausführungen, muss auch für die Beantwortung gegenständlicher Frage eine Abstimmung auf die jeweilige Phase der öffentlichen Auftragsvergabe erfolgen. Das Zurückziehen eines Subunternehmers stellt nicht so einen weitreichenden Eingriff in das Angebot dar, wie ein Subunternehmerwechsel. Dies ergibt sich durch die Tatsache, dass bei einem Subunternehmerwechsel ein weiteres Unternehmen im Umfeld des Bewerbers bzw. Bieters in Erscheinung tritt. Beim Zurückziehen eines Subunternehmers ändert sich das Umfeld des Bewerbers bzw. Bieters durch Reduktion eines Unternehmens. In der Angebotslegungsphase ergibt sich bis zum Ende der Angebotsfrist keine unterschiedliche Betrachtung zum Subunternehmerwechsel. Das bedeutet, dass eine Änderung bzw. Ergänzung des Angebotes möglich ist. Nach Ende der Angebotsfrist bis zur Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung, wird wie folgt argumentiert:

Aus den bisherigen Erarbeitungen ergibt sich, dass der Subunternehmer nicht zum Bieterkreis zählt. Der Bescheid VKS Wien⁹⁵ führt in der Begründung klar aus, dass der Subunternehmer kein Teilnehmer am Vergabeverfahren ist. Daraus ergibt sich, dass das Zurückziehen der Subunternehmerleistung keinen Einfluss auf den Bieter hat. Auch im Hinblick auf die Verfahrensgrundsätze insbesondere Gleichbehandlungsgrundsatz und wettbewerbliche Gleichstellung, ergeben sich für den Bieter gegenüber den Mitbietern keine Vorteile.

Im Hinblick auf das Angebot ergeben sich auch keine Änderungen im Bereich der ausführenden Unternehmen. Anstelle von zwei Unternehmen, die einen bestimmten Leistungsumfang erfüllen, ist nur mehr ein Unternehmen, welches die Leistung erfüllt.

⁹⁵ Vgl. VKS Wien 01.12.2011, VKS-10427/11.

Ob die Leistung durch einen Subunternehmer ausgeführt wird oder durch ihn selbst, bringt dem Bieter im Hinblick auf sein Angebot keine Besserstellung oder keinen Zeitvorteil. Das bedeutet, dass aus meiner Sicht das Zurückziehen eines Subunternehmers auch in dieser Phase der Auftragsvergabe, also nach Angebotsfrist in der Prüfungs- bzw. Auswahlphase möglich ist. Aufgrund der Tatsache, dass sich ein Bieter gegenüber den Mitbieter keine Vorteile durch die Zurückziehung von bekanntgegebenen Subunternehmerleistungen verschaffen kann, erscheint diese Zurückziehung auch in dieser Phase der Auftragsvergabe, also nach Angebotsfrist, in der Prüfungs- bzw. Auswahlphase, als vergaberechtlich zulässig.

Vollständigkeitshalber sei erwähnt, dass bei einer solchen Sachverhaltskonstellation immer von einem bekanntgegebenen oder bekanntgabepflichtigen Subunternehmer auszugehen ist.

Zwingend ist jedoch ein Zurückziehen der Subunternehmerleistung nach Zuschlagserteilung an die Zustimmung des Auftraggebers gebunden, wenn die Subunternehmerleistung vertragsgegenständlich wurde. Ob der Auftraggeber einen Subunternehmerwechsel in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat, ist nicht erheblich, da das Zurückziehen eines Subunternehmers keinen Subunternehmerwechsel darstellt. Die Maßnahme des Bieters ist zwar an die Zustimmung des Auftraggebers (vergebende Stelle) gebunden, eine explizite Möglichkeit des Zurückziehens von Subunternehmerleistungen in den Ausschreibungsunterlagen ist nach meiner Ansicht nicht erforderlich.

Nach Zuschlagserteilung, also in der Durchführungsphase, ist ein Subunternehmerwechsel grundsätzlich möglich. Auch hier ist hinzuweisen, dass nach Zuschlagsentscheidung das BVergG grundsätzlich nicht mehr zur Anwendung gelangt. Das bedeutet, dass die Frage des Subunternehmerwechsels nach dem ABGB bzw. sonstigen gültigen Regeln des Vertragswesens zu beurteilen ist. Daher ergibt sich auch die zwingende Zustimmungsvoraussetzung des Auftraggebers.

7.3 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 7

Im Ergebnis ist zwischen einem Subunternehmerwechsel und dem Zurückziehen eines Subunternehmers zu unterscheiden. Während ein Subunternehmerwechsel den Austausch eines Unternehmens durch ein anderes Unternehmen darstellt, wird beim Zurückziehen

eines Subunternehmers die Leistung nicht durch ein anderes Unternehmen erfüllt, sondern die Erfüllung erfolgt durch den Bewerber bzw. Bieter selbst. Entscheidend ist in welcher Phase der öffentlichen Auftragsvergabe ein Subunternehmer oder ein Zurückziehen eines Subunternehmers erfolgen soll. Die Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe umfassen einen weiteren Zeitraum als jene des Vergabeverfahrens.

Der kritische Zeitpunkt eines Subunternehmerwechsels ist der Zeitraum von der Angebotsfrist bis zur Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung.

Obwohl der VKS einen Subunternehmerwechsel wegen einer Subunternehmerinsolvenz nach Angebotseröffnung für zulässig erklärt, ist ein solcher Subunternehmerwechsel kritisch zu sehen. Nach der Begründung des VKS Wien kommt ein Ausschließungsgrund nach § 68 Abs 1 Z2 BVergG nicht zum Tragen, da die Insolvenz nur den Subunternehmer betrifft. Im gegenständlichen Fall handelt es sich nicht um einen eignungsrelevanten, jedoch nennungspflichtigen Subunternehmer. Durch die Tatsache, dass der Auftraggeber einen Wechsel des Subunternehmers nach dessen Zustimmung zulässt, ist diese Vertragsbestimmung in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest geworden. Eine zeitliche Beschränkung der Möglichkeit des Subunternehmerwechsels erfolgte nicht.

Meiner Ansicht nach handelt es sich bei einem solchen Subunternehmerwechsel, um eine Änderung im Angebot nach Angebotsfrist. Dadurch erhält der Bieter einen Vorteil. Auch wenn im gegenständlichen Fall durch Insolvenz des Subunternehmers dessen Sphärenbereich betroffen ist, hat dies Einfluss auf das vorgelegte Angebot.

Hinsichtlich der Frage nach einem Subunternehmerwechsel nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist darauf hinzuweisen, dass auch nach abgeschlossenen Vergabeverfahren, die im Verfahren festgelegten Bestimmungen, die Durchführungsphase beeinflussen. Grundsätzlich besteht im Schuldrecht das Prinzip der Vertragsfreiheit⁹⁶. Der EuGH bringt jedoch klar zum Ausdruck, dass die Ergebnisse des Vergabeverfahrens Einfluss auf diese freie Vertragsgestaltung haben. Selbst unter der Voraussetzung, dass der Auftraggeber und der Auftragnehmer einvernehmlich eine Vertragsänderung durchführen, ist eine solche nur zulässig, wenn sie innerhalb der im Vergabeverfahren festgelegten Rahmenbedingungen erfolgt. Werden wesentliche Bestimmungen des Vertrags neu

⁹⁶ Vgl. Koziol/Welser Bürgerliches Recht Band II¹¹S12 f.

verhandelt, hat diese Maßnahme Einfluss auf das dem Vergabeverfahren hinterlegte Transparenzgebot und kann eine Neuausschreibung zur Folge haben.

Daraus ergibt sich, dass ein Subunternehmerwechsel im Vergabeverfahren, in den Ausschreibungsunterlagen nicht aus sachlichen Gründen ausgeschlossen werden darf. Ist eine solche Möglichkeit nicht vorgesehen, hätte ein Subunternehmerwechsel eine Neuausschreibung zur Folge.

8 INSOLVENZ VON SUBUNTERNEHMER

Um die Auswirkungen der Insolvenz auf den Subunternehmer ableiten zu können, sind in einem ersten Schritt die Auswirkungen der Insolvenz auf den Auftragnehmer darzustellen. Daraus werden Ableitungen für das Verhältnis Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer gezogen. Gegenstand der Betrachtung ist ein insolventes Unternehmen. Dieses Unternehmen hat ein Vertragsverhältnis mit der öffentlichen Hand (beispielsweise Bund) oder steht in einem vorvertraglichen Verhältnis zu diesem. Im Hinblick auf den Zeitpunkt der Insolvenz sind zwei Fälle zu unterscheiden:

- Das zur Auftragserteilung notwendige Vergabeverfahren nach dem BVergG ist abgeschlossen⁹⁷. Die Insolvenz tritt ein, nachdem der Zuschlag an die Firma erteilt wurde.
- Das zur Auftragserteilung notwendige Vergabeverfahren ist durch Absendung der Bekanntmachung oder durch die Erste nach außen in Erscheinung tretende, Handlung eingeleitet. Die Insolvenz tritt während des Vergabeverfahrens ein.

Insolvenz:

Die Insolvenz stellt die Folge einer Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung dar. Liegt Zahlungsunfähigkeit und/oder eine Überschuldung vor, so hat der Schuldner unverzüglich einen Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu stellen⁹⁸. Hierzu hat der Schuldner nicht unbegrenzt Zeit. Der Antrag ist unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern, zu stellen, spätestens jedoch 60 Tage nach dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung⁹⁹. Natürlich ist auch der Gläubiger antragsberechtigt¹⁰⁰.

Es bleibt zu erörtern, wann eine Zahlungsunfähigkeit oder/und eine Überschuldung vorliegen.

In der rechtlichen Beurteilung zur Entscheidung OGH vom 21.02.2013 GZ 9ObA138/12b, wird ausgeführt, dass eine Zahlungsunfähigkeit dann vorliegt, wenn der Schuldner mangels bereitgestellter Zahlungsmittel nicht in der Lage ist, seine fälligen Schulden zu bezahlen und

⁹⁷ Vgl. § 135 BVergG.

⁹⁸ Vgl. §§ 1 IO in Verbindung mit § 69 IO.

⁹⁹ Vgl. § 69 Abs 2 IO.

¹⁰⁰ Vgl. § 70 IO, wobei anzumerken ist, dass mit der Änderung BGBl. I 29/2010 vom Prinzip der Gläubigermehrheit abgegangen wurde.

die erforderlichen Zahlungsmittel voraussichtlich nicht in kurzer Zeit beschaffen kann¹⁰¹. Eine kurzzeitige Zahlungsunfähigkeit, im Sinne einer Zahlungsstockung, reicht nicht für den Eintritt der Insolvenz. Der Hinweis auf ein negatives Eigenkapital in der Bilanz begründet auch keine Zahlungsunfähigkeit. Vielmehr ist auszuführen, dass die Rechtsprechung von verschiedenen Insolvenzindikatoren ausgeht¹⁰².

Als konkreter Fall sei an dieser Stelle die Fälligestellung der Kredite durch die drei Hausbanken dargestellt. Laut OGH stellt dies das stärkste vorstellbare Indiz für eine Insolvenzsituation dar und fordert eine Nachforschungspflicht. Obwohl der OGH in der Entscheidung vom 23.11.1995 GZ 6 Ob622/95 ausführte, dass mehrere erfolgreiche Exekutionen oder eine Vorstellung wegen Ratenzahlung noch nicht auf Zahlungsunfähigkeit schließen lässt, trifft den Gläubiger eine Nachforschungspflicht, ansonsten muss er sich die fahrlässige Unkenntnis der Zahlungsunfähigkeit zurechnen lassen. Eine klare Abgrenzung zwischen Zahlungsunfähigkeit und Zahlungsstockung gibt es nicht. Die Rechtsprechung hinterlegt der Zahlungsunfähigkeitsprüfung Indikatoren und verlangt die Kumulierung mehrerer Aspekte ohne ein Prüfungsverfahren vorzugeben. Indikatoren sind¹⁰³:

- Zahlungseinstellung durch Schuldner
- Unmöglichkeit der Schuldenbegleichung innerhalb eines angemessenen Zeitraumes bei redlicher Geschäftsführung

¹⁰¹ Vgl. OGH 21.02.2013, 9ObA138/12b.

Sachverhalt:

Dem Kläger wurde anlässlich einer einvernehmlichen Beendigung seines Dienstverhältnisses eine wertgesicherte Betriebspension zugesagt. Die Beklagte kürzte die monatlichen Ansprüche um 12 % einseitig, da der Kläger nicht einwilligte, weil durch die Finanzkrise die Werte dezimiert wurden.

Lösung:

Zwar wurde der Beklagten zugestanden, dass der Normzweck von § 25 Abs 3 Z2 GmbHG und § 84 AktG, dem Schutz der verteilungsfähigen Vermögensmassen einer Insolvenzreifen Gesellschaft diene und die Bevorzugung einzelner Gläubiger verhindern soll. Die Insolvenzreife konnte jedoch vom Beklagten nicht dargelegt werden.

¹⁰² Vgl. OGH 19.01.2011, 3Ob99/10w.

Sachverhalt:

Der Masseverwalter des Vermögens der T GmbH klagte die getätigten Zahlungen an die Wiener Gebietskrankenkasse ein. Dies begründete der Masseverwalter damit, dass zum Zeitpunkt der Zahlung das Unternehmen insolvent war, die Nichtkenntnis der Gebietskrankenkasse zuzurechnen sei und daher eine ungerechtfertigte Zahlung aus der Konkursmasse stattfand.

Lösung:

Infolge Bejahung eines Insolvenzindikators (hier in Form der Verbindung der Mitteilung über die Fälligkeit der Bankkredite mit dem Ratengesuch) durfte sich die Gebietskrankenkasse nicht mit der Behauptung des Schuldners über eine bloße Zahlungsstockung zufrieden geben.

¹⁰³ Vgl. wie oben unter Hinweis auf SZ 38/61; SZ 55/65; SZ 60/207 = ÖBA 1988, 270; E 8Ob624/88 = SZ 63/124 = WBl 1990,348; E 1 Ob134/07y und E 4Ob547, 548/81 EvBl 1982/164; *Dellinger* aaO Rz 37; *Sprung/Schumacher*, Die Zahlungsunfähigkeit als Konkurseröffnungsgrund, JBl 1978, 122 [131]; 4Ob624/75 = EvBl 1977/209 [*Schumacher*].

- keine Berücksichtigung von zukünftigen Schulden, wobei die Fälligkeit der Forderungen maßgeblich ist, nicht das Gläubigerdrängen
- Nichtvorhandensein liquider Zahlungsmittel
- Die „*voraussichtliche*“ und „*alsbaldige*“ Unfähigkeit der fälligen Schuldenabdeckung

Wobei das Betrachtungsfeld immer die gesamten Schulden umfasst.

Aus meiner Sicht ist für die Unterscheidung, ob es sich um eine Zahlungsunfähigkeit oder Zahlungsstockung handelt, neben der zeitlichen Komponente der Geldmittelaufbringung, auch die Gesamtsituation des Schuldners in Betracht zu ziehen. Dabei sollte der Fokus nicht nur auf sämtliche Bilanzelemente wie Eigenkapitalrendite, Gewinn- und Verlustrechnung etc. gerichtet sein¹⁰⁴, sondern auch auf die Geldflussrechnung. Dies begründet sich auch durch die Ansicht des OGH, welcher eine Zahlungsunfähigkeit dann verneint, wenn innerhalb von drei Wochen die nicht zu beseitigende Liquiditätslücke des Schuldners weniger als 10% seiner fälligen Gesamtverbindlichkeit beträgt¹⁰⁵.

Auch im Hinblick auf eine Überschuldung¹⁰⁶ ergibt sich ein ähnliches Bild. Ein negatives Eigenkapital reicht also per se nicht aus, um von der Gegebenheit der Insolvenz ausgehen zu können.

In der Entscheidung OGH 19.02.2004 GZ 6Ob282/03v beschäftigt sich der OGH mit der Überschuldung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung im Zusammenhang mit der buchmäßigen Darstellung von Gesellschafter Haftungserklärungen¹⁰⁷. Zur „*buchmäßigen rechnerischen Überschuldung*“ muss der Indikator einer ungünstigen Zukunftsprognose, „*die eine künftige Zahlungsunfähigkeit als wahrscheinlich erscheinen lässt*,“ vorliegen. Das Unternehmen hatte ein Eigenkapitalminus von 2,65%. Das alleine genügt jedoch noch nicht, vielmehr ist hier ebenso, wie bei der Zahlungsunfähigkeit, auf die Geldflussrechnung hinzuweisen.

¹⁰⁴ Vgl. Firmenbuch Sicht- und Prüfvermerk.

¹⁰⁵ Vgl. OGH 19.01.2011, 3Ob99/10w.

¹⁰⁶ Vgl. § 67 IO.

¹⁰⁷ Vgl. OGH 19.02.2004, 6Ob282/03v.

Sachverhalt:

Der Masseverwalter wirft der Tiroler Bank, den ungerechtfertigten Erhalt von Zahlungen nach Überschuldung vor. Die Nichtkenntnis der Überschuldung sei ihr vorzuwerfen, obwohl sie nicht die Hausbank war.

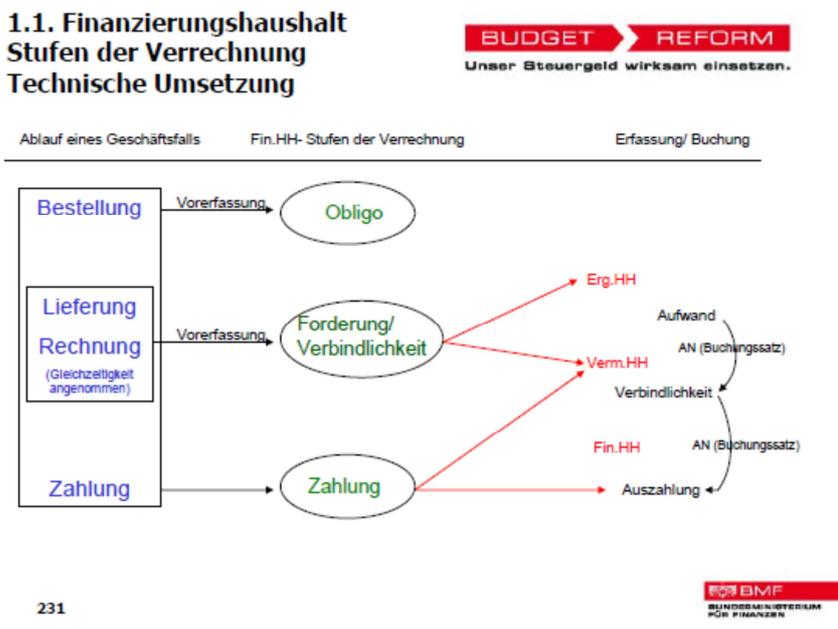
Lösung:

Die negative Fortbestehensprognose kann der Beklagten dann nicht zum Vorwurf gemacht werden, wenn der von ihr behauptete, von den Vorinstanzen allerdings noch nicht ausreichend festgestellte Sachverhalt vorliegen sollte, dass zum Zeitpunkt der angefochtenen Zahlung alle Unternehmensschulden getilgt hätten werden können, wenn dazu die Gesellschafterhaftung in Anspruch genommen wäre.

Exkurs im Bereich der Haushaltsführung des Bundes:

In diesem Zusammenhang darf auch auf die ungenügende Darstellung im Zuge der doppelten Buchführung hingewiesen werden. Die buchhalterische Darstellung in der Doppik beginnt erst mit der Lieferung der Ware, entweder in Form von Wareneingang oder Warenausgang. Gerade die Insolvenz zeigt, dass jedoch eine frühere Darstellung zwingend geboten erscheint, nämlich mit dem Zeitpunkt des Eintritts eines Obligo, das heißt mit der Bestellung der Ware. Dies hätte den Vorteil, dass auf zukünftige Unternehmensprognosen ein besserer Einblick geboten wird. Dieser Darstellungsform folgt der Bundeshaushalt in Form der Bestelldarstellung. Der Bund beugt hier durch die Darstellung seines Obligos und der Durchführung von Mittelbindungen Liquiditätsproblemen vor bzw. kann diese frühzeitiger Erfassen.

Abbildung 5 Stufen der Verrechnung



Quelle: BMF, Schulungsunterlagen HHRR für Fachkräfte

Die Folge der Zahlungsunfähigkeit und/oder der Überschuldung ist die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens¹⁰⁸. Am folgenden Tag der öffentlichen Bekanntmachung des Konkursediktes bzw. der Aufnahme in die Insolvenzdatei, treten die Wirkungen ein. Sämtliches Vermögen des Schuldners ist Teil der Insolvenzmasse. Nun folgt die sogenannte Prüfphase, während der das Unternehmen durch den Masseverwalter bzw. durch

¹⁰⁸ Vgl. § 2 IO.

Eigenverwaltung¹⁰⁹ fortzuführen ist, sofern diese Weiterführung nicht offenkundig den Ausfall der Insolvenzgläubiger erhöht. Vollständigkeitshalber wird an dieser Stelle erwähnt, dass auf den Eröffnungsbeschluss und auf das Insolvenzverfahren nicht näher eingegangen wird.

Fazit:

Die öffentliche Bekanntmachung der Insolvenz mittels Edikt, ist als nicht bestreitbarer Nachweis der Zahlungsunfähigkeit eines Unternehmens zu betrachten. Ein Unternehmen kann aber bereits vor öffentlicher Bekanntmachung der Insolvenz als insolvent betrachtet werden.

8.1 ASPEKTE IM INSOLVENZFALL VON UNTERNEHMEN

Der öffentliche Auftraggeber wird bei der Insolvenz eines Unternehmens vor logistische, terminliche und auch wirtschaftliche Herausforderungen gestellt, wenn bei Aufträgen mit mehreren Auftragnehmern, die im Sinne eines Leistungserbringungsprozesses, in einer gegenseitiger Verflechtung und terminlichen Abhängigkeit stehen, einer dieser Unternehmer/Unternehmen insolvent wird und dadurch die Leistungserbringung zum Stillstand gelangen kann. Die Auswirkungen und erforderlichen Handlungen des Auftraggebers werden nun in Form von Fragen erarbeitet.

7.2 Welche Folgen hat die Insolvenz im Hinblick auf die Eignung des Auftragnehmers/Subunternehmers im Sinne §§ 70 ff BVergG?

Im Hinblick auf die Folgen der Insolvenz ist zu unterscheiden, ob sich der Auftragnehmer als Nachweis seiner Eignung auf die Kapazitäten anderer Unternehmen gestützt hat oder nicht.

Ein Auftragnehmer kann sich als Nachweis für die berufliche Befugnis, die finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit und die technische Leistungsfähigkeit, auf die Kapazität anderer Unternehmen stützen¹¹⁰, nicht jedoch bei der beruflichen Zuverlässigkeit. Gerade die Insolvenz hat vor allem Auswirkungen auf die berufliche Zuverlässigkeit.

7.3 Kann der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten? Anders formuliert, welche Folgen hat die Insolvenz im Hinblick auf das bestehende Vertragsverhältnis zum

¹⁰⁹ Vgl. § 171 IO.

¹¹⁰ Vgl. § 76 BVergG.

Auftragnehmer und welche Folgen auf das Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer?

Gegenstand der Betrachtung sind die Folgen im aufrechten Vertragsverhältnis, also wenn der Vertrag weder vom Schuldner noch vom Vertragspartner vollständig erfüllt ist.

7.4 Kann der Auftraggeber auf andere Firmen zurückgreifen, wenn dies zur termingerechten Ausführung erforderlich ist oder im Hinblick auf den Projektplan bei Bauvorhaben geboten scheint? Was passiert mit dem Subunternehmer?

Bevor der Auftraggeber sich eines anderen Unternehmens bedient, muss Klarheit bestehen, ob das Rechtsgeschäft weiterbesteht oder nicht. Des Weiteren werden die Aspekte erläutert, welche unter Berücksichtigung des BVergG eine rasche neuerliche Auftragsvergabe zulassen.

7.5 Welche Auswirkungen könnte die Insolvenz auf das abgeschlossene Vergabeverfahren haben?

Hinsichtlich der Folgen der Insolvenz ist zwischen dem Zeitpunkt unterschiedlichen Phasen der Auftragsvergabe zu unterscheiden. Im Sinne der im Kapitel 5.4 dargelegten Erläuterungen muss die Eignung vom Zeitpunkt der Angebotseröffnung bis zum Zuschlag vorliegen.

8.2 FOLGEN DER INSOLVENZ AUF DIE EIGNUNG

Grundsätzlich hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Hierzu haben, die am Vergabeverfahren teilnehmenden, Unternehmen den Nachweis der Eignung zu erbringen. Das BVergG¹¹¹ nennt Beispiele hierfür, wobei der Katalog der Nachweismittel nicht abschließend ist. Letztendlich kann sich ein Unternehmen auch auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens stützen, um seine Leistungsfähigkeit oder Befugnis nachzuweisen¹¹².

Eine Insolvenz hat vor allem Auswirkungen auf die berufliche Zuverlässigkeit. In bestimmten Fällen ist auch eine Auswirkung auf die berufliche Befugnis, die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und die technische Leistungsfähigkeit möglich. Meines Erachtens muss dies aber nicht zwingend zutreffen. Vielmehr wäre auf den Einzelfall

¹¹¹ Vgl. § 74 BVergG.

¹¹² Vgl. § 76 BVergG.

abzuzielen und vor allem auf den Leistungsgegenstand. In diesem Zusammenhang ist auf die Möglichkeit, dass sich ein Unternehmen als Nachweis für die berufliche Befugnis auf die Kapazität anderer Unternehmen stützen kann¹¹³, hinzuweisen.

Berufliche Befugnis:

Die Insolvenz kann Auswirkungen auf die berufliche Befugnis haben, indem letztendlich dem Unternehmen oder dem Unternehmer die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes entzogen wird. Sollte dies der Fall sein, hätte dies die Unternehmensauflösung zur Folge. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich ein solches Unternehmen noch an einem Vergabeverfahren beteiligt. In einem laufenden Verfahren wäre auch eine Fortführung durch den Masseverwalter fraglich, jedoch bestünde die Möglichkeit, sich auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens als Nachweis zu stützen.

Berufliche Zuverlässigkeit:

Bei der beruflichen Zuverlässigkeit ist im Sinne des BVergG zu prüfen, welche Ausschlussgründe vorliegen¹¹⁴. Im Zusammenhang mit der Insolvenz sind nachstehende Unternehmen von der Teilnahme auszuschließen:

- *„§68 Abs 1 Z2 wenn gegen sie ein Konkurs- bzw. Insolvenzverfahren, ein gerichtliches Ausgleichsverfahren, ein Vergleichsverfahren oder ein Zwangsausgleich eingeleitet oder die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde;“*
- *„§ 68 Abs 1 Z 6 sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben,...“*

Die Bestimmungen des § 68 Abs 1 BVergG treffen auf den Zeitraum der Angebotslegungsphase bis zur Prüf- und Auswahlphase zu. Anders formuliert, ist ein Unternehmen in diesem Zeitraum insolvent, hat dieser Umstand den Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge. Auf die Ausnahmebestimmungen nach § 68 Abs 2 und 3 BVergG wird später eingegangen. Eine Insolvenz, welche vor der Angebotslegungsphase

¹¹³ Vgl. § 76 BVergG.

¹¹⁴ Vgl. § 68 Abs 1 BVergG.

bestanden hat, hat keinen Einfluss auf das Verfahren, auch wenn die Insolvenz noch bis zur Einleitungsphase bestand. Besteht jedoch die Insolvenz bis zur Angebotslegungsphase hat dies den Ausschluss des Unternehmens zur Folge, auch wenn im Zeitraum der Prüf- und Auswahlphase keine Insolvenz mehr vorliegt. Die Begründung liegt darin, dass das BVergG normiert, insolvente Unternehmen von der Teilnahme auszuschließen.

Ein Subunternehmer, der seine Eignung infolge Insolvenz innerhalb der Angebotslegungsphase und der Prüf- und Auswahlphase verliert, ist auszuschließen. Dies hat auch den Ausschluss des Bieters zur Folge. Benötigt der Bieter als Nachweis seiner Eignung den Subunternehmer, verliert auch der Bieter seine Eignung. Benötigt der Bieter die Kapazitäten des Subunternehmers nicht zum Nachweis seiner Eignung, liegt aus meiner Sicht, ein unzulässiger Subunternehmerwechsel vor. Der VKS Wien sieht dies nicht so¹¹⁵. Die Darstellung und Erläuterung der Entscheidung des VKS Wien erfolgte im Zuge der Ausarbeitungen im Kapitel 7.

Der Verlust der Eignung des Subunternehmers durch Insolvenz hat nur dann keine Auswirkungen auf den Bieter, wenn der Bieter die Kapazitäten des Subunternehmers nicht zum Nachweis seiner Eignung benötigt, und jene Leistung die durch den Subunternehmer ausgeführt werden hätte sollen, durch den Bieter selbst ausgeführt werden kann.

Die Bestimmungen von § 68 Abs 1 Z 2 und 6 haben zur Folge, dass Unternehmer die insolvent sind, bei einem Vergabeverfahren ausgeschieden werden müssen, weil Ihre berufliche Zuverlässigkeit nicht gegeben ist. Diese Bestimmung steht im Widerspruch zur Insolvenzordnung, welche die Sanierung des Unternehmens im Fokus hat. Sollte die Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Deckung der Verfahrenskosten abgewiesen werden, ist davon auszugehen, dass eine Sanierung unmöglich ist. Aus meiner Sicht wäre nur in einem derart gelagerten Fall ein Ausschluss von der Teilnahme am Vergabeverfahren notwendig. Zum anderen könnte ein kategorischer Ausschluss dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter nach dem BVergG widersprechen. Selbst bei einer Zahlungsstockung und der Vereinbarung von Ratenzahlungen im Zusammenhang mit Sozialversicherungsbeiträgen sowie Steuern und Abgaben, verliert das Unternehmen seine berufliche Zuverlässigkeit. Hier stellt sich sofort die Frage, wie im Zusammenhang von Ratenvereinbarungen oder Zahlungsterminverschiebungen mit den Sozialversicherungen und Finanzämtern umzugehen ist. Diese Thematik war schon Gegenstand eines

¹¹⁵ Vgl. VKS Wien 01.12.2011, VKS-10427/11.

Vorabentscheidungsansuchens und wird im Zuge der Ausnahmebestimmungen zu § 68 Abs 1 BVergG behandelt. Das Unternehmen erhält die für die Teilnahme am Vergabeverfahren notwendigen Bestätigungen, wenn der vereinbarte Zahlungsplan eingehalten wird, jedoch bleibt die Tatsache bestehen, dass die fälligen Sozialversicherungsbeiträge, Steuern und Abgaben nicht bezahlt wurden.

Im Hinblick auf den Widerspruch zur Insolvenzordnung ist auszuführen, dass bei Zahlungsunfähigkeit einer der Indikatoren, die Unmöglichkeit der Schuldenbegleichung, innerhalb eines angemessenen Zeitraumes, bei redlicher Geschäftsführung ist. Bei einer Überschuldung, muss der Indikator einer ungünstigen Zukunftsprognose, „*die eine künftige Zahlungsunfähigkeit als wahrscheinlich erscheinen lässt*“, vorhanden sein.

Selbst wenn der Masseverwalter oder bei Eigenverwaltung der Unternehmer Anstrengungen für die Steigerung der Aufträge und Verbesserung der Zukunftsprognosen unternehmen will, fehlt einer der größten Auftraggeber, nämlich die öffentlichen Rechtsträger wie Bund, Land und Gemeinde. Es wird dadurch auch die Umsetzung des Unternehmenssanierungsplanes erschwert.

Hinsichtlich der Ungleichbehandlung von Bewerbern und Bieter ist auszuführen, dass die Insolvenz das Ergebnis einer Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung ist. Die Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung besteht objektiv schon vor Einleitung des Insolvenzverfahrens. Schon aus den Entscheidungen des OGH, wonach auf mehrere Indikatoren abzielen ist, lässt sich ableiten, dass ein fließender Übergang zwischen Zahlungsunfähigkeit, Zahlungsstockung, unvorhersehbarer ungünstiger Auftragslage, hoher Fremdkapitalanteil, geringer bzw. negative Eigenkapitalrendite und Überschuldung besteht. Eine klare Abgrenzung ist oft schwierig. Dies könnte zur Folge haben, dass ein Unternehmen, welches zahlungsunfähig oder/und überschuldet ist, jedoch das Konkursedikt weder öffentlich bekannt gemacht noch in der Insolvenzdatei aufgenommen wurde, nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen wird. Theoretisch wäre es möglich, dass dieses Unternehmen auch den Zuschlag erhält. Bei einer solchen Konstellationen, wäre durch die Bestimmung aus § 68 Abs 1 Z 2 BVergG eine Ungleichbehandlung der Bewerber und Bieter gegeben, da im Konkreten auf den Zeitpunkt der Insolvenz abgezielt wird und nicht auf den Zeitpunkt der Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit.

Ein weiterer Aspekt sind Bieter- und Arbeitsgemeinschaften. Die Bestimmungen des BVergG haben zur Folge, dass diese auszuschneiden sind. So besteht die Möglichkeit, dass gegenüber

einem Unternehmen, aus einer von mehreren Unternehmen bestehenden Bietergemeinschaft, ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde.

Dasselbe gilt im Hinblick auf Subunternehmer. Der VKS Wien¹¹⁶ führt in diesem Zusammenhang aus, dass das Insolvenzverfahren ausschließlich den namhaft gemachten Subunternehmer, nicht jedoch den Bieter, betroffen hat. Der Ausschließungsgrund des § 68 Abs 1 Z 2 BVergG kommt daher nicht zum Tragen. Durch die Tatsache, dass der Auftraggeber einen Wechsel des Subunternehmers nach dessen Zustimmung zulässt, macht einen Subunternehmerwechsel zulässig.

Auch in diesem Zusammenhang tritt die Unternehmensfortführung in den Hintergrund und ein bereits zugesicherter Auftrag, wird durch ein anderes Unternehmen ausgeführt.

Interessant ist auch die Betrachtung im Hinblick auf verbundene Unternehmen. Bei einem verbundenen Unternehmen, dessen Jahresabschluss im Sinne von § 228 UGB mit dem Unternehmen konsolidiert ist, muss ein Ausschluss im Sinne von § 68 Abs 1 BVergG erfolgen. Der konsolidierte Jahresabschluss hat Auswirkung hinsichtlich der von der Rechtsprechung entwickelten Indikatoren der Zahlungsunfähigkeitsprüfung, der Unmöglichkeit zur Schuldenbegleichung innerhalb eines angemessenen Zeitraumes sowie der Zahlungseinstellung fälliger Forderungen.

Ob ein solcher Ausschluss auch dann zu bejahen ist, wenn es sich um verbundene Unternehmen auf Grund eines Beteiligungstatbestandes oder Beherrschungstatbestandes handelt, wäre in einer weiterführenden Forschung zu prüfen. Hier geht es vor allem um die Frage, welchen Einfluss die Insolvenz eines Unternehmens auf das andere Unternehmen oder die anderen Unternehmen hat. Im Sinne des BVergG handelt es sich um Unternehmen, welche in Form eines Beherrschungstatbestandes oder in Form des Beteiligungstatbestandes miteinander in einer besonderen Verbindung stehen.

Beim Beteiligungstatbestand geht es um die Frage, ob eine Beteiligung von mindestens 50% des Stamm- Grund- oder Eigenkapitals besteht. Es muss also keine Mehrheit bestehen, eine tatsächlich 50%ige Beteiligung reicht.

Sollte ein Unternehmen, welches eine Beteiligung im Sinne der oben dargestellten Ausführungen besitzt, insolvent werden, muss der Auftraggeber prüfen, ob von der Insolvenz

¹¹⁶ Vgl. VKS Wien 01.12.2011, VKS-10427/11.

auch die Beteiligungsverhältnisse betroffen sind. Trifft dies zu, so treffen die Folgen der Insolvenz auch das verbundene Unternehmen.

Beim Beherrschungstatbestand müssen nach ständiger Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes *„die rechtlichen Verflechtungsmaßnahmen, um von einer Beherrschung sprechen zu können, „einen Einfluss auf das Unternehmen vermitteln, wie er einer mindestens 50%-igen Beteiligung am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital annähernd entspricht“.*¹¹⁷

In diesem Sinne geht es um eine unternehmerische Verflechtung, welche einen Einfluss auf die Unternehmensführung und Unternehmensgestaltung einer Beteiligung von 50% am Stamm-, Grund- oder Eigenkapital entspricht. Eine solche Verflechtung verhindert, dass Entscheidungen gegen den Willen des anderen Unternehmens durchgeführt werden können.

Die Beherrschung wird wie im Kapitel 4 dargestellt nach den ökonomischen und organisatorischen Einflussmöglichkeiten geprüft. Hierbei handelt es sich um unternehmerische Managementeinflussnahmen sowie prozessuale Einflussnahmen. Der finanzielle Zustand eines Unternehmens steht nicht im Fokus der Betrachtung. Aus diesen Gründen hat auch die Insolvenz keinen unmittelbaren Einfluss auf das herrschende bzw. beherrschende Unternehmen. Hinsichtlich der organisatorischen Maßnahmen sind auch keine unmittelbaren Auswirkungen erkennbar. Es bedarf lediglich der Prüfung, ob Personalentscheidungen Einfluss auf die technische Leistungsfähigkeit haben. Sollte die Insolvenz die verbundenen Unternehmen in Ihrer Gesamtheit treffen, liegt die Anwendung von § 68 Abs 1 BVergG klar auf der Hand. Ist lediglich ein Unternehmen insolvent, wie beispielsweise die Media Quarter Marx (vgl. Kapitel 4), hat dies auf weitere Unternehmen, wie beispielsweise die Firma Zentrum für Innovation- und Technologie GmbH (vgl. Kapitel 4), keine unmittelbaren Auswirkungen für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Eine Insolvenz innerhalb einer Verflechtung von verbundenen Unternehmen hat nicht unbedingt den Ausschluss an der Teilnahme am Vergabeverfahren zur Folge.

Finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:

Eindeutig hat die Insolvenz bzw. die Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung Auswirkungen auf die Bonität eines Unternehmens. Aus meiner Sicht ist jedoch auf zwei Besonderheiten hinzuweisen. Zum einen kann sich ein Unternehmen auf die Kapazitäten anderer Unternehmen als Nachweis stützen. Dies kann in Form einer Solidarhaftung erfolgen,

¹¹⁷ Vgl. VfGH vom 12.12.2013, KR 1/2013-14 und VfSlg. 17.489/2005.

sodass die Wirkungen einer Insolvenz im Hinblick auf das Vergabeverfahren nicht relevant sein müssen. Zum anderen sollte in diesem Zusammenhang auf den Leistungsinhalt abgezielt werden. Der Auftragnehmer/Subunternehmer muss die Kapazitäten zur Auftragsausführung in finanzieller und wirtschaftlicher Hinsicht haben. Hat der Auftragnehmer/Subunternehmer wenige Vorleistungen in finanzieller Hinsicht zu erbringen, ist dies bei der Beurteilung zu berücksichtigen.

Besonderes Augenmerk ist dabei auf die Berufshaftpflichtversicherungen zu legen. Es muss vermieden werden, dass die Versicherung von Ihrer Leistung, infolge von Nichtzahlen der monatlichen Versicherungsprämie, zurücktritt.

Technische Leistungsfähigkeit:

Durch die Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung ist kein Know- How- Verlust des Unternehmens zu erwarten. Der Fokus der Betrachtung muss auf Änderungen im Bereich der Führungskräfte gelegt werden. Der Abgang von Schlüsselpersonal könnte eine Know- How- Änderung zur Folge haben. Auch hier darf auf die Möglichkeit, sich der Kapazitäten anderer Unternehmen als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit zu stützen, hingewiesen werden.

Den Bestimmungen des BVergG ist der Unternehmensauflösungsgedanke unterlegt. Dies zeigt sich auch in den Ausnahmestimmungen zu § 68 Abs 1¹¹⁸. Diese beschränken sich grundsätzlich auf den Unterschwellenbereich mit Ausnahme von Lieferaufträgen.

Obwohl das BVergG insolvente Unternehmen von der Teilnahme ausschließt, nennt es in weiterer Folge Gründe, die eine Teilnahme doch möglich machen. Im Wesentlichen handelt es sich hierbei um besonders günstige Angebote für den Auftraggeber, im Wege vom Ausschreibungsverfahren. In diesen Fällen wird dem Auftraggeber bewusst die Möglichkeit eingeräumt, ein Verfahren mit nur einem Unternehmen durchzuführen.

¹¹⁸ Vgl. § 68 Abs 2 in Verbindung mit §§ 29 Abs 2 Z 7, 38 Abs 2 Z 3 und 4 BVergG.

Tabelle 5 Wahl des Vergabeverfahrens im Zusammenhang mit Insolvenz

Zulässigkeit Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ¹¹⁹	Nein	Ja	<p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • § 38 Abs 2 Z 3 Gelegenheitskauf • § 38 Abs 2 Z 4 Günstige Bedingungen bei Geschäftsbeendigung oder Insolvenzverfahren
Direktvergabe ¹²⁰	Nein	Ja	<p>Bis € 100 T keine Einschränkungen in Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.</p> <p>Keine Anwendung von § 68 BVergG.</p>
Zulässigkeit Lieferauftrag			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ¹²¹	Ja	Ja	<p>Im OSB</p> <p>Wenn es sich um Warenlieferungen handelt, welche zu besonders günstigen Bedingungen von Unternehmen im Insolvenz-, Konkurs-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahren handelt.</p> <p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • § 38 Abs 2 Z 3 Gelegenheitskauf • § 38 Abs 2 Z 4 Günstige Bedingungen bei Geschäftsbeendigung oder Insolvenzverfahren.
Direktvergabe ¹²²	Nein	Ja	<p>Bis € 100 T keine Einschränkungen in Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.</p> <p>Keine Anwendung von § 68 BVergG.</p>

¹¹⁹ Vgl. §§ 28 Abs 2, 30 Abs 2, 38 Abs 2 BVergG.

¹²⁰ Vgl. § 41 BVergG.

¹²¹ Vgl. §§ 29 Abs 2, 38 Abs 2 BVergG.

¹²² Vgl. § 41 BVergG.

Eine weitere Ausnahme, ist den Bestimmungen des § 68 Abs 3 zu entnehmen. In der Z 1 wird auf eine generelle Ausnahme vom Ausschluss eines Unternehmens hingewiesen, wenn ein Allgemeininteresse vorliegt. Diese Ausnahmebestimmung ist jedoch eng auszulegen. *Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner* BVergG 2006³ bringen zur Veranschaulichung der Anwendbarkeit dieser Ausnahmebestimmung folgendes Beispiel zur Darstellung: Der Auftraggeber benötigt eine gewisse Menge eines bestimmten Impfstoffes. Dieser Impfstoff ist jedoch nur bei einem Unternehmer lagernd, der wegen Bestechung verurteilt wurde. Der Unternehmer wäre aufgrund des gegebenen allgemeinen Interesses nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Eine Umlegung dieser Ausnahmebestimmung auf den Sanierungsgedanken der Insolvenzordnung in Form einer Argumentation, dass durch die Insolvenz eines Unternehmens eine große Anzahl von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer ihre Einkunftsmöglichkeit verlieren würde und daher ein Allgemeininteresse am Erhalt des Unternehmens bestehe, erscheint deswegen zu weit gegriffen, weil der Fokus der Ausnahmebestimmung so ausgerichtet ist, dass die Beschaffung eines bestimmten Gutes oder einer bestimmten Leistung im Allgemeininteresse ist, nicht jedoch ein Sekundärfaktor, wie beispielsweise der ebenso möglicherweise in einem allgemeinen Interesse stehende Erhalt von Arbeitsplätzen, der nebstbei im Falle drohender Insolvenz, nur bedingt von einer bestimmten Auftragserteilung kausal abgeleitet werden könnte. Der Fokus der Ausnahmebestimmung aus dem Grund des Allgemeininteresses, ist auf den zu vergebenden Leistungsgegenstand auszurichten und nicht an sonstige Begleitumstände.

Des Weiteren besteht eine Ausnahme vom Ausschluss im Zusammenhang mit § 68 Abs 1 Z 6 Sozialversicherungsbeiträge, Steuern oder Abgaben. Hier wird ausgeführt, dass bei geringfügigem Rückstand, vom Ausschluss abgesehen werden kann. Im Urteil des EuGH vom 09.02.2006 RsC-226/04 und Rs C-228/04 wird ausgeführt¹²³:

Sachverhalt:

Ein italienisches Gericht stellte unter anderem die Frage im Zusammenhang mit einem Verfahren zwischen der Gesellschaft La Cascina und Zilch einerseits und dem Verteidigungsminister und Minister für Wirtschaft und Finanzen als öffentliche Auftraggeber andererseits, ob Artikel 29 Abs 1 e und f der Richtlinie 92/50/EWG so auszulegen ist, dass ein Dienstleistungserbringer, der mit der Zahlung seiner Sozialbeiträge oder Steuern in Verzug ist

¹²³ Vgl. EuGH 09.02.2006, Rs C-226/04 und Rs C-228/04.

oder dem für seine Steuerschulden eine Ratenzahlung eingeräumt wurde, vom Vergabeverfahren auszuschließen ist.

Lösung:

Die Bestimmungen der Richtlinie stellen nicht auf eine einheitliche Anwendung der dort angeführten Ausschlussgründe auf Gemeinschaftsebene ab. Die Mitgliedsstaaten sind befugt, diese Ausschlussgründe entweder überhaupt nicht anzuwenden, indem sie sich für eine größtmögliche Beteiligung an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge entscheiden oder aber diese Gründe, je nach den auf nationaler Ebene maßgeblichen rechtlichen, wirtschaftlichen oder sozialen Erwägungen, im Einzelfall mit unterschiedlicher Strenge, in die nationale Regelung aufzunehmen. Dies gilt auch für den Zeitpunkt der zu leistenden Zahlung.

Beurteilungen und Schlussfolgerungen:

Im Ergebnis hat dies zur Folge, dass es dem nationalen Gesetzgeber obliegt die Regelungen zu gestalten. In Österreich erfolgt der Nachweis, in Form von Bestätigung des jeweiligen Sozialversicherungsträgers oder des Finanzamtes. In anderen Mitgliedsstaaten gibt es ähnliche Formen. Das bedeutet, dass Ratenzahlungen und Zahlungszielstundungen im Einklang mit den Vergaberechtsvorschriften stehen. Für die Frage, welche Beitragsrückstände als geringfügig anzusehen sind, sollte im Sinne einer einheitlichen Betrachtung der Behörden, eine Leitlinie vorgegeben werden. Laut *Fruhmann/Gölles/Pachner/Steiner BVergG 2006*³ ist zum einen auf den Betrachtungszeitraum abzustellen, also beispielsweise eine Quartalszahlung, und zum anderen auf die Beitragshöhe im Verhältnis zum Unternehmen, wie beispielsweise zur Umsatzhöhe.

Das bedeutet, dass das BVergG einen Spielraum hinsichtlich des Ausschlusses von Unternehmen in Bezug auf Zahlungsrückstände bei Sozialversicherungsbeiträgen, Abgaben und Steuern zulässt. Eine gewährte Ratenzahlung oder ein kurzzeitiger Zahlungsaufschub, verhindert den Ausschluss vom Vergabeverfahren, sofern es sich nicht um größere Beträge im Verhältnis zum Umsatz handelt. Aus meiner Sicht könnte auch in diesem Zusammenhang auf die 10%ige Grenze der Auftragsweitergabe im geringen Ausmaß in Analogie zugegriffen werden. Bei einem Ratenplan verschiebt sich auch die Fälligkeit der einzelnen Beträge. Die Beträge sind demnach zu jenem Zeitpunkt, der dem Zahlungsplan hinterlegt ist, fällig.

Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH klar zum Ausdruck bringt, dass es dem jeweiligen Mitgliedstaat obliegt, die Ausschlussgründe anzuwenden. In diesem Sinne wäre auch die Überarbeitung des § 68 Abs 1 Z 2, wonach ein insolventes Unternehmen zwingend auszuschließen ist, möglich.

Daher wäre eine Bestimmung auch konform mit dem Unionsrecht, welche lediglich einen Ausschluss eines Unternehmens vorsieht, deren Insolvenzverfahren, wegen fehlenden kostendeckendem Vermögen abgewiesen wurde. Als Voraussetzung für ein kostendeckendes Vermögen, ist die Deckung der Anlaufkosten des Insolvenzverfahrens zu sehen¹²⁴.

Mein Zugang wäre nämlich, anstelle eines generellen Ausschlusses von Unternehmen im Sinne von § 68 Abs 1 Z 2 BVergG, lediglich jene Unternehmen von der Teilnahme auszuschließen, deren Insolvenzverfahren mangels kostendeckenden Vermögens abgewiesen wurde. Die Teilnahme eines insolventen Unternehmens wäre an einem gerichtlich genehmigten Sanierungsplan im Sinne der Insolvenzordnung zu knüpfen. Das Unternehmen müsste trotzdem, im Zuge des Vergabeverfahrens, die Nachweise hinsichtlich der beruflichen Befugnis, wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit und technischen Leistungsfähigkeit erbringen.

Derzeit erfolgt eine Ungleichbehandlung der Bewerber und Bieter durch das Abzielen auf einen formellen Zeitpunkt, nämlich zum Zeitpunkt der Einleitung des Insolvenzverfahrens oder der Abweisung mangels kostendeckenden Vermögens, zur Abdeckung der Anlaufkosten¹²⁵ des Insolvenzverfahrens. Das hat zur Folge, dass ein Unternehmen, welches zwar zahlungsunfähig und/oder überschuldet ist, gegen das noch kein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde, nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen ist.

Um dem entgegenzuwirken wird vorgeschlagen, die Bestimmung des § 68 Abs 1 Z 2 wie folgt zu ändern:

- wenn die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichendem Vermögens abgewiesen wurde. Die Teilnahme eines Unternehmens gegen das ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde, hat einen gerichtlich genehmigten Sanierungsplan vorzulegen¹²⁶.

Die Frage welche Folgen die Insolvenz auf die Eignung hat, kann zusammenfassend wie folgt dargestellt werden:

Die Insolvenz hat die größten Auswirkungen auf die berufliche Zuverlässigkeit. Bis auf einige Ausnahmen sind insolvente Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen. Den Ausnahmetatbeständen liegt der Gedanke einer Unternehmensauflösung zu Grunde. Die derzeitigen Regelungen des BVergG könnten dazu führen, dass ein Unternehmen, welches im Hinblick auf den Auftragsgegenstand durchaus in

¹²⁴ Vgl. § 71 Abs 2 IO.

¹²⁵ Vgl. § 71 Abs 2 IO.

¹²⁶ Die Fortführungsplanung erfolgt in Zusammenarbeit mit Wirtschaftsprüfern.

der Lage wäre, eine ordnungsgemäße Leistung zu erbringen, von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen wird.

8.3 FOLGEN DER INSOLVENZ AUF DAS VERTRAGSVERHÄLTNIS

Sollte das Vergabeverfahren bereits durch Zuschlag beendet sein, hat der Auftraggeber ein Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer. Mit der Zuschlagsentscheidung ist ein Vertrag zustande gekommen. Der Subunternehmer steht in einem Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer.

In diesem Zusammenhang sollte auch nicht unerwähnt bleiben, dass spätestens ab Teilnahme am Vergabeverfahren ein rechtsgeschäftliches Verhältnis zwischen Auftraggeber und Angebotsleger besteht¹²⁷.

Die Regelungen zur Auflösung von Verträgen in der Insolvenz, erfahren durch das Insolvenzrechtsänderungsgesetz 2010, im Folgenden IRÄG 2010 tiefgreifende Änderungen. Nach Konecny, ergänze das Insolvenzrecht nun nicht mehr die zivilrechtlichen Vertragsauflösungsmöglichkeiten, sondern bestimme vorrangig, was mit Vertragsbeziehungen geschehe¹²⁸.

Zum Zeitpunkt der Insolvenz ist der Vertrag weder vom Auftragnehmer noch vom Auftraggeber vollständig erfüllt. Der Masseverwalter kann wählen, ob er vom Vertrag zurücktritt oder den Vertrag vollständig erfüllt bzw. in den Vertrag eintritt. Dies muss der Masseverwalter¹²⁹ binnen einer auf Antrag des Vertragspartners vom Konkursgericht festgesetzten, Frist erklären, welche frühestens drei Tage nach der Berichtstagsatzung enden darf¹³⁰.

Durch das Vertragsverhältnis mit dem öffentlichen Auftraggeber ist für das insolvente Unternehmen eine wirtschaftliche Verbesserung zu erwarten, da durch die Leistungserbringung Einnahmen lukriert werden können. Eine Ausnahme hierzu könnte der Umstand darstellen, dass das insolvente Unternehmen zu günstig angeboten hat. Anders formuliert, das Leistungsverzeichnis des insolventen Unternehmens weist kalkulatorische

¹²⁷ Vgl. § 861 ABGB, die einleitende Willenserklärung heißt Angebot, Angebot oder Offerte.

¹²⁸ Vgl. *Reisenhofer*, JAP 2010/2011/01, 45.

¹²⁹ Vgl. § 171 IO, Bei Eigenverwaltung bedarf es der Genehmigung des Sanierungsverwalters bei Rücktritt, Kündigung bzw. Auflösung der Verträge.

¹³⁰ Vgl. § 21 IO.

Fehler auf, welche sich unmittelbar auf den Endpreis auswirken. Es ist davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter oder bei Eigenverwaltung, der Sanierungsverwalter, Interesse am Fortbestand des Vertragsverhältnisses hat. Größtenteils ist auch davon auszugehen, dass das insolvente Unternehmen zu einer Leistung verpflichtet ist. Diese Leistung wird grundsätzlich keine Geldleistung sein.

Ist das insolvente Unternehmen mit der Erfüllung einer Leistung (ausgenommen Geldleistungen) in Verzug, muss sich der Insolvenzverwalter nach Einlangen des Ersuchens des Vertragspartners, längstens aber innerhalb von fünf Arbeitstagen, erklären. Macht er das nicht, kann der Vertragspartner annehmen, dass vom Geschäft zurückgetreten wurde. Der Vertragspartner soll möglichst rasch Klarheit über den Weiterbestand des Vertrages haben. Dies trifft sowohl das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer als auch das Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer.

Dies stellt eine Neuerung infolge IRÄG 2010 dar. Neu ist auch die Vertragsauflösungssperre¹³¹ für die zur Unternehmensfortführung notwendigen Verträge.

Dadurch, dass bereits ein Vertragsverhältnis besteht, ergeben sich durch die Anwendung des BVergG im Hinblick auf das Verfahren zur Vertragserrichtung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen bei Insolvenz. Sollte die Insolvenz nach Angebotsöffnung, jedoch vor Zuschlagsentscheidung erfolgen, könnten hier im Hinblick auf eine Unternehmensfortführung Besonderheiten entstehen, welche bereits vorhergehend erarbeitet wurden. Eine bereits erlangte Eignung muss bis zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bestehen bleiben. Dem Auftraggeber werden bestimmte Pflichten, auch einer bereits nachgewiesenen Eignung, zur Prüfung auferlegt.

Die Thematik, hinsichtlich des Ersatzes vom verursachten Schaden durch einen eventuellen Vertragsrücktritt oder die Thematik, hinsichtlich Vorausleistung, wird in gegenständlicher Dissertation nicht weiter erörtert. Es ist kaum davon auszugehen, dass seitens des öffentlichen Auftraggebers eine Vorleistung erbracht wird, da das Bundeshaushaltsgesetz, im Folgenden BHG, grundsätzlich eine Zahlung erst nach Leistungserfüllung vorsieht. Im Sinne des BHG sind Vorauszahlungen, also Zahlungen vor Leistungserbringung nur dann zulässig, wenn dies zur Realisierung zwingend notwendig ist oder der Bund durch die Vorauszahlung einen

¹³¹ Vgl. § 25a IO.

Vorteil hat. Wobei eine Vorauszahlung grundsätzlich nicht mehr als $1/3$ ¹³² der zukünftigen Leistung/Teilleistung des laufenden Finanzjahres übersteigen sollte.

Sollte der Auftragnehmer bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung insolvent gewesen sein, könnte der Auftraggeber das Rechtsgeschäft wegen Irrtum anfechten¹³³.

Dies jedoch nur dann, wenn der Irrtum für das geschlossene Rechtsgeschäft wesentlich war.

Es bleibt abschließend noch die Frage zu erörtern, inwieweit die Insolvenzordnung, im Folgenden IO eine Vertragsauflösung hemmt.

§ 25a IO sieht die Hemmung einer Auflösung von Verträgen vor, wenn diese Auflösung die Fortführung des Unternehmens gefährdet.

Eine Auflösung aus wichtigem Grund bleibt möglich, wird jedoch hinsichtlich der Auflösungsgründe insofern eingeschränkt, als der Schuldnerverzug vor Insolvenzeröffnung oder die Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation des Schuldners nicht als Gründe für eine außerordentliche Kündigung herangezogen werden können¹³⁴.

Daraus ist zu schließen, dass es sich hierbei um Verträge handelt, welche nicht durch fehlerhafte Willenserklärungen zustande gekommen sind. Dies ist insbesondere dann anzunehmen, wenn der Irrtum (Nachweis der Eignung) durch die insolvente Firma vorsätzlich herbeigeführt wurde.

Im Ergebnis ist im Hinblick auf das Vertragsverhältnis zu sagen, dass möglichst rasch Klarheit über den Fortbestand des Vertragsverhältnisses herrscht.

8.4 RÜCKGRIFF AUF ANDERE FIRMEN DURCH DEN AUFTRAGGEBER

Der Auftraggeber hat relativ rasch Klarheit über das Rechtsgeschäft. Dies gilt auch gegenüber dem Auftragnehmer gegenüber dem Subunternehmer. Im Hinblick auf Fixgeschäft ist auf eine Besonderheit hinzuweisen. Sollte das insolvente Unternehmen zu einer festbestimmten Zeit bzw. Frist¹³⁵ nicht erfüllen, kann diese Erfüllung vom Masseverwalter nicht verlangt werden.

¹³² Vgl. Vereinbarung von Zahlungsmodalitäten beim Eingehen von Verpflichtungen des Bundes GZ 01 0301/7-II/1/79.

¹³³ Vgl. §873 ABGB

¹³⁴ Vgl. *Reisenhofer*, JAP 2010/2011/01, 46.

¹³⁵ Vgl. § 22 IO Fixgeschäfte.

Der Auftraggeber kann Schadenersatz wegen Nichterfüllung fordern. Bauaufträge sind grundsätzlich nicht darunter zu subsumieren. Unter bestimmten Rahmenbedingungen wäre dies jedoch denkbar.

Erbringt das insolvente Unternehmen seine Leistungen nicht, bietet das BVergG dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit ein Verhandlungsverfahren, ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen¹³⁶. Er kann also die ursprünglichen Mitbieter zur Abgabe von Angeboten einladen. Hierfür ist ihnen eine angemessene Zeit zur Angebotslegung einzuräumen¹³⁷.

Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt mindestens 10 Tage. Im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Frist auf 7 Tage.

Ist die Auftragssumme unter derzeit € 120.000,-- inkl UST kann eine Direktvergabe erfolgen. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Rückgriff auf den damaligen Zweitgereihten nicht möglich ist, weil das Verfahren mit dem Zuschlag abgeschlossen wurde.

¹³⁶ Vgl. § 28 Abs 2 BVergG (es gibt auch gleiche Regelungen für Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge).

¹³⁷ Vgl. § 57 Abs 1 BVergG.

Tabelle 6 Wahl des Vergabeverfahrens, Rückgriff auf andere Unternehmen bei Insolvenz

Zulässigkeit Bauaufträge, Dienstleistungsaufträge und Lieferaufträge			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ¹³⁸	Ja	Ja	<p>Im OSB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Dringliche zwingende Gründe, die nicht im Verhalten des Auftraggebers liegen, welche nicht Vorhersehbar waren und die es nicht zulassen, dass die Fristen eines offenen bzw. eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. eines entsprechenden Verhandlungsverfahrens eingehalten werden. <p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bis € 100 T keine Einschränkungen
Direktvergabe ¹³⁹	Nein	Ja	Bis € 100 T keine Einschränkungen in Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.

Im Ergebnis hat der Auftraggeber die Möglichkeit, relativ rasch im Verhandlungsverfahren, einen anderen Auftragnehmer zu beauftragen. Im Hinblick auf das Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer, gelten die Bestimmungen hinsichtlich Wahl des Vergabeverfahrens und Fristen nicht. Ein Subunternehmerwechsel nach Abschluss des Vergabeverfahrens ist nur möglich, wenn dies im zuvor durchgeführten Vergabeverfahren vorgesehen wurde und nicht zu einer wesentlichen Vertragsänderung führt¹⁴⁰.

8.5 FOLGEN DER INSOLVENZ AUF DAS ABGESCHLOSSENE VERGABEVERFAHREN

Das Vergabeverfahren ist durch Zuschlag abgeschlossen. Der Betrachtungsgegenstand liegt zum einen in einer Insolvenz, welche erst nach Zuschlagserteilung eintritt und zum anderen in einer Zahlungsunfähigkeit oder/und Überschuldung, die zum Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung schon gegeben war. Diese hätte im Sinne von § 68 Abs 1 zum Verlust

¹³⁸ Vgl. §§ 28 Abs 2, 38 Abs 2 BVergG

¹³⁹ Vgl. § 41 BVergG.

¹⁴⁰ Vgl. Ausarbeitungen Kapitel 7.

der beruflichen Zuverlässigkeit geführt. Die Ausnahmetatbestände des § 68 Abs 2 und 3 kamen nicht zur Anwendung. Wenn die Firma bereits zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung nicht über die Eignung verfügt hat und dies im Verfahren übersehen oder bewusst verschwiegen wurde, könnte dies Auswirkungen auf den Zweitgereihten und damit nicht berücksichtigten Bieter haben.

Nach BVergG¹⁴¹ kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines Vertrages hatte, die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vertrages beantragen, sofern er geltend machen kann, dass ihm durch die Nichtberücksichtigung ein Schaden entstanden ist. Eine Schadenersatzklage ist nur zulässig, wenn zuvor eine Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde erfolgt ist¹⁴². Diese Möglichkeit besteht jedoch nur innerhalb der, gem BVergG vorgegebenen Einspruchsfrist¹⁴³ von maximal 6 Monaten. Sollte bereits eine bescheidmäßige Erledigung zum gegenständlichen Sachverhalt vorliegen – übergangene Firmen haben ein Feststellungsverfahren bereits beantragt und über diesen Antrag ist bereits entschieden worden - wäre eine Abänderung nach den Regeln des AVG¹⁴⁴, Abänderung und Behebung von Amts wegen möglich.

Für den übergangenen Bieter besteht nach Ablauf der o.a. Frist keine Möglichkeit mehr Schadensersatzansprüche geltend zu machen.

Sollte die Insolvenz erst nach der Zuschlagsentscheidung eingetreten sein, wäre im Sinne des vorangegangenen Kapitels 8.3 vorzugehen. Bieter, die den Zuschlag nicht erhalten haben, haben keine Möglichkeit mehr, gestützt auf das Vergabeverfahren, eine Schadenersatzklage einzubringen. Es wird jedoch darauf hingewiesen, dass notwendige Vertragsanpassungen, welche wesentliche Elemente aus dem Vergabeverfahren betreffen, die Notwendigkeit einer Neuausschreibung nach sich ziehen. Eine Neuausschreibung ist immer dann erforderlich, wenn die geänderten Bestimmungen nicht innerhalb der im Vergabeverfahren festgelegten, Rahmenbedingungen erfolgen.

8.6 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 8

Die Insolvenz ist eine Folge der Zahlungsunfähigkeit oder/und der Überschuldung. Der Schuldner hat unverzüglich einen Antrag auf Einleitung eines Insolvenzverfahrens zu

¹⁴¹ Vgl. § 331 BVergG.

¹⁴² Vgl. § 341 BVergG.

¹⁴³ Vgl. § 332 BVergG.

¹⁴⁴ Vgl. § 68 ff AVG

stellen¹⁴⁵. Hierzu hat der Schuldner nicht unbegrenzt Zeit. Der Antrag ist unverzüglich, also ohne schuldhaftes Zögern zu stellen, spätestens jedoch 60 Tage nach dessen Eintritt¹⁴⁶. Am folgenden Tag der öffentlichen Bekanntmachung des Konkursediktes bzw. der Aufnahme in die Insolvenzdatei treten die Wirkungen ein. Sämtliches Vermögen des Schuldners ist nun Teil der Insolvenzmasse.

Die Überschuldung und/oder Zahlungsunfähigkeit, hat nach den, von der Rechtsprechung entwickelten, Indikatoren zu erfolgen.

Aus meiner Sicht ist nicht nur auf sämtliche Bilanzelemente wie Eigenkapitalrendite, Gewinn- und Verlustrechnung etc. abzielen¹⁴⁷, sondern auch auf die Einnahmen und Ausgabenrechnung. Hierzu ist jedoch anzumerken, dass aus der doppelten Buchführung erst ab dem Zeitpunkt der Warenlieferung, Ableitungen gezogen werden können. Im Bereich der Haushaltsführung auf Basis des BHG, werden zukünftige Änderungen im Zusammenhang mit Leistungsverschiebungen, ab dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder ab einem gewissen Geldwert schon, ab dem Zeitpunkt der Unternehmensentscheidung dargestellt. Eine solche Darstellung erfolgt auch für zukünftige Geschäftsjahre.

Die derzeitige Bestimmung, welche einen prinzipiellen Ausschluss eines insolventen Unternehmens - ausgenommen bestimmter normierter Ausnahmetatbestände - vorsieht, steht im Widerspruch des Sanierungsgedankens in der IO. Diese Bestimmung kann zu einer Ungleichbehandlung von Bewerbern und Bieter führen, indem nicht der Zeitpunkt der Überschuldung oder/und Zahlungsunfähigkeit maßgebend ist, sondern der Insolvenzantrag. Der Zuschlag könnte an ein überschuldetes oder/und zahlungsunfähiges Unternehmen ergehen, gegen dieses ein Insolvenzverfahren noch nicht eingeleitet ist.

Im Sinne des Sanierungsgedankens der IO und der Gleichbehandlung aller Bieter, sollte lediglich ein Unternehmen generell vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, dessen Insolvenzverfahren mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde.

Wird eine solche Änderung nicht umgesetzt, sollte im Hinblick auf einen Unternehmensausschluss unbedingt auf die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung abgezielt werden und nicht auf den formellen Zeitpunkt der Insolvenz.

¹⁴⁵ Vgl. §§ 1 IO in Verbindung mit § 69 IO.

¹⁴⁶ Vgl. § 69 Abs 2 IO.

¹⁴⁷ Vgl. Firmenbuch Sicht- und Prüfvermerk.

Eine Änderung im oben dargestellten Umfang steht im Einklang mit dem Unionsrecht¹⁴⁸, das dem jeweiligen Mitgliedstaat ein unterschiedliches Gestaltungsrecht einräumt.

Wenn der Vertrag weder vom Schuldner noch vom Vertragspartner vollständig erfüllt ist, kann der Masseverwalter oder Sanierungsverwalter wählen, ob er vom Vertrag zurück tritt oder den Vertrag vollständig erfüllt bzw. in den Vertrag eintritt.

Es ist davon auszugehen, dass der Insolvenzverwalter oder bei Eigenverwaltung, der Sanierungsverwalter, Interesse am Fortbestand des Vertragsverhältnisses hat. Größtenteils ist auch davon auszugehen, dass das insolvente Unternehmen zu einer Leistung verpflichtet ist. Diese Leistung stellt grundsätzlich keine Geldleistung dar.

Dadurch, dass der Auftraggeber vom Vertrag zurücktreten kann, besteht die Möglichkeit der Leistungserfüllung durch ein anderes Unternehmen. Der Auftraggeber hat relativ rasch Klarheit über das Rechtsgeschäft. Erbringt das insolvente Unternehmen seine Leistungen nicht, bietet das BVergG dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen¹⁴⁹. Er kann also die ursprünglichen Mitbieter zur Abgabe von Angeboten einladen. Hierfür ist ihnen eine angemessen Zeit zur Angebotslegung einzuräumen¹⁵⁰.

Maßnahmen, welche eine Gefahr für Leib und Menschenleben darstellen, müssen unverzüglich durchgeführt werden. Es darf sich aber nur um solche Leistungen handeln, welche für die Abwehr der Gefahr und Absicherung der Gefahrenstelle zwingend erforderlich sind.

Tritt die Insolvenz erst nach der Zuschlagsentscheidung ein, gelangen die Bestimmungen des Vergabeverfahrens und das BVergG nicht mehr zur Anwendung. Eventuell notwendige Vertragsanpassungen, welche wesentliche Elemente aus dem Vergabeverfahren betreffen, können eine Neuausschreibung zur Folge haben. Eine Neuausschreibung ist unter der Voraussetzung, dass die geänderten Bestimmungen nicht innerhalb der, im Vergabeverfahren festgelegten Rahmenbedingungen erfolgen notwendig.

¹⁴⁸ Vgl. EuGH 09.02.2006, Rs C-226/04 und Rs C-228/04

¹⁴⁹ Vgl. § 28 Abs 2 BVergG (es gibt auch gleiche Regelungen für Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge).

¹⁵⁰ Vgl. § 57 Abs 1 BVergG.

Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss des Vertrages hatte, kann die Feststellung der Rechtswidrigkeit beantragen¹⁵¹. Als Voraussetzung ist hierfür notwendig, dass ein Schaden entstanden und die Einspruchsfrist¹⁵² von maximal 6 Monaten noch nicht verstrichen ist.

Eine Schadensersatzklage, welche zu einem späteren Zeitpunkt bei Gericht eingebracht wird, führt ins Leere. Eine Schadensersatzklage eines übergangenen Bieters in einem Vergabeverfahren nach dem BVergG, bedarf der Feststellung der jeweils zuständigen Vergabekontrollbehörde. Eine solche Feststellung ist nur innerhalb der vorgegebenen sechsmonatigen Frist möglich.

¹⁵¹ Vgl. § 331 BVergG.

¹⁵² Vgl. § 332 BVergG.

9 GEWÄHRLEISTUNG DURCH SUBUNTERNEHMER

Die Gewährleistung stellt eine vertragliche Haftung der Leistungserbringung dar. Daher kann sie nur in einem Stadium eintreten, in welchem das Vergabeverfahren bereits durch Zuschlag abgeschlossen ist und Leistungen erbracht wurden.

Für die Erörterung der Gewährleistungsansprüche des Auftraggebers gegenüber dem Subunternehmer, wird in einem ersten Schritt erörtert, welches vertragliche Verhältnis bzw. welche rechtliche Beziehung der Subunternehmer zum Auftraggeber hat. Auf Basis der, im Kapitel 4 dargestellten, Definition ergibt sich klar, dass ein Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer besteht. Zwischen Auftraggeber und Subunternehmer besteht grundsätzlich kein Vertragsverhältnis. Diese Aussage gilt jedoch nur für jene Teile der Leistungserbringung, für die der Auftragnehmer vom Auftraggeber beauftragt wurde und ein Teil dieses Auftrages durch einen Subunternehmer erfüllt wird.

Hierzu muss ergänzend ausgeführt werden:

Im Zuge des Vergabeverfahrens (mit Angebotslegung) muss der Angebotsleger und damit Bieter über die Kapazität des Subunternehmers auch tatsächlich verfügen. Dies ist jedoch nur dann notwendig, wenn sich der Angebotsleger als Nachweis für die Leistungsfähigkeit bzw. Befugnis eines Subunternehmers bedient oder wenn es sich um wesentlichen Teil des Auftrages handelt¹⁵³.

Anders ist die Sachlage zu beurteilen, wenn der Auftraggeber die Bekanntgabe der Subunternehmer (Unteraufträge) fordert. In diesem Fall ist eine Nennung bei sonstigem Ausschluss vom Vergabeverfahren (unbehebbarer Mangel) erforderlich¹⁵⁴. Der Auftraggeber ist jedoch hierzu nicht verpflichtet. Das BVergG¹⁵⁵ grenzt diese Kann-Bestimmung insofern ein, dass die wesentlichen Teile des Auftrages, welche im Rahmen von Subaufträgen erbracht werden sollen, bekannt zu geben sind.

Diese gesetzlich vorgeschriebenen Maßnahmen bewirken jedoch noch kein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmer.

¹⁵³ Hierzu erfolgt jedoch im Zusammenhang mit der RV BVergG Novelle 2015 eine Änderung.

¹⁵⁴ Vgl. RL 2004/18/EG, Art 25.

¹⁵⁵ Vgl. § 83 BVergG.

Auch die **RV BVergG Novelle 2015**, wonach der Bieter alle Auftragsteile, welche im Rahmen von Subaufträgen vergeben werden, bekannt zu geben sind, bewirkt nicht, dass ein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmer besteht.

Der Bieter kann als Nachweis für die Befugnis und Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmer zurückgreifen. Als Nachweis für eine solche wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit, kann der Auftraggeber eine solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem Bewerber und Bieter verlangen. Das bedeutet diese solidarische Haftung stellt ein Gesamtschuldverhältnis dar. Im Hinblick auf den Leistungsinhalt der solidarischen Haftung besteht ein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmer. Dieses Vertragsverhältnis ist jedoch von jenem der Leistungserfüllung, also die Weitergabe einer Teilleistung des Auftrages durch den Auftragnehmer, zu unterscheiden.

Im Ergebnis gibt es Subunternehmer, welche in einem Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber stehen und solche, welche lediglich ein Vertragsverhältnis zum Auftragnehmer haben. Im Hinblick auf die Leistungserbringung des Subunternehmers (Leistungsgegenstandes) besteht jedenfalls kein Vertragsverhältnis zum Auftraggeber. Dies ist nur bei Arbeits- und Bietergemeinschaft der Fall, nicht jedoch bei einem Subunternehmerverhältnis.

9.1 RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN

Das Verfahren nach dem BVergG ist mittels Zuschlag abgeschlossen. Basis der Leistungserbringung stellt der Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer dar. Der Subunternehmer wiederum hat einen Vertrag mit dem Auftragnehmer. Der Leistungsgegenstand des Vertrages zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer ist weiter und umfasst inhaltlich einen größeren Leistungsumfang als jener, zwischen dem Auftragnehmer und Subunternehmer. Der Leistungsgegenstand des Vertrages zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer umfasst eine Teilleistung des Gesamtauftrages vom Auftragnehmer. Die Leistungserbringung ist erfolgt. Die Rolle des Subunternehmers im Vergabeverfahren ist für die Gewährleistung nicht unerheblich, weil die Gewährleistung

immer dann zum Tragen kommt, wenn die Sache nicht den gewöhnlich vorausgesetzten bzw. bedungenen oder zugesagten Eigenschaften entspricht.

Es besteht auch die Möglichkeit, dass der Auftragnehmer nach Zuschlag wiederum selbst eine Ausschreibung durchführt, um für sich den günstigsten leistungsfähigsten und zuverlässigsten Subunternehmer zu ermitteln.

Bei der Gewährleistung geht es um die Frage, ob die Sache dem Vertrag entspricht¹⁵⁶. Im Zuge eines durchgeführten Vergabeverfahrens kommt ein Vertrag, durch Offerte aufgrund von Aufforderung zur Angebotsstellung und Angebotslegung des Bieters und nach Annahme und Prüfung der Angebote, in Form der Erteilung eines Zuschlages, zustande. Das BVergG regelt das Verfahren und die Kriterien für die Offerte und Angebotsannahme. Der Regelungsbereich des BVergG erstreckt sich grundsätzlich nicht auf das Vertragsverhältnis. Hier stellt das ABGB die wesentlichste Regelungsgrundlage dar.

Ob die Sache (erbrachte Leistung) dem Vertrag entspricht, ist danach zu beurteilen, was der Übernehmer üblicherweise erwarten konnte. Dies richtet sich nach den gemachten öffentlichen Äußerungen des Übergebers oder des Herstellers, vor allem in den Werbungen und beigefügten Angaben¹⁵⁷.

Im Hinblick auf ein Verfahren nach dem BVergG bildet die Leistungsbeschreibung, die Ausschreibungsbedingungen, die Angebotslegung und das Verfahren, bis zur Zuschlagsentscheidung eine wesentliche Grundlage für die Beantwortung der Frage, was der Übernehmer (Auftraggeber) üblicherweise erwarten konnte. Vor allem eine konstruktive Leistungsbeschreibung¹⁵⁸, welche eine Leistung eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben hat, um eine Angebotsvergleichbarkeit zu gewährleisten, gibt Aufschluss darüber, welche Sache, nach bestimmten Kriterien, eine vollständige Vertragserfüllung darstellt.

Wenn also die Sache nicht einer bestimmten Eigenschaft entspricht, tritt die Gewährleistung ein. Diese Eigenschaft kann zugesichert oder bedungen sein. Die Eigenschaft kann sich auch aus der Natur der Sache ergeben.

Zugesichert ist eine Eigenschaft, wenn sie in der Leistungsbeschreibung, im Zuge des Ausschreibungsverfahrens, verlangt und dementsprechend angeboten wurde. Die

¹⁵⁶ Vgl. § 922 ABGB.

¹⁵⁷ Vgl. § 922 Abs 2 ABGB.

¹⁵⁸ Als Beispiel kann die Generalsanierung eines Objektes, bei welcher die einzelnen auszuführenden Positionen mittels standardisierter Leistungsbeschreibung den Ausschreibungsunterlagen zu entnehmen sind, angeführt werden.

Eigenschaft kann auch im Zuge einer Alternativposition zum Leistungsverzeichnis zugesichert worden sein.

Bedungen ist eine Eigenschaft, wenn der Auftraggeber, im Zuge der Ausschreibung zu erkennen gegeben hat, dass ihm die entsprechende Eigenschaft derart wichtig ist, dass ein zukünftiger Vertragsabschluss davon abhängt bzw. dass diese Eigenschaft für den Auftraggeber ein Zuschlagskriterium darstellt.

Aus der Natur der Sache ergibt sich eine Eigenschaft, wenn der Zweck der Sache oder anders formuliert, die ureigenste Eigenschaft nicht erfüllt wird, wie beispielsweise ein Kopierer, mit dem man nicht kopieren kann.

Die Bestimmungen der Gewährleistungen gelten erst nach Übergabe der Sache. Mit dem Tag der Ablieferung durch den Auftraggeber beginnt die Gewährleistungsfrist¹⁵⁹. Ausgenommen hiervon sind Rechtsmängel, deren Verjährungsfrist erst mit dem Tag, an dem der Übernehmer vom Mangel Kenntnis erlangt, zu laufen beginnt.

Nicht von dieser Ausnahmeregelung sind verborgene Mängel¹⁶⁰ erfasst. Die Frist beträgt für unbewegliche Sachen drei Jahre und für bewegliche Sachen zwei Jahre. Zu den unbeweglichen Sachen zählen auch Arbeiten daran, wie beispielsweise die Verlegung von Teppichböden¹⁶¹. Die Gewährleistungsfrist kann jedoch vertraglich verkürzt oder verlängert werden.

Der Bund gibt im Rahmen des vorgeschriebenen Bestell- und Rechnungsprozesses, hinsichtlich der Übernahme der Leistungserbringung, besondere Verfahrensschritte vor. Ob diese Verfahrensschritte im Ergebnis dazu führen, dass hinsichtlich des Beginns der Gewährleistung eine abweichende Regelung besteht, soll nachfolgend erörtert werden.

Der öffentliche Auftraggeber unterscheidet im Zuge eines Beschaffungsvorganges zwischen Annahme, Abnahme und Übernahme.

¹⁵⁹ Vgl. § 933 ABGB.

¹⁶⁰ Vgl. OGH 19.12.1991, 70b603/91.

Sachverhalt: Ein Sachverständiger (Beklagter) beurteilte gegen Entgelt ein ihm vorgelegtes Bild für das Dorotheum (Klägerin) als ein Werk des bedeuteten Malers Nicolas Berchem. Nachdem der Ersterer das Bild wieder versteigern wollte wurde bekannt, dass das Gemälde nicht von Berchem stammt. Das Dorotheum zahlte den Differenzbetrag zurück und verlangte gleichzeitig den an den Gutachter ausbezahlten Nettoerlös zurück.

Lösung: Soweit die Klägerin verneine, dass sie einem berechtigten Gewährleistungsanspruch des Ersterers entsprochen habe irrt sie. Nach nunmehr gesicherter Rechtsprechung wird auch bei geheimen Mängeln die Gewährleistungsfrist mit körperlicher Übergabe der Sache in Lauf gesetzt und nicht erst mit der Erkennbarkeit.

¹⁶¹ Nicht Niet- und Nagelfest mit dem Gebäude verbunden.

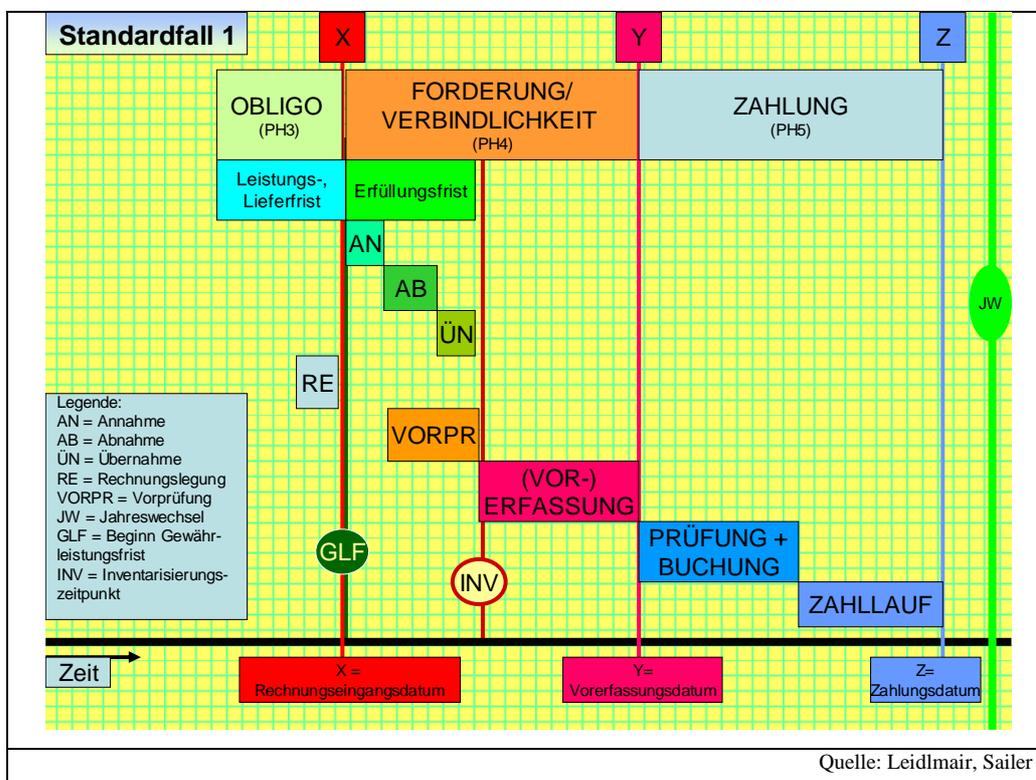
Der Bestell- und Rechnungsprozess wird in die Bereiche Obligo, Forderung, Verbindlichkeit und Zahlung unterteilt.

Der Obligo oder Verpflichtungszeitraum ist jener Zeitraum, welcher mit dem Eingehen der Verbindlichkeit, also die Vertragsunterzeichnung, beginnt. Im Zuge eines Vergabeverfahrens ist dies jener Zeitpunkt, an dem die Zuschlagserteilung erfolgt und mit Rechnungslegung endet.

Die Forderung und Verbindlichkeit ist jener Zeitraum, welcher mit dem Eingang der Rechnung im Machtbereich des Auftraggebers beginnt und mit der Einleitung der Zahlung endet. Es handelt sich hierbei um den Zeitraum der Rechnungsprüfung, welche in bestimmte Phasen zu gliedern ist. Eine weitere Betrachtung ist in gegenständlicher Dissertation jedoch nicht relevant.

Die Zahlung erfasst den Zeitraum von der Übergabe der Rechnung an die Buchhaltungsagentur, bis zum Zeitpunkt der Übergabe des Datenträgers an das Kreditinstitut. Auch dieser Zeitraum ist für eine weitere Analyse der Gewährleistungsfrist nicht relevant.

Abbildung 6 Bestell- und Rechnungsprozess¹⁶²



¹⁶² Vgl. Sailer Die Haushaltsrechtsreform Schwerpunkt „Anlagenvermögensverwaltung im Hinblick auf die doppelte Buchführung“ (2011).

Die Leistungserbringung wird im Zeitraum der Erfüllungsfrist angenommen, abgenommen und letztlich übernommen. Die Leistung wird einer Leistungsprüfung unterzogen. Es erfolgt eine Quantitäts- bzw. Qualitätskontrolle. Für gegenständliche Betrachtung wird ein Standardprozesses bzw. ein Standardfall der Bestellung herangezogen. Vollständigkeitshalber soll nicht unerwähnt bleiben, dass zwischen den verschiedenen Bestellprozessen, aus buchhalterischer Betrachtung, wesentliche Unterschiede bestehen. In gegenständlicher Dissertation wird nur insofern der Bestellprozess erörtert, als dies für den Zeitpunkt des Gewährleistungsbegins notwendig ist.

<p>Beschreibung</p>	<p>Leistungserbringung, Leistungsprüfung und Rechnungslegung erfolgen relativ zeitgleich.</p> <p>Ab- und Übernahme sowie die Inventarisierung fallen praktischer Weise mit dem Vorprüfungsprozess zusammen.</p> <p>Der gesamte Geschäftsfall wird von der Bestellung bis zur Bezahlung innerhalb eines Kalenderjahres abgewickelt.</p> <p>In der Regel handelt es sich hier um den klassischen Fall der Beschaffung beweglicher Güter. Die Leistungserbringung erfolgt in der Regel mit der Zustellung und Annahme einer Ware. Für die Herstellung von Vermögenswerten vor Ort (z.B. die Errichtung eines Gebäudes), gilt in der Regel ein geänderter zeitlicher Ablauf.</p>
<p>Ablieferung</p>	<p>Gemäß § 933 ABGB beginnt die Gewährleistungsfrist mit dem Tag der Ablieferung der Sache. <i>„Ablieferung ist die vertragsgemäße Erfüllungshandlung, durch die der Verkäufer einer Sache dem Käufer die tatsächliche Möglichkeit verschafft, den Kaufgegenstand an sich zu nehmen, nicht notwendig durch (körperliche) Übergabe. Die Ablieferung ermöglicht dem Käufer die Prüfung, ob die Kaufsache der vertraglich geschuldeten Beschaffenheit entspricht¹⁶³.“</i> Die Ablieferung setzt nicht voraus, dass der Käufer die Ware annimmt. Dies erscheint auch als logisch, da ansonsten bei einem Annahmeverzug der Beginn der</p>

¹⁶³<https://de.m.wikipedia.org/wiki/Ablieferung>.

	<p>Gewährleistungsfrist nicht gegeben wäre. Umgekehrt gibt es Leistungen, aus deren Natur und Beschaffenheit hervorgeht, dass eine Ablieferung der Sache niemals die Gewährleistung auslösen kann. Dies ergibt sich aus der Tatsache, dass mit Ablieferung der Sache die geschuldete Leistung noch nicht vollständig erbracht wurde. Hiervon sind beispielsweise Materialien und Sachen, die mit dem Gebäude fest verbunden werden, erfasst.</p>
Annahme	<p>Ist jener Zeitpunkt, an dem die Leistung (Ware) geliefert wird und eine Bestätigung der Lieferung am Lieferschein erfolgt.</p>
Abnahme	<p>Stellt die Leistungsprüfung sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht dar¹⁶⁴.</p>
Übernahme	<p>Die Übernahme erfolgt durch Inventarisierung bzw. des Anbringens des Verbrauchsvermerkes auf der Rechnung.</p>
Gewährleistung	<p>Die Gewährleistungsfrist beginnt in der Regel mit der Ablieferung der Sache. Das bedeutet jener Zeitpunkt, an dem der Übernehmer die Sache in Händen hält oder jener Zeitpunkt, an dem die Sache in den Machtbereich des Übernehmers erreicht hat. Dies gilt jedoch nur dann, wenn eine nachfolgende An- und Abnahme durchgeführt werden kann.</p> <p>Ob bei geheimen Mängeln die Gewährleistungsfrist auch mit diesem Zeitpunkt beginnt, wird später erörtert.</p>
Darstellung und Auswirkungen im Vermögenshaushalt	<p><u>Grundsätzliches:</u></p> <p>Mit der Annahme gehen Vermögenswerte in das wirtschaftliche Eigentum der öffentlichen Hand über, da er wirtschaftlich über eine Sache verfügt indem er sie besitzt, gebraucht, die Verfügungsmacht innehat und das Risiko ihres Verlustes oder ihrer Zerstörung trägt. Pauschal gesprochen zieht die öffentliche Hand wirtschaftlichen Nutzen bzw Nutzungspotential aus der Sache. Der Zeitpunkt der Annahme muss im Falle einer späteren Ab- und Übernahme¹⁶⁵ zwingend als jener Zeitpunkt gesehen</p>

¹⁶⁴ In diesem Zusammenhang muss auf den sogenannten Probelauf hingewiesen werden. Ein Probelauf ist für Sachen deren Eigenschaften einen solchen zur ordnungsgemäßen Abnahme erforderlich machen notwendig.

¹⁶⁵ Eine Nichtabnahme und ein daraus folgendes Unterbleiben einer Übernahme führen im Regelfall zu einer Rückgabe der angenommenen Güter an den Auftragnehmer. Daraus folgt faktisch ein Wirkungsloswerden der Annahme.

	werden, mit dem die Sache in das wirtschaftliche Eigentum übergeht.
--	---

Der Zeitpunkt der Annahme hat als jener Zeitpunkt zu gelten in dem:

- a) eine Sache, durch eine diesem Zeitpunkt nachgängige und mit Rückwirkung auf das Annahmedatum zu vershende Nachweisung, zum Bundesvermögen wird,
- b) eine Sache in das wirtschaftliche Eigentum des Bundes übergeht.

Dies gilt auch für einen Annahmeverzug, der im Verschulden des Auftraggebers liegt, also Bund.

Praktische Bedeutung:

Die Übernahme (bestätigt entweder durch Inventarisierung oder Verbrauchsvermerk) ins Vermögen der öffentlichen Hand, gilt zwingend als Bedingung, für die Durchführung des Zahlungsvollzuges. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass die Sache, zeitlich vorgängig, Vermögen der öffentlichen Hand und wirtschaftliches Eigentum des Bundes sein muss, bevor sie zum zivilrechtlichen Eigentum des Bundes wird. Die Annahme, dass die beiden als synchron anzusehenden Eintrittszeitpunkte, von Vermögen der öffentlichen Hand und wirtschaftlichem Eigentum, als zeitidentisch, mit dem Übergangsdatum einer Sache in das zivilrechtliche Eigentum der öffentlichen Hand zu sehen ist, ist nicht korrekt. Die Gebarung des Vermögens ist jedoch hiervon sowieso nicht tangiert, weil die Übernahme in das Vermögen der öffentlichen Hand, unabhängig von den Eigentumsverhältnissen, zu vollziehen ist und die Veränderung der Eigentumsverhältnisse, eben durch die Bestandsnachweisung, erst initiiert wird.

Fazit:

Sofern die gelieferte Sache (Annahme) ohne Beanstandung abgenommen werden kann, gilt das Datum der Lieferung als das im Vermögenshaushalt zu buchende Anfangsdatum. Offen bleibt die Frage, ob im Sinne der oben dargestellten Ausführungen für den Bund die Gewährleistungsfrist beginnt, oder ob diese Frist erst mit der Abnahme (Qualitätsprüfung) beginnt. Anders formuliert, kann der Bund den Beginn der Gewährleistung vertraglich auf den Zeitpunkt der Annahme verschieben.

Diese Frage wird mit einer Entscheidung des OGH¹⁶⁶ betrachtet, welche sich inhaltlich unter anderem mit dem Thema beschäftigt, ob die Nichterkennbarkeit eines Mangels, den Beginn der Gewährleistungsfrist verschiebt.

Sachverhalt:

Der Beklagte baute eine sanitär- und heizungstechnische Anlage für das Haus des Klägers ein. Die ursprünglich geplante Wärmepumpe wurde nicht realisiert und deren Einbau auf einen späteren Zeitpunkt verschoben. Dadurch traten in den Sommermonaten Probleme bei der Warmwasseraufbereitung auf, welche auch im Zusammenhang mit der Tatsache zu sehen waren, dass die Sommeraufbereitung des Warmwassers, mit Nachtstrom erfolgte. Letztlich war der Boiler bereits nach 4 Jahren Betrieb durchgerostet und musste getauscht werden. Hierbei handelte es sich um einen sogenannten versteckten Mangel.

Lösung:

Eine Leistung ist nur dann als mangelhaft zu sehen, wenn sie hinter dem Vertragsinhalt zurückbleibt, was gegenständlich nicht der Fall war. Aus der klaren Anordnung des § 933 ABGB über den Beginn des Laufes der Gewährleistungsfrist bei Sachmängel ergibt sich keine Unterscheidung, zwischen erkennbaren und nicht erkennbaren Mängeln.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Aus der Entscheidung des OGH geht klar hervor, dass der Senat keine Unterscheidung, hinsichtlich des Beginns der Gewährleistungsfrist im Zusammenhang mit einem erkennbaren und einem nicht erkennbaren Mangel, erkennen kann. Hierzu führt der Senat aus:

„Nach der älteren Lehre (Gschnitzer in Klang² IV/1,553) und der darauf beruhenden ständigen Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes (1 Ob 782/79); MietSlg 35.104; MietSlg 36.087; 8Ob 579/86; 7 Ob 727/87) wird der im § 933 Abs 1 ABGB für Sachmängel an den Tag der Ablieferung der Sache geknüpfte Beginn der Gewährleistungsfrist nicht dadurch hinausgeschoben, dass in diesem Zeitpunkt die Entdeckung des Mangels noch nicht möglich war.“

Obwohl in letzter Zeit ein Teil der Lehre die Ansicht vertritt, dass die Gewährleistungsfrist erst ab dem Zeitpunkt der objektiven Erkennbarkeit eintritt, wurde dies durch die gegenständliche Entscheidung klar widerlegt. Seit dieser Entscheidung ist das

¹⁶⁶ Vgl. OGH 10.10.1990, GZ 2Ob535/90

Gewährleistungs- Änderungsgesetz, im Folgenden GewRÄG, in Kraft getreten. Damit erfolgte eine Anpassung an die EU Vorgaben. Diese Änderungen hatten jedoch keine Auswirkungen auf den Beginn der Gewährleistungsfrist. Aus diesen Gründen sind die Erläuterungen zur gegenständlichen Entscheidung voll anwendbar.

Demnach ist jener Zeitpunkt für den Beginn der Gewährleistungsfrist maßgebend, der den Übernehmer in die Lage versetzt, den Gegenstand zu prüfen.

„Es entspricht „der Natur der Sache, die Frist mit dem Zeitpunkt beginnen zu lassen, in welchem der Erwerber den Gegenstand empfängt und daher in der Lage ist, ihn zu prüfen“¹⁶⁷.“

Aus diesem Grund führt der OGH weiters aus, dass die Absicht des Gesetzgebers darin liegt, den Beginn des Fristenlaufes, auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Prüfmöglichkeit zu setzen. Es ist nicht die Absicht des Gesetzgebers eine abweichende Regelung, für nicht erkennbare Mängel, festzulegen.

Das bedeutet, dass auch bei nicht erkennbaren Mängeln, also sogenannte geheime Mängel die Gewährleistungsfrist mit dem Zeitpunkt der Ablieferung beginnt. Hinsichtlich der seitens des Bundeshaushaltsrechtes vorgegebenen Bestell- und Rechnungsprozesses, ergibt sich hinsichtlich des Beginnes der Gewährleistungsfrist keine gegenteilige Darstellung. Der Zeitpunkt der Ablieferung versetzt den Übernehmer in die Lage, eine Quantitäts- und Qualitätskontrolle durchzuführen. Mit der Ablieferung ist eine nachfolgende An- Ab- und Übernahme für den Übernehmer möglich. In der Praxis ist der Zeitpunkt der Ablieferung, mit jenem der Annahme, identisch. Dies muss jedoch nicht zwingend der Fall sein.

Hinsichtlich jener Leistungen, aus deren Natur und Beschaffenheit hervorgeht, dass eine Ablieferung der Sache niemals die Gewährleistung auslösen kann, ergibt sich nachstehende Darstellung. Aus oben angeführte Entscheidung des OGH ergibt sich, dass die Intention des Gesetzgebers darin besteht, den Beginn der Gewährleistungsfrist an jenen Zeitpunkt zu setzen, der den Übernehmer in die Lage versetzt den Gegenstand bzw. die Leistung zu prüfen. Daraus ergibt sich, dass eine Prüfung der Leistung bzw. des Gegenstandes erst ab jenem Zeitpunkt möglich ist, an welchem dieser fertiggestellt wird.

¹⁶⁷ Vgl. Mayerhofer in Ehrenzweig³, Schuldrecht I 451.

Daher ist eine Heizungsanlage erst nach deren vollständigen Installation im Haus prüfbar. Dieser Zeitpunkt ist als jener anzusehen, an dem die Sache abgeliefert wird.

Vorgehensweise im Falle einer Nichtabnahme:

Im Nichtabnahmefall, also bei Vorliegen eines Mangels, muss die Leistung/Ware (sofern möglich) an den Auftragnehmer retourniert werden. Das bedeutet, eine Verschiebung des Beginns der Gewährleistungsfrist. Kann die Leistung Sache nicht retourniert werden (aus technischen Gründen, Unzweckmäßigkeit etc.), muss eine Fertigstellung der Mängelbehebung vor Ort erfolgen. Die Fertigstellung der Mängelbehebung stellt den Zeitpunkt des Beginns der Gewährleistungsfrist dar. Dies ergibt sich durch die Tatsache, dass dieser Zeitpunkt den Übernehmer in die Lage versetzt, die Sache zu prüfen.

Umgelegt auf den Bestell- und Rechnungsprozesses des Bundes bedeutet die Nichtabnahme, dass bei Vorliegen einer Rechnung, diese an den Lieferanten zurückzuweisen.

Ist eine Rücknahme gelieferter Gegenstände durch den Lieferanten aus technischen Gründen nicht möglich oder erscheint diese als unwirtschaftlich oder sicherheitstechnisch als unzweckmäßig, sodass ein Nacharbeiten am Lieferort, als Möglichkeit zur Mängelbehebung indiziert ist, dann gilt der Zeitpunkt der Fertigstellung der Mängelbehebung als jenes Datum, mit dem der Gegenstand als Vermögen zu buchen ist.

Besteht Uneinigkeit über die Existenz oder den Umfang eines Mangels, sieht die Rechtsprechung nachstehendes vor. Im Falle von Vergleichsverhandlungen, welche letztlich scheitern und das Scheitern das Ergebnis hat, dass keine einvernehmliche Lösung vorliegt, bewirken eine Ablaufhemmung der Verjährungsfrist eigener Art; *„gehemmt wird das „Zuendegehen“ der Verjährungsfrist¹⁶⁸“*.¹⁶⁸ „Hier wird der Umstand, bei Uneinigkeit, über den oder die zu behebenden Mängel berücksichtigt. Wenn jedoch letztendlich das Ergebnis dieser Vergleichsverhandlungen den Austausch der Sache zur Folge hat, bedeutet dies, dass die Gewährleistungsfrist von Neuem beginnt.

¹⁶⁸ Vgl. OGH 30.05.1994, 1Ob564/94.

Sachverhalt: Die Klägerin kaufte ein Reihenhaus in Innsbruck. Wesentlich für die Kaufentscheidung der Klägerin den Kauf des Reihenhauses davon abhängig, dass der im Keller gelegene Hopyraum als Wohnraum zu nutzen ist. Bei Übergabe wurden die Mängel festgehalten. Einige der zugesagten Mängelbehebungen sind erfolgt.

Lösung: Vergleichsverhandlungen bis zum Ablauf der Verjährungsfrist – auch nach § 1489 ABGB- ermöglichen die Einrede der Arglist. Nach der neueren Rechtsprechung liegt eine Ablaufhemmung eigener Art vor; gehemmt wird das „Zuendegehen“ der Verjährungsfrist.

Durch das GewRÄG treten die Gewährleistungsbehelfe der Preisminderung und Wandlung in den Hintergrund. Im Vordergrund der Mängelbehebung stehen die Verbesserung und der Austausch der Sache.

Bei Annahmeverzug durch den Auftraggeber (Übernehmer) gilt der Zeitpunkt der körperlichen Übergabe als Beginn der Gewährleistungsfrist. In diesem Fall muss der Übernehmer bei einer nachfolgenden Abnahme in jedem Fall beweisen, dass der Mangel schon zum Zeitpunkt der Übergabe vorhanden war. Ansonsten gilt die Vermutung der mangelhaften Lieferung, wenn der Mangel innerhalb von 6 Monaten auftritt und diese Vermutung unter Berücksichtigung des Mangels und/oder der Sache nicht unvereinbar ist. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass ein Annahmeverzug, Auswirkungen auf die Preisgefahr und Leistungsgefahr hat.

Die im öffentlichen Dienst vorgenommene Unterscheidung des Übernahmeprozesses in Annahme, Abnahme und Übernahme¹⁶⁹, ist meines Erachtens zwingend erforderlich. Im Hinblick auf den Beginn der Gewährleistungsfrist erscheint es auch zwingend notwendig. Eine Ablieferung der Sache beim Übernehmer, sprich die Annahme, stellt nur dann zwingend den Beginn der Gewährleistungsfrist dar, wenn eine nachfolgende Abnahme und darauf aufbauend, eine Übernahme möglich ist. In der Praxis wird sicherlich Ab- und Annahme oftmals in einem Vorgang zusammenfallen. Bei spezifischen Leistungen, deren Entsprechung in qualitativer und quantitativer Sicht einer vertieften Prüfung bedarf, ist dies auszuschließen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Annahme im Zuge des dreistufigen Prozesses von An- Ab- und Übernahme nur dann zwingend den Beginn der Gewährleistungsfrist darstellt, wenn eine Abnahme möglich ist. Das bedeutet jedoch nicht, dass bei einer mangelhaften Sache, die Gewährleistungsfrist immer verschoben wird, vielmehr ist hier auf den Einzelfall abzielen.

Der Übergeber haftet für Mängel, die bei der Übergabe vorhanden sind¹⁷⁰. Im Hinblick auf Subunternehmerleistungen stellt sich die Frage, wer der Übergeber ist. Ist es der Auftragnehmer oder ist es der Subunternehmer? Im Hinblick auf den Auftraggeber (öffentliche Hand), welche durch Zuschlag eine Leistung vergeben hat, ist der Auftragnehmer Vertragspartner und nicht der Subunternehmer. Der Subunternehmer steht

¹⁶⁹ Vgl. allgemeine Leistungsbedingungen des Bundes im Folgenden ALB.

¹⁷⁰ Vgl. § 924 ABGB.

in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber. Der Zeitpunkt der Übergabe an den Auftragnehmer durch den Subunternehmer, ist für die Gewährleistungsfrist, im Hinblick auf den Auftraggeber irrelevant. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Übergabe vom Auftragnehmer, an den Auftraggeber. Die Gewährleistungsfrist des Subunternehmers beginnt jedoch mit der Übergabe an den Auftragnehmer. Sollten diese zwei Zeitpunkte zeitlich stark voneinander abweichen, kann der Fall eintreten, dass sich der Auftragnehmer noch in der Gewährleistungsfrist zum Auftraggeber befindet. Jedoch der Subunternehmer, aufgrund des bereits erfolgten Ablaufs, der für ihn geltenden Gewährleistungsfrist, vom Auftragnehmer, nicht mehr haftbar gemacht werden kann.

Es steht außer Zweifel, dass der Subunternehmer, gegenüber dem Auftragnehmer, gewährleistungspflichtig ist. Kann jedoch der Auftraggeber, auf den Subunternehmer zugreifen? Anders formuliert, kann der Auftragnehmer die Behauptung aufstellen, dass der Mangel nicht von ihm verschuldet wurde und ihn dadurch kein Verschulden trifft?

Tatsache ist, dass der Auftragnehmer im Vergabeverfahren angeboten hat und nicht der Subunternehmer. Der Auftragnehmer bedient sich für die Erfüllung von Teilleistungen eines Subunternehmers. Es ist daher zu prüfen, ob der Subunternehmer Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers ist.

9.2 ERFÜLLUNGSGEHILFENHAFTUNG

Grundsätzlich haftet keine für fremde widerrechtlich Handlungen, an denen er nicht Teil hat¹⁷¹.

Wer aber jemanden zur Leistung verpflichtet ist, im gegenständlichen Fall der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber, haftet für das Verschulden der Person, der er sich zur Erfüllung bedient.

Die Vorschrift des 1313a setzt voraus, dass jemand anstatt selbst eine vertragsmäßige Leistung zu erbringen, sich eines anderen zur Erfüllung bedient.

Die vertragliche Verpflichtung, zur Überlassung einer Hebebühne und zur Beistellung einer Hilfskraft, zu deren Bedienung als Unterstützung, der in den Kompetenzbereich der Klägerin fallenden Überprüfung der KFZ, ist nicht von der Erfüllungsgehilfenhaftung erfasst¹⁷².

¹⁷¹ Vgl. § 1313 ABGB.

¹⁷² Vgl. OGH 12.03.1970, 10b 47/70.

Fraglich ist auch, ob ein eigenständiges Unternehmen wie ein Subunternehmen von der Erfüllungsgehilfenhaftung erfasst ist. Im Gegensatz zu Angestellten bzw. Arbeiter, welche auf Basis eines Arbeitsvertrages, angestellt sind oder arbeiten, handelt es sich bei einem Subunternehmer, um ein eigenes Unternehmen. Es besteht ein Vertragsverhältnis zwischen zwei Unternehmen, juristische oder natürliche Personen, mit dem Zweck der Leistungserfüllung für den Auftraggeber. Hinsichtlich eines Arbeitsvertrages ergibt sich ein klares Weisungsrecht, im Hinblick auf die Leistungserfüllung. Inwieweit ein Weisungsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer, im Hinblick auf die Leistungserfüllung besteht, hängt vom jeweiligen Vertragsverhältnis ab. Jedoch ist für die Haftung nach §1313a ABGB nicht die Weisungsbefugnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer maßgeblich, sondern vielmehr steht der Vertragszweck, welcher im Zusammenhang mit der Leistungserbringung für den Auftraggeber stehen muss, im Vordergrund. Vgl. OGH16.01.2007 GZ 4Ob251/06z

Sachverhalt:

Der Kläger erwarb bei der Beklagten (einem österreichischen Schiliftbetreiber) einen Schipass. Dieser berechtigte auch die Benützung anderer Liftbetreiber, im gegenständlichen Fall ein schweizerisches Unternehmen. Der Kläger befuhr eine Piste auf der schweizerischen Seite, welche nur durch eine Aufstiegshilfe auf der österreichischen Seite erreicht werden konnte. Dabei stürzte er und erlitt eine Trümmerfraktur des Unterschenkels. Unstrittig ist, dass die Piste mangelhaft abgesichert war. Auch den Kläger trifft ein Mitverschulden von $\frac{3}{4}$. Strittig ist, ob die Beklagte für die mangelnde Absicherung der Piste, durch den anderen Schiliftbetreiber (Nebenintervenientin), haftet.

Lösung:

Die Eigenschaft als Erfüllungsgehilfe nach § 1313a hängt nicht davon ab, ob der Geschäftsherr dem Gehilfen nach deren Innenverhältnis Weisungen erteilen darf. Berechtigt der bei einem Unternehmer erworbene Schipass auch die Benützung der Aufstiegshilfen und Pisten anderer Unternehmer, so haftet der Vertragspartner des Schiläufers für die Pistensicherungspflicht im gesamten Schigebiet. Dieser hat daher für das Verschulden anderer Unternehmer, deren er sich in Erfüllung eigener Vertragspflichten bedient, einzustehen.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Ein interessantes Urteil, da die Rechtsprechung für eine Erfüllungsgehilfenhaftung bisher das Element der Weisungsbefugnis verlangte. Das Abgehen von der bisherigen Rechtsprechung ist schlüssig. Dies entspricht auch dem Wortlaut des 1313a. Es kommt darauf an, dass sich der Schuldner zur Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten eines Dritten bedient.

Umgelegt auf Verträge, welche nach Durchführung eines Verfahrens nach dem BVergG durch Zuschlag geschlossen wurden, ist daher für eine Schadloshaltung bzw. einen Verbesserungsauftrag, ein direkter Zugriff des Auftraggebers auf den Auftragnehmer gegeben. Unabhängig davon, ob sich der Auftragnehmer zur Behebung des Subunternehmers bedient, oder sein Unternehmen die Leistung direkt erfüllt. Auch ist es nicht relevant, ob der Auftragnehmer gegenständliche Gewährleistungsansprüche (Leistungsverbesserung) gegenüber dem Subunternehmer geltend machen kann, oder nicht bzw. ob er solche geltend macht, oder nicht. Der Subunternehmer muss lediglich zur Leistungserbringung für den Auftraggeber vom Auftragnehmer vertraglich verpflichtet worden sein.

Für die Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers ist entscheidend, dass der Subunternehmer in Interessenverfolgung des Auftragnehmers (Schuldners) tätig wird: *„Interessensverfolgungsprogramm des Schuldners und damit im Risikobereich einbezogen¹⁷³.“* Dabei kommt es nicht darauf an, welchen Teil oder welchen Umfang der Auftragnehmer selbst erfüllt. Hintergrund der Erfüllungsgehilfenhaftung ist das Verhindern einer Schlechterstellung des Vertragspartners, wenn sich ein Vertragsteil eines Gehilfen bedient. Der Auftragnehmer zieht ja auch den Nutzen aus der Subunternehmerleistung. Wesentlich ist, dass die Schädigung im Zusammenhang mit der Leistungserbringung steht¹⁷⁴.

¹⁷³ Vgl. OGH 30.05.1994, 1Ob564/94.

¹⁷⁴ Vgl. OGH 30.05.1994, 1Ob564/94.

Der Entscheidung OGH vom 29.01.2014 GZ 9Ob69/13g ist eine weitere Detaillierung zu entnehmen. Der Auftragnehmer muss gegenüber dem Auftraggeber im Hinblick auf den Leistungsgegenstand eine Garantiefunktion erfüllen.

„... bedient sich ein Werkunternehmer eines Dritten zur Erfüllung seiner Leistungspflichten und hat daher für dessen Verschulden wie für sein eigenes einzustehen, wenn er nach vertraglichen Absprachen nicht nur eine bestimmte Werkleistung zu erbringen, sondern dafür auch ein nach deren Zweck erforderliches und geeignetes Produkt eines selbständigen und weisungsfreien Dritten bereitzustellen hat und diesen Dritten unmittelbar in die Erbringung der werkvertraglichen Erfüllungshandlungen einbezieht.“

Folgt man der Definition des Subunternehmers der gegenständlichen Dissertation, dann ergibt sich klar, dass der Subunternehmer eine Teilleistung des Auftragnehmers schuldet. Der Auftragnehmer ist gegenüber dem Auftraggeber der Gesamtschuldner. Der Auftragnehmer schuldet die gesamte Leistung und bedient sich zur Erfüllung von Auftragsteilen eines anderen Unternehmens, welche über eine Zulieferleistung hinausgehen.

Um eine Schlechterstellung des Auftraggebers zu vermeiden, wird empfohlen vertraglich festzuhalten, dass der Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe im Sinne des § 1313a ABGB fungiert.

Hinsichtlich des Rechtsverhältnisses zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer und der daraus abzuleitenden Rechte und Pflichten, ist auf eine weitere Besonderheit hinzuweisen. Der Vertrag zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer kann derart ausgestaltet sein, dass es sich um einen Vertrag zugunsten eines Dritten, nämlich den Auftraggeber, handelt¹⁷⁶.

Im Vertrag zugunsten Dritter verspricht der Schuldner dem Gläubiger die Leistung einem Dritten gegenüber zu erbringen.

¹⁷⁶ Vgl. § 881 ABGB.

Abbildung 8 Vertrag zugunsten Dritter



Bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter steht das Recht zur Leistungsforderung dem Dritten selbst zu und beim unechten Vertrag zugunsten Dritter, dem Gläubiger. Wenn die Leistung hauptsächlich dem Dritten zum Vorteil gereichen soll, dann ist im Zweifel ein echter Vertrag zugunsten Dritter anzunehmen. Der Vertrag zugunsten Dritter ist kein eigener Vertragstyp, sondern er benötigt einen Grundvertrag. Im Falle einer Subunternehmerleistung stellt der Auftrag zur Leistungserfüllung an den Subunternehmer diesen Grundvertrag dar. Diese Konstellation führt zum Ergebnis, dass bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter der Auftraggeber ein direktes Durchsetzungsrecht gegenüber dem Subunternehmer hat. Bei einem unechten Vertrag zugunsten Dritter steht dem berechtigten Dritten die Leistung zu, ein eigenständiges Forderungsrecht hat er nicht. Dies steht nur dem Gläubiger zu, also dem Auftragnehmer. Diese Forderungsrechte bestehen neben der Erfüllungsgehilfenhaftung. Ist der Auftrag zur Leistungserfüllung an den Subunternehmer so gestaltet, dass der Dritte nicht bestimmbar ist, liegt kein Vertrag zugunsten Dritter vor. Für die Betrachtung der Zuordnung eines Vertrages zugunsten Dritter ist das Grundverhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger maßgebend. Anders formuliert, ist dies das Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer. Das Vertragsverhältnis zwischen Auftragnehmer und Auftraggeber ist hierbei nicht Gegenstand der Betrachtung.

Die Frage ob der Dritte (Auftraggeber), direkt an den Versprecher (Subunternehmer) herantreten kann, wird an Hand der Entscheidung OGH vom 29.04.2003¹⁷⁷ betrachtet.

Sachverhalt:

Der Kläger deckte sein Dach mit einem Produkt der beklagten Firma E ein, da diese als Herstellerin mit einer 30jährigen Garantie warb. Nach 8 Jahren stellte der Kläger Feuchtigkeitsstellen im Kinderzimmer fest. Nachfolgende Untersuchungen kamen zum Ergebnis, dass das Dachmaterial fehlerhaft war. Durch die Umstellung der Produktion auf asbestfreies Material traten vermehrt Reklamationen auf. Eine Garantieurkunde ist nicht auffindbar. Die Bundesinnung der Dachdecker und Pflasterer schloss daraufhin mit der Firma E eine Vereinbarung, worin E für jene Fälle, wo keine Garantieurkunde vorgelegt wird, freiwillig den Materialersatz und 1/30 der Arbeitskosten übernimmt. Im Falle des Klägers lehnte dies die Firma jedoch ab.

Lösung:

Die zwischen der Bundesinnung der Dachdecker und Pflasterer geschlossene Vereinbarung, stellt einen Vertrag zugunsten Dritter dar. Begünstigte ist nicht die Bundesinnung der Dachdecker und Pflasterer sondern vielmehr die Endabnehmer, denen der Aufwand für die Mängel zu ersetzen ist. Nach den Zweifelsregeln nach § 881 Abs 2 haben diese einen direkten Anspruch gegenüber der Firma E erworben.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Es handelt sich hierbei um einen echten Vertrag zugunsten Dritter. Mangels Übergabe einer Garantieurkunde kam kein Garantievertrag zustande. Die Firma E hat zugesichert Garantieleistungen zu übernehmen.

Dies führt zum Ergebnis, dass der Auftraggeber sämtliche Gewährleistungsansprüche direkt an den Subunternehmer stellen kann. Inwieweit der Dritte im Falle eines Vertrages zugunsten Dritter vertragsgestaltende Maßnahmen treffen kann, ohne den Versprechungsempfänger einzubinden, also den Auftragnehmer oder in Abänderung zum Versprechungsempfänger gegenteilige Maßnahmen der Gewährleistungsbehelfe vereinbaren kann, obwohl dieser nicht Vertragspartner ist, ist in Abhängigkeit zum Grundvertrag zu sehen. Im gegenständlichen Fall wäre dies durchaus möglich gewesen.

¹⁷⁷ Vgl. OGH 29.04.2003, 4Ob61/03d.

Umfang der Haftung:

Die Haftung nach 1313a ABGB erstreckt sich auch auf strafrechtliches Verhalten, wenn sie im ursächlichen Zusammenhang mit der Leistungserbringung steht, wie beispielsweise die Entwendung von Waren von einer Baustelle, also Diebstahl¹⁷⁸. Im Betrachtungsfall ist auf den Umstand der Leistungserbringung und der Zusammenhang zwischen Tat und Leistungserbringung abzu zielen. So haftet der Auftragnehmer nicht für Körperverletzungen, im Zuge von Raufhandlungen.

Besteht eine mangelhafte Leistungserfüllung durch den Subunternehmer und ist dieser Mangel aus dem Titel der Gewährleistung nicht mehr sanierbar, ist dem Auftraggeber ein Schaden entstanden. Gewährleistung und Schadenersatz gehen oftmals ineinander über. Bei Auftreten eines Mangels stehen dem Auftraggeber verschiedene Behelfe der Korrektur zur Verfügung. Es besteht die Möglichkeit die Sache zu reparieren oder zu ergänzen, also eine Verbesserungsmöglichkeit. Des Weiteren ist ein Austausch der Sache möglich. Neben diesen primären Gewährleistungsbehelfen können auch sekundäre Maßnahmen vereinbart werden. Diese sind die Preisminderung, welche zur Reduktion des Preises, also der Gegenleistung führt und die Wandlung, welche die Aufhebung des Vertrages zur Folge hat und zur Refundierung bereits erfolgter Geldleistungen führt.

Sollten die Maßnahmen der Gewährleistung aus irgendwelchen Gründen nicht möglich oder gewollt sein oder musste der Auftraggeber die Verbesserungen durch ein anderes Unternehmen erledigen lassen, hat der Auftraggeber einen Schaden, welcher im Zuge eines Schadenersatzverfahrens geltend zu machen ist.

Selbstverständlich muss eine Kausalität zwischen Leistungsverpflichtung des Subunternehmers aus dem Vertragsverhältnis und dem Schaden für den Auftraggeber vorhanden sein. Offen bleibt die Frage, wie bei einer Kausalität zwischen Leistungsverpflichtung des Subunternehmers und dem Schaden vorzugehen ist und der geschädigte nicht nur der Auftraggeber ist, sondern ein oder mehrere Dritte.

¹⁷⁸ Vgl. OGH 20.10.2005, 3Ob234/05s.

Auch vorsätzliche unerlaubte Handlungen in Erfüllung einer vertraglichen Pflicht sind dem Geschäftsherrn zuzurechnen, wenn ein innerer sachlicher Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung des Erfüllungsgehilfen und der Erfüllung des Vertrags besteht, das Delikt also innerhalb des Pflichtenkreises gesetzt wird, den der Geschäftsherr vertraglich übernommen hat.

Die den Entscheidungen zugrunde liegenden Sachverhalte¹⁷⁹ umfassten:

- a) Die Nebenverpflichtung der Erzeugerfirma, eine von der Erzeugerfirma gekaufte Geschirrwashmaschine anzuschließen. Da der Wasseranschlussschlauch zu kurz war, löste sich durch die Vibration der Holländer. Dadurch entstand ein Wasserschaden, von dem nicht nur der Käufer, sondern auch andere das Haus mitbewohnende Parteien sowie der Hauseigentümer betroffen waren.
- b) Die Herstellung einer Bohrpfahlfundamentierung im Zuge von Baumeisterarbeiten. Durch diese Arbeiten entstanden Sprünge und Setzungen bei den Nachbarhäusern.

Der Gehilfe steht zum Gläubiger (Mieter, Hauseigentümer oder Eigentümer des Nachbarhauses) in keinem Schuldverhältnis. Die Rechtswidrigkeit kann auch nicht vom Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer abgeleitet werden. Eine Haftung des Erfüllungsgehilfen, wegen Verletzung der Pflichten aus dem Schuldverhältnis, liegt nicht vor. Der Erfüllungsgehilfe, also der Subunternehmer haftet nur dann, wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses rechtswidrig ist, also deliktisch.

Zu a)

Der Erfüllungsgehilfe für den Anschluss der Geschirrspülmaschine war ein Bekannter der Marlene U, welche eine selbständige Handelsvertreterin der Verkäuferin ist und das Rechtsgeschäft einfädelt. Der Erfüllungsgehilfe hatte nicht die berufliche Qualifikation zur Durchführung der vereinbarten Tätigkeit. Die Haftung erfolgt jedoch nicht nach § 1313 a ABGB. Der Käufer der Geschirrspülmaschine ist nach §1318 verpflichtet dafür zu sorgen, dass nichts aus der Wohnung gegossen wird. Für den Käufer war die Nichtqualifikation des Erfüllungsgehilfen nicht erkennbar, daher hat er alles getan, um die ihm gesetzlich auferlegte notwendige Sorgfalt einzuhalten. Ein Verschulden ist dem Käufer nicht zuzurechnen. Der Erfüllungsgehilfe hingegen kann sich nicht auf seine mangelnde Kenntnis berufen, da er den Anschein erweckt hat, über die notwendigen Kenntnisse und Befähigungen im Sinne von § 1299 ABGB zu verfügen.

¹⁷⁹ Vgl. OGH 23.03.1976, 5Ob536/76 und OGH 27.06.1978, 3Ob529/77.

Zu b)

Im Zuge von der Herstellung einer Bohrpfahlfundamentierung entstanden Setzungsschäden an Nachbarhäusern. Hier bejaht der OGH eine Haftung, da ein rechtswidriges Verhalten, unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses, vorliegt.

In dieser Entscheidung wird auch die Frage mitbehandelt, ob die Verjährungsfrist, welche vertraglich auf ein Jahr einvernehmlich verkürzt wurde, abgelaufen ist.

In diesem Zusammenhang führt der OGH aus, dass es sich hierbei um einen Rückersatzanspruch handelt. Dies wird damit begründet, dass *„die Solidarhaftung des Geschäftsherrn (aus dem Vertrag gemäß 1313a ABGB) und seines Erfüllungsgehilfen (ex delicto gemäß §§ 1295, 1299 ABGB) gegenüber dem geschädigten Dritten rechtfertigt aber im Sinne der einhelligen Lehre und Rechtsprechung zum letzten Halbsatz des § 1302 ABGB, welcher demjenigen von mehreren solidarisch haftenden Schädigern, der den Schaden ersetzt hat, ein Rückgriffsrecht gegen die übrigen vorbehält.“*

Es wird klar zum Ausdruck gebracht, dass der Auftragnehmer und sein Subunternehmer im Hinblick auf den Leistungsgegenstand solidarisch haften.

Offen bleibt die Frage, wie sich ein Mitverschulden eines Gehilfen oder eines Organes des Auftraggebers auf die Haftung auswirkt. Im Umkehrschluss muss sich auch der Auftraggeber ein Verschulden eines Gehilfen bzw. Organwalters anrechnen lassen. Es muss jedoch ein Schuldverhältnis zwischen dem Geschädigten (Auftraggeber) und dem Drittschuldner bestehen¹⁸⁰.

Generell ist zu sagen, dass eine Haftung, ohne Bestehen eines Schuldverhältnisses, wie beispielsweise Sorgfaltspflichten bzw. gesetzliche Verpflichtungen, nicht von der Erfüllungsgehilfenhaftung erfasst sind. Hierzu ist es erforderlich, dass sich jemand einer untüchtigen oder wissentlich, einer gefährdeten Person, zur Besorgung seiner Angelegenheit, bedient¹⁸¹. Ein Liegenschaftseigentümer, welcher jemanden die Hausbesorgung mittels Rechtsgeschäft übertragen hat, haftet sowohl für dessen Handlungen, als auch für dessen Unterlassungen¹⁸². Erfolgt beispielsweise eine

¹⁸⁰ Vgl. OGH 08.10.2008, 9ObA110/07b.

Eine Volksschullehrerin klagt Ihren Dienstgeber das Land Oberösterreich, weil sie sich infolge mangelnder Schneeräumung verletzte. Die Zuständigkeit liegt jedoch bei der Stadtgemeinde, in dessen Verantwortungsbereich auch der zuständige Schulwart liegt. Eine Zurechnung des Fehlverhaltens, dem Land Oberösterreich im Sinne § 1313a, ist daher nicht zulässig.

¹⁸¹ Vgl. § 1315 ABGB.

¹⁸² Vgl. OGH 20.01.2009, 4Ob204/08s.

Im Fall einer deliktischen Schädigung kann dem Geschädigten, den kein eigenes Verschulden trifft, das für den Schadenseintritt mitwirkende Verschulden von Hilfspersonen, denen der Geschädigte seine Güter

Schädigung durch Unterlassung der Räum- und Streupflichten, haftet der Liegenschaftseigentümer. Der Geschädigte muss jedoch die Untüchtigkeit beweisen.

Umgelegt auf eine Konstellation, in Verbindung mit einem öffentlichen Auftraggeber, stellt sich dies wie folgt dar:

Der Liegenschaftseigentümer (Bund, Land oder Gemeinde etc.) vergibt im Zuge eines Vergabeverfahrens den Winterdienst an ein Unternehmen. Dieses Unternehmen wiederum hat für Teilbereiche des Leistungsgegenstandes, einen Subunternehmer beauftragt. Durch Unterlassung der Räum- und Streupflichten des Subunternehmers entsteht ein Schaden.

Zu behandeln ist in diesem Zusammenhang die Frage, ob der Liegenschaftseigentümer nach §§ 1315 (Auswahlverschulden, Besorgungsgehilfe), 1319a ABGB (Wegehalterhaftung) oder § 93 StVO (Sorgepflicht zur Schneesäuberung und Bestreuung bei Glatteis) haftet.

Die Haftung für den Zustand des Weges, die sogenannte „Weghalterhaftung“ nach § 1319a ABGB, ist für den Wegehalter bestimmt. Halter ist, wer *„für den ordnungsgemäßen Zustand eines Weges verantwortlich ist.“* Von dieser Haftung sind deliktische Schadenszufügungen erfasst. Besteht ein Vertragsverhältnis, tritt neben der Haftung aus dem abgeschlossenen Vertrag, auch die Haftung nach § 1319a ABGB. Voraussetzung für das Haftungsprivileg nach 1319a ABGB ist, dass der Nutzung des Weges kein Vertragsverhältnis mit dem Wegehalter zugrunde liegt. Eine entgeltliche Nutzung schließt also die Anwendbarkeit des § 1319a ABGB aus.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass die Wegehalterhaftung nur dann zu tragen kommt, wenn kein Vertragsverhältnis zum Geschädigten vorliegt.

Selbstverständlich muss auch ein Weg im Sinne § 1319a vorliegen. Sollte der Eigentümer die öffentliche Hand (beispielsweise Bund oder Land) sein, treten jene oftmals als Halter von Wegen auf, welche nicht die Qualifikation als Weg im Sinne des § 1319a aufweisen. Darunter sind Wege, in nicht öffentlich zugänglichen Kasernen, innerhalb von nicht öffentlich zugänglichen Justizanstalten etc., zu verstehen.

bewusst überantwortet hat („Bewahrungsgehilfen“), jedenfalls dann nicht wie eigenes Verschulden angerechnet werden, wenn die Voraussetzungen des § 1315 ABGB nicht vorliegen.

Der Halter kann seine Pflichten auf andere übertragen. Ein weisungsfreier Unternehmer gehört nicht zu den Leuten des Halters¹⁸³ im Sinne des § 1319a ABGB. Weisungsgebundene Unternehmer, im Rahmen ihrer Weisungsgebundenheit, sind den Leuten des Halters zurechenbar.

Bei der Übertragung an einen Subunternehmer, sofern es sich um ein selbständiges Unternehmen handelt, haftet der Halter nur im Falle der nicht sorgfältigen Unternehmerauswahl im Sinne von § 1315 ABGB. Nicht unerwähnt sollte bleiben, dass dem Halter eine Überwachungspflicht zukommt. Kann der Halter beispielsweise erkennen, dass der Übernehmer seinen Pflichten nicht nachkommt oder nachkommen kann, hat er tätig zu werden.

Für eine Haftung der öffentlichen Hand (Liegenschaftseigentümer) nach § 1315 ABGB, muss der geschädigte jedoch Beweisen, dass sich der Liegenschaftseigentümer, im Zuge des Vergabeverfahrens, einer untüchtigen oder wissentlich gefährlichen Person bedient hat.

Wenn der Subunternehmer vom Auftragnehmer im Zuge des Vergabeverfahrens nicht bekanntgegeben wurde und diese Nichtbekanntgabe im Einklang mit dem BVergG zu sehen ist, hat der öffentliche Auftraggeber keine Information über den Subunternehmer. Das Auswahlverschulden trifft diesfalls den Auftragnehmer. Sollte im Zuge des Vergabeverfahrens der Subunternehmer bekannt gegeben worden sein, erfolgt im Zuge des Vergabeverfahrens, die Prüfung der Zuverlässigkeit und Befugnis, in Eventu auch, die Leistungsfähigkeit.

Auch wenn diese Maßnahme im Zuge des Vergabeverfahrens unterlassen wird, ist zu hinterfragen, ob dem Auftraggeber das nicht Kennen, im Sinne des § 1315 ABGB, zuzurechnen sei.

Der juristischen Person (Person des öffentlichen Rechts) ist eine Tatsache, als bekannt oder fahrlässig unbekannt (also Kennen müssen) zuzurechnen, wenn ihre Organe oder sonst bevollmächtigte Vertreter, die Tatsache kennen mussten.¹⁸⁴

Aus meiner Sicht reicht diese Zuordnung aus, um der juristischen Person eine Tatsache als bekannt zuzurechnen. Im Hinblick auf die Qualifikation nach § 1315 ABGB, wonach der Auftraggeber eine untüchtige oder wissentlich gefährliche Person zur Erfüllung seiner

¹⁸³ Vgl. *Reischauer in Rummel*³, ABGB, § 1319a Rz 12.

¹⁸⁴ OGH 13.07.1993, 5Ob518/93.

Es kommt primär auf den Wissensstand der organschaftlichen Vertreter an (mögen sie auch nur zur passiven Vertretung befugt sein) und eine Zurechnung des Wissens anderer Personen deren Vertretungskompetenz in der betreffenden Angelegenheit (im übertragenen Wirkungsbereich) voraussetzen würde.

Aufgaben verwendet, reicht die Nichtprüfung zwar nicht aus, um den Auftraggeber vorzuwerfen, dass er wissentlich eine gefährliche Person zur Erfüllung seiner Aufgaben verwendet, jedoch ist im vorzuwerfen, dass er eine untüchtige Person verwendet hat. Zumal der Gesetzgeber im BVergG vorschreibt, dass der Subunternehmer die Befugnis für jenen Teil zu dessen Ausführung er herangezogen wird, haben muss. Stellt sich der Sachverhalt so dar, dass dem Auftraggeber die Subunternehmer nicht bekannt sind und ist die Nichtbekanntgabe im Einklang mit dem BVergG, kann auch der Auftraggeber im Vertrauen auf den Auftragnehmer davon ausgehen, dass er keine untüchtige Person als Subunternehmer vorschlägt. Ist jedoch dem Auftraggeber (im Beispielsfall der Liegenschaftseigentümer) das Wissen der Tatsache, dass der Subunternehmer über keine Befugnis verfügt, zuzurechnen, so ist dieser nach § 1315 ABGB zu belangen.

Unter den oben dargestellten Ausführungen ist die mit der **RV BVergG Novelle 2015** Regelung, dass Subunternehmerleistungen grundsätzlich bekannt zu geben, zu begrüßen. Bringt diese doch mehr Sicherheit, im Sinne des Auswahlverschuldens.

§ 93 StVO verpflichtet den Eigentümer, einer im Ortsgebiet gelegenen Liegenschaft, dafür zu sorgen, die dem öffentlichen Verkehr dienenden Gehsteige und Gehwege, zu warten. Dieser Wartungsumfang betrifft, Gehsteige und Gehwege, entlang der gesamten Liegenschaft in einer Entfernung bis zu drei Metern von der Liegenschaftsgrenze, zwischen 0600 Uhr und 2200 Uhr, von Schnee zu säubern und bei Glatteis zu bestreuen. Das gilt auch für Stiegenanlagen. Die land- und forstwirtschaftlich genutzten Liegenschaften, welche unbebaut sind, sind von dieser Verpflichtung ausgenommen. Es bleibt die Frage offen, wie diese Bestimmung zu 1319a ABGB zu sehen ist. Nach herrschender Rechtsprechung können beide Anspruchsgrundlagen nebeneinander bestehen. Hinzuweisen ist, dass im Sinne des 1319a, der Adressat der Halter ist und im Sinne des § 93 StVO, der Liegenschaftseigentümer. Nach § 93 StVO wird für jedes Verschulden haftet, auch für leichtes Verschulden. Dies ist nicht unumstritten. So tritt beispielsweise Raschauer für die Beschränkung der Haftung des Liegenschaftseigentümers ein.

In Verbindung mit § 1315 ABGB stellt sich die Frage nach § 93 StVO nicht, da der Liegenschaftseigentümer seine Pflichten rechtsgeschäftlich an einen Dritten übertragen kann. In diesem Fall tritt der Subunternehmer an seine Stelle und dieser ist auch der Adressat der Verwaltungsbehörde, Strafbehörde und auch des Gerichts.

Besteht kein vertraglicher Anspruch, ist zu prüfen, ob ein Vertrag, mit Schutzwirkung Dritter, vorliegt. Von dieser Schutzwirkung sind jene Personen betroffen, die der Interessensphäre des Auftraggebers angehören. Anders formuliert, jener Personenkreis, der eine Leistungsnähe oder eine Gläubignähe hat. Beispielsweise sei hier angeführt:

Bei der Durchführung von Installationsarbeiten, wird durch das Herabfallen einer Rohrzanze, der Hund von der Frau des Auftraggebers, getötet.

Mit Urteil 4 Ob 2/93 bringt der OGH zum Ausdruck, dass der Kreis der geschützten Dritten, auf Grund einer umfassenden Interessenabwägung, zu umgrenzen ist.

Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 09.07.2002¹⁸⁵ eine Schutzwirkung Dritter nur bei Rechtsschutzdefizit, also nur dann, wenn kein Schutz auf Grund eines vertraglichen Anspruches besteht, bejaht.

Sachverhalt:

Der Kläger fuhr im Besitze eines gültigen Saison-Schippasses, mit den Schiern, eine Piste des Erstbeklagten Seilbahnbetreiber, ab. Der Drittbeklagte, eine Abbaufirma, montierte das „Ziel-Transparent“ des zweitbeklagten Rennveranstalters, im Auftrag des Obmanns vom Organisationskomitee, welches mit zwei Drahtseilen quer über die Piste gespannt war, ab. Der Kläger fuhr gegen das Seil und verletzte sich dabei. Zu diesem Zeitpunkt war das Zieltransparent bereits entfernt worden.

Lösung:

Ein Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritte ist nur dort nicht zu unterstellen, wo der Dritte gegen einen der beiden Kontrahenten Ansprüche aus eigenem Vertrag hat. Da eine vertragliche Beziehung des Klägers zum Organisationskomitee nicht besteht, ist hier das Vorliegen eines Vertrages mit Schutzwirkung zugunsten Dritter anzunehmen.

Beurteilung und Schlussfolgerungen:

Unstrittig ist die Haftung eines Rennveranstalters bei leichter Fahrlässigkeit, gegenüber den Besuchern und Teilnehmer, an diesem. Der Kläger ist diesem Personenkreis nicht zuzurechnen, zumal die Rennveranstaltung abgesagt wurde. Der OGH stellt jedoch in der Entscheidung klar, dass der Auftrag des Obmanns des Organisationskomitees, an die Abbaufirma, Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen diesem und dem Kläger, entfaltet. Wie bereits zuvor ausgeführt, haftet der Unternehmer bei einer Verletzung vertraglicher

¹⁸⁵ Vgl. OGH 09.07.2002, 2 Ob95/01m.

Schutzpflichten zugunsten Dritter, für das Gehilfenverschulden gemäß § 1313a ABGB. Der Auftragnehmer haftet für vertragliche Verletzungen des Subunternehmers. Zu erörtern bleibt, was unter Dritte zu verstehen ist. Hierzu der OGH:

„Dritte sind dabei begünstigte Personen, deren Kontakt mit der vertraglichen Hauptleistung beim Vertragsabschluss voraussehbar war (2 Ob 50/92; RIS Justiz RS0037785) und die der Vertragspartner, entweder erkennbar durch Zuwendung der Hauptleistung begünstigte oder denen er selbst, offensichtlich rechtlich zur Fürsorge verpflichtet ist (SZ 72/89).“

Um dieses Rechtskonstrukt nicht ausufern zu lassen, hat eine Umgrenzung, auf Grund einer umfassenden Interessensabwägung, zu erfolgen. Dritte, im Sinne der Ausführungen des OGH, sind diesfalls, die Teilnehmer der Rennveranstaltung und die Zuschauer dieser Veranstaltung. Der Begriff Teilnehmer beinhaltet nicht nur die Rennläufer, sondern umfasst vielmehr, den für das Gelingen der Veranstaltung erforderlichen Personenkreis. Darunter fallen beispielsweise auch Securitypersonal, Cateringpersonal, Medienvertreter, Vertreter der Reinigungsunternehmen, etc.

Im gegenständlichen Fall war für den Rennveranstalter, der Schifahrer, weder aus der Hauptleistung erkennbar, also der Rennveranstaltung, noch ergab sich ein Zusammenhang aus der Fürsorgeverpflichtung.

Ein nicht an der Rennveranstaltung beteiligter Schifahrer, welcher die Piste, ohne irgendeinen Bezug zu dieser Veranstaltung, benutzt, kann nicht zum o.a. dargestellten Dritten gerechnet werden. Zumal die Benützung auch zeitlich nicht zur Rennveranstaltung, welche ja abgesagt wurde, zurechenbar ist. Daher liegt ein Vertrag mit Schutzwirkung Dritte vor.

9.3 EIGENSCHAFTSBESTIMMUNG

Gewährleistung umfasst die Qualität, Güte und Beschaffenheit einer Sache. Zusammengefasst kann dies, als Eigenschaft einer Sache, bezeichnet werden. Unabhängig von den vertraglichen Bestimmungen, muss die gegen Entgelt überlassene Sache, bestimmte Mindesteigenschaften aufweisen. Mit einem Auto muss man fahren können. Das BVergG unterscheidet die Auftragsarten Bauauftrag, Lieferauftrag und Dienstleistungsauftrag. Erläuterungen zu den einzelnen Auftragsarten erfolgten im Kapitel 6. Wesentlich ist jedoch, dass für eine Zuordnung, als Auftrag im Sinne des BVergG, eine Schriftlichkeit und eine Entgeltlichkeit zwingend gefordert ist. Das bedeutet, dass ein

entgeltliches Vertragsverhältnis, zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, jedenfalls besteht.

Die Beschreibung der geschuldeten Leistung im Ausschreibungsverfahren erfolgt, entweder funktional oder konstruktiv.

Die funktionelle Leistungsbeschreibung, beschreibt die geforderte Leistung als Aufgabenstellung¹⁸⁶.

Dabei haben die technische Spezifikationen¹⁸⁷ den Leistungsgegenstand und das Leistungsziel derart genau und neutral zu beschreiben, dass für den Angebotsleger, die maßgebenden Umstände und Bedingungen, erkennbar sind. Wobei der Zweck der fertigen Leistung und die technischen, wirtschaftlichen, gestalterischen und funktionsbedingten Anforderungen, erkennbar sein müssen. Ergänzt wird die funktionale Leistungsbeschreibung, durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster etc., die beim Auftraggeber aufliegend sind.

Die Vorschriften der Leistungsbeschreibung im BVergG haben den Zweck, Angebote vergleichbar zu machen. Ein wesentliches Kriterium ist auch das Verhindern, von Bevorzungen einzelner Unternehmen, insbesondere durch solche technische Spezifikationen, welche durch Beschreibung einer bestimmten Produktionsherkunft oder besondere Verfahren, gekennzeichnet sind¹⁸⁸. Der Auftraggeber hat auch gleichwertige Produkte bzw. Erzeugnisse zuzulassen.

Die konstruktive Leistungsbeschreibung gliedert die zu erbringende Leistung, in Teilleistungen, welche in einem Leistungsverzeichnis aufgegliedert sind¹⁸⁹. Wenn standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden sind, sind solche heranzuziehen. Im Bereich von Bauvorhaben, ist dies, beispielsweise die ÖNORM 1801. Bei der konstruktiven Leistungsbeschreibung können die unterschiedlichen Güteranforderungen, Mengenanforderungen, Herkunftsanforderungen, in verschiedenen Positionen ausgeschrieben werden. Der Auftraggeber kann auch von den standardisierten

¹⁸⁶ Vgl. § 95 BVergG.

¹⁸⁷ Vgl. §§96 ff BVergG.

¹⁸⁸ Vgl. EuGH 22.09.88, Rs C-45/87.

Die Ausschreibung enthielt eine Klausel, welche für Rohre aus Asbestzement ein gemäß „Irish Standard Mark licensing Scheme“ des irischen Instituts für industrielle Forschung und Normung erteilte Bescheinigung über die Übereinstimmung mit der irischen Norm 188:1975 vorliegen muss.

Die Einführung einer solchen Klausel kann dazu führen, daß Wirtschaftsteilnehmer, die Rohre herstellen oder verwenden, die denjenigen gleichwertig sind, deren Übereinstimmung mit der irischen Normen bescheinigt wurde, auf die Teilnahme verzichten.

¹⁸⁹ Vgl. § 95 BVergG.

Leistungsbeschreibungen abweichen. Er muss dies jedoch begründen¹⁹⁰. Im Hinblick auf die Vergleichbarkeit und den sonstigen Leistungsbeschreibungsregeln, kann inhaltlich, auf die Regeln der funktionalen Leistungsbeschreibung hingewiesen werden.

Bildlich dargestellt, verwende ich eine funktionelle Leistungsbeschreibung dann, wenn ich weiß, dass ich einen Fluss überqueren will, aber noch nicht weiß wie. Die konstruktive Leistungsbeschreibung verwende ich dann, wenn ich weiß, dass ich den Fluss mit einer Brücke, die bestimmten Anforderungen entspricht, überqueren will.

Eine gemischte Form der Ausschreibung ist auch möglich. Mit der **RV BVergG Novelle 2015** erfolgt die Implementierung des Bestbieterprinzips. Die Anwendung des Billigstbieterprinzips ist nur mehr dann möglich, „*sofern der Qualitätsstandard der Leistung durch den Auftraggeber in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Sicht klar definiert ist*¹⁹¹.“

Jedenfalls nach dem Bestbieterprinzip ist auszuschreiben, wenn

1. *es sich um eine geistige Dienstleistung handelt oder*
2. *Alternativangebote ausdrücklich zugelassen wurden oder*
3. *die Beschreibung im Wesentlichen funktional erfolgt oder*
4. *es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen und deswegen ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird oder*
5. *in die Ausschreibung von geeigneten Leitlinien abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind oder*
6. *die zu erbringenden Dienstleistungen dergestaltet sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann oder*
7. *im Rahmen der Angebotsbewertung mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (zB Betriebs- und Erhaltungsarbeiten,..) berücksichtigt werden sollen oder*

¹⁹⁰ Vgl. BVA 23.04.2004, 17F-13/03-11.

Die Ausschreibung enthielt die Bestimmung, dass bei einer Änderung des Bauumfanges bis zu 20% die Leistungsfrist nicht verlängert wird.

...., *seitens des Auftraggebers keine sachlichen Gründe dargetan wurden, warum von der ÖNORM 2110 in diesem Punkt abgewichen werden sollte.*

¹⁹¹ Vgl. § 79 Abs 3 RV BVergG Novelle 2015.

8. *es sich um einen Bauauftrag handelt, dessen geschätzter Auftragswert mindestens 1.000.000 Euro beträgt oder*
9. *es sich um die Beschaffung von Lebensmitteln gemäß KN-Code 02 (Fleisch und genießbare Schlachtnebenerzeugnisse), 0401 (Kuhmilch), 0405 (Butte), 0407 (Eier), 0701 – 0709 (Gemüse) sowie 0808-810 (Obst) handelt.*

Will der Auftraggeber nach dem Billigstbieterprinzip ausschreiben, muss dieser Ausschreibung eine konstruktive Leistungsbeschreibung zugrunde liegen, welche auf Leitlinien beruht, die ein Vergleichen der Angebote zulässt. Also bei Ausschreibungen von Baumaßnahmen, auf Basis der ÖNORM, ist die Anwendung des Billigstbieterprinzip, bis zu einem voraussichtlichen Auftragswert von € 1 Mio weiterhin möglich. Bisher hat der Auftraggeber frei wählen können, ob ein Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip oder nach dem Bestbieterprinzip erfolgt. Zukünftig soll ein Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip, die Ausnahme darstellen. Durch diese Maßnahme soll ein Preisdumping verhindert werden. Derzeit besteht auf Grund des häufig angewandten Billigstbieterprinzips die Tendenz, dass sich die Bieter billiger Sub und SubSubunternehmer bedienen. Mit der neuen Rechtslage soll diesem Trend, mit welchem ein teilweiser Qualitätsverlust einhergeht, entgegengewirkt werden. Im Zuge des Bestbieterprinzips muss der Auftraggeber mindestens ein weiteres Zuschlagskriterium, neben dem Kriterium Preis, festlegen. Im Bereich von Bauleistungen wäre eine Grenze für die Notwendigkeit der Anwendung des Bestbieterprinzips wesentlich höher als € 1 Mio anzusetzen, da es Leistungen gibt, die in ihrer Qualität und sonstiger Kriterien soweit eingeschränkt sind, dass die Geltendmachung von nicht preisrelevanten Kriterien, schwer zu argumentieren ist. Besonders in Zusammenhang mit einer klaren Produktspezifikation und genauen Planungen, ist die Variabilität, welche den Bieter hinsichtlich der Einbringung zusätzlicher weicher Kriterien gegeben werden kann, sehr eingeschränkt. Vorstellbar sind Zuschlagskriterien, wie beispielsweise Garantiezusagen, Lebenszyklusbetrachtungen, Wartungsaufwand. Durch die zukünftig vorzunehmende weitere Festlegung von Zuschlagskriterien, kann es zu vermehrten Einsprüchen, bei den Vergabekontrollbehörden kommen. Schlüssig wäre eine Anhebung des Bestbieterprinzips auf den Oberschwellenbereich.

Im Hinblick auf die Gewährleistung bedeutet dies, dass sämtliche Anforderungen, welche im Zuge des Vergabeverfahrens, im Sinne einer Leistungsbeschreibung gefordert sind, die

Zuordnung der Eigenschaft, einer Leistung bzw. Ware erleichtern. Der Auftragnehmer kennt die zu erbringende Leistung und die daran bedungenen Eigenschaften, sodass eine Feststellung im Hinblick auf die Gewährleistung erleichtert wird. Die Leistungsbeschreibungen durch den Auftraggeber, die darauf aufbauende Angebotslegung und letztlich die im Zuge des Vergabeverfahrens durchgeführte fachtechnische Prüfung sowie deren Dokumentation, stellen die Grundlage für die Bestimmung der Eigenschaften, einer Leistung dar. Es ist die Basis zur Beantwortung der Frage, ob die Sache dem Vertrag entspricht.

9.4 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 9

Obwohl die Gewährleistung eine vertragliche Haftung der Leistungserbringung darstellt und erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens eintritt, hat das Vergabeverfahren wesentlichen Einfluss auf einen eventuellen Gewährleistungsanspruch.

Bei der Gewährleistung steht die Frage im Vordergrund, ob eine Sache dem Vertrag entspricht. Eine erfolgte Leistungserbringung, stellt noch keine Vertragserfüllung dar, sondern die Leistungserbringung, muss in einer bestimmten Art und Weise erfolgen.

Wenn also die Sache nicht einer bestimmten Eigenschaft entspricht, tritt die Gewährleistung ein. Diese Eigenschaft kann zugesichert oder bedungen sein. Die Eigenschaft kann sich auch aus der Natur der Sache ergeben.

Wann beginnt die Gewährleistung?

Die Frist beginnt mit Ablieferung der Sache, bei Rechtsmängeln jedoch erst mit dem Tag, an dem der Mangel dem Übernehmer bekannt wird¹⁹².

Der Bund gibt mit seinem Bestell- und Rechnungsprozess einen Ablauf vor, wie vorzugehen ist, bis ein Geldfluss seitens des Bundes erfolgt. Der öffentliche Auftraggeber (Bund) unterscheidet zwischen Annahme, Abnahme und Übernahme. Die Annahme stellt jenen Zeitpunkt dar, an dem die Ware (Leistung) geliefert wird. Die Annahme erfolgt durch Bestätigung am Lieferschein.

Die Abnahme stellt die Leistungsprüfung, sowohl in qualitativer, als auch quantitativer Hinsicht dar. Mit der Übernahme wird die Ware (Leistung) in das Vermögen übernommen (Zugangsbuchung in den Vermögenshaushalt).

¹⁹² Vgl. § 933 ABGB.

Gemäß ABGB stellt der Zeitpunkt der Ablieferung, den Beginn der Gewährleistungsfrist dar. Also mit Annahme des Übernehmers, beginnt die Gewährleistungsfrist. Die Frage, ob der Bund, durch diese Vorgaben, den Beginn der Gewährleistungsfrist, auf den Zeitpunkt der Abnahme, also den Zeitpunkt der Qualitätsprüfung verschieben kann, muss verneint werden. Der OGH¹⁹³ hat klar zum Ausdruck gebracht, dass der Beginn der Gewährleistungsfrist jener Zeitpunkt ist, der den Übernehmer in die Lage versetzt, die Eigenschaftsprüfung der Sache durchzuführen. Auch ein objektiv nicht erkennbarer Mangel, hemmt nicht den Beginn der Gewährleistungsfrist.

Die Differenzierung zwischen An-, Ab- und Übernahme ermöglicht es, eine intensive Eigenschaftsprüfung, vor Erbringung der Gegenleistung, durchzuführen, sodass sich der Auftraggeber, nicht voreilig, einer Schlechterstellung zuführt.

Wie ist das Verhältnis zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer im Hinblick auf Gewährleistungsansprüche zu sehen?

Der Subunternehmer ist Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers¹⁹⁴. Der Subunternehmer steht auch in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber.

Weiters ist davon auszugehen, dass der Subunternehmer grundsätzlich in keinem Weisungsverhältnis zum Auftragnehmer steht. Der OGH¹⁹⁵ stellte in seiner Entscheidung klar, dass ein internes Weisungsrecht für eine Zuordnung als Erfüllungsgehilfe, nicht entscheidend ist. Für die Zuordnung als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers ist entscheidend, dass der Subunternehmer in Interessensverfolgung des Auftragnehmers (Schuldners) tätig wird. Welchen Teil der Auftragnehmer ausführt ist hierfür nicht entscheidend.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass durch die Vereinbarung zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer, von einem Vertrag zugunsten Dritter, auszugehen ist. Das bedeutet, dass bei Vorliegen eines echten Vertrages zugunsten Dritter, der Auftraggeber, ein Forderungsrecht gegenüber dem Subunternehmer zusteht.

¹⁹³ Vgl. OGH 10.10.1990, GZ 2Ob535/90.

¹⁹⁴ Vgl. § 1313a ABGB.

¹⁹⁵ Vgl. OGH 16.01.2007, 4Ob25106z.

Ist der Auftraggeber bzw. Bieter als Auftraggeber gegenüber Subunternehmer zur Haftung gegenüber Dritten heranziehbar?

Ja, jedoch nur im Hinblick auf die Besorgungsgeliefenhaftung, im Sinne des Auswahlverschuldens¹⁹⁶.

Die Auswahl des Subunternehmers durch den Auftraggeber erfolgt im Zuge des Vergabeverfahrens. Das BVergG bestimmt, dass eignungsrelevante Subunternehmer und jene Subunternehmer, welche einen wesentlichen Leistungsteil erfüllen, zu nennen sind. Durch die geplante Änderung des BVergG, mit welcher grundsätzlich die Nennung sämtlicher Subunternehmer erforderlich ist, wird im Hinblick auf das Auswahlverschulden mehr Rechtssicherheit geschaffen.

Welche Haftungsgrenzen haben der Auftragnehmer und der Subunternehmer?

Generell ist zu sagen, dass eine Haftung ohne Bestehen eines Schuldverhältnisses wie beispielsweise Sorgfaltspflichten bzw. gesetzliche Verpflichtungen, nicht von der Erfüllungsgehilfenhaftung erfasst sind.

Steht der Gehilfe zum Gläubiger in keinem Schuldverhältnis, haftet dieser nur aus deliktischem Verhalten. Kann die Rechtswidrigkeit nicht vom Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer abgeleitet werden, liegt eine Haftung des Erfüllungsgehilfen, wegen Verletzung der Pflichten aus dem Schuldverhältnis, nicht vor. Der Erfüllungsgehilfe, also der Subunternehmer haftet nur dann, wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses, rechtswidrig ist, also deliktisch¹⁹⁷. Dies wurde seitens des OGH im Falle von Setzungsschäden an Nachbarhäusern, welche sich im Zuge der Herstellung einer Bohrpfahlfundamentierung von Baumeisterarbeiten entstanden, bejaht.

Vollständigkeitshalber ist im Hinblick auf die Haftung, auf das Vorliegen eines Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, hinzuweisen. Liegt der Dritte in der Interessensphäre des Auftraggebers und besteht kein vertraglicher Anspruch, kommt diese von der Lehre entwickelte Rechtsfigur zur Anwendung.

¹⁹⁶ Vgl. § 1315 ABGB.

¹⁹⁷ Vgl. zur Abgrenzung § 364 Abs 2 ABGB, verschuldensunabhängige Haftung für Immissionen durch den Eigentümer des Grundes oder eines Dritten der den Grund für seine Zwecke benützt Koziol/Welser, Bürgerliches Recht I¹¹ 251.

10 ERGEBNISSE, SCHLUSSFOLGERUNGEN

Dem methodischen Aufbau folgend, wurden folgende Fragen erörtert:

- I. Wann ist ein Unternehmen ein Subunternehmer im Sinne des BVergG?
- II. Welche Anteile des Leistungsumfanges muss der Auftragnehmer selbst erfüllen?
- III. Unter welchen Voraussetzungen kann der Auftraggeber eine Subunternehmerleistung untersagen?
- IV. Wann und unter welchen Voraussetzungen ist ein Subunternehmerwechsel oder ein Subunternehmerzurückzug von einer Subunternehmerleistung möglich?
- V. Welche Möglichkeiten hat der Auftraggeber oder welche Folgen ergeben sich für den Auftraggeber bei Insolvenz eines Subunternehmers?
- VI. Kann der Beginn der Gewährleistungsfrist verschoben werden?
- VII. Gibt es eine Haftungskette und wenn ja, wo sind deren mögliche Bruchstellen?

Ad I:

Wann ist ein Unternehmen Subunternehmer?

Als Grundlage für ein weiteres Vorgehen, wurde auf Basis der Erörterung der gesetzlichen Vorgaben, im Zusammenhang damit, dass ein Bewerber und Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit, Befugnis und Zuverlässigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmer unter bestimmten Voraussetzungen, referenzieren kann, folgende Begriffserklärung festgelegt:

Subunternehmer ist ein Unternehmer, der von einem anderen Unternehmer/Unternehmen - Primärunternehmer/Primärunternehmen - das einen Auftrag übernommen hat, betraut wird, einen Teil dessen Auftrages auszuführen.

Die gesetzlich auferlegte Verpflichtung, zur Bekanntgabe und Prüfung der Subunternehmer, verlangt von einem Subunternehmerbegriff die Berücksichtigung auf der Zeitachse. Dies hat zur Folge, dass auch potentielle Subunternehmer vom Subunternehmerbegriff umfasst sein müssen. Auch zur Präzisierung der Rolle des Subunternehmers im Vergabeverfahren und zur Abgrenzung mit anderen

Unternehmensformen im Vergabeverfahren, erscheint eine begriffliche Berücksichtigung auf der Zeitachse zwingend geboten. Die mit der **RV BVergG Novelle 2015** geplante Definition des Subunternehmers berücksichtigt nicht die Zeitachse. Demnach ist jener Unternehmer, der einen Teil, eines an einen Auftragnehmer erteilten Auftrages, ausführt. Um als Subunternehmer zu gelten, muss bereits der Zuschlag erteilt sein. Das bedeutet, dass während dem gesamten Vergabeverfahren ein Unternehmen nicht als Subunternehmer zählt.

In Zusammenhang mit dieser Festlegung wurden folgende Präzisierungsbedarfe bzw. tiefergehende Erläuterungsnotwendigkeiten erkannt:

- a) Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen dem originären Auftraggeber und dem Subunternehmer war zu ergänzen: In Bezug auf den im Primärauftrag enthaltenen Leistungsgegenstand, welcher durch den Primärunternehmer an einen Subunternehmer vergeben wird, besteht kein Vertragsverhältnis zwischen dem originären Auftraggeber und dem Subunternehmer.
- b) Die o.a. Begriffsdefinition lässt die Frage offen, was unter Teil bzw. Elemente des Auftrages konkret zu verstehen ist. Eine dahingehende Erörterung erfolgt im nächsten Unterpunkt.
- c) Des Weiteren ist eine Abgrenzung des Subunternehmers zum Zulieferer bzw. Hilfsunternehmer zwingend erforderlich.
- d) In Anbetracht des Umstandes, dass die Auftragserfüllung durch einen Auftragnehmer, der sich eines oder mehrerer Subunternehmer bedient, als gemeinsame Auftragserfüllung interpretiert werden kann, ergab sich die Notwendigkeit, diese geschäftliche Verbindung von anderen gemeinschaftlichen Auftragserfüllungen, wie Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften sowie verbundenen Unternehmen, begrifflich abzugrenzen. Bietergemeinschaften, Arbeitsgemeinschaften, und verbundene Unternehmen sind Unternehmer im Sinne des BVergG. Andere, nicht einer Bieter- bzw. Arbeitsgemeinschaft zugeordnete Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, sind keine Unternehmer. In diesem Zusammenhang bedurfte die Definition des verbundenen Unternehmens im BVergG einer vertieften Analyse, vor allem im Hinblick auf die Voraussetzung eines beherrschenden Einflusses. Die Analyse zeigte, dass bereits bei geringen Anteilen am Stamm- Grund- oder Eigenkapital, ein verbundenes Unternehmen

vorliegen kann. Eine Ableitung, welche verbundene Unternehmen vergaberechtlich als ein gemeinsames Unternehmen ansieht, ist problematisch. Daher stellen auch Leistungen, eines mit dem Bieter verbundenen Unternehmers, Subunternehmerleistungen dar.

Ad II:

Welche Anteile des Leistungsumfanges muss der Auftragnehmer selbst erfüllen?

Da das BVergG die Weitergabe des gesamten Auftrages, mit Ausnahme an verbundene Unternehmen untersagt, muss das Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Unternehmer/ Unternehmen derart bestimmt sein, dass aus dem Vertrag inhaltlich explizit hervorgeht, welche, über die zur Leistungserbringung notwendigen Tätigkeit von Materialzukaufen sowie Beschaffung von sonstigen Bestandteilen (Zulieferer) den Leistungsumfang hinausgehend, der Primärunternehmer selbst zu erbringen hat. Hinsichtlich der Klärung des Subunternehmerbegriffs, ergibt sich also in Bezug auf das Kriterium des Umfangs des Subauftrages, eine Abgrenzungsnotwendigkeit.

Abgeleitet aus der Rechtsprechung muss der Auftragnehmer eine Leistung erbringen, welche über eine bloße Vermittlungs- und Koordinierungstätigkeit, zwischen Auftraggeber und Subunternehmer, hinausgeht. Der Auftragnehmer muss selbst einen Teil der Leistung erbringen, den er dem Auftraggeber schuldet. Ein prozentuelles Mindestmaß lässt sich nicht ableiten. Aus meiner Sicht genügt eine Position des Leistungsverzeichnisses, sofern es ein solches gibt oder eine Teilleistung, welche sich aus der Kalkulation ableiten lässt. Das heißt, ein Auftragnehmer, der im Zuge der Bauausführung die Baukoordination oder die örtliche Bauaufsicht übernimmt, führt einen, wie immer gearteten, Teil des Auftrages aus.

Mit der **RV BVergG Novelle 2015** wird dem Auftraggeber die Möglichkeit eingeräumt, dem Auftragnehmer vorzuschreiben, dass bestimmte **kritische Aufgaben**, von diesem selbst, durchzuführen sind. Diese Möglichkeit ist bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten, im Zusammenhang mit Lieferaufträgen, vorgesehen. Bisher lag die Betrachtung auf **einen wesentlichen Teil** des Auftrages. Ab diesem Zeitpunkt ist der Subunternehmer zwingend bekannt zu geben. Seitens der Rechtsprechung wurde hierbei auf den quantitativen Aspekt abgezielt. Mit dieser Regelung tritt jedoch auch der qualitative Aspekt in den Vordergrund. Diese kritischen Aufgaben sind im Hinblick auf die Gesamtleistung, als essentiell einzustufen. Dies darf nicht zum

Ergebnis führen, dass die Weitergabe der Leistung untersagt wird. Auf die Frage, welchen Umfang diese kritischen Aufgaben im Verhältnis zur Gesamtleistung haben dürfen, ist dies in Wechselbeziehung zum wesentlichen Umfang zu sehen. Unter der Voraussetzung, dass die Maßnahme sachlich begründbar ist und zu keinen wettbewerbsverzerrenden Vorteilen führt, ist eine Einschränkung der Weitergabe, bis zum wesentlichen Umfang, möglich. Als Anhalt kann ein 30%iger Leistungsumfang herangezogen werden.

Ad III:

Unter welchen Voraussetzungen kann der Auftraggeber eine Subunternehmerleistung untersagen?

Geklärt werden konnte, dass ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen bei nicht prioritären Dienstleistungen möglich ist. Des Weiteren ist ein solcher Ausschluss generell zu bejahen, wenn auf Grund der Art des Vergabeverfahrens, der Auftraggeber, den Bieterkreis selbst bestimmen kann, sofern die gesetzlich normierten Voraussetzungen, für die Wahl des Verfahrens, eingehalten wurden.

In den übrigen Fällen wäre zu prüfen ob,

- die Ausschreibung bei Bauaufträgen nach Gewerken erfolgt,
- die Mehrzahl der potentiellen Bieter im Sinne der Verkehrssitte und geübten Praxis des täglichen Geschäftsverkehrs, in der Lage sind, einen Auftrag von sich aus zu erledigen, wobei
- die Beurteilung der potentiellen Bieter zum einen, durch den Auftragswert und zum anderen, mit der Zulässigkeit zu den verschiedenen Arten der wählbaren Verfahren differenziert wird und
- die Beurteilung der Mehrzahl der potentiellen Bieter durch eine 70% übersteigende Anzahl der jeweiligen potentiellen Bieter erreicht wird.

Der Ausschluss eines Subunternehmers steht in Wechselbeziehung zu den Vergabegrundsätzen nach dem BVergG. Eindeutig kann ein Ausschluss von Subunternehmerleistungen Auswirkungen auf das Marktangebot haben, da dadurch bestimmte potentielle Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Für die Wahl der unterschiedlichen Vergabeverfahren, wurden nachstehende Zuordnungsfaktoren erarbeitet:

- Auftragswert
- Leistungsinhalt
- Bisheriger Verfahrensstatus
- Besonderheiten bzw. Ausnahmesituationen des Marktes
- Besondere Umstände im Sphärenbereich des Auftraggebers

Ad IV:

Wann und unter welchen Voraussetzungen ist ein Subunternehmerwechsel oder ein Subunternehmerzurückziehen, einer Subunternehmerleistung, möglich?

Das aktive oder passive Ausscheiden eines Subunternehmers hat entweder einen Subunternehmerwechsel, bei dem ein Subunternehmer gegen einen anderen ausgewechselt wird oder den Rückzug der Subunternehmerleistung an den Primärauftragnehmer zur Folge. Für die Betrachtung der Zulässigkeit eines Subunternehmerwechsels ist wesentlich, in welcher Phase des Vergabeverfahrens ein solcher erfolgen soll.

Im Ergebnis ist ein Subunternehmerwechsel, mit Ausnahme in der Prüf- und Auswahlphase, in jeder Phase der Auftragsvergabe möglich, sofern nachstehende Rahmenbedingungen bestehen:

- a) dass ein solcher Subunternehmerwechsel in den Ausschreibungsbedingungen bestandsfest wurde und
- b) dass der Auftraggeber dem Subunternehmerwechsel zugestimmt hat.

In der Prüf und Auswahlphase stellt, meiner Ansicht nach, ein Subunternehmerwechsel eine Änderung im Angebot nach Angebotsfrist dar. Um zu verhindern, dass ein Bieter einen Vorteil erhält, ist in dieser Phase des Vergabeverfahrens ein Subunternehmerwechsel nur dann möglich, wenn es sich nicht um einen nennungspflichtigen Subunternehmer handelt. Dieses Ergebnis ist nicht unumstritten.

Ad V:

Welche Möglichkeiten hat der Auftraggeber oder welche Folgen ergeben sich für den Auftraggeber bei Insolvenz eines Subunternehmers?

Das BVergG schließt grundsätzlich insolvente Unternehmen von der Teilnahme am Vergabeverfahren aus, da mit Insolvenz oder mit dem Zeitpunkt von Zahlungsrückständen bei Sozialversicherungsträgern und/oder Abgabenbehörden, das Unternehmen die berufliche Zuverlässigkeit verliert.

Ausgenommen von dieser Regelung sind besonders günstige Angebote für den Auftraggeber. In diesen Fällen wird dem Auftraggeber bewusst die Möglichkeit eingeräumt, ein Verfahren mit nur einem Unternehmen durchzuführen.

Der Gesetzgeber zielt hierbei auf einen formellen Zeitpunkt ab. Es ist also nicht der Zeitpunkt der Überschuldung oder/und Zahlungsunfähigkeit maßgebend, sondern die Einleitung des Insolvenzverfahrens. Abgesehen, dass durch das Abzielen auf den formellen Zeitpunkt eine Ungleichbehandlung der Bewerber und Bieter erfolgen kann, bleibt bei dieser Regelung, der Sanierungsgedanke der IO unberücksichtigt.

Eine Ungleichbehandlung der Bewerber und Bieter erfolgt dadurch, dass ein Unternehmen, welches zwar zahlungsunfähig oder/und überschuldet ist, gegen das jedoch ein Insolvenzverfahren noch nicht eingeleitet wurde, nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen ist.

Um dem entgegenzuwirken, wäre aus meiner Sicht die Bestimmung des § 68 Abs 1 Z 2 wie folgt zu ändern:

- wenn die Eröffnung eines Konkursverfahrens mangels hinreichenden Vermögens abgewiesen wurde;
- Die Teilnahme eines Unternehmens, gegen das ein Insolvenzverfahren eingeleitet wurde, ist an die Bedingung geknüpft, dass ein gerichtlich genehmigter Sanierungsplan vorgelegt wird.

Sollte eine solche Änderung nicht umgesetzt werden, wäre im Hinblick auf einen Unternehmensausschluss unbedingt auf die Zahlungsunfähigkeit und/oder Überschuldung abzielen und nicht auf den formellen Zeitpunkt der Insolvenz.

Eine Änderung im oben dargestellten Umfang steht im Einklang mit dem Unionsrecht, das dem jeweiligen Mitgliedstaat, ein unterschiedliches Gestaltungsrecht, einräumt.

Tritt die Insolvenz ein, hat der Auftraggeber relativ rasch Klarheit. Erbringt das insolvente Unternehmen ihre Leistungen nicht, bietet das BVergG dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, ein Verhandlungsverfahren, ohne vorherige Bekanntmachung, durchzuführen. Er kann also die ursprünglichen Mitbieter zur Abgabe von Angeboten einladen. Hierfür ist ihnen eine angemessene Zeit zur Angebotslegung einzuräumen¹⁹⁸. Können die Bieter auf bereits vorhandene Angebote zurückgreifen, erscheint ein Zeitraum von ein bis zwei Wochen als ausreichend. Die Leistung kann auch in Form einer Direktvergabe vergeben werden, wenn der im BVergG bestimmte Schwellenwert nicht überschritten wird (dzt € 120.000,-- inkl USt). Maßnahmen, welche unter dem Begriff „Gefahr im Verzug“ subsumiert werden, können und müssen unverzüglich vergeben und durchgeführt werden.

Ad VI:

Kann der Beginn der Gewährleistungsfrist verschoben werden?

Grundsätzlich beginnt die Gewährleistungsfrist mit Ablieferung der Sache. Der Bund gibt mit dem vorgeschriebenen Bestell- und Rechnungsprozess vor, dass im Zuge der Lieferung/Aushändigung eines Gegenstandes, eine An-, Ab- und Übernahme zu erfolgen hat. Eine Zahlungsfreigabe, also die Erbringung der Gegenleistung, kann frühestens nach einer Abnahme, welche den Vorgang der Qualitäts- und Quantitätsprüfung darstellt, erfolgen. Es stellt sich nun die Frage, ob für den Bund die Gewährleistungsfrist erst mit der Abnahme beginnt. Im Zusammenhang mit dem Beginn der Gewährleistungsfrist für versteckte Mängel, hat der OGH klar zum Ausdruck gebracht, dass der Beginn der Gewährleistungsfrist jener Zeitpunkt ist, der den Übernehmer in die Lage versetzt, Mängel zu erkennen. Hiervon sind lediglich Rechtsmängel ausgenommen. Auch wenn der Bund mit der Ablieferung der Sache noch keine Annahme und Abnahme durchgeführt hat, versetzt dieser Zeitpunkt den Bund in die Lage, die Sache auf Mängel zu prüfen. Daher beginnt auch für den Bund, die Gewährleistungsfrist, mit Ablieferung der Sache.

¹⁹⁸ Vgl. § 57 Abs 1 BVergG.

Ad VII:

Gibt es eine Haftungskette und wenn ja, wo sind deren mögliche Bruchstellen?

Der Subunternehmer, gesehen unter der dieser Dissertation zugrunde liegenden Definition, ist Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers. Eine Weisungsbefugnis zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer ist nicht maßgebend, vielmehr steht der Vertragszweck, welcher im Zusammenhang mit der Leistungserbringung für den Auftraggeber stehen muss, im Vordergrund. Der Subunternehmer steht in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber. Für die Gewährleistungspflicht des Auftragnehmers ist entscheidend, dass der Subunternehmer in Interessenverfolgung des Auftragnehmers (Schuldners) tätig wird: „*Interessensverfolgungsprogramm des Schuldners und damit im Risikobereich einbezogen*“¹⁹⁹. Welchen Teil der Auftragnehmer ausführt, ist hierfür nicht entscheidend.

Bei dem Vertrag zwischen Auftragnehmer und Subunternehmer kann es sich, sofern der begünstigte Dritte bestimmbar ist, um einen Vertrag zugunsten Dritter handeln. Dies führt dazu, dass der Auftraggeber bei Vorliegen der rechtlichen Voraussetzungen, also bei einem echten Vertrag zugunsten Dritter, ein direktes Durchsetzungsrecht gegenüber dem Subunternehmer hat.

Bei der Frage inwieweit der Auftraggeber zur Haftung gegenüber Dritten heranziehbar ist, richtet sich der Fokus auf die Besorgungsgehilfenhaftung, im Sinne des Auswahlverschuldens²⁰⁰.

Dieses trifft den Auftraggeber, wenn das BVergG die Bekanntgabe des Subunternehmers normiert oder, wenn der Auftraggeber die Nennung des Subunternehmers in den Ausschreibungsbedingungen festlegt.

Falls der Subunternehmer vom Auftragnehmer im Zuge des Vergabeverfahrens nicht bekanntgegeben wurde und diese Nichtbekanntgabe im Einklang mit dem BVergG zu sehen ist, hat der öffentliche Auftraggeber keine Information über den Subunternehmer. In diesem Fall ist das Auswahlverschulden dem Auftragnehmer zuzurechnen. Sollte im Zuge des Vergabeverfahrens der Subunternehmer bekannt gegeben worden sein, erfolgt die Prüfung der Zuverlässigkeit und Befugnis, in Eventu auch der Leistungsfähigkeit.

¹⁹⁹ Vgl. OGH 30.05.1994, 10b564/94.

²⁰⁰ Vgl. § 1315 ABGB.

Bei Unterlassung dieser Maßnahme oder bei unzureichender Prüfung, ist diese Tatsache der juristischen Person des öffentlichen Rechts, als bekannt oder fahrlässig unbekannt zuzurechnen.

Diese Zuordnung reicht aus meiner Sicht aus, für die Qualifikation nach § 1315 ABGB, wonach der Auftraggeber eine untüchtige oder wissentlich gefährliche Person zur Erfüllung seiner Aufgaben verwendet, nicht aus.

Liegt kein Auswahlverschulden des Auftraggebers vor, ist der Auftraggeber nicht haftbar. Dies schließt jedoch die Haftung nach anderen Rechtsnormen, wie beispielsweise § 1319a Wegehalterhaftung, nicht aus.

Die Haftungsgrenze des Auftraggebers ist das Auswahlverschulden. Auch der Auftragnehmer und der Subunternehmer unterliegen einer Haftungsgrenze.

Generell ist zu sagen, dass eine Haftung ohne Bestehen eines Schuldverhältnisses, wie beispielsweise Sorgfaltspflichten bzw. gesetzliche Verpflichtungen, nicht von der Erfüllungsgehilfenhaftung erfasst sind.

Steht der Gehilfe zum Gläubiger in keinem Schuldverhältnis, haftet dieser nur aus deliktischem Verhalten. Kann die Rechtswidrigkeit nicht vom Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer abgeleitet werden, liegt eine Haftung des Erfüllungsgehilfen, wegen Verletzung der Pflichten aus dem Schuldverhältnis, nicht vor. Der Erfüllungsgehilfe, also der Subunternehmer haftet nur dann, wenn sein Verhalten unabhängig von der Existenz des Schuldverhältnisses rechtswidrig ist, also deliktisch. Dies wurde seitens des OGH im Falle von Setzungsschäden an Nachbarhäusern, welche im Zuge der Herstellung einer Bohrpfahlfundamentierung von Baumeisterarbeiten entstanden, bejaht.

Sollte kein vertraglicher Anspruch bestehen, ist letztlich noch zu prüfen, ob ein Vertrag mit Schutzwirkung Dritter vorliegt, nämlich dann, wenn der Dritte in der Interessensphäre des Auftraggebers liegt.

Conclusio:

Mit der **RV BVergG Novelle 2015** erfolgt eine Weiterentwicklung in Richtung Offenlegung und Transparenz im Hinblick auf Subunternehmerleistungen. Diesem Transparenzgewinn stehen auftraggeberseitig ein erhöhter Aufwand, hinsichtlich normierter Prüferfordernisse und ein Mehraufwand, für Angebotserarbeitungen gegenüber,

welche auch zur zeitlichen Verlängerung der Prüf- und Auswahlphase führen können. Im Bereich der Ausführung ergibt sich eine Offenlegung sämtlicher, an der Leistungserfüllung beteiligter Unternehmen. Letztlich wird mit der geplanten Regelung auch ein Qualitätsgewinn, in der Ausführung erreicht. Die dargestellten Vorteile überwiegen, meines Erachtens, gegenüber den negativen Aspekten eines erhöhten Aufwandes.

Wünschenswert wäre eine begriffliche Darstellung des Subunternehmers, unter Berücksichtigung der Zeitachse. Diese begriffliche Klarheit würde möglichen negativen Folgen, bei Mehrfachbeteiligungen eines Unternehmens, vorbeugen.

Bei Fällen der Insolvenz, wäre ein Abgehen vom bisherigen Prinzip des grundsätzlichen Ausschlusses hin zum Sanierungsgedanken der IO, bei welchem eine, auf den Einzelfall abgestimmte Prüfung erfolgt, zwingend geboten.

11 ANHANG

11.1 ZULÄSSIGE BIETEREINSCHRÄNKUNGEN GEM BVERGG

Tabelle 7 Wahl des Vergabeverfahrens, Bauauftrag

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Offenes Verfahren ²⁰¹	Ja	Ja	Stellt das transparenteste Verfahren nach dem BVergG dar und ist infolge dessen generell zulässig.
Nicht offenes ²⁰² Verfahren mit Bekanntmachung	Ja	Ja	Keine Einschränkungen generelle Zulässigkeit.
Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung ²⁰³	Nein	Ja	Im USB bis € 1 Mio Die im Verfahren eingeladenen Bieter werden durch den AG ohne öffentliche Bekanntmachung zur Angebotsabgabe eingeladen. <ul style="list-style-type: none"> • Sofern genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lauterer Wettbewerb sicherzustellen.

²⁰¹ Vgl. § 27 BVergG.

²⁰² Vgl. § 27 BVergG.

²⁰³ Vgl. § 37 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung ²⁰⁴	Ja	Ja	<p>Im OSB</p> <ul style="list-style-type: none"> • nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, wenn keine bzw. nur unannehmbare Angebote abgegeben wurden (ohne Änderung der Bedingungen); • Bauleistungen für Forschungs- Versuchs- oder Entwicklungszwecke; • Bauleistungen die eine vorherige Preisgestaltung nicht zulassen. <p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • bis € 1 Mio bestehen keine Einschränkungen.

²⁰⁴ Vgl. §§ 28 Abs 1, 38 Abs 1 BVergG.

<p>Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung²⁰⁵</p>	<p>Ja</p>	<p>Ja</p>	<p>Im OSB</p> <ul style="list-style-type: none"> • nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, wenn keine bzw. nur unannehmbare Angebote abgegeben wurden bzw. kein Teilnahmeantrag gestellt wurde (ohne Änderung der Bedingungen); • Bauleistungen, die aus technischen oder künstlerischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können. • Dringliche zwingende Gründe, die nicht im Verhalten des Auftraggebers liegen, welche nicht vorhersehbar waren und die es nicht zulassen, dass die Fristen eines offenen bzw. eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. eines entsprechenden Verhandlungsverfahrens eingehalten werden. • Zusätzliche Bauleistungen, die ursprünglich nicht vorgesehen waren, jedoch auf Grund eines unvorhergesehenen Ereignisses notwendig sind, wenn der Auftrag an den ausführenden Unternehmer des Erstauftrages ergeht und die zusätzliche Bauleistung 50% des ursprünglichen Bauauftrages nicht überschreitet. • Wenn die neuen Bauleistungen in der Wiederholung gleichartiger Bauleistungen, bei Vorliegen der im BVergG angeführten Bedingungen, besteht.
--	-----------	-----------	--

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
			<p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bis € 100 T keine Einschränkungen • Gelegenheitskauf • Geschäftsbeendigung oder Insolvenzverfahren • Wenn im Rahmen eines durchgeführten Vergabeverfahrens kein geeignetes Angebot, keine geeignete Wettbewerbsarbeit oder kein Teilnahmeantrag einlangte und die ausgeschriebenen Bedingungen sich nicht änderten.
Direktvergabe ²⁰⁶	Nein	Ja	Bis € 100 T keine Einschränkungen im Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.
Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ²⁰⁷	Nein	Ja	Bis € 500 T keine Einschränkungen im Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.
Wettbewerblicher Dialog ²⁰⁸	Ja	Ja	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn es sich um einen komplexen Auftrag handelt und • der Auftraggeber der Meinung ist, dass ein offenes oder nichtoffenes Verfahren unmöglich ist.
Rahmenvereinbarung ²⁰⁹	Ja	Ja	<p>Nach Durchführung eines offenen, nicht offenen Verfahrens bzw. eines Verhandlungsverfahrens, wird eine Rahmenvereinbarung geschlossen. Es erfolgt vorerst kein Zuschlag.</p> <p>Für die Wahl des Verfahrens gelten die jeweiligen Voraussetzungen des gewählten Vergabeverfahrens.</p>

²⁰⁵ Vgl. §§ 28 Abs 2, 38 Abs 2 BVergG

²⁰⁶ Vgl. § 41 BVergG.

²⁰⁷ Vgl. § 41a BVergG.

²⁰⁸ Vgl. § 34 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Auftrag aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems ²¹⁰	Ja	Ja	<ul style="list-style-type: none"> • Nur nach Durchführung eines offenen Verfahrens und • nur für die Beschaffung marktüblicher Leistungen, daher nicht für geistige Dienstleistungen geeignet.
Elektronische Auktion ²¹¹	Ja	Ja	<p>Dient der Ermittlung des Angebots, welches den Zuschlag erhalten soll.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens, eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung. • Bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems. <p>Für die Wahl des Verfahrens gelten wiederum die jeweiligen Voraussetzungen des gewählten Vergabeverfahrens.</p>

²⁰⁹ Vgl. § 32 BVergG.

²¹⁰ Vgl. § 33 BVergG.

²¹¹ Vgl. § 31 BVergG.

Tabelle 8 Wahl des Vergabeverfahrens, Lieferauftrag

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
Offenes Verfahren ²¹²	Ja	Ja	Stellt das transparenteste Verfahren nach dem BVergG dar und ist infolge dessen generell zulässig.
Nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung ²¹³	Ja	Ja	Es bestehen keine Einschränkungen, daher gilt eine generelle Zulässigkeit.
Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung ²¹⁴	Nein	Ja	Im USB bis € 100 T Die im Verfahren eingeladenen Bieter werden durch den AG ohne öffentliche Bekanntmachung zur Angebotsabgabe eingeladen. <ul style="list-style-type: none"> • Sofern genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen.
Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung ²¹⁵	Ja	Ja	Im OSB <ul style="list-style-type: none"> • nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder im Rahmen eines wettbewerblichen Dialogs, wenn keine bzw. nur unannehmbare Angebote abgegeben wurden (ohne Änderung der Bedingungen); • Lieferungen, die eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen. Im USB bis € 135 T bestehen keine Einschränkungen
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ²¹⁶	Ja	Ja	Im OSB <ul style="list-style-type: none"> • nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger

²¹² Vgl. § 27 BVergG.

²¹³ Vgl. § 27 BVergG.

²¹⁴ Vgl. § 37 BVergG.

²¹⁵ Vgl. §§ 29 Abs 1, 38 Abs 1 BVergG.

²¹⁶ Vgl. §§ 29 Abs 2, 38 Abs 2 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
			<p>Bekanntmachung, wenn keine bzw. nur unannehmbare Angebote abgegeben wurden bzw. kein Teilnahmeantrag gestellt wurde (ohne Änderung der Bedingungen);</p> <ul style="list-style-type: none"> • Lieferaufträge, die aus technischen oder künstlerischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können. • Dringliche zwingende Gründe, die nicht im Verhalten des Auftraggebers liegen, welche nicht vorhersehbar waren und die es nicht zulassen, dass die Fristen eines offenen bzw. eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. eines entsprechenden Verhandlungsverfahrens eingehalten werden können. • Lieferaufträge die ausschließlich zu Forschungs-, Versuchs-, Untersuchungs- oder Entwicklungszwecken vergeben werden. • Für früher durchgeführte Lieferungen des ursprünglichen Unternehmers, wenn zusätzliche Lieferungen notwendig werden, die zur teilweisen Erneuerung von gelieferten marktüblichen Waren oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind. <p>Der Wechsel des Auftragnehmers muss den Kauf von Waren, mit</p>

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
			<p>unterschiedlichen technischen Merkmalen zur Folge haben, welche eine technische Unvereinbarkeit darstellen oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung zur Folge haben.</p> <p>Die Auftragsdauer darf in der Regel 3 Jahre nicht überschreiten.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Wenn es sich um die Lieferungen von Waren handelt, welche an Börsen notiert und gekauft werden. • Wenn es sich um Warenlieferungen handelt, welche zu besonders günstigen Bedingungen von Unternehmen im Insolvenz-, Konkurs-, Vergleichs- oder Ausgleichsverfahren handelt. <p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bis € 100 T keine Einschränkungen • Gelegenheitskauf • Geschäftsbeendigung oder Insolvenzverfahren • Wenn im Rahmen eines durchgeführten Vergabeverfahrens kein geeignetes Angebot, keine geeignete Wettbewerbsarbeit oder kein Teilnahmeantrag einlangte und die ausgeschriebenen Bedingungen sich nicht änderten.
Direktvergabe ²¹⁷	Nein	Ja	Bis € 100 T keine Einschränkungen im Bezug auf

²¹⁷ Vgl. § 41 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
			die Auswahl des Auftragnehmers.
Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ²¹⁸	Nein	Ja	Bis € 130 T keine Einschränkungen im Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.
Wettbewerblicher Dialog ²¹⁹	Ja	Ja	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn es sich um einen komplexen Auftrag handelt und • der Auftraggeber der Meinung ist, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren unmöglich ist.
Rahmenvereinbarung ²²⁰	Ja	Ja	<p>Nach Durchführung eines offenen, nicht offenen Verfahrens bzw. eines Verhandlungsverfahrens wird eine Rahmenvereinbarung geschlossen. Es erfolgt vorerst kein Zuschlag.</p> <p>Für die Wahl des Verfahrens gelten die jeweiligen Voraussetzungen des gewählten Vergabeverfahrens.</p>
Auftrag aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems ²²¹	Ja	Ja	<ul style="list-style-type: none"> • Nur nach Durchführung eines offenen Verfahrens und • nur für die Beschaffung marktüblicher Leistungen, daher nicht für geistige Dienstleistungen²²² geeignet.
Elektronische Auktion ²²³	Ja	Ja	<p>Dient der Ermittlung des Angebots, welches den Zuschlag erhalten soll.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens,

²¹⁸ Vgl. § 41a BVergG.

²¹⁹ Vgl. § 34 BVergG.

²²⁰ Vgl. § 32 BVergG.

²²¹ Vgl. § 33 BVergG.

²²² Die Wirtschaftskammer Österreichs definiert diese wie folgt: Geistige Dienstleistungen sind Arbeiten, die nicht so hinreichend exakt beschrieben werden können, dass sie im offenen oder nicht offenen Verfahren vergeben werden können. Daher sind Verhandlungen mit den Bietern unbedingt notwendig. Diese sind aber nur im Verhandlungsverfahren zulässig.

²²³ Vgl. § 31 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzungen
			<p>eines Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund einer Rahmenvereinbarung eines dynamischen Beschaffungssystems. <p>Für die Wahl des Verfahrens gelten wiederum die jeweiligen Voraussetzungen des gewählten Vergabeverfahrens.</p>

Tabelle 9 Wahl des Vergabeverfahrens, Dienstleistungsauftrag

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzung
Offenes Verfahren ²²⁴	Ja	Ja	Stellt das transparenteste Verfahren nach dem BVergG dar und ist infolge dessen generell zulässig.
Nicht offenes Verfahren mit Bekanntmachung ²²⁵	Ja	Ja	Es bestehen keine Einschränkungen, daher gilt eine generelle Zulässigkeit.
Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung ²²⁶	Nein	Ja	Im USB bis € 100 T Die im Verfahren eingeladenen Bieter werden durch den AG ohne öffentliche Bekanntmachung, zur Angebotsabgabe eingeladen. <ul style="list-style-type: none"> • Sofern genügend geeignete Unternehmer bekannt sind, um einen freien und lautereren Wettbewerb sicherzustellen.
Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung ²²⁷	Ja	Ja	Im OSB <ul style="list-style-type: none"> • nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung oder im Rahmen eines wettbewerblichen Dialogs, wenn keine bzw. nur unannehmbare Angebote abgegeben wurden (ohne Änderung der Bedingungen). • Dienstleistungen, die eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen. • Dienstleistungen (insb. geistige Dienstleistungen, wie Bauplanungsdienstleistungen sowie Dienstleistungen im Sinne Anhang III Kategorie 6 BVergG), welche eine genaue vertragliche Spezifikation nicht

²²⁴ Vgl. § 27 BVergG.

²²⁵ Vgl. § 27 BVergG.

²²⁶ Vgl. § 37 BVergG.

²²⁷ Vgl. § 30 Abs 1 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzung
			<p>zulassen, sodass die Wahl des Bestbieters im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung, nicht vergeben werden kann.</p> <p>Im USB bis € 135 T bestehen keine Einschränkungen</p>
Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ²²⁸	Ja	Ja	<p>Im OSB</p> <ul style="list-style-type: none"> • nach Durchführung eines offenen oder nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung, wenn keine bzw. nur unannehmbare Angebote abgegeben wurden bzw. kein Teilnahmeantrag gestellt wurde (ohne Änderung der Bedingungen) und auf Wunsch eine Berichtsvorlage an die Kommission. • Dienstleistungsaufträge, die aus technischen oder künstlerischen Gründen nur von einem bestimmten Unternehmer ausgeführt werden können. • Dringliche zwingende Gründe, die nicht im Verhalten des Auftraggebers liegen, welche nicht vorhersehbar waren und die es nicht zulassen, dass die Fristen eines offenen bzw. eines nicht offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. eines entsprechenden Verhandlungsverfahrens eingehalten werden können. • Zusätzliche Dienstleistungen, die ursprünglich nicht vorgesehen waren, welche jedoch auf Grund eines unvorhergesehenen Ereignisses zur

²²⁸ Vgl. §§ 30 Abs 2, 38 Abs 2 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzung
			<p>Ausführung der darin beschriebenen Dienstleistung erforderlich sind, sofern an den ursprünglichen Unternehmer vergeben wird und die zusätzlichen Dienstleistungen 50% des ursprünglichen Dienstleistungsauftrages nicht überschreiten.</p> <p>Sofern eine Trennung ohne wesentliche Nachteile nicht möglich ist oder wenn durch die Trennung zusätzliche Dienstleistungen erforderlich werden.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Wiederholungsaufträge gleichartiger Dienstleistungen, unter bestimmten gem. BVergG vorgeschriebenen Voraussetzungen. • Nach Durchführung eines Wettbewerbes an den Gewinner oder die Gewinner (alle Teilnehmer müssen zur Verhandlung aufgefordert werden) des Wettbewerbes vergeben wird. <p>Im USB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bis € 100 T keine Einschränkungen • Gelegenheitskauf • Geschäftsbeendigung oder Insolvenzverfahren • Wenn im Rahmen eines durchgeführten Vergabeverfahrens kein geeignetes Angebot, keine geeignete Wettbewerbsarbeit oder kein Teilnahmeantrag einlangte und die ausgeschriebenen Bedingungen sich nicht

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzung
			ändern.
Direktvergabe ²²⁹	Nein	Ja	Bis € 100 T keine Einschränkungen im Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.
Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung ²³⁰	Nein	Ja	Bis € 130 T keine Einschränkungen im Bezug auf die Auswahl des Auftragnehmers.
Wettbewerblicher Dialog - bei besonders komplexen Aufträgen ²³¹	Ja	Ja	<ul style="list-style-type: none"> • Wenn es sich um einen komplexen Auftrag handelt und • der Auftraggeber der Meinung ist, dass ein offenes oder nicht offenes Verfahren unmöglich ist.
Rahmenvereinbarung zu oV, noVmB, VV ²³²	Ja	Ja	Nach Durchführung eines offenen, nicht offenen Verfahrens bzw. eines Verhandlungsverfahrens wird eine Rahmenvereinbarung geschlossen. Es erfolgt vorerst kein Zuschlag. Für die Wahl des Verfahrens gelten die jeweiligen Voraussetzungen des gewählten Vergabeverfahrens.
Auftrag aufgrund eines dynamischen Beschaffungssystems nach oV ²³³	Ja	Ja	<ul style="list-style-type: none"> • Nur nach Durchführung eines offenen Verfahrens und • nur für die Beschaffung marktüblicher Leistungen, daher nicht für geistige Dienstleistungen geeignet.
elektronische Auktion ergänzend zu Vergabeverfahren ²³⁴	Ja	Ja	Dient der Ermittlung des Angebots, welches den Zuschlag erhalten soll. <ul style="list-style-type: none"> • Nach Durchführung eines offenen Verfahrens, eines nicht offenen Verfahrens,

²²⁹ Vgl. § 41 BVergG.

²³⁰ Vgl. § 41a BVergG.

²³¹ Vgl. § 34 BVergG.

²³² Vgl. § 32 BVergG.

²³³ Vgl. § 33 BVergG.

²³⁴ Vgl. § 31 BVergG.

Zulässigkeit			
Art des Verfahrens	OSB	USB	Voraussetzung
			<p>einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bei der Vergabe von Aufträgen auf Grund einer Rahmenvereinbarung, eines dynamischen Beschaffungssystems. <p>Für die Wahl des Verfahrens gelten wiederum die jeweiligen Voraussetzungen des gewählten Vergabeverfahrens.</p>

11.2 ABSTRACT DEUTSCH

Die Bearbeitung der Thematik erfolgte unter Einbeziehung der Regierungsvorlage mit welcher das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden soll.

Definition

Subunternehmer ist ein Unternehmer, der von einem anderen Unternehmer oder Unternehmen, das einen Auftrag übernommen hat, damit betraut wird, einen Teil dieses Auftrages, auf dessen Rechnung, auszuführen. Das BVergG definiert den Begriff des Subunternehmers nicht.

§145 Abs 3 BVergG 2006 verweist im Hinblick auf Verfahren zur Vergabe von Aufträgen durch Baukonzessionäre, die keine Auftraggeber sind auf den Begriff der verbundenen Unternehmen. Diese gelten nicht als Dritte. Es bleibt zu klären, was unter einem verbundenen Unternehmen zu verstehen ist?

Gemäß § 228 Abs 3 UGB sind verbundene Unternehmen solche Unternehmen, die im Rahmen der Vollkonsolidierung in den Konzernabschluss eines Mutterunternehmens einzubeziehen sind.

In der Dissertation wurde eine begriffliche Konkretisierung vorgenommen.

Allgemeine Zielsetzung

Ziel und Zweck der Regelungen, in Bezug auf Subunternehmerleistungen, ist es, die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Aufträgen zu fördern. Im Hinblick auf diese Zielsetzung, sind in einem ersten Schritt, die rechtlichen Rahmenbedingungen für Subunternehmerleistungen erarbeitet worden. Dabei werden bereits jene Aspekte erörtert, die zur Konkretisierung der unten angeführten Fragen beitragen.

Unter welchen Voraussetzungen kann der Bieter den Subunternehmer/Subunternehmen, mit der Leistungserbringen betrauen?

Unter welchen Voraussetzungen kann sich der Bieter, als Nachweis seiner beruflichen Befugnis bzw. oder seiner beruflichen Zuverlässigkeit, Subunternehmer/Subunternehmen bedienen?

Unter welchen Voraussetzungen kann sich der Bieter, zum Nachweis der Leistungsfähigkeit, Subunternehmer/Subunternehmen bedienen? Wobei hier die unterschiedlichen Aspekte der finanziellen, wirtschaftlichen sowie technischen Leistungsfähigkeit erarbeitet wurden.

Kann der Bieter die Berufung auf einen Subunternehmer zurückziehen? Welche Folgen ergeben sich für den Bieter oder den Auftragnehmer, bei Änderung oder Wegfall des Subunternehmers.

Problemstellungen

Das BVergG lässt offen, ob die Leistungserfüllung im Wege von Subaufträgen an Dritte weitergegeben oder die geforderte Leistung zur Gänze selbst zu erfüllen ist. Es schließt lediglich die Weitergabe des gesamten Auftrages – mit Ausnahme von Kaufverträgen, sowie Leistungserfüllungen durch verbundene Unternehmen – aus. Der Gesetzgeber überlässt hier dem Auftraggeber einen Ermessenspielraum, welcher in den Ausschreibungsunterlagen zu konkretisieren ist. Offen bleibt jedoch die Frage, welchen Anteil der Leistung, im Hinblick auf die Auftragsleistung, der Bieter an Subunternehmer übertragen kann.

Weiters wurde erörtert, ob der Auftraggeber seinen Ermessenspielraum überschreitet, wenn er die Weitergabe der geforderten Leistung, im Wege von Subaufträgen, ausschließt.

Vorweg ist festzuhalten: Bedient sich ein Bieter eines Subunternehmers, so hat er für den Nachweis der Leistungsfähigkeit, die erforderlichen Bescheinigungen und den Nachweis über die verfügbaren Kapazitäten der genannten Subunternehmer, zu erbringen. Bei der

finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit muss der Auftragnehmer, über die, zur Durchführung des Gesamtauftrages, erforderlichen Sicherheiten, verfügen.

Zur Bearbeitung dieser Problematik wurde untersucht, welche Nachweise zu welchem Zeitpunkt vorzuliegen haben.

Voraussetzung für die Weitergabe von Teilen einer Leistung ist, dass der Subunternehmer unter anderem, die für den jeweiligen Auftragsteil, erforderliche Befugnis, besitzt. Der Bieter darf sich zum Nachweis seiner Befugnis eines Subunternehmers bedienen. Der Subunternehmer muss jedoch über diese Befugnis verfügen. Zu erörtern war, welche Tätigkeiten der Subunternehmer, auch außerhalb seiner Befugnis, insbesondere aber im Hinblick auf Vor- und Vollendungsarbeiten, durchführen darf.

Hat sich der Bieter auf einen Subunternehmer berufen und stellt sich heraus, dass der Subunternehmer des Bieters ungeeignet ist, bleibt zu erörtern, wie sich diese Sachlage auf das Angebot auswirkt. Welche Aspekte ergeben sich daraus, wenn der Bieter, je Leistungsteil, mehrere Subunternehmer bekannt gegeben hat.

Dem öffentlichen Auftraggeber können erhebliche wirtschaftliche Nachteile erwachsen, wenn bei Baustellen mit mehreren Auftragnehmern, einer dieser Unternehmer/Unternehmen insolvent wird und dadurch die Bautätigkeit zum Erliegen kommt. Eine klare rechtliche Aussage – Entscheidung von Höchstgerichten – liegt derzeit nicht vor.

Im Hinblick auf diese Rahmenbedingungen wurde in der Dissertation auch die Frage des Konkurses von Subunternehmern, und deren Auswirkung, auf die Rechtsbeziehung zum Generalunternehmer, erörtert.

Bei der Gewährleistung ergeben sich mehrere Betrachtungsmöglichkeiten. Insbesondere wurde erörtert, ob ein Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers gilt. Betrachtet wurden auch eine Haftungskette und deren Bruchstellen.

11.3 ABSTRACT ENGLISH

Abstract – Subcontractors in Federal Procurement Law

The handling of the topic results by involving the government bill which will change the “Bundesvergabegesetz 2006” (Federal Procurement Act) and the “Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012” (Federal Procurement Act Defence and Safety 2012).

Definition

A subcontractor is a contractor, who is entrusted by another contractor or company that has taken an order, to carry out a part of this order on the account of the entrusted contractor or company. The Federal Procurement Act does not define the concept of a subcontractor.

§ 145 Abs 3 BVergG 2006 refers, with regard to the procedures concerning the awarding of contracts through concessionaires who aren't awarding authorities, to the concept of affiliated companies. These are not considered as third parties. It remains to be clarified what is meant by an affiliated company?

According to § 228 Abs 3 UGB affiliated companies are the companies that are to be included as part of the full consolidation in the consolidated financial statement of a parent company.

In the dissertation a conceptual concretion was made.

General objective

The purpose of the regulations, concerning the subcontractor services, is to boost the involvement of small and medium sized companies in public orders. In view of this objective, as a first step, the legal framework for subcontractor services has been worked out. Here those aspects are discussed, that contribute to the concretion of the below questions. The legislative authority grants the awarding authority an allowance of discretion, which is to be concretised in the contract specification.

Under what conditions can the bidder entrust a subcontractor service provisions?

Under what conditions can the bidder, as evidence of his professional competence or reliability, use the services of a subcontractor?

Under what conditions can the bidder, as evidence of efficiency, use the services of a subcontractor? In which the various aspects of the financial, economic and technical efficiency were developed here.

Can the bidder retract the appointment of a subcontractor? What consequences arise for the bidder or the contractor, if the subcontractor is changed or drops out?

Problem statement

The Federal Procurement Act leaves open whether the service provision by means of subcontracts can be passed on to third parties or if the requested service has to be fulfilled by

oneself completely. It merely excludes the transfer of the whole order – with the exception of purchase contracts and service provision by affiliated companies. The question what share of the service -with regard to the order service- the bidder can transfer to the subcontractor, remains unsettled. Furthermore it was discussed, if the awarding authority exceeds its allowance of discretion, when it comes to ruling out the transfer of the requested service by the means of subcontracts. Operates the bidder through a subcontractor, he has to provide the required certificates, proof of available capacities and evidence of efficiency. With the financial and economic evidence, the contractor must have the required collaterals to implement the whole contract at his disposal.

For this problem it has been studied what evidence has to be available at what time.

Requirement for transferring portions of the service is, amongst others, the possession of the required competence of the subcontractor for the particular parts of the contract. The bidder can, to proof his competence, use the service of a subcontractor. In this case, the subcontractor has to have this required competence at his disposal. It was to discuss, what actions, in particular with regard to preliminary and completion work, even outside of his competence can be executed by the subcontractor?

Referred the bidder to a subcontractor and it turns out that said subcontractor is not qualified, it remains open to debate how this state of affairs affects the offer. What aspects arise, if a bidder named several subcontractors per portion of the services.

Significant economic disadvantages for the public awarding authority may arise when at construction sites with more contractors one of those becomes insolvent and thus construction activity grinds to a halt. A clear legal statement – decision of the highest courts – is not available at the present.

With regard to these basic conditions, the question of bankruptcy of subcontractors and the consequences on the privity of contract to the prime contractor is discussed in the dissertation.

Regarding the warranty, several approaches arise. It was discussed in particular, if a subcontractor counts as a vicarious agent for a contractor. Chains of liabilities and its points of failure were also considered.