



universität  
wien

# DISSERTATION / DOCTORAL THESIS

Titel der Dissertation / Title of the Doctoral Thesis

„Der Subunternehmereinsatz im Vergaberecht nach dem  
BVergG 2018“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. Verena Schatz, LL.B. (WU)

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Doktorin der Rechtswissenschaften (Dr. iur)

Wien, 2022

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

UA 783 101

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

Rechtswissenschaften

Betreut von / Supervisor:

em. Univ. Prof. Dr. Josef Aicher/  
degree(s) first name family name

# Inhaltsverzeichnis

|                                                                                                            |           |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| INHALTSVERZEICHNIS .....                                                                                   | 2         |
| <b>1. ÜBERBLICK.....</b>                                                                                   | <b>4</b>  |
| <b>2. VORWORT .....</b>                                                                                    | <b>5</b>  |
| <b>3. AUFBAU.....</b>                                                                                      | <b>6</b>  |
| <b>4. EINLEITUNG .....</b>                                                                                 | <b>7</b>  |
| <b>5. SUBUNTERNEHMER-HILFSUNTERNEHMER .....</b>                                                            | <b>9</b>  |
| 5.1 SUBUNTERNEHMERBEGRIFF IM WERKVERTRAGSRECHT .....                                                       | 10        |
| 5.2 SUBUNTERNEHMERBEGRIFF IM VERGABERECHT .....                                                            | 12        |
| 5.3 HILFSUNTERNEHMERBEGRIFF IM VERGABERECHT .....                                                          | 13        |
| 5.4 ABGRENZUNG SUBUNTERNEHMER – HILFSUNTERNEHMER .....                                                     | 14        |
| 5.5 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 5.....                                                                         | 24        |
| <b>6. ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER - NICHT ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER.....</b>                         | <b>25</b> |
| 6.1 DEFINITION ERFORDERLICHER / NICHT ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER.....                                   | 25        |
| 6.2 EIGNUNG .....                                                                                          | 28        |
| 6.2.1 <i>Befugnis</i> .....                                                                                | 29        |
| 6.2.1.1 Befugnis nach der GewO .....                                                                       | 29        |
| 6.2.1.2 Befugnis nach dem ZTG .....                                                                        | 31        |
| 6.2.1.3 Befugnis im Vergabeverfahren.....                                                                  | 32        |
| 6.2.2 <i>Leistungsfähigkeit</i> .....                                                                      | 33        |
| 6.2.2.1 Finanzielle / wirtschaftliche Leistungsfähigkeit.....                                              | 33        |
| 6.2.2.2 Technische Leistungsfähigkeit.....                                                                 | 41        |
| 6.2.3 <i>Berufliche Zuverlässigkeit</i> .....                                                              | 46        |
| 6.3 EIGNUNGSKRITERIEN.....                                                                                 | 52        |
| 6.4 EIGENERKLÄRUNG .....                                                                                   | 56        |
| 6.5 EIGENERKLÄRUNG UND SUBUNTERNEHMER .....                                                                | 61        |
| 6.6 EUROPÄISCHE EIGENERKLÄRUNG.....                                                                        | 62        |
| 6.7 ABGRENZUNG ERFORDERLICHER/NICHT ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER .....                                    | 66        |
| 6.8 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 6.....                                                                         | 75        |
| <b>7. EIGNUNGSLEIHE .....</b>                                                                              | <b>77</b> |
| 7.1 NACHWEIS DER EIGNUNG DURCH ANDERE UNTERNEHMER.....                                                     | 77        |
| 7.2 VORAUSSETZUNGEN FÜR DEN NACHWEIS DER LEISTUNGSFÄHIGKEIT UND EIGNUNG DURCH DRITTE .....                 | 82        |
| 7.3 VERHÄLTNIS DES SUBUNTERNEHMEREINSATZES ZUR EIGNUNGSLEIHE .....                                         | 85        |
| 7.4 BESCHRÄNKUNG DER EIGNUNGSLEIHE .....                                                                   | 87        |
| 7.5 RECHTSLAGE NACH DER NEUEN VERGABERICHTLINIE 2014/24/EU .....                                           | 89        |
| 7.6 ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 7.....                                                                         | 91        |
| <b>8. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN SUBUNTERNEHMEREINSATZ.....</b>                                  | <b>93</b> |
| 8.1 RAHMENBEDINGUNGEN DES SUBUNTERNEHMEREINSATZES VOR ZUSCHLAGSERTEILUNG.....                              | 93        |
| 8.1.1 <i>Bekanntgabe von Subunternehmern</i> .....                                                         | 94        |
| 8.1.2 <i>Gesamtweitergabe</i> .....                                                                        | 98        |
| 8.1.3 <i>Verpflichtungen zur Selbstaussführung</i> .....                                                   | 101       |
| 8.1.4 <i>Wechsel / nachträgliche Bekanntmachung eines Subunternehmers vor Zuschlagsentscheidung</i><br>105 |           |
| 8.1.5 <i>Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer und Bieter</i> .....                                       | 106       |
| 8.2 RAHMENBEDINGUNGEN DES SUBUNTERNEHMEREINSATZES NACH ZUSCHLAGSERTEILUNG.....                             | 109       |
| 8.2.1 <i>Bekanntgabe von Subunternehmern nach Zuschlagserteilung</i> .....                                 | 110       |

|            |                                                                                              |            |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 8.3        | ZUSAMMENFASSUNG KAPITAL 8 .....                                                              | 115        |
| <b>9.</b>  | <b>EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN UND RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN SUBUNTERNEHMEREINSATZ .....</b> | <b>117</b> |
| 9.1        | EIGNUNG .....                                                                                | 117        |
| 9.1.1      | <i>Wegfall der Eignung zwischen der Angebotsabgabe und der Zuschlagsentscheidung .....</i>   | <i>117</i> |
| 9.2        | WECHSEL EINES SUBUNTERNEHMERS NACH ZUSCHLAGSERTeilUNG.....                                   | 119        |
| 9.3        | BESCHRÄNKUNG DES SUBUNTERNEHMEREINSATZES .....                                               | 125        |
| 9.3.1      | <i>Sonderregelungen für Personenverkehr .....</i>                                            | <i>130</i> |
| 9.4        | ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 9.....                                                               | 132        |
| <b>10.</b> | <b>EXKURS: DEUTSCHES VERGABERECHT IN BEZUG AUF DEN SUBUNTERNEHMEREINSATZ .....</b>           | <b>134</b> |
| 10.1       | ERFORDERLICHER/NICHT ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER - EIGNUNGSLEIHE .....                     | 137        |
| 10.2       | BENENNUNG/ WECHSEL VON UNTERAUFTRAGNEHMERN.....                                              | 139        |
| 10.2.1     | <i>Benennung von Unterauftragnehmern .....</i>                                               | <i>139</i> |
| 10.2.2     | <i>Wechsel von Unterauftragnehmern.....</i>                                                  | <i>140</i> |
| 10.3       | EIGNUNGSPRÜFUNG .....                                                                        | 141        |
| 10.3.1     | <i>Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB) .....</i>                                          | <i>141</i> |
| 10.3.1     | <i>Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB).....</i>                                         | <i>143</i> |
| 10.4       | ZUSAMMENFASSUNG KAPITEL 10.....                                                              | 145        |
| <b>11.</b> | <b>CONCLUSIO .....</b>                                                                       | <b>146</b> |
| <b>12.</b> | <b>ANHANG .....</b>                                                                          | <b>162</b> |
| 12.1       | ABSTRACT DEUTSCH .....                                                                       | 162        |
| 12.2       | ABSTRACT ENGLISCH .....                                                                      | 164        |
| <b>13.</b> | <b>VERZEICHNISSE.....</b>                                                                    | <b>168</b> |
| 13.1       | ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS .....                                                                  | 168        |
| 13.2       | LITERATUR- BZW QUELLENVERZEICHNIS .....                                                      | 169        |
| 13.3       | GESETZESVERZEICHNIS UND MATERIALIEN .....                                                    | 171        |
| 13.4       | JUDIKATURVERZEICHNIS.....                                                                    | 171        |
| 13.5       | TABELLENVERZEICHNIS .....                                                                    | 174        |

# 1. ÜBERBLICK

Im Verfahren zur Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich, auch kurz Vergabeverfahren genannt, können sich potentielle Auftragnehmer zur Erfüllung des angestrebten Auftrages, Subunternehmer bedienen. Dabei sind jedoch einige gesetzliche Regelungen und Beschränkungen zu beachten. So darf beispielsweise nicht der gesamte Auftrag an einen Subunternehmer übertragen werden. Zudem sind alle Teile des Auftrages, die im Wege von Subaufträgen durch Subunternehmer erbracht werden sollen, im Angebot bekannt zu geben. Auch der Wechsel eines Subunternehmers ist nicht jederzeit möglich.

Schon allein anhand dieser wenigen Beispiele wird deutlich, dass der Subunternehmereinsatz umfangreich gesetzlich geregelt ist. Für den Bewerber bzw Bieter ist dabei von Bedeutung, ob der von ihm eingesetzte Unternehmer als Subunternehmer oder als Hilfsunternehmer zu qualifizieren ist. Diese Abgrenzung ist deshalb wichtig, weil für Hilfsunternehmer nicht die selben strengen Reglementierungen zur Anwendung gelangen, wie dies bei Subunternehmer der Fall ist. Diesem Umstand Rechnung tragend sollen diese beiden Begriffe in Kapitel 5 abgegrenzt werden. Im Zuge dessen wird auch der Subunternehmerbegriff näher definiert.

Eine weitere wichtige Abgrenzung ist zwischen den Begriffen „erforderlicher“ und „nicht erforderlicher“ Subunternehmer zu treffen. In Kapitel 6 wird dargelegt aufgrund welcher Kriterien sich diese beiden Begriffe unterscheiden und welche Bedeutung diese Unterscheidung im Vergabeverfahren zukommt. Im Zusammenhang dieser begrifflichen Auseinandersetzung wird auch die „Eignung“ und die „Eigenerklärung“ bzw die „europäische einheitliche Eigenerklärung“ näher erörtert.

Zum Nachweise der „Eignung“ kann sich der Bewerber bzw Bieter jedoch nicht nur auf Subunternehmer berufen. Es besteht für Bewerber bzw Bieter auch die Möglichkeit sich, ungeachtet des rechtlichen Charakters der Verbindung zu einem anderen Unternehmer, auf dessen Kapazitäten zu stützen. Diese Konstellation wird „Eignungsleihe“ genannt und soll in Kapitel 7 ausführlich dargestellt werden. Zusätzlich soll eine Gegenüberstellung zum Subunternehmereinsatz erfolgen.

Oft kommt es im Nachprüfungsverfahren aufgrund eines gesetzwidrigen Einsatzes von Subunternehmern zum Ausscheiden des Angebots. Kapitel 8 soll sich daher auf Basis der vorangegangenen Abgrenzungsfragen den gesetzlichen Rahmenbedingungen und

Anforderungen an den Subunternehmereinsatz widmen. Die einschlägigen Normen des Bundesvergabegesetzes 2018 werden herausgearbeitet und die diesbezügliche Judikatur durchleuchtet.

Anschließend sollen in Kapitel 9 die europarechtlichen Grundlagen und Rahmenbedingung dargestellt werden. Die europäische Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Vergaberichtlinie) wird Großteils durch das BVergG 2018 umgesetzt und hat daher einen nicht unwesentlichen Einfluss auf die österreichischen vergaberechtlichen Normen. Es sollen daher, die auf den Subunternehmereinsatz anwendbaren europarechtlichen Regelungen näher analysiert und Schlüsse für das österreichische Recht gezogen werden.

Aufgrund der europarechtlichen Regelungen können sich Bewerber und Bieter auch an Vergabeverfahren anderer Länder beteiligen. Dabei sind die vergaberechtlichen Normen jedoch nicht immer ident mit den österreichischen Regelungen. Die Unterscheidungen sollen beispielhaft anhand des deutschen Vergaberechts in Kapitel 10 herausgearbeitet werden.

Abschließend werden in Kapitel 11 die Forschungsergebnisse zusammengefasst und ein Leitfaden für Bieter bzw Bewerber bei der Teilnahme an Vergabeverfahren erstellt, welche rechtlichen Bedingungen in Bezug auf den Subunternehmereinsatz beachtet werden müssen, um ein Ausscheiden des Angebots zu vermeiden.

## **2. VORWORT**

Die Subvergabe von Teilen des Auftrages ist im Vergabeverfahren von großer Bedeutung. Viele Auftragnehmer wollen oder müssen sich zur Erfüllung des Auftrages eines Subunternehmers bedienen. Damit ein Auftragnehmer rechtswirksam einen Subunternehmer heranziehen kann, gibt es im Vergabeverfahren jedoch einige Hürden zu überwinden bzw Vorschriften zu beachten. Die Einhaltung dieser Regelungen wird im Vergabekontrollverfahren überprüft. In meiner Tätigkeit als juristische Mitarbeiterin in der Kammer W des Bundesverwaltungsgerichtes, bin ich immer wieder mit der Tatsache konfrontiert, dass Angebote von Bietern oder Bewerbern auch nach einer Überprüfung durch das Bundesverwaltungsgericht, deshalb rechtmäßig aus dem Vergabeverfahren ausscheiden, weil die gesetzlichen Voraussetzungen für den Subunternehmereinsatz nicht eingehalten wurden.

Diese Dissertation soll deshalb ein Hauptaugenmerk auf die gesetzlichen Rahmenbedingungen des Subunternehmereinsatzes legen. Es soll dabei immer wieder ein Bezug zum Vergabekontrollverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht und den Höchstgerichten hergestellt werden.

Die Frage, welche gesetzlichen Regelungen für den Subunternehmereinsatz beachtet werden müssen, damit das Angebot des Bieters bzw. Bewerbers nicht ausgeschieden wird, ist daher zentral für die gesamte Dissertation.

### **3. AUFBAU**

Zuerst ist die Frage zu klären, ob es sich bei dem Unternehmer, der vom Bieter bzw. Bewerber zur Auftragserfüllung herangezogen werden soll, überhaupt um einen Subunternehmer und nicht etwa um einen Hilfsunternehmer handelt. Erst dann kann festgelegt werden, welche gesetzlichen Normen auf den Unternehmer anzuwenden sind. Weiters ist die Unterscheidung zwischen einem erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmer von Bedeutung, da hier wieder unterschiedliche vergaberechtliche Regelungen gelten. Um diese Unterscheidung treffen zu können, muss der Begriff „Eignung“ näher definiert werden. Der erste Teil der Dissertation soll sich daher diesen begrifflichen Abgrenzungsfragen widmen.

In diesem Zusammenhang soll die Unterscheidungen zur Eignungsleihe getroffen und Parallelen zum Subunternehmereinsatz gezogen werden.

Anschließend sollen die für Subunternehmer anwendbaren vergabegesetzlichen Regelungen herausgearbeitet und diese in einen unionsrechtlichen Zusammenhang gebracht werden.

Abschließend werden die gesamten Forschungsergebnisse zu einem Leiterfaden für den Subunternehmereinsatz zusammengefasst.

## 4. EINLEITUNG

Die Beschaffung von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und die Durchführung von Wettbewerb durch öffentliche Auftraggeber, sowie die Beschaffung bestimmter Bau- und Dienstleistungsaufträge durch Auftraggeber, welche zwar selbst keine öffentlichen Auftraggeber sind, aber durch solche subventioniert werden, unterliegt gewissen Regeln und Vorgaben, dem sogenannten Vergabeverfahren.<sup>1</sup> Der Begriff „Vergabeverfahren“ im Sinne des § 1 Z 1 und 2 BVergG 2018 beinhaltet alle Vorgänge (Verfahren) zur Beschaffung von Leistungen und ist ein Überbegriff für die in § 1 BVergG 2018 aufgezählten Beschaffungsvorgänge.<sup>2</sup> Die Beschaffung einer Leistung ist nach EG 4 der RL 2014/24/EU in einem weiten Sinn zu verstehen und setzt nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den Auftraggeber voraus. Wesentlich ist die Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen.<sup>3</sup>

Auch die Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch Sektorenauftraggeber unterliegt dem Vergabeverfahren.<sup>4</sup> Unter Sektorenauftraggeber versteht man dabei Auftraggeber, welche eine der folgenden Sektorentätigkeiten beschaffen wollen:

- im Bereich Gas, Wärme und Elektrizität: Die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Erzeugung, der Fortleitung und der Abgabe von Gas und Wärme, und die Einspeisung von Gas oder Wärme in diese Netze.<sup>5</sup>
- im Bereich Wasser: Die Bereitstellung und das Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit im Zusammenhang mit der Gewinnung, der Fortleitung und der Abgabe von Trinkwasser und die Einspeisung von Trinkwasser in diese Netze.<sup>6</sup>
- im Verkehrsbereich: Die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen per Eisenbahn, mit automatischen Systemen, Straßenbahn, Bus, Oberleitungsbus oder Seilbahn.<sup>7</sup>

---

1 §1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

2 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 5.

3 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 5.

4 § 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

5 § 170 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

6 § 171 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

7 § 172 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

- im Bereich der Post: Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Erbringung von Postdiensten und von sonstigen Diensten.<sup>8</sup>
- Förderung von Erdöl und Gas und Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen: Tätigkeiten zur Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zweck der Förderung von Erdöl oder Gas oder zum Zweck der Exploration oder Förderung von Kohle oder anderen festen Brennstoffen.<sup>9</sup>
- im Bereich von Häfen und Flughäfen: Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Nutzung eines geographisch abgegrenzten Gebietes zum Zweck der Bereitstellung von Flughäfen, See- oder Binnenhäfen und anderen Verkehrseinrichtungen für Beförderungsunternehmen im Luft-, See- oder Binnenschiffverkehrsverkehr.<sup>10</sup>

Das durchgeführte Vergabeverfahren unterliegt einer strengen Kontrolle. Dabei kommt es darauf an, ob es sich um eine Bundes- oder eine Landesangelegenheit handelt. Gemäß 14b B-VG ist die Gesetzgebung für das öffentliche Auftragswesen Bundessache und im BVergG geregelt. In der Vollziehung ist die Vergabe von Aufträgen durch den Bund Bundessache und die Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände Landessache. Dabei obliegt der Rechtsschutz entweder dem Bundesverwaltungsgericht (Bundessache gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG) oder einem der jeweiligen Landesverwaltungsgerichte (Landessache gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG).<sup>11</sup>

Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen, können im Zuge des Rechtsschutzes vor dem Bundesverwaltungsgericht geltend gemacht werden.<sup>12</sup> Vor dem Bundesverwaltungsgericht entscheidet dabei ein Senat bestehend aus einem Richter und zwei fachkundigen Laienrichtern. Wobei ein fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite und ein fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite angehört.

Die rechtliche Grundlage für Vergabeverfahren und den damit zusammenhängenden Rechtsschutz bildet das Bundesvergabegesetz. Das Bundesvergabegesetz 2006 („BVergG 2006“) wurde am 21.08.2018 durch das Bundesvergabegesetz 2018 („BVergG 2018“) novelliert. Für das Bundesvergabegesetz 2018 gelten folgende Übergangsbestimmung: Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß § 376 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 bereits

---

<sup>8</sup> § 173 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>9</sup> § 174 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>10</sup> § 175 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>11</sup> Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. 1/1930 idF BGBl. 1013/1994.

<sup>12</sup> § 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.



eingeleiteten Vergabeverfahren sind nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu führen. Die im Zeitpunkt des In- bzw. Außerkrafttretens gemäß § 376 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 beim Bundesverwaltungsgericht anhängigen Verfahren sind vom Bundesverwaltungsgericht nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt gemäß § 376 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Vergabeverfahrens geltenden Rechtslage.<sup>13</sup>

Die Regelungen für den Subunternehmereinsatz im Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers ergeben sich daher grundsätzlich aus dem BVergG 2018. Falls im Vergabeverfahren der rechtmäßige Einsatz eines Subunternehmers bezweifelt wird, kann ein Kontrollverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht eingeleitet werden.

Nach dieser kurzen Einleitung der gesetzlichen Grundlagen des Vergabeverfahrens und des Vergabekontrollverfahrens, soll nun die erste wichtige Frage, die sich einem Bieter im Vergabeverfahren stellt, wenn er einen anderen Unternehmer heranziehen will, behandelt werden.

Handelt es sich bei dem dritten Unternehmer um einen Subunternehmer oder einen Hilfsunternehmer?

Um diese Frage beantworten zu können, wird im Folgenden eine Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmern vorgenommen.

## **5. SUBUNTERNEHMER-HILFSUNTERNEHMER**

Zur Auftragserfüllung dürfen Auftragnehmer Subunternehmer heranziehen. Viele Bewerber bzw Bieter machen von dieser Möglichkeit im Vergabeverfahren auch regen Gebrauch. Dabei kommt es immer wieder zu Problemen, weil rechtliche Vorgaben für den Subunternehmereinsatz nicht beachtet wurden. Oft ist Grund dafür, dass fälschlicherweise davon ausgegangen wurde, dass es sich bei dem herangezogenen Unternehmer um einen Hilfsunternehmer und nicht um einen Subunternehmer handelt.

---

<sup>13</sup> § 376 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

Eine Legaldefinition des Subunternehmerbegriffes war lange Zeit nicht im Bundesvergabegesetz enthalten.<sup>14</sup> Erst mit der BVergG-Novelle 2015 (7. Bundesgesetz, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden) vom 26.02.2016 wurde der Subunternehmerbegriff erstmalig im Bundesvergabegesetz definiert.<sup>15</sup> Aktuell findet sich die Definition in § 2 Z 34 BVergG 2018.<sup>16</sup>

Gemäß dieser Definition ist ein Subunternehmer *„ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.“*

Aus den Erläuterungen zu der genannten Novelle ergibt sich, dass diese Definition ihre Grundlage im zivilrechtlichen Werkvertragsrecht hat.<sup>17</sup> Daher soll zunächst auf den zivil- bzw. werkvertragsrechtlichen Subunternehmerbegriff näher eingegangen werden. Im Anschluss daran wird der Subunternehmerbegriff und der Hilfsunternehmerbegriff im Vergaberecht dargestellt und eine Gegenüberstellung vorgenommen.

## **5.1 Subunternehmerbegriff im Werkvertragsrecht**

Im ABGB findet sich der Begriff „Subunternehmer“ an sich nicht. In § 1313a ABGB ist dieser Begriff jedoch umschrieben. § 1313a ABGB normiert, dass wer einen anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, ihm für das Verschulden seines gesetzlichen Vertreters sowie der Person, deren er sich zur Erfüllung bedient, wie für sein eigenes haftet.<sup>18</sup> Subunternehmer nach dieser Definition ist somit der Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers. Erfüllungsgehilfen erbringen einen Teil der von Auftragnehmer geschuldeten Leistung. Passieren bei der Leistungserbringung irgendwelche Fehler oder entstehen Schäden haftet

---

<sup>14</sup> BGBl. I Nr. 7/2016.

<sup>15</sup> BGBl. I Nr. 7/2016.

<sup>16</sup> § 2 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>17</sup> ErläutRV 776 BlgNR 25 GP 2.

<sup>18</sup> Vgl. § 1313a ABGB.

der Auftragnehmer dem Auftraggeber gegenüber für den Erfüllungsgehilfen, wie für sein eigenes Verschulden.<sup>19</sup>

Zulieferer sind daher grundsätzlich keine Erfüllungsgehilfen, da sie keinen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung erbringen. Der Auftragnehmer muss auch keinerlei Haftung für Zulieferer übernehmen. In Ausnahmefällen können Zulieferer jedoch auch Erfüllungsgehilfen sein und zwar dann, wenn sie einen Teil der geschuldeten Leistung erbringen. Dies ist dann der Fall, wenn die Lieferung Teil der vertraglich vereinbarten Leistung ist oder der Lieferant auch Montageleistungen oder einen anderen Teil der zu erbringenden Leistung übernimmt.<sup>20</sup>

Es kommt folglich auf die vertragliche Vereinbarung an, ob der vom Auftragnehmer herangezogene Unternehmer als Erfüllungsgehilfe oder als Lieferant zu betrachten ist. Subunternehmer nach dem Werkvertragsrecht ist somit der Unternehmer, welcher einen Teil der vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung durchführt. Unternehmer, welche den Auftragnehmer lediglich mit dem Material versorgen, die der Auftragnehmer zur Erbringung der Leistung benötigt, sind Zulieferer. Dabei kommt es immer auf die konkrete vertragliche Vereinbarung zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer an. Es handelt sich daher immer um eine einzelfallbezogene Beurteilung, welche in Haftungsfällen von Bedeutung ist.<sup>21</sup>

Oft wird im Zivilrecht zur Abgrenzung zwischen Erfüllungsgehilfen und Zulieferern auch darauf abgestellt, ob bei der gegenständlichen Leistung ein Kauvertrag oder etwa ein Dienstleistungsvertrag vorliegt.<sup>22</sup> Bei einem Kaufvertrag wird „eine Sache um eine bestimmte Summe Geldes an einen Anderen überlassen“.<sup>23</sup> Hingegen übernimmt bei einem Werkvertrag der Unternehmer die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt.<sup>24</sup> Auch hier ist also entscheidend, ob eine Sache (nach den Wünschen des Auftraggebers) hergestellt oder bloß geliefert werden soll.

Für den Werkvertragsnehmer geht es bei der Frage, ob der Unternehmer als sein Erfüllungsgehilfe angesehen wird, hauptsächlich um Haftungsfragen, die häufig im Nachhinein zu klären sind.<sup>25</sup> Anders als im Werkvertragsrecht, wo es also darum geht, ob der

---

<sup>19</sup> *Oppel*, Ein kurzer Grundriss zu Subunternehmern nach der BVergG-Novelle 2015, ZVB 2017/69, 302.

<sup>20</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>21</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>22</sup> *Gföhler*, ZVB 2013/45, 158.

<sup>23</sup> ABGB § 1053, JGS Nr. 946/1811.

<sup>24</sup> ABGB § 1151, RGBI. Nr. 96/1916.

<sup>25</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

Auftragnehmer für den anderen Unternehmer als Erfüllungsgehilfe einzustehen hat, es also um eine Frage geht die auch erst im Nachhinein geklärt werden kann, muss im Vergaberecht der Auftragnehmer die Subunternehmer, welche er bei der Leistungserbringung einsetzen möchte, schon im Angebot benennen.<sup>26</sup> Im Vergaberecht muss daher die Abgrenzung, ob ein Subunternehmer oder ein bloßer Zulieferer vorliegt, schematischer sein als im Werkvertragsrecht.<sup>27</sup> Es muss bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens und nicht erst am Ende klar gestellt werden, ob ein Unternehmer als Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben ist oder als bloßer Zulieferer nicht angeführt werden muss.<sup>28</sup> Der Subunternehmerbegriff konnte daher nicht unverändert aus dem Werkvertragsrecht übernommen werden, sondern musste für die Zwecke des Vergaberechts angepasst werden.<sup>29</sup>

## 5.2 Subunternehmerbegriff im Vergaberecht

Nach der Definition des Subunternehmerbegriffes iSd § 2 Z 34 BVergG 2018 ist Subunternehmer ein Unternehmer der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Von der „Ausführung“ eines Teiles des Auftrages spricht man dann, wenn der Unternehmer für den Auftragnehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und in Eigenverantwortung durchführt.<sup>30</sup> Der Unternehmer muss daher einen Teil der Leistung selbst herstellen oder unter seiner Verantwortung herstellen lassen. Der Subunternehmer muss dabei den Leistungsteil nicht persönlich erbringen, sondern kann sich auch Gehilfen bedienen, für die er dann jedoch wie für sein eigenes Verschulden haftet. Subunternehmer sind dabei auch alle in einer Subunternehmerkette nachgeordneten (Sub-) Subunternehmer.<sup>31</sup>

Subunternehmer sind, so wie auch zivilrechtlich, als Erfüllungsgehilfen des Bieters zu betrachten. Sie stehen in keinem direkten Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber. Der Bieter haftet dem Auftraggeber gegenüber, für die beauftragten Subunternehmer.<sup>32</sup> Im Gegensatz dazu, erbringen bloße Zulieferer keinen Teil der vom Auftragnehmer

---

<sup>26</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>27</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>28</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>29</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>30</sup> VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/022.

<sup>31</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>32</sup> *Lehner* in *Schwartz*, BVergG 2006<sup>2</sup> § 240.

geschuldeten Leistung und sind daher nicht als Subunternehmer anzusehen. Dieser Umstand ergibt sich auch schon aus der Definition des Subunternehmerbegriffs gemäß § 2 Z 34 BVergG 2018, wonach die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, keine Subunternehmerleistung darstellt.

Obgleich dieser, im Vergleich zum Werkvertragsrecht, ähnlichen Definition konnte der Subunternehmerbegriff nicht unverändert aus dem Werkvertragsrecht übernommen werden, da das Vergaberecht einen anderen Regelungszweck verfolgt.<sup>33</sup> Für den Auftragnehmer ist im Werkvertragsrecht, die Einordnung des herangezogenen Unternehmers als Erfüllungsgehilfe, deshalb von Bedeutung, da er in diesem Fall die Haftung für etwaige Schäden, welche durch den Erfüllungshilfen entstanden sind, übernehmen muss. Folglich geht es daher um eine Frage die erst nach oder während der Vertragserfüllung geklärt werden muss, da die Einordnung, ob es sich um einen Erfüllungsgehilfen oder bloßen Zulieferer handelt, erst zu diesem Zeitpunkt relevant wird.<sup>34</sup> Im Vergaberecht hingegen, muss diese Frage schon im Vorhinein geklärt werden, da Subunternehmer, im Gegensatz zu Hilfsunternehmern, bereits im Angebot bekanntgegeben werden müssen und strengeren vergaberechtlichen Regelungen unterliegen.<sup>35</sup>

### **5.3 Hilfsunternehmerbegriff im Vergaberecht**

Vorweg ist darauf hinzuweisen, dass sich der Begriff „Hilfsunternehmer“ nicht im Bundesvergabegesetz wiederfindet, sondern in der Lehre verwendet wird. Vergabegesetzlich findet sich lediglich der Hinweis darauf, dass die bloße Lieferung von Waren und Bestandteilen, keine Subunternehmerleistung darstellt. Doch nicht nur Lieferanten, welche einen fertigen Gegenstand liefern, sind nicht als Subunternehmer anzusehen. Auch Unternehmer, die keine fertigen Produkte liefern, sondern den Auftragnehmer bloß in die Lage versetzen die beauftragte Leistung zu erbringen, ohne selbst einen Leistungsteil zu erbringen, sind nicht als Subunternehmer anzusehen. Der Hilfsunternehmerbegriff ist daher weiter gefasst, als der eines Lieferanten. Die Unterscheidung, ob ein Lieferant oder ein sonstiger Unternehmer vorliegt, der keinen

---

<sup>33</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>34</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>35</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

Leistungsteil erbringt, hat jedoch keine rechtliche Bedeutung, da diese vergaberechtlich gleich behandelt werden.<sup>36</sup> Alle Unternehmer, die keine Subunternehmer sind können daher als Hilfsunternehmer bezeichnet werden. Hilfsunternehmer sind vor allem dadurch gekennzeichnet, dass sie selbst keinen Teil der zu vergebenden Leistung erbringen.<sup>37</sup> Zieht ein Auftragnehmer einen Hilfsunternehmer zum Nachweis der Eignung heran, wird dieser nicht automatisch zum Subunternehmer. Dieser Hilfsunternehmer unterliegt dann jedoch ebenfalls der Eignungsprüfung.<sup>38</sup> Eine besondere Bedeutung kommt der Abgrenzung zwischen Subunternehmern und Hilfsunternehmern im Zusammenhang mit kritischen Aufgaben zu, da Subunternehmer für kritische Aufgaben gar nicht eingesetzt werden dürfen.<sup>39</sup> Hilfsunternehmer müssen hingegen im Angebot nicht benannt werden und können im Zuge der Erfüllung der kritischen Aufgabe eingesetzt werden.<sup>40</sup>

#### **5.4 Abgrenzung Subunternehmer – Hilfsunternehmer**

Nach dieser kurzen Darstellung der beiden Begriffe soll nun die Abgrenzung des Subunternehmerbegriffs von einem bloßen Hilfsunternehmer erfolgen. Dabei soll auf Judikaturbeispiele eingegangen werden.

Subunternehmer übernehmen im Gegensatz zu Hilfsunternehmern die Herstellung eines Teils des dem Auftragnehmer, vom Auftraggeber übertragenen Auftrages.<sup>41</sup> Demgegenüber versetzt ein Hilfsunternehmer den Auftragnehmer bloß in die Lage den Auftrag zu erfüllen. In den Materialien zum BVergG 2006 wird hier beispielhaft die Vermietung von Maschinen und Geräten und die Überlassung von Arbeitskräften angeführt.<sup>42</sup> Jüngst wurde auch vom VwGH bestätigt, dass die Überlassung von Geräten und die Vermittlung von Personal keine

---

36 Wiesinger, ZVB 2016/27, 114.

37 BVwG 23.08.2017, W139 2158106-2/30E.

38 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

39 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

40 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

41 VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

42 EBRV 776 BlgNR 25 GP 2.

Subunternehmerleistungen darstellen.<sup>43</sup> Der VwGH hatte dabei folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

Die Auftraggeberin führte ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend Arbeiten zur Kanalsanierung im Bereich von Autobahnen durch. In den Ausschreibungsunterlagen wurden bestimmte „kritische Leistungen“ definiert. Die Revisionswerberin monierte, dass die präsuntive Zuschlagsempfängerin nicht über die Kapazitäten verfüge, diese "kritischen Leistungen" selbst zu erbringen. Aus dem Angebot gehe vielmehr hervor, dass sie diese Leistungen von Subunternehmern erbringen lassen werde. In einer Überlassungserklärung wurde bestätigt, dass bestimmte Baugeräte im Bedarfsfall zur Verwendung zur Verfügung gestellt würden bzw, dass das Personal zur Bedienung der Geräte im Bedarfsfall bereitstehe und bei einem der Unternehmen der Bietergemeinschaft in ein Arbeitsverhältnis eintreten werde. Der VwGH hatte zu klären, ob dies eine Subunternehmer- oder eine Hilfsunternehmerleistung bzw eine Lieferung darstellt.<sup>44</sup>

Der VwGH kam dabei zu folgendem Ergebnis:

Da das von der präsuntiven Zuschlagsempfänger herangezogene Unternehmen keine individuelle Leistung für die präsuntive Zuschlagsempfängerin erbringe, sondern lediglich Geräte und Personal zur Verfügung stelle, sei dieses nicht als Subunternehmer zu qualifizieren.<sup>45</sup>

Daraus ergibt sich folgende Schlussfolgerung:

Trotz der Legaldefinition des Subunternehmerbegriffes im BVergG wird zur Abgrenzung des Subunternehmerbegriffes Bezug auf die Regelungen des Werkvertrages im ABGB genommen. Im Einzelfall muss zur Abgrenzung der Subunternehmereigenschaft auf die konkret getroffene vertragliche Vereinbarung zwischen dem am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter und dem jeweiligen dritten Unternehmen geachtet werden. Anhand der konkreten Vertragsvereinbarung(en) ist jeweils fallbezogen die vertragliche Beziehung zwischen dem Bieter und dem Drittunternehmen zu beachten. Der dritte Unternehmer ist als Subunternehmer anzusehen, wenn er die Herstellung eines Teilerfolges der geschuldeten Leistung übernimmt. Die Überlassung der Geräte und die Vermittlung des Personals durch

---

<sup>43</sup> VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

<sup>44</sup> VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

<sup>45</sup> VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

einen dritten Unternehmer ändert nichts an der Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter Verwendung der von ihr angemieteten Geräte und allenfalls Heranziehung des von ihr übernommenen Personals selbst die Herstellung der im Rahmen des Vergabeverfahrens ausgeschriebenen Leistung schuldet.<sup>46</sup>

Der VwGH hatte in diesem Zusammenhang in seinem Leiterkenntnis vom 22.03.2019, Ro 2017/04/0022 folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

Der Auftraggeber führte ein Vergabeverfahren bezüglich eines Bauauftrages betreffend Arbeiten zur Kanalsanierung im Bereich von Autobahnen durch. Als kritische Leistung wurde in den Ausschreibungsbedingungen die „Unterirdische Wiederherstellung Rohrleitungen“ bezeichnet. Die Revisionswerberin monierte, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die Kapazität verfüge um die kritische Leistung selbst zu erbringen. Aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehe hervor, dass diese die Leistung durch einen Subunternehmer erbringen werde. Das herangezogene Unternehmen bestätigte, dass es bestimmte Baugeräte im Bedarfsfall zur Verfügung stellen und Personal zur Bedienung der Geräte im Bedarfsfall bereitstellen werde. Der VwGH hatte zu beurteilen, ob der herangezogene Unternehmer als ein Hilfsunternehmer oder ein Subunternehmer zu qualifizieren ist.<sup>47</sup>

Der VwGH erkannte dabei, dass es im Einzelfall bei der Abgrenzung eines Subunternehmers von einem Hilfsunternehmer, auf die konkrete vertragliche Vereinbarung zwischen dem Bieter und dem dritten Unternehmen ankommt. Der dritte Unternehmer ist dann als Subunternehmer anzusehen, wenn er durch diese Vereinbarung die Herstellung eines Teilerfolges der vom Auftragnehmer im Rahmen der Auftragsvergabe geschuldeten Leistung gegenüber dem Bieter übernimmt.<sup>48</sup>

Für den dem VwGH-Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall bedeutete dies, dass die Überlassung der Geräte einerseits und die Vermittlung des Personals andererseits durch einen dritten Unternehmer keine Subunternehmerleistungen darstellen, weil die präsumtive Zuschlagsempfängerin diese angemieteten Geräte nur verwendet bzw das übernommene Personal nur heranzieht um die ausgeschriebene Leistung selbst durchzuführen. Die Herstellung der im Vergabeverfahren ausgeschriebenen Leistung wird daher gegenüber dem

---

46 VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

47 VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

48 VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.



Auftraggeber weiterhin von der präsidentiven Zuschlagsempfängerin und nicht vom dritten Unternehmer geschuldet.<sup>49</sup>

Auch die Materialien führen zu der Bestimmung des § 2 Z 34 BVergG 2018 folgendes aus (RV 69 BlgNR XXVI. GP 14):

*"Die Definition des Begriffes „Subunternehmer“ findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist (vgl. dazu die §§ 1151 und 1165 ABGB). Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrages im Sinne der Definition des BVergG liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt. Zulieferer sind, wie schon nach bisheriger Rechtslage, keine Subunternehmer im Sinne der Definition (vgl. dazu schon 327 BlgNR XXIV. GP 22, mit Hinweis auf AB 1118 BlgNR XXI. GP 47, sowie etwa das Urteil des OGH vom 8. März 2005, 10 Ob 74/04m; vgl. ferner dazu Art. 71 Abs. 5 vierter UAbs. der RL 2014/24/EU und Art. 88 Abs. 5 vierter UAbs. der RL 2014/25/EU), unabhängig von der Tatsache, ob die vom Zulieferer gelieferten Produkte nach Maß angefertigt wurden oder nicht. Daher ist der bloße Lieferant von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten von der Definition nicht erfasst. Hingegen wäre ein Zulieferer, der auch Bauteile selbst einbaut, ein Subunternehmer. Ebenfalls kein Subunternehmer im Sinne der Definition ist ein Unternehmer, dessen Leistung darin besteht, einen Subunternehmer in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können (wie etwa die Wartung von Maschinen eines Subunternehmers, die Vermietung von Maschinen und Geräten an einen Subunternehmer, die Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer).“*

Sowohl der VwGH, als auch die Materialien stellen bei der Beurteilung des Subunternehmerbegriffes darauf ab, ob der dritte Unternehmer an der Ausführung des Auftrages beteiligt ist oder nicht. Dabei muss der dritte Unternehmer nicht in einem direkten Vertragsverhältnis mit dem Bieter stehen. Es ist somit die gesamte Subunternehmerkette erfasst, solange diese an der Auftragsdurchführung beteiligt ist. Meiner Ansicht nach ist es daher wichtig dem konkreten Leistungsgegenstand des Auftrages nähere Beachtung zu schenken. Zuerst ist zu prüfen, welche konkreten Leistungen tatsächlich vom Auftragsgegenstand umfasst sind. In einem zweiten Schritt kann anhand des

---

49 VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

Leistungsgegenstandes beurteilt werden, ob der dritte Unternehmer selbst einen Teil dieser Leistung ausführen oder ob der dritte Unternehmer den Auftragnehmer lediglich dabei unterstützt den Auftrag mit den zur Verfügung gestellten Ressourcen durchführen zu können, ohne dabei selbst einen Leistungsteil zu übernehmen. Eine solche Unterstützung kann nach der oben dargestellten VwGH-Judikatur und den Materialien, zum Beispiel die Vermietung von Geräten oder die Überlassung von Personal sein.

Der VwGH stellte in diesem Leiterkenntnis zur Abgrenzung des Subunternehmerbegriffes zusammengefasst darauf ab, dass der herangezogene Unternehmer dann als Subunternehmer zu qualifizieren ist, wenn er einen Teil der geschuldeten Leistung übernimmt.

Doch wann übernimmt der vom Auftragnehmer herangezogene Unternehmer nun einen Teil der geschuldeten Leistung und wann versetzt er den (potentiellen) Auftragnehmer bloß in die Lage den Auftrag zu erfüllen? Um diese Frage beantworten zu können, müssen nach den obigen Ausführungen zwei wesentliche Dinge näher beachtet werden. Der Auftrag, den der Auftraggeber vergeben möchte und die Vertragsvereinbarung zwischen dem Auftragnehmer und dem dritten Unternehmer, der herangezogen werden soll. Zuerst ist der Auftragsgegenstand zu eruieren, daher welche Leistung der (potentielle) Auftragnehmer genau erbringen soll. Im Anschluss muss geklärt werden, ob der dritte Unternehmer selbst eigenverantwortlich einen Teil dieser Leistung erbringen soll, oder Ressourcen zur Verfügung stellen soll, damit der (potentielle) Auftragnehmer den Auftrag erfüllen kann. Zu erwähnen ist noch, dass bei dem vertraglichen Verhältnis zwischen dem Auftragnehmer und dem Dritten auch darauf zu achten ist, ob es sich bei dem Arbeitsverhältnis, um einen freien Dienstvertrag oder Werkvertrag handelt. In diesen beiden Fällen kann es sich bei dem Dritten um einen Subunternehmer handeln, weil dieser dann arbeits- und steuerrechtlich formal als eigenständiger Unternehmer anzusehen ist. Arbeitnehmer können hingegen weder Sub- noch Hilfsunternehmer sein.<sup>50</sup>

Erbringt der herangezogene Unternehmer eine individuelle Leistung nach den Wünschen und Vorgaben des Auftraggebers, ist dieser als Subunternehmer zu qualifizieren.<sup>51</sup>

Wie schon oben erwähnt, ist ein Lieferant schon der Definition nach, kein Subunternehmer. Dies liegt darin begründet, dass ein Lieferant dem Auftragnehmer Waren liefert, welche dieser an den Auftraggeber weiterverkauft, dabei übernimmt der Lieferant jedoch keinen

---

<sup>50</sup> Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (264).

<sup>51</sup> BVwG 07.09.2017, W 123 2163533-2/ 46E.

Teil der geschuldeten Leistung. Mit anderen Worten trägt der Lieferant durch eine bloße Lieferung von Waren nicht zur Auftragserfüllung bei.<sup>52</sup>

Dabei ist jedoch eine Ausnahme zu beachten. Die Lieferung wird zur Subunternehmerleistung, wenn sie auch die Montage mit umfasst. Dies ergibt sich neuerdings auch aus den Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 2 Z 34 BVergG 2018.<sup>53</sup> Zuvor wurde schon in den Materialien zu § 2 Z 33a BVergG 2006 ausgeführt, dass die bloße Lieferung von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten keine Subunternehmerleistung darstellt. Baut der Zulieferer diese jedoch auch ein, war er auch bisher als Subunternehmer anzusehen.<sup>54</sup> Beispielhaft sind in diesem Zusammenhang auch reine Asphaltierungsarbeiten, welche mit Fertiger durchgeführt werden, zu nennen. Der Lieferant des Asphalts ist nach Ansicht des VwGH nicht nur als Zulieferer, sondern als Subunternehmer zu qualifizieren, wenn der Auftragnehmer den Lieferanten herangezogen hat, um den in der Ausschreibung geforderten nahtlosen Einbau einer bituminösen Tragschicht durchführen zu können.<sup>55</sup>

Auch die Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen kann Teil der geschuldeten Leistung sein, da auch die Lieferung derartiger Waren zum Vertragsinhalt gemacht werden kann.<sup>56</sup> Dies bedarf jedoch einer besonderen Vereinbarung. Eine solche Vereinbarung kann auch schlüssig geschlossen werden oder sich aus der Verkehrsauffassung bzw der Vertragsauslegung ergeben.<sup>57</sup> Dies gilt jedoch auch bei nicht handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, da ohne besondere Vereinbarung nicht anzunehmen ist, dass deren Herstellung Teil der vertraglichen Leistung ist. Auch sie sind daher in der Regel keine Erfüllungsgehilfen und somit keine Subunternehmer.<sup>58</sup> Werden auch Montageleistungen oder andere Teile der zu erbringenden Leistung vom Zulieferer übernommen, ist er grundsätzlich als Erfüllungsgehilfe anzusehen.<sup>59</sup>

Besonders hervorzuheben ist dabei, dass bei der Abgrenzung, ob es sich um einen Subunternehmer oder Hilfsunternehmer handelt immer auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen ist.<sup>60</sup> So kann ein und dieselbe Leistung in einem Fall den Leistungsgegenstand und in einem anderen Fall lediglich eine Hilfsfunktion

---

<sup>52</sup> VwGH 29.02.2008, 2006/04/0135.

<sup>53</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 13.

<sup>54</sup> EBRV 776 BlgNR 25 GP 2.

<sup>55</sup> VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093.

<sup>56</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>57</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>58</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>59</sup> *Oppel*, ZVB 2017/69, 302.

<sup>60</sup> *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel*, BVergG 2006, § 2 Z 33a Rz 18f.

darstellen.<sup>61</sup> Ist in der Leistungsbeschreibung konkret die Wartung von bestimmten Geräten vorgegeben und ein Unternehmer übernimmt die Wartung einiger dieser Geräte, handelt es sich bei diesem Unternehmer um einen Subunternehmer. Ist in der Leistungsbeschreibung jedoch eine Leistung vorgegeben, zu dessen Erbringung der Auftragnehmer die genannten Geräte benötigt und wartet ein Unternehmer lediglich die Geräte, damit sie einsatzbereit sind und der Auftragnehmer so in die Lage versetzt wird den eigentlichen Auftrag zu erfüllen, handelt es sich um einen Hilfsunternehmer. Es kann also auch darauf abgestellt werden, ob es sich um eine vom Auftragnehmer geschuldete Leistung handelt.<sup>62</sup> Kommt es zu Übertragung von Teilen der ausgeschriebenen Leistung auf einen anderen Unternehmer, kann nicht mehr von einem bloßen Hilfsunternehmer ausgegangen werden.<sup>63</sup>

Der VwGH judizierte beispielsweise, dass bei der Vergabe von Bauleistungen, Baustoff- oder Bauteilelieferanten in der Regel Hilfsunternehmer sind.<sup>64</sup> Zum Subunternehmer wird ein solcher Bauteilelieferant dann, wenn er die gelieferten Bauteile selbst einbaut. Montagearbeiten eines Zulieferers, wie zum Beispiel der Anschluss einer gelieferten Pumpstation, können aber auch eine Hilfsleistung sein. Als Hilfsleistungen sind beispielsweise die Vermietung von Geräten für die ausgeschriebenen Erdbauarbeiten, wenn der Vermieter keine anderen Leistungen erbringt und die Vermietung von Lager- und Büroräumlichkeiten für die ausgeschriebene Durchführung eines Medienversands, wobei zur Leistungserbringung nicht auf Personal des Vermieters zurückgegriffen werden sollte, anzusehen.<sup>65</sup>

Als Subunternehmerleistung eingestuft wurden im Hinblick auf die Beschaffung von Audioguides einschließlich Zubehör und Wartung, die Reparatur von „diffizilen Schäden“ an diesen Geräten; der Hersteller von Standardsoftware, der auch für einzelne in den Ausschreibungsunterlagen beschriebene (insbesondere Support-)Leistungen herangezogen werden sollte; der für die (im Zusammenhang mit den ausgeschriebenen Bauleistungen) in der Leistungsbeschreibung geforderten Prüfungen herangezogene Sachverständige und das, für die in der Leistungsbeschreibung geforderte Befüllung von Gasflaschen des Auftraggebers, herangezogene Unternehmen.<sup>66</sup> Personalüberlasser werden in der Regel als

---

61 Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup>, Rz 1372.

62 Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup>, Rz 1372.

63 Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, BVergG 2006, § 2 Z 33a Rz 19.

64 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

65 BVA 12.05.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; BVA 03.02.2009, N/0171-BVA/04/2008-23.

66 BVA 10.9.2012, N/0071-BVA/04/2012-32 = ZVB 2013, 155f; BVA 25.03.2008, N/0020-BVA/13/2008-42; BVA 28.10.2011, N/0090-BVA/02/2011-33; UVS Steiermark 20.12.2010, UVS 443.7-7/2010-21.

Hilfsunternehmer qualifiziert, können aber auch Subunternehmer sein.<sup>67</sup> Bei Projektmitarbeitern, welche aufgrund eines Werkvertrages beim Bieter beschäftigt sind, hängt die Qualifikation des Projektmitarbeiters als Subunternehmer oder als bloßer Hilfsunternehmer von der konkreten Art seiner Leistungserbringung ab. Wird vom Projektmitarbeiter ein genau bezeichneter Leistungsteil selbständig und in Eigenverantwortung erbracht ist dieser als Subunternehmer zu qualifizieren. Ist der Projektmitarbeiter jedoch genauso wie ein Angestellter in die Projektabwicklung eingegliedert gleicht das „Zurverfügungstehen“ einem Angestelltenverhältnis. In diesem Fall ist ähnlich wie bei einem Personalbereitsteller eine Nennung des Projektmitarbeiters als Subunternehmer nicht erforderlich, da dieser in einer solchen Konstellation keine selbstständige Leistungserbringung schuldet.<sup>68</sup>

Jede Tätigkeit die über eine Lieferung hinausgeht, auch bei vertraglichen Nebenpflichten, kann zur Wertung als Subunternehmer führen.<sup>69</sup> Die Bestellung von vorgefertigten Fenstern ist beispielsweise eine Lieferung.<sup>70</sup> Baut der Lieferant die Fenster auch ein, wird er dadurch zum vergaberechtlichen Subunternehmer, wenn er nicht direkter für den Auftraggeber tätig wird.<sup>71</sup> Fertigt ein Unternehmer einen Gegenstand nach den individuellen Vorgaben des Auftraggebers an, ist er als Subunternehmer anzusehen, wenn die Herstellung des Gegenstands nach Maß erfolgt.<sup>72</sup> Beispielsweise wenn ein Kunstschmied ein von einem Architekten entworfenes schmiedeeisernes Gittertor angefertigt.<sup>73</sup> Wird der Gegenstand zusätzliche noch eingebaut, handelt es sich jedenfalls um einen Subunternehmer.<sup>74</sup>

In einer aktuellen Entscheidung hatte sich der VwGH mit der Frage zu befassen, ob ein Unternehmen, bei dem eine Zwischenlagerung der Abfälle vorgenommen werden kann, als Subunternehmer anzusehen ist. In der Leistungsbeschreibung war die Sammlung und anschließende Anlieferung des Restmülls an die jeweiligen Abfallwirtschaftsverbände sowie

---

67 BVA 25.11.2009. N/0110-BVA/09/2009-28.

68 BVwG 20.12.2017, W187 2175977-2.

69 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

70 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

71 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

72 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

73 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

74 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 494.

die Sammlung und anschließende umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung des Restmülls vorgegeben.<sup>75</sup>

Der VwGH verwies bei seiner Beurteilung auf die im Erkenntnis vom 22.03.2019, Ro 2017/04/0022, vorgegebenen Leitlinien. Durch die Zwischenlagerung der Abfälle bei den herangezogenen Unternehmern bzw durch die zur Verfügungstellung eines LKW-Abstellplatzes für die Anlieferung der Abfälle, werde die Auftragnehmerin lediglich in die Lage versetzt, den Auftrag zu erfüllen. Die herangezogenen Unternehmer würden damit weder Teile des Auftrages (im Sinn der Herstellung eines Teilerfolges) selbst herstellen noch würden sie Teile des Auftrages unter ihrer persönlichen Aufsicht ausführen lassen.<sup>76</sup>

Die Entscheidung des VwGH lässt erneut erkennen, dass es zur Beurteilung der Subunternehmereigenschaft darauf ankommt, ob der dritte Unternehmer die Herstellung eines Teilerfolges, des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages übernimmt. Der Unternehmer kann dabei den Leistungsteil selbst herstellen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen lassen. Versetzt ein Unternehmen den Auftragnehmer (lediglich) in die Lage, den Auftrag zu erbringen, handelt es sich um einen Hilfsunternehmer. Im Einzelfall ist die konkret getroffene vertragliche Vereinbarung zwischen dem am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter und dem jeweiligen dritten Unternehmen ausschlaggebend. Übernimmt das dritte Unternehmen einen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung, ist es als Subunternehmer anzusehen. Da im konkreten Fall das Sammeln von Abfällen nicht in jedem Fall eine Zwischenlagerung erforderlich machte, konnte die gegenständliche Leistung auch ohne Zwischenlagerung erbracht werden. Die Zwischenlagerung stellte somit keinen Leistungsteil dar. Die Zwischenlagerung ermöglichte es dem Auftragnehmer bloß, einen Leistungsteil des Auftrages, konkret die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung der Abfälle, erbringen zu können. Die zur Zwischenlagerung herangezogenen Unternehmer waren daher als Hilfsunternehmer zu qualifizieren.<sup>77</sup>

Das BVwG hatte sich in einem Vergabekontrollverfahren mit der Frage zu beschäftigen, ob der Zulieferer von Munition an den Bieter, als Subunternehmer oder als Hilfsunternehmer anzusehen ist, wenn die Lieferung von standardisierter Munition ausschreibungsgegenständlich ist. Da der Bieter selbst über die erforderliche Befugnis zum Handel mit militärischer und ziviler Munition verfügte und der herangezogene Unternehmer

---

<sup>75</sup> VwGH 19.11.2019, Ra 2017/04/0117.

<sup>76</sup> VwGH 19.11.2019, Ra 2017/04/0117.

<sup>77</sup> VwGH 19.11.2019, Ra 2017/04/0117.

dem Bieter die Munition lediglich lieferte, war dieser nach Ansicht des BVwG als Zulieferer und somit Hilfsunternehmer und nicht als Subunternehmer zu qualifizieren.<sup>78</sup> Aus meiner Sicht wäre der Fall anders zu beurteilen gewesen, wenn der Bieter dem dritten Unternehmer aufgetragen hätte den Auftraggeber direkt zu beliefern, denn dann hätte der Bieter dem dritten Unternehmen einen Teil des Auftrages (Lieferung von Munition) übertragen und dieser wäre daher als Subunternehmer anzusehen gewesen und hätte im Angebot benannt werden müssen.

Die folgende Übersicht stellt die Abgrenzungskriterien zwischen Sub- und Hilfsunternehmern noch einmal tabellarisch dar.

**Tabelle 1 Übersichtstabelle Subunternehmer – Hilfsunternehmer**

| <b>Subunternehmer</b>                                                                         | <b>Hilfsunternehmer</b>                                                  |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| übernimmt einen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung                              | erbringt selbst keinen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung  |
| erbringt für den Auftragnehmer eine individuelle Leistung nach den Wünschen des Auftraggebers | versetzt den Auftragnehmer lediglich in die Lage den Auftrag zu erfüllen |
| ist kein Lieferant                                                                            | bloße Lieferanten ohne zusätzliche Montageleistungen                     |
| unterliegt strengeren Regeln im Vergabeverfahren                                              | unterliegt weniger strengen Regeln in Vergabeverfahren                   |
| steht in keinem direkten Vertragsverhältnis mit dem Auftraggeber                              |                                                                          |

---

78 BVwG 27.08.2020, W120 2232166-2/21E.

## 5.5 Zusammenfassung Kapitel 5

Die obigen Ausführungen und die Analyse der Judikatur des VwGH lassen erkennen, dass die Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmern nicht immer ganz eindeutig und einfach vorzunehmen ist. Der Gesetzgeber hat zwar mittlerweile den Subunternehmerbegriff im Bundesvergabegesetz definieren und damit versucht mehr Klarheit zu schaffen, diese Definition lässt jedoch weiterhin einen Interpretationsspielraum offen. Wie oben ausgeführt ist im Bundesvergabegesetz nicht ausdrücklich festgelegt, welche Leistungen, die der Auftragnehmer im Zusammenhang mit der Leistungserbringung von Dritten erbringen lässt, die Qualifikation als Subunternehmer begründen.<sup>79</sup> Eine Abgrenzung zwischen Hilfs- und Subunternehmer kann daher aus meiner Sicht nicht generell vorgenommen werden. Vielmehr ist meiner Ansicht nach in jedem Fall wichtig, genau auf die Leistungsbeschreibung des Auftraggebers zu achten und festzustellen, ob der herangezogene Unternehmer tatsächlich einen Teil der Leistung erbringen oder lediglich den Auftragnehmer dazu in die Lage versetzen soll, den Auftrag erfüllen zu können. Bloße Zulieferer von Waren oder Bestandteilen die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, sind jedenfalls nicht als Subunternehmer anzusehen.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Sub- und Hilfsunternehmern keinen einheitlichen Lösungsansatz verfolgt. Die Frage, ob der vom Auftragnehmer herangezogene Unternehmer, als Subunternehmer oder Hilfsunternehmer zu qualifizieren ist, ist immer einzelfallbezogen zu beurteilen.

---

<sup>79</sup> Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 1372.



## **6. ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER - NICHT ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER**

Ist man nach sorgfältiger Prüfung zu der Ansicht gelangt, dass es sich bei dem herangezogenen Unternehmer um einen Subunternehmer handelt, ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob es sich bei dem Unternehmer, um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer handelt. Diese Abgrenzung ist ebenfalls wesentlich, da auch hier unterschiedliche vergabegesetzliche Regelungen zur Anwendung gelangen.

Zunächst sollen die beiden Begriffe erläutert und im Anschluss voneinander abgegrenzt werden.

### **6.1 Definition erforderlicher / nicht erforderlicher Subunternehmer**

Der Bieter/Bewerber verfügt nicht immer über die in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Eignung. Die fehlende Eignung kann der Bieter jedoch durch einen Subunternehmer substituieren. In diesem Fall spricht man von einem erforderlichen Subunternehmer. Verfügt der Bieter über die geforderte Eignung und benötigt er den Subunternehmer nicht um die Eignung zu erfüllen, will er jedoch trotzdem einen Subunternehmer heranziehen, handelt es sich um einen nicht erforderlichen Subunternehmer.<sup>80</sup>

Im Bundesvergabegesetz sind die Begriffe „erforderlicher“ bzw „nicht erforderlicher“ Subunternehmer nicht zu finden. In den Materialien wird jedoch zwischen diesen beiden Begriffen unterschieden und darauf hingewiesen, dass im Gesetz für erforderliche und nicht erforderliche Subunternehmer unterschiedliche Reglementierungen zur Anwendung gelangen. Aus den Materialien ergibt sich, dass erforderliche Subunternehmer, Unternehmer sind, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind. Nicht erforderliche

---

<sup>80</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 150.

Subunternehmer sind hingegen Unternehmer deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist.<sup>81</sup>

Eine Umkehr, dass der Bieter die fehlende Eignung des von ihm benannten Subunternehmers ersetzt ist jedoch nicht möglich.<sup>82</sup> Dies ergibt sich aus § 98 Abs 3 BVergG 2018, wonach der Subunternehmer die für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil erforderliche Eignung besitzen muss.<sup>83</sup>

Doch in welchen Zusammenhang ist nun die Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern relevant? Zur Beantwortung dieser Frage muss auf die §§ 127 Abs 1 Z 2, 141 Abs 1 Z 2 und 363 Abs 1 BVergG 2018 näher eingegangen werden. Aus § 127 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 ergibt sich, dass im Angebot alle Subunternehmer bekannt zu geben sind. Die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer umfasst somit sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer. Der öffentlichen Auftraggeber soll einen Überblick darüber behalten, welche Unternehmer im Zuge der Auftragserfüllung zum Einsatz gelangen.<sup>84</sup>

Aus der Missachtung dieser Bekanntgabeverpflichtung resultieren jedoch unterschiedlich gravierende Folgen, je nachdem, ob ein erforderlicher oder ein nicht erforderlicher Subunternehmer nicht bekannt gegeben wurde. Dabei hat die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern das Ausscheiden des betroffenen Angebotes zur Folge (vgl. § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018). Die Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern im Angebot, führt hingegen dazu, dass deren Einsatz dem Regime des § 363 Abs 1 BVergG 2018 unterliegt.<sup>85</sup> Das bedeutet, dass die fehlende Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern einen unbehebbarer Mangel darstellt, der zum Ausscheiden des Angebots führt. Die fehlende Bekanntgabe von nicht erforderlichen Subunternehmern führt hingegen nicht zwangsläufig zum Ausscheiden des Bieters. Der erfolgreiche Bieter kann nach Zuschlagserteilung mit Zustimmung des Auftraggebers einen nicht erforderlichen, nicht im Angebot benannten Subunternehmer hinzuziehen.<sup>86</sup> Nach der älteren Rechtsprechung handelte es sich bei fehlender Bekanntmachung eines nicht eignungsrelevanten Subunternehmers ebenfalls um einen unbehebbarer Mangel.

---

<sup>81</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 150.

<sup>82</sup> BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27.

<sup>83</sup> § 98 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>84</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 150.

<sup>85</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 150.

<sup>86</sup> VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

Die neuere Rechtsprechung sieht dies jedoch anders und qualifiziert die fehlende Bekanntmachung bei nicht eignungsrelevanten Subunternehmern als behebbaren Mangel.<sup>87</sup> Diese Ansicht leitete der Verwaltungsgerichtshof aus der Gesetzessystematik und den Materialien ab. Die §§ 127 Abs 1 Z 2 und 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 sehen das Ausscheiden des Angebotes nur dann vor, wenn sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf einen Subunternehmer stützen muss.<sup>88</sup> Dies ergibt sich aus § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018, welcher normiert, dass Angebote „*von Bieter, deren Eignung nicht gegeben ist*“, auszuschneiden sind.<sup>89</sup> In dieser Bestimmung wird daher explizit nur von Bieter und nicht von Subunternehmern gesprochen.<sup>90</sup> Daraus wird abgeleitet, dass § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 nur dann schlagend wird, wenn dieser Subunternehmer gemäß § 127 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 im Angebot vom Bieter genannt wird, weil der Bieter selbst nicht die erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit besitzt.<sup>91</sup> Es sich daher bei dem nicht bekannt gegeben dritten Unternehmer, um einen erforderlichen Subunternehmer handelt. Nach den Materialien sind auch nicht erforderliche, im Angebot genannte Subunternehmer zu prüfen. Fehlt die erforderliche Eignung bei nicht erforderlichen Subunternehmern, führt dies jedoch nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer ablehnen muss. Das Angebot verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren.<sup>92</sup>

Aus dem Wortlaut des § 98 Abs 3 BVergG 2018 ergibt sich die Pflicht des Auftraggebers zur umfassenden Prüfung aller Subunternehmer ohne Einschränkung. Es wird in dieser Gesetzesstelle nämlich keine Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern getroffen. Nach der alten Rechtslage sah § 83 Abs 5 BVergG 2006 zwar ausdrücklich vor, dass der Auftraggeber einen namhaft gemachten Subunternehmer nach Zuschlagsentscheidung ablehnen kann, nicht jedoch, dass dies auch vor Zuschlagsentscheidung möglich ist. Aus dieser Bestimmung wurde jedoch die Pflicht des Auftraggebers abgeleitet, einen nicht erforderlichen Subunternehmer vor Zuschlagsentscheidung abzulehnen. Eine solche Verpflichtung fand sich vor der Novelle zum BVergG 2018 jedoch nicht ausdrücklich im Gesetzestext.<sup>93</sup> Mit dem BVergG 2018 wurde in § 138 BVergG 2018 ausdrücklich normiert, dass der öffentliche Auftraggeber einen

---

87 BVA 24.9.2012, N/0068-BVA/09/2012-93.

88 § 127 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

89 § 141 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

90 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

91 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

92 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

93 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

nicht erforderlichen Subunternehmer, der Mängel hinsichtlich seiner Eignung aufweist, abzulehnen hat, wenn die Mängel nicht durch eine Aufklärung gemäß Abs 1 und 2 behoben werden können.

Auch in Bezug auf offene Verfahren, ist zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern zu unterscheiden. Wird von einem Bieter ein Subunternehmer zum Nachweis seiner Eignung genannt, muss dieser Nachweis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, während des gesamten Vergabeverfahrens, bis zur Zuschlagsentscheidung vorliegen.<sup>94</sup> Erbringt der Bieter hingegen selbst die erforderliche Eignung und benennt einen nicht erforderlichen Subunternehmer, so führt auch dessen fehlende Eignung nach der oben beschriebenen Systematik nicht dazu, dass das Angebot gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 ausgeschieden werden muss. Vielmehr kann der Bieter selbst den Nachweis der erforderlichen Eignung erbringen, wenn der nicht erforderliche Subunternehmer nicht oder nicht mehr über diese verfügt.<sup>95</sup>

Aus den obigen Ausführungen wird deutlich, dass der Begriff „Eignung“ eine wesentliche Rolle bei der gegenständlichen Abgrenzung zwischen erforderlichen bzw nicht erforderlichen Subunternehmern spielt. Aus diesem Grund soll dieser Begriff nun näher erläutert werden:

## **6.2 Eignung**

Unter dem Begriff „Eignung“ versteht man, dass der Bieter bzw der vom Bieter herangezogene Unternehmer in den Bereichen in welchen er tätig wird die erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit besitzen muss.<sup>96</sup> Doch was ist nun von den einzelnen Kriterien umfasst? Zu Beantwortung dieser Frage werden die einzelnen Kriterien der „Eignung“ folgend erarbeitet.

---

94 VwGH 09.09.2015, Ro 2014/04/0062.

95 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

96 Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, (263) 266.

## 6.2.1 Befugnis

Nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.<sup>97</sup> Die Befugnis besitzt ein Unternehmer dann, wenn er berechtigt ist die Tätigkeit beruflich auszuüben. Dabei finden sich im BVergG 2018 selbst keine Regelungen in Bezug auf die Befugnis. Vorschriften zur Befugnis ergeben sich vielmehr aus anderen Materiengesetzen wie etwa der GewO, dem ZTG, dem VAG, dem AWG, dem BWG, dem KfLG, dem GelverkG oder der RA.<sup>98</sup>

Beispielhaft soll nun auf die Bestimmungen der GewO und des Ziviltechnikergesetzes eingegangen werden um die Befugnis näher darzustellen.

### 6.2.1.1 Befugnis nach der GewO

Auch in der GewO findet sich nicht ausdrücklich der Begriff der „Befugnis“ es wird vielmehr von dem Recht ein Gewerbe auszuüben gesprochen. Eine Tätigkeit die gewerbsmäßig ausgeübt wird darf nur ausgeübt werden, wenn das Gewerbe angemeldet wurde. Dies trifft auch auf freie Gewerbe zu. Eine Tätigkeit ist als gewerbsmäßig anzusehen, wenn sie selbständig, regelmäßig und in der Absicht betrieben wird, einen Ertrag oder sonstigen wirtschaftlichen Vorteil zu erzielen, gleichgültig für welche Zwecke dieser bestimmt ist.<sup>99</sup> Der Bieter der eine Leistung am Markt erbringen möchte, muss daher das Gewerbe angemeldet haben und über eine entsprechende Gewerbeberechtigung verfügen. Es ist dabei jedoch nicht ausreichend, wenn beispielsweise ein konzernverbundenes Unternehmen oder ein Arbeitnehmer des Bieters das Gewerbe angemeldet hat. Es ist dabei jedoch nicht von Bedeutung an welchen Standort der Bieter das Gewerbe angemeldet hat.<sup>100</sup>

Der Bieter kann jedoch durch sein Generalunternehmerrecht gemäß § 32 Abs 1 Z 9 GewO Gesamtaufträge übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages seinem Gewerbe zukommt. Leistungsteile für die der Bieter keine Gewerbeberechtigung hat, können in

---

<sup>97</sup> § 20 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>98</sup> *Wiesinger/Casati in Gölles*, BVergG 2018 § 81, Rz 1.

<sup>99</sup> *Wiesinger/Casati in Gölles*, BVergG 2018 § 81, Rz 5,8.

<sup>100</sup> *Wiesinger/Casati in Gölles*, BVergG 2018 § 81, Rz 6.

diesem Fall von einem befugten Subunternehmer erbracht werden. Das Generalunternehmerrecht wird als Teil der eigenen Befugnis des Bieters gesehen.<sup>101</sup>

Ruht die Gewerbeberechtigung, darf der Bieter das Gewerbe vorübergehend nicht ausüben. Wird das Gewerbe trotzdem ausgeübt, stellt dies keine unbefugte Gewerbeausübung dar, obwohl diese Handlung mit Strafe bedroht ist. Auch ein ruhendes Gewerbe ist daher als Befugnis zu qualifizieren.<sup>102</sup>

Tritt ein Bieter als ARGE auf wird die Befugnis nach den ARGE-Gesellschaftern beurteilt, da die ARGE selbst eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts darstellt und somit nicht berechtigt ist ein Gewerbe anzumelden. Der VfGH hat in diesem Zusammenhang festgestellt, dass nicht jeder Gesellschafter der ARGE die Befugnis für den gesamten Auftrag haben muss. Ausreichend ist, wenn jeder ARGE-Gesellschafter eine Befugnis für den von ihm zu erbringenden Leistungsteil besitzt. Die ARGE-Gesellschafter können dadurch gemeinschaftlich die erforderliche Befugnis für den Gesamtauftrag erbringen.<sup>103</sup>

Nimmt ein Bieter aus dem Ausland an einem österreichischen Vergabeverfahren teil, muss er für die Erbringung des Auftrages ebenfalls die erforderliche Befugnis nachweisen können. Bieter aus Drittstaaten sind befugt in Österreich ein Gewerbe auszuüben, wenn dies in einem Staatsvertrag geregelt wurde. Wird eine Tätigkeit in Österreich erbracht ist eine Gewerbeberechtigung nach österreichischem Recht erforderlich. Für eine im Ausland produzierte und nach Österreich transportierte Sache, ist hingegen für die Produktion im Ausland keine Befugnis nach österreichischem Recht erforderlich.<sup>104</sup>

Bieter aus dem EWR können sich auf die Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit stützen. Für sie kommen, falls keine Sonderregelungen zur Anwendung gelangen, die §§ 373a–373e GewO zur Anwendung. Nach § 373a GewO dürfen Staatsangehörige eines Mitgliedstaates der EU oder eines Vertragsstaates des EWR, die in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder Vertragsstaat des EWR niedergelassen sind und dort eine Tätigkeit befugt ausüben, auf die die Bestimmungen dieses Bundesgesetzes anzuwenden wären, diese Tätigkeit vorübergehend und gelegentlich unter den gleichen Voraussetzungen wie Inländer in Österreich ausüben.

---

<sup>101</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 6.

<sup>102</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 7.

<sup>103</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 15f.

<sup>104</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 31f.

Für bestimmte Leistungen wie etwa künstlerische Tätigkeiten ist keine Befugnis erforderlich. Ein entsprechender Nachweis der Befugnis entfällt daher. Nach § 2 Abs 1 Z 7 GewO ist etwa für die literarische Tätigkeit, die Ausübung der schönen Künste sowie die Ausübung des Selbstverlages der Urheber keine Gewerbeberechtigung erforderlich. Unter Ausübung der schönen Künste ist die eigenschöpferische Tätigkeit in einem Kunstzweig zu verstehen. Die Restaurierung von Kunstwerken ist dann Ausübung der schönen Künste, wenn für die Wiederherstellung eine nachgestaltende künstlerische Fähigkeit erforderlich ist (§ 2 Abs 11 GewO). Vom VwGH wurde die Leistungserbringung im Rahmen der Restaurierung eines Gebäudes, für die nachgestaltende künstlerische Fähigkeiten im Ausmaß von sieben Prozent erforderlich waren, als Ausübung der schönen Künste qualifiziert.<sup>105</sup>

Gleiches gilt für gemeinnützige Tätigkeiten, bei denen es an der Ertragsabsicht fehlt. Allenfalls wird ein Nachweis der Gemeinnützigkeit gefordert werden können, wie zB ein Auszug aus der Satzung bzw den Statuten des gemeinnützigen Rechtsträgers.

#### 6.2.1.2 Befugnis nach dem ZTG

Im Ziviltechnikergesetz findet sich ausdrücklich der Begriff der „Befugnis“. Die Befugnis nach dem ZTG bezeichnet die Berufsberechtigung des Ziviltechnikers und muss für ein bestimmtes Fachgebiet erworben werden. Auf dem Gebiet der Architektur führen Ziviltechniker die Berufsbezeichnung Architekt. Alle anderen Ziviltechniker werden nach dem absolvierten ingenieurwissenschaftlichen oder naturwissenschaftlichen Studium als Ingenieurkonsulenten bezeichnet.<sup>106</sup>

Nach dem ZTG dürfen Ziviltechniker nur Leistungen auf ihrem Fachgebiet erbringen. § 3 Abs 1 ZTG sieht vor, dass Ziviltechniker, sofern bundesgesetzlich nicht eine besondere Berechtigung gefordert wird, auf dem gesamten, von ihrer Befugnis umfassten Fachgebiet zur Erbringung von planenden, prüfenden, überwachenden, beratenden, koordinierenden, mediativen und treuhänderischen Leistungen, insbesondere zur Vornahme von Messungen, zur Erstellung von Gutachten, zur berufsmäßigen Vertretung vor Behörden und Körperschaften öffentlichen Rechts, zur organisatorischen und kommerziellen Abwicklung

---

<sup>105</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 44.

<sup>106</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 39.

von Projekten, ferner zur Übernahme von Gesamtplanungsaufträgen, sofern wichtige Teile der Arbeiten dem Fachgebiet des Ziviltechnikers zukommen, berechtigt sind.<sup>107</sup>

#### 6.2.1.3 Befugnis im Vergabeverfahren

Es gibt Aufträge im Vergabeverfahren die sowohl von Gewerbetreibenden als auch von Ziviltechnikern erbracht werden dürfen. Die Befugnis im Vergabeverfahren kann sich in solchen Fällen sowohl aus der GewO als auch dem ZTG ergeben. Beispielsweise sind zur Hochbauplanung Architekten und Baumeister berechtigt und zur Planung im Bereich der Elektrotechnik sind sowohl Ingenieurkonsulenten für Elektrotechnik als auch Ingenieurbüros für Elektrotechnik (§ 134 GewO) befugt.<sup>108</sup>

Wie oben schon kurz erwähnt kann sich die Befugnis je nach Art der Leistung des Auftrages auch aus anderen Gesetzen ergeben, wie etwa die Erfordernis der Konzession nach §§ 6 ff VAG für den Betrieb der Vertragsversicherung und den §§ 4f BWG für die Erbringung von Bankgeschäften, der Bewilligung nach § 25 AWG für die Sammlung oder Behandlung von gefährlichen Abfällen oder der Konzessionen nach § 1 KfLG für den Kraftfahrlinienverkehr bzw § 3 Gelegenheitsverkehrs-G.22 für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen.<sup>109</sup>

Im Rahmen der Ausschreibung darf sich der Auftraggeber nicht über die in den jeweiligen Materiengesetzen normierten Anforderungen an die Befugnis hinwegsetzen. Die Festlegung anderer oder über die gesetzlich normierten Anforderungen hinausgehender Regelungen in Bezug auf die Befugnis wäre unzulässig. Enthält die Ausschreibung Hinweise zur geforderten Befugnis, sollten diese nur informativ sein bzw die gesetzlichen Vorgaben wiedergeben. Der Auftraggeber kann die gesetzlichen Anforderungen an die erforderliche Befugnis zur Leistungserbringung nicht abbedingen.<sup>110</sup>

Die erforderliche Befugnis muss jedoch auf Verlangen des Auftraggebers durch die in § 81 BVergG 2018 angeführten Urkunden nachgewiesen werden.<sup>111</sup> § 81 Abs 1 BVergG 2018 nennt dabei einschlägige Berufs- und Handelsregister, Bescheinigungen sowie

---

<sup>107</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 40.

<sup>108</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 41.

<sup>109</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 41.

<sup>110</sup> Wiesinger/Casati in Gölles, BVergG 2018 § 81, Rz 3.

<sup>111</sup> Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, (263) 266.



eidesstattliche Erklärungen und verweist auf Anhang IX. Nach Anhang IX ist der Nachweis der Befugnis in Österreich unter anderem durch Firmenbuch, Gewerberegister sowie Mitgliederverzeichnis der Landeskammern möglich. Der Auftraggeber darf keine übergesetzlichen Anforderungen an die Befugnis stellen.

Der Auftragnehmer muss für die Leistungen die er selbst erbringt, über die erforderliche Befugnis verfügen. Er kann diese nicht durch einen Subunternehmer substituieren. Kann der Bieter die erforderliche Befugnis nicht nachweisen, darf der Auftraggeber dem Bieter den Zuschlag nicht erteilen.

### **6.2.2 Leistungsfähigkeit**

Die Leistungsfähigkeit ist in finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit untergliedert. Die Leistungsfähigkeit muss für den vom herangezogenen Unternehmer übernommenen Teil vorliegen.<sup>112</sup> Im Folgenden werden nun die einzelnen Kriterien der Leistungsfähigkeit näher beleuchtet.

#### **6.2.2.1 Finanzielle / wirtschaftliche Leistungsfähigkeit**

Von großer Bedeutung für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist das haftende Eigenkapital. Dieses muss in einem angemessenen Verhältnis zur Größe des Auftrages stehen. Der Auftraggeber kann verlangen, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachgewiesen wird. Aus § 84 BVergG 2018, welcher auf Anhang X verweist, gehen geeignete Unterlagen zur Erbringung dieses Nachweises hervor. Hier sei beispielhaft eine Bonitätsauskunft, die Vorlage von Jahresabschlüssen oder eine Berufshaftpflichtversicherung genannt.<sup>113</sup> Bei den in Anhangs X des BVergG angeführten Nachweismittel der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit handelt es sich um eine beispielhafte und keine abschließende Aufzählung. Dies ergibt sich aus § 84 Abs 1 BVergG 2018 wonach der öffentliche Auftraggeber „insbesondere“ die Nachweise gemäß

---

<sup>112</sup> Aicher/Lessiak, PLM-Projektbegleitendes Lösungsmanagement, ZVB 2020/96, 486.

<sup>113</sup> Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, (263) 266.

Anhang X verlangen „kann“.<sup>114</sup> Anhang X setzt Art 58 Abs 4 sowie Art 60 Abs 4 der RL 2014/24/EU um.<sup>115</sup>

Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kann auch von einem Subunternehmer bekräftigt werden. Dies kann nach Anhang X Abs 1 Z 4 BVergG 2018, gegenüber dem Auftraggeber etwa durch die solidarische Haftung des Subunternehmers mit dem Auftragnehmer erfolgen. Kann der Bieter aus einem berechtigten Grund die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise nicht beibringen, kann er den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß § 84 Abs 2 BVergG 2018 durch Vorlage jedes anderen vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Der Bieter hat dabei den berechtigten Grund, weshalb er den geforderten Nachweis nicht erbringen kann, gegenüber dem Auftraggeber glaubhaft zu machen. Jedenfalls als geeignete Nachweise gelten Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer, Angaben über Unternehmensbeteiligungen und Angaben über die Kapitalausstattung. Bieter können dabei Subunternehmer heranziehen um die geforderten Kapazitäten zu erfüllen. Zum Beispiel ist es möglich die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer durch die Dienstnehmer des Subunternehmers zu erhöhen.<sup>116</sup>

Ist es dem Bieter nicht möglich den Mindestanforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu entsprechen, kann er sich zur Erfüllung der Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmens stützen.<sup>117</sup> Der Bieter kann jedoch nicht immer seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch Subunternehmer substituieren. Ist etwa das Projektrisiko aufgrund des Verhältnisses von Auftragssumme zum durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten drei Jahre des Bieters hoch, kann dieses auch nicht durch eine Abtretung von großen Umsatzzahlen an Subunternehmer verringert werden, da zwischen dem Auftraggeber und dem Subunternehmer kein direktes Vertragsverhältnis besteht und die Gewährleistung deshalb beim Bieter verbleibt.<sup>118</sup>

Dem Transparenzprinzip Rechnung tragend hat der öffentliche Auftraggeber die erforderlichen Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit bereits zu Beginn in der Bekanntmachung gemäß § 50 Abs 3 BVergG 2018 oder in den

---

<sup>114</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 1.

<sup>115</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 2.

<sup>116</sup> Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, (263) 266.

<sup>117</sup> EuGH 18. 10. 2012, C-218/11, Édukövizig.

<sup>118</sup> BVA 29.04.1997, N-9/96-28.

Ausschreibungsunterlagen gemäß § 91 Abs 3 BVergG 2018 bekannt zu geben. Bekanntzugeben sind die Nachweise die mit dem Angebot bzw mit dem Teilnahmeantrag vorzulegen sind, sowie die Nachweise, die erst auf Aufforderung nachzureichen sind.<sup>119</sup> Es muss dabei ein Zusammenhang zwischen den Eignungskriterien und den Nachweisen bestehen. Verlangt der öffentliche Auftraggeber einen Nachweis über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ohne Bezug auf eine Mindestanforderung bzw ein Eignungskriterium ist dies als unzulässig anzusehen.<sup>120</sup>

Die einzelnen in Anhang X des BVergG 2018 aufgezählten Nachweise sollen nun näher dargestellt werden:

Zu Offenlegung der „Bonität des Bieters“ sieht Anhang X des BVergG 2018 drei konkurrierende Nachweise vor. Der öffentliche Auftraggeber kann, eine Bankerklärung bzw Bonitätsauskunft, eine Bilanz oder Auszüge daraus oder eine Bonitätseinstufung gemäß einem anerkannten Ratingsystem, verlangen.<sup>121</sup>

Bei einer „Bankauskunft“ handelt es sich um eine Bestätigung einer Bank über die Bonität des Unternehmers.<sup>122</sup> Mittels der Bankauskunft erstattet das Kreditinstitut eine allgemeine standardisierte Mitteilung über die wirtschaftlichen Verhältnisse, die Geschäftsgebarung und das Zahlungsverhalten des Bankkunden im Rahmen der banküblichen Geschäftsverbindung.<sup>123</sup> Aus der Bankerklärung soll die Kreditwürdigkeit des Bieters hervorgehen.<sup>124</sup> Die Bankerklärung sollte nach den Erläuterungen zum BVergG 2018, Auskunft über das haftende Eigenkapital geben und darüber, ob dieses in Relation zur Größe des Auftrags steht und ob eventuell eine Überschuldung vorliegt.<sup>125</sup>

Auch aus der „Bilanz“ oder „Auszügen der Bilanz“ eines Unternehmers lassen sich Rückschlüsse auf dessen finanzielle und wirtschaftliche Verhältnisse ziehen. Der öffentliche Auftraggeber kann daher in den Ausschreibungsunterlagen Kriterien zu den Bilanzdaten oder Vermögensverhältnissen des Bieters festlegen, welche durch entsprechende Nachweise zu belegen sind.<sup>126</sup> Es ist hingegen nicht zulässig als Mindestanforderung an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit Mindestkriterien festzulegen, welche sich auf die

---

119 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 3.

120 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 4.

121 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 6.

122 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 5.

123 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 7.

124 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 8.

125 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 9.

126 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 20.

Bilanz im Allgemeinen beziehen. In den Mindestanforderungen ist immer ein Bezug auf ein oder mehrere Elemente der Bilanz herzustellen.<sup>127</sup> Diese Elemente der Bilanz müssen objektiv geeignet sein über die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters Auskunft zu geben. Dem Auftraggeber soll eine Einschätzung ermöglicht werden, ob für die erfolgreiche Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages ausreichend wirtschaftliche und finanzielle Mittel zur Verfügung stehen. Dabei sollen jedoch keine unangemessen weitreichenden, nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Auskünfte in Bezug auf die Bilanz verlangt werden.<sup>128</sup>

Zulässig ist die Forderung eines bestimmten Nachweises für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit hingegen auch dann, wenn nicht jeder potenzielle Bewerber oder Bieter zu seiner Erbringung objektiv in der Lage ist, etwa aufgrund von unterschiedlichen Regelungen in den Mitgliedstaaten. So wurde vom EuGH der vom öffentlichen Auftraggeber verlangte Nachweis eines Elements der Bilanz als zulässig erachtet, auch wenn dieser in den Regelungen der einzelnen Mitgliedsstaaten eventuell unterschiedlich ausgestaltet ist.<sup>129</sup>

Die Bieter haben weiters die Möglichkeit ihre Bonität durch Vorlage einer „Bonitätseinstufung gemäß einem anerkannten Ratingsystem“ nachzuweisen.<sup>130</sup> Unter Rating versteht man im Finanzwesen grundsätzlich die Bewertung der Zahlungsfähigkeit. Dabei wird eine ordinal skalierte Einstufung der Bonität eines Unternehmers durch eine Ratingagentur oder ein Kreditinstitut vorgenommen.<sup>131</sup> Ein Rating gibt ein Bonitätsurteil in Bezug auf ein Unternehmen ab, das anhand eines festgelegten und definierten Einstufungsverfahrens für Ratingkategorien abgegeben wird.<sup>132</sup>

In den Erläuterungen zum BVergG 2018 wird darauf hingewiesen, dass der Nachweis der Bonität gemäß einem anerkannten Ratingsystem in das Verzeichnis der Nachweise aufgenommen wurde, da dieser Nachweis in der Praxis – insbesondere im Baubereich – als besonders geeignetes Mittel angesehen wird, um sich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu versichern.<sup>133</sup> Unter einem „anerkannten Ratingsystem“ ist ein allgemein am Markt gebräuchliches Bonitätsbewertungssystem zu

---

127 EuGH 18. 10. 2012, C-218/11, Édukövízig.

128 EuGH 18. 10. 2012, C-218/11, Édukövízig; 13. 7. 2017, C-76/16, Ingsteel.

129 EuGH 18. 10. 2012, C-218/11, Édukövízig.

130 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 32.

131 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 33.

132 ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231; VwGH 17.06.2014, 2013/04/0033.

133 ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231.

verstehen.<sup>134</sup> In Österreich sind dabei beispielsweise der KSV 1970 sowie der AKV Europa als Ratingagenturen anerkannt.<sup>135</sup> Weiters wird in den Erläuterungen ausgeführt, dass der Auftraggeber ein entsprechendes Mindestrating festzulegen hat, wenn er einen solchen Nachweis verlangt. Dieses Mindestrating muss sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig sein. Die Mindestanforderung darf somit nicht diskriminierend sein, muss mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, zu diesem verhältnismäßig und durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt sein.<sup>136</sup>

Fällt das KSV-Rating schlecht aus ist vom Auftraggeber zu untersuchen, warum die Bewertung seitens des KSV etwa ausgesetzt (und das Rating somit auf 0 gesetzt) worden ist.<sup>137</sup> Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit des Bieters ist durch den Auftraggeber genau zu überprüfen. Erhält der Bieter ein schlechtes Rating, hat der Auftraggeber durch die Einholung entsprechender Auskünfte des KSV, die „Ratinghistorie“ des Bieters, welche der Aussetzung der Bewertung voran ging, näher zu hinterfragen.<sup>138</sup> Lässt sich der KSV-Auskunft entnehmen, dass die Zahlungen des Bieters oft schleppend erfolgten, häufige Mahnungen erforderlich waren oder es zu Betreibungen kam, ist die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Bieters nicht gegeben. Ebenso verhält es sich, wenn sich aus der KSV-Auskunft ergibt, dass der Bieter an einer Gesellschaft, über die Konkurs eröffnet wurde beteiligt ist und daher als insolvenzgefährdet anzusehen ist.<sup>139</sup>

Ein weiteres in Anhang X aufgezähltes Nachweismittel der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit stellt der Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe dar. Treten gewisse Schadensfälle mit hoher Schadenersatzforderung auf, könnte dies die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit enorm beeinträchtigen. Ein solcher Schadensfall könnte für einen Unternehmer sogar existenzbedrohend sein, wenn dieser keine ausreichende Deckung in einer Betriebshaftpflichtversicherung findet. Der Nachweis einer Berufshaftpflichtversicherung mit entsprechender Deckungssumme kann dem Auftraggeber die Sicherheit geben, dass die Fertigstellung des Auftrages nicht durch einen großen Schadensfall gefährdet werden kann, welcher die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers beeinträchtigen könnte.<sup>140</sup> Der Auftraggeber muss bei seiner Festlegung einer

---

<sup>134</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231.

<sup>135</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 38.

<sup>136</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 35.

<sup>137</sup> VwGH 17. 06. 2014, 2013/04/0033; 17. 9. 2014, 2013/04/0056.

<sup>138</sup> VwGH 17.06. 2014, 2013/04/0033.

<sup>139</sup> VwGH 12.07. 2000, 2000/04/0049.

<sup>140</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 14.

Betriebshaftpflichtversicherung in einer bestimmten Höhe als Eignungskriterium darauf achten, dass die geforderte Betriebshaftpflichtversicherung in Bezug auf ihre Höhe dem Auftragsgegenstand angemessen ist. Der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit muss in Relation zum Gegenstand des Auftrages (noch) gerechtfertigt sein.<sup>141</sup> Wurde vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen eine Berufshaftpflichtversicherungsdeckung mit einer Versicherungssumme in einer bestimmten Höhe verlangt, muss der Bieter über eine Versicherung mit einer entsprechenden Deckung verfügen um den Nachweis zu erfüllen. Kann die Versicherungssumme beispielsweise durch Schadensfälle anderer Mitversicherter geschmälert werden, erfüllt der Bieter den in der Ausschreibung geforderten Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit nicht.<sup>142</sup>

Wie oben schon kurz angeschnitten, kann sich ein Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auch auf einen namhaft gemachten Subunternehmer stützen. Hierbei ist eine an den Auftraggeber gerichtete Erklärung des Subunternehmers notwendig, dass der Subunternehmer die solidarische Leistungserbringung schuldet. Der Subunternehmer muss dabei selbst über die vom Auftraggeber geforderte finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügen.<sup>143</sup>

Auch der Umsatz des Bieters kann für den Auftraggeber zur Beurteilung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters von Interesse sein.<sup>144</sup> Der Auftraggeber kann dabei gemäß Anhang X Abs 1 Z 5 und Z 7 BVergG 2018 eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt oder den Nachweis eines Mindestgesamtjahresumsatzes und gegebenenfalls eines Mindestjahresumsatzes für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, verlangen. Die Erläuterungen zum BVergG 2018 stellen klar, dass der Nachweis eines Mindestgesamtjahresumsatzes und jener eines Mindestjahresumsatzes für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, auch kumulativ verlangt werden können.<sup>145</sup> Der Gesamtumsatz und der Umsatz für den Tätigkeitsbereich der ausgeschriebenen Leistung darf vom Auftraggeber höchstens für die

---

<sup>141</sup> VwGH 22. 04. 2010, 2008/04/0077.

<sup>142</sup> VwGH 18. 09. 2019, Ra 2018/04/0096.

<sup>143</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 24.

<sup>144</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 27.

<sup>145</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231.

letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht, verlangt werden.

Bei der Vorgabe eines Mindestjahresumsatzes hat der Auftraggeber zu beachten, dass der verlangte Mindestgesamtjahresumsatz grundsätzlich nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswertes überschreiten darf. Dies ist der Wahrung eines freien Wettbewerbs und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geschuldet.<sup>146</sup> Eine Ausnahme von dieser grundsätzlichen Regelung besteht allerdings in hinreichend begründeten Fällen, die mit den speziellen Risiken zusammenhängen und die Wesensart der Leistung betreffen. Als Beispiel für solche Fälle mit den speziellen Risiken zusammenhängen, die die Wesensart der Leistung betreffen, werden in den Erläuterungen zum BVergG 2018 etwa jene Fallkonstellationen genannt, bei denen ein Auftragnehmer (zB bei los- oder gewerksweisen Vergaben) eine besonders hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit aufweisen muss, da im Falle seines Leistungsverzuges dem Auftraggeber ein hoher Schaden, zB aufgrund der Bauzeitverzögerung, droht (zB Spezialgewerke im Rahmen eines großen Bau- oder Dienstleistungsauftrages).<sup>147</sup> Der Auftraggeber hat die wichtigsten Gründe für eine solche Überschreitung gemäß Anhang X Abs 2 BVergG 2018 in der Ausschreibung oder im Vergabevermerk anzugeben.

Nach Anhang X des BVergG 2018, welcher Anhang XII der Vergaberichtlinie 2014/24/EU umsetzt, kann der Auftraggeber verlangen, durch welchen oder welche der genannten Nachweise die Bieter oder Bewerber ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit zu belegen haben.<sup>148</sup> Der Auftraggeber hat bei der Wahl der Nachweise jedoch kein uneingeschränktes Ermessen. Nach den Erwäggründen der Vergaberichtlinie 2014/24/EU Abs 83 sollten die Anforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in einem Zusammenhang und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gegenstand des Auftrages stehen. Insbesondere sollte es den Erwäggründen zufolge, den öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet sein, von den Bietern einen Mindestumsatz zu verlangen, der nicht in einem angemessenen Verhältnis zum Gegenstand des Auftrags steht. Zu strenge Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit würden oft ein ungerechtfertigtes Hindernis für die Teilnahme von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren darstellen.

---

146 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 84, Rz 41.

147 ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231.

148 EuGH 18.10. 2012, C-218/11, Édukóvízig; 13. 7. 2017, C-76/16, Ingsteel.

Der öffentliche Auftraggeber hat die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit eines Bieters genauer zu überprüfen, wenn er den Verdacht über eine heikle wirtschaftliche und finanzielle Situation des Bieters, etwa aufgrund von negativen Medienberichten, hat. Hat der Auftraggeber keinen Zweifel an der finanziellen Lage des Bieters, ist der Auftraggeber nicht zu einer weiteren Überprüfung verpflichtet.<sup>149</sup>

Unter gewissen Voraussetzungen kann der Bieter seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch durch andere Unterlagen, als jene die in der Ausschreibung vom Auftraggeber verlangt wurden, nachweisen. Der Bieter muss in diesem Zusammenhang einen berechtigten Grund vorbringen, weshalb es ihm nicht möglich war, die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise beizubringen.<sup>150</sup> Bei der Prüfung dieses Grundes ist vom öffentlichen Auftraggeber ein objektiver Maßstab anzulegen. Ist den Bieter die Vorlage der vom Auftraggeber verlangten Nachweise lediglich aus subjektiven Gründen nicht möglich, rechtfertigt dies nicht die Vorlage anderer Nachweise.<sup>151</sup>

Ein objektiver Grund für die Vorlage alternativer Nachweise könnte nach Ansicht des EuGH etwa sein, wenn es dem Bieter nicht möglich wäre, von den dafür in Fragen kommenden Adressat, einen Nachweis wie in der Ausschreibung gefordert zu erhalten.<sup>152</sup> Etwa dann, wenn die vom Bieter angefragte Bank, die in der Ausschreibung geforderte Bescheinigung nicht in einer derartigen Formulierung ausstellen möchte.<sup>153</sup> Ein anderer objektiver Grund könnte beispielsweise sein, dass die vom öffentlichen Auftraggeber geforderte Vorlage einer KSV-Auskunft mit einem Rating zwischen 100 und 350 nicht vorgelegt werden kann, weil aktuelle, für ein KSV-Rating erforderlicher Unterlagen nicht verfügbar sind und daher nur ein veraltetes KSV-Rating von 0, aufgrund eines früheren Insolvenzverfahrens vorliegt.<sup>154</sup> In diesem Fall könnte nach Ansicht des VwGH der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch andere Nachweise erbracht werden.<sup>155</sup> Diese alternativ vorgelegten Nachweise müssen dabei mit dem ursprünglich vom Auftraggeber geforderten KSV-Rating in ihrer Aussagekraft gleichwertig sein.<sup>156</sup> Der Nachweis eines KSV-Ratings soll dem öffentlichen Auftraggeber Auskunft über das haftende Eigenkapital des Bieters geben und stellt somit eine Bonitätsauskunft dar. Soll mit dem KSV-Rating ein

---

149 VwGH 2.06.2020, Ra 2017/04/0066.

150 EuGH 13.07. 2017, C-76/16, Ingsteel.

151 VwGH 17.09. 2014, 2013/04/0056.

152 EuGH 13. 07. 2017, C-76/16, Ingsteel.

153 EuGH 13. 07. 2017, C-76/16, Ingsteel.

154 VwGH 17.06. 2014, 2013/04/0033; 17. 9. 2014, 2013/04/0056.

155 VwGH 17. 09. 2014, 2013/04/0056; 4. 7. 2016, Ra 2015/04/0085.

156 VwGH 04. 07. 2016, Ra 2015/04/0085.



unterdurchschnittliches Ausfallsrisiko sichergestellt werden, muss auch durch die alternativ vorgelegten Unterlagen ein Eigenkapital nachgewiesen werden, aus dem ein unterdurchschnittliches Ausfallsrisiko abgeleitet werden kann. Nicht ausreichend wären Unterlagen die nur dem Grunde nach geeignet sind, Rückschlüsse auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Bieters zu ziehen, wie etwa eine Liste der vergebenen öffentlichen Aufträge und Auskünfte über die in der Vergangenheit erfolgte Erfüllung von Zahlungsverpflichtungen.<sup>157</sup>

Der öffentliche Auftraggeber hat bei der Beurteilung des Grundes für Vorlage eines alternativen Nachweises das Diskriminierungsverbot zu beachten.<sup>158</sup> Zudem ist vom öffentlichen Auftraggeber zu berücksichtigen, dass eine restriktive Vorgehensweise bei der Zulassung alternativer Nachweise den Wettbewerb einschränken kann.<sup>159</sup> Wurde die objektive Unmöglichkeit der Vorlage des vom Auftraggeber geforderten Nachweises in Bezug auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit festgestellt, ist vom öffentlichen Auftraggeber zu prüfen, ob die vom Bieter vorgelegten anderen Belege geeignete sind, um die Eignung nachzuweisen.<sup>160</sup> Dabei müssen die alternativ vorgelegten Unterlagen nicht bloß abstrakt zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit geeignet sein, sondern die Nachweise müssen das selbe Niveau an Eignung darlegen, welches der Auftraggeber mit den ursprünglich von ihm verlangten Unterlagen nachgewiesen haben wollte.<sup>161</sup> Der Auftraggeber ist bei der Prüfung der alternativ vorgelegten Nachweise an die (bestandsfeste) Ausschreibung gebunden und hat alle Bieter dem gleichen Maßstab zu unterwerfen.<sup>162</sup> Auch bei der Beurteilung der Eignung alternativ vorgelegter Nachweise ist daher das Diskriminierungsverbot zu beachten.

#### 6.2.2.2 Technische Leistungsfähigkeit

Besonders wichtig ist es sich mit der technischen Leistungsfähigkeit näher zu befassen, da ein Mangel in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit ein Ausscheiden des Angebots des Bieters zur Folge hat und der Bieter somit nicht weiter am Vergabeverfahren teilnehmen

---

<sup>157</sup> VwGH 04.07. 2016, Ra 2015/04/0085.

<sup>158</sup> VwGH 17. 09. 2014, 2013/04/0056.

<sup>159</sup> VwGH 17.09. 2014, 2013/04/0056.

<sup>160</sup> EuGH 13.07. 2017, C-76/16, Ingsteel.

<sup>161</sup> VwGH 04.07. 2016, Ra 2015/04/0085.

<sup>162</sup> VwGH 04.07. 2016, Ra 2015/04/0085.

kann. Die technische Leistungsfähigkeit muss auch gegeben sein, wenn sie in der Ausschreibung nicht verlangt wurde. Ein Mangel in der technischen Leistungsfähigkeit führt selbst dann zum Ausscheiden des Bieters aus dem Vergabeverfahren, wenn der Auftraggeber keine Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit gestellt hat.<sup>163</sup>

Die technische Leistungsfähigkeit umfasst die materiellen und personellen Mittel des herangezogenen Unternehmens. Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit sind in Anhang XI des BVergG 2018 aufgelistet. Aus § 85 BVergG 2018 ergibt sich, dass die Aufzählung der in Anhang XI angeführten Nachweise der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit abschließend ist. Der öffentliche Auftraggeber kann daher nur anhand dieser Nachweise die technische Leistungsfähigkeit der Bieter überprüfen. Die Anforderungen die der öffentliche Auftraggeber an die technische Leistungsfähigkeit der Bieter stellen kann sind somit begrenzt.<sup>164</sup> Es obliegt jedoch dem öffentlichen Auftraggeber zu bestimmen welcher Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit in der Ausschreibung von den Bietern verlangt wird.

Der öffentliche Auftraggeber hat daher bei Festlegung der Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit ein gewisses Ermessen, welches durch § 80 BVergG 2018 begrenzt wird.<sup>165</sup> Nachweise dürfen nach § 80 Abs 1 BVergG 2018 nämlich nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist.

Legt der öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung keine Nachweise in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit fest oder reichen die in der Ausschreibung festgelegten Nachweise nicht aus die technische Leistungsfähigkeit abschließend zu beurteilen, hat der Auftraggeber den Bieter aufzufordern, binnen einer angemessenen Frist entsprechende Nachweise vorzulegen. Erst nachdem eine solche Vorlage nicht erfolgt, kann der betreffende Bieter vom Auftraggeber ausgeschlossen werden.<sup>166</sup>

Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann beispielsweise durch Darlegung der technischen Ausrüstung, die Angabe der technischen Fachkräfte oder technischen Stellen oder Bescheinigung der beruflichen Befähigung des Unternehmens erbracht werden.<sup>167</sup> Ebenfalls kann zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit die durchschnittliche Mitarbeiteranzahl des herangezogenen Unternehmens maßgeblich sein. Bei Unternehmen,

---

<sup>163</sup> Moick/Gföhler, BVergG 2018<sup>1.01</sup> § 85, Rz 1.

<sup>164</sup> Moick/Gföhler, BVergG 2018<sup>1.01</sup> § 85, Rz 4.

<sup>165</sup> Moick/Gföhler, BVergG 2018<sup>1.01</sup> § 85, Rz 6.

<sup>166</sup> VwGH 31.05. 2000, 2000/04/0014; 31. 5. 2000, 2000/04/0015.

<sup>167</sup> Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, (263) 266.

welche kontinuierlich eine hohe Anzahl an Mitarbeitern beschäftigen, wird angenommen, dass diese eher in der Lage sein werden die geforderte Leistung zu erbringen.<sup>168</sup>

Im Folgenden soll nun eine Übersicht über die in der Judikatur als zulässig bzw unzulässig gewerteten Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit gegeben werden:

Generell ist zu beachten, dass sich die Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit auf die Person des Bieters und nicht auf die zu erbringende Leistung beziehen muss.<sup>169</sup> Der Auftraggeber kann schon in der Ausschreibung bestimmte Anforderungen an den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter stellen.<sup>170</sup>

In Anhang XI Abs 2 BVergG 2018 wird festgelegt, dass bei Bauaufträgen zum Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit Referenzen über die wesentlichen, in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangt werden können. Hierbei ist eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen vorzulegen. Dabei ist jedoch nicht erforderlich, dass in jedem der letzte fünf Jahre Bauleistungen erbracht wurden. Wurde vom Auftraggeber der Nachweis gemäß Anhang XI Abs 2 BVergG 2018 nicht näher konkretisiert, ist es daher zulässig, wenn der Bieter beispielsweise eine Liste über die Bauleistungen der letzten drei Jahre vorlegt, wenn er in den zwei Jahren davor keine Bauleistungen durchgeführt hat. Wurde jedoch in keinem der letzten fünf Jahre eine Bauleistung erbracht, kann der Bieter der Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit nicht entsprechen.<sup>171</sup>

Der Auftraggeber kann als Kriterium für die Bewertung der technischen Leistungsfähigkeit vorschreiben, dass der Bieter für die auszuführenden Arbeiten die „erforderliche spezifische Erfahrung“ besitzt.<sup>172</sup> Weiters kann der Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit Prüfzeugnisse verlangen.<sup>173</sup>

Ist die angegebene Anzahl der Dienstnehmer des Bieters für den Auftrag nicht ausreichend, kann der Auftraggeber das Angebot selbst dann ausscheiden, wenn er in der Ausschreibung keine Mindestanzahl an Arbeitnehmern gefordert hat. Die personelle Ausstattung eines Bieters kann vom Auftraggeber als objektiv zu gering bewertet werden.<sup>174</sup>

---

168 *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (266).

169 VwGH 09.09. 2015, Ra 2014/04/0036.

170 *Moick/Gföhler*, BVergG 2018<sup>1.01</sup> § 85, Rz 13.

171 VwGH 20. 12. 2005, 2005/04/0072

172 EuGH 20.09.1988, C-31/87, Gebroeders Beentjes.

173 VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0056.

174 VwGH 18. 05. 2005, 2004/04/0094.

Auch wenn die Teilnahmeunterlagen in Bezug auf einen gewissen Eignungsaspekt keinen Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit vorschreiben, kann der Auftraggeber einen Nachweis verlangen, wenn in Bezug auf diesen Eignungsaspekt in den Teilnahmeunterlagen auf den Auftragsgegenstand verwiesen wird und sich daraus ergibt, dass diese technische Leistungsfähigkeit für den Auftragsgegenstand erforderlich ist.<sup>175</sup>

Der öffentliche Auftraggeber kann etwa wegen der hohen Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit, eine Liste von Referenzprojekt verlangen, um die Erfahrungen des Bieters mit einer vergleichbaren Auftragsabwicklung überprüfen zu können.<sup>176</sup> Anhand der Referenzliste kann der Auftraggeber feststellen, ob das Referenzprojekt bzw die Referenzprojekte den Gegenstand und Umfang des gegenständlichen Auftrages erreichen oder ob der Bieter bereits Erfahrungen mit einer vergleichbaren Leistungserbringung aufweisen kann.<sup>177</sup> Der Auftraggeber kann dabei Referenzprojekte verlangen, die mit dem konkreten Ausschreibungsgegenstand in Bezug auf Größe, Größenordnung, Bauweise oder Material vergleichbar sind. Weicht das Referenzprojekt von diesen Kriterien ab, muss es vom Auftraggeber nicht anerkannt werden.<sup>178</sup> Wurden in der Ausschreibung ein „gleichwertiges“ Referenzprojekt gefordert und bestimmte Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit gestellt, ist ein Referenzprojekt nur gleichwertig, wenn bei Erbringung des Referenzprojektes die in der Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen eingehalten wurden.<sup>179</sup> Verlangt der Auftraggeber ein Referenzprojekt bei welchem der Bieter die Leistung selbst erbracht hat, ist es zur Erfüllung der Referenz nicht ausreichend, wenn der Bieter lediglich für die Projektleitung, die Aufsicht und die Auswertung der Berichte zuständig war und die Leistung nicht selbst durchgeführt hat.<sup>180</sup>

Will ein Bieter ein Referenzprojekt einer Arbeitsgemeinschaft zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit vorlegen, muss er tatsächlich und konkret an dessen Ausführung beteiligt gewesen sein.<sup>181</sup> Das vorgelegte Referenzprojekt einer Arbeitsgemeinschaft ist vom Auftraggeber darauf zu überprüfen, welchen tatsächlichen Anteil der Bieter an der Ausführung des Referenzprojektes hatte.<sup>182</sup> Das Referenzprojekt

---

<sup>175</sup> VwGH 27.02.2019, Ra 2019/04/0019.

<sup>176</sup> VwGH 05.09.2001, 2000/04/0036.

<sup>177</sup> VwGH 05.09.2001, 2000/04/0036.

<sup>178</sup> VwGH 12.09.2013, 2010/04/0149-8.

<sup>179</sup> VwGH 26.11. 2010, 2008/04/0027, 0036; 26. 11. 2010, 2008/04/0018-6.

<sup>180</sup> VwGH 27.05. 2009, 2007/04/0202-6.

<sup>181</sup> EuGH 04.05. 2017, C-387/14, Esaproject.

<sup>182</sup> EuGH 04.05. 2017, C-387/14, Esaproject.

muss dem Bieter daher zurechenbar sein.<sup>183</sup> In der Ausschreibung kann vom öffentlichen Auftraggeber festgelegt werden, dass der Bieter bei der Ausführung des Referenzprojektes als Hauptunternehmer oder Mitglied einer ARGE tätig gewesen sein muss. Der Bieter kann sich somit diesbezüglich nicht auf die Kapazitäten anderer Unternehmer stützen.<sup>184</sup> Wurde die relevante Leistung im Referenzprojekt nicht vom Bieter, sondern von einem Subunternehmer erbracht, kann dieses Projekt nicht als Referenz des Bieters herangezogen werden.<sup>185</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann in der Ausschreibung einen bestimmten Prozentsatz des Auftragswertes festlegen, der im Referenzprojekt einer Arbeitsgemeinschaft vom Bieter selbst erbracht werden musste.<sup>186</sup> Ein Bieter eines verbundenen Unternehmens oder eines Konzernverbundes kann zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit eine Referenz nur dann anführen, wenn er über diese technischen Ressourcen tatsächlich verfügen kann.<sup>187</sup>

Bei Bauaufträgen kann vom Auftraggeber in der Ausschreibung in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit der Nachweis über gewisse erforderliche Geräte verlangt werden. Als Nachweis kann dabei eine verbindliche Vereinbarung mit einem Dritten, wie etwa ein Vorvertrag, ein Mietvertrag oder ein anderer Vertrag, welcher den Vertragsgenstand, den Preis, den Beginn und die Dauer des Vertragsverhältnisses regelt, dienen.<sup>188</sup> Dabei muss sich aus dem Vertrag oder dem verbindlichen Mietangebot ergeben, wann das gegenständliche Mietverhältnis beginnen soll und ab wann die anzumietenden Gerätschaften zur Verfügung stehen werden.<sup>189</sup> Der Bieter muss dabei zum maßgeblichen Zeitpunkt der Vorlage des Nachweises der Verfügbarkeit der erforderlichen technischen Ausstattung, nicht schon tatsächlich über diese Ausstattung verfügen. Es genügt, wenn der Bieter ein verbindliches Angebot über die geforderte technische Ausstattung oder ein Bestätigungsschreiben vorlegen kann, welches bescheinigt, dass ihm diese zum Leistungszeitpunkt zur Verfügung stehen wird.<sup>190</sup>

Aus den genannten Nachweisen muss hervorgehen über welche Ausstattung, welche Baugeräte oder welche technische Ausrüstung der Bieter bei der Ausführung verfügen

---

183 OGH 20.06. 2008, 1 Ob 52/08s.

184 VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043.

185 VwGH 24.02.2010, 2006/04/0147-8.

186 VwGH 06.03.2013, 2011/04/0106-6.

187 OGH 20.06. 2008, 1 Ob 52/08s.

188 VwGH 09.09.2015, Ra 2014/04/0036.

189 VwGH 20.05.2010, 2009/04/0294-6.

190 VwGH 27.10.2014, 2012/04/0065.

wird.<sup>191</sup> Wird im Angebot vom Bieter zum Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit ein Schreiben beigelegt aus dem hervorgeht, dass die erforderlichen Geräte erst nach Beginn der Leistungserbringung zur Verfügung stehen werden, ist das Angebot wegen der fehlenden technischen Leistungsfähigkeit mangelhaft und deswegen auszuschneiden.<sup>192</sup>

Ein Nachweis über die Verfügbarkeit der Ausstattung, der Baugeräte und der technischen Ausrüstung kann nicht nur aufgrund der Anforderungen in einem parallelen Vergabeverfahren als mangelhaft bewertet werden. Bloß die Möglichkeit, dass dem Bieter in einem anderen Vergabeverfahren der Zuschlag erteilt werden könnte, schließt die Verfügbarkeit der technischen Ausstattung noch nicht aus.<sup>193</sup>

In der Ausschreibung kann von den am Vergabeverfahren teilnehmenden Bietern auch ein gewisses Schlüsselpersonal oder eine gewisse Personalausstattung verlangt werden. Dabei ist darauf zu achten, dass eine Schlüsselperson nachträglich nicht ausgetauscht oder nachnominiert werden kann, wenn sie nicht über die erforderliche Eignung verfügt. Darin wäre eine Änderung des Angebots zu sehen und das Angebot müsste vom Auftraggeber ausgeschieden werden.<sup>194</sup>

Der öffentliche Auftraggeber kann in der Ausschreibung gewisse Anforderungen an das Schlüsselpersonal stellen, wie etwa ein aufrechtes Arbeitsverhältnis zum Bieter oder den Nachweis einer bestimmten Studienrichtung.<sup>195</sup> In der Ausschreibung kann vom Auftraggeber zudem zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit von den Bietern eine bestimmte Mindestanzahl an fachlich geeigneten Mitarbeitern verlangt werden.<sup>196</sup>

### **6.2.3 Berufliche Zuverlässigkeit**

Die berufliche Zuverlässigkeit ist in § 82 BVergG 2018 geregelt. Durch das BVergG 2006 war nicht eindeutig geregelt, wie lange Ausschlussgründe wie etwa eine strafgerichtliche Verurteilung und schwere berufliche Verfehlungen zeitlich wirken. Diese offene Frage wurde durch das BVergG 2018 konkretisiert.<sup>197</sup> § 83 Abs 5 Z 1 BVergG 2018 normiert, dass

---

191 VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203; VwGH 11. 9. 2020, Ra 2018/04/0157.

192 VwGH 09.10.2002, 2000/04/0037.

193 VwGH 11.09.2020, Ra 2018/04/0157.

194 VwGH 24.02.2006, 2003/04/0194-5, 2003/04/0198-5.

195 VwGH 25.10.2016, Ra 2016/04/0109; VfGH 30. 11. 2004, B 1499/02.

196 VwGH 18.12.2018, Ra 2018/04/0106; *Moick/Gföhler*, BVergG 2018 § 85.

197 *Oppel*, BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB 2018/79, 294 (300).

ein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 und somit eine strafgerichtliche Verurteilung den Unternehmer für höchstens fünf Jahre ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausschließt. Das Vorliegen eines Ausschlussgrundes gemäß § 78 Abs 1 Z 2 bis 5 und 7 bis 11 BVergG 2018, also etwa die Eröffnung eines Insolvenzverfahren, die Nichterfüllung der Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder schwere Verfehlungen, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes, schließen den Unternehmer höchstens für den Zeitraum von drei Jahren ab dem betreffenden Ereignis vom Vergabeverfahren aus.<sup>198</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen der Unternehmer seine berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 80 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 bescheinigen kann.<sup>199</sup> Die in Frage kommenden Nachweise der beruflichen Zuverlässigkeit sind in § 82 Abs 2 und 3 BVergG 2018 aufgezählt. Beispielfhaft seien dabei der Strafregisterauszug, die Insolvenzdatei oder ein Firmenbuchauszug als ein solcher Nachweis erwähnt.

Eine juristische Person ist gemäß § 78 Abs 2 Z 1 BVergG 2018 vom öffentlichen Auftraggeber vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Ausschlussgrund einer rechtskräftigen Verurteilung nach einer oder mehrerer in § 78 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 aufgezählten Strafbestimmungen in Bezug auf eine Person erfüllt ist, die Mitglied im Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan des Unternehmers ist oder die darin Vertretungs-, Entscheidungs- oder Kontrollbefugnisse hat. Als solch eine in der Geschäftsführung tätige Person ist etwa ein Prokurist oder eine andere Person anzusehen, die zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften und Rechtshandlungen, die der Betrieb eines Unternehmens mit sich bringt, ermächtigt ist und welche für die juristische Person auftreten bzw handeln kann.<sup>200</sup> Auch bei juristischen Personen kann daher vom öffentlichen Auftraggeber ein Strafregisterauszug oder eine Strafregisterbescheinigung verlangt werden. Der Nachweis ist für die in der Geschäftsführung tätige Person zu erbringen.<sup>201</sup>

Bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes steht es dem Bieter jedoch offen die Zuverlässigkeit des herangezogenen Subunternehmers oder seine eigene Zuverlässigkeit dennoch unter Beweis zu stellen. Eine Regelung des öffentlichen Auftraggebers, welche generell und

---

<sup>198</sup> *Oppel*, BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB 2018/79, 294 (300).

<sup>199</sup> *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (266).

<sup>200</sup> VwGH 12.09.2016, Ra 2015/04/0081.

<sup>201</sup> VwGH 25.03.2010, 2010/04/0010-3.

abstrakt den automatischen Ausschluss des Bieters bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes vorsieht, verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>202</sup> Sind die Voraussetzungen für den Ausschluss eines Bieters aus dem Vergabeverfahren grundsätzlich erfüllt, hat der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die Chance einzuräumen nachzuweisen, dass die getroffenen Abhilfemaßnahmen genügen, um die Wiederholung des Ausschlussgrundes zu vermeiden.<sup>203</sup> Die Möglichkeit des Bieters durch die getroffenen Abhilfemaßnahmen den Nachweis zu erbringen, dass trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes die Zuverlässigkeit gegeben ist und er daher nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, wird als „self-cleaning“ bezeichnet.<sup>204</sup>

Der Bieter hat dabei technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zu treffen, welche einen nochmaligen Ausschlussgrund verhindern sollen.<sup>205</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann vom Bieter Nachweise über die getroffenen Maßnahmen, welche unter Berücksichtigung der konkreten Umstände geeignet sein müssen um weitere festgestellte Ausschlussgründe zu verhindern oder Tatsachenmaterial, verlangen.<sup>206</sup> In § 83 Abs 2 BVergG 2018 wird etwa die Einführung eines qualitativ hochwertigen Berichts- und Kontrollwesens, oder die Einschaltung eines Organes der inneren Revision zur regelmäßigen Überprüfung der Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften oder die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen zur Einhaltung der maßgeblichen Vorschriften genannt. Das nochmalige Begehen der betreffenden strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen soll etwa durch die Zahlung eines Ausgleichs oder die Verpflichtung zu einer solchen Zahlung für jeglichen durch eine Straftat oder eine Verfehlung gegebenenfalls verursachten Schaden, verhindert werden.<sup>207</sup> Der Bieter kann seine Zuverlässigkeit trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes etwa auch durch die Ergreifung von Compliance-Maßnahmen, die ausreichende Garantien bieten, um die Folgen eines strafrechtlichen Verstoßes oder eines Fehlverhaltens zu beheben und weiteres Fehlverhalten wirksam verhindern, nachweisen.<sup>208</sup> Auch die Zusammenarbeit mit den Ermittlungsbehörden könnte die Zuverlässigkeit des Bieters wiederherstellen.<sup>209</sup>

---

202 EuGH 30.01.2020, C-395/18, Tim SpA.

203 EuGH 03.10.2019, C-267/18, Delta.

204 EuGH 11.06.2020, C-472/19, Vert Marine SAS.

205 Plotz, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (266).

206 EuGH 24.10.2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH.

207 § 83 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

208 EuGH 24.10.2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH.

209 EuGH 24.10.2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH.



Der öffentliche Auftraggeber hat die vom Bieter vorgelegten Nachweise unter Berücksichtigung der Schwere der Situation und der besonderen Umstände des Falles zu würdigen.<sup>210</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat zu beurteilen, ob der Bieter trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes durch den vorgelegten Nachweis seine Zuverlässigkeit tatsächlich wiederhergestellt hat.<sup>211</sup> Die vom Bieter zu ergreifenden Maßnahmen müssen sich in einem wirtschaftlich vertretbaren Rahmen bewegen.<sup>212</sup> Die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit durch den öffentlichen Auftraggeber stellt eine Prognoseentscheidung dar. Eine absolut sichere Einschätzung der beruflichen Zuverlässigkeit des Bieters trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes ist nicht möglich. Maßgeblich ist jedoch, dass der öffentliche Auftraggeber die notwendigen Ermittlungen vornimmt, sich Nachweise des „self-cleanings“ vorlegen lässt und das Vorbringen des Bieters würdigt und anschließend kritisch prüft.<sup>213</sup>

Der öffentliche Auftraggeber hat gemäß § 83 Abs 3 BVergG 2018 die vom Unternehmer ergriffenen Maßnahmen zu prüfen und bei der Beurteilung der Zuverlässigkeit insbesondere die vom Unternehmer gesetzten Maßnahmen in ein Verhältnis zur Anzahl und zur Schwere der begangenen strafbaren Handlungen bzw Verfehlungen zu setzen. Es sind daher vom öffentlichen Auftraggeber die festgestellte Bestrafung bzw Verfehlung und die vom Bieter gesetzten Maßnahmen gegeneinander abzuwägen. Der öffentliche Auftraggeber hat nach Vornahme dieser Abwägung zu prüfen, ob die vom Bieter getroffenen Maßnahmen ausreichen, um die Zuverlässigkeit des Bieters glaubhaft zu machen.<sup>214</sup> Aufgrund des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ist ein zeitlicher Zusammenhang zwischen dem Fehlverhalten und dem Ausschluss des Bieters herzustellen. Ein Ausschluss könnte aufgrund eines großen zeitlichen Abstands zum Fehlverhalten unzulässig sein.<sup>215</sup>

Nach Rechtsprechung des EuGH, welche mittlerweile in § 83 Abs 4 BVergG 2018 umgesetzt wurde, wird die Möglichkeit eines „self-cleanings“ nur dann ausgeschlossen, wenn ein Bieter durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe generell ausgeschlossen wurde. Ein „self-cleaning“ ist während des gesamten in der gerichtlichen Entscheidung festgelegten

---

210 EuGH 30.01.2020, C-395/18, Tim SpA.

211 EuGH 24.10.2018, C-124/17, Vossloh Laeis GmbH.

212 VwGH 12.09.2013, 2012/04/0010.

213 VwGH 12.09.2013, 2012/04/0010.

214 VwGH 12.09.2013, 2012/04/0010.

215 EuGH 20.12. 2017, C-178/16, Impresa di Costruzioni.

Ausschlusszeitraums und in den Mitgliedstaaten, in denen die Entscheidung wirksam ist, nicht möglich.<sup>216</sup>

Der vom Bieter herangezogene Subunternehmer muss ebenfalls über die erforderliche finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit in jenem Ausmaß verfügen, welche dem Teil des Auftrages entspricht, den er übernehmen soll.<sup>217</sup>

Nach umfassender Ausführung der einzelnen Komponenten der „Eignung“ soll diese noch einmal zur besseren Übersicht tabellarisch dargestellt werden:

**Tabelle 2 Übersichtstabelle Eignung**

| <b>Eignung</b>  |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Befugnis</b> | <ul style="list-style-type: none"><li>- Ein Bieter bzw Subunternehmer besitzt die erforderliche Befugnis, wenn er berechtigt ist die ausgeschriebene Tätigkeit beruflich auszuüben.</li><li>- Die „Befugnis“ lässt sich nicht dem BVergG 2018 entnehmen, sondern ergibt sich vielmehr aus anderen Materiengesetzen, wie etwa der GewO, dem ZTG, dem VAG, dem AWG, dem BWG, dem KfLG, dem GelverkG oder der RA.</li><li>- Die „Befugnis“ muss auf Verlangen des Auftraggebers durch die in § 81 BVergG 2018 angeführten Urkunden nachgewiesen werden.</li></ul> |

---

216 EuGH 11.06.2020, C-472/19, Vert Marine SAS.

217 BVwG 12.11.2018, W187 2206514-2/43E.

### Leistungsfähigkeit

- Setzt sich aus der finanziellen/ wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit zusammen
- Finanzielle / wirtschaftliche:
- Finanzielle und wirtschaftliche Situation des Bieters
- ergibt sich aus dem haftenden Eigenkapital
- Nachweise sind zB Bonitätsauskunft, Vorlage von Jahresabschlüssen oder Berufshaftpflichtversicherung
- bei Anhang X des BVergG angeführten Nachweismittel der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit handelt es sich um eine beispielhafte und keine abschließende Aufzählung
- kann auch von einem Subunternehmer bekräftigt werden
- technische Leistungsfähigkeit:
- muss jedenfalls gegeben sein
- materielle und personelle Mittel des Bieters
- Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit sind in Anhang XI des BVergG 2018 aufgelistet, diese Aufzählung ist abschließend
- Nachweise sind zB technischen Ausrüstung, die Angabe der technischen Fachkräfte oder technischen Stellen oder Bescheinigung der beruflichen

|                                   |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                   | Befähigung des Unternehmens,<br>Mitarbeiteranzahl                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                           |
| <b>Berufliche Zuverlässigkeit</b> | <ul style="list-style-type: none"> <li>- es liegen keine Ausschlussgründe gemäß § 78 Abs 1 BVergG 2018 vor</li> <li>- Ausschlussgründe sind zB eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Delikts des Wirtschaftsrechts oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens</li> <li>- ersichtlich aus zB Strafregisterauszug, Insolvenzdatei oder Firmenbuchauszug</li> <li>- der Bieter kann seine Zuverlässigkeit trotz eines Ausschlussgrundes unter Beweis stellen, durch sogenanntes „self-cleaning“, welches einen nochmaligen Ausschlussgrund verhindern soll</li> </ul> |

Zur Darlegung der Eignung kann der Auftraggeber gewisse Eignungskriterien festlegen, welche nun im Folgenden erläutert werden sollen.

### 6.3 Eignungskriterien

Eignungskriterien sind vom Auftraggeber festgelegte unternehmensbezogene Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, mit denen die finanzielle und wirtschaftliche bzw technische Leistungsfähigkeit, die Befugnis und die Zuverlässigkeit

überprüft werden.<sup>218</sup> Es erfolgt keine Quantifizierung nach Eignung, sondern nur die Feststellung, ob ein Unternehmen grundsätzlich geeignet ist oder nicht („K.O.-Kriterien“).<sup>219</sup> Auch die Gesetzesmaterialien überlassen dem Auftraggeber die Entscheidung darüber, welche Eignung erforderlich ist. Allerdings müssen die Mindestanforderungen aus dem Eignungsnachweisen ersichtlich und durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein.<sup>220</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen, sowohl die Mindestanforderungen an die Eignung, als auch die Nachweise, durch welche die Mindestanforderungen belegt werden sollen, festzulegen.<sup>221</sup> Es ist daher nicht ausreichend, wenn der öffentliche Auftraggeber bloß die Nachweismittel der Gesetzesbestimmung wiedergibt. Er muss auch die Mindestanforderungen angeben, welche durch die Nachweismittel nachgewiesen werden sollen.<sup>222</sup>

Es gibt Eignungskriterien welche gesetzlich verpflichtend vorgegeben sind und Eignungskriterien, welche vom öffentlichen Auftraggeber festzulegen sind.<sup>223</sup> Bei der Festlegung von Eignungskriterien des potentiellen Auftragnehmers ist der Auftraggeber durch die grundsätzlich taxative Aufzählung der Eignungsnachweise im Gesetz beschränkt.<sup>224</sup> Die im Gesetz aufgezählten Nachweise dürfen nur soweit festgelegt werden, als es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist.<sup>225</sup> Eignungskriterien müssen daher auf den Leistungsinhalt abgestimmt sein. Der Auftraggeber kann kumulativ alle gesetzlich aufgezählten Nachweise zur Beurteilung der Eignung festlegen, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist. Die geforderten Nachweise müssen in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen.<sup>226</sup>

Im BVergG 2018 sind für die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit generell keine gesetzlichen Anforderungen normiert. Der Auftraggeber hat daher in der Ausschreibung Angaben zu den zumindest zu erfüllenden Anforderungen zu machen.<sup>227</sup> Mit den in den §§ 81 bis 87 BVergG 2018 angeführten Nachweisen, sind die in der

---

218 Heid/Kondert in *Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 440.

219 Heid/Kondert in *Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 435.

220 Heid/Kondert in *Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 435.

221 Gölles/Markarius/K.Fuchs in *Gölles*, BVergG 2018 § 80, Rz 2.

222 Gölles/Markarius/K.Fuchs in *Gölles*, BVergG 2018 § 80, Rz 2.

223 Gölles/Markarius/K.Fuchs in *Gölles*, BVergG 2018 § 80, Rz 4.

224 EBRV 327 BlgNR 24 GP 17 f.

225 BVwG 19.9.2014, W139 2009635-2/24E = VIL 2014, 6.

226 Heid/Kondert in *Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 436.

227 Gölles/Markarius/K.Fuchs in *Gölles*, BVergG 2018 § 80, Rz 4.

Ausschreibung geforderten Mindestanforderungen an die Eignung zu belegen. Die Erläuterungen lassen erkennen, dass es dem Auftraggeber überlassen bleibt, welche der gesetzlich angeführten Nachweise die Bieter zu erbringen haben. Die Nachweismittel zum Nachweis der Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit sind jedoch gesetzlich verpflichtend in den §§ 81 bis 83 BVergG 2018 festgelegt. Vom Auftraggeber frei festzulegen sind daher prinzipiell nur die in Anhang X zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Eignung und die in Anhang XI zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit angeführten Nachweismittel.<sup>228</sup> Dem Auftraggeber soll es überlassen bleiben welche wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit bei dem konkreten Leistungsgegenstand erforderlich ist und welche Standards der Auftraggeber bei der Leistungserfüllung zu Grunde legen möchte. Der Auftraggeber hat dabei in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, welche Eignung im konkreten Fall erforderlich ist und mit welchen Eignungsnachweisen diese zu belegen ist.<sup>229</sup> Es muss in der Ausschreibung ein inhaltlicher Zusammenhang zwischen den festgelegten Eignungskriterien und den Eignungsnachweisen erkennbar sein.<sup>230</sup> § 80 Abs 1 BVergG 2018 bestimmt, dass der öffentliche Auftraggeber besondere Festlegungen treffen kann, wie Arbeits- und Bietergemeinschaften die Anforderungen an die Eignung zu erfüllen haben. Dabei kann der öffentliche Auftraggeber jedoch keine anderen als die in den §§ 81 bis 87 BVergG 2018 vorgesehenen Nachweise verlangen.<sup>231</sup> Gemeint ist, dass Festlegungen getroffen werden können, welche in der Sache von jenen eines Einzelunternehmers abweichen. Beispielsweise kann in der Ausschreibung festgelegt werden, unter welchen Voraussetzungen sich ein Unternehmer auf eine in der Arbeits- und Bietergemeinschaften erbrachte Referenzleistung berufen kann.<sup>232</sup>

Die vorzulegenden Nachweise können grundsätzlich sowohl in Papierform als auch in elektronischer Form vorgelegt werden. Dabei ist vom Bieter, jedoch sowohl eine eventuell gesetzlich vorgeschriebene, als auch eine vom öffentlichen Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen vorgegebene Form, zu beachten.<sup>233</sup> Wie aktuell die Nachweise sein müssen wird teilweise in Grundzügen durch das BVergG 2018 bestimmt und kann vom Auftraggeber konkretisiert werden. So sind etwa nach § 82 Abs 2 Z 4 BVergG 2018 die dort angeführten „letztgültigen“ Dokumente vorzulegen. Der Auftraggeber kann in den

---

228 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 5.

229 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 7.

230 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 8.

231 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 9.

232 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 9.

233 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 10.

Ausschreibungsunterlagen festlegen, was unter „letztgültig“ zu verstehen ist. Zum Beispiel kann vom Auftraggeber festgelegt werden, dass ein Nachweis als letztgültig angesehen wird, wenn dieser nicht älter als drei Monate ist.<sup>234</sup>

Die erforderliche Befugnis kann auch durch eine Eigenerklärung nachgewiesen werden. Diese wird im Folgenden noch genauer erläutert werden. Die Möglichkeit eine Eigenerklärung vorzulegen ändert nichts daran, dass die Eignung des Bewerbers bzw Bieters zum relevanten Zeitpunkt vorliegen muss.<sup>235</sup> Der Auftraggeber hat in der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens bzw in den Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen festzulegen, mit welchen Nachweisen die Unternehmer ihre Eignung zu belegen haben.<sup>236</sup> Der Auftraggeber kann in weiterer Folge sowohl im Oberschwellen- als auch im Unterschwellenbereich bestimmen, von welchem Bewerber oder Bieter er die Vorlage welcher Nachweise begehrt.<sup>237</sup>

Sollte die Eigenerklärung unrichtig sein, kann der Tatbestand der falschen Erklärung bei der Erteilung von Auskünften zur Eignung als auch der Tatbestand der schweren beruflichen Verfehlung erfüllt sein und den Ausschluss des Unternehmens aus dem Vergabeverfahren zur Folge haben.<sup>238</sup> Kommt die Unrichtigkeit erst nach Zuschlagserteilung zu Tage, ist der Auftraggeber zur Anfechtung des Vertrages berechtigt.<sup>239</sup> Angebote von Bietern, bei welchen die Eignung nicht gegeben ist, sind hingegen zwingend auszuscheiden.<sup>240</sup>

Doch was genau versteht man nun unter einer Eigenerklärung und welche Neuerungen haben sich in Bezug auf die Eigenerklärung durch die Novelle zum BVergG 2018 ergeben? Diese Frage soll nun im folgenden Abschnitt näher erläutert werden.

---

234 Gölles/Markarius/K.Fuchs in Gölles, BVergG 2018 § 80, Rz 11.

235 Heid/Kondert in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 436.

236 Heid/Kondert in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 443.

237 Heid/Kondert in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 443.

238 Heid/Kondert in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 440.

239 Heid/Kondert in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 440.

240 Heid/Kondert in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 440.

## 6.4 Eigenerklärung

Statt durch die Vorlage der oben beschriebenen Nachweise, kann ein (Sub)Unternehmer seine Eignung auch durch die Vorlage einer Eigenerklärung belegen.<sup>241</sup> Eine Eigenerklärung ist gemäß § 80 Abs 2 BVergG 2018 eine Erklärung darüber, dass der Bewerber oder Bieter die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllt und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen kann.<sup>242</sup> Die Eigenerklärung muss sich auf ein konkretes Vergabeverfahren eines bestimmten Auftraggebers und auf die vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien beziehen. Es ist daher keinesfalls ausreichend bloß zu erklären „geeignet“ oder „befugt“ zu sein.<sup>243</sup> Es soll dem Auftraggeber unmittelbar aus der Eigenerklärung erkennbar sein, über welche Befugnisse der Unternehmer verfügt.<sup>244</sup> So kann der Auftraggeber gegebenenfalls eine fehlende Befugnis frühzeitig erkennen.<sup>245</sup> Eine Eigenerklärung könnte um den Vorgaben zu entsprechen wie folgt formuliert sein: *„Ich, ... [Name des Unternehmens], erkläre hiermit, dass ich die vom Auftraggeber ... [Name des Auftraggebers] in der Ausschreibung AZ ... verlangten Eignungskriterien erfülle und die darin festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen kann. Ich verfüge über folgende Befugnis(se): 1) ..., 2) ...“*.<sup>246</sup>

Der Bewerber oder Bieter ist auf Verlangen des Auftraggebers verpflichtet, die geforderten Nachweise im Vergabeverfahren ohne unnötigen Aufschub nachzureichen.<sup>247</sup> Dieser Umstand muss auch in der Eigenerklärung bestätigt werden. Der Auftraggeber kann daher trotz Vorlage einer Eigenerklärung bestimmte Nachweise verlangen.<sup>248</sup> Der Auftraggeber muss sich dabei nicht alle festgelegten Nachweise vorlegen lassen, sondern kann auch nur „bestimmte“ Nachweise verlangen.<sup>249</sup> Der Auftraggeber muss diese Nachweise auch nicht von allen Bietern in gleichem Ausmaß verlangen. Er kann diese auch nur von „bestimmten“ Bietern verlangen. Dies resultiert daraus, dass der Auftraggeber hinsichtlich einzelner Bieter oder Bewerber über unterschiedliche Informationen verfügen kann.<sup>250</sup> Der Auftraggeber muss sich beispielsweise von einem Bieter nach § 80 Abs 6 BVergG 2018 jene Nachweise

---

241 VwGH 12.09.2016, Ra 2015/04/0081.

242 § 80 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

243 RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

244 Mayr, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (119).

245 Mayr, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (119).

246 RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

247 RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

248 VwGH 12.09.2016, Ra 2015/04/0081.

249 Mayr, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (119).

250 Mayr, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (119).



nicht vorlegen lassen, die dem öffentlichen Auftraggeber bereits in einem früheren Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorgelegt wurden und geeignet sind, die Eignung nachzuweisen.<sup>251</sup>

Der Bieter bzw Bewerber muss bereits bei Abgabe der Eigenerklärung über die Eignung verfügen, welche er angibt zu haben.<sup>252</sup> Die Eigenerklärung ersetzt daher nicht die rechtzeitige und vollständige Vorlage der notwendigen Nachweise. Eine Eigenerklärung kann jedoch dann nützlich sein, wenn es dem Bieter, beispielsweise aufgrund eines zu knapp ausgestellten Eignungsnachweises einer dritten Seite, etwa einer Behörde, nicht mehr möglich ist den Nachweis gemeinsam mit dem Teilnahmeantrag/Angebot abzugeben.<sup>253</sup> Zudem sollte durch die Möglichkeit eine Eigenerklärung abgeben zu können, die Verwaltungskosten vor allem für kleinere und mittlere Unternehmen erheblich reduziert werden.<sup>254</sup> Die Vorlage sämtlicher Nachweise im Vergabeverfahren ist nämlich mit einem hohen Kostenfaktor verbunden. Besonders für kleine und mittlere Unternehmen stellt dies eine stärkere Belastung dar, da diese sich meistens seltener an Vergabeverfahren beteiligen und daher oft nicht über darauf spezialisiertes Personal verfügen.<sup>255</sup> Im Oberschwellenbereich muss sich der Auftraggeber die Nachweise vom Zuschlagsempfänger vorlegen lassen und diese entsprechend prüfen.<sup>256</sup>

Die Nachweise müssen grundsätzlich nicht mehr zwingend zu Beginn vorgelegt werden. Die Vorlage kann je nach Verfahrensart auch im späteren Verlauf des Verfahrens vom öffentlichen Auftraggeber verlangt werden.<sup>257</sup> Hierbei ist je nach Verfahrensart zu differenzieren:

– Beim offenen Verfahren sind die Nachweise vorab noch nicht bestimmt, es wäre daher unzulässig bereits vorab von allen Bietern die Vorlage von Nachweisen zu verlangen. Sinnvoller ist es für den öffentlichen Auftraggeber die Nachweise nur von den Bietern, die für die Zuschlagserteilung in Betracht kommen bzw nur vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zu verlangen. Der öffentliche Auftraggeber kann dabei die Vorlage der Nachweise vor oder nach Mitteilung der Zuschlagsentscheidung verlangen. Verlangt der Auftraggeber die Nachweise jedoch erst nach Zuschlagsentscheidung unterliegt er dem

---

251 § 80 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

252 *Schlamadinger/Gföhler*, Praktische Probleme der Eigenerklärung, ZVB 2014/89, 296 (296).

253 *Schlamadinger/Gföhler*, Praktische Probleme der Eigenerklärung, ZVB 2014/89, 296 (298).

254 *Mayr*, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (117).

255 *Mayr*, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (117).

256 VwGH 12.09.2016, Ra 2015/04/0081.

257 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

Risiko, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die geforderten Nachweise nicht erbringt. In diesem Fall müsste die Zuschlagsentscheidung mit dem Zweitgereihten wiederholt und von diesem die Nachweise verlangt werden.<sup>258</sup>

– Bei einem zweistufigen Verfahren hat der öffentliche Auftraggeber mehr Spielraum zu welchem Zeitpunkt er die Vorlage der Nachweise verlangt. Zu Beginn kann er von den Bewerbern nur die Vorlage der Nachweise verlangen, die sich auf die Auswahlkriterien beziehen.<sup>259</sup> Er kann sich jedoch auch sofort alle Nachweise, welche ihm erforderlich erscheinen vorlegen lassen. Eine weitere Möglichkeit für den Auftraggeber wäre, die Vorlage der Nachweise erst vor der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder erst vor Zuschlagserteilung vom Zuschlagsempfänger zu verlangen.<sup>260</sup> Meiner Ansicht ist diese Vorgehensweise jedoch sehr riskant, da sich das Vergabeverfahren in einem so späten Stadium stark verzögern könnte, wenn der präsumtiven Zuschlagsempfänger die geforderten Nachweise nicht vorlegen kann.

Doch wann muss der öffentliche Auftraggeber vom Zuschlagsempfänger bzw den Parteien der Rahmenvereinbarung zwingend die Vorlage der Nachweise verlangen, auch wenn eine Eigenerklärung vorgelegt wurde?

Diese Frage wurde mit § 80 Abs 3 BVergG 2018 beantwortet. Der Auftraggeber hat vom Zuschlagsempfänger bzw den Parteien der Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich zwingend die Vorlage der Nachweise zu verlangen.<sup>261</sup> Bei der Vergabe von Losen richtet sich die Einordnung in den Ober- oder Unterschwellenbereich nicht nach dem geschätzten Gesamtwert aller Lose, sondern nach dem Wert des einzelnen Loses. Im Unterschwellenbereich ist eine Verpflichtung des Auftraggebers die Nachweise vom Zuschlagsempfänger bzw den Parteien der Rahmenvereinbarung zu verlangen hingegen nicht gesetzlich vorgesehen.<sup>262</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann selbst entscheiden, ob er es für notwendig erachtet sich die Nachweise vorlegen zu lassen oder nicht. Mit dieser Regelung soll sichergestellt werden, dass die Vergabe nur an geeignete Unternehmer erfolgt. Ein nicht erforderliches, aufwändiges Produzieren von Nachweisen soll hingegen möglichst vermieden werden.<sup>263</sup>

---

258 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

259 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

260 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

261 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

262 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

263 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

Der öffentliche Auftraggeber entscheidet grundsätzlich selbst welche Nachweismittel vom Unternehmer für die Eignung vorzulegen sind. Das Bundesvergabegesetz soll den öffentlichen Auftraggeber nicht darin beschränken festzulegen, welche Standards der wirtschaftlichen, finanziellen oder technischen Leistungsfähigkeit für die Teilnahme an dem konkreten Vergabeverfahren erforderlich sind.<sup>264</sup> Für den öffentlichen Auftraggeber ist jedoch der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten. Der öffentliche Auftraggeber kann jedenfalls alle ihm erforderlich erscheinenden Nachweise, die im Zusammenhang mit dem konkreten Auftrag stehen, zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit eines Unternehmers festlegen.<sup>265</sup>

§ 80 Abs 3 BVerG 2018 spiegelt diesen Grundsatz wieder. Der öffentliche Auftraggeber soll selbst festlegen, welcher Unternehmer, auch nur hinsichtlich einzelner Eignungsbestandteile, welche Nachweise vorlegen soll. Wie schon oben kurz erwähnt, kann der Auftraggeber bei manchen Unternehmern über mehr und bei anderen Unternehmern über weniger Informationen verfügen. So kann der Auftraggeber mit einem Unternehmer in regelmäßiger Geschäftsbeziehung stehen, ihm ein anderer Unternehmer jedoch völlig fremd sein.<sup>266</sup> Von einem Unternehmer, der dem öffentlichen Auftraggeber gut bekannt ist, weil er mit ihm eine regelmäßige geschäftliche Beziehung pflegt, wird der Auftraggeber, wenn es sich nicht um den Zuschlagsempfänger handelt, die Vorlage der Nachweise nicht verlangen müssen, da er eventuell schon über die festgelegten Nachweise verfügt. Ist dem Auftraggeber der Unternehmer hingegen fremd, wird er sich schon aufgrund der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens nicht mit der bloßen Eigenerklärung begnügen dürfen. Unterschiedlicher Informationsbedarf kann sich auch aus der Plausibilität der Eigenerklärung oder dem Umstand, dass der Auftraggeber die Eignung eines Unternehmers erst vor kurzem in einem anderen Vergabeverfahren überprüft hat ergeben.<sup>267</sup>

Doch was passiert nun, wenn der Bewerber bzw Bieter eine falsche Eigenerklärung abgegeben hat?

Direkt in § 80 BVergG 2018 offen gelassen wurden die Konsequenzen, falls sich die Eigenerklärung als falsch herausstellen sollte.<sup>268</sup> Eine generelle gesetzliche Sanktionierung einer falschen Eigenerklärung wäre problematisch, da einzelfallbezogen die Unrichtigkeit

---

<sup>264</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 102.

<sup>265</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 102.

<sup>266</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

<sup>267</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 104.

<sup>268</sup> RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

unterschiedliche Ursachen haben kann. Die Eigenerklärung kann beispielweise unrichtig sein, weil der Unternehmer die geforderten Eignungskriterien nicht erbringt, aber auch deshalb weil der Unternehmer aufgrund einer unklaren Leistungsbeschreibung in Bezug auf ein Eignungskriterium einem Irrtum unterlegen ist.<sup>269</sup> Eine einheitliche Regelung wäre in einem solchen Fall nicht zweckmäßig. Doch nicht nur zivilrechtlich können sich dabei jedoch aus einer falschen Eigenerklärung Konsequenzen ergeben. Auch vergaberechtlich ergeben sich gewisse Konsequenzen aus einer falschen Eigenerklärung. § 78 Abs 1 Z 10 BVergG 2018 normiert, dass ein Unternehmer, der sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Eignung einer schwerwiegenden Täuschung schuldig gemacht hat, diese Auskünfte nicht erteilt hat oder die vom öffentlichen Auftraggeber zum Nachweis der Eignung geforderten Nachweise bzw Bescheinigungen nicht vorgelegt, vervollständigt oder erläutert hat, von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen ist.<sup>270</sup> Eine falsche Eigenerklärung kann auch als schwere berufliche Verfehlung im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 gewertet werden.<sup>271</sup> Eine unrichtige Eigenerklärung kann daher zum Ausscheiden des Unternehmens aus dem Vergabeverfahren führen, sofern nicht aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses auf dessen Beteiligung ausnahmsweise nicht verzichtet werden kann (vgl. dazu § 78 Abs. 5 BVergG 2018).<sup>272</sup> § 141 Abs 2 BVergG 2018 stellt klar, dass nach § 142 Abs. 1 Z 10 BVergG 2018 Angebote bei Vergehen im Zusammenhang mit der Eignung bzw die nicht oder nicht fristgerechte Vorlage, Vervollständigung bzw Erläuterung von bestimmten Eignungsnachweisen gemäß § 80 Abs 3 BVergG 2018 auszuschneiden sind.<sup>273</sup>

Ist das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen und kommt die Unrichtigkeit der vorgelegten Eigenerklärung erst im Nachhinein hervor, ist der Auftraggeber zur Anfechtung des Vertrages gemäß § 871 ABGB berechtigt. Der Unternehmer hat in seinem solchen Fall seine im BVergG 2018 normierten Aufklärungspflichten verletzt (vgl. dazu § 871 Abs. 2 ABGB).<sup>274</sup>

Bewerber oder Bieter können das Vorliegen der Eignung durch Eigenerklärungen belegen. Es bleibt ihnen jedoch unbenommen, stattdessen die vom Auftraggeber festgelegten Nachweise vorzulegen. Eine mangelhafte Eigenerklärung kann zum Ausscheiden des

---

<sup>269</sup> Mayr, Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115 (123).

<sup>270</sup> RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

<sup>271</sup> § 78 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

<sup>272</sup> RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

<sup>273</sup> RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

<sup>274</sup> RV 327 BlgNR 24 GP 17f.

Angebotes führen. Den Erläuterungen zum BVergG 2006 ist zu entnehmen, dass eine Eigenerklärung ausreichend substantiiert sein muss.<sup>275</sup> Ist eine Eigenerklärung demnach auch nach Aufforderung zur Verbesserung nicht ausreichend substantiiert, stellt dies einen unbehebbarer Mangel dar. Eine vom Auftraggeber vorgegeben fehlende Unterzeichnung der Eigenerklärung stellt hingegen keinen unbehebbarer Mangel dar, da gesetzlich weder eine Unterzeichnung durch den Bieter bzw Bewerber noch durch einen Subunternehmer vorgesehen ist.<sup>276</sup>

## 6.5 Eigenerklärung und Subunternehmer

In § 80 Abs 2 letzter Satz BVergG 2018 ist festgelegt, dass in der Eigenerklärung die Befugnisse anzugeben sind, über die der Unternehmer konkret verfügt. Diese Gesetzesstelle kann so gelesen werden, dass in der Eigenerklärung auch jene Befugnisse angeführt werden können die der Bieter bzw Bewerber durch einen Subunternehmer erbringen möchte.<sup>277</sup> Dabei sind jedoch die Befugnisse des Bewerbers und Bieters von jenen des Subunternehmers strikt zu trennen. Es soll nicht der Anschein erweckt werden, dass der Bewerber bzw Bieter über die Eignung selbst verfügt, welche er durch einen Subunternehmer substituieren muss.<sup>278</sup>

Wie oben schon ausgeführt, muss ein Bieter bzw Bewerber im Angebot neben der Bekanntgabe der Subunternehmer den Nachweis beilegen, dass der Bieter über die Kapazität der Subunternehmer tatsächlich verfügt. Fraglich ist, ob der Nachweis der Verfügungsbefugnis durch eine Eigenerklärung ersetzt werden kann. Nach der Gesetzessystematik ist nicht davon auszugehen, da der Nachweis der Verfügungsbefugnis kein Nachweis ist der vom Auftraggeber festgelegt wird, sondern welcher vergaberechtlich gefordert ist.<sup>279</sup> Aus den Materialien zum BVergG 2018 ergibt sich, dass die Eigenerklärung

---

275 *Schramm*, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG-Novelle 2009, ZVB 2010/133, 446 (447).

276 *Schramm*, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG-Novelle 2009, ZVB 2010/133, 446 (447).

277 *Schramm*, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG-Novelle 2009, ZVB 2010/133, 446 (447).

278 *Schramm*, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG-Novelle 2009, ZVB 2010/133, 446 (448).

279 *Schramm*, Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG-Novelle 2009, ZVB 2010/133, 446 (448).

eines notwendigen Subunternehmers bei Einreichung mit dem Angebot oder mit dem Teilnahmeantrag mit einer qualifizierten elektronischen Signatur bzw einem qualifizierten elektronischen Siegel versehen sein muss.<sup>280</sup>

## 6.6 Europäische Eigenerklärung

Mit der BVergG Novelle 2018 wurde in § 80 BVergG 2018 neben der Möglichkeit der Vorlage einer österreichischen Eigenerklärung nun auch gesetzlich normiert, dass der Bewerber oder Bieter seine Eignung, statt mit sofortiger Vorlage der Nachweise, nun auch durch die Vorlage einer Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung (in weiterer Folge „EEE“) belegen kann. Mit der BVergG-Novelle 2018 wurden die Art 19 Abs 2, 56 Abs 3, ein Teil von Art 58 Abs 1 sowie die Art 59 und 61 der RL 2014/24/EU durch § 80 BVergG 2018 umgesetzt.<sup>281</sup>

Bei der EEE handelt es sich um eine *„förmliche Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers darüber, dass die einschlägigen Ausschlussgründe nicht vorliegen, dass die jeweiligen Eignungskriterien erfüllt sind und dass die vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber verlangten relevanten Informationen beigebracht werden“*.<sup>282</sup> Die EEE ist mit der oben dargestellten, bereits im BVergG 2006 verankerten österreichischen Eigenerklärung vergleichbar. Die EEE ist gemäß der Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ABl. L Nr. 3 vom 06.01.2016 S. 16, auszugestalten.<sup>283</sup> Bei der EEE handelt es sich um ein, von der Europäischen Kommission erstelltes, elektronisches europaweit einheitliches Standardformular, welches die grenzüberschreitende Teilnahme von Unternehmen erleichtern soll (siehe Anhang 2 zur Durchführungsverordnung (EU) 2016/7).<sup>284</sup> Die EEE setzt sich aus sechs Teilen zusammen. In Teil I finden sich Informationen betreffen den öffentlichen Auftraggeber und das Vergabeverfahren. Teil II beinhaltet Informationen betreffend die Wirtschaftsteilnehmer und die Teile III und IV

---

280 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 82.

281 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 101.

282 Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, L 3/19.

283 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 102.

284 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 102.

befassen sich mit den Ausschluss- und Eignungskriterien. Teil V umfasst die Verringerung der Zahl geeigneter Bewerber. In Teil VI finden sich die Abschlusserklärungen.<sup>285</sup>

Mit der EEE bestätigt der Bewerber bzw Bieter, dass er in einem konkreten Vergabeverfahren über die in den Teilnahme- bzw Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungskriterien verfügt. Die Bieter bzw die Bewerber müssen dabei auch bestätigen, dass sie die einzelnen Nachweise auf Verlangen unverzüglich vorlegen können.<sup>286</sup> Ebenso wie mit der österreichischen Eigenerklärung, soll auch mit der EEE der Verwaltungsaufwand für die Bewerber bzw Bieter gesenkt, sowie Teilnehmern aus anderen Staaten der Zugang zu den Vergabeverfahren erleichtert werden.<sup>287</sup> Die Erleichterung soll vor allem durch die Verfügbarkeit des Dokuments in allen Amtssprachen der Union erzielt werden.<sup>288</sup> Der Verwaltungsaufwand wird dadurch verringert, dass nicht sofort eine Vielzahl von Bescheinigungen oder andere Dokumente bezüglich der Ausschlussgründe und Eignungskriterien vorgelegt werden müssen.<sup>289</sup> Die EEE dient als vorläufiger Ersatz für die von Behörden oder Dritten ausgestellten „Zertifikate“. Bei solchen Zertifikaten kann es sich etwa um eine Strafregisterbescheinigung oder Befugnisnachweise bzw Referenznachweise eines öffentlichen Auftraggebers handeln.<sup>290</sup>

Technisch kann die EEE auf der Website der Kommission unter „<https://ec.europa.eu/tools/espdc>“ erstellt bzw ausgefüllt werden. Es ist jedoch auch möglich, dass auf anderen Kommunikationsplattformen oder durch sonstige Anbieter eigene Versionen zum Ausfüllen einer EEE angeboten werden.<sup>291</sup> Die EEE kann im Unterschwellenbereich, je nach Vorgabe des öffentlichen Auftraggebers in den Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen, durch den Bewerber oder Bieter entweder in Papierform oder elektronisch vorgelegt werden. Seit dem 18.10.2018 ist im Oberschwellenbereich die EEE verpflichtend elektronisch vorzulegen.<sup>292</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann, muss aber nicht eine EEE den Ausschreibungsunterlagen beilegen. Falls der öffentliche Auftraggeber

---

285 *Holoubek/Holzinger*, Durchführungsverordnung für die EEE, Jahrbuch Europarecht 2015, 161.

286 *Holoubek/Holzinger*, Durchführungsverordnung für die EEE, Jahrbuch Europarecht 2015, 161.

287 *Hartlieb*, BVergG-Novelle 2016 und Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ZVB 2016/25, 96.

288 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 102.

289 Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, L 3/18.

290 *Oppel*, BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB 2018/79, 294 (299).

291 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 103.

292 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 103.

eine EEE zur Verfügung stellen möchte, kann er diese als Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen elektronisch anfügen.<sup>293</sup>

Der öffentliche Auftraggeber muss gemäß § 80 Abs 2 erster Satz BVergG 2018 die Vorlage einer EEE akzeptieren.<sup>294</sup> Hingegen ist die Möglichkeit der Vorlage einer EEE für den Unternehmer ein Recht, jedoch keine Verpflichtung. Der Bewerber bzw Bieter kann stattdessen auch gleich die geforderten Eignungsnachweise – gegebenenfalls auch mittels eines Katasterdienstes (vgl. § 80 Abs. 5 BVergG 2018) – vorlegen.<sup>295</sup> Für Subunternehmer muss der Bewerber bzw Bieter eine eigene EEE vorlegen.<sup>296</sup> Wird der Auftrag in mehreren Losen vergeben und werden für die Lose unterschiedliche Eignungskriterien festgelegt, so sollte für jedes Los bzw für jene Gruppe von Losen, für welche die selben Eignungskriterien gelten, jeweils eine eigene EEE vorgelegt werden.<sup>297</sup>

Durch die EEE soll vorläufig die Vorlage bestimmter Nachweise ersetzt werden. Der öffentliche Auftraggeber darf vom Unternehmer bzw dessen Subunternehmer erst die Vorlage der Nachweise verlangen, wenn das Angebot des Unternehmers als bestes bzw billigstes festgestellt wurde. In einem mehrstufigen Verfahren, darf die Vorlage der Nachweise auch dann verlangt werden, wenn dies zur angemessenen Durchführung des Verfahrens erforderlich ist.<sup>298</sup> Vom präsumtiven Zuschlagsempfänger sind daher verpflichtend die Nachweise zu verlangen.<sup>299</sup> Aus meiner Sicht ist bei einem mehrstufigen Verfahren aus der Vergaberichtlinie eine Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers die Nachweise in der ersten Stufe des Verfahrens zu überprüfen nicht erkennbar. Eine Überprüfung der Nachweise in der ersten Stufe macht jedoch durchaus Sinn um eine fundierte Auswahl der Teilnehmer für die zweite Stufe treffen zu können.

Im Oberschwellenbereich ist nur noch die Vorlage einer EEE zulässig. Im Unterschwellenbereich kann sowohl eine EEE, als auch wie vor der Novelle zum BVergG 2018 eine österreichische Eigenerklärung vorgelegt werden.<sup>300</sup> Noch nicht ausjudiziert

---

293 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 103.

294 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 103.

295 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 103.

296 *Holoubek/Holzinger*, Durchführungsverordnung für die EEE, Jahrbuch Europarecht 2015, 161.

297 Durchführungsverordnung (EU) 2016/7 der Kommission vom 5. Januar 2016 zur Einführung des Standardformulars für die Einheitliche Europäische Eigenerklärung, L 3/19.

298 *Oppel*, Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017, ZVB 2017/75, 318 (321).

299 *Oppel*, Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017, ZVB 2017/75, 318 (321).

300 *Oppel*, Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017, ZVB 2017/75, 318 (321).



wurde die Frage, ob die EEE vom öffentlichen Auftraggeber auch in Fällen akzeptiert werden kann, in welchen sie nach der VergabeRL nicht akzeptiert werden muss. Meiner Ansicht nach soll mit der Regelung im BVergG 2018 eindeutig festgelegt werden in welchen Fällen die EEE akzeptiert werden muss. Dass die EEE nicht auch in anderen Fällen vorläufig akzeptiert werden kann, ergibt sich aus meiner Sicht nicht aus dem Gesetzestext des BVergG 2018 oder der Systematik des BVergG 2018.

Ein weiterer wesentlicher Punkt für die Vergabepraxis ist die Frage, ob die österreichische Eigenerklärung im Oberschwellenbereich akzeptiert werden darf. Der Wortlaut des § 80 Abs 2 BVergG 2018 wonach, im Unterschwellenbereich statt der Vorlage einer EEE auch die Vorlage einer Eigenerklärung zulässig ist, lässt den Umkehrschluss zu, dass die Vorlage einer Eigenerklärung im Oberschwellenbereich nicht zulässig sein soll. Unter Berücksichtigung der Intention des Gesetzgebers kein „Gold Plating“ zu beabsichtigen, könnte auch die Ansicht vertreten werden, dass eine österreichische Eigenerklärung auch im Oberschwellenbereich berücksichtigt werden könnte, aber nicht müsste. Aus meiner Sicht schließt der Wortlaut des § 80 Abs 2 BVergG 2018 die Akzeptanz der österreichischen Eigenerklärung im Oberschwellenbereich jedoch eindeutig aus.

Weiters wird die Frage durch die Rechtsprechung zu klären sein, ob eine fehlerhafte EEE einen behebbaren Mangel darstellt oder nicht. Nach bisheriger Rechtsprechung war eine fehlerhafte Eigenerklärung keiner Verbesserung zugänglich. Die Übertragung der bisherigen Judikatur auf die EEE erscheint jedoch problematisch, da dies das in der VergabeRL verankerte Recht sich einer EEE zu bedienen einschränken könnte.

Die zukünftige Judikatur zu diesen Fragen bleibt daher abzuwarten.

Nach dieser ausführlichen Darlegung des Begriffes der „Eignung“ und wie diese nachgewiesen werden kann bzw muss, wird nun die Relevanz in Bezug auf die Abgrenzung von erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern noch einmal zusammenfassend dargestellt.

## 6.7 Abgrenzung erforderlicher/nicht erforderlicher Subunternehmer

Die Abgrenzung, ob es sich bei dem vom (potentiellen) Auftragnehmer herangezogenen Subunternehmer, um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer handelt ist wie oben schon angedeutet deshalb so bedeutsam, da an erforderliche Subunternehmer höhere gesetzliche Anforderungen gestellt werden und es bei einer fehlerhaften Abgrenzung oft zum Ausscheiden des Bieters kommt.

Die vom Auftraggeber in den Teilnahme- oder Ausschreibungsunterlagen festgelegten, oben näher beschriebenen Eignungsanforderungen können mithilfe von Subunternehmern erfüllt werden. Erfüllt der Bieter bzw der Bewerber nicht die geforderte Eignungsanforderungen spricht man in Bezug auf den vom Bieter bzw Bewerber zum Nachweis der Eignung herangezogenen dritten Unternehmer auch von einem „notwendigen“ oder „eignungsrelevanten“ Subunternehmer.<sup>301</sup> Der Bewerber bzw Bieter kann grundsätzlich selbst entscheiden, welche Teile des Auftrages er selbst erbringen und für welche Teile er Subunternehmern heranziehen möchte. Dabei sind aber bestimmte Regelungen, etwa kartellrechtlichen Vorschriften und die Grundsätze der Rechtsprechung zur Mehrfachbeteiligung an einem Vergabeverfahren zu beachten.<sup>302</sup> Wie oben schon erwähnt können Bieter ihre Eignung durch Subunternehmer substituieren. Eine Umkehr, dass der Bieter die fehlende Eignung des von ihm benannten Subunternehmers ersetzt ist jedoch nicht möglich.<sup>303</sup> Dies bedeutet, dass wenn vom Bieter ein Subunternehmer im Angebot benannt wird, dieser über die, für den von ihm zu erbringenden Leistungsteil, erforderliche Eignung verfügen muss.

Von einem nicht erforderlichen Subunternehmer spricht man hingegen, wenn der Bieter selbst die erforderliche Eignung besitzt und sich zum Nachweis seiner Eignung nicht auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützen muss, den Auftrag aber dennoch durch einen Subunternehmer erbringen will.<sup>304</sup> Kann bei nicht erforderlichen Subunternehmern der Eignungsnachweis nicht erbracht werden, führt dies wie oben schon näher dargestellt nicht

---

301 *Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht*<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 1370.

302 *Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht*<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 1371.

303 BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27.

304 *Giese/Jahnel*, Subunternehmer, erforderlich, nicht erforderlich; Ausscheiden; Eignungsnachweis, bbl 2017, 203; VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer ablehnen muss, das Angebot verbleibt hingegen weiterhin im Vergabeverfahren.<sup>305</sup>

Wichtig ist die Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern auch deshalb, weil ein erforderlicher Subunternehmer den Nachweis seiner Eignung sowohl zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, als auch während des gesamten Vergabeverfahrens bis zur Zuschlagserteilung erbringen muss.<sup>306</sup> Verfügt der Bieter selbst über den Nachweis seiner Eignung, so führt die fehlende Eignung des nicht erforderlichen Subunternehmers nicht dazu, dass das Angebot ausgeschieden werden muss.<sup>307</sup> Der Bieter kann in diesem Fall die Leistung selbst erbringen, falls der nicht erforderliche Subunternehmer den Nachweis der Eignung nicht erbringen kann.<sup>308</sup> Die erforderliche Befugnis kann auch durch eine Eigenerklärung nachgewiesen werden. Die Möglichkeit eine Eigenerklärung vorzulegen ändert nichts daran, dass die Eignung des Bewerbers bzw Bieters zum relevanten Zeitpunkt vorliegen muss.<sup>309</sup>

Es kann daher festgehalten werden, dass die fehlende Eignung eines Subunternehmers nur dann zum Ausscheiden des Angebots führt, wenn der im Angebot genannte Subunternehmer vom Bieter angeführt wurde, weil der Bieter nicht selbst über die erforderliche Eignung verfügt und sich deshalb auf die Kapazitäten des Subunternehmers zum Nachweis seiner Eignung stützen muss.<sup>310</sup> In diesem Fall spricht man von einem erforderlichen Subunternehmer.<sup>311</sup>

Die Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern ist wie oben schon erwähnt deshalb wichtig, weil daran diverse Rechtsfolgen anknüpfen. Im offenen Verfahren müssen beispielsweise „erforderliche“ Subunternehmer bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung genannt werden.<sup>312</sup> Der Subunternehmer muss zu diesem Zeitpunkt namentlich feststehen, da der Auftraggeber die Eignung des Bieters in Bezug auf

---

305 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

306 VwGH 9.9.2015, Ro 2014/04/0062.

307 VwGH 9.9.2015, Ro 2014/04/0062.

308 *Giese/Jahnel*, Subunternehmer, erforderlich, nicht erforderlich; Ausscheiden; Eignungsnachweis, bbl 2017, 203.

309 *Heid/Kondert* in *Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Eignung, 436.

310 *Giese/Jahnel*, Subunternehmer, erforderlich, nicht erforderlich; Ausscheiden; Eignungsnachweis, bbl 2017, 204.

311 *Giese/Jahnel*, Subunternehmer, erforderlich, nicht erforderlich; Ausscheiden; Eignungsnachweis, bbl 2017, 204.

312 *Salamu*, "Erforderliche" und "zweckmäßige" Subunternehmer, ZVB 2013/111, 372.

die Substitution der Leistungsfähigkeit des Bieters durch den Subunternehmer überprüfen können muss.<sup>313</sup> Wird bis zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung im offenen Verfahren kein eignungsrelevanter Subunternehmer namhaft gemacht, handelt es sich um einen unbehebbarer Mangel, der zum Ausscheiden des Angebots führt.<sup>314</sup> Hingegen kommt es bei den nicht erforderlichen Subunternehmern, auf die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen an.<sup>315</sup> Eignungsrelevante Subunternehmer sind immer, daher auch dann, wenn sie nur unwesentliche Leistungsteile erbringen, bekannt zu geben.<sup>316</sup> Darüber hinaus ist der Nachweis der Verfügungsmöglichkeit zu erbringen.<sup>317</sup> Eine Nachnennung eines Subunternehmers nach Ablauf der Angebotsfrist und vor Zuschlagserteilung ist nicht zulässig, da das Angebot dadurch nachträglich geändert werden würde.<sup>318</sup>

Nach der älteren Rechtsprechung handelte es sich bei fehlender Bekanntmachung eines nicht eignungsrelevanten Subunternehmers ebenfalls um einen unbehebbarer Mangel. Die neuere Rechtsprechung sieht dies jedoch anders und qualifiziert die fehlende Bekanntmachung bei nicht eignungsrelevanten Subunternehmern als behebbaren Mangel.<sup>319</sup> Die unterlassene Bekanntgabe eines nicht eignungsrelevanten Subunternehmers führt daher nicht zum Ausscheiden des Angebots, wenn der Auftraggeber dem Einsatz dieses Subunternehmers zustimmt.<sup>320</sup> Auch in diesem Kontext wird deutlich wie wichtig die Unterscheidung zwischen eignungsrelevanten und nicht eignungsrelevanten Subunternehmern ist. Der Bieter hat also 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.<sup>321</sup>

Nach der neuen Rechtslage ist die Bekanntgabeverpflichtung sowohl für erforderliche, als auch für nicht erforderliche Subunternehmer gegeben. Nach Ablauf der Angebotsfrist bzw. nach Abschluss der Verhandlung kann das Angebot nicht mehr geändert werden und somit kein Subunternehmer mehr benannt werden. Der erfolgreiche Bieter kann jedoch nach

---

313 VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023.

314 *Salamu*, "Erforderliche" und "zweckmäßige" Subunternehmer, ZVB 2013/111, 372.

315 *Salamu*, "Erforderliche" und "zweckmäßige" Subunternehmer, ZVB 2013/111, 372.

316 *Hackl*, Personalüberlassungsfirmen als Subunternehmer, ZVB 2010/16, 60.

317 *Hackl*, Personalüberlassungsfirmen als Subunternehmer, ZVB 2010/16, 60.

318 BVwG 12.12.2017, W131 2173580-2.

319 BVA 24.9.2012, N/0068-BVA/09/2012-93.

320 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

321 BGBl. I Nr. 7/2016.

Zuschlagserteilung mit Zustimmung des Auftraggebers einen nicht erforderlich, nicht im Angebot benannten Subunternehmer hinzuziehen.<sup>322</sup>

Für den Auftraggeber besteht aber, wie oben schon dargelegt, bei nicht erforderlichen Subunternehmen die Möglichkeit die Offenlegungspflicht aus sachlichen Gründen auf „wesentliche Teile des Auftrages“ zu beschränken.<sup>323</sup> Ein sachlicher Grund könnte etwa eine sehr hohe Anzahl an zu benennenden Subunternehmern sein. Wird von so einer Beschränkung der Offenlegungspflicht Gebrauch gemacht, muss die sachliche Begründung dokumentiert, jedoch nicht notwendigerweise in der Ausschreibung offengelegt werden.<sup>324</sup> Vor allem im Baugewerbe machen einige Auftraggeber von dieser Regelung Gebrauch und beschränken die Bekanntgabe der Subunternehmer auf die wesentlichen Teile des Auftrages. Dies hat zur Folge, dass viele Auftraggeber nicht mehr wissen, welche Unternehmen den Auftrag nun tatsächlich ausführen.<sup>325</sup> Diese Regelung erlaubt es nämlich den Auftragnehmern, zur Leistungserbringung mit Ausnahme der „wesentlichen Teile des Auftrages“, Subunternehmer nach freiem Ermessen heranzuziehen.<sup>326</sup> Diese Subunternehmer können wiederum Subsubunternehmer beauftragen. Der Auftraggeber erlangt oft keine Kenntnis darüber, wer die zu erfüllende Leistung erbringt und, ob es sich dabei um seriöse Unternehmen handelt.<sup>327</sup> Für den Auftraggeber kann die Beschränkung der Offenlegungspflicht auf die „wesentlichen Teile des Auftrages“ oft aber auch vorteilhaft sein. Die Offenlegungspflicht aller Subunternehmer ist nämlich auch für den Auftraggeber mit einem hohen Aufwand verbunden, da er gesetzlich verpflichtet ist alle benannten Subunternehmer auf ihre Eignung zu prüfen.<sup>328</sup>

Im Gegensatz zu nicht erforderlichen Subunternehmern ist bei erforderlichen Subunternehmern der Nachweis erforderlich, dass die beim Subunternehmer „vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen“ (Verfügbarkeitsnachweis).<sup>329</sup> Für nicht erforderliche Subunternehmer ist ein solcher Nachweis nur nötig, wenn dies in den

---

322 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

323 BGBl. I Nr. 7/2016.

324 1171 der Beilagen 12 GP 71.

325 Heid/Deuschmann in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Transparenzpflicht für alle Subunternehmer, 32.

326 Heid/Deuschmann in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Transparenzpflicht für alle Subunternehmer, 32.

327 Heid/Deuschmann in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Transparenzpflicht für alle Subunternehmer, 31.

328 Heid/Deuschmann in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Transparenzpflicht für alle Subunternehmer, 32.

329 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 496.

Ausschreibungsunterlagen festgelegt wurde.<sup>330</sup> Es muss vom Bieter nachgewiesen werden, dass die Mittel beim Subunternehmer tatsächlich verfügbar sind und dass der Subunternehmer sie der Verfügungsgewalt des Bieters überlassen wird.<sup>331</sup> Dafür kann eine Verfügbarkeitsbestätigung, eine Vereinbarung, ein Rahmenvertrag oder etwa ein Optionsrecht vorgelegt werden. Die Verfügbarkeitserklärung muss „unbedingt“ gelten und den gesamten Leistungsteil abdecken.<sup>332</sup> Eine Einschränkung der Verfügbarkeit „nach Maßgabe der technischen Möglichkeiten und freien Kapazitäten“ ist nicht ausreichend.<sup>333</sup> Die Kapazitäten müssen zwar erst im Ausführungszeitpunkt zur Verfügung stehen, der Nachweis darüber muss aber bereits zu dem für den Eignungsnachweis maßgeblichen Zeitpunkt erbracht werden. Ein allfälliges Bestätigungsschreiben darf daher zu einem späteren Zeitpunkt ausgestellt worden sein, wenn es die Verfügbarkeit zu dem maßgeblichen Zeitpunkt nachweist.<sup>334</sup>

Zur Behandlung der Problematik der fehlenden Bekanntmachung eines erforderlichen bzw nicht erforderlichen Subunternehmers und ob es sich dabei um einen behebbaren oder unbehebbarer Mangel handelt, wird nun auf ein leitendes Judikat des VwGH näher eingegangen.

Der VwGH hatte dabei in seinem Leiterkenntnis vom 29.06.2017, Ra 2017/04/0055 folgenden Sachverhalt zu beurteilen:

Die Auftraggeberin schrieb einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich österreich- und europaweit aus. Die Zuschlagsentscheidung erfolgte zugunsten der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft. Gegen die Zuschlagsentscheidung wurde am 13.02.2017 ein Antrag auf Nichtigkeitsklärung eingebracht. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 08.03.2017 an die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft stellte die Auftraggeberin fest, dass die Eignung einer Subunternehmerin nicht im erforderlichen Umfang gegeben sei und lehnte daher die Subunternehmerin ab. Die Revisionswerberin monierte unter anderem in ihrem Nachprüfungsantrag, dass bei der von der

---

330 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 496.

331 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 496.

332 Schiefer/Steindl in Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg), Handbuch Vergaberecht<sup>4</sup> (2015) Subunternehmer, 497.

333 BVwG 25.07.2014, W187 2008585-2.

334 VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203.2779; BVwG 26.3.2014, W187 2001000-1.

zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft namhaft gemachten Subunternehmerin mehrere Mängel aufgetreten seien. So sei unter anderem der geforderte Eignungsnachweis dieser Subunternehmerin verspätet oder gar nicht vorgelegt worden. Das Angebot der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft sei daher auszuschneiden gewesen.<sup>335</sup>

Die Auftraggeberin führte aus, dass es sich bei der Subunternehmerin um eine nicht erforderliche Subunternehmerin handle. Die etwaige Hinzuziehung eines anderen nicht erforderlichen Subunternehmers durch die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft könne nach dem Regime des § 83 Abs. 5 BVergG 2006 nach Zuschlagserteilung erfolgen.<sup>336</sup>

Der VwGH hatte die Rechtsfrage zu klären, ob der Subunternehmer zum Ende der Angebotsfrist bereits feststehen muss und daher die fehlende Eignung eines genannten Subunternehmers ebenfalls zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters führt oder die fehlende Eignung, insbesondere die fehlende Zuverlässigkeit, im Fall eines „nicht erforderlichen Subunternehmers“ lediglich dazu führt, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer „ablehnen“ muss.<sup>337</sup>

Der VwGH erkannte dabei, dass der aus den Materialien erkennbare Wille des Gesetzgebers bei der Auslegung des Gesetzes durchaus herangezogen werden könne. Bezüglich § 83 BVergG 2006 sei der Wille des Gesetzgebers aus den Materialien deutlich erkennbar. Die Materialien würden zwischen „erforderlichen“ und „nicht erforderlichen“ Subunternehmern unterscheiden. Dabei würden jene Subunternehmer als „erforderliche“ Subunternehmer bezeichnet werden, die der Bieter zum Nachweis seiner Eignung benötige. Die Erläuterungen würden dabei auf § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 verweisen. Nach dieser Norm habe jedes Angebot die Bekanntgabe aller Subunternehmer zu enthalten, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt. Der Begriff des „erforderlichen“ Subunternehmers könne sich somit auf § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 stützen.<sup>338</sup> Den Materialien zu Folge sehe das Gesetz für erforderliche bzw nicht erforderliche Subunternehmer jeweils unterschiedliche Regelungsregime vor:

---

335 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

336 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

337 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

338 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

Mit Verweis der Materialien auf § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 habe die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern, wie bisher das Ausscheiden des betroffenen Angebots zur Folge. In § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sei normiert, dass Angebote „von Bietern, deren Befugnis Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist“, auszuschneiden seien. In dieser Bestimmung würden daher ausdrücklich nur Bieter und nicht Subunternehmer genannt werden. Die fehlende Eignung eines Subunternehmers sei daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 nur dann relevant, wenn dieser Subunternehmer gemäß § 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 im Angebot vom Bieter genannt werde, weil sich der Bieter auf dessen Kapazitäten zum Nachweis seiner Eignung stützen müsse. In diesem Fall liege ein erforderlicher Subunternehmer vor.<sup>339</sup>

Ein nicht erforderlicher Subunternehmer liege nach dieser Gesetzessystematik hingegen dann vor, wenn sich der Bieter (im Sinne des § 108 Abs 1 Z 2 BVergG 2006) zum Nachweis seiner Eignung nicht auf dessen Kapazitäten stützen müsse, sondern selbst die erforderliche Eignung besitze, den Auftrag aber dennoch (aus anderen Gründen) an einen Subunternehmer weitergeben wolle.<sup>340</sup>

Nach der mit der Novelle zum BVergG 2006 neuen Regelungen für Subunternehmerleistungen und den dazugehörigen Materialien habe der Auftraggeber auch die nicht erforderlichen Subunternehmer und somit alle im Angebot genannten Subunternehmer zu prüfen. Im Gegensatz zu erforderlich Subunternehmer führe bei nicht erforderlichen Subunternehmern ein fehlender Nachweis der Eignung jedoch nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer ablehnen müsse. Das Angebot als solches verbleibt im Vergabeverfahren.<sup>341</sup>

Diese Schlussfolgerung in den Materialien könne den §§ 108 Abs 1 Z 2 und § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 entnommen werden. Diese Bestimmungen würden das Ausscheiden des Angebotes nur dann vorsehen, wenn sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung auf einen erforderlichen Subunternehmer stützen müsste.<sup>342</sup>

---

339 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

340 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

341 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

342 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.



Die Pflicht des Auftraggebers zur umfassenden Prüfung sowohl erforderlicher als auch nicht erforderlicher Subunternehmer ergebe sich aus dem nicht auf „Bieter“ eingeschränkten Wortlaut des § 83 Abs 3 BVergG 2006. Das Gesetz sehe in § 83 Abs 5 BVergG 2006 explizit vor, dass der Auftraggeber, wenn auch für den Zeitraum nach Zuschlagserteilung, einen namhaft gemachten Subunternehmer ablehnen könne.<sup>343</sup>

Der Begriff des erforderlichen bzw nicht erforderlichen Unternehmers sowie die Verpflichtung des Auftraggebers, nicht erforderliche Subunternehmer bei mangelnder Eignung abzulehnen, würden sich nicht ausdrücklich im Gesetzestext finden, könnten jedoch der Systematik des BVergG 2006 entnommen werden.<sup>344</sup>

Für den dem VwGH-Erkenntnis zu Grunde liegenden Fall bedeutete dies, dass die Gesetzesmaterialien nicht dem Gesetzestext oder der Systematik des Gesetzes widersprechen. § 83 Abs 3 erster Satz BVergG 2006 ist im Zusammenhang mit § 108 Abs 1 Z 2 und § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 dahingehend auszulegen, dass bei nicht erforderlichen Subunternehmern die mangelnde Eignung des Subunternehmer nicht zum Ausscheiden des Angebotes nach § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 führt, sondern der Auftraggeber die Weitergabe an diesen Subunternehmer ablehnen muss.<sup>345</sup>

Meiner Ansicht nach kann diese Judikatur auch auf die Rechtslage nach der BVergG-Novelle 2018 übertragen werden. Auch § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 spricht ausschließlich davon, dass Angebote von „Bietern“ auszuschneiden sind, wenn deren Eignung nicht gegeben ist. Ebenso wie in § 129 Abs 1 Z 2 BVergG 2006 wird in § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 dem Wortlaut nach ausdrücklich nur auf Bieter und nicht auch auf Subunternehmer abgestellt. Zudem wird in den Materialien zu § 98 BVergG 2018 nun ausdrücklich ausgeführt, dass die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern das Ausscheiden des betroffenen Angebots zur Folge hat. Werden hingegen nicht erforderliche Subunternehmer im Angebot nicht benannt, führt dies lediglich dazu, dass deren Einsatz dem Regime des § 363 BVergG 2018 unterliegt. Die Materialien verweisen weiters darauf, dass erforderliche Subunternehmer auszuschneiden sind, wenn deren Eignung nicht nachgewiesen werden kann. Bei nicht erforderlichen Subunternehmern führt hingegen ein Misslingen des Nachweises der Eignung nicht zum Ausscheiden des Angebots des Bieters,

---

343 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

344 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

345 VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.

sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer gemäß § 138 Abs 3 BVergG 2018 ablehnen muss. Das Angebot selbst verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren.

Die Verpflichtung sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer umfassend zu prüfen ergibt sich auch nach der Novelle zum BVergG 2018 aus dem Wortlaut des § 98 Abs 3 BVergG 2018, welcher mit dem Wortlaut des § 83 Abs 3 BVergG 2006 vergleichbar ist.

Nach diesen umfassenden Ausführungen zur Abgrenzung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern, sollen die Unterschiede noch einmal in der folgenden Tabelle übersichtlich dargestellt werden.

**Tabelle 3 Übersichtstabelle erforderliche / nicht erforderliche Subunternehmer**

| <b>erforderliche Subunternehmer</b>                                                                                                        | <b>nicht erforderliche Subunternehmer</b>                                                                                                                                                          |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| der Bewerber/Bieter erfüllt selbst nicht die geforderten Eignungsanforderungen                                                             | der Bewerber/Bieter besitzt selbst die erforderliche Eignung                                                                                                                                       |
| der Bewerber/Bieter benötigt die Kapazität des Subunternehmers um die geforderte Eignung nachzuweisen                                      | der Bewerber/Bieter muss sich zum Nachweis der Eignung nicht auf einen Subunternehmer stützen, möchte zur Auftragserfüllung jedoch trotzdem (aus anderen Gründen) einen Subunternehmer heranziehen |
| der Bewerber/Bieter muss den Nachweis erbringen, dass ihm die beim Subunternehmer vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen | die Offenlegungspflicht kann aus sachlichen Gründen auf „wesentliche Teile des Auftrages“ beschränkt werden                                                                                        |

|                                                                                            |                                                                                                                    |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| die fehlende Eignung des erforderlichen Subunternehmers führt zum Ausscheiden des Angebots | die fehlende Eignung/Bekanntgabe des nicht erforderlichen Subunternehmers führt nicht zum Ausscheiden des Angebots |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|

## 6.8 Zusammenfassung Kapitel 6

Die Abgrenzung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmer ist aufgrund der unterschiedlichen Rechtsfolgen im Vergabeverfahren, je nachdem ob es sich um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer handelt, wesentlich. Die Begriffe des erforderlichen bzw nicht erforderlichen Subunternehmers finden sich dabei nicht explizit im Bundesvergabegesetz, sondern können den Materialien und der Judikatur des VwGH entnommen werden.

Bei einem „erforderlichen“ Subunternehmer handelt es sich um einen Subunternehmer, den der Bieter zum Nachweis der geforderten Eignung benötigt. Verfügt der Bieter selbst über die geforderte Eignung, möchte zur Auftragserfüllung jedoch trotzdem (aus anderen Gründen) einen Subunternehmer heranziehen, handelt es sich bei diesem Subunternehmer um einen „nicht erforderlichen“ Subunternehmer.

Der Begriff „Eignung“ umfasst die erforderliche Befugnis, die (finanzielle/wirtschaftliche und technische) Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit. Die vom Auftraggeber als erforderlich erachtete Eignung kann der Auftraggeber mittels gewisser Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, den sogenannten Eignungskriterien in der Ausschreibung oder den Teilnahmebedingungen vorgeben. Gewisse Eignungskriterien sind dabei gesetzlich verpflichtend vorgesehen. Die Eignung ist vom Bieter und dessen Subunternehmern durch bestimmte Nachweise oder eine nationale bzw eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung zu belegen.

Die Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern ist etwa bei der Bekanntgabeverpflichtung wesentlich. Es besteht zwar eine Bekanntgabeverpflichtung sowohl für erforderliche, als auch für nicht erforderliche Subunternehmer, bei nicht erforderlichen Subunternehmen gibt es jedoch die Möglichkeit die Offenlegungspflicht aus sachlichen Gründen auf „*wesentliche Teile des Auftrages*“ zu beschränken.

Weiteres ist die Abgrenzung bei fehlender Eignung des Subunternehmers von maßgeblicher Bedeutung. Bei erforderlichen Subunternehmern führt die fehlende Eignung zum Ausscheiden des Angebots. Bei nicht erforderlichen Subunternehmern hingegen, muss der Auftraggeber zwar den benannten Subunternehmer ablehnen, das Angebot verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren.

Wesentlich ist zudem, dass im Gegensatz zu nicht erforderlichen Subunternehmern bei erforderlichen Subunternehmern der Nachweis zu erbringen ist, dass die beim Subunternehmer „vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen“ (Verfügbarkeitsnachweis).

Für einen Bewerber bzw Bieter ist es daher aus meiner Sicht wichtig sich im Vorhinein darüber klar zu werden, über welche Eignung er selbst verfügt und welche Eignung er durch einen Subunternehmer erbringen möchte. Meiner Ansicht nach ist dabei auch zu beachten, ob der Subunternehmer auch tatsächlich über die erforderliche Eignung verfügt, da eine fehlende Eignung eines erforderlichen Subunternehmens schnell zum Ausscheiden des Angebots führt. Die Ressourcen sollten dem Bewerber bzw Bieter im gesamten Vergabeverfahren zur Verfügung stehen. Auch sollte der Subunternehmer die Eignung nachweisen können. Ein erforderlicher Subunternehmer muss auch im gesamten Verfahren über die erforderliche Eignung verfügen und darf diese nicht während des Vergabeverfahrens verlieren. Eine Abgrenzung ist entscheidend, da an erforderliche Subunternehmer ein strengerer Maßstab angelegt wird.

Zusammenfassend ist daher zu sagen, dass eine Abgrenzung eines erforderlichen von einem nicht erforderlichen Subunternehmer entscheidend ist, um zu wissen, welche gesetzlichen Anforderungen an den Subunternehmer zur Anwendung kommen. Der erforderliche Subunternehmer der vom Bieter bzw Bewerber herangezogen wird muss im Angebot genannt werden. Zudem muss er über die vom Auftraggeber geforderte Eignung verfügen und diese auch nachweisen können. Die Eignung darf während des gesamten Vergabeverfahrens nicht verloren gehen. Für nicht erforderliche Subunternehmer gibt es auch gesetzliche Regelungen, diese sind aber nicht ganz so streng und führen nicht unbedingt zum Ausscheiden des Angebots. Die Ausführungen lassen erkennen, dass die Abgrenzung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern wesentlich ist um die unterschiedlichen Rechtsfolgen abschätzen und ein Ausscheiden des Angebots verhindern zu können.

## 7. EIGNUNGSLEIHE

Nachdem ausführlich auf die Subunternehmerleistungen eingegangen wurde, soll nun dargestellt werden, welche Möglichkeiten dem Bieter bzw Bewerber noch zur Verfügung stehen um seine Befugnis und oder seine Leistungsfähigkeit nachzuweisen. Es sollen zudem die Parallelen und Gegensätze zum Subunternehmereinsatz dargestellt werden.

### 7.1 Nachweis der Eignung durch andere Unternehmer

In § 86 BVergG 2018 ist geregelt, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer, ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen, stützen kann. Die Eignungsleihe hat zum Ziel einen umfassenden Wettbewerb im öffentlichen Auftragswesen zu gewährleisten. Zudem soll kleineren und mittleren Unternehmen der Zugang zu öffentlichen Aufträgen erleichtert werden.<sup>346</sup>

Der Unternehmer kann mit allen geeigneten Mitteln den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages, die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel, auch tatsächlich zur Verfügung stehen. Der Bewerber bzw Bieter hat diese tatsächliche Verfügbarkeit bereits in seinem Teilnahmeantrag bzw Angebot nachzuweisen.<sup>347</sup> In Bezug auf die Nachweise betreffend Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung gemäß Anhang XI Abs 2 Z 4 und Abs 3 Z 5 oder den Nachweis über die einschlägige berufliche Erfahrung, kann ein Bieter sich nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen, die die Leistung tatsächlich erbringen werden, für die diese Kapazitäten benötigt werden.<sup>348</sup> § 86 BVergG 2018 bestimmt somit, dass sich ein Bieter bzw Bewerber unter bestimmten Voraussetzungen zum Nachweis seiner Befugnis oder Leistungsfähigkeit nicht nur auf seine eigenen Kapazitäten, sondern auch auf die

---

346 EuGH 10.10.2013, C-94/12 (Svm Costruzioni 2 und Mannocchi Luigino) Rn 34.

347 *Deutschmann/Heid*, zu § 86 BVergG 2018, 759.

348 §86 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

Kapazitäten anderer Unternehmen stützen darf. Ein Ersatz der eigenen Zuverlässigkeit des Bewerbers bzw Bieters durch andere Unternehmen ist hingegen nicht zulässig.<sup>349</sup>

Durch die genannte Bestimmung wurde Art 60 Abs. 1 sowie Art 63 Abs. 1 erster und vierter UAbs der RL 2014/24/EU umgesetzt. Mit dieser Norm wurde zudem auf die Rechtsprechung des EuGH reagiert. Im Folgenden sollen daher die leitenden Entscheidungen des EuGH zur Zulässigkeit der Stützung des Bieters auf die Kapazitäten anderer Unternehmen näher dargestellt werden.

Im Fall *Ballast Nedam I* wurde die Zulassung einer Gesellschaft niederländischen Rechts nicht erneuert. Begründet wurde diese Entscheidung vom Belgischen Staat damit, dass die Gesellschaft nicht als Unternehmer angesehen werden könne, da sie als Holdinggesellschaft selbst keine Arbeiten ausführe, sondern sich zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die von ihren Tochtergesellschaften, bei denen es sich um selbständige juristische Personen handle, ausgeführten Arbeiten berufe.<sup>350</sup> Der EuGH hatte in einem darauffolgenden Rechtsstreit aufgrund eines Vorlageantrages die Frage zu prüfen, ob eine Holdinggesellschaft von den Verfahren der Teilnahme an öffentlichen Bauaufträgen ausgeschlossen werden kann, weil sie selbst keine Arbeiten ausführt, und falls diese Frage verneint wird, welches die Voraussetzungen sind, unter denen sie die für diese Teilnahme erforderliche Leistungsfähigkeit nachweisen kann.<sup>351</sup>

Der EuGH hatte dabei die Richtlinie 71/304/EWG vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen und die Richtlinie 71/305/EWG vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, zu beurteilen.<sup>352</sup> Der EuGH stellt fest, dass Artikel 26 Buchstabe e der Richtlinie 71/305/EWG festlegt, dass der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch Vorlage einer Erklärung erbracht werden könne, in der die Techniker oder die technischen Stellen anzugeben sind, über die der Unternehmer unabhängig davon, ob sie dem Unternehmen angehören oder nicht, bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird. Die Richtlinie 71/305/EWG wurde durch die Richtlinie 89/440/EWG des Rates vom 18. Juli 1989 geändert und der Begriff der öffentlichen Bauaufträge genauer definiert. In Artikel 1 der Richtlinie

---

349 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 86, Rz 2.

350 EuGH 14.04.1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*) Rn 3.

351 EuGH 14.04.1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*) Rn 9.

352 EuGH 14.04.1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*) Rn 5.

89/440/EWG wird ausdrücklich geregelt, dass Bauaufträge entweder die Ausführung oder gleichzeitig die Ausführung und die Planung von Bauvorhaben oder Bauwerken oder „die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte, gleichgültig mit welchen Mitteln, gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen" betreffen. Diese Definition lässt erneut erkennen, dass ein Unternehmen das selbst nicht die Arbeiten durchführen kann oder die dafür erforderlichen Mittel hat an einem Vergabeverfahren zur Vergabe von Bauaufträgen teilnehmen kann.<sup>353</sup>

Der EuGH kam zu dem Schluss, dass eine Holdinggesellschaft, die selbst keine Arbeiten ausführt, sondern die Arbeiten von ihrer Tochtergesellschaft ausführen lässt, aus diesem Grund nicht von den Verfahren zur Teilnahme an öffentlichen Bauaufträgen ausgeschlossen werden kann. Aus Artikel 20 der Richtlinie 71/305 ergebe sich jedoch, dass es Sache der öffentlichen Auftraggeber sei, die fachliche Eignung der Unternehmer nach den in den Artikeln 25 bis 28 der Richtlinie genannten Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit zu prüfen.<sup>354</sup>

Aus dem dargestellten Urteil des EuGH ergibt sich, dass eine Gesellschaft die sich zum Nachweis ihrer technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auf die Referenzen ihrer Tochtergesellschaft berufen möchte nachweisen muss, dass sie unabhängig von der Art der rechtlichen Beziehung zu ihren Tochtergesellschaften tatsächlich über die diesen zustehenden Mittel verfügen kann, die zur Ausführung der Aufträge erforderlich sind.

Durch die Entscheidung Ballast Nedam II des EuGH wurde die soeben dargestellte Entscheidung Ballast Nedam I konkretisiert. Der EuGH sprach in Ballast Nedam I folgendes aus:

*„Auf die vorgelegte Frage ist daher zu antworten, daß die Richtlinie 71/304/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 zur Aufhebung der Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge und bei öffentlichen Bauaufträgen, die an die Auftragnehmer über ihre Agenturen oder Zweigniederlassungen vergeben werden, und die Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge dahin auszulegen sind, daß sie dazu ermächtigen, bei der Beurteilung der Kriterien, die ein Unternehmer im Rahmen der Prüfung eines von der beherrschenden juristischen Person eines Konzern gestellten Zulassungsantrags erfüllen*

---

353 EuGH 14.04.1994, C-389/92 (Ballast Nedam I) Rn 14.

354 EuGH 14.04.1994, C-389/92 (Ballast Nedam I) Rn 15f.

*muß, die Gesellschaften zu berücksichtigen, die zu diesem Konzern gehören, soweit die betreffende juristische Person nachweist, daß sie tatsächlich über die diesen Gesellschaften zustehenden Mittel verfügen kann, die zur Ausführung der Aufträge erforderlich sind. Es ist Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob ein solcher Nachweis im Ausgangsrechtsstreit erbracht worden ist.*“<sup>355</sup>

Den Streitparteien war nicht klar, ob der Begriff „ermächtigen“ in dem Satzteil „...ermächtigen, ... zu berücksichtigen ...“ im Tenor des Urteils vom 14. April 1994 in der Rechtssache C-389/92 als „verpflichten“ zu verstehen ist oder dem betroffenen Mitgliedstaat doch ein Ermessen zusteht.<sup>356</sup>

Der EuGH stellte mit der Entscheidung *Ballast Nedam II* noch einmal deutlich fest, dass die Nachweise bei der Beurteilung der Eignung der betreffenden juristischen Person einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns verpflichtend zu berücksichtigen sind, wenn diese nachweisen kann, dass sie tatsächlich über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel der zum Konzern gehörenden Gesellschaften verfügen kann.

Anders als in den zuvor erläuterten Entscheidungen bezog sich die Entscheidung *Holst Italia* des EuGH auf keinen Bauauftrag, sondern auf einen Dienstleistungsauftrag. In einem Verhandlungsverfahren sollte ein privater Dienstleistungsauftrag für den dreijährigen Betrieb von Kläranlagen und Abwasserentsorgungsvorrichtungen vergeben werden. Die Bieterin, welche den Zuschlag erhielt, hatte selbst nicht die geforderten Eignungsvoraussetzungen und wies die Eignung durch die Mittel einer anderen Einrichtung, die mittelbar an der Bieterin beteiligt war nach.<sup>357</sup>

Es war vom EuGH die Frage zu klären, ob es die Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, einer Gesellschaft gestattet die technischen und finanziellen Eignungsnachweise für die Zulassung zu einer Ausschreibung für die Vergabe einer öffentlichen Dienstleistung, durch die Berufung auf die Nachweise einer anderen Einrichtung zu erbringen, die Alleingesellschafter einer der Gesellschaften ist, die an der erstgenannten Gesellschaft beteiligt ist.<sup>358</sup>

---

355 EuGH 14.04.1994, C-389/92 (*Ballast Nedam I*) Rn 18.

356 EuGH 18.12.1997, C-5/97 (*Ballast Nedam II*) Rn 5.

357 EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (*Holst Italia*), Rn 8ff.

358 EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (*Holst Italia*), Rn 16.



Aus der Entscheidung des EuGH ergibt sich in diesem Zusammenhang unter Bezugnahme auf die beiden zuvor dargestellten Entscheidungen, dass sich ein Bieter auch im Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages, zum Nachweis seiner Eignung gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit eines Dritten berufen kann, wenn er selbst nicht über die vom Auftraggeber geforderten Mindestvoraussetzungen verfügt.<sup>359</sup>

Voraussetzung für den Nachweis der Eignung des Bieters durch andere Unternehmen ist dabei, dass dem Bieter während des Auftragszeitraums tatsächlich die Mittel des anderen Unternehmens, auf welches sich der Bieter beruft, zur Verfügung stehen.<sup>360</sup>

Mit dieser Entscheidung wurde vom EuGH somit erneut klargestellt, dass sich ein Bieter auch in einem Vergabeverfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zum Nachweis seiner finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit auf die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmens berufen kann. Diese ist jedoch nicht uneingeschränkt, sondern nur unter der Voraussetzung möglich, dass der Bieter nachweisen kann, dass er tatsächlich über die Mittel des anderen Unternehmens, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, verfügen kann. Die Verbindung zwischen den Unternehmen ist dabei nicht relevant.<sup>361</sup>

In der das österreichische Recht betreffenden Entscheidung Siemens und Arge Telekom vom 18.03.2004 befasste sich der EuGH mit der Frage, ob ein Vertrag, der aufgrund einer Ausschreibungsbestimmung, die den Bieter daran hindert mit einem mit dem Subunternehmer geschlossenen Vertrag nachzuweisen, dass er über die Mittel Dritter verfügt und sich der Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit somit nicht auf die Mittel Dritter berufen kann, als unwirksam anzusehen ist.<sup>362</sup>

Der EuGH wiederholte in dieser Entscheidung, dass sich ein Unternehmer, der sich an einem Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages beteiligt, zum Nachweis der geforderten Mindestvoraussetzungen, auf die Leistungsfähigkeit eines anderen Unternehmers stützen kann, die er in Anspruch nehmen will, wenn er den Zuschlag erhält.<sup>363</sup> Der Unternehmer muss dabei nachweisen, dass er tatsächlich über die den anderen

---

359 EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (Holst Italia), Rn 27.

360 EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (Holst Italia), Rn 28.

361 EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98 (Holst Italia), Rn 31.

362 EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 (Siemens, ARGE Telekom & Partner), Rn 30.

363 EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 (Siemens, ARGE Telekom & Partner), Rn 43.

Unternehmer gehörenden Mittel, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, verfügt.<sup>364</sup>

Hat der öffentliche Auftraggeber bei Prüfung der Angebote und bei Auswahl des Bestbieters, die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Subunternehmers nicht prüfen können, ist ein Verbot oder eine Einschränkung der Subvergabe für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrages richtlinienkonform.<sup>365</sup> Ein Bieter der auf die Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen verweist kann nur dann ausgeschlossen werden, wenn er nicht nachweisen kann, dass er tatsächlich über die Leistungsfähigkeit des Dritten verfügt.<sup>366</sup>

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass sich nach § 86 BVergG 2018, welcher Art 60 Abs 1 und Art 63 Abs 1 UAbs 1 und 4 Vergabe-RL 2014/24/EU umsetzt, unter Beachtung der Judikatur des EuGH, ein Bieter auf die Kapazitäten eines oder mehrerer anderer Unternehmen stützen und mit seinen eigenen Kapazitäten kumulieren kann, um die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit zu erfüllen. Dies immer unter der Voraussetzung, dass der Bieter auch tatsächlich über die Mittel der anderen Unternehmen, die für die Ausführung des Auftrages erforderlich sind, verfügt.

Nach der Darstellung der bedeutendsten Leitentscheidungen des EuGH zur Zulässigkeit der „Eignungsleihe“, soll nun darauf eingegangen werden unter welchen Voraussetzungen sich ein Bieter auf die Leistungsfähigkeit dritter Unternehmen stützen kann.

## **7.2 Voraussetzungen für den Nachweis der Leistungsfähigkeit und Eignung durch Dritte**

Zunächst ist festzuhalten, dass sich ein Bieter zum Nachweis seiner Eignung nicht zur Gänze auf die Leistungsfähigkeit oder die Befugnis eines anderen Unternehmers berufen kann. Die Leistungsfähigkeit oder Befugnis des Bieters kann durch andere Unternehmen daher ergänzt, jedoch nicht ganz ersetzt werden. Ist also vom Auftraggeber nur eine einzige Befugnis

---

364 EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 (Siemens, ARGE Telekom & Partner), Rn 44.

365 EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 (Siemens, ARGE Telekom & Partner), Rn 45; Richtlinie 92/50.

366 EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01 (Siemens, ARGE Telekom & Partner), Rn 46.

gefordert worden und besitzt der Bieter diese nicht, kann er sich nicht auf einen anderen Unternehmer stützen um diese Befugnis zu ersetzen.<sup>367</sup> Der Bieter bleibt somit ein Unternehmer ohne die erforderliche Befugnis. Der Bieter muss daher wenigstens eine eigene erforderliche Befugnis haben. Eine zusätzliche oder spezifischere Befugnis kann durch einen anderen Unternehmer nachgewiesen werden.<sup>368</sup>

Auch die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit kann nicht vollständig durch einen Dritten ersetzt werden. Beispielsweise würde eine gänzliche Beschaffung der erforderlichen Geräte für die Ausführung eines konkreten Auftrages bei anderen Unternehmen ein Defizit bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit darstellen.<sup>369</sup> Möchte der Bieter seine eigene Leistungsfähigkeit ergänzen, kommt es dabei nicht auf das Vertragsverhältnis zwischen dem Bieter und dem Dritten an, sondern, dass dem Bieter die Ressourcen des Dritten, im gesamten Verlauf von der Bewerbung, über die Angebotslegung bis zur Ausführung, tatsächlich zur Verfügung stehen. Die Verfügbarkeit der Ressourcen des Dritten kann durch den Bieter beispielsweise mit einem verbindlichen Angebot eines Subunternehmers mit ausreichend langer Angebotsbindung nachgewiesen werden. Der Bieter kann aber auch verbindliche Zusagen etwa eines Konzernunternehmens oder eines Arbeitskräfteüberlassers für die Verfügbarkeit des laut Ausschreibung erforderlichen Führungs- bzw. Ausführungspersonals beibringen, um die tatsächliche Verfügbarkeit der Ressourcen des Dritten nachzuweisen. Für den Nachweis der tatsächlichen Verfügbarkeit der in der Ausschreibung geforderten Geräteausstattung könnte der Bieter zum Beispiel eine verbindliche Auftragsbestätigung zur Bestellung bei einem Gerätelieferanten vorlegen, die gewährleistet, dass der Bieter rechtzeitig zu Auftragsbeginn über die erforderlichen Geräte verfügen kann.<sup>370</sup>

Vom Auftraggeber kann zum Nachweis der geforderten finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gemäß Anhang X Abs 1 Z 4 BVergG 2018 eine Erklärung über die solidarische Leistungserbringung von Subunternehmern oder anderen Unternehmen auf dessen Leistungsfähigkeit sich der Bieter stützen möchte verlangt werden, wenn sich der Bieter auf die Leistungsfähigkeit des Subunternehmers oder des anderen sonstigen Unternehmers berufen möchte. Mit einer solchen Erklärung garantiert der Subunternehmer oder der Dritte, dass er im Falle der Auftragserteilung für die Erfüllung des Auftrags „die

---

367 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 9.

368 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 9.

369 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 5.

370 Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 6.

erforderlichen Mittel, insbesondere [. . .] zur Verfügung stellt“. Der Subunternehmer bzw. Drittunternehmer bürgt somit dafür, dass die konkret angegebenen Mittel dem Bewerber bzw. Bieter zur Verfügung stehen.<sup>371</sup>

Die Erläuterungen zu § 86 BVergG 2018 weisen darauf hin, dass bei Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein strenger Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen ist. Als solcher Nachweis kommt eine rechtlich bindende Zusage des Dritten, den Unternehmer im Anlassfall mit den notwendigen Mitteln auszustatten, in Frage.<sup>372</sup> Es ist dabei eine ausreichende Risikoabdeckung zu gewährleisten. Eine solche kann etwa in Form einer unbedingten Bankgarantie oder einer harten Patronatserklärung zugunsten des öffentlichen Auftraggebers erfolgen. Die Erklärung darf die Verfügbarkeit nicht einschränken und muss den gesamten Leistungsteil abdecken.<sup>373</sup>

Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch einen anderen Unternehmer ist in Anhang XI keine mit Anhang X Abs 1 Z 4 BVergG 2018 vergleichbare Sicherstellung vorgesehen. In der Ausschreibung könnte jedoch etwa gefordert werden, dass der Bieter nachweist, dass ihm die Ressourcen des Dritten zu Beginn der Leistungsausführung auch tatsächlich zur Verfügung stehen, etwa mit einer Verfügbarkeitserklärung.<sup>374</sup>

In den Erläuterungen wird auch angemerkt, dass bei der Zulässigkeit der Eignungsleihe nicht nur auf vergaberechtliche Regelungen, sondern auch auf andere gesetzliche Regelungen, wie etwa gewerberechtliche Vorschriften Bedacht zu nehmen ist. Auch Arbeits- und Bietergemeinschaften sind Unternehmer iSd § 2 Z 38 BVergG 2018 und können sich daher ebenfalls zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit und Befugnis auf die Ressourcen und Kapazitäten ihrer Mitglieder oder anderer Unternehmen berufen, wenn nachgewiesen werden kann, dass der Arbeits- oder Bietergemeinschaft die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen und somit die Voraussetzungen des § 86 BVergG 2018 erfüllt sind.<sup>375</sup>

Zusammengefasst kann sich nach der Judikatur des EuGH ein Bieter zur Ergänzung seiner Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten bzw. Ressourcen eines anderen Unternehmers stützen, wenn er nachweisen kann, dass ihm diese tatsächlich zur Verfügung stehen.

---

<sup>371</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 8.

<sup>372</sup> Deutschmann/Heid, zu § 86 BVergG 2018, 760.

<sup>373</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 111f.

<sup>374</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 8.

<sup>375</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 10.

Im Folgenden soll nun dargelegt werden, wer ein solcher „anderer Unternehmer“ sein kann und welches Verhältnis zum Subunternehmereinsatz besteht.

### **7.3 Verhältnis des Subunternehmereinsatzes zur Eignungsleihe**

„Andere Unternehmer“ auf die sich der Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit stützen kann sind unter anderem:

- eine Holding des Konzerns, dem der (sich stützende) Unternehmer angehört, bzw eine oder mehrere andere Konzerngesellschaften;
- Subunternehmer (für die Ausführung eines Leistungsteils des Auftrags);
- Vertragspartnerschaft zur fachlichen Unterstützung bei der Ausführung eines Auftrags oder Auftragsteils;
- Gesellschafter des (sich stützenden) Unternehmers, der Ressourcen der Gesellschaft zur Verfügung stellt;
- Partner von Bieter- oder Arbeitsgemeinschaften, die Ressourcen zur Verfügung stellen;
- Vermieter von Gerät oder technischer Ausstattung, die für die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen sind;
- Arbeitskräfteüberlassungs-Unternehmer, der bestimmtes Führungs- bzw Ausführungspersonal beistellt, das für die technische Leistungsfähigkeit nachzuweisen ist.<sup>376</sup>

Anhand dieser Auflistung wird deutlich, dass sich der Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit und Befugnis nicht nur auf Subunternehmer stützen kann.<sup>377</sup>

---

<sup>376</sup> Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 86, Rz 3.  
<sup>377</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 111f.

In den Erläuterungen zu § 86 BVergG 2018 wird zum Verhältnis zwischen Subunternehmerleistungen und der „Eignungsleihe“ gemäß § 86 BVergG 2018 ausgeführt, dass jeder Subunternehmer unter die gegenständliche Regelung subsumiert werden kann, jedoch nicht jedes Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Unternehmer nach der vorliegenden Regelung zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit und Befugnis stützt, auch ein Subunternehmer ist. So ist wie bereits in Kapitel 5. ausgeführt, ein Vermieter von einem Gerät, welches zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages notwendig ist, nicht als Subunternehmer zu qualifizieren und § 98 BVergG 2018 daher nicht auf diesen anwendbar.<sup>378</sup>

Es liegt jedoch trotzdem eine Eignungsleihe vor, wenn der Bieter nachweist, dass ihm das vermietete Gerät zur Auftragsausführung tatsächlich zur Verfügung steht. § 86 BVergG 2018 ist daher sehr wohl auf den Vermieter des Geräts anwendbar.<sup>379</sup> Die Eignungsleihe ist zudem von einer Subunternehmerleistung dadurch zu unterscheiden, dass bei Subunternehmerleistungen der Bieter einen Teil des Auftrages durch den Subunternehmer ausführen lässt. Hingegen wird bei der Eignungsleihe nicht zwingend ein Auftragsteil auf einen anderen Unternehmer übertragen. Vielmehr beruft sich der Bieter auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmers um seine Eignung nachzuweisen. Bei der Eignungsleihe übernimmt der andere Unternehmer daher nicht obligatorisch die Ausführung eines Leistungsteils, sondern stellt dem Bieter seine Ressourcen zu Verfügung, damit dieser die Eignung besitzt um den Auftrag selbst ausführen zu können.<sup>380</sup>

Zum Nachweis der geforderten Ausbildung und Bescheinigung über die berufliche Befähigung oder den Nachweis über die einschlägige berufliche Erfahrung kann sich ein Bieter gemäß § 86 BVergG 2018 nur auf die Kapazitäten jener Unternehmer stützen, welche die Leistung tatsächlich erbringen werden. Zu diesem Nachweis werden somit vorrangig Subunternehmer in Betracht kommen, die einen bestimmten Auftragsteil für den Bieter tatsächlich ausführen. Subunternehmer können die geforderte Ausbildung, die berufliche Befähigung oder die berufliche Erfahrung jedoch nur in dem konkret übernommenen Auftragsteil, nicht jedoch darüber hinaus substituieren.<sup>381</sup>

---

378 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 111f.

379 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 111f.

380 OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.6.2014 VII-Verg 38/13.

381 *Deutschmann/Heid*, zu § 86 BVergG 2018, 759.

## 7.4 Beschränkung der Eignungsleihe

Aus der Judikatur des EuGH ergibt sich, dass sich Wirtschaftsteilnehmer nicht uneingeschränkt auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen können. Die Ausübung dieses Rechts kann bei Vorliegen besonderer Umstände in Anbetracht des Gegenstands und der Ziele des betreffenden Auftrags eingeschränkt werden. Dies ist etwa in der Konstellation der Fall in der sich die Ressourcen, über die der andere Unternehmer verfügt und die für die Erfüllung des Auftrags erforderlich sind, aufgrund der Eigenart eines bestimmten Auftrags und der mit ihm verfolgten Ziele, nicht auf den Bewerber oder Bieter übertragen lassen.<sup>382</sup> So wurde es für einen Auftrag, der das Tätigwerden erfahrenen Personals, an Ort und Stelle erforderte um im Voraus tätig zu werden oder zumindest angemessen auf die speziellen Erfordernisse dieses Auftrags zu reagieren, vom EuGH nicht als ausreichend angesehen, wenn sich die Eignungsleihe lediglich in Beratungs- und Schulungstätigkeiten erschöpft. Es wurde daher von keiner effektive Zurverfügungstellung der für die Ausführung dieses Auftrags erforderlichen Mittel ausgegangen.<sup>383</sup> In diesem Fall kann sich ein Bieter bzw Bewerber nur dann auf die genannten Ressourcen berufen, wenn sich der andere Unternehmer unmittelbar und persönlich an der Ausführung des Auftrags beteiligt.<sup>384</sup> Der Bieter darf sich somit nicht nur auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, um rein formal die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Voraussetzungen zu erfüllen.<sup>385</sup>

Grundsätzlich ist bei der Eignungsleihe der rechtliche Charakter der Verbindungen zwischen dem Bieter bzw Bewerber und den anderen Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich die Bieter bzw Bewerber für die Zwecke der Ausführung dieses Auftrags stützen, unerheblich. Damit der Bieter seine Eignung durch die Kapazitäten anderer Unternehmer nachweisen kann, muss er vor Zuschlag zum Beispiel weder einen Kooperationsvertrag mit diesen Unternehmen abschließen noch eine gemeinsame Gesellschaft gründen. Eine solche Vorgabe in den Vergabeunterlagen wäre unzulässig.<sup>386</sup> Der Bieter kann beispielsweise durch die Vorlage einer Zusage eines Dritten, dass dieser dem Bieter seine Kapazitäten zur Verfügung stellt um den Auftrag auszuführen, nachweisen, dass er tatsächlich über die Mittel des Dritten verfügt. Die Vorlage einer Zusage eines Dritten ist dabei nur ein Beispiel,

---

382 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 49.

383 EuGH 07.04.2016, C 324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 46f.

384 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 49.

385 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 38.

386 EuGH 14.01.2016, C-234/14 (Ostas Celtnieks), Rn 22.

der Bieter kann auch andere Nachweise erbringen, die belegen, dass ihm die Mittel des Dritten tatsächlich zur Verfügung stehen.<sup>387</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann somit nicht vorschreiben in welcher Form der Bieter bzw Bewerber die Eignungsleihe nachzuweisen hat. Bieter bzw Bewerber können somit die Art und Weise des Nachweises des Bestehens der Verbindungen zu dem Dritten frei wählen.<sup>388</sup>

Bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände im Interesse der ordnungsgemäßen Ausführung des konkreten Auftrags, kann die Eignungsleihe in der Auftragsbekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen unter Angabe genauer Bedingungen jedoch eingeschränkt werden.<sup>389</sup> Können etwa Arbeiten, die aufgrund ihrer Besonderheit eine bestimmte Kapazität erfordern nicht durch die Kumulierung mehrere kleiner Kapazitäten anderer Unternehmen durchgeführt werden, wäre es für den öffentlichen Auftraggeber möglich in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, dass ein einziger Unternehmer (eventuell unter Inanspruchnahme einer begrenzten Anzahl anderer Unternehmer) die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllt.<sup>390</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch keine ausdrücklichen Bedingungen vorgeben, die geeignet sind, die Ausübung des Rechts jedes Bieters bzw Bewerbers, sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, zu behindern, indem er etwa im Voraus die konkreten Modalitäten angibt, unter denen die Kapazitäten dieser anderen Unternehmen herangezogen werden können.<sup>391</sup> Die Bedingung muss mit dem konkreten Auftragsgegenstand zusammenhängen und angemessen sein.<sup>392</sup>

Fraglich war zunächst auch, ob sich ein Bieter bzw Bewerber im Zuge der Eignungsleihe nur auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmers oder auch mehrerer anderer Unternehmer stützen kann. Der EuGH entschied, dass es einem Bieter bzw Bewerber grundsätzlich nicht untersagt werden kann sich zum Nachweis seiner Eignung auf die Kapazitäten mehrere Unternehmer zu stützen.<sup>393</sup> In Einzelfällen könnte eine Beschränkung der Eignungsleihe auf einen oder ein paar wenige andere Unternehmer zulässig sein. Dies wäre etwa wie schon ausgeführt denkbar, wenn der Auftrag gewisse Besonderheiten aufweist, wodurch der Auftrag nicht durch die Zusammenfassung kleinerer Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden kann, sondern bestimmte Kapazitäten

---

387 EuGH 14.01.2016, C-234/14 (Ostas Celtnieks), Rn 29.

388 EuGH 14.01.2016, C-234/14 (Ostas Celtnieks), Rn 28.

389 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 39.

390 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 40.

391 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 53.

392 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz), Rn 40.

393 EuGH 10.10.2013, C-94/12 (Svm Construzioni, Spa und Mannocchi Luigino), Rn 30.



erforderlich sind, die nicht kumuliert werden können. Ist es somit im Einzelfall angemessen und hängt die Anforderung mit dem konkreten Auftragsgegenstand zusammen, kann ein öffentlicher Auftraggeber festlegen, dass ein einziger anderer Unternehmer oder eine begrenzte Anzahl von anderen Unternehmen die Mindestanforderung hinsichtlich der betreffenden Kapazität erfüllen muss.<sup>394</sup>

Der EuGH wiederholte in einer Folgeentscheidung, dass bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände die Eignungsleihe eingeschränkt werden kann.<sup>395</sup> Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass Arbeiten aufgrund ihrer Besonderheiten eine bestimmte Kapazität erfordern und diese nicht durch die Summierung kleinerer Kapazitäten mehrerer Unternehmen erreicht werden kann.<sup>396</sup> Der EuGH stellte fest, dass diese Maßgabe auch bei einem unteilbaren Auftrag gelte, der nur von einem einzigen Unternehmer durchzuführen ist. Der öffentliche Auftraggeber kann daher, wenn er der Auffassung ist, dass der konkrete Auftrag unteilbar und deswegen nur von einem Unternehmer durchzuführen ist, die Möglichkeit ausschließen, dass sich der Bieter auf die Kapazität eines anderen Unternehmers berufen kann. Der Bieter kann somit nicht das Wissen und die Erfahrungen mit einem anderen Unternehmer summieren, wenn er selbst nicht über die Kapazität für die Ausführung des konkreten Auftrages verfügt. Der Ausschluss der Eignungsleihe muss jedoch mit dem Gegenstand des konkreten Auftrags, welcher von einem einzigen Unternehmer durchzuführen ist, zusammenhängen und angemessen sein.<sup>397</sup> Zudem ist darauf hinzuweisen, dass der Ausschluss der Eignungsleihe nicht als allgemeine Regel, sondern nur als Ausnahme zu verstehen ist.

## **7.5 Rechtslage nach der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU**

Die bisher dargestellte Judikatur des EuGH wurde zu der nun nicht mehr in Geltung stehenden Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, welche durch die Richtlinie 2014/24/EU des europäischen

---

394 EuGH 10.10.2013, C-94/12 (Svm Construzioni, Spa und Mannocchi Luigino), Rn 35.

395 EuGH 04.05.2017, C-387/14 (Esaprojekt), Rn 48.

396 EuGH 04.05.2017, C-387/14 (Esaprojekt), Rn 49.

397 EuGH 26.09.2019, C-63/18 (Vitali SpA), Rn 30.

Parlaments und Rates vom 26.02.2014 aufgehoben wurde, erlassen. Diese Judikatur ist jedoch auch auf die neue Vergaberichtlinie anwendbar, da die RL 2014/24/EU, wie die RL 2004/18, die Möglichkeit vorsieht, dass die Bieter für die Ausführung eines Auftrags auf die Kapazitäten anderer Unternehmer zurückgreifen können, sofern die in der Richtlinie vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind.<sup>398</sup> Die Richtlinie 2014/24/EU trat am 18.04.2016 in Kraft.

Der EuGH führte zum Verhältnis von Art 48 Abs 3 RL 2004/18 und Art 63 Abs 1 RL 2014/24 aus, dass Art 48 Abs 3 RL 2004/18 allgemein formuliert sei und nicht ausdrücklich die Modalitäten nenne, unter denen sich ein Wirtschaftsteilnehmer auf die Kapazitäten anderer Unternehmen stützen könne. Art 63 Abs 1 RL 2014/24 sei daher keineswegs eine Fortschreibung von Art 48 Abs 3 RL 2004/18, mit der dessen Tragweite klargestellt wird, sondern führe neue Bedingungen ein, die unter der Vorgängerregelung nicht vorgesehen waren.<sup>399</sup>

Art 63 Abs 1 RL 2014/24 trifft somit weitreichendere Regelungen als Art 48 Abs 3 RL 2004/18. In Art 63 Abs 1 RL 2014/24 wird wie in Art 48 Abs 3 RL 2004/18 geregelt, dass ein Bieter für einen bestimmten Auftrag die Kapazitäten anderer Unternehmen — ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmen bestehenden Verbindungen — in Anspruch nehmen kann. Darüber hinaus ist in Art 63 Abs 1 RL 2014/24 im Gegensatz zur Vorgängerbestimmung hingegen normiert, dass ein Bieter in Bezug auf die Kriterien für Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung gemäß Anhang XII Teil II Buchstabe f oder für die einschlägige berufliche Erfahrung, jedoch nur die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen kann, wenn diese die Arbeiten ausführen beziehungsweise die Dienstleistungen erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.<sup>400</sup> In der Praxis werden daher zum Nachweis dieser Eignungskriterien daher überwiegend Subunternehmer herangezogen werden.<sup>401</sup> Neu hinzugekommen ist auch, dass nun öffentliche Auftraggeber vorschreiben können, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen.<sup>402</sup>

Darüber hinaus ist in Art 63 Abs 1 UAbs 3 RL 2014/24/EU nunmehr vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber verlangen darf, dass im Auftragsfall neben dem Bieter bzw

---

398 RL 2004/18/EG ABI L 134/146; RL 2014/24/EU ABI L 94/65, 63.

399 EuGH 17.11.2015, C-406/14 (Wrocław), Rn 88-91.

400 RL 2004/18/EG ABI L 134/146; RL 2014/24/EU ABI L 94/132.

401 EuGH C-324/14 (Schlussanträge GA Jääskinen) ZVB 2016/18 (75).

402 RL 2004/18/EG ABI L 134/146; RL 2014/24/EU ABI L 94/132.

Auftragnehmer auch der Dritte, den der Bieter zum Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit in Anspruch nimmt für die ordnungsgemäße Ausführung haftet.<sup>403</sup> Eine solche Haftungsregelung wurde nicht in § 86 BVergG 2018 übernommen.

## **7.6 Zusammenfassung Kapitel 7**

In § 86 BVergG 2018 ist geregelt, dass sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen kann. Diese Möglichkeit des Nachweises der Eignung durch andere Unternehmer wird auch „Eignungsleihe“ genannt. Die wichtigste Voraussetzung der Zulässigkeit der Eignungsleihe ist, dass dem Bieter während des Auftragszeitraums tatsächlich die Mittel des anderen Unternehmens, auf welche sich der Bieter beruft, zur Verfügung stehen müssen. Dies hat der Bieter mit geeigneten Belegen nachzuweisen. Die Erläuterungen zu § 86 BVergG 2018 weisen darauf hin, dass bei Substitution der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein strenger Maßstab hinsichtlich der zu erbringenden Sicherstellungen anzulegen ist. Der rechtliche Charakter der Verbindungen zwischen den Bietern bzw. Bewerbern und den anderen Unternehmen, auf deren Kapazitäten sie sich für die Zwecke der Ausführung dieses Auftrags stützen, ist dabei grundsätzlich unerheblich.

Im Zuge der Eignungsleihe ist es nicht zulässig, dass sich die Bieter nur auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen, um rein formal die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Voraussetzungen zu erfüllen. Der Auftragnehmer muss über die Mittel des Dritten verfügen können und durch die zur Verfügung gestellten erforderlichen Mittel des andern Unternehmers effektiv in die Lage versetzt werden den Auftrag auszuführen. Sollten sich die Ressourcen, über die der andere Unternehmer verfügt und die für die Erfüllung des Auftrags erforderlich sind, aufgrund der Eigenart eines bestimmten Auftrags und der mit ihm verfolgten Ziele, nicht auf den Bewerber oder Bieter übertragen lassen, kann sich ein Bieter bzw. Bewerber nur dann auf die genannten Ressourcen berufen, wenn sich der andere Unternehmer unmittelbar und persönlich an der Ausführung des Auftrags beteiligt.

---

403 RL 2014/24/EU ABI L 94/132.

Die finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit kann jedoch nicht vollständig durch einen Dritten ersetzt werden. Durch die Eignungsleihe kann die Leistungsfähigkeit oder Befugnis des Bieters durch andere Unternehmen nur ergänzt werden. Der Bieter muss daher wenigstens eine eigene erforderliche Befugnis haben. Eine zusätzliche oder spezifischere Befugnis kann durch einen anderen Unternehmer nachgewiesen werden.

Die Eignungsleihe kann beschränkt werden, wenn sich aufgrund der Eigenart eines bestimmten Auftrags und der mit ihm verfolgten Ziele, die Erfüllung der Eignungskriterien nicht von dem Bewerber oder Bieter auf einen anderen Unternehmer übertragen lässt. Die Eignungsleihe kann dabei nur bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände im Interesse der ordnungsgemäßen Ausführung des konkreten Auftrags eingeschränkt werden. Dabei sind in der Auftragsbekanntmachung oder den Verdingungsunterlagen die genauen Bedingungen der Einschränkung anzugeben. Die Bedingung muss mit dem konkreten Auftragsgegenstand zusammenhängen und angemessen sein. Der Auftraggeber könnte etwa festlegen, dass ein einziger Unternehmer die Mindestanforderungen hinsichtlich der betreffenden Eignung erfüllen muss, wenn die Arbeiten aufgrund ihrer Besonderheit nicht durch die Zusammenführung kleinerer Kapazitäten mehrere Unternehmen ausgeführt werden können. Der Ausschluss der Eignungsleihe ist nicht als allgemeine Regel, sondern nur als Ausnahme zu verstehen.

Die alte Judikatur des EuGH zur RL 2004/18 in Bezug auf die Eignungsleihe ist auch auf die neue Vergaberichtlinie anwendbar, da die RL 2014/24/EU, wie auch die RL 2004/18 die Möglichkeit vorsieht, dass die Bieter für die Ausführung eines Auftrags auf die Kapazitäten anderer Unternehmer zurückgreifen können, sofern die in der Richtlinie vorgesehenen Bedingungen erfüllt sind. Art 63 Abs 1 RL 2014/24 ist nach der Rechtsprechung des EuGH jedoch keineswegs eine Fortschreibung von Art 48 Abs 3 RL 2004/18, mit der dessen Tragweite klargestellt wird, sondern führt neue Bedingungen ein, die unter der Vorgängerregelung nicht vorgesehen waren.

So können Bieter nunmehr in Bezug auf die Kriterien für Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung gemäß Anhang XII Teil II Buchstabe f oder für die einschlägige berufliche Erfahrung, nur die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn diese die Arbeiten ausführen beziehungsweise die Dienstleistungen erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.

Neu hinzugekommen ist auch, dass nun öffentliche Auftraggeber vorschreiben können, dass bestimmte kritische Aufgaben direkt vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen.

Zudem ist in der neuen RL 2014/24/EU vorgesehen, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Eignungsleihe vorschreiben kann, dass der Auftragnehmer und der herangezogene dritte Unternehmer gemeinsam für die Auftragsausführung haften. Diese Regelung wurde bisher nicht im österreichischem BVergG 2018 umgesetzt.

## **8. RECHTLICHE RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN SUBUNTERNEHMEREINSATZ**

Nachdem der Begriff des Subunternehmers nun näher definiert und abgegrenzt wurde soll im Folgenden erläutert werden, welche gesetzlichen Bedingungen beim Einsatz von Subunternehmern zu beachten sind. Dabei soll auch auf die Neuerungen durch die BVergG-Novelle 2018 näher eingegangen werden.

Es stellt sich in diesem Kapitel daher die Frage welche vergabegesetzlichen Regelungen der Bieter bzw Bewerber beim Subunternehmereinsatz einhalten muss, um ein Ausscheiden seines Angebots zu verhindern.

Zuerst sollen die Rahmenbedingungen für den Subunternehmereinsatz vor Zuschlagserteilung und im Anschluss die Rahmenbedingungen nach Zuschlagserteilung erläutert werden.

### **8.1 Rahmenbedingungen des Subunternehmereinsatzes vor Zuschlagserteilung**

Die Regeln im Zusammenhang mit Subunternehmerleistungen sind in § 98 BVergG 2018 normiert. § 98 BVergG 2018 setzt insbesondere Art 63 Abs 1 und 2 sowie Art 71 Abs 2 der RL 2014/24/EU um. Die europarechtlichen Grundlagen werden im folgenden Kapitel näher

erläutert werden. Die Rechtsprechung des EuGH hat einen wesentlichen Einfluss auf gesetzlichen Einschränkungen der Subvergabe im Rahmen der Ausschreibung.

### **8.1.1 Bekanntgabe von Subunternehmern**

Grundsätzlich sind im Angebot des Bieters alle Teile des Auftrages bekannt zu geben welche durch einen Subunternehmer erbracht werden sollen. Zudem sind auch alle Subunternehmer und deren Subunternehmer bekannt zu geben, die zur Auftragserfüllung herangezogen werden sollen.<sup>404</sup> Die Bekanntgabeverpflichtung aller Subunternehmer ergibt sich unmittelbar aus § 98 Abs 2 BVergG 2018, wonach der Bieter 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 hat. Eine derartige Festlegung in der Ausschreibung ist daher nicht unbedingt erforderlich.<sup>405</sup> Weiter ist auch in § 127 Abs 1 Z 2 BVergG die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer normiert. Mit dieser Bestimmung wird Art 71 Abs 2 und 4 der RL 2014/24/EU umgesetzt. Die grundsätzliche Bekanntgabeverpflichtung von Subunternehmer des § 98 Abs 2 BVergG 2018 korrespondiert mit der Bestimmung des § 127 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 wonach im Angebot alle Subunternehmer anzugeben sind.<sup>406</sup>

Die Verpflichtung der Bekanntgabe aller Subunternehmer, welche der Bieter bzw Bewerber zur Auftragserfüllung heranzuziehen beabsichtigt, soll eine gewisse Transparenz für den Auftraggeber gewährleisten. Der Auftraggeber soll einen Überblick darüber behalten, welche Unternehmen den Auftrag erfüllen.<sup>407</sup> Durch eine bessere Kenntnis der am Auftrag beteiligter Subunternehmer soll auch die Möglichkeit zur Schwarzarbeit verhindert werden.<sup>408</sup> Zudem wird es dem Auftraggeber durch die Bekanntgabe aller Subunternehmer im Teilnahmeantrag bzw im Angebot ermöglicht die Eignung der Subunternehmer vor Zuschlagserteilung zu überprüfen.<sup>409</sup>

---

404 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 98, Rz 16.

405 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 127.

406 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 150.

407 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 98, Rz 18.

408 Oppel, BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB 2018/79, 294 (296).

409 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 127, Rz 8.

Der oder die benannten Subunternehmer müssen nicht nur zur Erbringung des Leistungsteils geeignet sein, sondern der Bieter muss auch über die Kapazitäten der im Angebot oder Teilnahmeantrag benannten Subunternehmer verfügen können. Der öffentliche Auftraggeber muss nachprüfen, ob der vom Bieter oder Bewerber namhaft gemachte Subunternehmer den angegebenen Leistungsteil erbringen kann (geeignet ist) und dieser dem Bieter mit seinen Ressourcen unbedingt zur Verfügung steht. Der Auftraggeber kann dabei entsprechende Nachweise verlangen.<sup>410</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH sind zum Nachweis der Verfügbarkeit der Ressourcen des Subunternehmers alle Beweismittel zulässig, sofern diese die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die entsprechenden Ressourcen belegen. Die entsprechende Eignung der Subunternehmer kann auch mit einer Eigenerklärung belegt werden. Die Nachweise der Eignung und der Verfügbarkeit des Subunternehmers sind dabei durch den Auftraggeber immer vom Bieter oder Bewerber und nicht vom Subunternehmer selbst zu verlangen. Es ist Aufgabe des Bieters geeignete Nachweise zu beschaffen und vorzulegen.<sup>411</sup>

Es sind sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben.<sup>412</sup> Zudem ist bekannt zu geben, für welche Leistungsteile die bekanntgemachten Subunternehmer eingesetzt werden sollen.<sup>413</sup> Es ist darauf hinzuweisen, dass erforderliche Subunternehmer jedenfalls bekannt zu geben sind. Zur Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern siehe Kapitel 6.

Gibt ein Bieter oder Bewerber einen erforderlichen Subunternehmer im Teilnahmeantrag oder Angebot nicht bekannt, führt dies zum Ausscheiden des Angebots. Bei einem nicht erforderlichen Subunternehmer führt die Nichtbekanntmachung zwar nicht zum Ausscheiden des Angebots, der Auftraggeber muss den Subunternehmer jedoch ablehnen. Ein anderer nicht erforderlicher Subunternehmer kann nur nach dem Regime des § 363 nach Zuschlagserteilung herangezogen werden.<sup>414</sup> Die Bekanntgabe der Subunternehmer, die der Bieter zur Auftragserfüllung heranzuziehen beabsichtigt, muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung erfolgt sein, da der Auftraggeber dazu verpflichtet ist die Eignung der

---

410 BVwG 25.07.2014, W187 2008561-2/16E, W187 2008585-2/18E.

411 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 150.

412 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 19.

413 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 127.

414 BVwG 16.03.2017, W134 2147309-2/31E.

Subunternehmer in Bezug auf den konkreten Leistungsteil, der durch den Subunternehmer übernommen werden soll, zu überprüfen.<sup>415</sup>

Ist in der Ausschreibung bestandsfest festgelegt worden, dass in einem zweistufigen Vergabeverfahren bereits alle Leistungsteile die beabsichtigt werden an Subunternehmer weiterzugeben, der Umfang der Subunternehmerleistung im Teilnahmeantrag bekannt zu geben und die entsprechenden Subunternehmer zu nennen sind, reicht eine nachträgliche Bekanntmachung der Subunternehmer im Angebot nicht aus. Dies unabhängig davon, ob es sich bei dem Subunternehmer um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer handelt.<sup>416</sup>

Auch wenn grundsätzlich die fehlende Nennung eines nicht erforderlichen Subunternehmers im Angebot nicht zum Ausscheiden des Angebots führt, kann in gewissen Fällen die fehlende Benennung von nicht erforderlichen Subunternehmern als unbehebbarer Mangel qualifiziert werden. Würde einem Bieter trotz anderslautender Festlegung in den Ausschreibungsbedingungen eine Mängelbehebung, durch die nachträgliche Hinzuziehung eines Subunternehmers im Angebot, obwohl Subunternehmer bereits im Teilnahmeantrag zu benennen gewesen wären, gestattet werden, würde die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert werden. In dieser Konstellation würden nicht alle Bieter nach Veröffentlichung der Bekanntmachung über denselben Zeitraum verfügen, um ihre Angebote auszuarbeiten. Der Bieter der Subunternehmer entgegen der Ausschreibung nicht bereits im Teilnahmeantrag, sondern erst im Angebot und daher zu einem deutlich späteren Zeitpunkt bekannt gibt, hätte einen deutlich längeren Zeitraum für die Planung der Art und des Umfangs jener Leistungen, deren Erbringung durch Subunternehmer beabsichtigt wird, zur Verfügung. Dies würde dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen.<sup>417</sup>

In gewissen Fällen besteht jedoch eine Ausnahme von der allgemeinen Bekanntgabeverpflichtung. Die verpflichtende Bekanntgabe der Subunternehmer kann aus sachlichen Gründen durch den öffentlichen Auftraggeber auf die Subunternehmer beschränkt werden, die wesentliche Teile des Auftrages erbringen sollen.<sup>418</sup> Welche Teile als wesentlich anzusehen sind, entscheidet der Auftraggeber aufgrund seiner subjektiven

---

<sup>415</sup> VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023.

<sup>416</sup> BVwG 12.03.2020, W139 2224102-2/33E.

<sup>417</sup> BVwG 12.03.2020, W139 2224102-2/33E.

<sup>418</sup> *Gölles in Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 17.



Einschätzung. Der öffentliche Auftraggeber muss dafür jedoch sachliche Gründe anführen können. Diese müssen nicht unbedingt in der Ausschreibung angeführt werden, es muss jedoch seitens des öffentlichen Auftraggebers eine entsprechende Dokumentation stattfinden.<sup>419</sup> Als Beispiel für einen sachlichen Grund, kann etwa die hohe Anzahl der Subunternehmer, die bekannt zu geben wären, genannt werden.<sup>420</sup> Der Bieter muss bei einer solchen Beschränkung der Bekanntgabeverpflichtung nur die wesentlichen Subunternehmer offen legen.

Außerdem ist zu beachten, dass vor allem bei Bauaufträgen bestimmte Faktoren im Vorhinein schwer planbar sind. So könnte beispielsweise bei der Errichtung von Gebäuden, wie etwa einer Schule oder eines Amtsgebäudes nicht von vornherein feststehen, welche Materialien für die Böden verwendet oder welche Sanitäreinrichtungen eingebaut werden sollen. Für solche Arbeiten bei welchen auch gerne die Entscheidung vorbehalten wird bzw ein Entscheidungsspielraum offengehalten werden soll, ist die Benennung eines bestimmten Subunternehmers im Angebot schwierig bzw nicht möglich, da dieser Subunternehmer die später gewünschten Leistungen eventuell gar nicht ausführen kann. Aus diesem Grund soll dem Auftragnehmer durch das BVergG 2018 eine Ausnahme von der Bekanntgabepflicht für alle Subunternehmer aus sachlichen Gründen gewährt werden. Der Auftraggeber muss diese Ausnahmemöglichkeit jedoch in der Ausschreibung festlegen.<sup>421</sup>

Wurde in einem zweistufigen Vergabeverfahren im Teilnahmeantrag vom Bewerber ein bestimmter prozentueller Anteil des Subunternehmers an der Leistungserbringung bekannt gegeben (zB 50%), kann dieser im Angebot nicht wesentlich (zB auf 15%) verringert werden. Dies würde eine wesentliche Angebotsänderung darstellen und käme der Einreichung eines gänzlich neuen Angebots gleich. Eine derartige Änderung wäre unzulässig und das Angebot deshalb auszuschneiden.<sup>422</sup>

Die Bekanntgabeverpflichtung steht mit der Eignungsprüfung in einem wesentlichen Zusammenhang. Der Auftraggeber muss die namhaft gemachten konkreten Subunternehmer in Bezug auf den konkreten Leistungsteil auf ihre Eignung überprüfen. Deshalb müssen ihm diese Subunternehmer bereits vor Angebotsöffnung bekannt sein.<sup>423</sup>

---

419 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

420 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

421 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 17.

422 BVwG 12.11.2018, W187 2206514-2/43E.

423 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

### 8.1.2 Gesamtweitergabe

Der Auftragnehmer kann Teile des Auftrages an Subunternehmer weitergeben, den gesamten Auftrag an einen Subunternehmer zu übertragen ist jedoch nicht zulässig. Ausgenommen davon sind Kaufverträge und die Weitergabe an verbundene Unternehmen.<sup>424</sup> Kaufverträge sind von dem Verbot der Gesamtweitergabe des Auftrages an Subunternehmer deshalb ausgenommen, da diese von Hilfsunternehmern, auf welche weniger strenge Regelungen zur Anwendung gelangen und nicht von Subunternehmern erbracht werden. Verbundene Unternehmen werden wiederum als funktionale Einheit betrachtet, weshalb sie von der Regelung des § 98 Abs 1 BVergG 2018 ausgenommen sind.<sup>425</sup>

Es ist daher grundsätzlich gestattet den gesamten Auftrag an verbundene Unternehmen zu übertragen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass die Weitergabe dem öffentlichen Auftraggeber bekannt zu geben ist und das verbundene Unternehmen die erforderliche Eignung besitzen muss.<sup>426</sup>

Verbundene Unternehmen sind nach der Definition des § 2 Z 20 „Unternehmen gemäß § 189a Z 8 des Unternehmensgesetzbuches – UGB, dRGL. S 219/1897, deren Jahresabschluss mit demjenigen des Auftraggebers, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; ferner gelten als verbundene Unternehmen im Sinne dieses Bundesgesetzes diejenigen Unternehmen, auf die der Auftraggeber, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die gemeinsam mit dem Auftraggeber, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es aufgrund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens hält oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.“ Die

---

424 BVwG 28.04.2015, W 139 2017669-2.

425 Plotz, Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 264.

426 BVwG 28.04.2015, W 139 2017669-2/69E.

(Konzern)Verbundenheit zwischen den Bietern bzw. Bewerbern und den heranzuziehenden Subunternehmern ist vom öffentlichen Auftraggeber genau zu überprüfen. Diese Ausnahmebestimmung des § 98 Abs 1 BVergG 2018 ist dabei restriktiv auszulegen.<sup>427</sup>

Liegt keine der Ausnahmeregelungen vor, kann der Auftragnehmer jedoch auch nur in engem Rahmen darin beschränkt werden, Teile des Auftrages durch Subunternehmer erbringen zu lassen.<sup>428</sup> Ein in der Ausschreibung geregeltes generelles Verbot der Bieter Leistungsteile an Subunternehmer weiterzugeben, wäre unzulässig.<sup>429</sup> Dies ist darin begründet, dass andernfalls das Recht des Auftragnehmers seine Eignung durch Subunternehmer nachweisen zu können beschränkt werden würde.<sup>430</sup> Ebenfalls unzulässig wäre es vom Auftraggeber jedoch auch, wenn er den Bietern in der Ausschreibung vorschreiben würde, wesentliche Auftragsteile selbst auszuführen. Nach Rechtsprechung des EuGH kann die Weitergabe von Teilen des Auftrages an Subunternehmer nur dann ausgeschlossen werden, wenn der Nachweis über die Verfügbarkeit nicht beigebracht werden kann.<sup>431</sup>

Durch die Regelung des § 98 Abs 1 BVergG 2018, welche inhaltlich der Vorgängerbestimmung des § 83 Abs 1 BVergG 2006 entspricht, soll verhindert werden, dass Aufträge vom Auftragnehmer faktisch an andere Unternehmen weitergegeben werden können. Dies wäre dann der Fall, wenn jede Leistungserbringung des Auftragnehmers, selbst wenn diese noch so gering oder untergeordnet ist, zum Ergebnis führen würde, dass keine Weitergabe des gesamten Auftrags iSd § 98 Abs 1 BVergG 2018 vorliegt. Grundsätzlich ist von einer Gesamtweitergabe des Auftrages an den Subunternehmer auszugehen, wenn der Bieter bzw. Bewerber in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung lediglich untergeordnete Koordinierungs- und Überwachungsfunktionen übernimmt, während sämtliche wesentlichen Leistungen von der namhaftgemachten Subunternehmerin ausgeführt werden sollen.<sup>432</sup>

Als solch eine untergeordnete Leistung wurde die Leistung eines Auftragnehmers in folgender Konstellation gewertet:

---

427 BVwG 06.03.2018, W 267 2165989-2/43E.

428 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 98, Rz 14.

429 Plotz, Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263.

430 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 98, Rz 14.

431 Plotz, Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 264.

432 BVwG 06.03.2018, W 267 2165989-2/43E.

Der Auftraggeber schrieb Winterdienstleistungen (Räumen und Streuen) auf Landstraßen aus. Dabei wurde in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass der Bieter berechtigt ist Teile des Auftrages durch Subunternehmer zu erbringen, die gesamte Weitergabe des Auftrages jedoch nicht zulässig sein soll. Für die Erbringung des Auftrages sollten drei Fahrzeuge eingesetzt werden. Wobei eines der Fahrzeuge nur bei Schneefall auf einer bestimmten Landstraße eingesetzt werden hätte sollen. Der Wert dieser Leistung wurde im Angebot des Auftragnehmers mit 98% der Gesamtleistung angegeben. Der Auftragnehmer sollte lediglich einen LKW-Aufsatz und einen Schneepflug anschaffen sowie die Geräte instandhalten. Zudem sollte der Auftragnehmer die Organisation und die Disposition des Auftrages übernehmen, der Subunternehmer hingegen die drei LKW und die dazugehörigen Fahrer bereitstellen. Die Leistungen des Auftragnehmers konnten nur abgerechnet werden, wenn das dritte Fahrzeug und weitere Gerätschaften zum Einsatz kamen. Dabei machte die Leistung des Auftraggebers lediglich 2% des Gesamtwertes der Leistung aus.<sup>433</sup>

In einer Gesamtbetrachtung wurde festgestellt, dass der Auftrag daher faktisch gänzlich durch den Subunternehmer ausgeführt wurde. Zur Auftragserfüllung waren lediglich drei mit einem Schneepflug und Salzstreugeräten ausgerüstete LKW notwendig. Die LKW sowie die dazugehörigen Fahrer wurden von dem Subunternehmer bereitgestellt. Der Auftraggeber stellte lediglich den Schneepflug und das Steuergerät für den dritten LKW zur Verfügung und war für die Wartung und Instandhaltung dieser Geräte zuständig. Die Leistungen des Auftragnehmers waren daher als Hilfsleistungen zu qualifizieren und waren nur von untergeordneter Bedeutung. Für den Fall, dass der dritte LKW nicht zum Einsatz kam, wurde die Leistung des Auftragnehmers gar nicht benötigt.<sup>434</sup>

Da die Leistungen des Auftragnehmers von so untergeordneter Bedeutung waren, wurden diese als nicht ausreichend befunden, eine Bewertung als Gesamtweitergabe des Auftrages an den Subunternehmer zu verhindern.<sup>435</sup>

Meiner Ansicht nach ist es schwierig zu beurteilen, wo genau die Grenze einer Gesamtweitergabe zu ziehen ist. Bisher wurde in der Judikatur bei einer Eigenleistung des Auftragnehmers von 20% noch von keiner Gesamtweitergabe ausgegangen. Bei lediglich untergeordneten Tätigkeiten oder ausschließlich geringfügigen Koordinierungs- oder

---

433 *Pekar*, Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Leistungen des AN ausreichen, um eine Weitergabe des gesamten Auftrages auszuschließen, ZVB 2018/125, 522, 522.

434 *Pekar*, Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Leistungen des AN ausreichen, um eine Weitergabe des gesamten Auftrages auszuschließen, ZVB 2018/125, 522, 523.

435 LVwG Vorarlberg 26.07.2018, LVwG-314-7/2018-S2.

Überwachungsleitungen des Auftragnehmers ist der Leistungsanteil an dem zu erbringenden Auftrag wohl als zu gering zu bewerten um eine Gesamtweitergabe an den Subunternehmer ausschließen zu können. Um eine Gesamtweitergabe weitgehend vermeiden zu können, wäre es für den Auftraggeber möglich kritische Leistungsteile iSd § 98 Abs 4 Z 1 BVergG 2018 in der Ausschreibung festzulegen, welche durch den Auftragnehmer selbst erbracht werden müssen. Dabei ist jedoch zu beachten, dass der Einsatz von Subunternehmern nicht unverhältnismäßig eingeschränkt werden darf. Es darf bei der Festlegung von kritischen Leistungen jedoch keinesfalls das Sachlichkeitsgebot verletzt werden. Auch den Anteil der Eigenleistung abstrakt festzulegen ist nicht zulässig. So darf der Auftraggeber beispielsweise keinen prozentuellen Leistungsanteil festlegen, der durch den Auftragnehmer selbst zu erbringen ist.<sup>436</sup>

Sinn und Zweck des Verbots der Gesamtweitergabe des Auftrages ist es einen „Auftragshandel“ zu verhindern. Anhand dieses Telos ist im Einzelfall vom Auftraggeber zu prüfen, ob die Leistung des Bieters bzw Bewerbers ausreicht, um von keiner Weitergabe des gesamten Auftrages an den Subunternehmer ausgehen zu können. Es ist dabei nicht auf eine formale Betrachtungsweise abzustellen (beispielsweise, ob bestimmte Leistungsteile als wesentlich gekennzeichnet wurden oder nicht), sondern auf die tatsächlichen Verhältnisse. Ist der Leistungsteil des Bieters bzw Bewerbers in Verhältnis zum Leistungsteil des Subunternehmers klein oder unbedeutend, liegt eine Gesamtweitergabe des Auftrages vor. Der Bieter verstößt somit gemäß § 98 Abs 1 BVergG 2018 gegen das Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer.<sup>437</sup> Das Angebot des Bieters wäre daher auszuschneiden.

### **8.1.3 Verpflichtungen zur Selbstaussführung**

Die generelle Beschränkung des Einsatzes von Subunternehmern durch den öffentlichen Auftraggeber ohne die Möglichkeit der Einzelfallprüfung ist unzulässig. Der öffentliche Auftraggeber kann jedoch in sehr eingeschränktem Rahmen die Weitergabe an Subunternehmer ausschließen.<sup>438</sup> Das Subvergabeverbot bei kritischen Aufgaben des § 98

---

<sup>436</sup> Pekar, Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Leistungen des AN ausreichen, um eine Weitergabe des gesamten Auftrages auszuschließen, ZVB 2018/125, 522, 523.

<sup>437</sup> LVwG Vorarlberg 26.07.2018, LVwG-314-7/2018-S2.

<sup>438</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 127.

Abs 4 BVergG 2018 wurde inhaltlich erst mit der BVergG-Novelle 2015 ins BVergG aufgenommen und setzt die Regelung des Art 63 Abs 2 RL 2014/24/EU um.<sup>439</sup>

Bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass bestimmte, von ihm festgelegte kritische Aufgaben vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen. Durch die BVergG-Novelle 2018 wurde für den öffentlichen Auftraggeber zudem die Möglichkeit eröffnet, im Einzelfall in der Ausschreibung den Rückgriff auf Subunternehmer zu beschränken, wenn dies durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen ist.<sup>440</sup>

Der öffentliche Auftraggeber kann daher dem Auftragnehmer vorschreiben, dass er gewisse „kritische Leistungsteile“ selbst in Eigenleistung erbringen muss und keinen Subunternehmer zur Erbringung dieses Leistungsteils heranziehen darf.<sup>441</sup> Der öffentliche Auftraggeber kann damit gewährleisten, dass ein von ihm als kritisch beurteilter und damit wichtiger Leistungsteil von einem durch ihn bewerteten Bieter und nicht durch einen sonstigen Dritten erbracht wird.<sup>442</sup> Der Ausschluss der Subvergabe bei kritischen Leistungen soll dem Auftraggeber eine direktere Einflussnahme auf diesen Leistungsteil ermöglichen.<sup>443</sup> Dabei ist keine weitere Begründung erforderlich. Kritische Aufgaben können Leistungsteile sein, für die nach Ansicht des Auftraggebers eine besondere Fachkunde oder besondere Fähigkeit des Auftragnehmers nötig ist. Auch spezifische Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung, welche nur durch die besonderen Eigenschaften oder das Know-How des Bieters oder Bewerbers gewährleistet werden kann, können eine kritische Aufgabe begründen.<sup>444</sup> Die Materialien zum BVergG 2018 nennen als Paradebeispiel für solche kritische Leistungen etwa geistige Dienstleistungen, wie beispielsweise Studien oder Untersuchungen. Weiters werden F&E Dienstleistungen und Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden, als Beispiele für kritische Leistungen angeführt.<sup>445</sup> Als Eigenleistung wird nicht nur die Leistungserbringung durch den Auftragnehmer selbst,

---

439 *Plotz*, Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 267.

440 § 98 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

441 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

442 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

443 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 35.

444 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 32.

445 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

sondern auch die Leistungserbringung durch ein mit dem Bieter verbundenes Unternehmen oder durch ein Mitglied der bietenden Arbeits- und Bietergemeinschaft angesehen.<sup>446</sup>

Alle Teile der Leistung die der Auftraggeber nach seiner subjektiven Einschätzung als „kritisch“ bewertet, müssen transparent und konkret in der Ausschreibung angegeben werden.<sup>447</sup> Als Grenze für die freie Festlegung des Auftraggebers von kritischen Aufgaben sind das allgemeine Sachlichkeitsgebot und die Rechtsprechung des EuGH zu beachten.<sup>448</sup> Der Auftraggeber darf die Subvergabe durch seine Vorgaben nicht allzu umfangreich oder ungebührlich einschränken oder gar de facto ganz ausschließen. Der Auftraggeber muss konkret die Leistung festlegen, welche er als kritisch bewertet. Eine abstrakte Festlegung der kritischen Leistungen durch den Auftraggeber ist unzulässig.<sup>449</sup> Als abstrakt wäre anzusehen, wenn der Auftraggeber beispielsweise einen bestimmten Prozentsatz der Leistung als kritisch bewertet, jedoch nicht genau anführt welcher Teil der Leistung gemeint ist.<sup>450</sup> Der Auftraggeber ist an diese Festlegung gebunden. Eine Änderung nach Zuschlagserteilung würde eine wesentliche Änderung des Vertrages gemäß § 365 BVergG 2018 darstellen.<sup>451</sup>

In Einzelfällen kann ein Selbstausführungsgebot ausnahmsweise mit einer sachlichen Begründung und in angemessener Weise zulässig sein.<sup>452</sup> § 98 Abs 4 Z 2 BVergG 2018 wurde zur Umsetzung der EuGH Rechtsprechung eingefügt, wonach es zu Fällen kommen kann, welche eine gewisse Kapazität erfordern, die durch die Erbringung kleinerer Kapazitäten nicht erlangt werden kann. In diesen Fällen soll der Auftraggeber die Möglichkeit haben zu verlangen, dass die Mindestanforderungen der Kapazität vom Bieter selbst oder von einem oder zumindest von einer begrenzten Anzahl an Subunternehmern erbracht werden soll.<sup>453</sup>

Eine Regelung in der Ausschreibung, welche die Erbringung eines wesentlichen oder überwiegenden Teils der Leistung durch den Auftragnehmer selbst vorschreiben würde, wäre unzulässig. Die Möglichkeit des Auftragnehmers seine Eignung durch einen

---

446 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

447 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 33.

448 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 128.

449 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 129.

450 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 129.

451 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 129.

452 *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018, § 98, Rz 31.

453 *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 267.

Subunternehmer nachweisen zu können, würde dadurch unverhältnismäßig eingeschränkt werden.<sup>454</sup>

Folgende Sachverhalte sollen beispielhaft für zulässige „kritische Leistungen“ angeführt werden:

Bei einer Leistung die den Erwerb, die Weiterentwicklung, die Wartung und die Instandhaltung von einer spezifischen Software umfasst, wurde in zulässiger Weise in der Ausschreibung die Installation, Konfiguration und die Parametrisierung der im Rahmen des Projektes eingesetzten Software, sowie Anpassung Wartungen und Instandhaltungen dieser Software als kritische Aufgaben festgelegt. Für diese kritischen Leistungen dürfte kein Subunternehmer herangezogen werden.<sup>455</sup>

In der Ausschreibung wurde von einem öffentlichen Auftraggeber für die Arbeiten zur Kanalisierung im Bereich von Autobahnen als kritische Leistung die „Unterirdische Wiederherstellung von Rohrleitungen“ definiert. Zur Erbringung dieser Leistung darf sich ein Bieter nur Zulieferer oder Hilfsunternehmer bedienen. Die angeführte spezifische Leistung muss vom Bieter selbst erbracht werden.<sup>456</sup>

Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung auch einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses anführen, die als kritische Leistungen festgelegt werden (zB bei einem Bauauftrag der Ausbruch, die Stützung und die Innenschalenherstellung, die Herstellung der Fahrbahnplatte oder der Betonbau). Dabei kann der Auftraggeber auch festlegen, welche der aufgezählten Tätigkeiten jedenfalls keine kritischen Leistungen darstellen, auch wenn sie in den angeführten kritischen Leistungen enthalten sind (etwa Reinigungsdienstleistungen, Bewachung der Baustelle, Druck und Kopierleistungen, Verwertung und Beseitigung von Abfällen).<sup>457</sup>

Es wäre auch möglich, dass der Auftraggeber festlegt, dass der Bieter die kritischen Leistungen nicht zur Gänze, sondern zu einem bestimmten Prozentanteil, etwa zu mehr als 50% selbst erbringen muss. Als Basis für die 50% könnte die den kritischen Leistungen zugeordnete Angebotssumme herangezogen werden. Der Bieter darf in diesem Fall nur maximal 50% der kritischen Leistungen an geeignete Subunternehmer weitergeben.

---

454 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 127.

455 BVwG 18.10.2019, W273 2223161-2.

456 VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/0022.

457 BVwG 29.08.2018, W134 2200335-2.



#### **8.1.4 Wechsel / nachträgliche Bekanntmachung eines Subunternehmers vor Zuschlagsentscheidung**

Bei einem zweistufigen Vergabeverfahren sind grundsätzlich sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer und die von den Subunternehmern zu erbringenden Leistungsteile bereits im Teilnahmeantrag bekannt zu geben. Stellt der Auftraggeber im Zuge der Eignungsprüfung fest, dass ein nicht erforderlicher Subunternehmer nicht über die geforderte Eignung verfügt, hat der Auftraggeber diesen abzulehnen und der Bieter bzw Bewerber darf diesen Subunternehmer nicht zur Leistungserbringung heranziehen. In einem solchen Fall ist es jedoch möglich, dass der Bieter bzw Bewerber einen anderen geeigneten nicht erforderlichen Subunternehmer innerhalb einer bestimmten Frist nachnennen kann. Nicht zulässig ist es hingegen, wenn der Bieter bzw Bewerber nur einige wenige Subunternehmer im Teilnahmeantrag bekannt gibt und dann erst im Angebot weitere nicht im Teilnahmeantrag namhaft gemachte Subunternehmer benennt. Dies würde dem Transparenzgebot widersprechen, da sich der Auftraggeber nicht rechtzeitig ein Bild über die Subunternehmer machen kann, welche der Bieter bzw Bewerber zur Leistungserbringungen heranzuziehen beabsichtigt. Zudem würde eine solche Vorgehensweise die Wettbewerbsstellung des Bieters bzw Bewerbers gegenüber anderen Mitbietern materiell verbessern, da dem Bieter bzw Bewerbers somit ein längerer Zeitraum zur Ausarbeitung des Angebots zur Verfügung stehen würde. Dies würde dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen.<sup>458</sup>

In einem offenen Vergabeverfahren ist eine Änderung nach Angebotsöffnung nicht zulässig. Eine solche Änderung würde auch der Austausch von benannten Subunternehmern, das Hinzuziehen anderer Subunternehmer oder die Änderung von wesentlichen Leistungsteilen für welche Subunternehmer benannt wurden, darstellen. Derartige Änderungen können nicht mehr im Zuge einer Mängelbehebung durchgeführt werden. Dies würde dem im offenen Verfahren zu beachtenden Verhandlungsverbot und Gleichbehandlungsgebot widersprechen.<sup>459</sup>

Unterlässt der Bieter bzw Bewerber die Bekanntmachung von erforderlichen Subunternehmern im Teilnahmeantrag bzw bei einem einstufigen Verfahren im Angebot,

---

<sup>458</sup> BVwG 12.03.2020, W139 2224102-2.

<sup>459</sup> Hoermandinger, Bundesvergabegesetz: Leitsatzkommentar, § 98, 710.

führt dies zum Ausscheiden des Angebots. Es ist daher nicht möglich einen erforderlichen Subunternehmer vor Zuschlagserteilung zu wechseln oder einen anderen erforderlichen Subunternehmer namhaft zu machen.<sup>460</sup>

Auch nach Zuschlagserteilung ist der Auftragnehmer grundsätzlich daran gebunden, nur die Subunternehmer zur Leistungserbringung einzusetzen, welche im Vergabeverfahren benannt wurden.<sup>461</sup> In bestimmten Fällen, können jedoch auch andere, als im Vergabeverfahren bekannt gemachte Subunternehmer nach Zuschlagserteilung herangezogen werden. Die Absicht des Auftragnehmers einen Subunternehmer zu wechseln, sowie einen anderen zusätzlichen, nicht im Angebot genannten Subunternehmer einzusetzen, ist dem Auftragnehmer schriftlich samt entsprechender Eignungsnachweise mitzuteilen.<sup>462</sup> Mit der BVergG-Novelle 2018 neu eingeführt wurde, dass der öffentliche Auftraggeber dem Wechsel eines Subunternehmers nun ausdrücklich zustimmen muss. Die Zustimmungfiktion nach Ablauf von drei Wochen ist entfallen. Der öffentliche Auftraggeber hat die Zustimmung oder Ablehnung jedenfalls unverzüglich mitzuteilen.<sup>463</sup>

Wird vom Bieter ein gleich geeigneter Subunternehmer zum Wechsel angeboten oder sprechen für den Auftraggeber sonst keine wichtigen Gründe gegen den Wechsel des Subunternehmers ist davon auszugehen, dass der Auftraggeber dem Subunternehmerwechsel zustimmen wird. Möglich wäre etwa auch, dass der Auftraggeber selbst aus wichtigen Gründen den Wechsel eines Subunternehmers anstrebt. Dies könnte dann der Fall sein, wenn dem Subunternehmer bei der Auftragserfüllung vermehrt Fehler unterlaufen. Der Wechsel eines Subunternehmers nach Zuschlagserteilung wird in Kapitel 8.2.1 näher dargestellt.

### **8.1.5 Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer und Bieter**

Eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer ist nicht per se unzulässig, da dadurch die Anzahl der Bieter erhöht wird und es somit grundsätzlich zu einer Verbesserung

---

460 BVwG 12.03.2020, W139 2224102-2.

461 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 98, Rz 38.

462 Gölles in Gölles, BVergG 2018, § 98, Rz 39.

463 Hoermandiger, Bundesvergabegesetz: Leitsatzkommentar, § 98, 710.

der Wettbewerbssituation kommt.<sup>464</sup> Nach der Rechtsprechung des EuGH darf eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer im selben Vergabeverfahren vom Auftraggeber nicht automatisch als wettbewerbswidrige Abrede beurteilt werden.<sup>465</sup> Der Bieter muss vom öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit erhalten, zu belegen, dass eine Gefahr der Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern nicht vorliegt. Der Bieter muss dabei nachweisen können, dass der Inhalt des abgegeben Angebots nicht durch eine mögliches Abhängigkeitsverhältnis beeinflusst wurde und die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind.<sup>466</sup>

Anders als die Kartellbehörde ist der öffentliche Auftraggeber nicht dazu verpflichtet, ein Angebot bezüglich seiner Kartellrechtskonformität vollständig und abschließend zu prüfen. Es ist somit keine Feinprüfung erforderlich, der öffentliche Auftraggeber kann einen gröberen Maßstab bei der Durchführung der kartellrechtlichen Prüfung der Angebote heranziehen.<sup>467</sup>

Der Wettbewerb unter Bietern darf jedenfalls durch die Mehrfachbeteiligung nicht beeinflusst werden.<sup>468</sup> Der Bieter, der eine Doppelfunktion als Bieter und Subunternehmer im selben Vergabeverfahren ausübt, darf keinesfalls in seiner Rolle als Subunternehmer auf den Angebotsinhalt eines anders Bieters Einfluss nehmen. Zudem darf ein Bieter durch seine Funktion als Subunternehmer bei einem anderen Bieter, keine Kenntnis von im Rahmen der Angebotserstellung hervorkommenden, wesentlichen Inhalten des Angebots des anderen Bieters erlangen.<sup>469</sup>

Doch nicht nur die Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer im selben Vergabeverfahren kann problematisch sein. Auch die Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers bei Angeboten mehrerer Bieter kann unter Umständen zum Ausscheiden des Angebots der Bieter führen. Kann der öffentliche Auftraggeber nachweisen, dass es durch eine Mehrfachbeteiligung eines Subunternehmers zu einem wettbewerbswidrigen, verpönten Informationsaustausch zwischen Bietern über den Subunternehmer gekommen ist, sind die Angebot der betroffenen Bieter auszuschneiden. Bloße Vermutungen des

---

464 *Hoermandiger*, Bundesvergabegesetz: Leitsatzkommentar, § 98, 710.

465 VwGH 31.01.2013, 2010/04/0070.

466 *Hoermandiger*, Bundesvergabegesetz: Leitsatzkommentar, § 98, 710.

467 VwGH 31.01.2013, 2010/04/0070.

468 VwGH 18.06.2012, 2010/04/0011.

469 BVA 02.10.2001, N- 80/01-19.

Auftraggebers einer unzulässigen Absprache oder dafür sprechende Indizien reichen jedoch dafür nicht aus.<sup>470</sup>

Auch wenn es bei zwei Bietern aufgrund gemeinsamer Subunternehmer zu Ähnlichkeiten zwischen den Angeboten kommt, liegt nicht zwangsläufig eine wettbewerbswidrige Absprache zwischen den Bietern vor. Jeder Bieter kann selbst bestimmen, welche Preisspanne er für die vom Subunternehmer angebotene Leistung dem Auftraggeber weiterverrechnen möchte. Keinesfalls darf es jedoch durch die Doppelfunktion als Bieter und Subunternehmer zu einer Wettbewerbsverzerrung kommen.<sup>471</sup>

Auch Absprachen zwischen Subunternehmern und Bietern können gegen die guten Sitten und den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßen. Sollte der Subunternehmer faktischen Einfluss auf den jeweiligen Angebotsinhalt haben wäre das Angebot auszuschneiden, da hier eine Wettbewerbsbeschränkung vorliegen würde. Eine solche Einflussnahme könnte zudem möglicherweise kartellrechtlich unzulässig sein.<sup>472</sup>

Angebote sind grundsätzlich nur bei unzulässigen Absprachen zwischen Bietern auszuschneiden. Absprachen zwischen Bietern und Subunternehmern können dann problematisch werden, wenn sie wettbewerbsbeschränkend sind oder zu einem unlauteren Wettbewerb führen. In diesem Fall ist das Vorgehen des Bieters jedoch nicht vergaberechtlich, sondern kartellrechtlich zu beurteilen.<sup>473</sup>

Verfügt ein Unternehmer aufgrund von Vorarbeiten für den Auftraggeber über Insiderwissen, welches zu einem Wettbewerbsvorteil führen kann, darf dieser von einem Bieter nicht als Subunternehmer namhaft gemacht werden.<sup>474</sup> Dies könnte etwa dann der Fall sein, wenn der Subunternehmer vor Beginn eines Vergabeverfahrens mit diversen Leistungen für das ausschreibungsgegenständliche Vorhaben betraut war. Solche Leistungen könnten zum Beispiel Vorentwürfe, Einreichpläne, Vorstatistiken, die Erarbeitung von Unterlagen für das Umweltverträglichkeitsprüfungsverfahren, Besprechungen über die Planung und Ausführung des Gesamtprojekts, Prüftätigkeiten bei der Ausführungsausschreibung oder die Erstellung von Leistungsverzeichnissen sein. Die damit durch den Subunternehmer erlangten detaillierten Kenntnisse über den Ausschreibungsgegenstand, können von den anderen Mitbewerbern nur schwer wieder

---

470 BVA 02.10.2001, N- 80/01-19.

471 BVA 02.10.2001, N- 80/01-19.

472 BVA 02.10.2001, N- 80/01-19.

473 VKS Wien 04.11.2005, VKS-2940/05.

474 BVA 03.02.2009, N/170-BVA/03/2008-30.

aufgeholt werden. Die Benennung eines solchen Subunternehmers im Angebot eines Bieters würde den Wettbewerb verfälschen und den Gleichheitsgrundsatz verletzen.<sup>475</sup>

Der Auftraggeber hat Art, Ausmaß und Wettbewerbsrelevanz der erbrachten Vorarbeiten durch den Bieter oder seinen Subunternehmer zu prüfen. Es ist bei der Art der Vorarbeiten zu beurteilen, ob diese Einfluss auf die Ausschreibungsunterlagen hatten und aufgrund ihrer Intensität eine Wettbewerbsbeeinträchtigung zur Folge haben. Nicht jede Beteiligung des Bieters bzw seines Subunternehmers an Vorarbeiten führt per se zum Ausscheiden des Angebots. Vielmehr entscheidend ist, ob der Bieter oder sein Subunternehmer spezifische Vorkenntnisse erlangen konnten die zu einem Wettbewerbsvorteil führen und welche nicht durch Maßnahmen des Auftraggebers ausgeglichen werden können. Nur in diesem Fall wäre das Angebot des Bieters auszuschneiden.<sup>476</sup>

Nach der Darstellung der Rahmenbedingung vor Zuschlagserteilung, soll nun ein kurzer Einblick zu dem Subunternehmereinsatz nach Zuschlagserteilung geboten werden.

## **8.2 Rahmenbedingungen des Subunternehmereinsatzes nach Zuschlagserteilung**

Durch die Zuschlagserteilung geht das Stadium des Vergabeverfahrens in die Ausführungsphase über. Rechtswidrigkeiten im Vergabeverfahren sind bei dem jeweils zuständigen Verwaltungsgericht geltend zu machen. Wohingegen Rechtswidrigkeiten in der Ausführungsphase vor den Zivilgerichten geltend zu machen sind.<sup>477</sup>

---

475 BVA 03.02.2009, N/170-BVA/03/2008-30.

476 VfGH 20.06.2001, B 1560/00.

477 *Oppel*, Einzelfragen und BVergG-Novelle 2015, ZVB 2016/62, 260.

### 8.2.1 Bekanntgabe von Subunternehmern nach Zuschlagserteilung

In § 363 BVergG 2018 sind die Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmer nach Zuschlagserteilung normiert. Diese Bestimmung setzt Art 71 Abs 5 der RL 2014/24/EU und Art 88 Abs 5 der RL 2014/25/EU um. Durch die Bekanntgabeverpflichtung neuer Subunternehmer nach Zuschlagserteilung soll dem Auftraggeber eine Kontrollmöglichkeit gegeben und die Transparenz im Rahmen der Auftragserfüllung erhöht werden.<sup>478</sup> Grundsätzlich ist es unzulässig, wenn der Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung „neue“ Subunternehmer zur Auftragserfüllung heranzieht. Als „neu“ werden dabei Subunternehmer angesehen, welche nicht bereits im Angebot benannt wurden und deshalb vom Auftraggeber nicht im Rahmen der Angebotsprüfung überprüft werden konnten.<sup>479</sup>

Ein Subunternehmerwechsel bzw das Hinzuziehen eines „neuen“ Subunternehmers ist jedoch dann zulässig, wenn der Auftragnehmer dem Auftraggeber bekannt gibt, dass er beabsichtigt einen Subunternehmer auszutauschen bzw einen anderen Subunternehmer heranzuziehen und der Auftraggeber diesem Wechsel bzw der neuen Heranziehung zustimmt. Der Auftraggeber ist dabei an gesetzliche Voraussetzungen gebunden. Einerseits darf er nicht generell im Vorhinein jedem beabsichtigen Wechsel bzw jeder beabsichtigten neuen Hinzuziehung eines Subunternehmers zustimmen, andererseits darf er seine Zustimmung auch nicht willkürlich verweigern.<sup>480</sup> Auf die näheren Details soll nun im Folgenden konkret eingegangen werden.

Hervorzuheben ist, dass die ältere Literatur und Rechtsprechung nur noch bedingt zur Auslegung des aktuellen Rechts herangezogen werden kann, da durch die BVergG-Novelle 2018 die Bestimmungen zur Bekanntgabe von Subunternehmern wesentlich geändert wurden.<sup>481</sup> Auch P 6.2.2 ÖNORM B2110 welcher im Bereich von Bauaufträgen bestimmt, dass der Auftraggeber ihm bekanntgegebene Subunternehmer nur aus wichtigen Gründen ablehnen darf, ist seit Inkrafttreten der BVergG-Novelle 2018 nur mehr auf private Bauaufträge anwendbar. Bei öffentlichen Bauaufträgen und bei Bauaufträgen von

---

<sup>478</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 216.

<sup>479</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 216.

<sup>480</sup> Gölles in *Staube/Aicher/Ratka/Rauter*, Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I Kap. 4, Pkt 4.4.6.1.

<sup>481</sup> *Wiesinger/Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 1.

Sektorenauftraggebern, wird diese ÖNORM-Bestimmung hingegen durch § 363 BVergG 2018 derogiert.<sup>482</sup>

§ 363 BVergG 2018 Abs 1 lautet wie folgt:

*„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 Unternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen. Der Auftraggeber hat Unternehmer, die nicht die erforderliche Eignung besitzen, abzulehnen. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall gegebenenfalls einen anderen Unternehmer bekannt zu geben. Der Einsatz dieser Unternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. 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 sechsten Satz bis zur vollständigen Vorlage der erforderlichen Unterlagen.“*

Aus dieser Norm ergibt sich bereits die Pflicht des Auftragnehmers Subunternehmer, welche er zur Auftragserfüllung heranziehen möchte, bekannt zu geben. Es ist daher nicht notwendig, dass der Auftraggeber eine solche Verpflichtung in der Ausschreibung vorgibt.

Es stellt sich nun die Frage unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber zur Bekanntgabe eines Unternehmers verpflichtet ist und unter welchen Voraussetzungen ein Subunternehmer getauscht oder ein weiterer Subunternehmer hinzugezogen werden kann?

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber nur Subunternehmer iSd § 2 Z 34 BVergG 2018 bekannt geben muss. Der Auftraggeber ist daher nicht dazu verpflichtet auch die Heranziehung von Lieferanten oder andere Hilfsunternehmer nach Zuschlagserteilung bekannt zu machen.<sup>483</sup> Zur Unterscheidung zwischen Subunternehmer und Hilfsunternehmer siehe Kapitel 5.

---

<sup>482</sup> Wiesinger/Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 363, Rz 2.

<sup>483</sup> Wiesinger/Gölles in Gölles, BVergG 2018 § 363, Rz 4.

Wurde der Subunternehmer bereits im Angebot bekannt gemacht besteht ebenfalls keine Bekanntgabeverpflichtung. Der Subunternehmer ist jedoch auch dann bekannt zu geben, selbst wenn der Auftraggeber auf eine Bekanntmachung im Angebot verzichtet hat.<sup>484</sup> Eine Bekanntgabeverpflichtung nach Zuschlagserteilung gilt auch dann, wenn der Auftraggeber in der Ausschreibung für das Angebot nur die Bekanntgabe aller wesentlichen Subunternehmer gefordert hat. Das Heranziehen oder der Wechsel eines Subunternehmers für einen nicht wesentlichen Teil des Auftrages, welcher nicht im Angebot bekannt gegeben wurde, muss daher dem Auftraggeber ebenfalls vom Auftragnehmer bekannt gegeben werden. Dem Auftraggeber soll damit auch in der Ausführungsphase vollständige Transparenz und Kontrollmöglichkeit zukommen.<sup>485</sup>

So wie auch vor Zuschlagserteilung muss der Auftraggeber auch nach Zuschlagserteilung die Subunternehmer auf ihre Eignung prüfen. Würde der Auftraggeber einen vom Auftragnehmer benannten Subunternehmer, ohne vorherige Prüfung auf dessen Eignung zustimmen, wäre dies rechtswidrig. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber daher alle dafür notwendigen Unterlagen zu übermitteln. Dabei sind die selben Unterlagen wie vor Zuschlagserteilung vorzulegen.<sup>486</sup> Zur Eignungsprüfung und der Definition des Begriffes „Eignung“ wird auf Kapitel 6. verwiesen.

Der Auftraggeber hat die Unterlagen unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Verzögerung, jedoch längstens innerhalb von 3 Wochen zu prüfen. Die Frist beginnt mit dem Einlangen der Unterlagen zu laufen. Ist dem Auftraggeber eine Überprüfung der Unterlagen nicht möglich hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer diesen Mangel mitzuteilen und den Auftragnehmer aufzufordern die noch ausstehenden Unterlagen nachzureichen. Der Auftraggeber hat dem Auftragnehmer dafür eine angemessene Frist zur Nachreichung zu setzen.<sup>487</sup> Die drei Wochen Frist zur Prüfung der Unterlagen ist in diesem Fall bis zur Nachreichung der Unterlagen durch den Auftragnehmer gehemmt.<sup>488</sup> Hat der Auftraggeber nach der dreiwöchigen Frist noch keine Entscheidung getroffen, wird die Genehmigung des Subunternehmers durch das Gesetz fingiert. Der Auftragnehmer kann den Subunternehmer, dann auch ohne ausdrückliche Zustimmung des Auftraggebers heranziehen.<sup>489</sup>

---

484 *Wiesinger/Gölles in Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 5.

485 *ErläutRV* 69 BlgNR 26 GP 217.

486 *Wiesinger/Gölles in Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 7.

487 *ErläutRV* 69 BlgNR 26 GP 217.

488 *Wiesinger/Gölles in Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 12.

489 *Wiesinger/Gölles in Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 15.



Die Zustimmung kann durch den Auftraggeber nur aus sachlichen Gründen verweigert werden. Solche Gründe könnten etwa Gründe sein die derart gravierend sind, dass sie den Auftraggeber auch zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen würden. Die Ablehnung eines Subunternehmers ist dann sachlich gerechtfertigt, wenn sie auf objektiv nachvollziehbaren Gründen basiert. Die Materialien nennen als solche sachliche Gründe etwa, wenn berechtigte Anhaltspunkte bestehen, dass es sich um einen Scheinunternehmer handelt oder Verfehlungen die noch nicht den Grad einer „schweren“ Verfehlung erreicht haben und bereits einen Ausschluss rechtfertigen würde.<sup>490</sup> Maßgeblich ist jedoch, dass der Maßstab hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung für die Ablehnung eines Subunternehmers nicht mit dem Maßstab der Eignungsprüfung vor Zuschlagserteilung ident ist. Dies bedeutet, dass ein Subunternehmer auch aus anderen als in § 78 bzw § 249 BVergG 2018 taxativ angeführten Ausschlussgründen abgelehnt werden kann.<sup>491</sup>

In jeder Ebene der Subunternehmerkette ist ein Austausch bzw die Heranziehung eines neuen Subunternehmers möglich. Jeder Subunternehmer in der Subunternehmerkette hat dabei die Pflicht einen etwaigen Wechsel oder die Heranziehung eines neuen Subunternehmers dem Auftragnehmer bekannt zu geben. Der Auftragnehmer wiederum hat dies dem Auftraggeber mitzuteilen und dessen Zustimmung einzuholen.

Doch welche Konsequenzen hat der Auftragnehmer zu erwarten, wenn der Subunternehmer nicht geeignet ist oder nicht bekannt gemacht wurde?

Eine fehlende Eignung des Subunternehmers führt dazu, dass der Subunternehmer nicht eingesetzt werden darf. Eine Auswirkung auf die Eignung des Auftragnehmers hat die negative Eignungsprüfung eines Subunternehmers jedoch nicht.<sup>492</sup> Der Auftraggeber kann eine fehlende Bekanntmachung eines Subunternehmers im Wege einer Vertragsstrafe bzw Pönale oder bzw und einer Vertragsauflösungsklausel sanktionieren. Eine derartige Sanktionierung muss jedoch vorab vertraglich geregelt werden. Ein Verstoß gegen die Bekanntgabeverpflichtung kann auch als „schwere berufliche Verfehlung“ gewertet werden. Dies könnte bei zukünftigen Vergabeverfahren zum Ausschluss des Auftragnehmers führen.<sup>493</sup>

---

490 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 217.

491 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 217.

492 *Wiesinger/Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 10.

493 ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 217.

Grundsätzlich kann der Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung Subunternehmer auswechseln oder neue Subunternehmer heranziehen. Dabei sind jedoch die genannten Voraussetzungen zu beachten. Der Auftraggeber kann einen Subunternehmerwechsel bzw. Austausch nur aufgrund einer sachlichen Rechtfertigung unterbinden.<sup>494</sup>

Zu beachten ist, dass die fehlende Bekanntmachung bzw. die Nachnominierung eines (nicht erforderlichen) Subunternehmers auch einen unbehebaren Mangel darstellen kann. Dies ist nach Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes etwa dann der Fall, wenn die Behebung des Mangels zu einer Änderung und damit materiellen Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbieter führen kann.<sup>495</sup> Eine solche materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung tritt nach Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes dann ein, wenn einzelnen Bietern durch die Mängelbehebung ein längerer Zeitraum zur Ausarbeitung des Angebots eingeräumt wird.<sup>496</sup>

Unterlässt der Bieter die Benennung der Subunternehmer fast zur Gänze und holt die vollständige Benennung erst zu einem späteren Zeitpunkt nach, kann darin auch eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gesehen werden, da dem Bieter damit mehr Zeit bzw. Flexibilität bei der Ausarbeitung des Angebots oder des Teilnahmeantrages im Hinblick auf die Planung der Art und des Umfangs jener Leistungen, deren Erbringung durch Subunternehmer beabsichtigt ist, eingeräumt wird. § 363 BVergG 2018 räumt den Bietern zwar grundsätzlich die Möglichkeit ein, einen nicht erforderlich Subunternehmer nachträglich zu wechseln oder einen neuen Subunternehmer heranzuziehen, Sinn und Zweck dieser Norm ist es jedoch nicht beliebig Subunternehmer nachbenennen zu können, sondern auf ungeplante Notwendigkeiten bei der Auftragsabwicklung reagieren zu können. Prinzipiell ist von dem Grundsatz des § 98 Abs 1 BVergG 2018 auszugehen, wonach bereits im Angebot alle Subunternehmer und die sie betreffenden Leistungen bekannt zu geben sind (nähere Ausführungen zur Bekanntgabeverpflichtung siehe Punkt 8.1.1.).<sup>497</sup>

---

494 *Wiesinger/Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 363, Rz 8.

495 VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087.

496 VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186.

497 BVwG 12.03.2020, W139 2224102-2.

### 8.3 Zusammenfassung Kapitel 8

Nach Analyse der Judikatur und Literatur lassen sich folgende wesentliche Regelungen auf die Frage, welche Rahmenbedingungen beim Subunternehmereinsatz zu beachten sind, zusammenfassen.

Der Bieter bzw Bewerber hat grundsätzlich alle Subunternehmer die er zur Auftragserfüllung heranzuziehen beabsichtigt, im Angebot bekannt zu geben. Eine derartige Festlegung in den Ausschreibungsbedingungen ist nicht erforderlich, da sich diese Bekanntgabeverpflichtung unmittelbar aus dem Bundesvergabegesetz ergibt. Es ist jedoch möglich, die Pflicht zur Bekanntgabe aller Subunternehmer, auf Subunternehmer, welche einen wesentlichen Teil des Auftrages erfüllen zu beschränken. Diese Beschränkung kann der Auftraggeber in der Ausschreibung nur aus sachlichen Gründen festlegen. Erforderliche Subunternehmer sind jedoch jedenfalls bekannt zu geben.

Der Auftragnehmer darf nicht den gesamten Auftrag durch seine Subunternehmer erbringen lassen. Es ist unzulässig, dass der Auftragnehmer nur untergeordnete oder koordinierende Tätigkeiten übernimmt. Die Möglichkeit des Auftragnehmers seine Eignung durch Subunternehmer nachweisen zu können, soll jedoch weitgehend nicht eingeschränkt werden.

Der Auftraggeber kann demgegenüber die Weitergabe des Auftrages an Subunternehmer in eingeschränktem Rahmen ausschließen. Der Auftraggeber kann dabei in den Ausschreibungsunterlagen festlegen, welche kritischen Aufgaben vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen. Diese Festlegung muss transparent und konkret sein und darf keine abstrakte Formulierung enthalten. Dem Auftraggeber soll damit garantiert werden, dass wichtige Leistungsteile von einem durch ihn bewerteten Bieter erbracht werden.

Grundsätzlich sind von den Bietern bzw Bewerbern sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer und die von den Subunternehmern zu erbringenden Leistungsteile im Angebot bekannt zu machen. Bei einem zweistufigen Vergabeverfahren sind diese bereits im Teilnahmeantrag bekannt zu geben. Eine Änderung nach Angebotsöffnung wie etwa der Austausch von benannten erforderlichen Subunternehmern, das Hinzuziehen anderer erforderlicher Subunternehmer oder die Änderung von wesentlichen Leistungsteilen für welche erforderlich Subunternehmer benannt wurden, würde eine unzulässige Angebotsänderung darstellen. Nicht erforderliche Subunternehmer können grundsätzlich vom Bieter innerhalb gewisser Fristen gewechselt werden, wenn sie

der Eignungsprüfung des Auftraggebers nicht standhalten und deshalb von diesem angelehnt werden. In einem zweistufigen Vergabeverfahren ist es hingegen nicht zulässig, wenn der Bieter bzw Bewerber nur einige wenige Subunternehmer im Teilnahmeantrag bekannt gibt und dann erst im Angebot etliche weitere Subunternehmer benennt und so sein Angebot konkretisiert. Der Bieter hätte bei einer solchen Vorgehensweise länger Zeit sein Angebot auszugestalten und es würde daher zu einer Ungleichbehandlung der Bieter kommen.

Eine Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer ist unter gewissen Voraussetzungen zulässig, da dadurch die Anzahl der Bieter erhöht wird und es somit grundsätzlich zu einer Verbesserung der Wettbewerbssituation kommt. Der Bieter muss gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber nachweisen können, dass es durch die Mehrfachbeteiligung als Bieter und Subunternehmer zu keiner Beeinflussung des Wettbewerbs unter Bietern kommt. Ein Bieter darf aufgrund seiner Doppelfunktion als Bieter und Subunternehmer im selben Vergabeverfahren keinesfalls in seiner Funktion als Subunternehmer auf den Angebotsinhalt eines anders Bieters Einfluss nehmen oder Kenntnis von im Rahmen der Angebotserstellung hervorkommenden, wesentlichen Inhalten des Angebots des anderen Bieters erlangen.

Ein Subunternehmer der aufgrund von Vorarbeiten für den Auftraggeber über Insiderwissen bzw über detaillierte Kenntnisse über den Ausschreibungsgegenstand verfügt, darf vom Bieter nicht herangezogen werden, da dieser Informationsvorsprung von anderen Mitbewerbern nur schwer wieder aufgeholt werden kann und dem Bieter dadurch ein Wettbewerbsvorteil erwachsen würde. Die Benennung eines solchen Subunternehmers im Angebot eines Bieters würde den Wettbewerb verfälschen und den Gleichheitsgrundsatz verletzen.

Nach Zuschlagserteilung kann der Auftragnehmer einen Subunternehmer nur austauschen bzw einen anderen noch nicht benannten Subunternehmer heranziehen, wenn der Auftragnehmer dies dem Auftraggeber mitteilt und der Auftraggeber dem Wechsel ausdrücklich zustimmt. Der Auftraggeber hat den nachnominierten Subunternehmer wie vor Zuschlagserteilung einer Eignungsprüfung zu unterziehen.

Die oben angeführten Rahmenbedingungen für den Subunternehmereinsatz sind für den Bieter von wesentlicher Bedeutung um ein Ausscheiden des Angebots zu verhindern.

Nach Darstellung der österreichischen Regelungen in Bezug auf den Subunternehmereinsatz im Vergaberecht soll im Folgenden auf die europarechtlichen Bestimmungen näher eingegangen werden:

## **9. EUROPARECHTLICHE GRUNDLAGEN UND RAHMENBEDINGUNGEN FÜR DEN SUBUNTERNEHMEREINSATZ**

Der europäische Gesetzgeber hat durch Erlassung der Vergaberichtlinie 2014 (RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG) maßgebliche Vorgaben für die österreichische Gesetzgebung geschaffen. Mit der BVergG-Novelle 2018 wurde die Vergaberichtlinie 2014 schließlich größtenteils umgesetzt. Da die Vergaberichtlinie somit richtungsweisend für die österreichische Gesetzgebung ist, soll diese in diesem Kapitel näher erläutert und die maßgeblichen Bestimmungen in Bezug auf den Subunternehmereinsatz herausgearbeitet werden.

Auch die Rechtsprechung des EuGH hat maßgeblichen Einfluss auf das österreichische Vergaberecht und soll daher in diesem Kapitel analysiert werden.

### **9.1 Eignung**

#### **9.1.1 Wegfall der Eignung zwischen der Angebotsabgabe und der Zuschlagsentscheidung**

Der EuGH hat sich im Fall RS *Casertana Construzioni* mit der Frage beschäftigt, ob der nachträgliche Wegfall der Eignung eines erforderlichen Subunternehmers eine Änderung des Angebots darstellt und damit zum Ausscheiden des Bieters führt.<sup>498</sup>

---

<sup>498</sup> EuGH 14.09.2017, C-223/16 (Casertana Construzioni) Rz 39.

Festgestellt wurde, dass der Verlust der notwendigen Qualifikation eines erforderlichen Subunternehmers eine wesentliche Änderung des Angebots darstellt. Der öffentliche Auftraggeber müsste bei Wegfall der Eignung eines erforderlichen Subunternehmers und Heranziehung eines neuen Subunternehmers das Angebot neu prüfen und dem Bieter würde die Möglichkeit geboten werden das Angebot zu adaptieren. Der Bieter hätte damit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber seinen Mitbewerbern. Nach Rechtsprechung des EuGH darf ein Angebot nachträglich nicht in wesentlichen Punkten geändert werden, da dies gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung und Transparenz verstoßen würde.<sup>499</sup>

Nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung müssen alle Bieter bei Erstellung der Angebote die gleichen Chancen haben und die Angebote somit auch den selben Bedingungen unterliegen. Das Transparentgebot wiederum soll dafür sorgen, dass eine Günstlingswirtschaft oder willkürliche Entscheidungen des Auftraggebers vermieden werden. Dazu müssen die Bedingungen des Vergabeverfahrens in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen klar, genau und eindeutig formuliert sein. Alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sollen bei Anwendung der üblichen Sorgfalt ihre genaue Bedeutung verstehen und sie in gleicher Weise auslegen können. Dem Auftraggeber soll es dadurch ermöglicht werden zu überprüfen, ob die Angebote der Bieter, die für den betreffenden Auftrag geltenden Kriterien erfüllen.<sup>500</sup>

Zudem ist darauf hinzuweisen, dass nach Rechtsprechung des EuGH das Transparenzgebot Verhandlungen zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bewerber bzw Bieter entgegensteht. Ein eingereichtes Angebot kann daher grundsätzlich weder von Seiten des öffentlichen Auftraggebers noch von Seiten des Bieters geändert werden. Der öffentliche Auftraggeber darf daher keine Erläuterungen verlangen, wenn er das Angebot für zu ungenau oder nicht den vorgegebenen technischen Bedingungen entsprechend erachtet.<sup>501</sup>

Vom EuGH wurde allerdings auch klargestellt, dass Angebote in einzelnen Punkten berichtigt oder ergänzt werden können, wenn dies zur offensichtlich gebotenen bloßen Klarstellung oder zur Behebung offensichtlicher sachlicher Fehler dient.<sup>502</sup>

---

499 EuGH 14.09.2017, C-223/16 (Casertana Construzioni) Rz 39.

500 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz) Rz. 61.

501 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz) Rz. 62.

502 EuGH 07.04.2016, C-324/14 (Partner Apelski Dariusz) Rz 63; EuGH 04.5.2017, C-387/14 (Esaprojekt) Rz 38.

Wäre es dem Bieter möglich einen Subunternehmer der nach Angebotsabgabe die erforderlichen Qualifikationen verliert zu ersetzen, würde dies dem Grundsatz der Gleichbehandlung widersprechen, da die Bieter dann nicht mehr den gleichen Bedingungen unterworfen wären und nicht mehr die selben Chancen hätten.<sup>503</sup>

Meiner Ansicht nach ist aus Gründen eines effektiven Wettbewerbs diese Entscheidung des EuGH zutreffend, da Bietern sonst die Möglichkeit eröffnet würde nachträglich erforderliche Subunternehmer auszutauschen und damit das Angebot für den öffentlichen Auftraggeber nicht mehr verbindlich und transparent wäre und gegenüber den Mitbewerbern eine Besserstellung erzielt werden könnte.

Im österreichischem Recht findet sich eine entsprechende Regelung in § 79 BVergG 2018 wonach die Zeitpunkte bestimmt werden zu welchen spätestens die geforderte Eignung vorliegen muss. Aus dem telos dieser Bestimmung ergibt sich, dass die Eignung ab diesem Zeitpunkt bis zur Zuschlagsentscheidung durchgehend bestehen muss. Nach dem Wortlaut bezieht sich diese Regelung zwar nur auf den Bieter selbst, erfasst jedoch auch jeden Subunternehmer der zur Erfüllung der Eignungsanforderungen herangezogen wird.

## **9.2 Wechsel eines Subunternehmers nach Zuschlagserteilung**

Wesentliche Leitlinien in Bezug auf den Wechsel bzw die Heranziehung eines neuen Subunternehmers nach Zuschlagerteilung ergeben sich aus der Entscheidung des EuGH vom 3.10.2019, C-267/18 Delta. Der EuGH hatte sich dabei mit folgendem Sachverhalt zu beschäftigen:

Die Gemeinde Râmnicu Vâlcea (Rumänien) (im Folgenden: Gemeinde) vergab im Jahr 2014 an eine Bietergemeinschaft unter der Leitung von Delta einen Bauauftrag zur Sanierung und Modernisierung einer Freizeiteinrichtung. Im Jahr 2017 wurde dieser Auftrag durch die Gemeinde beendet, weil sie der Ansicht war, dass die Bietergemeinschaft ohne Zustimmung der Gemeinde einen Subunternehmer herangezogen habe. Einen Monat später schrieb CNAIR ein offenes Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge über Bauleistungen zur Erweiterung einer Nationalstraße aus. Die Bietergemeinschaft Delta gab in diesem

---

503 EuGH 14.09.2017, C-223/16 (Casertana Construzioni) Rz 39.

Vergabeverfahren ein Angebot ab. Die CNAIR entschied nach Erläuterungen der Gemeinde, als auch der Bietergemeinschaft, dass die Bietergemeinschaft einen Ausschlussgrund gesetzt habe, da sie in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung angegeben habe, dass in Bezug auf sie kein Ausschlussgrund wegen einer schweren Verfehlung im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit vorliege und dass sie sich nicht in einer Situation befinde, in der ein früherer Auftrag vorzeitig beendet worden sei oder ihr Schadensersatz oder andere vergleichbare Sanktionen im Zusammenhang mit einem früheren Auftrag auferlegt worden seien und dies nicht vorliege. Die CNAIR schloss das Angebot der Bietergemeinschaft deshalb mit Entscheidung von Ende 2017 aus.<sup>504</sup>

Aufgrund eines darauffolgenden Rechtstreites hatte sich der EuGH mit der Frage zu beschäftigen, ob Art 57 Abs 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 dahin auszulegen ist, dass die vorzeitige Beendigung eines öffentlichen Auftrags mit der Begründung, dass ein Teil der Arbeiten ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers an einen Unterauftragnehmer vergeben worden sein soll, einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags darstellt, der zum Ausschluss eines Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren führt.<sup>505</sup>

Der EuGH führte dazu aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber den Sachverhalt selbst zu prüfen hat und nicht an die Beurteilung eines anderen öffentlichen Auftraggebers gebunden ist. Bei der Anwendung der fakultativen Ausschlussgründe komme insbesondere der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu tragen. Der Wortlaut von Art 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 ergebe, dass die Unregelmäßigkeit, die der Bieter begangen hat, schwerwiegend genug gewesen sein muss, um die vorzeitige Beendigung des Auftrags unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit zu rechtfertigen. Der öffentliche Auftraggeber muss selbst unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sorgfältig und unparteiisch prüfen, ob der Auftrag aufgrund eines erheblichen oder dauerhaften Mangels der das Vertrauensverhältnis zerstört, vorzeitig beendet wurde. Die CNAIR hatte zu klären, ob die Heranziehung eines Subunternehmers ohne die Zustimmung der Gemeinde einen erheblichen Mangel darstellt und dieser Mangel die Erfüllung einer wesentlichen

---

<sup>504</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 9ff.

<sup>505</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 23ff.



Anforderung des Auftrages beeinträchtigte und somit einen negativen Einfluss auf die Ausführung des Auftrages hatte.<sup>506</sup>

Weiters war nach Ansicht des EuGH durch die CNAIR zu prüfen, ob eine Verpflichtung zur persönlichen Ausführung durch den Zuschlagsempfänger selbst vorgesehen war oder, ob darin der Einsatz eines Subunternehmers von der Einholung einer vorherigen Zustimmung der Gemeinde abhängig gemacht wurde. Nach Art 71 Abs 2 der Richtlinie 2014/24 seien solche Anforderungen zulässig. Der öffentliche Auftraggeber kann nur anhand dieser Information bewerten, ob der Unterauftragnehmer zuverlässig ist. Die Verpflichtung zur vorherigen Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers, soll diesem die Möglichkeit geben zu überprüfen, ob der Zuschlagsempfänger einen Subunternehmer einsetzen möchte, für den ein Ausschlussgrund vorliegt.<sup>507</sup>

Zudem hätte durch CNAIR geprüft werden müssen, ob es durch den Einsatz des Subunternehmers zu einer wesentlichen Änderung des Angebots gekommen ist, welche die Zulassung anderer Bieter oder die Annahme anderer Angebote im ursprünglichen Vergabeverfahren ermöglicht hätte oder ob ein unter Art 57 Abs. 4 Buchst. h der Richtlinie 2014/24 fallendes Verhalten verwirklicht worden ist.<sup>508</sup>

Die Bietergemeinschaft hätte wiederum nach den Grundsätzen der Transparenz und Loyalität CNAIR über die vorzeitige Beendigung des vorhergehenden Auftrages informieren und belegen müssen, dass die Verpflichtungen des Auftrages nicht verletzt worden seien oder die unterlassene Einholung der Zustimmung des Auftraggebers nur eine geringfügige Unregelmäßigkeit darstelle. Dies hätte insbesondere im Zuge der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung erfolgen müssen.<sup>509</sup>

CNAIR hätte die Bietergemeinschaft auch nicht ohne weiteres ausschließen dürfen, sondern hätte dieser die Möglichkeit geben müssen nachzuweisen, dass die von ihr getroffenen Maßnahmen ausreichen, um die Wiederholung der Unregelmäßigkeit, die zur vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags geführt hat, zu vermeiden, und dass sie daher trotz des Vorliegens eines einschlägigen fakultativen Ausschlussgrundes ihre Zuverlässigkeit belegen könne.<sup>510</sup>

---

<sup>506</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 27ff.

<sup>507</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 32.

<sup>508</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 33ff.

<sup>509</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 36.

<sup>510</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 37.

Der EuGH kam nach den obigen Ausführungen zu dem Schluss, dass Art 57 Abs. 4 Buchst. g der Richtlinie 2014/24 dahingehend auszulegen ist, dass die vorzeitige Beendigung eines früheren öffentlichen Auftrages, aufgrund der Vergabe eines Teils der Arbeiten an einen Subunternehmer ohne die Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers, dann einen erheblichen oder dauerhaften Mangel darstellt, der den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren rechtfertigt, wenn der, dieses spätere Vergabeverfahren organisierende öffentliche Auftraggeber, nachdem er selbst die Integrität und Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers bewertet hat, der Auffassung ist, dass eine solche Subvergabe das Vertrauensverhältnis zu diesem Wirtschaftsteilnehmer zerstört. Darüber hinaus muss der öffentliche Auftraggeber dem Wirtschaftsteilnehmer jedoch gemäß Art. 57 Abs 6 in Verbindung mit dem 102. Erwägungsgrund der genannten Richtlinie die Möglichkeit geben, die Abhilfemaßnahmen zu benennen, die er infolge der vorzeitigen Beendigung des früheren öffentlichen Auftrags ergriffen hat.<sup>511</sup>

Zusammenfassend stellt der EuGH mit seinen Ausführungen klar, dass die Vergabe eines Subauftrags nach Zuschlagserteilung ohne die erforderliche Zustimmung des öffentlichen AG, die zu einer vorzeitigen Vertragsbeendigung führte, unter Art 57 Abs 4 RL 2014/24/EU fallen kann. Für das österreichische Recht bedeutet dies, dass in einer solchen Konstellation ein Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 9 BVergG 2018 verwirklicht sein könnte. Der öffentliche Auftraggeber darf nicht die Gründe eines früheren öffentlichen Auftraggebers zum Ausschluss des Angebotes heranziehen, sondern muss die Bewertung der Zuverlässigkeit selbst vornehmen. Dabei hat der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit zur Aufklärung bzw Selbstreinigung zu geben.

Die dargestellte Entscheidung des EuGH betrifft mehrere Bestimmungen des BVergG 2018 und zwar § 20 Abs 1, § 78 Abs 1 Z 9 und Z 10, § 80 Abs 2 und 3, § 83 Abs 1 bis 3 und § 363 Abs 1. Es soll daher im Folgenden dargestellt werden, wie sich diese Entscheidung des EuGH auf das österreichische Bundesvergabegesetz ausgewirkt hat.

In Hinblick auf die in § 78 Abs 1 Z 9 und Z 10 BVergG 2018 normierten Ausschlussgründe ergibt sich aus der Entscheidung des EuGH, dass ein erheblicher Mangel iSv § 78 Abs 1 Z 9 BVergG 2018 vorliegen kann, wenn der Wechsel oder die Heranziehung eines neuen Subunternehmers nach Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe an den öffentlichen

---

<sup>511</sup> EuGH 03.10.2019, C-267/18 (Delta), Rz 38.

Auftraggeber erfolgt. Ein öffentlicher Auftraggeber darf sich dabei nicht auf die Beurteilung eines anderen öffentlichen Auftraggebers in Bezug auf das Vorliegen eines derartigen Mangels verlassen, sondern muss selbst prüfen und beurteilen, ob durch den Verstoß gegen die Bekanntgabepflicht eines Subunternehmers, ein Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 9 BVergG 2018 gesetzt wurde.<sup>512</sup>

Der öffentliche Auftraggeber hat sorgfältig und unparteiisch zu beurteilen, ob ein Verstoß gegen die Vertragsbestimmungen einen erheblichen Mangel darstellt, der die Erfüllung einer wesentlichen Anforderung beeinträchtigt und das Vertrauensverhältnis zerstören kann. Der Verstoß gegen die Vertragsbestimmungen muss dabei so gravierend sein um unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit eine vorzeitige Beendigung des Auftrages zu rechtfertigen.<sup>513</sup> Der öffentliche Auftraggeber hat unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit iSd § 20 Abs 1 BVergG 2018 zu bewerten, ob das Angebot eines Bieters, aufgrund dessen Verhaltens bei der Ausführung eines früheren Auftrages von einem anderen öffentlichen Auftraggeber, auszuschneiden ist.<sup>514</sup>

Liegt ein derartiger Verstoß gegen § 363 Abs 1 BVergG 2018 vor, bzw wird ein solcher von einem anderen öffentlichen Auftraggeber behauptet, darf der Bieter aufgrund des Transparenzgebotes iSd § 20 Abs 1 BVergG 2018 dies nicht in den Eignungsnachweisen verschweigen, bzw muss dies in der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung anführen. Andernfalls könnte ein Ausschlussgrund nach § 78 Abs 1 Z 10 verwirklicht sein. Die Einheitliche Europäische Eigenerklärung gemäß § 80 Abs 2 BVergG 2018 ist nach den Ausführungen des EuGH mangelhaft, wenn ein Bieter eine vorzeitige Vertragsbeendigung mit einem anderen Auftraggeber nicht bekannt gibt.<sup>515</sup> Vom Bieter sind alle Informationen vorzulegen, die erkennen lassen, dass kein Verstoß gegen Vertragsbestimmungen gegeben war bzw nur eine geringfügige Unregelmäßigkeit vorlag. Die Klarstellung kann im Formular der Einheitlichen Europäischen Eigenerklärung in Teil III ("Ausschlussgründe"), Abschnitt C ("Gründe im Zusammenhang mit Insolvenz, Interessenkonflikten oder beruflichem

---

512 *Gölles*, Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17 87 (90).

513 *Gölles*, Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17 87 (90).

514 *Gölles*, Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17 87 (90).

515 *Gölles*, Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17 87 (90).

Fehlverhalten") erfolgen. Dort müssen die Bieter unter anderem zu allfälligen schweren Verfehlungen in der Vergangenheit Stellung nehmen.<sup>516</sup>

Liegt ein Ausschlussgrund gemäß § 78 Abs 1 Z 9 BVergG 2018 vor, hat der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit zu geben zu belegen, dass er trotz des Vorliegens eines Ausschlussgrundes zuverlässig ist. Der Bieter kann aber auch nachweisen, dass er konkrete technische, organisatorische, personelle oder sonstige Maßnahmen getroffen hat, um das nochmalige Begehen der Verfehlung zu verhindern und daher seine Zuverlässigkeit vorliegt. Der Bieter hat daher eine Chance auf „Selbstreinigung“ gemäß § 83 Abs 1 bis 3 BVergG 2018.<sup>517</sup>

Der EuGH hat mit dieser Entscheidung klargestellt, dass eine Verletzung der Bekanntgabeverpflichtung eines Wechsels oder die Heranziehung eines „neuen“ Subunternehmer gemäß § 363 Abs 1 BVergG 2018 keinen kleinen Verstoß des Auftragnehmers, sondern einen erheblichen Mangel darstellt, der zum Ausschluss führen kann, wenn es dem Bieter nicht gelingt eine „Selbstreinigung“ durchzuführen.

In einer weiteren Entscheidung des EuGH vom 03.06.2021, C-210/20, Rad Service hatte sich dieser mit der Frage auseinanderzusetzen, ob im Fall von unwahren Erklärungen des Subunternehmers zum Vorliegen rechtskräftiger strafrechtlicher Verurteilungen, der öffentliche Auftraggeber den Bieter immer auszuschließen hat ohne ihm den Austausch gegen einen anderen geeigneten Hilfsunternehmer zu gestatten.

Der EuGH hält dabei fest, dass nach Art 63 Abs 1 Unterabs 2 Satz 3 der Richtlinie 2014/24 der öffentliche Auftraggeber, den Bieter bei Vorliegen nicht zwingender Ausschlussgründe beim Subunternehmer, vorschreiben kann, den Subunternehmer zu ersetzen. Aus dieser Bestimmung ergibt sich, dass den Mitgliedstaaten die Wahlmöglichkeit gelassen wird, ob sie den öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichten oder ihm selbst die Wahl lassen in so einem Fall die Ersetzung des Subunternehmers zu verlangen. Dem öffentlichen Auftraggeber darf aber nicht untersagt werden von sich aus eine Ersetzung des Subunternehmers zu verlangen.<sup>518</sup>

---

<sup>516</sup> Göllers, Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17 87 (91).

<sup>517</sup> Göllers, Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17 87 (90).

<sup>518</sup> EuGH 03.06.2021, C-210/20 (Rad Service), Rz 33.

Bevor die Ersetzung eines Subunternehmers verlangt werden kann, muss der öffentliche Auftraggeber dem Bieter bzw dem Subunternehmer die Möglichkeit geben Abhilfemaßnahmen zu präsentieren die ergriffen wurden um die festgestellten Unregelmäßigkeiten zu beheben. Nur wenn der Bieter bzw Subunternehmer keine Maßnahmen getroffen hat oder diese vom öffentlichen Auftraggeber als unzureichend erachtet wurden, kann der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Subunternehmers durch den Bieter verlangen.<sup>519</sup> Aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes darf dem Bieter dadurch aber nicht ermöglicht werden ein neues, gegenüber dem ursprünglichen wesentlich geändertes, Angebot einzureichen.<sup>520</sup>

Der EuGH lässt in seiner Entscheidung jedoch offen, unter welchen Umständen durch die Ersetzung eines eignungsrelevanten Subunternehmers von einer wesentlichen Angebotsänderung auszugehen ist.

### **9.3 Beschränkung des Subunternehmereinsatzes**

Es stellt sich für den Auftragnehmer bei der Weitergabe von Teiles des Auftrages an Subunternehmer immer die Frage in welchem Umfang die Weitergabe erfolgen darf. Klar aus der Vergaberichtlinie 2014 ergibt sich lediglich, dass nicht der gesamte Auftrag an Subunternehmer vergeben werden darf. Wie hoch der Prozentanteil sein soll der vom Auftragnehmer selbst erbracht und daher nicht an Subunternehmer weiter vergeben werden darf, ist in der Vergaberichtlinie 2014 nicht normiert. Die Vergaberichtlinie regelt in Art 71 Abs 2, dass der öffentliche Auftraggeber in den Auftragsunterlagen den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden kann, den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Anteil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.<sup>521</sup>

Im italienischen Recht wurde diese Regelung so umgesetzt, dass gesetzlich festgelegt wurde, dass ein Subunternehmer nicht mehr als insgesamt 30% der ausgeschriebenen Leistung

---

<sup>519</sup> EuGH 03.06.2021, C-210/20 (Rad Service), Rz 35f.

<sup>520</sup> EuGH 03.06.2021, C-210/20 (Rad Service), Rz 44.

<sup>521</sup> EuGH 27.11.2019, C-402/18.

erbringen durfte. Diese italienische Regelung verbot somit allgemein und abstrakt den Einsatz von Subunternehmern für einen Anteil, der über einen festen Prozentsatz (30%) des Betrags des betreffenden öffentlichen Auftrags hinausging. Dieses Verbot galt somit unabhängig davon welchen Wirtschaftsbereich der Auftrag betraf, um welche Art von Arbeiten es sich handelte und wer die Subunternehmer waren. Es war dem Auftraggeber daher nicht möglich im Einzelfall die Identität und Leistungsfähigkeit der Subunternehmer zu prüfen und zu entscheiden, ob eine Beschränkung des Einsatzes von Subunternehmer auf 30% des Auftrages überhaupt erforderlich ist. Der Großteil der Arbeiten, Lieferungen oder Dienstleistungen mussten, wenn der Bieter ein Ausscheiden verhindern wollte, daher vom Bieter selbst erbracht werden.<sup>522</sup>

Der EuGH entschied in diesem Fall, dass es Ziel der Vergaberichtlinie sei einen umfassenden Wettbewerb zu gewährleisten. Kleinen und mittleren Unternehmen solle der Zugang zu öffentlichen Aufträgen erleichtert werden. Die anzuwendende abstrakte, auf einen bestimmten Prozentsatz festgelegte italienische Norm, die die Weitergabe von Leistungen auf einen Subunternehmer unabhängig davon beschränkt, ob dieser die dafür notwendige Leistungsfähigkeit hat oder es sich um wesentliche Teile des Auftrages handelt, widerspreche diesen Zielen. Folglich entschied der EuGH, dass diese italienische Regelung mit der RL 2014/24/EU unvereinbar ist.<sup>523</sup>

Auch schon aus der vorausgehenden Richtlinie 2004/18 leitete der EuGH ein weitgehendes Verbot der Beschränkung der Subvergabe ab.

Der EuGH hatte sich in der Entscheidung vom 17.11.2015, C-406/14 Wroclaw mit Ausschreibungsunterlagen in einem nichtoffenen Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Bauauftrages im OSB zu befassen, welche folgende Bestimmung enthielt:

*„Der Auftragnehmer ist verpflichtet, mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen.“*

Es stellte sich die Frage, ob es zulässig sei, dass ein Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen eines öffentlichen Auftrags festlegt, dass der Auftragnehmer

---

<sup>522</sup> EuGH 27.11.2019, C-402/18.

<sup>523</sup> EuGH 27.11.2019, C-402/18.

mindestens 25 % der von dem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat.<sup>524</sup>

Nach Art 48 Abs. 3 RL 2004/18, welcher im Wesentlichen Art 63 der RL 2014/24/EU entspricht, können Bieter zur Ausführung eines Auftrags grundsätzlich unbegrenzt Subunternehmer heranziehen. Die Bieter müssen dabei nachweisen, dass die Kapazitäten der Subunternehmer genügen, um den vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit zu entsprechen. Die Bieter müssen zudem belegen, dass sie tatsächlich über die für die Ausführung des Auftrags erforderlichen Ressourcen – die nicht ihre eigenen sind – verfügen, sollte der Auftrag an sie vergeben werden.<sup>525</sup>

Aus Art 25 Abs 1 der Richtlinie 2004/18 leitete der EuGH zwar ab, dass der öffentliche Auftraggeber den Rückgriff auf Subunternehmer für die Ausführung wesentlicher Teile des Auftrages untersagen kann, wenn er deren Leistungsfähigkeit bei der Prüfung der Angebote und der Auswahl des Auftraggebers nicht prüfen konnte. Daraus könne nach Ansicht des EuGH jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass der Auftraggeber für einen abstrakt auf einen bestimmten Prozentsatz festgelegten Teil des Auftrags den Rückgriff auf Subunternehmer untersagen könne, unabhängig davon, ob eine Prüfung der Kapazitäten etwaiger Subunternehmer möglich ist oder Angaben zum wesentlichen Charakter der betroffenen Aufgaben gemacht wurden.<sup>526</sup>

Der EuGH entschied daher, dass eine Klausel welche vorschreibt, dass der künftige Auftragnehmer einen bestimmten Prozentsatz der von diesem Auftrag umfassten Arbeiten mit eigenen Mitteln zu erbringen hat, nicht zulässig ist.<sup>527</sup>

Aus dieser Entscheidung des EuGH kann daher abgeleitet werden, dass die Ausschreibungsunterlagen nicht lediglich einen Prozentsatz des Auftragswertes angeben dürfen der durch den Auftraggeber erbracht werden soll, ohne zu definieren welche Aufgaben konkret durch den Auftraggeber selbst erbracht werden sollen und weshalb.

Nach Art 63 Abs 2 der Vergaberichtlinie 2014/24 ist es dem Auftraggeber hingegen schon möglich bestimmte kritische Aufgaben vom Bieter selbst erbringen zu lassen. Der

---

524 EuGH 17.11.2015, C-406/14 (Wrocław).

525 *Salamun*, Beschränkung der Subvergabe mittels Prozentsatz des Auftragswerts, ZVB 2016/74, 310 (316).

526 EuGH 17.11.2015, C-406/14 (Schlussantrag) Wrocław, Rn 35.

527 EuGH 17.11.2015, C-406/14 (Schlussantrag) Wrocław, Rn 37.

Auftraggeber muss sich hier jedoch auf genau definierte Aufgaben beziehen und kann nicht lediglich einen Prozentsatz festlegen. Diese Bestimmung der Vergaberichtlinie findet sich in § 98 Abs 4 Z 1 BVergG 2018 wieder und wurde fast wortgleich umgesetzt. Durch diese Bestimmung soll dem Auftraggeber wie schon in Kapitel 8.1.3 näher dargestellt die Möglichkeit gegeben werden, Teile des Auftrages, die nach Ansicht des Auftraggebers besondere Fachkunde oder Fähigkeiten erfordern und die Qualität der Leistung durch die Eigenschaft des Leistungserbringers bedingt ist, tatsächlich von jenen Personen ausgeführt werden, die vom Auftraggeber geprüft wurden. Der Auftraggeber soll einen direkten Einfluss auf die Erbringung der kritischen Aufgaben erhalten. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass eine allfällige Beschränkung der Subvergabe in den Ausschreibungsunterlagen nicht durch die Festlegung eines Prozentsatzes des Auftragswertes erfolgen kann. Vielmehr müssen bestimmte kritische Aufgaben definiert werden, welche nur vom Auftragnehmer erbracht werden können. Die Beschränkung muss dabei jedenfalls sachliche Gründe haben.

Der EuGH hat eine ähnlich gelagerte Folgeentscheidung getroffen, die nun näher dargestellt werden soll:

In der Entscheidung des EuGH vom 25.09.2019, Vitali SpA, C-63/18, wurde ein Verfahren zur Vergabe der Arbeiten für die Erweiterung der fünften Fahrspur der italienischen Autobahn A8 eingeleitet. In den italienischen gesetzlichen Bestimmungen war festgelegt, dass die Vergabe an Subunternehmer den Wert von 30% des Gesamtbetrags des Bau-, Liefer- und Dienstleistungsauftrags nicht überschreiten dürfe. Das Unternehmen Vitali SpA, dass am Vergabeverfahren als Bieter beteiligt war, wurde vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, da die für die Vergabe von Subaufträgen vorgegebene Grenze von 30% überschritten worden sei. In dem darauffolgenden Rechtsstreit legte das zuständige Gericht folgende Frage an den EuGH in einem Vorabentscheidungsverfahren vor:

*„Stehen die Grundsätze der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs, die in den Art 49 und 56 AEUV verankert sind, sowie Art 71 der Richtlinie 2014/24, der für die Vergabe von Unteraufträgen keine quantitativen Beschränkungen vorsieht, und der unionsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Anwendung einer nationalen Regelung über die öffentliche Auftragsvergabe wie der italienischen in Art 105 Abs 2 Satz 3 des Decreto legislativo Nr 50/2016 entgegen, nach der die Vergabe von Unteraufträgen die*



*Quote von 30 % des Gesamtbetrags des Vertrags über Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen nicht überschreiten darf?*<sup>528</sup>

Der EuGH stütze sich in seiner Begründung auf das Ziel der RL 2014/24/EU wonach bei der Vergabe öffentlicher Aufträge namentlich die Beachtung des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs sowie der sich daraus ergebenden Grundsätze, insbesondere die Gleichbehandlung, die Nichtdiskriminierung, die Verhältnismäßigkeit und die Transparenz zu wahren und sicherzustellen ist, dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.<sup>529</sup> In Art 63 Abs 1 der RL 2014/24 sei daher ausdrücklich vorgesehen, dass sich Bieter unter bestimmten Voraussetzungen der Kapazitäten anderer Unternehmer bedienen können, um die für den Auftrag geforderte Eignung zu erfüllen.

Art 71 der RL 2014/24/EU ermöglicht den öffentlichen Auftraggebern die Bieter aufzufordern, in ihren Angeboten den Anteil des Auftrages, den sie an Subunternehmer weitergeben möchte, sowie die Subunternehmer selbst, anzugeben. Der öffentliche Auftraggeber kann auch von den Mitgliedstaaten dazu verpflichtet werden, eine solche Bekanntgabe im Angebot der Bieter zu verlangen.<sup>530</sup>

Der EuGH beruft sich in seiner Entscheidung auch auf seine ständige Rechtsprechung und auf den 78. Erwäggrund der RL 2014/24 wonach es im Interesse der Union liege, dass im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe, Ausschreibungen stärker für den Wettbewerb geöffnet werden. Der Einsatz von Subunternehmern solle zur Erreichung dieses Ziels beitragen, indem kleinen und mittleren Unternehmen dadurch der Zugang zu öffentlichen Aufträgen ermöglicht wird.<sup>531</sup>

In der Entscheidung wird auch auf das oben schon näher dargestellte Urteil des EuGH Wrocław (C-406/14) Rn 35 verwiesen. Eine Klausel die den Subunternehmereinsatz abstrakt auf einen bestimmten Prozentsatz festgelegten Teil des Auftrages beschränke, unabhängig von der Prüfung der Kapazitäten der Subunternehmer und ohne Angaben zu dem wesentlichen Charakter der betroffenen Aufgaben ist mit der Richtlinie 2004/18 unvereinbar. Die RL 2004/18 wurde zwar durch die RL 2014/24 aufgehoben, die relevanten Bestimmungen

---

528 EuGH 25.9.2019, C-63/18 (Vitali SpA) Rn 9.

529 EuGH 25.9.2019, C-63/18 (Vitali SpA) Rn 23.

530 EuGH 25.9.2019, C-63/18 (Vitali SpA) Rn 25.

531 EuGH 25.9.2019, C-63/18 (Vitali SpA) Rn 27.

bestehen jedoch in der RL 2014/24 fort.<sup>532</sup> Der EuGH bestätigte seine bisherige Judikatur mit der Entscheidung *Vitali SpA* auch in Bezug auf die Auslegung der neuen Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Es könne aus der neuen Bestimmung des Art 71 der Richtlinie 2014/24 nicht abgeleitet werden, dass die Mitgliedstaaten nunmehr über die Möglichkeit verfügen, den Rückgriff auf Subunternehmer durch einen bestimmten Prozentsatz abstrakt festgelegten Marktanteil, zu beschränken.<sup>533</sup> Der EuGH entschied auch in Bezug auf die Auslegung der neuen RL 2014/24/EU, dass die Richtlinie einer Regelung entgegensteht, die den Teil des Auftrags, den der Bieter als Unterauftrag an Dritte vergeben darf, auf 30 % beschränkt.<sup>534</sup>

Auch diese Folgeentscheidung zeigt somit, dass eine abstrakte Festlegung der Subvergabe auf einen Prozentsatz des Auftragswertes europarechtswidrig ist.

Im Folgenden soll demgegenüber ein Ausnahmereich zu dieser Judikatur dargestellt werden.

### **9.3.1 Sonderregelungen für Personenverkehr**

Der EuGH hatte in dem Fall vom 27.10.2016, C-292/15 (*Hörmann Reisen*) eine Auftragsbekanntmachung für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste mit Bussen auf verschiedenen Regionalbuslinien, nach deren Angaben die Bieter bis zu 30 % der Leistung (gemessen an den Fahrplankilometern) an Subunternehmen vergeben konnten, zu beurteilen. Es war vom EuGH unter anderem die Frage zu klären, ob ein Verstoß gegen die EU-Richtlinien vorliege, wenn ein öffentlicher Auftraggeber bei der Verwaltung und Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes mit Bussen eine prozentuale Selbsterbringungsquote von 70% (gemessen an den Fahrplankilometern) für die Bieter festschreibt.<sup>535</sup>

Für Aufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße geht die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des europäischen Parlamentes und Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung

---

<sup>532</sup> EuGH 25.9.2019, C-63/18 (*Vitali SpA*) Rn 28.

<sup>533</sup> EuGH 04.05.2017, C-387/14 (*Esaprojekt*), Rn 54

<sup>534</sup> EuGH 26.09.2019, C-63/18 (*Vitali SpA*), Rn 45.

<sup>535</sup> EuGH 27.10.2016, C-292/15 (*Hörmann Reisen*) Rn 27.

der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2016/2338 der Richtlinie 2014/24 als *lex specialis* vor.<sup>536</sup>

Art. 4 Abs 7 Satz 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 bestimmt dabei, dass in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen transparent anzugeben ist, ob und in welchem Umfang eine Vergabe von Unteraufträgen in Frage kommt. Dem öffentlichen Auftraggeber wird dadurch vom Unionsgesetzgeber bei der Vergabe von Unteraufträgen für die Verwaltung und Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes ein weites Ermessen eingeräumt.<sup>537</sup>

In Art 4 Abs 7 Satz 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 heißt es weiter, dass der mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten betraute Betreiber nach Maßgabe dieser Verordnung verpflichtet ist, einen bedeutenden Teil der öffentlichen Personenverkehrsdienste selbst zu erbringen. Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag, der gleichzeitig Planung, Aufbau und Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste umfasst, kann eine vollständige Übertragung des Betriebs dieser Dienste an Unterauftragnehmer vorsehen. Das in dieser Bestimmung eingeräumte Ermessen ermöglicht die Vergabe von Unteraufträgen nur für einen Teil eines Auftrags zu verbieten. Bei der Verwaltung und Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes mit Bussen kann keine vollständige Übertragung auf Subunternehmer erfolgen, da die genannte Bestimmung die Verpflichtung des mit dem Dienst betrauten Betreibers vorsieht einen bedeutenden Teil des Dienstes selbst zu erbringen. Übernimmt der betraute Betreiber im Zuge eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages gleichzeitig die Planung, den Aufbau und Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste kann eine Übertragung des Betriebes dieser Dienste an Subunternehmer erfolgen.<sup>538</sup>

Die Beschränkung der Subunterbeteiligung auf 30% der Leistung, gemessen an den Fahrplankilometern war daher im gegenständlichen Fall für den Betreiber, der mit der Verwaltung und Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes mit Bussen betraut war, möglich. Eine Selbsterbringungsquote von 70 % war nach der dargestellten Verordnung Nr. 1370/2007 zulässig.<sup>539</sup>

---

<sup>536</sup> EuGH 27.10.2016, C-292/15 (Hörmann Reisen) Rn 47.

<sup>537</sup> EuGH 27.10.2016, C-292/15 (Hörmann Reisen) Rn 51.

<sup>538</sup> EuGH 27.10.2016, C-292/15 (Hörmann Reisen) Rn 53.

<sup>539</sup> EuGH 27.10.2016, C-292/15 (Hörmann Reisen) Rn 55,57.

## 9.4 Zusammenfassung Kapitel 9

Das österreichische Vergaberecht wird stark durch europäische Richtlinien und die Rechtsprechung des EuGH beeinflusst. Im Folgenden werden daher noch einmal die wichtigsten Fragestellungen in Bezug auf den Subunternehmereinsatz, welche durch den EuGH beantwortet wurden und somit richtungsweisend für das österreichische Vergaberecht waren, zusammengefasst:

- Stellt der Wegfall der Eignung eines erforderlichen Subunternehmers eine Änderung des Angebots dar, welche zum Ausscheiden des Bieters führt?

Der EuGH entschied, dass der Verlust der notwendigen Qualifikation eines erforderlichen Subunternehmers eine wesentliche Änderung des Angebots darstellt und somit zum Ausscheiden des Angebots führt. Andernfalls müsste der öffentliche Auftraggeber das Angebot mit dem neu benannten Subunternehmer noch einmal prüfen und der Bieter hätte die Möglichkeit sein Angebot zu adaptieren. Dies würde den Grundsätzen der Gleichbehandlung und Transparenz widersprechen.

- Kann ein Subunternehmer nach Zuschlagserteilung gewechselt werden, bzw ein neuer Subunternehmer herangezogen werden?

Vom EuGH wurde zu dieser Frage ausgeführt, dass der Wechsel oder die Heranziehung eines neuen Subunternehmers nach Zuschlagserteilung ohne Bekanntgabe an den öffentlichen Auftraggeber bzw ohne dessen Zustimmung einen erheblichen Mangel darstellen kann, der unter Umständen zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führt. Ein solcher Mangel könnte in einem nachfolgenden Vergabeverfahren vom öffentlichen Auftraggeber als Ausschlussgrund gewertet werden. Dem Bieter hat in einem solchen Fall die Möglichkeit der „Selbstreinigung“ gemäß § 83 Abs 1 bis 3 BVergG 2018.

- Kann der Subunternehmereinsatz beschränkt werden?

In der Vergaberichtlinie 2014 ist lediglich ausdrücklich geregelt, dass nicht der gesamte Auftrag an Subunternehmer vergeben werden darf. Es ist hingegen nicht normiert, wo hoch der Anteil sein muss, der vom Bieter selbst erbracht werden soll. Aus der Judikatur des EuGH ergibt sich, dass die abstrakte Angabe eines bestimmten Prozentsatzes des Auftragswertes, der durch den Auftraggeber selbst erbracht werden soll, unzulässig ist. Die

prozentuelle Beschränkung der Subvergabe, ohne Bekanntgabe welche Aufgaben konkret durch den Auftraggeber selbst erbracht werden sollen und ohne entsprechende Begründung, widerspricht den Zielen der Vergaberichtlinie einen umfassenden Wettbewerb zu gewährleisten und kleinen und mittleren Unternehmen den Zugang zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern.

Eine Beschränkung des Subunternehmereinsatzes ist hingegen möglich, wenn der Auftraggeber bestimmte kritische Aufgaben festlegt, welche vom Auftragnehmer selbst erbracht werden müssen. Es muss sich dabei um genau definierte Aufgaben handeln und der Auftraggeber muss sachliche Gründe für die Beschränkung des Subunternehmereinsatzes haben. Für den Auftraggeber soll damit sichergestellt werden, dass Teile des Auftrages, die nach Ansicht des Auftraggebers besondere Fachkunde oder Fähigkeiten erfordern oder in Fällen in denen die Qualität der Leistung durch die Eigenschaft des Leistungserbringers bedingt ist, tatsächlich von jenen Personen ausgeführt werden, die vom Auftraggeber geprüft wurden. Die Festlegung eines bestimmten Prozentsatzes der nicht von Subunternehmer, sondern vom Auftragnehmer selbst erbracht werden muss, ist hingegen nicht ausreichend.

- Gibt es bei der Beschränkung des Subunternehmereinsatzes Ausnahmeregelungen?

Bei der Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes geht die Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße EG) Nr. 1370/2007 der RL 2014/24 als *lex specialis* vor. Mit dieser Verordnung wird dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Unteraufträgen für die Verwaltung und Erbringung eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes ein weites Ermessen eingeräumt. Der öffentliche Auftraggeber hat dabei transparent anzugeben, ob und in welchem Umfang eine Vergabe von Unteraufträgen in Frage kommt. Ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag, der gleichzeitig Planung, Aufbau und Betrieb öffentlicher Personenverkehrsdienste umfasst, kann sogar eine vollständige Übertragung des Betriebs dieser Dienste an Unterauftragnehmer vorsehen. Die Verordnung ermöglicht jedoch auch die Vergabe von Unteraufträgen für einen Teil eines Auftrags zu verbieten. Der öffentliche Auftraggeber kann daher beispielsweise eine Beschränkung der Subunterbeteiligung auf 30 % der Leistung gemessen an den Fahrplankilometern vorschreiben. Bei der Vergabe eines öffentlichen Personenverkehrsdienstes ist daher eine prozentuelle Beschränkung der Subunternehmerbeteiligung zulässig.

## 10. EXKURS: DEUTSCHES VERGABERECHT IN BEZUG AUF DEN SUBUNTERNEHMEREINSATZ

Im deutschen Vergaberecht finden sich ähnliche Regelungen in Bezug auf den Subunternehmereinsatz wie im österreichischen Vergaberecht, dennoch gibt es Unterschiede die im Folgenden herausgearbeitet werden sollen. Zudem sollen die deutschen gesetzlichen Regelungen den österreichischen Regelungen gegenübergestellt werden.

Der Subunternehmereinsatz ist im deutschen Vergaberecht in § 36 und § 47 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) geregelt. Diese Regelungen finden sich erst seit 18.03.2016 im deutschen Vergaberecht, wodurch Unteraufträge und die Eignungsleihe erstmalig explizit geregelt wurden.

§ 36 VgV lautet wie folgt:

*(1) Der öffentliche Auftraggeber kann Unternehmen in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen auffordern, bei Angebotsabgabe die Teile des Auftrags, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen, sowie, falls zumutbar, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu benennen. Vor Zuschlagserteilung kann der öffentliche Auftraggeber von den Bietern, deren Angebote in die engere Wahl kommen, verlangen, die Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieser Unterauftragnehmer zur Verfügung stehen. Wenn ein Bewerber oder Bieter die Vergabe eines Teils des Auftrags an einen Dritten im Wege der Unterauftragsvergabe beabsichtigt und sich zugleich im Hinblick auf seine Leistungsfähigkeit gemäß den §§ 45 und 46 auf die Kapazitäten dieses Dritten beruft, ist auch § 47 anzuwenden.*

*(2) Die Haftung des Hauptauftragnehmers gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber bleibt von Absatz 1 unberührt.*

*(3) Bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, schreibt der öffentliche Auftraggeber in den Vertragsbedingungen vor, dass der Auftragnehmer spätestens bei Beginn der Auftragsausführung die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer mitteilt und dass jede im Rahmen der Auftragsausführung eintretende Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitzuteilen ist. Der öffentliche*

*Auftraggeber kann die Mitteilungspflichten nach Satz 1 auch als Vertragsbedingungen bei der Vergabe anderer Dienstleistungsaufträge oder bei der Vergabe von Lieferaufträgen vorsehen. Des Weiteren können die Mitteilungspflichten auch auf Lieferanten, die an Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind, sowie auf weitere Stufen in der Kette der Unterauftragnehmer ausgeweitet werden.*

*(4) Für Unterauftragnehmer aller Stufen gilt § 128 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.*

*(5) Der öffentliche Auftraggeber überprüft vor der Erteilung des Zuschlags, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen.*

§ 47 VgV regelt im deutschen Recht die Eignungsleihe. Die deutsche gesetzliche Bestimmung lautet:

*(1) Ein Bewerber oder Bieter kann für einen bestimmten öffentlichen Auftrag im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit die Kapazitäten anderer Unternehmen in Anspruch nehmen, wenn er nachweist, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen werden, indem er beispielsweise eine entsprechende Verpflichtungserklärung dieser Unternehmen vorlegt. Diese Möglichkeit besteht unabhängig von der Rechtsnatur der zwischen dem Bewerber oder Bieter und den anderen Unternehmen bestehenden Verbindungen. Ein Bewerber oder Bieter kann jedoch im Hinblick auf Nachweise für die erforderliche berufliche Leistungsfähigkeit wie Ausbildungs- und Befähigungsnachweise nach § 46 Absatz 3 Nummer 6 oder die einschlägige berufliche Erfahrung die Kapazitäten anderer Unternehmen nur dann in Anspruch nehmen, wenn diese die Leistung erbringen, für die diese Kapazitäten benötigt werden.*

*(2) Der öffentliche Auftraggeber überprüft im Rahmen der Eignungsprüfung, ob die Unternehmen, deren Kapazitäten der Bewerber oder Bieter für die Erfüllung bestimmter Eignungskriterien in Anspruch nehmen will, die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen und ob Ausschlussgründe vorliegen. Legt der Bewerber oder Bieter eine Einheitliche Europäische Eigenerklärung nach § 50 vor, so muss diese auch die Angaben enthalten, die*

*für die Überprüfung nach Satz 1 erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor, dass der Bewerber oder Bieter ein Unternehmen, das das entsprechende Eignungskriterium nicht erfüllt oder bei dem zwingende Ausschlussgründe nach § 123 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, ersetzen muss. Er kann vorschreiben, dass der Bewerber oder Bieter auch ein Unternehmen, bei dem fakultative Ausschlussgründe nach § 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorliegen, ersetzen muss. Der öffentliche Auftraggeber kann dem Bewerber oder Bieter dafür eine Frist setzen.*

*(3) Nimmt ein Bewerber*

*oder Bieter die Kapazitäten eines anderen Unternehmens im Hinblick auf die erforderliche wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit in Anspruch, so kann der öffentliche Auftraggeber eine gemeinsame Haftung des Bewerbers oder Bieters und des anderen Unternehmens für die Auftragsausführung entsprechend dem Umfang der Eignungsleihe verlangen.*

*(4) Die Absätze 1 bis 3 gelten auch für Bewerber- oder Bietergemeinschaften.*

*(5) Der öffentliche Auftraggeber kann vorschreiben, dass bestimmte kritische Aufgaben bei Dienstleistungsaufträgen oder kritische Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag direkt vom Bieter selbst oder im Fall einer Bietergemeinschaft von einem Teilnehmer der Bietergemeinschaft ausgeführt werden müssen.*

Subunternehmer werden nach deutschem Recht auch oft als Nachunternehmer oder in der gesetzlichen Definition als „Unterauftragnehmer“ bezeichnet. Die Subvergabe wird in deutschen Gesetzen „Unterauftragsvergabe“ genannt.

§ 36 VgV über Unteraufträge setzt genauso wie § 98 BVergG 2018 Artikel 71 der Richtlinie 2014/24/EU um. Auch wie im österreichischem Recht wird im Rahmen der Unterauftragsvergabe ein Teil der Leistung durch den Auftragnehmer auf einen Unterauftragnehmer übertragen. Im Gegensatz zum österreichischem Recht gibt es bei der Umsetzung jedoch einige Unterscheidungen die nun detailliert dargestellt werden sollen.



## **10.1      Erforderlicher/nicht erforderlicher Subunternehmer - Eignungsleihe**

Anders als im österreichischem Recht wird im deutschen Recht nicht zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern unterschieden. Auch der Begriff der „Eignungsleihe“ wird anders verstanden als im österreichischem Recht.

Nach österreichischem Recht ist ein erforderlicher Subunternehmer, ein Unternehmer den der Auftragnehmer zur Erbringung seiner Eignung benötigt, weil er selbst nicht über die erforderliche Eignung verfügt. Die Eignungsleihe nach österreichischem Recht lässt sich gegenüber einem Subunternehmer dadurch abgrenzen, dass jeder Subunternehmer unter die Regelung über die „Eignungsleihe“ gemäß § 86 BVergG 2018 subsumiert werden kann, jedoch nicht jedes Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich der Unternehmer nach der vorliegenden Regelung zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit und Befugnis stützt, auch ein Subunternehmer ist. So ist wie bereits in Kapitel 5. ausgeführt, ein Vermieter von einem Gerät, welches zur Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages notwendig ist, nicht als Subunternehmer zu qualifizieren und § 98 BVergG 2018 daher nicht auf diesen anwendbar.<sup>540</sup> Die Eignungsleihe ist zudem von einer Subunternehmerleistung dadurch zu unterscheiden, dass bei Subunternehmerleistungen der Bieter einen Teil des Auftrages durch den Subunternehmer ausführen lässt. Hingegen wird bei der Eignungsleihe nicht zwingend ein Auftragsteil auf einen anderen Unternehmer übertragen. Vielmehr beruft sich der Bieter auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmers um seine Eignung nachzuweisen. Bei der Eignungsleihe übernimmt der andere Unternehmer daher nicht obligatorisch die Ausführung eines Leistungsteils, sondern stellt dem Bieter seine Ressourcen zu Verfügung, damit dieser die Eignung besitzt um den Auftrag ausführen zu können.<sup>541</sup>

Nach deutschem Recht ist ein „Eignungsleiher“ ein Unternehmer, auf den ein Bieter für die Herstellung der geforderten Eignungsvoraussetzungen angewiesen ist. Die Eignungsleihe nach deutschem Recht bewirkt, dass sich ein Bieter auf fremde Fähigkeiten berufen darf, um die eigenen Eignung bzw Leistungsfähigkeit zu belegen und ist daher begrifflich einem erforderlichen Subunternehmer nach österreichischem Recht gleichzuhalten.<sup>542</sup>

---

<sup>540</sup> ErläutRV 69 BlgNR 26 GP 111f.

<sup>541</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.6.2014 VII-Verg 38/13.

<sup>542</sup> Vergabekammer des Bundes, 29.03.2021, VK 2- 5/21.

Nach deutschem Recht gibt es keinen Gegensatz zwischen „Nachunternehmer“ und „Eignungsleiher“. Der Begriff „Nachunternehmer“ ist als Oberbegriff anzusehen und bedeutet, dass der Auftraggeber keinen eigenständigen Vertrag mit dem Subunternehmer hat, sondern die vertragliche Beziehung nur zwischen dem Auftragnehmer und dem Subunternehmer besteht. Der „Eignungsleiher“ ist nach deutschem Recht kein danebenstehendes andersartiges Konstrukt, sondern ein Unterfall, bei welchem der Auftragnehmer zur Herstellung seiner Eignung auf den Subunternehmer angewiesen ist. Dies wird in der deutschen Judikatur aus der Formulierung in § 36 Abs 1 S 3 VgV abgeleitet, wonach § 47 VgV im Fall der Eignungsleihe „auch“ als zusätzlich zu § 36 VgV anzuwenden sei.<sup>543</sup>

Zur Unterscheidung zwischen Unteraufträgen nach § 36 VgV und der Eignungsleihe nach § 47 VgV wird in der deutschen Judikatur jedoch auch darauf abgestellt, dass sich der Bieter im Rahmen der Eignungsleihe im Gegensatz zur reinen Unterauftragsvergabe auf die Kapazitäten anderer Unternehmen berufen kann, ohne diese zugleich zwingend im Rahmen eines Unterauftrages mit der Ausführung zu betrauen. Eine Ausnahme bilden dabei Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung. Im Zuge der Eignungsleihe dürfen daher Eignungsgesichtspunkte an den Bieter bzw Bewerber verliehen werden, ohne dass der Eignungsverleiher selbst die von den Eignungsanforderungen betroffenen Aufgaben ausführt.<sup>544</sup>

Wie auch im österreichischem Recht muss der Bewerber bzw Bieter nachweisen können, dass ihm die für den Auftrag erforderlichen Mittel tatsächlich zur Verfügung stehen, wenn er die erforderliche wirtschaftliche, finanzielle sowie die technische und berufliche Kapazität anderer Unternehmer in Anspruch nehmen möchte. Dies kann durch eine Verpflichtungserklärung des Unterauftragnehmers erfolgen.<sup>545</sup>

---

<sup>543</sup> Vergabekammer des Bundes, 29.03.2021, VK 2- 5/21.

<sup>544</sup> Vergabekammer des Bundes, 28.05.2020, VK 2- 29/20.

<sup>545</sup> Vergabekammer des Bundes, 28.05.2020, VK 2- 29/20.

## **10.2 Benennung/ Wechsel von Unterauftragnehmern**

### **10.2.1 Benennung von Unterauftragnehmern**

Wie oben schon näher ausgeführt müssen nach österreichischem Vergaberecht die Subunternehmer zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen, damit der Auftraggeber die Eignung der Subunternehmer und somit auch der Bieter überprüfen kann.<sup>546</sup> Nach § 98 Abs 2 BVergG 2018 müssen grundsätzlich alle Teile des Auftrages die im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt sind, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer vom Bieter im Angebot bekannt gegeben werden.

In Deutschland wurde die betreffende Bestimmung der Vergaberichtlinie (Art 63 und Art 71 Vergabe-RL) im Gegensatz zur österreichischen Umsetzung beinahe wörtlich übernommen.<sup>547</sup>

Im deutschen Vergaberecht ist entgegen dem österreichischem Vergaberecht in § 36 VgV eine „kann“-Bestimmung normiert, wonach der öffentliche Auftraggeber die Bieter auffordern „kann“ die Teile des Auftrags, die sie im Wege der Unterauftragsvergabe an Dritte zu vergeben beabsichtigen, zu benennen. Unterauftraggeber sind im Angebot sogar nur zu benennen falls dies dem Bieter zumutbar ist. Bei Angeboten von Bietern die in die engere Wahl gekommen sind, kann der öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung von den Bietern verlangen, die Unterauftragnehmer zu benennen und nachzuweisen, dass ihnen die erforderlichen Mittel dieses Unterauftragnehmers zur Verfügung stehen.<sup>548</sup>

Nach § 36 VgV muss der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, in den Vertragsbedingungen vorschreiben, dass der Auftragnehmer spätestens bei Beginn der Auftragsausführung die Namen, die

---

<sup>546</sup> VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023.

<sup>547</sup> *Neubauer*, Angebots- und Vertragsänderungen in Zusammenhang mit Subunternehmern, ZVB 2022/4, 19.

<sup>548</sup> *Pinkenburg*, Unteraufträge und Eignungsleihe, [www.vergabe24.de/blog/unterauftraege-und-eignungsleihe](http://www.vergabe24.de/blog/unterauftraege-und-eignungsleihe).

Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer mitteilt und dass jede im Rahmen der Auftragsausführung eintretende Änderung auf der Ebene der Unterauftragnehmer mitzuteilen ist. Der öffentliche Auftraggeber kann die Mitteilungspflichten nach Satz 1 auch als Vertragsbedingungen bei der Vergabe anderer Dienstleistungsaufträge oder bei der Vergabe von Lieferaufträgen vorsehen. Des Weiteren können die Mitteilungspflichten auch auf Lieferanten, die an Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind, sowie auf weitere Stufen in der Kette der Unterauftragnehmer ausgeweitet werden.

Aus dieser Norm ergibt sich somit, dass es im deutschen Recht keine Regelung gibt, wonach wie im österreichischem Recht grundsätzlich alle Subunternehmer bereits im Angebot benannt werden müssen.

Abgesehen von den oben genannten Dienstleistungsaufträgen ist der Bieter nach deutschem Recht daher nicht verpflichtet seine Unterauftragnehmer im Angebot bekannt zu geben, wenn der öffentliche Auftraggeber die Bieter in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nicht dazu auffordert. Auch der Zeitpunkt der Bekanntmachung ist ein weitaus späterer, da die Unterauftragnehmer unter Umständen nicht bereits zwingend im Angebot benannt werden müssen, sondern auch erst vor Vertragsabschluss benannt werden können. Möchte sich ein Auftraggeber auf die Eignung eines Unterauftragnehmers stützen, hat er entsprechende Eignungsnachweise bereits im Angebot vorzulegen.<sup>549</sup>

### **10.2.2 Wechsel von Unterauftragnehmern**

§ 47 Abs 2 VgV und § 36 Abs 5 VgV normieren, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter vorzuschreiben hat, dass ein nicht geeignetes Unternehmen ersetzt werden muss. Dies stellt in der Praxis eine Nachbesserungsmöglichkeit nach Angebotsabgabe dar. Im Gegensatz zur österreichischen Rechtsordnung wurde im deutschen Vergabegesetz nicht der sofortige Ausschluss des Bieters aufgrund eines nicht geeigneten erforderlichen Subunternehmers normiert. Die Nachnominierung eines Subunternehmers nach Angebotsabgabe ist nach deutschem Recht daher zulässig.<sup>550</sup> Die Regelung steht jedoch im

---

<sup>549</sup> Pinkenburg, Unteraufträge und Eignungsleihe, 23.06.2016, 1.

<sup>550</sup> Neubauer, Angebots- und Vertragsänderungen in Zusammenhang mit Subunternehmern, ZVB 2022/4, 19.

Konflikt mit den vergaberechtlichen Grundsätzen des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung, da sie eine Verbesserungsmöglichkeit materieller Angebotsmängel zulässt.<sup>551</sup>

### **10.3 Eignungsprüfung**

Die Eignungsprüfung bei Unterauftragnehmer nach deutschem Recht richtet sich nicht wie im österreichischem Recht nach den Anforderungen (des Auftraggebers) an die den Auftrag betreffende erforderliche Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit, sondern nach den im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) normierten fakultativen und zwingenden Ausschlussgründen (§ 123-124 GWB).

Vor Erteilung des Zuschlags hat der öffentliche Auftraggeber nach deutschem Recht zu prüfen, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftraggebers vorliegen. Folgende Gründe sind in den § 123 – 124 GWB aufgelistet.

#### **10.3.1 Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB)**

Unter zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB werden nach deutschem Recht folgende Gründe verstanden:

Die rechtskräftige Verurteilung einer Person, deren Verhalten nach Absatz 3 dem Unternehmer zuzurechnen ist oder die rechtskräftige Festsetzung einer Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten gegen das Unternehmen wegen einer Straftat nach:

*1. § 129 des Strafgesetzbuchs (Bildung krimineller Vereinigungen), § 129a des Strafgesetzbuchs (Bildung terroristischer Vereinigungen) oder § 129b des Strafgesetzbuchs (Kriminelle und terroristische Vereinigungen im Ausland),*

---

<sup>551</sup> Neubauer, Angebots- und Vertragsänderungen in Zusammenhang mit Subunternehmern, ZVB 2022/4, 19.

2. § 89c des Strafgesetzbuchs (Terrorismusfinanzierung) oder wegen der Teilnahme an einer solchen Tat oder wegen der Bereitstellung oder Sammlung finanzieller Mittel in Kenntnis dessen, dass diese finanziellen Mittel ganz oder teilweise dazu verwendet werden oder verwendet werden sollen, eine Tat nach § 89a Absatz 2 Nummer 2 des Strafgesetzbuchs zu begehen,
  3. § 261 des Strafgesetzbuchs (Geldwäsche),
  4. § 263 des Strafgesetzbuchs (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
  5. § 264 des Strafgesetzbuchs (Subventionsbetrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der Europäischen Union oder gegen Haushalte richtet, die von der Europäischen Union oder in ihrem Auftrag verwaltet werden,
  6. § 299 des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr), §§ 299a und 299b des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung im Gesundheitswesen),
  7. § 108e des Strafgesetzbuchs (Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern),
  8. den §§ 333 und 334 des Strafgesetzbuchs (Vorteilsgewährung und Bestechung), jeweils auch in Verbindung mit § 335a des Strafgesetzbuchs (Ausländische und internationale Bedienstete),
  9. Artikel 2 § 2 des Gesetzes zur Bekämpfung internationaler Bestechung (Bestechung ausländischer Abgeordneter im Zusammenhang mit internationalem Geschäftsverkehr) oder
  10. den §§ 232, 232a Absatz 1 bis 5, den §§ 232b bis 233a des Strafgesetzbuches (Menschenhandel, Zwangsprostitution, Zwangsarbeit, Ausbeutung der Arbeitskraft, Ausbeutung unter Ausnutzung einer Freiheitsberaubung).
- (2) Einer Verurteilung oder der Festsetzung einer Geldbuße im Sinne des Absatzes 1 stehen eine Verurteilung oder die Festsetzung einer Geldbuße nach den vergleichbaren Vorschriften anderer Staaten gleich.

*(3) Das Verhalten einer rechtskräftig verurteilten Person ist einem Unternehmen zuzurechnen, wenn diese Person als für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat; dazu gehört auch die Überwachung der Geschäftsführung oder die sonstige Ausübung von Kontrollbefugnissen in leitender Stellung.*

*(4) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn*

- 1. das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde oder*
- 2. die öffentlichen Auftraggeber auf sonstige geeignete Weise die Verletzung einer Verpflichtung nach Nummer 1 nachweisen können.*

### **10.3.1 Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)**

Ein Unternehmen verwirklicht einen fakultativen Ausschlussgrund, wenn:

1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat,
2. das Unternehmen zahlungsunfähig ist, über das Vermögen des Unternehmens ein Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares Verfahren beantragt oder eröffnet worden ist, die Eröffnung eines solchen Verfahrens mangels Masse abgelehnt worden ist, sich das Unternehmen im Verfahren der Liquidation befindet oder seine Tätigkeit eingestellt hat,
3. das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird; § 123 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden,

4. der öffentliche Auftraggeber über hinreichende Anhaltspunkte dafür verfügt, dass das Unternehmen mit anderen Unternehmen Vereinbarungen getroffen oder Verhaltensweisen aufeinander abgestimmt hat, die eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken,

5. ein Interessenkonflikt bei der Durchführung des Vergabeverfahrens besteht, der die Unparteilichkeit und Unabhängigkeit einer für den öffentlichen Auftraggeber tätigen Person bei der Durchführung des Vergabeverfahrens beeinträchtigen könnte und der durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen nicht wirksam beseitigt werden kann,

6. eine Wettbewerbsverzerrung daraus resultiert, dass das Unternehmen bereits in die Vorbereitung des Vergabeverfahrens einbezogen war, und diese Wettbewerbsverzerrung nicht durch andere, weniger einschneidende Maßnahmen beseitigt werden kann,

7. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat,

8. das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen oder Auskünfte zurückgehalten hat oder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Nachweise zu übermitteln, oder

9. das Unternehmen

a) versucht hat, die Entscheidungsfindung des öffentlichen Auftraggebers in unzulässiger Weise zu beeinflussen,

b) versucht hat, vertrauliche Informationen zu erhalten, durch die es unzulässige Vorteile beim Vergabeverfahren erlangen könnte, oder

c) fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat.



Hat der Unterauftragnehmer einen zwingenden Ausschlussgrund nach § 123 GWB verwirklicht, hat der öffentliche Auftraggeber vom Bieter bzw Bewerber den Austausch des Unterauftragnehmers zu verlangen. Liegt lediglich ein fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 GWB vor, kann der öffentliche Auftraggeber einen solchen Austausch verlangen, muss dies jedoch nicht tun. Der Auftraggeber kann eine Frist für den Austausch des Unterauftragnehmers festlegen. Verstreicht diese Frist ohne Austausch des Unterauftragnehmers ist das Angebot gegebenenfalls auszuschließen. Durch diese gesetzliche Regelung wird dem Auftraggeber ermöglicht, Angebote bzw Teilnahmeanträge des Bieters bzw Bewerbers trotz Benennung „schlechter“ Unterauftragnehmer zu heilen. Ziel war es dem Auftraggeber ein flexibleres Verfahren zu ermöglichen und das Risiko des Ausschlusses von Angeboten möglichst zu minimieren. Demgegenüber wird auch dem Bewerber bzw Bieter eine gewisse Flexibilität eingeräumt, da er eine zweite Chance erhält, falls er bei Auswahl der Unterauftragnehmer keine ausreichende Sorgfalt walten ließ.<sup>552</sup>

#### **10.4 Zusammenfassung Kapitel 10**

Zusammenfassend sollen die Unterschiede zwischen österreichischem und deutschem Vergaberecht noch einmal übersichtlich dargestellt werden:

- Im deutschen Vergaberecht gibt es keine Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern.
- Nach deutschem Recht ist ein „Eignungsleiher“ ein Unternehmer, auf den der Bieter für die Herstellung der geforderten Eignungsvoraussetzungen angewiesen ist.
- Bei der Eignungsleihe nach deutschem Recht kann sich der Bieter auf die Kapazitäten eines anderen Unternehmers berufen, ohne ihn mit der Leistungserbringung zu betrauen.
- Im Zuge der Unterauftragsvergabe muss der herangezogene Unternehmer zur Leistungserbringung herangezogen werden.

---

<sup>552</sup> Pinkenburg, Unteraufträge und Eignungsleihe, 23.06.2016, 1

- Das deutsche Vergaberecht normiert keine Bekanntgabeverpflichtung der Subunternehmer im Angebot.
- Dem Bieter ist daher unter gewissen Voraussetzungen eine Nachbesserungsmöglichkeit nach Angebotsabgabe gegeben.
- Die Eignungsprüfung erfolgt nicht anhand der Eignung, sondern nach den im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) normierten fakultativen und zwingende Ausschlussgründen.

## 11. CONCLUSIO

Aufgrund des Aufbaues und der Ergebnisse dieser Dissertation soll dem Bieter bzw Bewerber durch die Erörterung folgender Fragen ein gewisser Leitfaden für den rechtskonformen Einsatz von Subunternehmer im Vergabeverfahren geboten werden:

- I. Ist der herangezogene Unternehmer als Subunternehmer oder als Hilfsunternehmer zu qualifizieren?
- II. Handelt es sich bei dem Subunternehmer um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer?
- III. Was versteht man unter dem Begriff „Eignung“ und wie wird sie nachgewiesen?
- IV. Welche Unterschiede gibt es zwischen dem Subunternehmereinsatz und der Eignungsleihe?
- V. Was ist eine Eigenerklärung und wo liegen die Unterschiede zu einer einheitlichen europäischen Eigenerklärung?
- VI. Was ist bei der Bekanntgabe von Subunternehmern zu beachten?
- VII. Ist eine Gesamtvergabe an Subunternehmer zulässig und unter welchen Voraussetzungen können Leistungsteile an Subunternehmer übertragen werden?

- VIII. Unter welchen Voraussetzungen kann der Auftraggeber die Selbstausführung von Leistungsteilen verpflichtend vorschreiben?
- IX. Ist ein Wechsel bzw die nachträgliche Bekanntmachung von Subunternehmern vor bzw nach Zuschlagsentscheidung zulässig?
- X. Kann sich ein Bieter als Subunternehmer und Bieter an einem Vergabeverfahren mehrfach beteiligen?
- XI. Welche europarechtlichen Grundlagen sind bei der Subvergabe zu beachten?
- XII. Wie ist der Subunternehmereinsatz im deutschen Vergaberecht geregelt?

Ad I: Ist der herangezogene Unternehmer als Subunternehmer oder als Hilfsunternehmer zu qualifizieren?

Um diese Frage beantworten zu können, wurde zuerst der Gesetzeswortlaut des § 2 Z 34 BVergG 2018 näher analysiert. Dieser lautet: „Subunternehmer“ ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung. Unternehmer die Waren bloß anliefern scheiden daher schon allein aufgrund der gesetzlichen Definition grundsätzlich als Subunternehmer aus. Es ist jedoch darauf Bedacht zu nehmen, dass diese Unternehmer dann zu Subunternehmern werden können, wenn sie die gelieferten Waren auch einbauen und damit einen Leistungsteil erbringen.

Im Zusammenhang mit der gesetzlichen Definition des Subunternehmerbegriffs wurde folgende Abgrenzungsnotwendigkeit erkannt: Bei der Abgrenzung zwischen einem Subunternehmer und einem Hilfsunternehmer ist immer der konkrete Leistungsgegenstand zu beachten. Es ist in Bezug auf den Leistungsgegenstand zu prüfen, ob der eingesetzte Unternehmer für den Auftragnehmer einen Teil des Auftrages ausführen soll, in diesem Fall wäre der Unternehmer als Subunternehmer zu qualifizieren. Von der „Ausführung“ eines Teiles des Auftrages spricht man dann, wenn der Unternehmer für den Auftragnehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und in Eigenverantwortung durchführt. Subunternehmer sind dabei auch alle in einer Subunternehmerkette nachgeordneten (Sub-)

Subunternehmer. Auch Unternehmer die für den Auftragnehmer Gegenstände nach den individuellen Vorgaben des Auftraggebers anfertigen sind als Subunternehmer anzusehen.

Soll der Unternehmer den Auftragnehmer jedoch bloß in die Lage versetzen den Auftrag zu erfüllen, ohne selbst einen Leistungsteil zu übernehmen, ist dieser lediglich ein Hilfsunternehmer. Als Beispiele sind dabei die Überlassung von Geräten und die Vermittlung von Personal zu nennen.

Abgeleitet aus der Rechtsprechung ist daher bei der Abgrenzung zwischen Subunternehmern und Hilfsunternehmern nach den oben genannten Kriterien immer auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen und eine Einzelfallbeurteilung vorzunehmen.

Ad II: Handelt es sich bei dem Subunternehmer um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer?

Ist man zu dem Schluss gelangt, dass es sich bei dem eingesetzten Unternehmer um einen Subunternehmer handelt, ist in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob es sich dabei um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer handelt.

Aus den Materialien ergibt sich das erforderliche Subunternehmer, Unternehmer sind, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind. Nicht erforderliche Subunternehmer sind hingegen Unternehmer deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist. Mit anderen Worten spricht man von einem erforderlichen Subunternehmer, wenn der Bieter einen Subunternehmer heranzieht, um seine fehlende Eignung durch diesen zu substituieren. Der Bieter verfügt somit selbst nicht über die in der Ausschreibung geforderte Eignung und benötigt einen Subunternehmer um seine Eignung nachzuweisen bzw den entsprechenden Leistungsteil durch diesen ausführen zu lassen. Bei der Abgrenzung ist daher immer zu prüfen, ob der Bieter selbst über die ausschreibungsgegenständliche Eignung verfügt oder nicht.

Besitzt der Bieter selbst die erforderliche Eignung und muss sich zum Nachweis seiner Eignung nicht auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützen, ist der zur

Auftragserfüllung herangezogene Subunternehmer als „nicht erforderlicher Subunternehmer“ zu qualifizieren.

Wichtig ist diese Unterscheidung, aufgrund der unterschiedlichen vergabegesetzlichen Regelungen und Auswirkung bei deren Missachtung. So führt etwa die fehlende Bekanntmachung des Subunternehmers im Angebot bei erforderlichen Subunternehmern zum Ausscheiden des Angebots. Bei nicht eignungsrelevanten Subunternehmern ist die fehlende Bekanntmachung hingegen ein behebbarer Mangel. Auch nach Zuschlagserteilung kann der Auftragnehmer mit Zustimmung des Auftraggebers einen nicht erforderlich, nicht im Angebot benannten Subunternehmer hinzuziehen, nicht hingegen einen erforderlichen Subunternehmer. Bei nicht erforderlichen Subunternehmern besteht für den Auftraggeber im Gegensatz zu erforderlichen Subunternehmern die Möglichkeit die Bekanntgabeverpflichtung aus sachlichen Gründen auf „*wesentliche Teile des Auftrages*“ zu beschränken.

Aus den Materialien zum Bundesvergabegesetz ergibt sich, dass auch nicht erforderliche, im Angebot genannten Subunternehmer vom Auftraggeber auf ihre Eignung zu prüfen sind. Fehlt die erforderliche Eignung bei nicht erforderlichen Subunternehmern, führt dies jedoch nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer ablehnen muss. Das Angebot verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren. Der Bieter kann in diesem Fall die Leistung selbst erbringen, falls der nicht erforderliche Subunternehmer den Nachweis der Eignung nicht erbringen kann. Ist ein erforderlicher Subunternehmer hingegen nicht geeignet, ist das gesamte Angebot des Bieters auszuschneiden. Der Bieter hat bei erforderlichen Subunternehmern zudem den Nachweis zu erbringen, dass die beim Subunternehmer „vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen“ (Verfügbarkeitsnachweis).

Geklärt werden konnte, dass bei der Abgrenzung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern wesentlich ist, ob der Bieter selbst über die in der Ausschreibung geforderte Eignung verfügt oder nicht. Verfügt der Bieter nicht über die Eignung ist der herangezogene Subunternehmer als erforderlicher Subunternehmer zu qualifizieren und es sind strengere Regelungen zu beachten.

Ad III: Was versteht man unter dem Begriff „Eignung“ und wie wird sie nachgewiesen?

Der Begriff „Eignung“ ist von zentraler Bedeutung bei der Abgrenzung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern. Eine Auseinandersetzung mit der „Eignung“ eines Bieters ist daher von großer Wichtigkeit. Ein Bieter verfügt über die erforderliche „Eignung“, wenn er in den Bereichen in welchen er tätig wird die erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit besitzt.

Zu den einzelnen Faktoren der Eignung wurde folgende Konkretisierung erarbeitet:

### **Befugnis:**

Die Befugnis besitzt ein Unternehmer dann, wenn er berechtigt ist die Tätigkeit beruflich auszuüben. Die Berufsberechtigung ergibt sich dabei nicht aus dem Bundesvergabegesetz selbst, sondern aus anderen spezifischen Materiengesetzen, wie etwa der GewO, dem ZTG, dem VAG, dem AWG, dem BWG, dem KfLG, dem GelverkG oder der RA. So ergibt sich etwa aus der GewO wann ein Bieter berechtigt ist ein bestimmtes Gewerbe auszuüben und aus dem ZTG die Berufsberechtigung des Ziviltechnikers für ein bestimmtes Fachgebiet.

Der Auftraggeber darf sich im Rahmen der Ausschreibung nicht über die in den jeweiligen Materiengesetzen normierten Anforderungen an die Befugnis hinwegsetzen. Es dürfen auch keine anderer oder über die gesetzlich normierten Anforderungen hinausgehender Regelungen in Bezug auf die Befugnis in der Ausschreibung verlangt werden. Enthält die Ausschreibung Hinweise zur geforderten Befugnis, sollten diese nur informativ sein bzw die gesetzlichen Vorgaben wiedergeben. Der Auftraggeber kann verlangen, dass die erforderliche Befugnis durch die in § 81 iVm Anhang IX BVergG 2018 angeführten Urkunden nachgewiesen wird.

### **Leistungsfähigkeit:**

Die Leistungsfähigkeit untergliedert sich in finanzielle/wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit.

- Finanzielle/wirtschaftliche Leistungsfähigkeit

Die finanzielle bzw wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gibt Auskunft über die Bonität des Bieters. Von großer Bedeutung für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ist das haftende Eigenkapital. Die Bieter haben die finanzielle und

wirtschaftliche Leistungsfähigkeit entsprechend nachzuweisen. Aus § 84 BVergG 2018, welcher auf Anhang X verweist, gehen geeignete Unterlagen zur Erbringung dieses Nachweises hervor. Hier sei beispielhaft eine Bonitätsauskunft, die Vorlage von Jahresabschlüssen oder eine Berufshaftpflichtversicherung genannt. Aber auch ein anerkanntes Ratingsystem oder der Umsatz des Bieters können Aufschluss über die Bonität des Bieters geben. Bei den in Anhangs X des BVergG angeführten Nachweismittel der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit handelt es sich um eine beispielhafte und keine abschließende Aufzählung. Die Anforderungen des Auftraggebers an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bieter müssen in einem Zusammenhang und in einem angemessenen Verhältnis zu dem Gegenstand des Auftrages stehen. Unter gewissen Voraussetzungen können auch andere als die vom Auftraggeber in der Ausschreibung geforderte Unterlagen zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit vorgelegt werden. Der Bieter muss dabei einen berechtigten Grund vorbringen, weshalb es ihm nicht möglich war, die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise beizubringen. Bei der Prüfung dieses Grundes ist vom öffentlichen Auftraggeber ein objektiver Maßstab anzulegen. Der öffentliche Auftraggeber hat bei der Beurteilung des Grundes für die Vorlage eines alternativen Nachweises das Diskriminierungsverbot zu beachten.

Es ist darauf hinzuweisen, dass Bieter vom Auftraggeber genauer auf ihre wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu überprüfen sind, wenn der Verdacht über eine heikle wirtschaftliche und finanzielle Situation des Bieters, etwa durch Medienberichte, evident geworden ist. Hat der Auftraggeber keinen Zweifel an der guten finanziellen Lage des Bieters, ist dieser nicht zu einer weiteren Überprüfung verpflichtet.

Grundsätzlich kann die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch von einem Subunternehmer bekräftigt werden. Dies kann nach Anhang X Abs 1 Z 4 BVergG 2018, gegenüber dem Auftraggeber etwa durch die solidarische Haftung des Subunternehmers mit dem Auftragnehmer erfolgen. In gewissen Fällen ist der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit jedoch nicht möglich. Etwa dann, wenn das Projektrisiko aufgrund des Verhältnisses von Auftragssumme zum durchschnittlichen Jahresumsatz der letzten drei Jahre des

Bieters hoch ist und deshalb auch nicht durch eine Abtretung von großen Umsatzzahlen an Subunternehmer verringert werden kann, da zwischen dem Auftraggeber und dem Subunternehmer kein direktes Vertragsverhältnis besteht und die Gewährleistung deshalb beim Bieter verbleibt.

- technische Leistungsfähigkeit

Ein Mangel in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit eines Bieters führt zum Ausscheiden des Angebots. Es ist meiner Ansicht nach daher wichtig sich mit der technischen Leistungsfähigkeit näher zu befassen, um eine weitere Teilnahme am Vergabeverfahren sicherzustellen. Die technische Leistungsfähigkeit umfasst die materiellen und personellen Mittel des herangezogenen Unternehmens. Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit sind in Anhang XI des BVergG 2018 abschließend aufgelistet, weshalb der öffentliche Auftraggeber nur anhand dieser Nachweise die technische Leistungsfähigkeit der Bieter überprüfen kann. Dabei dürfen nur Nachweise festgelegt werden, die durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt sind. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann beispielsweise durch Darlegung der technischen Ausrüstung, die Angabe der technischen Fachkräfte oder technischen Stellen, die durchschnittliche Mitarbeiteranzahl des herangezogenen Unternehmens, Prüfzeugnisse, eine Referenzliste oder Bescheinigung der beruflichen Befähigung des Unternehmens erbracht werden. Generell ist zu beachten, dass sich die Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit auf die Person des Bieters und nicht auf die zu erbringende Leistung beziehen muss.

### **Berufliche Zuverlässigkeit**

Zur Darlegung der beruflichen Zuverlässigkeit muss der Bieter bzw Bewerber nachweisen, dass keine Ausschlussgründe gemäß § 78 Abs 1 BVergG 2018 vorliegen. Ein solcher Ausschlussgrund könnte beispielsweise eine rechtskräftige Verurteilung wegen eines Delikts des Wirtschaftsrechts, die Nichterfüllung der Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich, schwere Verfehlungen, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtes



oder die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens sein. Der Auftraggeber hat geeignete Nachweise gemäß § 82 Abs 2 und 3 BVergG 2018 festzulegen, wodurch der Unternehmer seine berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 80 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 bescheinigen kann. Beispielhaft seien dabei der Strafregisterauszug, die Insolvenzdatei oder ein Firmenbuchauszug als ein solcher Nachweis erwähnt.

Liegt ein Ausschlussgrund vor, hat der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit zu geben, die Zuverlässigkeit des herangezogenen Subunternehmers oder seine eigene Zuverlässigkeit dennoch unter Beweis zu stellen. Der Bieter hat dabei technische, organisatorische oder personelle Maßnahmen zu treffen, welche einen nochmaligen Ausschlussgrund verhindern sollen. Eine Regelung des öffentlichen Auftraggebers welche generell und abstrakt den automatischen Ausschluss des Bieters bei Vorliegen eines Ausschlussgrundes vorsieht, verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.<sup>553</sup> Sind die Voraussetzungen für den Ausschluss eines Bieters aus dem Vergabeverfahren grundsätzlich erfüllt, hat der öffentliche Auftraggeber dem Bieter die Chance einzuräumen nachzuweisen, dass die getroffenen Abhilfemaßnahmen genügen, um die Wiederholung des Ausschlussgrundes zu vermeiden.<sup>554</sup> Die Möglichkeit des Bieters durch die getroffenen Abhilfemaßnahmen den Nachweis zu erbringen, dass trotz Vorliegens eines Ausschlussgrundes die Zuverlässigkeit gegeben ist und er daher nicht vom Vergabeverfahren auszuschließen ist, wird als „self-cleaning“ bezeichnet.<sup>555</sup> Es ist zu prüfen, ob der Bieter trotz Vorliegen eines Ausschlussgrundes seine Zuverlässigkeit tatsächlich wiederhergestellt hat. Es wird dabei eine Prognoseentscheidung getroffen. Ein Ausschluss des „self-cleanings“ ist nur dann zulässig, wenn ein Bieter durch eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung von der Teilnahme an Verfahren zur Auftrags- oder Konzessionsvergabe generell ausgeschlossen wurde.

Ad. IV: Welche Unterschiede gibt es zwischen dem Subunternehmereinsatz und der Eignungsleihe?

Der Begriff „Eignungsleihe“ bedeutet, dass sich ein Bieter zum Nachweis seiner finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit auf die Leistungsfähigkeit

---

<sup>553</sup> EuGH 30.01.2020, C-395/18, Tim SpA.

<sup>554</sup> EuGH 03.10. 2019, C-267/18, Delta.

<sup>555</sup> EuGH 11.06.2020, C-472/19, Vert Marine SAS.

eines anderen Unternehmens berufen kann. Dabei muss der Bieter gemäß § 86 BVergG 2018 nachweisen, dass er tatsächlich über die Mittel des anderen Unternehmens, die er nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, verfügen kann.

Jeder Vorgang, bei dem ein Unternehmen einem Bieter zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit und Befugnis seine Mittel zur Verfügung stellt ist als Eignungsleihe zu qualifizieren. Jedoch nicht jeder dieser Unternehmer ist auch ein Subunternehmer. Zu einem Subunternehmer wird ein solcher Unternehmer erst dann, wenn er einen Teil des Auftrages für den Bieter ausführt und nicht lediglich seine Mittel zur Verfügung stellt.

Aus der Judikatur des VwGH und den Materialien konnte abgeleitet werden, dass etwa beispielsweise bei einem Vermieter von Geräten, der die Geräte dem Bieter zum Nachweis seiner Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt, eine Eignungsleihe vorliegt. Da der Vermieter der Geräte dabei jedoch keinen Leistungsteil übernimmt, ist dieser Unternehmer nicht als Subunternehmer zu qualifizieren.

Im Gegensatz zum Subunternehmereinsatz übernimmt der herangezogene Unternehmer bei der Eignungsleihe daher nicht obligatorisch die Ausführung eines Leistungsteils, sondern stellt dem Bieter in gewissen Fällen lediglich seine Ressourcen zu Verfügung, damit dieser die Eignung besitzt um den Auftrag selbst ausführen zu können.

Ad V: Was ist eine Eigenerklärung und wo liegen die Unterschiede zu einer einheitlichen europäischen Eigenerklärung?

Eine Eigenerklärung ist gemäß § 80 Abs 2 BVergG 2018 eine Erklärung darüber, dass der Bewerber oder Bieter die vom öffentlichen Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllt und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen kann. Mit anderen Worten kann der Bieter oder Bewerber die Vorlage der entsprechenden Eignungsnachweise vorläufig durch die Eigenerklärung ersetzen. Die Eignung muss jedoch bereits bei Vorlage der Eigenerklärung vorliegen und die Nachweise auf Verlangen ohne unnötigen Aufschub vorgelegt werden können. Der öffentliche Auftraggeber kann selbst entscheiden, welche Nachweise er von den Bietern verlangt, dabei ist jedoch der allgemeine Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachtlich. Nur vom Zuschlagsempfänger im

Oberschwellenbereich muss der Auftraggeber die Nachweise verlangen und diese entsprechend prüfen.

Die EEE ist mit der österreichischen Eigenerklärung vergleichbar, es handelt sich dabei um eine „förmliche Erklärung des Wirtschaftsteilnehmers darüber, dass die einschlägigen Ausschlussgründe nicht vorliegen, dass die jeweiligen Eignungskriterien erfüllt sind und dass die vom öffentlichen Auftraggeber oder Sektorenauftraggeber verlangten relevanten Informationen beigebracht werden. Das von der Europäischen Kommission erstellte, elektronisch europaweit einheitliche Standardformular, soll die grenzüberschreitende Teilnahme von Unternehmen erleichtern.

Ad VI: Was ist bei der Bekanntgabe von Subunternehmern zu beachten?

Die Bekanntgabeverpflichtung aller Subunternehmer ergibt sich unmittelbar aus § 98 Abs 2 BVergG 2018 und stellt klar, dass Bieter sowohl alle Subunternehmer, als auch die Auftragsteile, welche durch Subunternehmer erbracht werden sollen, im Angebot oder dem Teilnahmeantrag bekannt zu geben haben. Zudem sind im Angebot auch alle Subsubunternehmer bekannt zu geben, die zur Auftragserfüllung herangezogen werden sollen.

Dabei sind sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. An die Nichtbekanntgabe eines erforderlichen Subunternehmers sind jedoch andere rechtliche Folgen geknüpft, als an die Nichtbekanntgabe eines nicht erforderlichen Subunternehmers. Die unterschiedlichen rechtlichen Konsequenzen wurden in dieser Dissertation herausgearbeitet wie folgt: Wird ein erforderlicher Subunternehmer im Teilnahmeantrag oder dem Angebot nicht namhaft gemacht, führt dies zum Ausscheiden des Angebots. Bei einem nicht erforderlichen Subunternehmer führt eine fehlende Bekanntmachung dazu, dass dieser Subunternehmer vom Auftraggeber abgelehnt werden muss, das Angebot verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren.

Eine Ausnahme von der allgemeinen Bekanntgabeverpflichtung besteht durch die Möglichkeit des Auftraggebers, die Bekanntgabeverpflichtung aller Subunternehmer aus sachlichen Gründen auf jene Subunternehmer zu beschränken, die wesentliche Teile des

Auftrages erbringen sollen. Ein solcher Grund könnte etwa die hohe Anzahl an Subunternehmer sein. Eine solche Beschränkung ist für den Auftraggeber deshalb von Vorteil, da somit auch die Eignungsprüfung auf diese geringere Anzahl an Subunternehmer beschränkt werden kann.

Es ist daher bei der Bekanntgabe von Subunternehmern stets darauf zu achten, ob es sich um einen erforderlichen oder nicht erforderlichen Subunternehmer handelt und ob die Bekanntgabeverpflichtung vom öffentlichen Auftraggeber eingeschränkt wurde.

Ad. VII. Ist eine Gesamtvergabe an Subunternehmer zulässig und wenn nicht, unter welchen Voraussetzungen können Teile des Auftrages an Subunternehmer vergeben werden?

Grundsätzlich ist es unzulässig den gesamten Auftrag an einen Subunternehmer zu übertragen. Ausgenommen davon sind Kaufverträge und die Weitergabe an verbundene Unternehmen. Es können daher nur Teile des Auftrages an Subunternehmer übertragen werden. Darin kann der Auftragnehmer jedoch nur in einem sehr engen Rahmen beschränkt werden. Der Auftraggeber kann dem Auftragnehmer nicht generell untersagen Teile des Auftrages durch Subunternehmer erbringen zu lassen. Auch darf der Auftraggeber nicht verlangen, dass der Auftragnehmer wesentliche Auftragsteile selbst ausführt. Darüber hinaus ist es nach höchstgerichtlicher Judikatur nicht zulässig den Anteil der Eigenleistung durch den Bieter bzw Bewerber abstrakt bzw prozentuell festzulegen.

Um einen Ausschluss des Angebots zu verhindern, ist bei der Vergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer entscheidend, ab wann von einer Gesamtvergabe des Auftrages an den Subunternehmer auszugehen ist. In der Judikatur wird dabei eine Gesamtvergabe angenommen, wenn der Bieter bzw Bewerber in Bezug auf die ausgeschriebene Leistung lediglich untergeordnete Koordinierungs- und Überwachungsfunktionen übernimmt, während sämtliche wesentlichen Leistungen von den namhaftgemachten Subunternehmern ausgeführt werden sollen. Zudem kann eine Gesamtweitergabe vorliegen, wenn der Leistungsteil des Bieters bzw Bewerbers in Verhältnis zum Leistungsteil des Subunternehmers klein oder unbedeutend ist. Meiner Ansicht nach kann die Grenze dabei nicht klar gezogen werden, es ist bei der Beurteilung immer auf den Einzelfall und den konkreten Leistungsgegenstand abzustellen.

Ad. VIII. Unter welchen Voraussetzungen kann der Auftraggeber die Selbstaussführung von Leistungsteilen verpflichtend vorschreiben?

Bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen sowie bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag kann der öffentliche Auftraggeber vorschreiben, dass bestimmte, von ihm festgelegte kritische Aufgaben vom Bieter selbst ausgeführt werden müssen. Der Auftraggeber kann für diese kritischen Aufgaben die Weitergabe an Subunternehmer ausschließen und den Auftragnehmer somit vorschreiben diese selbst in Eigenleistung zu erbringen.

Kritische Aufgaben sind dabei Leistungsteile, die nach subjektiver Ansicht des Auftraggebers eine besondere Fachkunde, ein besonderes Know-How, eine besondere Fähigkeit oder eine gewisse Eigenschaft des Auftragnehmers erfordern. Auch spezifische Anforderungen an die Qualität der Leistungserbringung können kritische Aufgaben begründen.

Die kritischen Aufgaben müssen transparent und konkret in der Ausschreibung angegeben werden. Die Festlegung als kritische Aufgabe muss durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt und angemessen sein. Der Auftraggeber muss genau anführen welcher Leistungsteil als kritische Aufgabe gewertet wird. Unzulässig wäre abstrakt einen gewissen Prozentsatz der Leistung als kritische Aufgabe festzulegen. Auch die Verpflichtung des Auftragnehmers einen wesentlichen oder überwiegenden Teil der Leistung selbst durchzuführen, wäre unzulässig.

Ad IX: Ist ein Wechsel bzw die nachträgliche Bekanntmachung von Subunternehmern vor bzw nach Zuschlagsentscheidung zulässig?

Grundsätzlich sind sowohl erforderliche als auch nicht erforderliche Subunternehmer im Teilnahmeantrag bzw im Angebot bekannt zu geben. Der Wegfall eines erforderlichen Subunternehmers stellt einen unbehebbarer Mangel dar und würde zum Ausscheiden des Angebots führen. Ein erforderlicher Subunternehmer kann daher nach Angebotsöffnung vor Zuschlagserteilung nicht gewechselt werden. Ist hingegen ein nicht erforderlicher

Subunternehmer nicht geeignet, muss dieser vom Auftraggeber abgelehnt werden, das Angebot verbleibt jedoch weiterhin im Vergabeverfahren und muss nicht ausgeschieden werden. In einem solchen Fall könnte die Nachnominierung eines nicht erforderlichen Subunternehmers jedoch die Wettbewerbstellung des Bieters verbessern und somit zu einer Ungleichbehandlung der Bieter führen, weshalb diese meiner Ansicht nach vor Zuschlagserteilung unter diesen Umständen nicht zulässig ist, dies ist jedoch nach wie vor strittig und wird eine einzelfallbezogene Beurteilung erfordern.

Nach Zuschlagserteilung ist ein Subunternehmerwechsel, somit sowohl der Austausch als auch die Nachnominierung eines Subunternehmers, unter gewissen Voraussetzungen zulässig. Nach schriftlicher Bekanntgabe des beabsichtigten Wechsels des Subunternehmers und Vorlage entsprechender Eignungsnachweise durch den Auftragnehmer, bedarf es der ausdrücklichen Zustimmung oder Ablehnung des Auftraggebers. Die Zustimmungsfiktion des Auftraggebers nach Ablauf von drei Wochen ist mit der BVergG-Novelle 2018 entfallen. Die Entscheidung des Auftraggebers ist dabei an gesetzliche Regelungen gebunden. Der Auftraggeber darf weder jedem Wechsel zustimmen, noch einen Wechsel willkürlich ablehnen.

Der zum Wechsel beabsichtigte Subunternehmer muss vom Auftraggeber auf seine Eignung überprüft werden. Die Überprüfung hat unverzüglich, dh ohne schuldhafte Verzögerung, jedoch längstens innerhalb von 3 Wochen zu erfolgen. Die Zustimmung kann durch den Auftraggeber nur aus sachlichen Gründen verweigert werden. Es darf durch den Austausch des Subunternehmers nicht zu einer wesentlichen Vertragsänderung kommen. Diese wäre etwa dann anzunehmen, wenn ein erforderlicher Subunternehmer nicht durch einen ebenso qualifizierten Subunternehmer ersetzt werden soll. Eine wesentliche Vertragsänderung liegt immer dann vor, wenn essentielle Bedingungen der ursprünglichen Wettbewerbsbedingungen verändert werden. So könnte etwa auch die Übertragung von kritischen Auftragsteilen an Subunternehmern nach Zuschlagserteilung eine wesentliche Vertragsänderung darstellen, wenn in der Ausschreibung die Selbstausführung dieser Leistungsteile vorgesehen war.

Die fehlende Bekanntmachung eines Subunternehmerwechsels kann im Wege einer Vertragsstrafe bzw Pönale oder bzw und einer Vertragsauflösungsklausel sanktioniert werden.

Ad. X: Kann sich ein Bieter als Subunternehmer und Bieter an einem Vergabeverfahren mehrfach beteiligen?

Grundsätzlich ist die Beteiligung als Bieter und Subunternehmer im selben Vergabeverfahren unter gewissen Voraussetzungen zulässig. In Hinblick auf kartellrechtliche Fragen ist der Auftraggeber nicht verpflichtet eine Feinprüfung durchzuführen, er kann einen gröberen Maßstab bei der kartellrechtlichen Prüfung anlegen. Bei einer Doppelfunktion als Bieter und Subunternehmer darf keinesfalls der Wettbewerb unter Bietern beeinträchtigt werden. Das Angebot der anderen Bieter darf nicht aufgrund der Rolle als Subunternehmer beeinflusst werden. Die Angebote aller Bieter müssen unabhängig formuliert sein und kein Unternehmer darf aufgrund seiner Stellung als Subunternehmer Kenntnis von den Angeboten anderer Bieter erlangen.

Auch ein Subunternehmer darf unter gewissen Voraussetzungen für mehrere Bieter im selben Vergabeverfahren tätig werden. Problematisch kann eine solche Mehrfachbeteiligung jedoch dann sein, wenn es zu einem wettbewerbswidrigen, verpönten Informationsaustausch zwischen Bietern über den Subunternehmer kommt. Ein solches Verhalten führt zum Ausscheiden des betroffenen Angebots.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass ein Unternehmer der aufgrund von Vorarbeiten für den Auftraggeber über Insiderwissen verfügt, nicht als Subunternehmer namhaft gemacht werden darf, da dies einen Wettbewerbsvorteil bedeuten würde.

Ad XI: Welche europarechtlichen Grundlagen sind bei der Subvergabe zu beachten?

Das österreichische Vergaberecht wird stark von europarechtlichen Vorgaben beeinflusst. Dabei ist die Vergaberichtlinie 2014 (RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG) die zentrale europarechtliche Bestimmung. Als maßgebliche Normen in Bezug auf den Subunternehmereinsatz sind dabei die Art 58-60, 63 und 71 RL 2014/24/EU zu nennen.

Doch nicht nur europarechtliche Richtlinien, sondern auch die Rechtsprechung des EuGH hat maßgeblichen Einfluss auf das österreichische Vergaberecht. Beispielfhaft seien leitende

Entscheidungen des EuGH bezüglich der Subvergabe genannt: C-267/18 Delta, C-210/20, Rad Service, C-406/14 Wroclaw, C-63/18 Vitali SpA, Rs C-176/98 Holst Italia, C-314/01 Siemens, ARGE Telekom & Partner.

Die europarechtlichen Grundlagen wurden im Zuge dieser Dissertation analysiert und die wichtigsten europäischen Leitlinien für den Subunternehmereinsatz herausgearbeitet.

Ad XII: Wie ist der Subunternehmereinsatz im deutschen Vergaberecht geregelt?

Subunternehmer werden nach deutschem Recht auch oft als Nachunternehmer oder in der gesetzlichen Definition als „Unterauftragnehmer“ bezeichnet. Die Subvergabe wird in deutschen Gesetzen „Unterauftragsvergabe“ genannt. Sie ist im deutschen Vergaberecht in § 36 und § 47 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) normiert. Dabei ist die Unterauftragsvergabe in § 36 VgV und die Eignungsleihe in § 47 VgV geregelt. Im Gegensatz zur Unterauftragsvergabe, muss bei der Eignungsleihe der aufgrund seiner Kapazitäten herangezogene Unternehmer keinen Auftragsteil ausführen.

Folgende Unterscheidungen wurden zum österreichischen Vergaberecht herausgearbeitet:

- Entgegen dem österreichischem Recht ist der Bieter nicht verpflichtet seiner Unterauftragnehmer im Angebot bekannt zu geben, es sei denn er wird in der Auftragsbekanntmachung oder der Vergabeunterlagen dazu aufgefordert.
- Der Bieter wird aufgrund eines namhaft gemachten nicht geeigneten erforderlichen Subunternehmers, entgegen dem österreichischem Recht, nicht sofort vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, sondern kann einen anderen Subunternehmer nachnominieren. Die Nachnominierung eines Subunternehmers nach Angebotsabgabe ist nach deutschem Recht zulässig.
- Die Bekanntmachung eines Subunternehmers muss, anders als im österreichischem Recht nicht zwingend im Angebot erfolgen, der Subunternehmer kann auch erst vor Vertragsabschluss und damit zu einem weitaus späteren Zeitpunkt benannt werden.
- Anders als die Eignungsprüfung im österreichischem, richtet sich diese im deutschen Vergaberecht nicht nach den Anforderungen (des Auftraggebers) an die den Auftrag betreffende erforderliche Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche und technische



Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit, sondern nach den im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) normierten fakultativen und zwingende Ausschlussgründe. Der öffentliche Auftraggeber hat dabei zu prüfen, ob solche Ausschlussgründe vorliegen, bevor er den Zuschlag erteilen kann. Bei zwingenden Ausschlussgründen nach § 123 GWB hat der öffentliche Auftraggeber vom Bieter bzw Bewerber jedenfalls den Austausch des Unterauftragnehmers zu verlangen. Liegen jedoch fakultativer Ausschlussgrund nach § 124 GWB vor, kann der öffentliche Auftraggeber einen solchen Austausch verlangen, muss dies jedoch nicht tun.

### **Conclusio:**

Bieter, Bewerber aber auch öffentliche Auftraggeber haben beim Subunternehmereinsatz diverse gesetzliche Regelungen zu beachten. Es ist daher für alle am Vergabeverfahren beteiligte Parteien wichtig die gesetzlichen Regelungen und deren Ausgestaltung zu kennen, um ein Ausscheiden des Angebots aus dem Vergabeverfahren oder eine rechtswidrige Zuschlagsentscheidung zu vermeiden. Diese Dissertation soll dem Rechtsanwender einen Leitfaden bieten, welche Beschränkungen und rechtlichen Rahmenbedingungen beim Subunternehmereinsatz zu beachten und einzuhalten sind.

In gewissen Bereichen, wäre eine noch genauere Konkretisierung durch die Höchstgerichte wünschenswert, um Auslegungsschwierigkeiten und Unklarheiten vorzubeugen.

Meiner Ansicht nach ist auch die Fortentwicklung der gesetzlichen Rahmenbedingungen des Subunternehmereinsatzes durch die europäische Rechtsprechung im Auge zu behalten, da diese wesentlichen Einfluss auf das österreichische Vergaberecht hat.

## **12. ANHANG**

### **12.1 Abstract Deutsch**

#### **Definition**

Der Subunternehmer wird in § 2 Z 35 BVergG 2018 als ein Unternehmer definiert, der Teile des an den Auftraggeber erteilten Auftrages ausführt. Eine gewisse Abgrenzung wird zu bloßen Lieferungen von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, vorgenommen, die nach der gesetzlichen Definition keine Subunternehmerleistungen darstellen.

In der Praxis stellen sich dabei jedoch immer wieder Abgrenzungsprobleme zu Hilfsunternehmern, weshalb sich diese Dissertation ausführlich mit der genauen Definition des Subunternehmerbegriffs und dessen Abgrenzung zu einem Hilfsunternehmer auseinandergesetzt hat.

Der Begriff des erforderlichen bzw nicht erforderlichen Subunternehmers wird im BVergG 2018 nicht definiert. Eine begriffliche Abgrenzung findet sich jedoch in den dazugehörigen Materialien. Die Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern wurde nach Analyse der Materialien und Judikatur des BVwG und des VwGH herausgearbeitet.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist die „Eignung“. In der Dissertation wurde dieser Begriff daher näher konkretisiert und die wesentlichen Merkmale dargestellt.

#### **Allgemeine Zielsetzung**

Für den Subunternehmereinsatz im Vergabeverfahren sind gewisse rechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten um ein Ausscheiden des Angebots des Bieters oder Bewerbers zu vermeiden. Um einen Überblick zu verschaffen und so einen rechtswidrigen Subunternehmereinsatz zu vermeiden, wurden die wichtigsten rechtlichen Vorgaben, nach näherer Auseinandersetzung mit Judikatur und Literatur, erörtert. Dies hat zur Beantwortung folgender Fragen beigetragen:

Was ist der Unterschied zwischen der Eignungsleihe und dem Subunternehmereinsatz?

Welche Vorgaben sind in Bezug auf die Bekanntgabeverpflichtung von Subunternehmern zu beachten?

Ist eine Gesamtweitergabe des Auftrages an Subunternehmer zulässig?

Kann der öffentliche Auftraggeber einen Bieter bzw Bewerber zur Selbstausführung verpflichten?

Unter welchen Voraussetzungen kann ein Subunternehmer vor und nach Zuschlagsentscheidung gewechselt werden?

Unter welchen Voraussetzungen ist eine Mehrfachbeteiligung als Subunternehmer und Bieter im selben Vergabeverfahren zulässig?

Welche europäischen Grundlagen sind zu beachten?

Wie unterscheidet sich das österreichische vom deutschen Vergaberecht?

## **Problemstellung**

Nach der Definition und Abgrenzung der maßgeblichen Begrifflichkeiten in Bezug auf den Subunternehmereinsatz wurden die rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf den Einsatz von Subunternehmern im Vergabeverfahren erörtert.

In Bezug auf die Bekanntgabeverpflichtung von Subunternehmern im Angebot wurden die Ausnahmen und rechtlichen Konsequenzen einer mangelhaften Bekanntgabe herausgearbeitet. Grundsätzlich sind alle Subunternehmer im Angebot oder dem Teilnaheantrag bekannt zu machen. Es wurde diesbezüglich die Frage erörtert, ob ein Wechsel des Subunternehmers oder die Benennung eines im Angebot oder Teilnahmeantrages noch nicht bekanntgegebenen Subunternehmers vor bzw nach Zuschlagsentscheidung zulässig ist. Dabei hat sich deutlich die Maßgeblichkeit der Abgrenzung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern gezeigt.

Die Gesamtweitergabe des Auftrages an Subunternehmer ist bis auf wenige Ausnahmen (Kaufverträge, verbundene Unternehmen) unzulässig. Fraglich ist in diesem Zusammenhang wann von einer Gesamtweitergabe auszugehen ist. Zur Beantwortung dieser Frage wurde die Judikatur analysiert und erörtert unter welchen Voraussetzungen von einer

Gesamtweitergabe gesprochen werden kann. Die Grenzziehung ist dabei nicht immer einfach und es ist in einer Einzelfallbeurteilung auf den konkreten Leistungsgegenstand abzustellen. Eine klare Entscheidung der Höchstgerichte liegt momentan nicht vor.

Unter gewissen Voraussetzungen kann die Vergabe von Leistungsteilen an den Subunternehmer in engem Rahmen eingeschränkt werden. Diesbezüglich war zu erörtern wann „kritische Aufgaben“ vorliegen und unter welchen Voraussetzungen der Auftragnehmer vom Auftraggeber zur Selbsterbringung solcher Leistungsteile verpflichtet werden kann.

Die Mehrfachbeteiligung im selben Vergabeverfahren als Bieter und Subunternehmer oder als Subunternehmer an den Angeboten mehrerer Bieter ist nicht generell ausgeschlossen. In dieser Dissertation wurde die Voraussetzungen für eine zulässige Mehrfachbeteiligung in einem Vergabeverfahren erörtert.

Aufgrund des maßgeblichen Einflusses der europäischen Gesetzgebung und Rechtsprechung auf das österreichische Vergaberecht wurde die leitende EuGH-Judikatur analysiert und die wesentlichen europarechtlichen Grundlagen dargestellt.

In Hinblick auf die Möglichkeit der Bieter oder Bewerber auch an anderen europäischen Vergabeverfahren teilzunehmen, wurden die wesentlichen Unterschiede des österreichischem Vergaberecht zum deutschen Vergaberecht erarbeitet.

## **12.2 Abstract Englisch**

### **Abstract – Subcontractors in Federal Procurement Law**

#### **Definition**

The subcontractor is defined in sect 2 no 35 Austrian Public Procurement Act 2018 (BVerG 2018) as a contractor who performs parts of the contract awarded to the contracting authority. A certain demarcation is made to mere supplies of goods or components required for the performance of a service, which do not constitute subcontractor services according to the legal definition.

In practice, however, problems of demarcation from auxiliary contractors arise often, which is why this dissertation has dealt in detail with the precise definition of the term subcontractor and its demarcation from an auxiliary contractor.

The concept of a necessary or non-necessary subcontractor is not defined in the BVergG 2018. However, a conceptual delimitation can be found in the related materials. The distinction between necessary and non-necessary subcontractors was worked out after analyzing the materials and case law of the Federal Administrative Court (BVwG) and the Administrative Supreme Court (VwGH).

Important in this context is "suitability". In this dissertation, this term was therefore defined in more detail and the essential characteristics were presented.

## General Objective

For the use of subcontractors in the award procedure, certain legal framework conditions must be complied with in order to prevent the bidder's or candidate's offer from being eliminated. In order to provide an overview and thus avoid the illegal use of subcontractors, the most important legal requirements were discussed after a closer examination of case law and literature. This has helped to answer the following questions:

What is the difference between suitability lending and the use of subcontractors?

What requirements must be observed with regard to the obligation to disclose subcontractors?

Is it permissible to subcontract the entire contract?

Can the contracting authority oblige a bidder or candidate to perform the contract itself?

Under what conditions can a subcontractor be changed before and after the award decision?

Under what conditions can multiple participation as a subcontractor and bidder be permissible in the same award procedure?

Which European principles must be observed?

How does Austrian procurement law differ from German procurement law?

## Problem definition

After the definition and delimitation of the relevant terms with regard to the use of subcontractors, the legal framework conditions with regard to the use of subcontractors in the award procedure were discussed.

With regard to the obligation to disclose subcontractors in the bid, the exceptions and legal consequences of inadequate disclosure were elaborated. In principle, all subcontractors must be disclosed in the bid or in the partial application. In this context, the question was discussed whether a change of subcontractor or the naming of a subcontractor not yet disclosed in the bid or request to participate is permissible before or after the award decision. This clearly showed the relevance of the distinction between necessary and non-necessary subcontractors.

With a few exceptions (purchase contracts, affiliated companies), the overall passing on of the contract to subcontractors is not permitted. In this context, it is questionable when total subcontracting is to be assumed. In order to answer this question, the jurisprudence was analyzed and discussed under which conditions one can speak of total subcontracting. It is not always easy to draw the line, and the concrete subject matter of the service must be assessed on a case-by-case basis. There is currently no clear decision by the highest courts.

Under certain conditions, the awarding of parts of the service to the subcontractor can be restricted within a narrow framework. In this regard, it was necessary to discuss when critical tasks exist and under which conditions the contractor can be obligated by the client to provide such parts of the service himself.

Multiple participation in the same award procedure as bidder and subcontractor or as a subcontractor in the bids of several bidders is not generally excluded. In this dissertation, the preconditions for permissible multiple participation in an award procedure were discussed.

Due to the significant influence of European legislation and case law on Austrian public procurement law, the leading European Court of Justice (ECJ) jurisprudence was analyzed and the main principles of European law were presented.

With regard to the possibility of bidders or applicants participating in other European procurement procedures, the main differences between Austrian procurement law and German procurement law were elaborated.

## 13. VERZEICHNISSE

### 13.1 Abkürzungsverzeichnis

|      |                                               |
|------|-----------------------------------------------|
| ABGB | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch           |
| Abs  | Absatz                                        |
| AG   | Auftraggeber                                  |
| AN   | Auftragnehmer                                 |
| AVG  | Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz       |
| BG   | Bundesgesetz                                  |
| BGBI | Bundesgesetzblatt für die Republik Österreich |
| BVwG | Bundesverwaltungsgericht                      |
| bzw  | beziehungsweise                               |
| DL   | Dienstleistung                                |
| EEE  | Einheitliche Europäische Eigenerklärung       |
| EG   | Europäische Gemeinschaft                      |
| EU   | Europäische Union                             |
| EuGH | Europäischer Gerichtshof                      |
| EWG  | Europäische Wirtschaftsgemeinschaft           |
| GU   | Generalunternehmer                            |
| hL   | herrschende Lehre                             |
| hM   | herrschende Meinung                           |
| idF  | in der Fassung                                |
| idgF | in der geltenden Fassung                      |
| iVm  | in Verbindung mit                             |
| oa   | oben angeführt                                |
| OGH  | Oberster Gerichtshof                          |
| OSB  | Oberschwellenbereich                          |
| RGBI | Reichsgesetzblatt                             |
| RL   | Richtlinie                                    |
| Rs   | Rechtssache                                   |
| Rz   | Randziffer                                    |



|           |                        |
|-----------|------------------------|
| Slg       | Sammlung               |
| SU        | Subunternehmer         |
| UAbs      | Unterabsatz            |
| UGB       | Unternehmensgesetzbuch |
| USB       | Unterswellenbereich    |
| VergabeRL | Vergaberichtlinie      |
| VO        | Verordnung             |
| VfGH      | Verfassungsgerichtshof |
| VwGH      | Verwaltungsgerichtshof |
| Z         | Ziffer                 |
| zB        | zum Beispiel           |

### 13.2 Literatur- bzw Quellenverzeichnis

|   |                                                                                                                                                                                      |
|---|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| - | <i>Aicher/Lessiak</i> , PLM-Projektbegleitendes Lösungsmanagement, ZVB 2020/96, 486.                                                                                                 |
| - | <i>Deutschmann/Heid</i> , zu § 86 BVergG 2018.                                                                                                                                       |
| - | <i>Gölles</i> in <i>Gölles</i> , BVergG 2018, § 98.                                                                                                                                  |
| - | <i>Gölles/Markarius/K.Fuchs</i> in <i>Gölles</i> , BVergG 2018 § 80.                                                                                                                 |
| - | <i>Gölles</i> in <i>Staub/Aicher/Ratka/Rauter</i> , Handbuch Bauvertrags- und Bauhaftungsrecht I Kap. 4.                                                                             |
| - | <i>Gföhler</i> , Subunternehmer oder Zulieferer? Versuch einer Abgrenzung, ZVB 2013/45, 155.                                                                                         |
| - | <i>Gölles</i> , Unzuverlässigkeit: Ausschluss wegen einer früheren Vertragsbeendigung sowie wegen Nichtangabe der Vertragsbeendigung in der EEE, ZVB 2020/17, 87.                    |
| - | <i>Hackl</i> , Personalüberlassungsfirmen als Subunternehmer, ZVB 2010/16, 59.                                                                                                       |
| - | <i>Hartlieb</i> , BVergG-Novelle 2016 und Einheitliche Europäische Eigenerklärung, ZVB 2016/25, 96.                                                                                  |
| - | <i>Heid/Deutschmann</i> in <i>Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)</i> , Handbuch Vergaberecht <sup>4</sup> (2015) Transparenzpflicht für alle Subunternehmer. |
| - | <i>Heid/Kondert</i> in <i>Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)</i> , Handbuch Vergaberecht <sup>4</sup> (2015) Eignung.                                        |

|   |                                                                                                                                                                                             |
|---|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| - | <i>Hoermandiger</i> , Bundesvergabegesetz: Leitsatzkommentar, § 98.                                                                                                                         |
| - | <i>Holoubek/Holzinger</i> , Durchführungsverordnung für die EEE, Jahrbuch Europarecht 2015.                                                                                                 |
| - | <i>Heid/Kondert</i> in <i>Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)</i> , Handbuch Vergaberecht <sup>4</sup> (2015) Eignung.                                               |
| - | <i>Lehner</i> in <i>Schwartz</i> , BVergG 2006 <sup>2</sup> § 240.                                                                                                                          |
| - | <i>Mayr</i> , Die Eigenerklärung bei der Eignungsprüfung, ZVB 2009/29, 115.                                                                                                                 |
| - | <i>Moick/Gföhler</i> , BVergG 2018, § 85.                                                                                                                                                   |
| - | <i>Neubauer</i> , Angebots- und Vertragsänderungen in Zusammenhang mit Subunternehmern, ZVB 2022/4, 13.                                                                                     |
| - | <i>Oppel</i> , Ein kurzer Grundriss zu Subunternehmern nach der BVergG-Novelle 2015 -Teil I, ZVB 2017/69, 301.                                                                              |
| - | <i>Oppel</i> , Eignung, Zuschlagskriterien und nachträgliche Vertragsänderung nach dem geplanten BVergG 2017, ZVB 2017/75, 318.                                                             |
| - | <i>Oppel</i> , BVergG 2018: Eine Übersicht, ZVB 2018/79, 294.                                                                                                                               |
| - | <i>Giese/Jahnel</i> , Subunternehmer, erforderlich, nicht erforderlich; Ausscheiden; Eignungsnachweis, bbl 2017, 203.                                                                       |
| - | <i>Pekar</i> , Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Leistungen des AN ausreichen, um eine Weitergabe des gesamten Auftrages auszuschließen, ZVB 2018/125, 522.                            |
| - | <i>Pinkenburg</i> , Unteraufträge und Eignungsleihe, <a href="http://www.vergabe24.de/blog/unterauftraege-und-eignungsleihe/">www.vergabe24.de/blog/unterauftraege-und-eignungsleihe/</a> . |
| - | <i>Plotz</i> , Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263.                                                                                                                           |
| - | <i>Salamun</i> , Beschränkung der Subvergabe mittels Prozentsatz des Auftragswerts, ZVB 2016/74, 310.                                                                                       |
| - | <i>Salamun</i> , "Erforderliche" und "zweckmäßige" Subunternehmer, ZVB 2013/111, 370.                                                                                                       |
| - | <i>Schiefer/Steindl</i> in <i>Heid Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte (Hrsg)</i> , Handbuch Vergaberecht <sup>4</sup> (2015) Subunternehmer.                                    |
| - | <i>Schlamadinger/Gföhler</i> , Praktische Probleme der Eigenerklärung, ZVB 2014/89, 296.                                                                                                    |
| - | <i>Schramm</i> , Einzelfragen zu Eignungsnachweisen und zur Eignungsprüfung nach der BVergG-Novelle 2009, ZVB 2010/133, 446.                                                                |
| - | <i>Wiesinger/Casati</i> in <i>Gölles</i> , BVergG 2018 § 81.                                                                                                                                |

|   |                                                                                              |
|---|----------------------------------------------------------------------------------------------|
| - | <i>Wiesinger</i> , Der vergaberechtliche Subunternehmerbegriff, ZVB 2016/27, 111.            |
| - | <i>Wiesinger/Gölles</i> in <i>Gölles</i> , BVergG 2018 § 363.                                |
| - | <i>Zellhofer/Schramm</i> in <i>Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel</i> , BVergG 2006, § 2 Z 33a. |

### 13.3 Gesetzesverzeichnis und Materialien

|   |                                                                                                                                                                                                         |
|---|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| - | Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch vom 1.6.1811, JGS 946 idgF (ABGB).                                                                                                                                  |
| - | Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) - BGBl. I Nr. 17/2006                                                                                              |
| - | Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) - BGBl. I Nr. 65/2018                                                                                              |
| - | Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. 1/1930 idF BGBl. 1013/1994                                                                                                                                              |
| - | Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge |
| - | Richtlinie 2014/24/EU des europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG                                   |
| - | ErläutRV 69 BlgNR 26 GP.                                                                                                                                                                                |
| - | ErläutRV 776 BlgNR 25. GP.                                                                                                                                                                              |
| - | ErläutRV 797 BlgNR 22. GP.                                                                                                                                                                              |
| - | RV 327 BlgNR 24. GP.                                                                                                                                                                                    |

### 13.4 Judikaturverzeichnis

|   |                                        |
|---|----------------------------------------|
| - | BVA 29.04.1997, N-9/96-28.             |
| - | BVA 02.10.2001, N- 80/01-19.           |
| - | BVA 23.10.2007, N/0084-BVA/05/2007-27. |
| - | BVA 25.03.2008, N/0020-BVA/13/2008-42  |
| - | BVA 03.02.2009, N/0171-BVA/04/2008-23. |
| - | BVA 12.05.2009, N/0022-BVA/11/2009-27. |

|   |                                        |
|---|----------------------------------------|
| - | BVA 25.11.2009. N/0110-BVA/09/2009-28. |
| - | BVA 28.10.2011, N/0090-BVA/02/2011-33. |
| - | BVA 10.09.2012, N/0071-BVA/04/2012-32. |
| - | BVA 24.09.2012, N/0068-BVA/09/2012-93. |
| - | BVwG 26.03.2014, W187 2001000-1.       |
| - | BVwG 25.07.2014, W187 2008585-2.       |
| - | BVwG 19.09.2014, W139 2009635-2/24E.   |
| - | BVwG 28.04.2015, W 139 2017669-2/69E.  |
| - | BVwG 16.03.2017, W134 2147309-2/31E.   |
| - | BVwG 23.08.2017, W139 2158106-2/30E.   |
| - | BVwG 07.09.2017, W 123 2163533-2/ 46E. |
| - | BVwG 12.12.2017, W131 2173580-2.       |
| - | BVwG 20.12.2017, W187 2175977-2.       |
| - | BVwG 06.03.2018, W 267 2165989-2/43E.  |
| - | BVwG 29.08.2018, W134 2200335-2.       |
| - | BVwG 12.11.2018, W187 2206514-2/43E.   |
| - | BVwG 18.10.2019, W273 2223161-2.       |
| - | BVwG 12.03.2020, W139 2224102-2.       |
| - | BVwG 27.08.2020, W120 2232166-2/21E.   |
| - | EuGH 20.09.1988, Rs C-31/87.           |
| - | EuGH 14.04.1994, Rs C-389/92.          |
| - | EuGH 18.12.1997, Rs C-5/97.            |
| - | EuGH 02.12.1999, Rs C-176/98.          |
| - | EuGH 18.03.2004, Rs C-314/01.          |
| - | EuGH 18.10.2012, Rs C-218/11.          |
| - | EuGH 10.10.2013, Rs C-94/12.           |
| - | EuGH 17.11.2015, Rs C-406/14.          |
| - | EuGH 14.01.2016, Rs C-234/14.          |
| - | EuGH 07.04.2016, Rs C-324/14.          |
| - | EuGH 27.10.2016, Rs C-292/15.          |
| - | EuGH 04.05.2017, Rs C-387/14.          |
| - | EuGH 13.07.2017, Rs C-76/16.           |
| - | EuGH 14.09.2017, Rs C-223/16.          |

|   |                                                       |
|---|-------------------------------------------------------|
| - | EuGH 20.12. 2017, Rs C-178/16.                        |
| - | EuGH 24.10.2018, Rs C-124/17.                         |
| - | EuGH 25.09.2019, Rs C-63/18.                          |
| - | EuGH 03.10.2019, Rs C-267/18.                         |
| - | EuGH 27.11.2019, Rs C-402/18.                         |
| - | EuGH 30.01.2020, Rs C-395/18.                         |
| - | EuGH 11.06.2020, Rs C-472/19.                         |
| - | EuGH 03.06.2021, Rs C-210/20.                         |
| - | LVwG Vorarlberg 26.07.2018, LVwG-314-7/2018-S2.       |
| - | UVS Steiermark 20.12.2010, UVS 443.7-7/2010-21.       |
| - | OGH 20.06. 2008, 1 Ob 52/08s.                         |
| - | OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.06.2014 VII-Verg 38/13. |
| - | Vergabekammer des Bundes, 29.03.2021, VK 2- 5/21.     |
| - | VfGH 20.06.2001, B 1560/00.                           |
| - | VfGH 30.11.2004, B 1499/02.                           |
| - | VwGH 31.05. 2000, 2000/04/0014.                       |
| - | VwGH 05.09.2001, 2000/04/0036.                        |
| - | VwGH 29.05.2002, 2002/04/0023.                        |
| - | VwGH 09.10.2002, 2000/04/0037.                        |
| - | VwGH 24.09.2003, 2003/04/0093.                        |
| - | VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186.                        |
| - | VwGH 18.05.2005, 2004/04/0094.                        |
| - | VwGH 20. 12. 2005, 2005/04/0072.                      |
| - | VwGH 24.02.2006, 2003/04/0194-5, 2003/04/0198-5.      |
| - | VwGH 29.02.2008, 2006/04/0135.                        |
| - | VwGH 27.05. 2009, 2007/04/0202-6.                     |
| - | VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203.2779.                   |
| - | VwGH 24.02.2010, 2006/04/0147-8.                      |
| - | VwGH 25.03.2010, 2010/04/0010-3.                      |
| - | VwGH 22.04.2010, 2008/04/0077.                        |
| - | VwGH 25.03.2010, 2010/04/0010-3                       |
| - | VwGH 20.05.2010, 2009/04/0294-6.                      |
| - | VwGH 26.11.2010, 2008/04/0027.                        |

|   |                                       |
|---|---------------------------------------|
| - | VwGH 12.05.2011, 2008/04/0087.        |
| - | VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043.        |
| - | VwGH 22.11.2011, 2006/04/0056.        |
| - | VwGH 18.06.2012, 2010/04/0011.        |
| - | VwGH 31.01.2013, 2010/04/0070.        |
| - | VwGH 12.09.2013, 2010/04/0149-8.      |
| - | VwGH 12.09.2013, 2012/04/0010.        |
| - | VwGH 17.06.2014, 2013/04/0033.        |
| - | VwGH 17.09.2014, 2013/04/0056.        |
| - | VwGH 27.10.2014, 2012/04/0065.        |
| - | VwGH 09.09.2015, Ro 2014/04/0062.     |
| - | VwGH 04.07.2016, Ra 2015/04/0085.     |
| - | VwGH 12.09.2016, Ra 2015/04/0081.     |
| - | VwGH 25.10.2016, Ra 2016/04/0109.     |
| - | VwGH 29.06.2017, Ra 2017/04/0055.     |
| - | VwGH 27.02.2019, Ra 2019/04/0019.     |
| - | VwGH 22.03.2019, Ro 2017/04/022.      |
| - | VwGH 18.09.2019, Ra 2018/04/0096.     |
| - | VwGH 19.11.2019, Ra 2017/04/0117.     |
| - | VwGH 11.09.<br>2020, Ra 2018/04/0157. |

### 13.5 Tabellenverzeichnis

|   |                                                                      |
|---|----------------------------------------------------------------------|
| - | Übersichtstabelle Subunternehmer - Hilfsunternehmer                  |
| - | Übersichtstabelle erforderliche / nicht erforderliche Subunternehmer |