MSc Programm
Immobilienmanagement & Bewertung

ACADEMY FOR CONTINUING EDUCATION

Die Rolle von Subunternehmern im Vergaberecht in der Bauwirtschaft

Masterthese zur Erlangung des akademischen Grades
“Master of Science”

eingereicht bei
Mag. Robert Ertl

Maximilian Pischulti, LL.B.

11773874

Wien, 06.03.2025

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Eidesstattliche Erklärung

Ich, **MAXIMILIAN PISCHULTI, LL.B.**, versichere hiermit

1. dass ich die vorliegende Masterthese, "DIE ROLLE VON SUBUNTERNEHMERN IM VERGABERECHT IN DER BAUWIRTSCHAFT", 83 Seiten, gebunden, selbständig verfasst, andere als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel nicht benutzt und mich auch sonst keiner unerlaubten Hilfen bedient habe, und
2. dass ich das Thema dieser Arbeit oder Teile davon bisher weder im In- noch Ausland zur Begutachtung in irgendeiner Form als Prüfungsarbeit vorgelegt habe.

Wien, 06.03.2025

_____
Unterschrift

Kurzfassung

Im heutigen Wirtschaftsleben ist bei der Erfüllung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die partnerschaftliche Leistungserbringung durch mehrere Unternehmen eine gängige Praxis. Es besteht die Möglichkeit, Teile der geforderten Leistung des Auftraggebers an Subunternehmer weiterzugeben. Dabei gelten nur Unternehmen als Subunternehmer, die auch Teile der ausgeschriebenen Leistung erfüllen. Unternehmen, die Auftragnehmer bei der Erfüllung des Auftrages bloß unterstützen, gelten als Hilfsunternehmen. Im Zuge dieser Masterthese soll eine nähere Definition von Subunternehmen und eine Abgrenzung zu anderen Unternehmen getroffen werden. Vor allem in der Bauwirtschaft ist der Einsatz von Subunternehmern kaum mehr wegzudenken. Bauaufträge erfordern oftmals eine technisch vielseitige Leistungserbringung. Die vollständige Durchführung von Aufträgen durch einzelne Unternehmen ist deshalb in manchen Fällen aufgrund fehlender oder zu geringer wirtschaftlicher Konkurrenzfähigkeit nicht möglich. Die Subvergabe bietet für die Teilnehmer eines Vergabeverfahrens unterschiedliche Vor- und Nachteile, die in der gegenständlichen Masterthese näher beleuchtet werden. Der Einsatz von Subunternehmern im öffentlichen Auftragswesen unterliegt den Bestimmungen des Bundesvergaberechts. Unter anderem müssen Bieter bereits im Angebot bekanntgeben, welche Subunternehmer hinzugezogen werden sollen. Zudem ist die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer unzulässig und der Wechsel von Subunternehmern ist nur eingeschränkt möglich. Darüber hinaus unterliegen Bieter und Subunternehmer einer strengen Eignungsprüfung. Es muss nachgewiesen werden können, dass im Auftragsfall Auftragnehmer und Subunternehmer, die Befugnis zur Leistungserbringung besitzen, keine Ausschlussgründe vorliegen, die gegen die berufliche Zuverlässigkeit der Unternehmen sprechen und, dass sie die Leistungsfähigkeit zur Erfüllung des Auftrages in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht besitzen. Die Masterthese soll ein Hauptaugenmerk auf den rechtmäßigen Einsatz von Subunternehmern in der Bauwirtschaft legen und die rechtlichen Folgen der Subvergabe für alle Teilnehmer an öffentlichen Vergabeverfahren untersuchen. Das Vergaberecht wird maßgeblich von der Rechtsprechung der Gerichte geprägt. Im Verlauf der Masterthese werden immer

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

wieder gerichtliche Entscheidungen herangezogen, um die rechtlichen Unklarheiten bezüglich des Einsatzes von Subunternehmern aufzuzeigen. Zudem werden anhand einschlägiger Literatur und Kommentare sowie der Erläuterungen der Regierungsvorlage zum BVergG die Fragen in Bezug auf Subunternehmen beantwortet. Insgesamt werden die einzuhaltenden rechtlichen Bedingungen für die Vergabe von Leistungen an Subunternehmer aufgezeigt, um ein Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu verhindern.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Inhaltsverzeichnis

1. EINLEITUNG 1

1.1. MOTIVATION 2
1.2. ABRISS DER ZENTRALEN FORSCHUNGSFRAGEN 3
1.3. GEPLANTE METHODISCHE VORGEHENSWEISE 3
1.4. AUFBAU DER MASTERARBEIT 4

2. ANWENDUNGSBEREICH DES VERGABERECHTS 5

2.1. PERSÖNLICHER GELTUNGSBEREICH 5
2.2. SACHLICHER GELTUNGSBEREICH 7
2.2.1. Bauaufträge 7
2.2.2. Lieferaufträge 8
2.2.3. Dienstleistungsaufträge 8
2.2.4. Gemischte Aufträge 8
2.2.5. Ausnahmen vom Geltungsbereich des BVergG 2018 9

3. EIGNUNG DER AUFTRAGNEHMER UND SUBUNTERNEHMER 12

3.1. EIGNUNG 12
3.1.1. Befugnis zur Leistungserbringung 13
3.1.2. Berufliche Zuverlässigkeit 15
3.1.3. Leistungsfähigkeit 17
3.2. SUBSTITUTION DER EIGNUNG DURCH ANDERE UNTERNEHMER 21
3.3. ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER UND NICHT ERFORDERLICHER SUBUNTERNEHMER 22

4. DIE BETEILIGTEN DER SUBVERGABE 26

4.1. AUFTRAGGEBER 26
4.2. BIETER UND AUFTRAGNEHMER 27
4.3. SUBUNTERNEHMER 28
4.3.1. Verbundene Unternehmen 31
4.3.2. Schlüsselpersonal 32
4.3.3. Personalüberlasser 33

5. ABGRENZUNG SUBUNTERNEHMER 36

5.1. ABGRENZUNG ZWISCHEN SUBUNTERNEHMER UND HILFSUNTERNEHMER 36
5.2. ABGRENZUNG ZWISCHEN SUBUNTERNEHMERN UND MITGLIEDERN VON BIETERGEMEINSCHAFTEN BZW ARBEITSGEMEINSCHAFTEN 41

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

6. DIE RECHTLICHEN FOLGEN DER SUBVERGABE IM VERGABEVERFAHREN 44

6.1. Recht des Bieters zum Einsatz von Subunternehmern 44
6.2. Offenlegungspflicht aller Subunternehmer 45
6.3. Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages 46
6.4. Beschränkung der Subvergabe 50
6.5. Solidarische Leistungserbringung bei Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit 52
6.6. Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern am Vergabeverfahren 53
6.7. Mitwirkung des Subunternehmers an der Ausschreibung 54

7. DIE RECHTLICHEN FOLGEN DER SUBVERGABE WÄHREND DER VERTRAGSERFÜLLUNG 55

7.1. Vertragserfüllung des Subunternehmers 56
7.2. Bekanntgabe neuer Subunternehmer 59

8. GRÜNDE UND VOR- UND NACHTEILE DER SUBVERGABE 62

9. CONCLUSIO 66

LITERATURVERZEICHNIS 71

Buchpublikationen 71
Zeitschriftenartikel 71
Kommentare 72
Internetquelle 72
Gesetzes- und Gesetzesmaterialienverzeichnis 73

JUDIKATURVERZEICHNIS 74

EuGH: 74
VwGH: 74
OGH: 74
BVwG: 74
LVwG: 74
BVA: 75

TABELLENVERZEICHNIS 76

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS 77

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

1. Einleitung

Subunternehmen werden in vielen Branchen eingesetzt. Vor allem in der Bauwirtschaft werden zur Erfüllung von wirtschaftlich anspruchsvollen und technisch komplexen Aufträgen oftmals Subunternehmer hinzugezogen. In vielen Fällen können und wollen Unternehmen Aufträge nicht selbstständig erfüllen. Der Einsatz von Subunternehmern hat dabei unterschiedliche Gründe. Subunternehmer haben oft spezifische Fähigkeiten und Kenntnisse in einem bestimmten Bereich, über die der Auftragnehmer oftmals nicht verfügt, oder können Leistungen preisgünstiger anbieten. Zudem können Auftragnehmer personelle, materielle und finanzielle Kapazitätsengpässe durch das Beauftragen von Subunternehmen überbrücken. Der Einsatz von Subunternehmern ermöglicht es Auftragnehmern, sich auf ihr Kerngeschäft zu fokussieren und für sie unwirtschaftliche Teile des Auftrages auszulagern. Durch den Einsatz von Subunternehmen wird auch kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) die Chance eröffnet, sich durch die Übernahme von Teilaufträgen an größeren und komplexeren Projekten zu beteiligen. Vielen KMUs fehlen die personellen und finanziellen Ressourcen, um Großaufträge zu übernehmen, und können nur als Subunternehmer Teilleistungen erbringen. Indem bei Vergabeverfahren eine größere Anzahl an Unternehmen teilnehmen kann, wird der potentielle Bieterkreis erweitert und der Wettbewerb bei öffentlichen Aufträgen gestärkt. Dies führt dazu, dass Auftraggebern tendenziell wirtschaftlich günstigere und technisch geeignetere Angebote zur Verfügung stehen. Die Vor- und Nachteile der Subvergabe für Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer sind vielschichtig und werden im Laufe der Masterthese näher untersucht. Grundsätzlich ist der Einsatz von Subunternehmern für viele Unternehmen attraktiv. Jedoch sind dabei einige rechtliche Bestimmungen einzuhalten, um ein Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu vermeiden.

Seit den Novellierungen des Bundesvergabegesetzes unterliegt die Vergabe von Teilleistungen an Subunternehmer umfassenden Regelungen. Dadurch soll ein fairer und transparenter Vergabeprozess sichergestellt werden. Die verpflichtende Offenlegung aller Subunternehmer schränkt illegale Beschäftigung ein und ermöglicht

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

es Auftraggebern, genau zu prüfen, welche Unternehmen insgesamt an der Umsetzung des Auftrages beteiligt sein werden. Dabei wird untersucht, ob der Bieter und der Subunternehmer geeignet sind, den Auftrag erfüllen zu können. Die Vergabe von Subunternehmerleistungen unterliegt auch einigen Schranken. Es ist unzulässig, den gesamten Auftrag an Subunternehmer weiterzugeben. Darüber hinaus besteht für den Auftraggeber die Möglichkeit, das Recht der Subvergabe einzuschränken. Für die Anwendung der rechtlichen Vorgaben für die Subvergabe ist zu klären, ob das unterstützende Unternehmen tatsächlich iSd BVergG als Subunternehmer tätig wird. Denn für Hilfsunternehmen, die bloß Bestandteile liefern oder den Auftragnehmer in die Lage versetzen, eine Leistung erfüllen zu können, gelten weniger strenge vergaberechtliche Bestimmungen. Dies sind nur ein paar rechtliche Hürden, die es für den rechtmäßigen Einsatz von Subunternehmen einzuhalten gilt. Zusammengefasst werden in dieser Masterthese die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Subunternehmereinsatz aufgezeigt. Zudem werden die Vor- und Nachteile der Subvergabe für Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer gegenübergestellt.

1.1. Motivation

Im Rahmen meiner beruflichen Tätigkeit bei einem Installations- und Gebäudetechnikunternehmen, welches Heizungs-, Kälte-, Lüftungs- und Sanitäranlagen plant und installiert, hat das Vergaberecht für die öffentliche Vergabe von Bauaufträgen eine große Relevanz. Einerseits nehmen wir mit unserem Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren als Bieter oder in Zusammenarbeit mit anderen Unternehmen als Bietergemeinschaft teil. Andererseits übernimmt unser Unternehmen oftmals als Subunternehmer Teile der ausgeschriebenen Leistung oder vergibt Teile des Auftrages an Subunternehmer. Unser Unternehmen nimmt somit im Zuge von öffentlichen Vergabeverfahren verschiedene Rollen auf der Seite der Auftragnehmer ein. Bevor jedoch dem Bieter bzw der Bietergemeinschaft der Zuschlag erteilt wird und ein Subunternehmer durch einen Auftragnehmer rechtswirksam beauftragt werden kann, sind einige rechtliche Bedingungen einzuhalten. Angebote von Bietern oder Bietergemeinschaften werden häufig ausgeschieden, da der Einsatz von Subunternehmern nicht den rechtlichen Anforderungen des BVergG entspricht. In dieser Masterthese soll deshalb der Fokus

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

auf die Teilnahme von Subunternehmern im Zuge eines Vergabeverfahrens, die rechtmäßige Subvergabe vor und nach Zuschlagserteilung und den Einsatz von Subunternehmern vor allem in der Bauwirtschaft gelegt werden.

1.2. Abriss der zentralen Forschungsfragen

Es soll in dieser Masterthese untersucht werden, in welchen Fällen der Vergabe von Aufträgen ein Vergabeverfahren anzuwenden ist und welche Möglichkeiten das Vergaberecht für Auftragnehmer schafft, um Leistungen an Subunternehmer weitergeben zu können und welche Schranken es auferlegt. Der Begriff des Subunternehmers im Vergaberecht und Zivilrecht soll näher definiert und von Hilfsunternehmen, Mitgliedern von Bietergemeinschaften und Lieferanten abgegrenzt werden. Eine Abgrenzung ist für die unterschiedliche Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen von Bedeutung. Darüber hinaus soll eine Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern getroffen werden. Dazu ist die für öffentliche Aufträge notwendige Eignung von Bietern und Subunternehmern näher darzustellen. Außerdem sollen die Fragen beantwortet werden, welche rechtlichen Folgen die Subvergabe im Vergabeverfahren vor und nach Zuschlagserteilung mit sich bringt. Abschließend sollen die unterschiedlichen Gründe für das Hinzuziehen von Subunternehmern und die Vorteile und Nachteile der Subvergabe für Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer näher beleuchtet werden.

1.3. Geplante methodische Vorgehensweise

Zur Beantwortung der Fragestellung und zur Ausarbeitung der Masterthese werden eine Analyse der anzuwendenden rechtlichen Bestimmungen und eine Recherche der einschlägigen Literatur und Kommentare und der betreffenden Judikatur durchgeführt. Die Erläuterungen der Regierungsvorlage zum Bundesvergabegesetz sollen ebenfalls für die Beantwortung der zentralen Forschungsfragen und für die Abgrenzung des Subunternehmers herangezogen werden. Zudem soll der Subunternehmer im Vergaberecht rechtsdogmatisch eingeordnet werden.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

1.4. Aufbau der Masterarbeit

Die gegenständliche Masterarbeit gliedert sich in neun Kapitel. Das erste einleitende Kapitel verschafft einen Überblick über die Gründe für den Einsatz von Subunternehmern und die damit verbundenen rechtlichen Hürden. Zudem werden die Forschungsfragen, die sich aus der Subvergabe ergeben, abgeleitet. Das zweite Kapitel klärt, in welchen Fällen Auftraggeber das Vergaberecht anzuwenden haben und wann in weiterer Folge die Bestimmungen für den Subunternehmereinsatz einzuhalten sind. In Kapitel drei werden die Beteiligten der Subvergabe näher beschrieben und untereinander abgegrenzt. Das vierte Kapitel grenzt Subunternehmer von Hilfsunternehmern und Mitgliedern von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften ab. Für ein besseres Verständnis der unterschiedlichen rechtlichen Folgen und Verpflichtungen, die sich aus dem Subunternehmereinsatz ergeben, ist es notwendig, die einzelnen Teilnehmer der Subvergabe voneinander zu unterscheiden. Darauf aufbauend werden in Kapitel fünf die Voraussetzungen für die erforderliche Eignung der Auftragnehmer und Subunternehmer erläutert und es wird eine Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern getroffen. Werden Subunternehmer für die Auftragserfüllung eingesetzt, ergeben sich unterschiedliche rechtliche Folgen, die im Vergabeverfahren einzuhalten sind. Diese werden in Kapitel sechs beschrieben. Die rechtlichen Folgen der Subvergabe nach der Zuschlagserteilung werden in Kapitel sieben beleuchtet. Das achte Kapitel stellt die Gründe und die Vor- und Nachteile der Subvergabe für Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer gegenüber. Abschließend werden in Kapitel neun die gesammelten Antworten auf die vorliegenden Forschungsfragen zusammenfassend dargestellt.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

2. Anwendungsbereich des Vergaberechts

Eingangs ist zu klären, welche Auftraggeber für welche Beschaffungsvorgänge ein verpflichtendes Vergabeverfahren durchzuführen haben. Die gesetzlichen Vorgaben des BVergG zum Einsatz von Subunternehmern gelten nur dann, wenn ein Beschaffungsvorgang dem Vergaberecht unterliegt. Für private Vergabeverfahren ist das Vergaberecht nicht anzuwenden und daher unterliegt der Einsatz von Subunternehmen bei privaten Beschaffungsvorgängen nicht dem BVergG. Es ist zunächst der sogenannte Geltungsbereich des Vergaberechts festzulegen. Der Geltungsbereich des BVergG teilt sich dabei in einen persönlichen und einen sachlichen Geltungsbereich auf. Im folgenden Abschnitt wird eine Abgrenzung getroffen, welche Auftraggeber das Vergaberecht für welche Auftragsvergaben anzuwenden haben.[1]

2.1. Persönlicher Geltungsbereich

Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2018 definiert, welche Auftraggeber für die Beschaffung von Leistungen das Vergaberecht anzuwenden haben. Es gelten gemäß § 4 Abs 1 Z 1 BVergG 2018 Gebietskörperschaften, also Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände, als öffentliche Auftraggeber. Außerdem werden nach § 4 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 Einrichtungen des öffentlichen Rechts ebenfalls als öffentliche Auftraggeber definiert, wenn sie zum Zweck der Erfüllung im Allgemeininteresse liegender Aufgaben nicht gewerblicher Art gegründet wurden, zumindest teilrechtsfähig sind und überwiegend durch öffentliche Auftraggeber beherrscht werden. Öffentlich-rechtlich organisierte Einrichtungen öffentlichen Rechts sind beispielsweise öffentliche Universitäten, Museen oder der österreichische Rundfunk. Ebenso gelten Einrichtungen öffentlichen Rechts, die privatrechtlich organisiert sind, als öffentliche Auftraggeber. Davon umfasst sind unter anderem die Bundesimmobiliengesellschaft mbH, die österreichische Nationalbank oder die ASFINAG.[2]

[1] *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht[6] (2022) 47.
[2] ebd. 53.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Der persönliche Geltungsbereich des BVergG 2018 erstreckt sich auch auf subventionierte Einrichtungen, die nicht bereits gemäß § 4 Abs 1 BVergG 2018 als öffentliche Auftraggeber einzustufen sind. Das Vergaberecht ist nach § 4 Abs 2 BVergG 2018 ebenfalls anzuwenden, wenn die Einrichtung im Oberschwellenbereich zu mehr als 50 % von einem öffentlichen Auftraggeber subventioniert wird und die Einrichtung Tiefbauarbeiten iSd Anhang I BVergG 2018 sowie Bauaufträge iSd Anhang II BVergG 2018 oder damit verbundene Dienstleistungsaufträge vergibt. Tiefbauaufträge gemäß Anhang I BVergG 2018 sind etwa Aufträge über Erdbewegungsarbeiten oder Aufträge über den Bau von Brücken, Tunneln, Straßen, Kläranlagen, Häfen oder Schleusen. Der Anhang II des BVergG 2018 umfasst Bauaufträge über die Errichtung von Krankenhäusern, Sportanlagen, Erholungsanlagen, Freizeitanlagen, Schulen und Hochschulen und Verwaltungsgebäuden. Nach § 4 Abs 3 BVergG 2018 ist zudem ein verpflichtendes Vergabeverfahren durchzuführen, wenn ein öffentlicher Auftraggeber im Namen und auf Rechnung einer Einrichtung subventionierte Tiefbauaufträge und Bauaufträge im Oberschwellenbereich vergibt.[3]

Darüber hinaus ist das BVergG 2018 auch auf Sektorenauftraggeber anzuwenden. Auftraggeber gelten als Sektorenauftraggeber, die eine der Sektorentätigkeiten gemäß §§ 170 bis 175 BVergG 2018 ausüben. Unter einer Sektorentätigkeit werden Tätigkeiten verstanden, die mit der öffentlichen Versorgung von Gas, Wärme, Elektrizität und Wasser sowie mit den Bereichen Verkehr, Postdienste, Förderung von Erdöl, Gas, Kohle oder anderer fester Brennstoffe und der Bereitstellung von Häfen und Flughäfen zusammenhängen. Somit sind auch private Unternehmen verpflichtet, ein Vergabeverfahren iSd BVergG durchzuführen, wenn sie eine der genannten Sektorentätigkeiten ausüben. Sektorenauftraggeber unterliegen den strengen rechtlichen Bedingungen des Vergaberechts, da Auftraggeber Tätigkeiten erbringen, die der Grundversorgung der Allgemeinheit dienen oder Grund und Boden nutzen, die ausschließlich zum Zweck der Sektorentätigkeit genutzt werden können. Deshalb sind Sektorenauftraggeber verpflichtet, ein Vergabeverfahren durchzuführen. Zudem ist der Kreis an potentiellen Auftraggebern im Sektorenbereich sehr begrenzt.[4]

[3] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 26-27.
[4] *Breitenfeld*, Verträge des Vergaberechts (2021) 43-46.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

2.2. Sachlicher Geltungsbereich

Der sachliche Geltungsbereich definiert, welche Leistungen vom BVergG 2018 umfasst sind. Das Vergabeverfahren ist für die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie auf die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber anzuwenden.[5] Gewisse Beschaffungsvorgänge von öffentlichen Auftraggebern sind von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen. Näheres zu den Ausnahmetatbeständen des sachlichen Geltungsbereichs unter Punkt 2.2.5.

2.2.1. Bauaufträge

Als Bauaufträge werden entgeltliche Verträge definiert, deren Vertragsgegenstand, die Ausführung oder gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen oder Bauvorhaben hat, sowie die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom öffentlichen Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig, mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.[6] Im Zuge der Erbringung von Bauleistungen werden verschiedene Begriffe verwendet, die abzugrenzen sind. Der EuGH hat die Legaldefinition des Bauwerks in seiner ständigen Rechtsprechung dahingehend ergänzt, dass ein Bauwerk alle erforderlichen Leistungen zur Herstellung eines funktionsfähigen Ganzen umfasst, das bis zur letzten Ausbau- und Installationsphase vollendet ist.[7] Als Bauwerk ist beispielsweise ein Gebäude, eine Straße, ein Bauabschnitt einer Straße oder eine Brücke einzustufen.[8] Bauleistungen sind Leistungen, die zur Herstellung eines Bauwerks notwendig sind, und werden in Anhang I des BVergG 2018 definiert. Der Begriff des Bauvorhabens umfasst neben der Herstellung eines Bauwerks auch andere Bauleistungen. Als Bauvorhaben gelten beispielsweise Sanierungen von Gebäuden oder Umbauarbeiten. Daher ist jedes

[5] § 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[6] § 5 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[7] § 2 Z 8 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[8] EuGH 5.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission/Frankreich); EuGH 18.1.2007, Rs C-220/05 (Auroux u.a.).

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Bauwerk als Bauvorhaben einzustufen, aber nicht jedes Bauvorhaben als Bauwerk.[9] Es liegt nach § 5 Z 3 BVergG 2018 auch bei Bauträger-, Miet-, Kauf- oder Leasingverträgen für Bauleistungen durch Dritte ein vergaberechtlicher Vorgang vor. Dies ist der Fall, wenn ein öffentlicher Auftraggeber nach eigenen Vorgaben und für eigene Zwecke eine Bauleistung durch einen Bauherrn durchführen lässt.[10]

2.2.2. Lieferaufträge

Lieferaufträge sind entgeltliche Aufträge zur Beschaffung von Waren, sowie Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation der Waren.[11] Der Warenbegriff umfasst alle Waren, die im Zuge von Handelsgeschäften durch entgeltliche Zahlungen ausgetauscht werden können. Es sind auch unbewegliche Gegenstände, wie beispielsweise die Lieferung von Elektrizität und Gas, vom Warenbegriff umfasst.[12]

2.2.3. Dienstleistungsaufträge

§7 BVergG 2018 gilt als Auffangtatbestand und definiert Dienstleistungsaufträge *„(…als entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind)“*.[13] Dienstleistungsaufträge werden zwischen allgemeinen und besonderen Dienstleistungsaufträgen aufgeteilt. Letztere werden im Anhang XVI BVergG 2018 taxativ aufgelistet und betreffen etwa Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits-, Bildungs- und Kulturbereich, sowie in der öffentlichen Verwaltung und im juristischen Bereich.[14]

2.2.4. Gemischte Aufträge

In der Praxis umfassen Aufträge oftmals eine breite Palette an zu erbringenden Leistungen. Aufträge, die Teile mehrerer Auftragsarten aufweisen, werden als

[9] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 (2018) Rz 3.42.
[10] *Gruber/Pesendorfer* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), BVergG[3] (2020) § 5 Rz 54.
[11] § 6 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[12] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 74.
[13] *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht[3] (2019) 41.
[14] *Trettnak-Hahnl* in *Raschauer, B./Ennöckl/Raschauer, N.*, Wirtschaftsrecht[4] (2021) Rz 919.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

gemischte Verträge bezeichnet. Für die Zuordnung eines Auftrages in Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge sieht § 8 BVergG 2018 Abgrenzungsregelungen vor. § 8 Abs 1 BVergG 2018 regelt den Fall von gemischten Aufträgen, die neben Bauleistungen auch Lieferungen und Dienstleistungen umfassen. Dabei ist nach dem sogenannten Main-Object-Test, ein gemischter Auftrag nach den vergaberechtlichen Regelungen jener Auftragsart zu vergeben, die den Hauptgegenstand des Auftrages bildet. Überwiegt die Bauleistung gegenüber der anderen Leistung des gemischten Auftrages, ist der Auftrag als Bauauftrag zu vergeben. Ist der Hauptgegenstand der Leistung die Lieferung einer Ware, ist der Auftrag als Lieferauftrag zu vergeben. Umfasst ein Auftrag nur Lieferungen und Dienstleistungen, aber keine Bauleistungen, ist nach dem Main-Value-Test iSd § 8 Abs 2 BVergG 2018 jener Auftragsteil ausschlaggebend, der einen höheren geschätzten Wert darstellt.[15]

2.2.5. Ausnahmen vom Geltungsbereich des BVergG 2018

Das Vergabeverfahren ist nicht auf alle Aufträge eines öffentlichen Auftraggebers anzuwenden. Gemäß § 9 BVergG 2018 werden taxativ bestimmte öffentliche Beschaffungsvorgänge von der Anwendung des Vergabeverfahrens ausgenommen. Nachdem das Hauptaugenmerk auf der bau- und immobilienwirtschaftlich relevanten Vergabe liegt, wird im Folgenden der einschlägige Ausnahmetatbestand für Liegenschaftsgeschäfte näher beleuchtet. Gemäß § 9 Z 10 BVergG 2018 sind *„(…Verträge über Erwerb, Miete oder Pacht von Grundstücken, Gebäuden oder anderen unbeweglichen Vermögen oder Rechten daran, ungeachtet deren Finanzierungsmodalitäten)“* nicht vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 erfasst.[16] Der Hintergrund dieser Regelung liegt darin, dass Immobilien sehr individuelle Eigenschaften, wie etwa Lage, Anbindung an das öffentliche Verkehrsnetz, Ausstattung oder baurechtliche Entwicklungsmöglichkeiten aufweisen und nicht gleichwertig substituiert werden können. Der Kreis an Anbietern für eine Immobilie, die die Anforderungen des Auftraggebers erfüllen, ist dementsprechend sehr klein und ein Wettbewerb ist daher nur sehr eingeschränkt möglich.[17]

[15] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 76.
[16] § 9 Z 10 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[17] *Heid* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht[4] (2015) Rz 671.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Bei Kauf-, Miet- und Pachtverträgen von Immobilien, die erst durch einen Dritten errichtet werden müssen, stellt sich die Frage, ob für die Bauleistung ein Vergabeverfahren nach § 5 Z 3 BVergG 2018 durchzuführen ist oder ob der Ausnahmetatbestand des § 9 Z 10 BVergG 2018 erfüllt ist. Nicht nur private Investoren, auch die öffentliche Hand schließt oftmals sogenannte Forward-Deals ab, um sich Liegenschaften vor Fertigstellung zu einem bestimmten Preis zu sichern. Werden Liegenschaften, die sich noch im Projektentwicklungsstadium befinden, verpachtet bzw vermietet, handelt es sich um Forward-Lease-Deals. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 22.4.2021 die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts bei einem Mietvertrag für ein noch zu errichtendes Gebäude beantwortet.[18] Anlass der Entscheidung war ein Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen die Republik Österreich, weil die Stadt Wien als öffentlicher Auftraggeber einen Mietvertrag für die eigene noch zu errichtende Unternehmenszentrale unterzeichnet hat, ohne ein Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung durchzuführen. Nach einer Markt- und Standortanalyse hat sich das Unternehmen der Stadt Wien, Wiener Wohnen, für das sich im Projektentwicklungsstadium befindliche Gebäude als zukünftige Unternehmenszentrale entschieden. Dem Forward-Lease-Deal wurden Unterlagen, wie Bebauungsstudien, Pläne und Bau- und Ausstattungsbeschreibungen des Vermieters sowie technische Anforderungen an das Gebäude von Wiener Wohnen zugrunde gelegt. Außerdem beauftragte Wiener Wohnen für den laufenden Baufortschritt eine externe, prozessbegleitende Kontrolle. Nach Ansicht der Kommission stellte der Abschluss des Mietvertrages über das geplante Bürogebäude von Wiener Wohnen eine Bauleistung durch Dritte dar und es hätte für den Bauauftrag ein Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen. Der EuGH stellte fest, dass sich der öffentliche Auftraggeber bei einer Anmietung für ein geplantes und noch zu errichtendes Bauwerk nicht auf den Ausnahmetatbestand für Liegenschaftsgeschäfte berufen kann, wenn der öffentliche Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Planung ausübt. Ein entscheidender Einfluss liegt demnach vor, wenn *„(..nachgewiesen werden kann, dass dieser Einfluss auf die architektonische Struktur dieses Gebäudes wie seine Größe, seine Außenwände und seine tragenden Wände*

[18] EuGH 22.4.2021, Rs C-537/19 (Wiener Wohnen).

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

ausgeübt wird)".[19] Bei diesem konkreten Sachverhalt sah der EuGH den Ausnahmetatbestand erfüllt, weil Wiener Wohnen keinen Einfluss auf die architektonische Struktur des Gebäudes ausgeübt hat, da noch bevor die Markt- und Standortanalyse durchgeführt wurde und noch bevor der Mietvertrag abgeschlossen wurde, die Planung des Gebäudes bereits abgeschlossen war. Die Vorgaben von Wiener Wohnen gingen nicht über übliche Anforderungen für ein Bürogebäude hinaus.[20]

Somit ist festzuhalten, dass der Abschluss von Bestandsverträgen eines öffentlichen Auftraggebers einen ausschreibungspflichtigen Bauauftrag darstellt, wenn nach den Anforderungen des öffentlichen Auftraggebers gebaut wird und dieser einen entscheidenden Einfluss auf die Planung und Ausführung des Bauvorhabens hat. Der Ausnahmetatbestand für Liegenschaftsgeschäfte kann nur dann geltend gemacht werden, wenn Standardimmobilien für die öffentliche Hand gebaut werden, die Immobilie für unterschiedliche Mieter genutzt werden kann und der öffentliche Auftraggeber keine Vorgaben über die üblichen Anforderungen eines Mieters einer Standardimmobilie hinaus trifft.[21]

Ist der persönliche und sachliche Geltungsbereich des Vergaberechts erfüllt, ist der Auftraggeber verpflichtet, ein Vergabeverfahren durchzuführen.[22]

[19] EuGH 22.4.2021, Rs C-537/19 (Wiener Wohnen).
[20] *Pekar*, Mietverträge mit der öffentlichen Hand sind – nicht immer – auszuschreiben!, ecolex 2021/514 810.
[21] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 34.
[22] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 2.2.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

3. Eignung der Auftragnehmer und Subunternehmer

Nimmt ein Unternehmen an einem öffentlichen Vergabeverfahren teil, ist in weiterer Folge eine Eignungsprüfung durchzuführen. Für eine erfolgreiche Zuschlagserteilung haben der Bieter bzw die Bietergemeinschaft und deren Subunternehmen nachzuweisen, dass sie für die Auftragserfüllung geeignet sind. Die fehlende Eignung eines der am Angebot beteiligten Unternehmen kann zum Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren führen. Im Folgenden wird auf das Kriterium der Eignung näher eingegangen.

3.1. Eignung

Die Vergabe hat an geeignete Unternehmen zu erfolgen. Als geeignet gelten Bieter, Bietergemeinschaften und Subunternehmer, die die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit zur Leistungserbringung besitzen.[23] Dabei müssen die Eignungskriterien kumulativ erfüllt werden. Fällt die unternehmensbezogene Eignungsprüfung in einem Kriterium negativ aus, gilt das Unternehmen insgesamt als nicht geeignet, den Auftrag erfüllen zu können. Die Eignungskriterien stellen daher Mindestanforderungen dar. Der Nachweis der Eignung darf vom Auftraggeber nur für die konkrete Leistung in einem verhältnismäßigen Ausmaß verlangt werden.[24] Die Eignungsprüfung soll sicherstellen, dass die beauftragten Unternehmen den Auftrag im Fall der Zuschlagserteilung auch tatsächlich erfüllen können. Die Prüfung der Eignung erfolgt in drei Abschnitten. Dabei wird geprüft, ob das Unternehmen die Befugnis besitzt, die Leistung erbringen zu dürfen, ob keine Ausschlussgründe vorliegen, die gegen die Zuverlässigkeit des Unternehmens sprechen, und ob das Unternehmen die Leistungsfähigkeit zur Erfüllung des Auftrages in wirtschaftlicher, finanzieller und technischer Hinsicht besitzt. Die Eignungsprüfung bezieht sich auf den Teil der Leistung, den Bieter, Mitglieder der Bietergemeinschaft und Subunternehmer jeweils übernehmen.[25]

[23] § 20 Abs 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[24] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 160 ff.
[25] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.2 ff.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

3.1.1. Befugnis zur Leistungserbringung

Die Befugnis, eine Leistung erbringen zu dürfen, bedeutet, dass der Unternehmer die berufliche Berechtigung besitzt, eine bestimmte Tätigkeit ausüben zu dürfen. Der Nachweis der Befugnis kann nach § 81 Abs 1 BVergG 2018 durch Urkunden über die Eintragung in den betreffenden Berufs- und Handelsregistern oder durch Bescheinigungen, die in Anhang IX des BVergG 2018 genannt werden, erfolgen. Für Österreich können die relevanten Nachweise aus dem Firmenbuch, dem Gewerbeinformationssystem (GISA) und dem Mitgliederverzeichnis der Landeskammern erfolgen. Der Firmenbuchauszug gilt nicht als Nachweis für die berufliche Befugnis. Bei Unternehmern mit Sitz im Ausland erfolgt der Nachweis der Befugnis nach den Bestimmungen des Sitzstaates, die ebenfalls in Anhang IX des BVergG 2018 aufgelistet werden.[26]

Der Subunternehmer muss die Befugnis für seinen zu erbringenden Teil der Leistung selbst erfüllen und kann den Nachweis der Befugnis nicht durch die Befugnis des Bieters ersetzen. Auch umgekehrt kann der Subunternehmer eine fehlende Befugnis des Bieters über den Teil der Leistung, den der Bieter auszuführen hat, nicht ersetzen. Es müssen also Bieter und Subunternehmer eine Befugnis über ihre jeweiligen Teile der Leistung nachweisen können.[27]

Die für den Nachweis notwendige Befugnis lässt sich nicht aus dem BVergG 2018 ableiten, sondern aus dem für das jeweilige Fachgebiet einschlägigen Gesetz, wie etwa aus der Gewerbeordnung, dem Ziviltechnikergesetz, dem Versicherungsaufsichtsgesetz, dem Abfallwirtschaftsgesetz, dem Bankwesengesetz, dem Kraftfahrliniengesetz, dem Gelegenheitsverkehrsgesetz oder der Rechtsanwaltsordnung.[28]

Für in der Bauwirtschaft tätige Unternehmer ist vor allem die Gewerbeordnung relevant. Die berufliche Berechtigung, eine Tätigkeit ausführen zu dürfen, ist nach der

[26] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.59 ff.
[27] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (265).
[28] *Wiesinger/Casati* in *Gölles*, BVergG 2018 (2019) §81 Rz 2.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Gewerbeordnung erfüllt, wenn das betreffende Gewerbe angemeldet ist und die Gewerbeberechtigung aufrecht ist. Für freie Gewerbe reicht eine aufrechte Anmeldung des Gewerbes aus. Für reglementierte Gewerbe ist zudem ein Befähigungsnachweis nach § 18 GewO erforderlich. In der Bauwirtschaft relevante reglementierte Gewerbe sind beispielsweise Baumeister, Bodenleger, Dachdecker, Elektrotechnik, Gas- und Sanitärtechnik, Heizungstechnik, Lüftungstechnik, Immobilientreuhänder (Immobilienmakler, Immobilienverwalter, Bauträger), Kälte- und Klimatechnik, Maler und Anstreicher, Keramiker, Platten- und Fliesenleger, Maler und Anstreicher, Stuckateure und Trockenausbauer, Ingenieurbüros (beratende Ingenieure), Tischler, Überlassung von Arbeitskräften, Wärme-, Kälte-, Schall- und Branddämmer und Holzbau-Meister.[29] Der Umfang der Gewerbeberechtigung richtet sich gemäß § 29 GewO nach dem Wortlaut des Gewerbes. Ergibt sich aus dem Wortlaut keine eindeutige Beschreibung des Umfangs des Gewerbes, sind die einschlägigen Rechtsvorschriften des betreffenden Gewerbes heranzuziehen. Beispielsweise lässt sich der genaue Umfang des Baumeistergewerbes nicht aus dem Wortlaut ableiten. Hierbei ist § 99 GewO für den Umfang des Baumeistergewerbes heranzuziehen und besagt, dass Baumeister etwa berechtigt sind, Hochbauten, Tiefbauten und andere verwandte Bauten zu planen, zu berechnen, zu leiten und die Bauaufsicht durchzuführen. Nach § 19 GewO kann der Befähigungsnachweis auch auf die individuelle Befähigung eingeschränkt sein. Beim Beispiel des Baumeisters kann also die Befähigung auch nur auf die Berechtigung zur Errichtung von Hochbauten eingeschränkt sein. In diesem Fall liegt dann auch nur eine Befugnis für diesen eingeschränkten Teil der Gewerbeberechtigung vor.[30] Ist bei verbundenen Gewerben wie etwa dem Gewerbe der Heizungstechnik und Lüftungstechnik (§ 94 Z 31 GewO) das Gewerbe in vollem Umfang angemeldet, besteht nach § 30 GewO die Befugnis, die Leistung fachübergreifend zu erbringen. Nach § 32 GewO stehen freien und reglementierten Gewerben zusätzlich zum Umfang der angemeldeten Gewerbeberechtigung auch gewisse Nebenrechte zu. Für die Bauwirtschaft sind etwa Nebenrechte wie die Montagetätigkeit, das Planungsrecht oder das Generalunternehmerrecht von Bedeutung. Das Nebenrecht der Montagetätigkeit berechtigt nach § 32 Abs 1 Z 6 GewO „(*das Aufstellen, die Montage, der Austausch*

[29] §94 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994.
[30] *Wiesinger/Casati* in *Gölles*, BVergG 2018 § 81 Rz 18 ff.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

schadhaft gewordener Bestandteile, die Nachfüllung von Behältern, das Anbringen von Zubehör und die regelmäßige Wartung der hergestellten, verkauften oder vermieteten Gegenstände)".[31] Das Nebenrecht der Planung berechtigt nach § 32 Abs 1 Z 8 GewO „(*Arbeiten, die im zulässigen Umfang ihrer Gewerbeausübung liegen, zu planen)".*[32] Für Subunternehmer ist zudem das Generalunternehmerrecht relevant. Nach § 32 Abs 1 Z 9 GewO können Generalunternehmer Gesamtaufträge übernehmen, sofern sie einen wichtigen Teil des Auftrages übernehmen. Der Teil der Leistung, für den der Generalunternehmer nicht über eine ausreichende Gewerbeberechtigung verfügt, muss von erforderlichen Subunternehmern durchgeführt werden.[33]

Neben dem Nachweis der Befugnis hat der Auftraggeber nach § 81 Abs 2 BVergG 2018 auch zu überprüfen, ob gegen den Unternehmer eine Untersagung der Dienstleistung iSd § 31 Lohn- und Sozialdumping-Bekämpfungsgesetz (LSD-BG) ausgesprochen wurde. Einem Unternehmer kann die Ausübung der Dienstleistung untersagt werden, wenn dieser beispielsweise seinen Arbeitnehmern nicht das zustehende Entgelt geleistet hat. Wurde einem Unternehmer eine solche Untersagungsentscheidung erteilt, fehlt die gewerbliche Befugnis und der Unternehmer erfüllt die erforderliche Eignung nicht. Das Angebot ist in einem solchen Fall auszuscheiden.[34]

3.1.2. Berufliche Zuverlässigkeit

Neben der Befugnis ist auch die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmers zu prüfen. Die berufliche Zuverlässigkeit ist in §§ 78, 80 Abs 1 Z 2, 82 und 83 BVergG 2018 geregelt. Die Prüfung der beruflichen Zuverlässigkeit soll eine reibungslose Leistungserbringung des Unternehmers gewährleisten. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung die geforderten Nachweise für die berufliche Zuverlässigkeit festzulegen, die belegen, dass gegen den Unternehmer kein Ausschlussgrund gemäß

[31] §32 Abs 1 Z 6 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994.
[32] §32 Abs 1 Z 8 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994.
[33] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 123 ff.
[34] *Elsner*, Vergaberecht (2023) Rz 4.162.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

§ 78 Abs 1 BVergG 2018 vorliegt. Als Nachweise können gemäß § 82 Abs 2 BVergG 2018 beispielsweise der Strafregisterauszug, die Insolvenzdatei, der Firmenbuchauszug, die Auskunft aus dem Gewerbeinformationssystem oder letztgültige Kontobestätigungen vorgelegt werden.[35] Der Auftragnehmer und der Subunternehmer müssen dabei die berufliche Zuverlässigkeit selbst nachweisen können. Nachdem der Nachweis über die berufliche Zuverlässigkeit aussagt, ob ein Unternehmen insgesamt als beruflich zuverlässig gilt und der Nachweis nicht auf einzelne Teilleistungen beschränkt werden kann, ist die berufliche Zuverlässigkeit nicht substituierbar. Somit kann ein Auftragnehmer die fehlende berufliche Zuverlässigkeit des Subunternehmers nicht ersetzen und umgekehrt kann auch der Subunternehmer nicht die fehlende berufliche Zuverlässigkeit des Auftragnehmers substituieren.[36] Der Nachweis der Eignung durch andere Unternehmen ist nur auf die Befugnis und die erforderliche Leistungsfähigkeit beschränkt zulässig.[37]

Doch welche Ausschlussgründe können vorliegen, die der beruflichen Zuverlässigkeit des Unternehmers entgegenstehen? Die Ausschlussgründe werden in § 78 BVergG 2018 taxativ aufgezählt. Solche Ausschlussgründe sind etwa rechtskräftige strafgerichtliche Verurteilungen, ein eröffnetes Insolvenzverfahren bzw mangels kostendeckenden Vermögens kein eröffnetes Insolvenzverfahren, Liquidation des Unternehmers, das Unternehmen hat für den Auftraggeber nachteilige Abreden mit anderen Unternehmen getroffen, schwere Verfehlungen, insbesondere gegen Arbeits- und Sozialrecht, wurden begangen, die Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern wurden nicht entrichtet oder bei früheren Aufträgen wurden erhebliche Mängel verursacht, die die vorzeitige Beendigung des Auftrages oder Schadenersatz zur Folge hatten.[38] Liegt ein solcher Ausschlussgrund vor, ist der Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Wurde der Unternehmer rechtskräftig strafgerichtlich verurteilt, ist dieser nach § 83 Abs 5 Z 1 BVergG 2018 für höchstens fünf Jahre ab dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Verurteilung von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Liegen Ausschlussgründe des § 78 Abs 1 Z 2 bis 5 und 7 bis 11 BVergG 2018 vor, wie zum Beispiel die genannte

[35] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 163.
[36] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (267).
[37] § 86 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[38] § 78 Abs 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder die Nicht-Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder Steuern, ist das Unternehmen für höchstens drei Jahre ab dem jeweiligen Ereignis von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen.[39]

Sollten bei einem Unternehmen solche Ausschlussgründe vorliegen, kann nach § 83 Abs 1 BVergG 2018 glaubhaft gemacht werden, dass die berufliche Zuverlässigkeit dennoch gegeben ist. Zur Glaubhaftmachung der beruflichen Zuverlässigkeit kann der Unternehmer nach § 83 Abs 2 BVergG 2018 technische, organisatorische und personelle Maßnahmen treffen. Es muss durch eine getroffene Maßnahme ausgeschlossen werden, dass der Ausschließungsgrund wiederholt vorliegen kann. Dabei müssen verursachte Schäden beglichen sein und zur Klärung allfälliger Straftaten muss mit den Ermittlungsbehörden umfassend zusammengearbeitet worden sein. Maßnahmen, die die berufliche Zuverlässigkeit glaubhaft machen, sind etwa die Einführung eines Bericht- und Kontrollwesens, die Einführung eines Organs zur regelmäßigen Überprüfung der maßgeblichen Vorschriften oder die Einführung von internen Haftungs- und Schadenersatzregelungen.[40]

3.1.3. Leistungsfähigkeit

Erfüllt der Unternehmer die geforderte Befugnis und die berufliche Zuverlässigkeit, ist darüber hinaus auch die Leistungsfähigkeit des Unternehmers zu prüfen. Dabei muss die Leistungsfähigkeit des Auftragnehmers und des Subunternehmers über den jeweils übernommenen Teil der Leistung vorliegen. Die Leistungsfähigkeit wird dabei nach wirtschaftlichen bzw finanziellen und technischen Kriterien geprüft.[41]

[39] § 83 Abs 5 Z 2 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[40] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (266).
[41] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 163.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Wirtschaftliche bzw finanzielle Leistungsfähigkeit

Bei der wirtschaftlichen bzw finanziellen Leistungsfähigkeit wird das Unternehmen darauf geprüft, ob es für die Leistungserbringung über eine ausreichende finanzielle Stabilität verfügt. Es soll ausgeschlossen werden, dass Unternehmen beauftragt werden, die nicht über die notwendigen finanziellen Ressourcen für die Ausführung des Auftrages verfügen.[42]

Der Auftraggeber kann nach § 84 BVergG 2018 zur Überprüfung der wirtschaftlichen bzw finanziellen Leistungsfähigkeit bestimmte in Anhang X des BVergG 2018 genannte Nachweise verlangen. Dabei darf der Auftraggeber Nachweise dem Auftragsgegenstand entsprechend nur in einem verhältnismäßigen Ausmaß verlangen.[43] Als Nachweis können beispielsweise eine Bonitätsauskunft, eine Berufshaftpflichtversicherung, der Jahresabschluss, eine Erklärung über den Gesamtumsatz, eine Einstufung der Bonität nach einem anerkannten Ratingsystem oder Nachweise über den Mindestgesamtjahresumsatz vorgelegt werden. Für Subunternehmer ist vor allem die Möglichkeit des Nachweises gemäß Anhang X Abs 1 Z 4 BVergG 2018 relevant. Stützt sich ein Auftragnehmer auf die Kapazitäten des Subunternehmers, um die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für einen Teil der Leistung nachzuweisen, kann der Subunternehmer eine Haftungserklärung über die solidarische Leistungserbringung abgeben.[44] Eine Bonitätsauskunft ist eine Erklärung der Bank über die Kreditwürdigkeit des Unternehmens.[45] Bei der Ausführung von Aufträgen können Schäden mit hohen Schadenerstazforderungen entstehen. Um die wirtschaftliche bzw finanzielle Leistungsfähigkeit des Unternehmens in einem solchen Schadensfall zu gewährleisten, ist eine Berufshaftpflichtversicherung mit entsprechend hoher Deckungssumme sinnvoll, die hohe Schadenerstazforderungen abdeckt.[46] Gerade bei komplexen Bauaufträgen ist das Risiko von Schäden hoch. Der Auftraggeber kann bei Bauaufträgen eine sogenannte Bauwesenversicherung als Nachweis für die

[42] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 163.
[43] § 20 Abs 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[44] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 84 Rz 24.
[45] ebd. Rz 8.
[46] ebd. Rz 14.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit verlangen, die Schäden bei Bauvorhaben abdeckt.[47] Ein Jahresabschluss bzw eine Bilanz stellt das Vermögen und die Verbindlichkeiten des Unternehmens dar und ermöglicht ebenfalls eine Bewertung der Kreditwürdigkeit.[48] Für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit sind auch Erklärungen über Gesamtumsätze oder Umsätze, die dem ausgeschriebenen Tätigkeitsbereich entsprechen, geeignet.[49] Der Auftraggeber kann zudem einen Nachweis über den Mindestgesamtjahresumsatz oder den Mindestjahresumsatz für den relevanten Tätigkeitsbereich verlangen. Dabei darf der geforderte Mindestgesamtjahresumsatz nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswertes übersteigen. Der Auftraggeber kann einen Mindestgesamtjahresumsatz verlangen, der den zweifachen geschätzten Auftragswert übersteigt, wenn er begründet, dass das Risiko von hohen Schäden besteht und eine besonders hohe wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gefordert ist.[50] Für die Bonitätsbewertung gelten als anerkannte Ratingagenturen der KSV 1870 oder der AKV Europa.[51]

Wenn der Unternehmer die vom öffentlichen Auftraggeber geforderten Nachweise aus einem berechtigten Grund nicht vorlegen kann, darf er nach § 84 Abs 2 BVergG 2018 seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auch durch Vorlage eines anderen vom öffentlichen Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises belegen. Es ist dabei zu unterscheiden, ob der Unternehmer bloß den geforderten Nachweis nicht erbringen kann oder ob er die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit generell nicht erfüllt. Es kann, wie aus § 84 Abs 2 BVergG 2018 hervorgeht, auch ein anderer geeigneter Nachweis vorgelegt werden. Sind die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit nicht durch andere geeignete Nachweise belegbar, fehlt dem Unternehmer die Eignung.[52]

[47] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018.§ 84 Rz 18.
[48] ebd. Rz 20.
[49] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 84 Rz 27.
[50] Anhang X Abs 2 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[51] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 84 Rz 38.
[52] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.72.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Technische Leistungsfähigkeit

Die Leistungsfähigkeit des Unternehmers ist nur gegeben, wenn neben der wirtschaftlichen bzw finanziellen Leistungsfähigkeit der Unternehmer auch über die technische Leistungsfähigkeit verfügt. Bei der Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit wird untersucht, ob der Unternehmer in technischer Hinsicht geeignet ist, seinen Teil der Leistung auch tatsächlich erbringen zu können. Der Unternehmer besitzt die technische Leistungsfähigkeit, wenn er über die notwendigen technischen und personellen Ressourcen verfügt und genügend Erfahrung in dem jeweiligen Tätigkeitsbereich vorweisen kann. Dem Auftraggeber steht nach § 85 BVergG 2018 das Recht zu, für die technische Leistungsfähigkeit einen Nachweis zu verlangen. Die technische Leistungsfähigkeit kann, wie aus § 85 BVergG 2018 hervorgeht, ausschließlich durch die in Anhang XI BVergG 2018 angeführten Nachweise belegt werden. Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit können Referenzprojekte, Ausstattungsnachweise, verschiedene Bescheinigungen und Angaben zu Personalressourcen vorgelegt werden. Bei Bauaufträgen kann der Auftraggeber eine Liste von Referenzprojekten über wesentliche Bauleistungen, die in den letzten fünf Jahren ausgeführt wurden, verlangen. Dadurch kann überprüft werden, ob der Unternehmer für die ausgeschriebene Leistung bereits genügend fachliche Erfahrung gesammelt hat. Beim Nachweis der Ausstattung soll sichergestellt sein, dass der Unternehmer über die für die Ausführung der Leistung notwendige technische Ausrüstung, Geräte und Maschinen verfügt. Vom Auftraggeber verlangte Bescheinigungen umfassen Nachweise des Lieferantenmanagements, Umweltmanagements und der Institute der Qualitätskontrolle. Angaben zu Personalressourcen beinhalten Bestätigungen über ausreichend qualifizierte Führungskräfte und Schlüsselpersonen, Erklärungen zur durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl und herangezogenen Subunternehmern.[53] Der Nachweis der durchschnittlichen Mitarbeiteranzahl aus den letzten drei Jahren soll sicherstellen, dass nur Unternehmen beim Vergabeverfahren teilnehmen, die über eine

[53] *Aspalter*, Handbuch Vergabe für Technikerinnen und Techniker: der Praxisleitfaden durch das österreichische Vergabeverfahren (2023) 61.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

entsprechend große Anzahl an Mitarbeitern verfügen, die für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages erforderlich sind.[54]

3.2. Substitution der Eignung durch andere Unternehmer

Oftmals kann der Bieter die vom Auftraggeber festgelegten Eignungskriterien nicht selbst vollständig erfüllen. Nach § 86 BVergG 2018 hat er das Recht, sich auf die Kapazitäten anderer Unternehmen zu stützen, um seine Eignung nachzuweisen. Wie bereits erwähnt können die Kapazitäten von Subunternehmen, Hilfsunternehmen und verbundenen Unternehmen zum Nachweis der Eignung herangezogen werden. Zudem können Bieter durch die Bildung einer Bietergemeinschaft, die Eignung in Hinblick auf die Befugnis und Leistungsfähigkeit untereinander ergänzen. Hilfsunternehmen, welche keine der ausgeschriebenen Leistungen erbringen, können nur Kapazitäten in Hinblick auf die Leistungsfähigkeit bereitstellen. Als Beispiele sei wiederholt angemerkt, etwa die Bereitstellung von Geräten, Maschinen oder Fahrzeugen. Subunternehmer, welche auch tatsächlich ausgeschriebene Leistungen erbringen, können die Befugnis und die wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit ersetzen. Die Substitution der Eignung ist jedoch nur für den Teil der Leistung, den der Subunternehmer übernommen hat, zulässig. Die berufliche Zuverlässigkeit eines Unternehmens ist nicht substituierbar. Stützt sich ein Bieter auf die Eignung eines anderen Unternehmens, ist dem Auftraggeber bereits bei der Angebotsabgabe der Nachweis vorzulegen, dass die Kapazitäten der anderen Unternehmen dem Bieter tatsächlich zur Verfügung stehen. Als Nachweis für die tatsächliche Verfügbarkeit kann der Subunternehmer eine unterfertigte Erklärung abgeben, die die Bereitstellung der erforderlichen Kapazität belegt.[55] Der EuGH hat in seinem Urteil vom 7.4.2016 entschieden, dass jene Unternehmen, die Kapazitäten bzw Referenzen zur Verfügung stellen, auch den entsprechenden Leistungsteil tatsächlich ausführen müssen.[56] Der BVwG folgte dieser Rechtsprechung und stellte klar, dass die bloße Bereitstellung von Kapazitäten nicht ausreichend ist, vielmehr ist dabei die tatsächliche Erbringung der Leistung des Subunternehmers erforderlich.[57]

[54] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (266).
[55] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 86 Rz 6.
[56] EuGH 7.4.2016, Rs C-324/14 (Partner).
[57] BVwG 26.4.2016, W123 2122272-1/34E.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

3.3. Erforderlicher Subunternehmer und nicht erforderlicher Subunternehmer

Beim Begriff des Subunternehmers ist zwischen erforderlichen Subunternehmen und nicht erforderlichen Subunternehmen zu unterscheiden. Auch diese Abgrenzung hat unterschiedliche vergaberechtliche Folgen.

Das Bundesvergabegesetz definiert die Begriffe erforderlicher und nicht erforderlicher Subunternehmer nicht. Die Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 98 BVergG 2018 liefert hierbei wieder Aufschluss. Demnach gelten als erforderliche Subunternehmer, „(…*Unternehmer, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind)*“. Als nicht erforderliche Subunternehmer gelten nach der Erläuterung „(…*Unternehmer, deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist)*“.[58]

Der Einsatz von Subunternehmern hat zwei Gründe. Ein Grund liegt darin, dass Bieter oftmals die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Eignungskriterien nicht erfüllen können und deshalb einen Subunternehmer hinzuziehen, der die Eignung für den Bieter substituiert. In diesem Fall gilt das hinzugezogene Unternehmen als erforderlicher Subunternehmer. Der andere Grund liegt darin, dass Bieter einen Subunternehmer nicht aufgrund der fehlenden Eignung beauftragen, sondern weil sie die Leistung nicht vollständig selbst erbringen können oder wollen. Dieser Fall beschreibt die Beauftragung eines nicht erforderlichen Subunternehmens.[59]

Im Folgenden wird auf den vergaberechtlichen Unterschied zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern eingegangen. Aus § 98 Abs 2 und § 127 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 ergibt sich die Pflicht, alle Subunternehmer im Angebot bekanntzugeben. Der Auftraggeber kann die Bekanntgabe nur auf Subunternehmer beschränken, die wesentliche Teile des Auftrages erbringen, sofern dies sachlich gerechtfertigt ist. Im Angebot hat der Bieter zu spezifizieren, welche Leistungsteile konkret von welchem Subunternehmer erbracht werden. Von der Verpflichtung zur Bekanntgabe sind somit grundsätzlich erforderliche und auch nicht erforderliche

[58] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 127.
[59] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.116.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Subunternehmen umfasst. Nur, wenn der Auftraggeber die Offenlegungspflicht von Subunternehmen auf wesentliche Teile des Auftrages einschränkt, sind nur jene Subunternehmen bekanntzugeben, die wesentliche Teile der Leistung erbringen. Allerdings ist festzuhalten, dass nach § 127 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 erforderliche Subunternehmer immer bekanntzugeben sind, selbst wenn diese keinen wesentlichen Teil der Leistungen übernommen haben. Jedoch sind dem Auftraggeber nach § 363 Abs 2 BVergG 2018 spätestens im Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung alle Subunternehmen zu nennen. Dadurch wird dem Auftraggeber eine Transparenz über die bei der Ausführung beteiligten Unternehmen verschafft.[60] Bleibt jedoch die Bekanntgabe der Subunternehmer im Angebot aus, hat dies für die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern unterschiedliche rechtliche Folgen. Nennt ein Bieter einen für die Eignung erforderlichen Subunternehmer im Angebot nicht, kann die Eignung des Bieters nicht nachgewiesen werden. Nach § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 sind daher Angebote von Bietern, deren Eignung nicht vollständig nachgewiesen werden kann, auszuscheiden.[61] Der Rechtsprechung des BVwG zufolge sind das Bilden einer Bietergemeinschaft und die Namhaftmachung eines erforderlichen Subunternehmers nach Abgabe des Angebots nicht zulässig.[62] Dies verhindert einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Bietern, die für die notwendige Eignung bereits vor Angebotsabgabe eine Bietergemeinschaft gebildet haben oder erforderliche Subunternehmer bekannt gegeben haben. Die Unterlassung der Bekanntgabe von nicht erforderlichen Subunternehmern oder die Nennung von ungeeigneten, nicht erforderlichen Subunternehmen führt nicht zwingend zum Ausscheiden des Bieters aus dem Vergabeverfahren. Der EuGH hat in seinem Urteil vom 30.1.2020 klargestellt, dass Bieter nicht automatisch auszuschließen sind, wenn sie sich auf die Kapazitäten von ungeeigneten, nicht erforderlichen Subunternehmen stützen.[63] Der Auftraggeber kann den nicht erforderlichen Subunternehmer, welcher für die Ausführung des Auftrages nicht geeignet ist, ablehnen. Dem Bieter muss jedoch die Möglichkeit geschaffen werden, ungeeignete, nicht erforderliche Subunternehmer ersetzen zu können. Der EuGH folgt in seinem Urteil vom 6.10.2021, welches einen belgischen

[60] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 150.
[61] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.119.
[62] BVwG 6.7.2022, W279 2255210-2/25E.
[63] EuGH 30.1.2020, Rs C-395/18 (Tim SpA).

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

vergaberechtlichen Fall betrifft, seiner Rechtsprechung, dass dem Bieter die Möglichkeit geschaffen werden muss, nicht erforderliche Subunternehmer, die nicht die entsprechenden Eignungskriterien erfüllen, ersetzen zu können.[64] Der EuGH verweist in seinem Urteil auf die Rs C-210/20 (Rad Service) und stellt klar, dass der Austausch bzw die nachträgliche Bekanntgabe von Subunternehmen nicht zu einer wesentlichen Änderung des Angebots führen darf, welche Einfluss auf den Wettbewerb haben könnte.[65] Lediglich, wenn der Austausch oder die nachträgliche Nennung eines nicht erforderlichen Subunternehmers keine wesentliche Änderung des Angebots bedeutet, hat der Auftraggeber dem Bieter die Möglichkeit zur Bekanntgabe eines nicht erforderlichen Subunternehmers nach Angebotsabgabe zu geben.[66] Ein nicht erforderlicher Subunternehmer wird gerade nicht für die Eignung des Bieters herangezogen. Die Eignung des Bieters bleibt aufrecht. Die Folgen der Unterlassung der Bekanntgabe eines nicht erforderlichen Subunternehmers richten sich nach § 363 Abs 1 BVergG 2018.[67] Demnach kann der erfolgreiche Bieter nach Zuschlagserteilung einen nicht erforderlichen Subunternehmer, der nicht im Angebot genannt wurde, mit der Zustimmung des Auftraggebers nachträglich einsetzen. Es besteht dabei dennoch das Risiko, dass der Auftraggeber den nachträglich genannten Subunternehmer aus sachlichen Gründen ablehnt.[68]

Der Bieter muss nicht nur alle Subunternehmer bekanntgeben, sondern er muss dem Auftraggeber auch nachweisen können, dass alle Subunternehmer für ihren konkret zufallenden Leistungsteil die erforderliche Eignung besitzen. § 98 Abs 3 BVergG 2018 unterscheidet dabei nicht zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern. Jedoch führt die fehlende Eignung von erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmern zu unterschiedlichen Rechtsfolgen. Kann die Eignung des erforderlichen Subunternehmers nicht nachgewiesen werden, ist auch die Eignung des Bieters nicht vollständig nachgewiesen. Das Angebot des Bieters ist nach österreichischer Judikatur zufolge mit Verweis auf § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 auszuscheiden.[69] Der EuGH sieht dies, wie bereits erörtert, differenzierter. Der

[64] EuGH 6.10.2021, Rs C-316/21 (Vandekerckhove).
[65] EuGH 3.6.2021, Rs C-210/20 (Rad Service).
[66] EuGH 6.10.2021, Rs C-316/21 (Vandekerckhove).
[67] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.124.
[68] § 363 Abs 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[69] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 150.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Rechtsprechung des EuGH zufolge muss dem Bieter gestattet werden, einen nicht geeigneten Subunternehmer austauschen zu können, wenn dies nicht zu einer wesentlichen Änderung des Angebots führen würde.[70] Wird ein erforderlicher Subunternehmer beauftragt, ist dem Auftraggeber zudem ein Verfügbarkeitsnachweis nach § 86 BVergG 2018 vorzulegen. Dabei muss nachgewiesen werden, dass dem erforderlichen Subunternehmer tatsächlich die erforderlichen Mittel zur Erbringung seiner Leistung zur Verfügung stehen. Liegt der Verfügbarkeitsnachweis zu spät vor, ist das Angebot aufgrund der fehlenden Eignung auch nach § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 auszuscheiden.[71] Der Auftraggeber hat ebenfalls die Eignung des nicht erforderlichen Subunternehmers im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit und Befugnis zu prüfen. Ein Verfügbarkeitsnachweis iSd § 86 BVergG 2018 ist nicht vorzulegen, kann aber vom Auftraggeber dennoch verlangt werden. Hingegen führt die fehlende Eignung des nicht erforderlichen Subunternehmers nicht zum Ausscheiden des Angebots. In diesem Fall hat der Auftraggeber den nicht erforderlichen Subunternehmer nach § 138 Abs 3 BVergG 2018 abzulehnen. Der Entscheidung des VwGH vom 29.6.2017 zufolge sind ungeeignete, nicht erforderliche Subunternehmer abzulehnen, jedoch führt die Ablehnung nicht automatisch zum Ausschluss des betreffenden Bieters aus dem Vergabeverfahren. [72] Wurde ein nicht erforderlicher Subunternehmer abgelehnt, steht dem Bieter nach § 363 Abs 1 BVergG 2018 ebenso das Recht zu, dem Auftraggeber nach Zuschlagserteilung einen anderen nicht erforderlichen Subunternehmer vorzuschlagen. Dieser muss auch der Prüfung der Eignung standhalten. Zudem muss der Auftraggeber dem Einsatz des neuen, nicht erforderlichen Subunternehmers zustimmen. Zu beachten ist, dass der Auftraggeber den nachträglich genannten Subunternehmer aufgrund einer mangelnden Eignung und aus sachlichen Gründen dennoch ablehnen kann.[73]

[70] EuGH 6.10.2021, Rs C-316/21 (Vandekerckhove).
[71] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.120.
[72] VwGH 29.6.2017, Ra 2017/04/0055.
[73] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 127.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

4. Die Beteiligten der Subvergabe

Für die Subvergabe sind von den Teilnehmern des Vergabeverfahrens unterschiedliche rechtliche Rahmenbedingungen einzuhalten. Im Folgenden werden die Beteiligten der Subvergabe eingeordnet.

4.1. Auftraggeber

Als Auftraggeber gilt nach § 2 Z 5 BVergG 2018 *„(...jeder Rechtsträger, der vertraglich an einen Auftragnehmer einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen gegen Entgelt erteilt oder zu erteilen beabsichtigt)“*.[74] Wie eingangs erörtert, erstreckt sich der persönliche Geltungsbereich des BVergG und die Pflicht zur Durchführung eines Vergabeverfahrens auf öffentliche Auftraggeber, subventionierte Einrichtungen und Sektorenauftraggeber. Für die rechtlichen Bestimmungen zu Subunternehmerleistungen ist eine Unterscheidung zwischen öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern nicht relevant. Die Regelungen zu Subunternehmerleistungen von § 98 BVergG 2018 entsprechen der von § 268 BVergG 2018. Der Unterschied liegt lediglich darin, dass § 98 BVergG 2018 auf öffentliche Auftraggeber anzuwenden ist und verweist dabei für die erforderliche Eignung auf § 80 BVergG 2018. Für Sektorenauftraggeber ist § 268 BVergG 2018 anzuwenden und für den Nachweis der erforderlichen Eignung wird auf § 251 BVergG 2018 verwiesen. Für öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber sind die wortgleichen Regelungen bezüglich Subunternehmerleistungen anzuwenden.[75] Deshalb wird in weiterer Folge für eine bessere Übersicht auf die rechtlichen Bestimmungen für öffentliche Auftraggeber Bezug genommen. Es werden nunmehr unter dem Begriff Auftraggeber, öffentliche Auftraggeber, subventionierte Einrichtungen und Sektorenauftraggeber umfasst. Für private Auftraggeber, die nicht als Sektorenauftraggeber tätig sind oder nicht zu mindestens 50 % von öffentlichen Auftraggebern subventioniert werden und Tiefbau- oder Bauaufträge vergeben bzw durch öffentliche Auftraggeber vergeben lassen, ist

[74] § 2 Z 5 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[75] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG³ § 268 Rz 1.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

das BVergG nicht anzuwenden und daher auch nicht für die Weitergabe von Leistungen an weitere Unternehmen.

4.2. Bieter und Auftragnehmer

Bieter sind jene Unternehmen, die bei einer Ausschreibung ein Angebot zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung abgeben.[76] Als Auftragnehmer gilt jenes Unternehmen, welches im Zuge des Vergabeverfahrens den Zuschlag erhalten hat und mit dem vertraglich vereinbart wird, dem Auftraggeber eine Leistung gegen Entgelt zu erbringen.[77] In der Bauwirtschaft können Auftragnehmer als Fachunternehmer, Generalunternehmer, Totalunternehmer oder Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft auftreten. Fachunternehmer ist kein im BVergG definierter Begriff, aber wird in der Praxis durchaus verwendet, wenn ein Unternehmen Leistungen im Rahmen seiner gewerberechtlichen Befugnis selbst ausführt. Generalunternehmer erfüllen Aufträge nicht vollständig selbst und setzen Subunternehmer zur Erfüllung von Teilen der geforderten Leistung ein. Totalunternehmer übernehmen im Gegensatz zu Generalunternehmern auch die Planung eines Projektes.[78] Das BVergG definiert Bietergemeinschaften als den Zusammenschluss von mehreren Unternehmen, die ein gemeinsames Angebot abgeben.[79] Wird die Bietergemeinschaft mit der Auftragserfüllung bestellt, handelt es sich um eine Arbeitsgemeinschaft.[80]

Gemäß § 20 Abs 1 letzter Satz BVergG 2018 sind öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Aufträge nur an befugte, leistungsfähige und zuverlässige, also geeignete Unternehmer zu vergeben. Bereits bei der Ausschreibung sind die Eignungskriterien nach § 2 Z 22 lit c BVergG 2018 bezogen auf den konkreten Auftrag festzulegen. Dabei dürfen die Eignungskriterien nicht diskriminierend sein. Die Eignungskriterien sind Mindestanforderungen, die der Bieter zwingend erfüllen muss, um nicht aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden zu werden. Der Bieter kann Leistungen an einen Subunternehmer nur rechtmäßig weitergeben, wenn der betreffende Subunternehmer

[76] § 2 Z 11 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[77] § 2 Z 6 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[78] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] (2019) 15 ff.
[79] § 2 Z 12 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[80] § 2 Z 4 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

ebenfalls die erforderliche Eignung erfüllt. Der Subunternehmer muss seine Eignung nicht für den gesamten Auftrag nachweisen können, sondern nur für den Teil der Leistung, den der Subunternehmer erbringen wird. Der Bieter hat gemäß § 98 Abs 2 BVergG 2018 bereits bei der Angebotsabgabe alle Teile des Auftrages, die er beabsichtigt an Subunternehmer zu vergeben, bekanntzugeben und hat auch alle Subunternehmer zu nennen, die er beabsichtigt einzusetzen.[81] Diese Offenlegungspflicht erstreckt sich auch auf die gesamte Subunternehmerkette. Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, nach § 98 Abs 2 Satz 2 BVergG 2018 die Bekanntgabe nur auf Subunternehmer zu beschränken, die wesentliche Teile des Auftrages übernehmen sollen. Wurde die Offenlegungspflicht eingeschränkt, hat der Auftragnehmer dem Auftraggeber nach § 363 Abs 2 BVergG 2018 spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung auch jene Subunternehmer bekanntzugeben, die nicht wesentliche Leistungsteile ausführen sollen. Dadurch besteht bereits in der Angebotsphase Transparenz darüber, welche Unternehmen an der Ausführung des Auftrages beteiligt sein werden. Näheres zu den Regelungen der Offenlegungspflicht von Subunternehmen unter Punkt 6.2.

4.3.Subunternehmer

Mit der BVergG-Novelle 2015 wurde erstmals der Subunternehmerbegriff gesetzlich definiert. Bis zu dieser Novelle hatte es im BVergG keine Legaldefinition für Subunternehmer gegeben. Die aktuelle Legaldefinition des Subunternehmers findet sich in § 2 Z 34 BVergG 2018 und lautet wie folgt: *„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“.*[82] Aus der Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 2 Z 34 BVergG 2018 ergibt sich, dass alle Unternehmen, die unabhängig von welchem Umfang Leistungen des Auftrages für einen Auftragnehmer selbst oder mit der Unterstützung von Gehilfen erbringen, als Subunternehmer zu definieren sind. Entscheidend für die Definition als Subunternehmerleistung ist dabei, dass eine Leistung, die konkret im Auftrag genannt wird, durch einen Subunternehmer

[81] § 98 Abs 2 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[82] § 2 Z 34 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

erbracht wird. Ein direktes vertragliches Verhältnis mit dem Auftragnehmer ist nicht notwendig, weil auch Unternehmen, die wiederum von Subunternehmen beauftragt werden und Teile des Auftrages ausführen, als Subunternehmer gelten. Alle Unternehmer, die nicht als Subunternehmer einzustufen sind, gelten demnach als sogenannte Hilfsunternehmer bzw Vorlieferanten.[83] Beabsichtigt ein Bieter, einen Kaufvertrag über die bloße Lieferung eines Produkts mit einem Unternehmen abzuschließen, gilt dieses als Vorlieferant und ist nicht als Subunternehmer einzustufen.[84] Eine nähere Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmern wird unter Punkt 4.1 getroffen.

Gesetzlich wird im Bereich des Zivilrechts der Begriff des Subunternehmers nicht definiert, aber es findet sich im ABGB eine Umschreibung des Subunternehmers. Wie aus den Erläuterungen der Regierungsvorlage zu § 2 Z 34 BVergG 2018 hervorgeht, stammt die vergaberechtliche Legaldefinition des Subunternehmers aus dem Werkvertragsrecht.[85] Ein Werkvertrag entsteht gemäß §§ 1151 iVm 1165 ABGB, wenn die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt geschuldet ist. Der Werkvertragsnehmer, wie der Auftragnehmer im Zivilrecht bezeichnet wird, hat das Werk bzw die geschuldete Leistung persönlich oder unter seiner persönlichen Verantwortung, also mit Gehilfen bzw Subunternehmern, zu erbringen. Im Zivilrecht wird dabei auf die geschuldete Leistung des Auftragnehmers abgestellt. Zulieferer gelten demnach grundsätzlich nicht als Erfüllungsgehilfen, da sie keinen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung erbringen. Die sogenannte Erfüllungsgehilfenhaftung besagt gemäß § 1313a ABGB, wenn bei der Erfüllung eines Vertrages dem Auftraggeber ein Schaden entsteht, so haftet der Auftragnehmer für das Verschulden des Erfüllungsgehilfen wie für sein eigenes Verschulden.[86] Nachdem ein Subunternehmer für den Auftragnehmer Leistungen erbringt, die der Auftragnehmer dem Auftraggeber schuldet, ist der Subunternehmer auch als Erfüllungsgehilfe zu sehen. Demnach haftet der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber auch für Schäden, die von seinem Subunternehmer verursacht worden sind. Jeder Unternehmer erbringt in der Subunternehmerkette Leistungen gegenüber

[83] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 14-15.
[84] BVA 16.12.2011, N/0112-BVA/10/2011-32.
[85] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 14.
[86] § 1313a ABGB, BGBl. Nr I 33/2024.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

seinem Auftraggeber auf eigene Rechnung und in eigenem Namen. Im Werkvertragsrecht regelt die zivilrechtliche Einordnung, ob ein Unternehmen als Erfüllungsgehilfe zu sehen ist, Haftungsfragen, die erst nach Erbringung des geschuldeten Werkes endgültig zu klären sind.[87] Hingegen muss im Vergaberecht aufgrund der Pflicht zur Offenlegung der eingesetzten Subunternehmer bereits bei der Abgabe des Angebots geklärt werden, ob ein Subunternehmer eingesetzt werden soll.[88]

Es kommt in der Praxis durchaus vor, dass der Auftragnehmer Subunternehmer beauftragt, die sich wiederum zur Leistungserbringung eines Subunternehmers bedienen, sogenannte Sub-Subunternehmer. Es entsteht ein vertragliches Verhältnis nur zwischen Subunternehmer und Sub-Subunternehmer, wie auch nur ein Vertrag zwischen dem Auftragnehmer und dem Subunternehmer entsteht. Dies gilt für die gesamte Subunternehmerkette, also auch wenn Sub-Subunternehmer einen weiteren Subunternehmer beauftragen. Die Subunternehmerkette geht so weit, sofern die eingesetzten Unternehmen auch als Subunternehmer tatsächlich Teile des Auftrages erbringen. Bei einer Erfüllungsgehilfenkette haftet der Auftragnehmer dem Auftraggeber auch für das Verschulden von Subunternehmern, die sein Subunternehmer einsetzt.[89] Der OGH hat in seiner Entscheidung vom 30.6.2022 festgehalten, dass der Auftragnehmer nur Regressforderungen gegen den von ihm beauftragten Subunternehmer stellen kann, weil kein Vertrag mit dem Sub-Subunternehmer vorliegt.[90] Es kann kein sogenannter Sprungregress des Auftragnehmers gegenüber dem Sub-Subunternehmer in einer Erfüllungsgehilfenkette in Anspruch genommen werden. Der Auftragnehmer muss sich an seinen Vertragspartner, also den von ihm beauftragten Subunternehmer, regressieren. Der Subunternehmer kann sich dann wiederum an seinen Subunternehmer regressieren.[91]

[87] *Oppel*, Ein kurzer Grundriss zu Subunternehmern nach der BVergG-Novelle 2015, ZVB 2017/69, 302.
[88] *Heid/Schiefer*, Der Subunternehmerbegriff im Vergaberecht, VIL 2016/3, 2.
[89] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.118.
[90] OGH 30.06.2022, 4 Ob 99/22w.
[91] OGH 30.06.2022, 4 Ob 99/22w = Zak 2022/483 (*Kolmasch*).

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Nach der Definition der ÖNORM B 2110 wird der Begriff des Subunternehmers nahezu wortgleich, wie in der Legaldefinition des § 2 Z 34 BVergG 2018 abgegrenzt. Die ÖNORM B 2110 definiert einen Subunternehmer, auch Nachunternehmer genannt, in Abschnitt 3.14 als „(..*einen Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich an den Auftragnehmer gebunden ist. Die bloße Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, stellt keine Subunternehmerleistung dar).“*[92]

Auch aus der Gewerbeordnung lässt sich die Möglichkeit eines Auftragnehmers, Gesamtaufträge zu übernehmen und Teile des Auftrages an weitere Gewerbetreibende (Subunternehmer) zu vergeben, ableiten. Gemäß der betreffenden Bestimmung des § 32 Abs 1 Z 9 GewO steht Gewerbetreibenden das Recht zu, „(…*Gesamtaufträge zu übernehmen, sofern ein wichtiger Teil des Auftrages ihrem Gewerbe zukommt, jedoch unter der Voraussetzung, dass sie die Arbeiten, für deren Ausführung sie keine Gewerbeberechtigung besitzen, durch befugte Gewerbetreibende ausführen lassen)“.*[93] Dabei muss auch der Gewerbetreibende, der als Subunternehmer einen Teil der Leistung übernimmt, für seine Leistung eine Gewerbeberechtigung vorweisen können bzw die entsprechende Befugnis erfüllen. Daraus lässt sich schließen, dass eine fehlende Befugnis des Auftragnehmers durch die Befugnis des Subunternehmers substituierbar ist, aber der Auftragnehmer nicht eine fehlende Befugnis des Subunternehmers ersetzen kann.[94]

4.3.1. Verbundene Unternehmen

Die Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 2 Z 34 BVergG 2018 stellt klar, dass auch Unternehmen, die Teile des Auftrages für ein mit ihnen verbundenes Unternehmen erbringen, als Subunternehmen gelten.[95] Als verbundene Unternehmen nach § 2 Z 40 BVergG 2018 gelten Unternehmen:

[92] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 19.
[93] §32 Abs 1 Z 9 GewO 1994, BGBl. Nr. 194/1994.
[94] *Wiesinger*, Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht (Teil I), ZVB 2008/79, 298 ff.
[95] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 15.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

- deren Jahresabschluss mit demjenigen des Auftraggebers oder Bieters konsolidiert ist,
- auf die der Auftraggeber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann,
- die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber oder Bieter ausüben können oder
- die gemeinsam mit dem Auftraggeber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen.

Ein beherrschender Einfluss kann vermutet werden, wenn ein Unternehmen mittelbar oder unmittelbar die Mehrheit der Anteile oder der Stimmrechte des anderen Unternehmens verfügt oder die Mehrheit der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.[96] Das UGB definiert verbundene Unternehmen als zwei oder mehrere Unternehmen innerhalb einer Gruppe. Eine Gruppe besteht dabei aus einer Muttergesellschaft und den jeweiligen Tochtergesellschaften.[97]

Die Weitergabe von Leistungen an verbundene Unternehmen, zum Beispiel von einer Muttergesellschaft an eine Tochtergesellschaft, gilt als Subvergabe. Jedoch ist das Subunternehmerverhältnis innerhalb von verbundenen Unternehmen gegenüber nicht verbundenen Unternehmen begünstigt, da gemäß § 98 Abs 1 BVergG 2018 die Weitergabe des gesamten Auftrages an verbundene Unternehmen zulässig ist.[98] Verbundene Unternehmen, die als Subunternehmer tätig werden, haben auch die Eignung über die übernommene Leistung vorzulegen.[99]

4.3.2. Schlüsselpersonal

Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung Eignungskriterien für die Leistungsfähigkeit des Bieters festlegen. Um die geforderte Leistungsfähigkeit zu erfüllen, kann der Auftraggeber fordern, eine Schlüsselperson, welche über die

[96] § 2 Z 40 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[97] §189a UGB, BGBl. I Nr. 46/2019.
[98] § 98 Abs 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[99] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.132.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

notwendige fachliche Kompetenz und Erfahrung verfügt, zu nominieren und einzusetzen. Nach Ansicht von *Dillinger/Opel* gilt eine Schlüsselperson, die im Zuge eines Werkvertrages oder freien Dienstvertrages für den Bieter tätig wird, als Subunternehmer. Ist die Schlüsselperson auf Basis eines Arbeitsvertrages beim Bieter angestellt, gilt diese nicht als Subunternehmer. Als Subunternehmer sind auch Geschäftsführer eines Bieters einzustufen, wenn sie für das Unternehmen im Zuge eines Werkvertrages tätig werden.[100] Die Judikatur ist hierbei gegenteiliger Meinung. Nach Ansicht des BVwG ist eine Schlüsselperson auf Werkvertragsbasis, die in einem Vergabeverfahren nominiert wurde, nicht als Subunternehmer anzusehen.[101] Es lässt sich im Allgemeinen sagen, dass die Einstufung von Einzelpersonen als Subunternehmer davon abhängt, ob die Person im Rahmen eines Arbeitsvertrages, Werkvertrages oder freien Dienstvertrages für den Bieter tätig wird. Erbringt die Person eine Leistung für den Bieter auf Basis eines Werkvertrages oder freien Dienstvertrages, gilt sie im Sinne des Arbeits- und Steuerrechts als selbständiges Unternehmen. Vergibt der Bieter bzw der Auftragnehmer eine Leistung an eine Person, die als selbständiges Unternehmen auftritt, kann eine Subunternehmerleistung vorliegen. Arbeitnehmer sind keine Subunternehmer, weil sie nicht als selbstständiges Unternehmen auftreten.[102]

4.3.3. Personalüberlasser

Als Arbeitskräfteüberlassung gilt nach § 1 Abs AÜG die Beschäftigung von Arbeitskräften, die zur Arbeitsleistung an Dritte überlassen werden.[103] Für den Begriff der Arbeitskräfteüberlassung werden auch Begriffe wie Personalüberlassung, Leiharbeitsverhältnis oder Leasingpersonal verwendet. Unter allen Begriffen ist zu verstehen, dass ein Unternehmen (Überlasser) seine Arbeitnehmer einem dritten Unternehmen (Beschäftiger) zur Verfügung stellt. Greift ein Bieter auf eine Personalüberlassung zurück, vergibt er dabei eine Leistung an ein drittes

[100] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.135.
[101] BVwG 20.12.2017, W187 2175977-2.
[102] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (264).
[103] § 1 Abs 1 AÜG, BGBl. I Nr. 174/2021.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Unternehmen.[104] Es kann sich dabei die Frage stellen, ob der Überlasser hierbei als Subunternehmer auftritt.

Die Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 2 Z 34 BVergG 2018 nennt als Beispiel für eine Hilfsunternehmerleistung die Überlassung von Arbeitskräften.[105] Dies wurde auch von der Rechtsprechung bestätigt, wonach Personalüberlasser als Hilfsunternehmer und nicht als Subunternehmer anzusehen sind.[106] Jedoch muss dies nicht zwingend der Fall sein. Wird in der Leistungsbeschreibung des Auftrages konkret die Überlassung von Arbeitskräften bzw Personal gefordert, gilt die Weitergabe dieser Leistung als Subunternehmerleistung. Es wird dabei eine konkret geforderte Leistung des Auftraggebers erbracht. Nur, wenn die Personalüberlassung nicht konkret in der Leistungsbeschreibung erfasst ist, versetzt der Überlasser den Auftragnehmer lediglich in die Lage, den Auftrag erfüllen zu können und wird als Hilfsunternehmer tätig.[107]

Folgendes Organigramm soll die erwähnten relevanten Beteiligten bei der Auftragsvergabe und der Vergabe von Subunternehmerleistungen übersichtlich darstellen. In der Angebotsphase übermittelt der Bieter bzw die Bietergemeinschaft ein Angebot an den Auftraggeber. Wird einem Bieter bzw der Bietergemeinschaft der Zuschlag erteilt und das Angebot wird angenommen, kommt es in weiterer Folge zu einer vertraglichen Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer bzw Arbeitsgemeinschaft. Der Bieter bzw die Bietergemeinschaft und der Auftragnehmer bzw die Arbeitsgemeinschaft können für die Auftragserfüllung dritte Unternehmen hinzuziehen, wie Sub- oder Hilfsunternehmen. Subunternehmen können wiederum weitere Subsubunternehmen für die Leistungserbringung heranziehen.

[104] *Knell*, Arbeitskräfteüberlassung (Stand 16.9.2024, Lexis Briefings in lexis360.at).
[105] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 115.
[106] BVA 4.10.2013, N/0088-BVA/10/2013-40.
[107] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 54.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

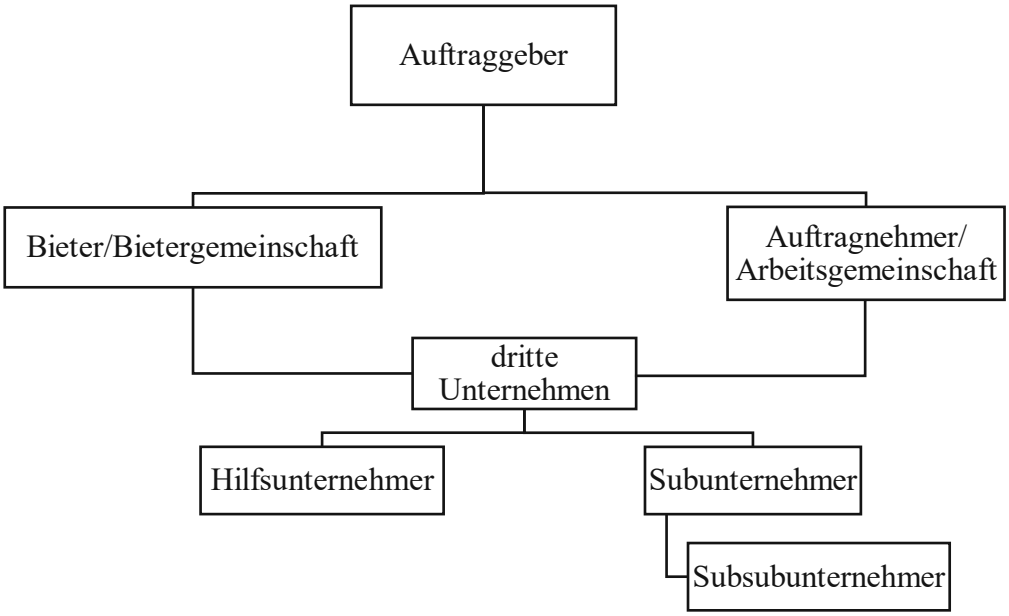

Tabelle 1: Organigramm - Beteiligte der Subvergabe

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

5. Abgrenzung Subunternehmer

Im Zuge der Auftragserfüllung können Auftragnehmer Subunternehmer einsetzen. Um rechtliche Probleme beim Einsatz von Subunternehmern vorzubeugen, ist eine Abgrenzung zu anderen Unternehmen, die nicht Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, essenziell. Es stellt sich dabei die entscheidende Frage, ob es sich bei dem dritten Unternehmer, der bei der Auftragserfüllung mitwirkt, um einen Subunternehmer oder einen Hilfsunternehmer handelt. Im Folgenden wird diese Frage geklärt und eine Abgrenzung zwischen Subunternehmern, Hilfsunternehmern oder anderen beteiligten Unternehmern getroffen.

5.1. Abgrenzung zwischen Subunternehmer und Hilfsunternehmer

Eingangs ist festzustellen, dass der Begriff Hilfsunternehmer im Vergaberecht nicht näher definiert ist. Aus der Legaldefinition des § 2 Z 34 BVergG 2018 geht hervor, dass Unternehmen, die bloß Waren oder Bestandteile liefern, die zur Erbringung der geschuldeten Leistung erforderlich sind, keine Subunternehmer sind. Dementsprechend gelten Lieferanten bzw Vorlieferanten, die bloß Waren an den Auftragnehmer bzw Subunternehmer liefern, nicht als Subunternehmer. Der Begriff des Hilfsunternehmers ist ein weit gefasster Begriff und umfasst alle Unternehmen, die keine Subunternehmer sind. Ein Lieferant bzw Vorlieferant ist daher grundsätzlich als Hilfsunternehmer einzustufen. Jedoch ist eine Lieferung hingegen als Subunternehmerleistung zu sehen, wenn das gelieferte Produkt nur mit umfangreichen Montagearbeiten installiert bzw erbaut werden kann. Es ist dann nicht mehr von einem Kaufvertrag und über die bloße Lieferung eines Produkts auszugehen.[108] Ein Lieferant bzw Vorlieferant von beispielsweise Beton, Bauteilen oder anderen Rohstoffen ist kein Subunternehmer. Wird hingegen die Herstellung von Bauteilen als Teil der zu erbringenden Leistung geschuldet, gilt der Hersteller der Bauteile als Subunternehmer.[109]

[108] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 53.
[109] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.131.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Als Hilfsunternehmer gelten nicht nur Unternehmen, die Produkte für die Auftragserfüllung liefern, sondern auch Unternehmen, die den Auftragnehmer lediglich in die Lage versetzen, die geschuldete Leistung erbringen zu können. Doch was ist unter dem Fall, einen Auftragnehmer in die Lage zu versetzen, eine Leistung erbringen zu können, zu verstehen? Beispiele, um einem Auftragnehmer die Möglichkeit zu verschaffen, eine Leistung erbringen zu können, sind etwa die Vermietung von Geräten und die Vermietung von Räumlichkeiten. In beiden Fällen ist von einer vorbereitenden Leistung eines Hilfsunternehmers auszugehen, der keine konkret im Auftrag genannte Leistung erbringt.[110] Zudem werden in der Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 2 Z 34 BVergG 2018 als Beispiele für Hilfsunternehmerleistungen die Vermietung und Wartung von Maschinen oder die Überlassung von Arbeitskräften genannt.[111] Entscheidend für die Abgrenzung zwischen Subunternehmern und Hilfsunternehmen ist dabei, ob das Unternehmen einen Teil der geschuldeten Leistung, die in der Auftragsbeschreibung enthalten ist, für den Auftragnehmer leistet. Es ist immer auf die konkret geforderte Leistung des Auftraggebers abzustellen. Deshalb kann dieselbe erbrachte Leistung in einem Fall als Subunternehmerleistung und in einem anderen Fall als Hilfsunternehmerleistung gelten. Das in der Erläuterung der Regierungsvorlage genannte Beispiel der Wartung von Maschinen gilt nicht zwingend immer als Hilfsunternehmerleistung. Wird im Auftrag konkret die Leistung der Wartung von Maschinen ausgeschrieben und übernimmt ein Unternehmen diese Leistung für den Auftragnehmer, gilt in diesem Fall die Wartung der Maschinen als Subunternehmerleistung. Wird jedoch in der Leistungsbeschreibung des Auftrages die Wartung nicht explizit genannt und übernimmt ein Unternehmen die Wartung, gilt dieses als Hilfsunternehmen, da es den Auftragnehmer lediglich in die Lage versetzt, die im Auftrag genannte Leistung erbringen zu können. Die Abgrenzung zwischen Subunternehmer und Hilfsunternehmen ist dennoch nicht immer eindeutig. Beispiele aus der Judikatur zeigen die verschwimmenden Grenzen zwischen Sub- und Hilfsunternehmer auf und sollen für die Abgrenzung Klarheit schaffen.

[110] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263 (264).
[111] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 14-15.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Der VwGH hatte in der Entscheidung vom 22.3.2019 eine Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmerleistungen getroffen und hatte sich mit folgendem Sachverhalt zu befassen.[112] Der Auftraggeber hat einen Bauauftrag über die Kanalsanierung bei einer Autobahn ausgeschrieben. Als kritische Leistung, die von der Bietergemeinschaft selbst auszuführen war, wurde in der Ausschreibung die „unterirdische Wiederherstellung Rohrleitung" definiert. Die Bietergemeinschaft hatte beabsichtigt, für die Kanalsanierung ein Unternehmen heranzuziehen, das die notwendigen Geräte und das Personal für die Bedienung der Geräte bereitstellen wird. Nach Ansicht der Revisionswerberin hatte die Bietergemeinschaft, die den Zuschlag erhalten hat (präsumtive Zuschlagsempfängerin) nicht die notwendigen Kapazitäten für die Erbringung der kritischen Leistung und nimmt durch das Bereitstellen der Geräte und des Personals eine Subunternehmerleistung in Anspruch. Das herangezogene Unternehmen wurde nicht als Subunternehmer im Angebot der Bietergemeinschaft genannt. Deshalb beantragte die Revisionswerberin die Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung. Der VwGH musste die entscheidende Frage klären, ob das Bereitstellen der Geräte mitsamt dem Personal zur Bedienung der Geräte eine Sub- oder Hilfsunternehmerleistung darstellt. Der VwGH hatte entschieden, dass das herangezogene Unternehmen keine individuelle Leistung für die Bietergemeinschaft erbracht hat, sondern lediglich Geräte und Personal zur Verfügung gestellt hat. Dabei hat das herangezogene Unternehmen keinen Teil der konkret im Auftrag genannten Leistung über die Kanalsanierung für die Bietergemeinschaft übernommen. Deshalb ist das herangezogene Unternehmen nicht als Subunternehmer einzustufen, sondern als Hilfsunternehmer.[113] Aus der Entscheidung geht hervor, dass das konkrete vertragliche Verhältnis zwischen Bieter und dem herangezogenen Unternehmen darauf zu prüfen ist, ob das herangezogene Unternehmen eine an den Auftraggeber geschuldete Leistung erbringt. Darüber hinaus lässt sich aus der Entscheidung schließen, dass das Bereitstellen von Geräten und Personal einen Bieter lediglich in die Lage versetzt, die geschuldete Leistung erbringen zu können, wenn dies nicht im Auftrag ausgeschrieben ist.

[112] VwGH 22.3.2019, Ro 2017/04/0022.
[113] ebd.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Der VwGH hatte sich auch in der Entscheidung vom 19.11.2019 mit der Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmer zu befassen.[114] In dem konkreten Sachverhalt hatte die ASFINAG als öffentliche Auftraggeberin die Leistung über die Sammlung und Verwertung von Restmüll ausgeschrieben. Der Bieter hatte beabsichtigt, ein Unternehmen für die Zwischenlagerung des Restmülls und die Bereitstellung eines Lkw-Abstellplatzes zu beauftragen. Es war zu klären, ob die Zuschlagserteilung an den Bieter für nichtig zu erklären war, da er das herangezogene Unternehmen im Zuge der Angebotsabgabe nicht als Subunternehmer genannt hat. Darüber hinaus war zu klären, ob die Leistung über die Zwischenlagerung des Restmülls und die Bereitstellung des Lkw-Abstellplatzes überhaupt als Subunternehmer- oder Hilfsunternehmerleistung einzustufen ist.[115] Der VwGH hatte entschieden, dass die Leistung des herangezogenen Unternehmers den Bieter lediglich in die Lage versetzt hat, den Auftrag zur endgültigen Verwertung des Abfalls erfüllen zu können. Nach Ansicht des VwGH hat das vom Bieter beauftragte Unternehmen keinen Teil des Auftrages selbst übernommen, noch Teile des Auftrages unter persönlicher Aufsicht ausführen lassen und ist deshalb als Hilfsunternehmen aufgetreten. Der VwGH verweist dabei auf seine Entscheidung vom 22.3.2019 und wiederholt dabei, dass Unternehmen, die einen Auftragnehmer lediglich in die Lage versetzen, den Auftrag zu erfüllen, als Hilfsunternehmen tätig werden. [116] Insgesamt ist festzuhalten, dass ein Subunternehmervertrag vorliegt, wenn das beauftragte Unternehmen die Erfüllung eines Teiles der im Auftrag geforderten Leistung persönlich übernimmt oder Unternehmen beauftragt, die Teile des Auftrages erbringen.[117] Außerdem geht aus der Rechtsprechung des VwGH hervor, dass im Einzelfall auf die konkret getroffene Vereinbarung über die vertraglich geschuldete Leistung zwischen dem Bieter und dem jeweiligen beauftragten Unternehmen abzustellen ist.[118] Es ist zu prüfen, ob in der vertraglichen Vereinbarung Leistungen vom herangezogenen Unternehmen erbracht werden, die konkret im Auftrag des Auftraggebers genannt werden.[119]

[114] VwGH 19.11.2019, Ra 2017/04/0017.
[115] ebd.
[116] VwGH 22.3.2019, Ro 2017/04/0022.
[117] *Zleptnig*, Abgrenzung Subunternehmer/Hilfsunternehmer bestätigt, RPA 2020/2, 77.
[118] VwGH 25.1.2022, Ro 2018/04/0017-4.
[119] *Keschmann*, Subunternehmer; Hilfsunternehmen; Werkvertrag; Abgrenzung der Subunternehmereigenschaft, bbl 2019/5, 206.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass bereits in der frühen Phase der Angebotsabgabe zu klären ist, ob es sich bei dem hinzugezogenen Unternehmen um einen Sub- oder Hilfsunternehmer handelt. Eine eindeutige Abgrenzung zwischen einer Sub- und einer Hilfsunternehmerleistung ist nicht immer möglich. Die Legaldefinition des Subunternehmers erleichtert die Abgrenzung, lässt aber einen Spielraum für Interpretation offen. Die genannten Beispiele aus der Judikatur zeigen auf, dass die Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmern oftmals nicht eindeutig ist. Wie aus der Judikatur ersichtlich ist, sollte stets der konkrete Fall betrachtet werden und die vertragliche Vereinbarung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer untersucht werden. Dabei ist für eine Subunternehmerleistung entscheidend, ob das hinzugezogene Unternehmen tatsächlich einen Teil der im Auftrag konkret genannten Leistung erbringt. Liefert ein Unternehmen bloß Waren und Bestandteile, die zur Erbringung der Leistung notwendig sind, oder versetzt ein Unternehmen den Auftragnehmer lediglich in die Lage, einen Auftrag erfüllen zu können, handelt es sich dabei um ein Hilfsunternehmen.[120]

Eine Unterscheidung zwischen Subunternehmen und Hilfsunternehmen ist für die Anwendung der rechtlichen Vorgaben des BVergG 2018 notwendig. Für Hilfsunternehmen gelten die strengen Regelungen des § 98 BVergG 2018 nicht, die für Subunternehmer anzuwenden sind. Hingegen ist unter Umständen § 86 BVergG 2018 sowohl für Subunternehmer als auch für Hilfsunternehmen anzuwenden.[121] Bieter können sich zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis auf die Kapazitäten anderer Unternehmen, also Sub- und Hilfsunternehmen, stützen. Dies hat zur Folge, dass ein Nachweis über die tatsächliche Verfügbarkeit der Kapazität vorzulegen ist. Stützt sich ein Bieter auf die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens, welches keine ausgeschriebenen Leistungen erfüllt, gilt dieses dennoch als Hilfsunternehmen und nicht als Subunternehmen. Hilfsunternehmen können nur die Leistungsfähigkeit, nicht die Befugnis substituieren. Als Beispiel für die Substitution der Eignung durch Hilfsunternehmer ist etwa zu nennen, wenn ein Hilfsunternehmen seine Maschinen oder Fahrzeuge dem Bieter zum Nachweis der erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit zur Verfügung stellt und

[120] *Gruber-Hirschbrich*, Vergaberecht[6] (2019) 95.
[121] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] (2019) 52.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

dabei keine ausgeschriebenen Leistungen erbringt. In diesem Fall ist dem Auftraggeber der Nachweis vorzulegen, dass das Hilfsunternehmen über die Maschinen oder Fahrzeuge tatsächlich verfügt.[122]

5.2. Abgrenzung zwischen Subunternehmern und Mitgliedern von Bietergemeinschaften bzw Arbeitsgemeinschaften

Gemäß § 21 Abs 2 BVergG 2018 besteht die Möglichkeit, eine Bietergemeinschaft zu bilden. Dabei können mehrere Bieter sich zu einer Bietergemeinschaft zusammenschließen und ein gemeinsames Angebot abgeben. Wird die Bietergemeinschaft beauftragt, wandelt sich die Bietergemeinschaft in eine Arbeitsgemeinschaft um. Dabei steht die Arbeitsgemeinschaft in einem vertraglichen Verhältnis mit dem Auftraggeber, im Gegensatz zu Subunternehmern, die lediglich mit dem Auftragnehmer ein vertragliches Verhältnis begründen. Ein Subunternehmer ist kein Mitglied einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft, dieser steht dementsprechend in keinem vertraglichen Verhältnis mit dem Auftraggeber. Die Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft schulden dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung. Es haften also alle Mitglieder gemeinsam, die vertraglich geschuldete Leistung gegenüber dem Auftraggeber zu erbringen. Nach dem Zivilrecht gilt eine Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GesbR) und besitzt keine Rechtspersönlichkeit. Deshalb muss das Angebot der Bietergemeinschaft von allen Mitgliedern unterzeichnet werden.[123] Auftraggeber dürfen der Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft nach § 21 Abs 2 BVergG 2018 nicht vorschreiben, während des Vergabeverfahrens eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Erst nach Zuschlagserteilung kann der Auftraggeber eine bestimmte Rechtsform verlangen, wenn dies für die Auftragsabwicklung notwendig ist.[124] Der Auftraggeber kann in der Ausschreibung die Mitgliederanzahl oder die Zusammensetzung der Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft vorsehen oder sogar die gänzliche Teilnahme von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft ausschließen, sofern dies aus sachlichen Gründen gerechtfertigt ist. Die Einschränkung der Bieter- bzw

[122] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.116.
[123] *Schiefer/Steindl* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht[4] (2015) Rz 1386.
[124] § 21 Abs 1 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Arbeitsgemeinschaft ist etwa sachlich gerechtfertigt, wenn die Sicherheit, Vertraulichkeit oder der echte Wettbewerb gefährdet ist. Die Beschränkung hinsichtlich der Zusammensetzung soll die Mehrfachbeteiligung vom selben Unternehmen verhindern. Der Ausschluss von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften ist sachlich gerechtfertigt, wenn in einer Branche die existierende Anzahl von potentiellen Bietern bereits sehr gering ist und die Bildung von Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaften den Wettbewerb noch weiter einschränken würde.[125] Der Hintergrund des Verbots von Bietergemeinschaften liegt darin, dass der Bieterkreis und der Wettbewerb verringert werden, wenn sich Unternehmen zusammenschließen, die ihrer Unternehmensgröße entsprechend auch einzelne Angebote abgeben könnten. Der Ausschluss von Bietergemeinschaften kann den Wettbewerb auch einschränken, wenn dadurch kleinere Unternehmen keine Bietergemeinschaft bilden dürfen, die jeweils alleine nicht anbieten könnten. Die Regelung zum Ausschluss von Bietergemeinschaften darf deshalb die Teilnahme von kleineren und mittelgroßen Unternehmen nicht behindern und muss stets sachlich gerechtfertigt werden.[126]

Der Zusammenschluss zu einer Arbeitsgemeinschaft bietet viele Vorteile. Bei großen und komplexen Aufträgen haben dadurch auch kleinere und mittelgroße Unternehmen die Möglichkeit, sich an einer Arbeitsgemeinschaft zu beteiligen und Leistungen ihrer Unternehmensgröße und fachlichen Kompetenz entsprechend erbringen zu können. Dies erhöht den Wettbewerb und verhindert, dass der Kreis der potentiellen Bieter nur auf große Unternehmen, die ein breites Leistungsspektrum anbieten können, reduziert wird. Durch die Angebotslegung einer Bietergemeinschaft kann, wie beim Einsatz von Subunternehmern, der Nachweis der erforderlichen Befugnis erleichtert werden. Die Mitglieder einer Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft haben zudem die Möglichkeit, die Eignung für Teilleistungen durch den Einsatz von Subunternehmern zu substituieren. Allerdings hat jedes Mitglied einer Bieter- bzw Arbeitsgemeinschaft den Nachweis der Eignung über den persönlich übernommenen Teil der Leistung selbst nachzuweisen.[127]

[125] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 57.
[126] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.138 ff.
[127] ebd. Rz 4.141.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Ein Vorteil der Beteiligung an einer Arbeitsgemeinschaft im Gegensatz zu einer Beteiligung als Subunternehmer liegt darin, dass ein Mitglied einer Bietergemeinschaft einen stärkeren Einfluss auf das gemeinsam abgegebene Angebot hat. Ein Subunternehmer hat lediglich Einfluss auf das mit dem Auftragnehmer abgeschlossene Vertragsverhältnis.[128] Darüber hinaus haben Mitglieder von Bietergemeinschaften nach § 21 Abs 2 BVergG 2018 Parteistellung im Vergabeverfahren und auch in einem eventuellen Nachprüfungsverfahren. Subunternehmer sind hingegen nicht parteifähig.[129]

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

[128] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 159.
[129] *Schiefer/Steindl* in *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht[4] (2015) Rz 1386.

6. Die rechtlichen Folgen der Subvergabe im Vergabeverfahren

Wurde ein geeigneter Subunternehmer für die Erbringung einer Teilleistung gefunden, sind in weiterer Folge die rechtlichen Rahmenbedingungen für den rechtmäßigen Einsatz des Subunternehmers zu beachten. Zudem entstehen durch den beabsichtigten Einsatz von Subunternehmen rechtliche Folgen, die im Vergabeverfahren einzuhalten sind. Im folgenden Abschnitt wird geklärt, welche rechtlichen Verpflichtungen und welche Grenzen für den Subunternehmereinsatz im Vergabeverfahren einzuhalten sind.

6.1. Recht des Bieters zum Einsatz von Subunternehmern

Das grundsätzliche Recht des Bieters, Teile der Leistung an Subunternehmer zu vergeben, ergibt sich aus § 98 BVergG 2018. Der Gesetzgeber hat mit der Einführung des § 98 BVergG 2018 die Art 63 Abs 1 und 2 sowie Art 71 Abs 2 der EU-Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe umgesetzt. Der EU-Gesetzgeber hatte die Absicht, den Zugang für kleinere und mittlere Unternehmen zu öffentlichen Aufträgen zu erleichtern.[130] § 98 BVergG 2018 regelt die vergaberechtskonforme Nominierung von Subunternehmern. § 363 BVergG 2018 regelt hingegen den vergaberechtskonformen Einsatz von Subunternehmern während der Vertragserfüllung.[131] Das Recht, Subunternehmer heranzuziehen, unterliegt gewissen rechtlichen Schranken, wie etwa der Offenlegung von Subunternehmern, der Weitergabe von Leistungsteilen, der Eignung der Subunternehmer, der Leistungserfüllung von kritischen Teilen und der solidarischen Leistungserbringung. Die rechtlichen Rahmenbedingungen für den Einsatz von Subunternehmern werden in weiterer Folge näher beleuchtet.

[130] RL 2014/24/EU.
[131] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 127.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

6.2. Offenlegungspflicht aller Subunternehmer

Der Bieter ist verpflichtet, bereits im Angebot alle Teile des Auftrages, die als Subvergabe vorgesehen sind, bekanntzugeben und alle Subunternehmer zu nennen, die für die Leistungserbringung eingesetzt werden sollen. Davon sind grundsätzlich erforderliche und nicht erforderliche Subunternehmer sowie die gesamte Subunternehmerkette, also auch Subsubunternehmer, umfasst.[132] Die Offenlegungspflicht aller Subunternehmer ergibt sich aus §§ 98 und 127 Abs 1 Z 2 BVergG 2018. Es können auch mehrere Subunternehmer für die Erbringung einer Teilleistung genannt werden.[133]

Der Auftraggeber kann jedoch die Offenlegungspflicht einschränken und Bieter nur für die Bekanntgabe von Subunternehmen verpflichten, welche wesentliche Teile des Auftrages erfüllen sollen. Das Recht des Auftraggebers, eine teilweise Ausnahme von der Offenlegungspflicht zu treffen, besteht nach § 98 Abs 2 Satz 2 BVergG 2018. Hat der Auftraggeber eine solche Ausnahme in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, sind Subunternehmen, welche unwesentliche Leistungsteile erbringen sollen, nicht verpflichtend vom Bieter offenzulegen. Die Entscheidung, welche Leistungsteile als wesentlich festgelegt werden, obliegt dem Auftraggeber aufgrund seiner subjektiven Einschätzung. Der Auftraggeber muss die Einschränkung der Offenlegungspflicht auf wesentliche Leistungsteile immer sachlich begründen können und in der Ausschreibung festlegen. Als sachlicher Grund könnte etwa die Anzahl der zu nennenden Subunternehmer vorgebracht werden, weil es sich beispielsweise um einen kleinen Leistungsumfang mit vielen verschiedenen Gewerken und dementsprechend vielen Subunternehmern handelt oder die Gefahr besteht, den Wettbewerb durch die Mehrfachnennung von Subunternehmern in einem begrenzten Marktumfeld zu beschränken. Insbesondere bei Bauaufträgen ist es oft nicht möglich, schon in der Angebotsphase die gesamte Errichtung des Bauwerkes vollständig vorab zu planen. In diesem frühen Stadium ist oftmals noch gar nicht klar, welche kleinteiligen Leistungen notwendig bzw erwünscht sind und welche Subunternehmer sie dann tatsächlich erbringen werden. Aus diesen Gründen ist eine Einschränkung der

[132] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 16.
[133] ebd. Rz 20.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Offenlegungspflicht auf wesentliche Teile des Auftrages sinnvoll. Wurde durch den Auftraggeber eine Einschränkung der Offenlegungspflicht auf wesentliche Teile der Leistung getroffen, ist der Bieter verpflichtet, nur Subunternehmer bekanntzugeben, die wesentliche Leistungsteile des Auftrages übernehmen sollen. Erforderliche Subunternehmer sind hingegen immer zu nennen, auch wenn sie nicht wesentliche Leistungsteile erbringen sollen. Die uneingeschränkte Pflicht zur Offenlegung der erforderlichen Subunternehmer ist darin begründet, dass sie für die Eignung des Bieters zwingend notwendig sind und der Auftraggeber dadurch eine Eignungsprüfung durchführen kann. Zudem wird dem Auftraggeber eine Transparenz darüber verschafft, welche Subunternehmer die ausgeschriebene Leistung tatsächlich erbringen werden.[134]

Wird ein Subunternehmer nicht bekanntgegeben, kann dies zum Ausscheiden des Angebots führen.[135] Wie bereits erörtert, muss nach Ansicht des EuGH dem Bieter die Möglichkeit verschafft werden, einen ungeeigneten Subunternehmer durch einen geeigneten Subunternehmer ersetzen zu können. Die österreichische Judikatur ist dieser Rechtsansicht nicht gefolgt. Für die rechtlichen Folgen der Unterlassung der Bekanntgabe von Subunternehmern wird auf den Abschnitt zur Abgrenzung von erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmen verwiesen.

6.3. Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages

Nach § 98 Abs 1 BVergG 2018 besteht ein Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages. Der Auftragnehmer kann nur Teile der Leistungen an Subunternehmer vergeben, jedoch nicht den gesamten Auftrag. Ausgenommen von diesem Verbot sind Kaufverträge und die Gesamtweitergabe an verbundene Unternehmen. Der Grund der Ausnahme des Verbots von Kaufverträgen ist, dass Kaufverträge von Hilfsunternehmern erfüllt werden. Wie bereits bei der Abgrenzung zu Hilfsunternehmern erörtert, leisten diese bei Kaufverträgen die bloße Lieferung von Produkten oder Bestandteilen und erbringen keine Subunternehmerleistung. Auf Hilfsunternehmer sind nicht die strengen Vergabebestimmungen wie für

[134] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 128.
[135] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.119 - 4.124.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Subunternehmer anzuwenden.[136] Nachdem Hilfsunternehmer bzw Zulieferer gemäß § 2 Z 34 BVergG 2018 keine Subunternehmer sind und auf sie § 98 BVergG 2018 nicht anzuwenden ist, wäre eine zusätzliche Ausnahme der Kaufverträge vom Verbot der Gesamtweitergabe nicht notwendig.[137] Die Weitergabe von gesamten Aufträgen an verbundene Unternehmen ist ebenfalls vom Verbot der Gesamtweitergabe ausgenommen. Sie werden als funktionale Einheit gesehen.[138] Deshalb ist es zulässig, dass eine Muttergesellschaft den gesamten Auftrag an ihre Tochtergesellschaft weitergibt, ohne dabei selbst Leistungen auszuführen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Gesamtweitergabe dem Auftraggeber bekanntzugeben ist, die Unternehmen tatsächlich verbunden sind und die verbundenen Unternehmen die erforderliche Eignung besitzen.[139]

Bieter können für den Nachweis der Eignung Subunternehmer heranziehen. Dabei darf das Recht der Subvergabe grundsätzlich nicht beschränkt werden. Ein generelles Verbot der Bieter, Teile der Leistung an Subunternehmer zu vergeben, ist unzulässig. Der Auftragnehmer muss die Möglichkeit haben, seine Eignung für Teile des Auftrages durch Subunternehmer nachweisen zu können. [140] Eine Beschränkung der Subvergabe ist nur iSd § 98 Abs 4 BVergG zulässig.[141] Näheres dazu im Kapitel 6.4 zur Beschränkung der Subvergabe.

Das Urteil des EuGH in der Rechtssache Siemens und ARGE Telekom hatte eine bedeutende Rolle für die Weitergabe von Subunternehmerleistungen.[142] Der Hauptverband der österreichischen Sozialversicherungsträger hatte für die Vergabe der Implementierung eines EDV-Systems in der Ausschreibung eine Pflicht zur Ausführung des Bieters im Umfang von zumindest 30 % der ausgeschriebenen Leistung vorgesehen. Der EuGH hat entschieden, dass der Auftraggeber nicht verbieten darf, wesentliche Teile zu vergeben, wenn der Auftraggeber die Möglichkeit zur Überprüfung der Leistungsfähigkeit der Subunternehmer hat und der

[136] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht RPA 2019, 263 (264).
[137] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 98 Rz 20.
[138] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht RPA 2019, 263 (264).
[139] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 59.
[140] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 13.
[141] ebd. Rz 15.
[142] EuGH 18.3.2004, Rs C-314/01 (Siemens und ARGE Telekom).

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Subunternehmer auch die erforderliche Leistungsfähigkeit erfüllt.[143] Nach Rechtsprechung der Judikatur verstößt eine prozentmäßige Beschränkung der Weitergabe von Leistungen gegen das Vergaberecht.[144]

Werden bereits geringe Eigenleistungen des Bieters erbracht, kann von keiner Gesamtweitergabe ausgegangen werden. Beispielsweise stellt ein Eigenleistungsteil von 20 % des Auftrages keine Gesamtweitergabe dar.[145] Die Vergabe von Teilen der Leistung ist bis an die Grenze der Gesamtweitergabe zulässig.[146] Gerade diese Grenzziehung zur Gesamtweitergabe führte zu rechtlichen Unklarheiten. Der VwGH hatte in der Entscheidung vom 25.1.2022 eine Grenze zur Gesamtweitergabe zu ziehen und die Frage zu klären, ob die Weitergabe von 98 % des Auftrages einen Verstoß gegen das Verbot der Gesamtweitergabe darstellt.[147] Im betreffenden Sachverhalt hatte das Land Vorarlberg Winterdienstleistungen auf Straßen ausgeschrieben. Ein Bieter hat in seinem Angebot angegeben für die Erfüllung der Winterdienstleistungen einen Subunternehmer hinzuzuziehen. Der Wert der Subunternehmerleistung entsprach 98 % des Gesamtauftrages. Der Bieter hat in seinem Angebot angegeben, lediglich die ausgeschriebene Leistung der Beistellung und Wartung von einem Schneepflug und einem Streugerät zu erbringen und Organisations- und Dispositionsaufgaben zu übernehmen. Der Wert der Leistung, die der Bieter übernehmen sollte, entsprach 2 % des Gesamtwertes der ausgeschriebenen Leistung.[148] Nach Ansicht der Auftraggeberin und des LVwG Vorarlberg stellte die Leistung des Bieters eine untergeordnete Rolle dar und wurde als Hilfsleistung eingestuft.[149] Die Subvergabe der 98 % der Gesamtleistung an den Subunternehmer wurde als unzulässige Gesamtweitergabe beurteilt. Das Angebot des Bieters wurde ausgeschieden. Der Bieter hatte eine Revision beim VwGH eingebracht. Nach Ansicht des VwGH gehen weder aus dem Wortlaut des § 83 Abs 1 BVergG 2006 (vormalige Bestimmung des § 98 Abs 1 BVergG 2018) noch aus den Gesetzesmaterialien Anhaltspunkte hervor, „(*...dass eine Weitergabe des Gesamtauftrages vorliegt, selbst wenn die wirtschaftlich*

[143] EuGH 18.3.2004, Rs C-314/01 (Siemens und ARGE Telekom).
[144] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht RPA 2019, 263 (264).
[145] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 98 Rz 19.
[146] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 14.
[147] VwGH 25.1.2022, Ro 2018/04/0017-4.
[148] ebd.
[149] LVwG Vorarlberg 26.7.2018, LVwG-314-7/2018-S2.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

weit überwiegenden Leistungen an Subunternehmer weitergegeben werden sollen)".[150] Für die Abgrenzung zwischen Subunternehmern und Hilfsunternehmern wird geprüft, ob der Unternehmer einen Teil der ausgeschriebenen Leistung erbringt oder ob der Unternehmer bloß Hilfsleistungen erbringt, die den Bieter lediglich in die Lage versetzen, den Auftrag erfüllen zu können. Infolgedessen ist nach Ansicht des VwGH im Umkehrschluss diese Auslegungsregel auch für die zu erbringende Leistung von Bietern anzuwenden. Es ist also dabei zu unterscheiden, ob der Bieter eine ausgeschriebene Leistung, auch wenn diese einen kleinen Teil der Leistung ausmacht, erbringt oder ob bloß Hilfsleistungen erbracht werden, die den Subunternehmer lediglich in die Lage versetzen, die Leistung erbringen zu können. Erbringt der Bieter bloß Hilfsleistungen, die den Subunternehmer in die Lage versetzen, den Subunternehmerauftrag erfüllen zu können, und erfüllt dabei keinen Teil der ausgeschriebenen Leistung selbst, dann gilt die Vergabe der Leistungen an den Subunternehmer als unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrages. Bloße Hilfsleistungen werden nicht bei der Prozentrechnung des Auftragswertes berücksichtigt. In diesem Fall hatte der Auftraggeber unter anderem das Beistellen des Schneepfluges und des Streugerätes im Leistungsverzeichnis konkret ausgeschrieben. Die Organisations- und Dispositionsaufgaben wurden nicht vom Auftraggeber ausgeschrieben. Der Bieter hatte beabsichtigt, diese Teile der ausgeschriebenen Leistung selbst zu erbringen. Deshalb stellte im vorliegenden Fall die zu erbringende Leistung des Bieters, die ausgeschrieben wurde, nicht nur bloße Hilfsleistungen dar, selbst wenn die zu erbringenden Leistungen nur einen Wert von 2 % des Gesamtauftrages entsprachen. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass selbst die Weitergabe von 98 % des Auftrages nicht gegen das Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages nach § 98 Abs 1 BVergG 2018 verstößt, wenn der Bieter zumindest einen Teil der ausgeschriebenen Leistung selbst ausführt. Aus der Entscheidung des VwGH lässt sich der Schluss ziehen, dass es für die Grenzziehung zur Gesamtweitergabe von Leistungen nicht auf den Umfang der zu erbringenden Leistung des Bieters ankommt. Vielmehr ist entscheidend, ob der Bieter einen Teil der ausgeschriebenen Leistung erfüllt oder ob dieser bloß Hilfsleistungen erbringt, die den Subunternehmer in die Lage versetzen, den Auftrag erfüllen zu können. Erbringt der

[150] VwGH 25.1.2022, Ro 2018/04/0017-4.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Bieter bloße Hilfsleistungen und vergibt alle im Angebot genannten Leistungen an Subunternehmer, liegt eine unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrages vor.[151]

Wird der gesamte Auftrag an einen Subunternehmer vergeben, kann das Angebot des Bieters ausgeschieden werden. Hintergrund des Verbots der Weitergabe des gesamten Auftrages ist es, einen Auftragshandel zu verhindern.[152]

6.4. Beschränkung der Subvergabe

Grundsätzlich ist der Bieter berechtigt, Teile des Auftrages weiterzugeben. Der Auftraggeber hat allerdings zwei Möglichkeiten, die Subvergabe zu beschränken. Nach § 98 Abs 4 Z 1 BVergG 2018 kann der Auftraggeber einen Bieter, ein Mitglied der Bietergemeinschaft oder ein verbundenes Unternehmen zur Selbstausführung von kritischen Leistungen verpflichten und eine Vergabe der kritischen Leistungen untersagen. Darüber hinaus kann der Auftraggeber nach § 98 Abs 4 Z 2 BVergG 2018 sogar den Einsatz von Subunternehmern gänzlich verbieten. Der Auftraggeber kann vom Recht zur Beschränkung der Subvergabe nur in einem sehr eingeschränkten Rahmen Gebrauch machen.[153]

Der Auftraggeber kann Auftragnehmer bei Bau- oder Dienstleistungsaufträgen und bei Verlege- oder Installationsarbeiten im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag dazu verpflichten, bestimmte kritische Leistungen selbst auszuführen und für den kritischen Teil des Auftrages das Hinzuziehen von Subunternehmern untersagen. Doch was ist unter dem Begriff der kritischen Leistung zu verstehen? Aus der Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 98 Abs 4 Z 1 BVergG 2018 geht hervor, dass der Auftraggeber Teile des Auftrages als kritische Leistungen einstufen kann, wenn für gewisse Aufgaben die besondere Fachkunde oder die Fähigkeiten des Auftragnehmers notwendig sind. Kritische Leistungen liegen also vor, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages nur aufgrund der besonderen individuellen Eigenschaften des Auftragnehmers und nicht des Subunternehmers gewährleistet ist. Beispiele für

[151] *Windbichler/Saxinger*, Zur (unzulässigen) Weitergabe des gesamten Auftrags an einen Subunternehmer, RPA 2022/4, 202-204.
[152] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 98 Rz 18.
[153] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 56.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

kritische Leistungen sind etwa geistige Dienstleistungen, wie Studien oder Untersuchungen, Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen oder Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden. Leistungen können auch als kritisch bezeichnet werden, wenn der Auftragnehmer durch die Ausführung des Auftrages über Betriebsgeheimnisse des Auftraggebers Kenntnis erlangt oder wenn ein besonderes Vertrauensverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer geschützt werden muss.[154] Durch das Verbot der Weitergabe von kritischen Leistungen kann der Auftraggeber sicherstellen, dass kritische Leistungen nur durch Auftragnehmer erbracht werden, die der Auftraggeber im Vergabeverfahren selbst geprüft und ausgewählt hat und nicht durch sonstige dritte Unternehmen erbracht werden, mit denen der Auftraggeber in keinem vertraglichen Verhältnis steht. Der Auftraggeber möchte unter Umständen garantieren können, dass der Auftragnehmer seine individuellen besonderen Fähigkeiten, seine Erfahrung und sein Fachwissen für die Erbringung der kritischen Leistungsteile persönlich einsetzt.[155] Es muss vom Auftraggeber in der Ausschreibung genau und transparent festgelegt werden, welche konkreten Teile des Auftrages als kritische Leistungen eingestuft werden.[156] Eine generelle Selbstausführungspflicht, wonach ein gewisser Prozentsatz der Leistungen des Auftrages durch den Auftragnehmer selbst zu erbringen ist, widerspricht der Rechtsprechung des EuGH und dem allgemeinen Sachlichkeitsgebot. Der Auftraggeber darf das Recht der Subvergabe nicht durch zu allgemein formulierte und zu unbestimmte Vorgaben einschränken.[157] Lässt ein Auftragnehmer eine kritische Leistung dennoch durch einen Subunternehmer erbringen oder bestimmt der Auftraggeber nach der Zuschlagserteilung einen anderen Teil der Leistung als kritische Leistung, stellt dies eine wesentliche Änderung des Vertrages nach § 365 BVergG 2018 dar. Dies hätte zur Folge, dass nach § 365 Abs 1 BVergG 2018 das Vergabeverfahren neu durchzuführen wäre.[158]

Seit der Novelle des BVergG 2018 steht dem Auftraggeber zusätzlich das Recht nach § 98 Abs 4 Z 2 BVergG 2018 zu, die Subvergabe im Einzelfall gänzlich

[154] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 98 Rz 46.
[155] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 128.
[156] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 33.
[157] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 129.
[158] ebd. GP 128.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

auszuschließen. Dies ist nur zulässig, wenn der Ausschluss des Einsatzes von Subunternehmern aufgrund des Auftragsgegenstandes sachlich gerechtfertigt und angemessen ist. Die Möglichkeit, die Subvergabe im Einzelfall auszuschließen, ist auf die Rechtsprechung des EuGH zurückzuführen. Nach Ansicht des EuGH kann es bei Aufträgen der Fall sein, dass die ungeteilte Kapazität des Auftragnehmers erforderlich ist, die nicht durch die auf mehrere Subunternehmer aufgeteilte Kapazität substituiert werden kann. Der Auftraggeber darf verlangen, dass die notwendige Kapazität durch den Auftragnehmer selbst oder zumindest durch eine begrenzte Anzahl an Subunternehmern gedeckt ist.[159] Dabei hat der Auftraggeber einen Ausschluss von Subunternehmern in der Ausschreibung ausreichend durch eine sachliche Rechtfertigung zu erklären und bekanntzugeben.[160]

6.5. Solidarische Leistungserbringung bei Substitution der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit

Im Auftragsfall besteht grundsätzlich nur ein Vertrag über die Leistungserbringung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, nicht zwischen Auftraggeber und Subunternehmer. Der Subunternehmer schuldet aufgrund seines vertraglichen Verhältnisses mit dem Auftragnehmer, nur diesem die Leistungserfüllung.[161]

Der Auftraggeber hat nach § 98 Abs 5 BVergG 2018 die Möglichkeit, um sich gegen einen Leistungsausfall des Auftragnehmers abzusichern, indem er eine solidarische Leistungserbringung des Auftragnehmers und seiner Subunternehmer verlangt. Die solidarische Haftung kann nur von Subunternehmern verlangt werden, die für den Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderlich sind. Die Bedingung eines Auftraggebers, dass alle Subunternehmer, also auch nicht erforderliche Subunternehmer und Subunternehmer, die nur für die technische Leistungsfähigkeit erforderlich sind, eine solidarische Haftungserklärung abgeben müssen, ist unzulässig. Die Abgabe einer solidarischen Haftungserklärung führt dazu, dass der Auftragnehmer und seine für die wirtschaftliche und finanzielle

[159] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht RPA 2019, 263 (267).
[160] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG^3 § 98 Rz 49.
[161] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.118.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Leistungsfähigkeit erforderlichen Subunternehmer solidarisch, also gemeinsam, die Leistungserbringung an den Auftraggeber schulden. In diesem Fall ist der Nachweis der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit nur dann vollständig, wenn dem Auftraggeber auch der Nachweis der solidarischen Haftung vorgelegt wird. Verlangt der Auftraggeber keine solidarische Haftung des Auftragnehmers und seiner Subunternehmer, schuldet auch nur der Auftragnehmer dem Auftraggeber die Vertragserfüllung.[162]

6.6. Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern am Vergabeverfahren

Beteiligt sich ein Unternehmen als Bieter oder als Mitglied einer Bietergemeinschaft und als Subunternehmer am selben Vergabeverfahren, gilt dies als Mehrfachbeteiligung. Nach Ansicht des EuGH ist die Mehrfachbeteiligung in einem Vergabeverfahren gleichzeitig als Bieter, Mitglied einer Bietergemeinschaft bzw Subunternehmer zulässig, sofern es dabei zu keiner Wettbewerbsverzerrung kommt.[163]. Die Mehrfachbeteiligung ist nur zulässig, sofern dies zu keinem Verstoß gegen den freien und lauteren Wettbewerb führt. Die Teilnahme mehrerer Unternehmen am Vergabeverfahren und die dadurch höhere Anzahl an Angeboten führen grundsätzlich zu einer Förderung des Wettbewerbs. Das Unternehmen, das sich sowohl als Bieter bzw Mitglied einer Bietergemeinschaft als auch als Subunternehmer am Vergabeverfahren beteiligt, beeinträchtigt den Wettbewerb insbesondere dann, wenn die Preisbildung der anderen Unternehmen beeinflusst wird und dadurch ein Wettbewerbsvorsprung erzielt wird.[164] Der Auftraggeber kann die Mehrfachbeteiligung von Subunternehmen nicht nur aufgrund der Tatsache, dass sich ein Subunternehmer bei mehreren Angeboten beteiligt, ausschließen. Jedem Subunternehmer ist eine Mehrfachbeteiligung grundsätzlich erlaubt. Nur wenn die Mehrfachbeteiligung zu einer Wettbewerbsverzerrung führt, sind die betroffenen Angebote auszuscheiden. Es muss jedoch die Möglichkeit geschaffen werden,

[162] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 98 Rz 50.
[163] EuGH 23.12.2009, Rs C-376/08 (Serratoni Srl).
[164] *Hoermandinger* in *Gast* (Hrsg), Bundesvergabegesetz[2] (2019) § 98 Rz 73.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

beweisen zu können, dass durch die Mehrfachbeteiligung der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird und zwei völlig unabhängige Angebote abgegeben wurden.[165]

6.7. Mitwirkung des Subunternehmers an der Ausschreibung

Schon im Zeitpunkt der Erstellung der Ausschreibung kann es vorkommen, dass der Auftraggeber auf die Unterstützung von fachkundigen Unternehmen zurückgreifen muss. Unternehmen, die Vorarbeiten zu einer Ausschreibung geleistet haben, sind grundsätzlich nach § 25 Abs 2 BVergG 2018 von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen. Davon sind auch Subunternehmer umfasst, die an der Ausschreibung mitgewirkt haben. Daher sind Angebote von Bietern oder Bietergemeinschaften auszuschließen, die Subunternehmer hinzuziehen, die wiederum Vorarbeiten geleistet haben und durch den Informationsvorteil den Wettbewerb beeinträchtigen könnten. Für den Ausschluss der Subunternehmer ist zu prüfen, ob durch die Vorarbeiten überhaupt ein Wettbewerbsvorsprung erlangt werden konnte. Kann dies nicht ausgeschlossen werden, so hat der Auftraggeber alle erforderlichen Maßnahmen zu setzen, um den Wettbewerbsvorsprung zu beseitigen. Das bedeutet, dass der Auftraggeber jene Informationen, die der Subunternehmer durch die Vorarbeiten erlangt hat und zu einem Wettbewerbsvorsprung führen könnten, auch allen Teilnehmern des Vergabeverfahrens bereitstellen muss. Ein Wettbewerbsvorsprung kann auch durch eine entsprechend lange Angebotsdauer beseitigt werden. Kann dennoch ein Wettbewerbsvorsprung des an der Ausschreibung mitgewirkten Subunternehmens nicht ausgeschlossen werden, ist dieses vom Vergabeverfahren auszuschließen. Es soll möglichst vielen Unternehmen die Teilnahme am Vergabeverfahren ermöglicht werden und dabei soll gleichzeitig der faire und lautere Wettbewerb gewahrt werden. [166]

[165] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht RPA 2019, 263 (268).
[166] ebd.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

7. Die rechtlichen Folgen der Subvergabe während der Vertragserfüllung

Nach Beendigung des Vergabeverfahrens hat der Auftraggeber zu entscheiden, welches Angebot angenommen werden soll. Dabei ist jenem Bieter der Zuschlag zu erteilen, der entweder das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieterprinzip) oder das Angebot mit dem niedrigsten Preis (Billigstangebotsprinzip) abgegeben hat.[167] Mit der Zuschlagsentscheidung wird lediglich bekannt gegeben, wem der Zuschlag erteilt werden soll. Dabei kommt es noch nicht zu einer Auftragsvergabe. Denn innerhalb der sogenannten Stillhaltefrist von zehn Tagen bei Übermittlung der Zuschlagsentscheidung auf elektronischem Weg oder fünfzehn Tagen bei Übermittlung auf brieflichem Weg, haben die unterlegenen Bieter die Möglichkeit, Einwendungen gegen die Zuschlagsentscheidung vorzubringen.[168] Erst nach Ablauf der Stillhaltefrist wird dem Bieter auch tatsächlich der Zuschlag erteilt. Mit der Zuschlagserteilung gehen der Auftraggeber und nun der Auftragnehmer bzw die Arbeitsgemeinschaft ein vertragliches Verhältnis über die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrages ein.[169]

Nach Zuschlagserteilung beginnt die Ausführungsphase des Auftrages. Der Auftragnehmer hat die Möglichkeit, für die Erbringung der geschuldeten Leistung Subunternehmer hinzuzuziehen. Die einzelnen Vertragsverhältnisse zwischen Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer bzw Subsubunternehmer sind dabei zu trennen. Der Auftraggeber steht nur in einem Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer, nicht mit den hinzugezogenen Subunternehmern. Der Subunternehmer steht wiederum in einem vertraglichen Verhältnis mit dem Auftragnehmer und möglichen weiteren Subsubunternehmern. Der Auftragnehmer hat kein Vertragsverhältnis mit den beauftragten Subsubunternehmen des Subunternehmers.[170]

[167] § 142 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[168] § 144 BVergG 2018, BGBl. I Nr. 65/2018.
[169] *Holoubek et al*, Vergaberecht[6] 173.
[170] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 7.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Die Trennung der Vertragsverhältnisse bei einer Subvergabe soll nachfolgend übersichtlich dargestellt werden.

1. Vertragsebene der Subvergabe:

   Auftraggeber ⟷ Auftragnehmer

2. Vertragsebene der Subvergabe:

   Auftragnehmer ⟷ Subunternehmer

3. Vertragsebene der Subvergabe:

   Subunternehmer ⟷ Subsubunternehmer

Tabelle 2: Trennung der Vertragsverhältnisse bei einer Subvergabe

Die einzelnen Vertragsebenen sind dabei nicht miteinander verknüpft. Es sei denn, der Subunternehmer haftet iSd § 98 Abs 5 BVergG 2018 mit dem Auftragnehmer solidarisch, die an den Auftraggeber geschuldete Leistung zu erbringen.[171]

7.1. Vertragserfüllung des Subunternehmers

Wurde ein Subunternehmer vom Auftragnehmer für einen Teil der Leistung beauftragt, schuldet der Subunternehmer die Herstellung des Werkes gegen Entgelt und es entsteht ein Werkvertrag iSd §§ 1151 iVm 1165 ABGB. Der Subunternehmer wird dabei iSd § 1313a ABGB als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers tätig. Bedient sich der Subunternehmer eines weiteren Subsubunternehmers, ist dieser wiederum Erfüllungsgehilfe des Subunternehmers. Aufgrund der Erfüllungsgehilfenhaftung haftet ein Unternehmer gegenüber dem Auftraggeber für das Verschulden seiner Erfüllungsgehilfen wie für sein eigenes Verschulden. Somit muss derjenige, der sich zur Erfüllung der geschuldeten Leistung eines Gehilfen bedient, auch dafür Sorge tragen, dass die Leistung der Gehilfen erfüllt wird, und haftet für mögliche entstandene Schäden. Ist dem Subunternehmer ein Schaden bei der Auftragserfüllung zuzurechnen, kann der Auftraggeber nur gegen den Auftragnehmer Schadenersatzansprüche geltend machen, weil nur ein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer besteht. Der Auftragnehmer hat sich dann an

[171] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 7.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Subunternehmer zu regressieren. Wie bereits bei der zivilrechtlichen Einordnung des Subunternehmers erwähnt, ist laut OGH ein Sprungregress über die einzelnen Vertragsebenen der Subvergabe hinaus nicht zulässig. Festzuhalten ist, dass bei Auftreten von Mängeln in der Ausführung der Leistung Schadenersatzansprüche nur innerhalb der Vertragsverhältnisse gestellt werden können.[172]

Neben der vertragsmäßigen Erfüllung der Leistung unterliegt der Subunternehmer auch Prüf- und Warnpflichten. Aus § 1168a ABGB geht hervor, dass der Werkvertragsnehmer den Werkbesteller zu warnen hat, wenn die auszuführende Leistung aufgrund eines vom Werkbesteller bereitgestellten offenbar untauglichen Stoffes oder einer offenbar unrichtigen Anweisung droht, mangelhaft ausgeführt zu werden. Im Zuge der Vertragskette bei Subvergaben treffen sowohl dem Auftragnehmer gegenüber den Auftraggeber, als auch den Subunternehmer gegenüber dem Auftragnehmer Prüf- und Warnpflichten. In dem jeweiligen Vertragsverhältnis gilt derjenige, der eine Herstellung eines Werkes verlangt, als Werkbesteller und derjenige, der die Herstellung des Werkes schuldet, als Werkvertragsnehmer. Der Begriff des Stoffes gemäß § 1168a ABGB umfasst dabei alles, was für die Herstellung des Werkes erforderlich sein kann.[173] Dabei können als Stoffe bei Bauverträgen beispielsweise bereitgestellte Pläne und Berechnungen, bauseits beigestellte Materialien, wie Baugründe, Altbaubestände und Vorleistungen anderer Unternehmen verstanden werden.[174] Unter dem Begriff der Anweisung werden Vorgaben über die Art der Herstellung des Werkes verstanden. Der Subunternehmer hat nur auf offenbare mangelhafte Stoffe und Anweisungen hinzuweisen, wenn diese bei einer sorgfältigen Prüfung auch erkennbar hätten sein können. Daher besteht eine Warnpflicht im Anschluss an die Pflicht zur Prüfung der bereitgestellten Stoffe und Anweisungen des Auftragnehmers. Die Prüf- und Warnpflicht ist dispositiv. Daher können der Auftragnehmer und der Subunternehmer auch abweichende vertragliche Vereinbarungen treffen und etwa eigene Allgemeine Geschäftsbedingungen oder ÖNORMEN im Subunternehmervertrag vereinbaren.[175] Bei Bauleistungsverträgen wird oftmals die ÖNORM B 2110, die sogenannte Werkvertragsnorm, vereinbart. In

[172] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 8.
[173] *Schopper/Jöchl,* Aktuelle Fragen der Prüf- und Warnpflicht beim Bauvertrag, ZRB 2024/1, 3.
[174] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 186.
[175] *Schopper/Jöchl,* Aktuelle Fragen der Prüf- und Warnpflicht beim Bauvertrag, ZRB 2024/1, 3.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

diesem Fall besteht neben der Prüf- und Warnpflicht auch eine Pflicht zur Bekanntgabe eines Verbesserungsvorschlages.[176] Kommt der Subunternehmer seiner Prüfpflicht nicht nach und unterlässt die Warnpflicht, ist der Subunternehmer für aus der Verletzung der Warnpflicht entstandene Schäden verantwortlich. Die Schadenersatzforderungen verjähren erst nach 30 Jahren nach dem Eintritt des Schadens bzw nach drei Jahren ab Kenntnis des Schadens und des Schädigers. Somit besteht ein potentielles langes Risiko bei einer Verletzung der Warnpflicht. Entstehen Schäden durch die Verletzung der Warnpflicht, ist der Geschädigte so zu stellen, als wäre die Warnpflicht nicht verletzt worden. Die sogenannten Sowieso-Kosten, jene Kosten, die bei einer entsprechenden Warnung ohnehin für die Behebung des Mangels angefallen wären, sind nicht vom Werkvertragsnehmer zu tragen. Die Sowieso-Kosten sind vom Werkbesteller zu tragen.[177]

Bekanntermaßen besteht kein Vertragsverhältnis zwischen Auftraggeber und Subunternehmern. Dennoch haftet der Subunternehmer für Schäden, die aus der Verletzung der Schutz- und Sorgfaltspflichten entstehen. Die vertragliche Schadenersatzhaftung zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer wird auf Dritte, die der vertraglichen Hauptleistung nahestehen, erstreckt. Unter Schutz- und Sorgfaltspflichten sind bei Bauaufträgen beispielsweise die Kennzeichnung und Sicherung von Baustellen oder die Warnung vor Gefahren, die mit der Ausführung der Leistung entstehen können, zu verstehen. Verletzt der Subunternehmer die Schutz- und Sorgfaltspflichten und entstehen dadurch Schäden beim Auftraggeber oder bei anderen Auftragnehmern, mit denen der Subunternehmer in keinem vertraglichen Verhältnis steht, ist der Subunternehmer für diese Schäden haftbar.[178]

Zusammengefasst schuldet der Subunternehmer nach Zuschlagserteilung dem Auftragnehmer den Teil der übernommenen Leistung zu erbringen und muss seinen Prüf- und Warnpflichten und der Pflicht zu Verbesserungsvorschlägen nachkommen, wenn dies vereinbart wurde. Grundsätzlich können nur Schadenersatzansprüche innerhalb des einzelnen Vertragsverhältnisses gestellt werden. Es sei denn, der

[176] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] 185.
[177] *ebd.* 188.
[178] *ebd.* 180.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.
TU Bibliothek Your knowledge hub WIEN

Subunternehmer hat eine solidarische Haftungserklärung gegenüber dem Auftraggeber abgegeben oder es werden Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt, wodurch Schäden bei am Auftrag beteiligten Dritten entstehen.

7.2. Bekanntgabe neuer Subunternehmer

Der Auftragnehmer darf grundsätzlich nach Zuschlagserteilung keine neuen Subunternehmer zur Auftragserfüllung hinzuziehen. Als neue Subunternehmer gelten Subunternehmer, die nicht bereits im Angebot genannt wurden und daher nicht vom Auftraggeber auf ihre Eignung geprüft werden konnten. Davon umfasst ist das nachträgliche Hinzuziehen von Subunternehmern und der Wechsel eines im Angebot genannten Subunternehmers. Es kann durchaus vorkommen, dass der Auftragnehmer aufgrund von unvorhergesehenen Planänderungen in der Ausführung oder dem Wegfall der Eignung eines Subunternehmers reagieren und neue Subunternehmer für die Auftragserfüllung einsetzen muss. Nach § 363 Abs 1 BVergG 2018 wird der Einsatz neuer Subunternehmer unter zwei kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen ermöglicht. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber den neuen Subunternehmer bekanntzugeben und dabei den Nachweis der Eignung des neuen Subunternehmers vorzulegen. Zusätzlich muss der Auftraggeber dem Einsatz des neuen Subunternehmers zustimmen. Die Pflicht zur Bekanntgabe neuer Subunternehmer trifft immer den Auftragnehmer und nicht den Subunternehmer. Der Auftragnehmer ist somit verpflichtet, jeden Wechsel und jedes Hinzuziehen neuer Subunternehmer in der gesamten Subunternehmerkette offenzulegen. Somit sind Subunternehmer, die wiederum neue Subsubunternehmer hinzuziehen, verpflichtet, dies dem Auftragnehmer bekanntzugeben. Für die Zustimmung des Auftraggebers gilt eine Frist von drei Wochen. Lehnt der Auftraggeber einen neuen Subunternehmer innerhalb dieser Frist nicht ab, gilt die Zustimmung als erteilt (Zustimmungsfiktion). Wird der Eignungsnachweis des neuen Subunternehmers nicht vorgelegt, hat der Auftraggeber den Auftragnehmer aufzufordern, den Eignungsnachweis nachzureichen. Durch die Aufforderung wird die dreiwöchige Frist zur Zustimmung gehemmt.[179] Der Erläuterung der Regierungsvorlage zu § 363 Abs 1 BVergG 2018 ist zu entnehmen,

[179] *Dillinger/Oppel*, Das neue BVergG 2018 Rz 4.126 ff.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

dass eine generelle vorherige Zustimmungserklärung des Auftraggebers zu allen neuen Subunternehmern unzulässig ist. Der Auftraggeber kann neue Subunternehmer nicht aus willkürlichen, sondern nur aus sachlichen Gründen ablehnen. Die Ablehnung ist sachlich gerechtfertigt, wenn der neue Subunternehmer insbesondere nicht über die erforderliche Eignung verfügt.[180] Eine fehlende Eignung des neuen, nicht erforderlichen Subunternehmers führt lediglich dazu, dass dieser nicht eingesetzt werden darf, und wirkt sich nicht negativ auf die Eignung des Auftragnehmers aus.[181] Hingegen darf durch den Wechsel eines erforderlichen Subunternehmers die Eignung des Auftragnehmers nicht untergehen. Der Subunternehmer, der anstelle eines erforderlichen Subunternehmers nachnominiert wird, muss die erforderlichen Eignungskriterien zumindest gleichermaßen erfüllen können. Kann beim Wechsel eines erforderlichen Subunternehmers kein adäquater Ersatz gefunden werden, stellt dies eine wesentliche Vertragsänderung gemäß § 365 BVergG 2018 dar und das Vergabeverfahren muss erneut durchgeführt werden. Unter Umständen kann auch der Wechsel eines nicht erforderlichen Subunternehmers zu einer wesentlichen Vertragsveränderung führen. Wurde dem Bieter der Zuschlag aufgrund der individuellen Fähigkeiten des Subunternehmers erteilt und hätte die Bekanntgabe eines anderen Subunternehmers potentiell zu einem anderen Ergebnis im Vergabeverfahren geführt, stellt dies ebenfalls eine wesentliche Vertragsveränderung dar. Nach Rechtsprechung des EuGH ist der Auftraggeber bei wesentlichen Vertragsänderungen verpflichtet, das Vergabeverfahren neuerlich auszuschreiben.[182] Ist der Wechsel des Subunternehmers nicht wettbewerbsrelevant und entspricht deshalb nur einer unwesentlichen Vertragsveränderung, muss das Vergabeverfahren nicht erneut durchgeführt werden.[183]

Nach der Zuschlagserteilung, jedoch spätestens zum Beginn der Auftragsausführung hat der Auftragnehmer gemäß § 363 Abs 2 BVergG 2018 alle Subunternehmen und deren Kontaktdaten sowie die vertretungsbefugten Personen bekanntzugeben, selbst wenn die Offenlegungspflicht iSd § 98 Abs 2 BVergG 2018 nur auf wesentliche Teile

[180] ErlRV 69 BlgNR XXVI. GP 216.
[181] *Wiesinger/Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 363 Rz 10.
[182] EuGH 13.4.2010, Rs C-91/08 (Wall).
[183] *Holly,* Subunternehmerwechsel während der Vertragserfüllung im Blickwinkel des § 365 BVergG 2018, bbl 2024/2, 42-45.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

des Auftrages beschränkt wird. Spätestens ab dem Zeitpunkt der Ausführungsphase ist es für den Auftraggeber wichtig zu wissen, welche Subunternehmen insgesamt an der Umsetzung des Auftrages tatsächlich beteiligt sind. Dadurch können in der Ausführungsphase eine bessere Kommunikation und Kontrollmöglichkeit geschaffen werden, die für eine reibungslose Ausführung notwendig sind.[184]

Zusammenfassend sind das nachträgliche Hinzuziehen von Subunternehmern und der Wechsel von Subunternehmern nur zulässig, wenn diese für die Auftragsausführung geeignet sind, die Eignung des Auftragnehmers somit aufrecht bleibt, der Wechsel keinen Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens gehabt hätte, der Auftraggeber darüber informiert wurde und dem Einsatz der neuen Subunternehmer zustimmt.[185]

[184] *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht RPA 2019, 263 (270).
[185] *ebd.*

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

8. Gründe und Vor- und Nachteile der Subvergabe

Die Gründe für das Hinzuziehen von Subunternehmern sind vielschichtig. Dabei haben Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer die Vor- und Nachteile abzuwägen, die mit der Vergabe von Subunternehmerleistungen einhergehen. Im folgenden Kapitel werden die Gründe für den Einsatz von Subunternehmern und die daraus resultierenden Vor- und Nachteile für Auftraggeber, Auftragnehmer und Subunternehmer näher beschrieben.

Der Auftraggeber steht bei der Vergabe von Leistungen vor der Wahl, ob der Auftrag getrennt an mehrere Unternehmen oder im Zuge einer Gesamtvergabe nur an einen Generalunternehmer vergeben werden soll. Generalunternehmer übernehmen den gesamten Auftrag, setzen aber zur Erfüllung von Teilen des Auftrages Subunternehmer ein.[186] Bei einer Gesamtvergabe muss der Auftraggeber nur ein Vergabeverfahren durchführen. Nach Zuschlagserteilung an einen Generalunternehmer besteht Rechtssicherheit darüber, welches Unternehmen gegenüber dem Auftraggeber für die Ausführung des Auftrages verantwortlich ist. Hingegen ist bei Einzelvergaben das Risiko höher, dass unterlegene Bieter oder Bietergemeinschaften bei einem der Vergabeverfahren Einwendungen gegen die Zuschlagsentscheidung vorbringen und durch ein Nachprüfungsverfahren den Vergabeprozess zeitlich verzögern. Dadurch könnte für den Auftraggeber die Rechtssicherheit über die von ihm beauftragten Unternehmen erst zu einem späteren Zeitpunkt vorliegen. Somit kann eine Gesamtvergabe die Abwicklung des Auftrages beschleunigen. Vergibt der Auftraggeber den Auftrag an einen Auftragnehmer, hat der Auftraggeber auch nur einen Vertragspartner. Daher muss sich der Auftraggeber bei Schadenersatzforderungen nur an einen Vertragspartner wenden. Bei einer Gesamtvergabe haftet der Generalunternehmer für Schäden, die von ihm beauftragte Subunternehmer verursacht haben. Zudem ist der Generalunternehmer für die Koordinierung der einzelnen Gewerke zuständig und ist somit auch für die mangelfreie Erfüllung der Leistung der beauftragten Subunternehmer verantwortlich. Durch die Möglichkeit, dass Auftragnehmer Subunternehmer einsetzen können, sind auch

[186] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] (2019) 15 ff.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

KMUs in der Lage, an größeren Vergabeverfahren teilzunehmen. Dies erhöht den potentiellen Bieterkreis und fördert den Wettbewerb. Durch eine höhere Anzahl an Angeboten werden dem Auftraggeber tendenziell Angebote mit besseren Konditionen vorgelegt.[187]

Mit der Subvergabe gehen für den Auftraggeber auch gewisse Nachteile einher. Beabsichtigt ein Auftraggeber eine Gesamtvergabe durchzuführen, ist bereits bis zur Ausschreibung das gesamte Vorhaben zu planen. Eine Aufteilung der Planung in einzelne Gewerke und Projektphasen ist nicht möglich. Aufgrund dessen hat die Gesamtvergabe für den Auftraggeber eine längere Vorbereitungs- und Planungszeit zur Folge. Nachdem der Auftraggeber bei einer Gesamtvergabe nur in einem vertraglichen Verhältnis mit dem Generalunternehmer steht, hat der Auftraggeber auch kein direktes Weisungsrecht an die Subunternehmer. Somit können Anordnungen des Auftraggebers, die der Generalunternehmer an seine Subunternehmer weiterleitet, zu Reaktionsverzögerungen führen. Darüber hinaus muss der Auftraggeber bei der Vergabe von Gesamtleistungen an einen Auftragnehmer tendenziell mit höheren Auftragskosten rechnen. Die Kosten der Subunternehmer werden in der Regel mit einem Kostenaufschlag des Generalunternehmers weiterverrechnet. Zudem kalkuliert ein Generalunternehmer für die Koordinierung der Subunternehmer und des höheren Haftungsrisikos durch das Beauftragen der Subunternehmer mit höheren Kosten. Darüber hinaus hat der Auftraggeber kein Wahlrecht, welche Subunternehmer der Generalunternehmer einsetzt. Durch entsprechende Eignungskriterien und dem Recht, ungeeignete Subunternehmer abzulehnen, kann der Auftraggeber jedoch Einfluss auf die beauftragten Subunternehmer nehmen. Zudem können Auftraggeber die Subvergabe einschränken, indem sie Auftragnehmer zur Selbstausführung von kritischen Leistungen verpflichten oder den Einsatz von Subunternehmern untersagen, wenn dies sachlich gerechtfertigt ist.[188]

Auch für den Auftragnehmer ergeben sich durch den Einsatz von Subunternehmern einige Vorteile. Oftmals sind Unternehmen nicht in der Lage, den Auftrag vollständig

[187] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] (2019) 41.
[188] ebd. 44.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

selbst zu erfüllen, oder bevorzugen schlichtweg Subunternehmer hinzuziehen. Des Öfteren verfügen Subunternehmer über eine bessere Fachkenntnis in einem speziellen Bereich. Auftragnehmer können durch den Einsatz von Subunternehmern, auf deren Spezialwissen und individuellen Fähigkeiten zurückgreifen. Subunternehmer können unter Umständen gewisse Leistungen aufgrund einer geringeren Angebotspalette und einer anteilig höheren Auslastung der Mitarbeiter und Geräte kostengünstiger anbieten. Greifen Auftragnehmer auf die Leistungen von Subunternehmen zurück, können sie unwirtschaftliche Teile auslagern und sich auf ihr Kerngeschäft fokussieren. Darüber hinaus kann der Auftragnehmer gezwungen sein, für den Nachweis der Eignung Subunternehmer zu beauftragen, die seine teilweise fehlende Eignung ersetzen. Ein weiterer Grund für den Einsatz von Subunternehmern ist, dass der Auftragnehmer unter Umständen nicht über die notwendigen Kapazitäten verfügt. Das Hinzuziehen von Subunternehmern ermöglicht es dem Auftragnehmer, personelle, materielle und finanzielle Engpässe zu überbrücken.[189]

Auftragnehmer stehen im Gegensatz zum Auftraggeber in einem vertraglichen Verhältnis mit dem Subunternehmer. Deshalb sind Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber für die mangelfreie Leistungserbringung und verursachter Schäden der eingesetzten Subunternehmer verantwortlich. Die Koordinierung der Subunternehmer obliegt dem Auftragnehmer.[190]

Die Möglichkeit des Auftragnehmers, Teilleistungen weiterzugeben, ermöglicht KMUs, sich an größeren Vergabeverfahren zu beteiligen. Um Großaufträge zu übernehmen, haben viele KMUs nicht genügend Personal und finanzielle Mittel. Deshalb steht Unternehmen oftmals nur die Möglichkeit zu, sich als Subunternehmer an Vergabeverfahren für Großaufträge zu beteiligen. Aufgrund der Tatsache, dass Subunternehmer nur Teilleistungen übernehmen, ist die Haftung und Verantwortung nur auf den übernommenen Teil der geschuldeten Leistung beschränkt. Beim Einsatz von Subunternehmern sind allerdings die strengen Vorgaben des Vergaberechts zu beachten, um ein Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu vermeiden. Subunternehmer sind außerdem immer davon abhängig, dass dem Bieter, mit dem sie

[189] *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] (2019) 46.
[190] *Gölles* in *Gölles*, BVergG 2018 § 98 Rz 7.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

ihr Angebot ausgehandelt haben, auch tatsächlich der Zuschlag erteilt wird. Zudem haftet der Subunternehmer bei Abgabe einer solidarischen Haftungserklärung auch für die mangelfreie Leistungserbringung des Auftragnehmers und kann für Schadenerstazforderungen gegen den Auftragnehmer verpflichtet werden.[191] In Zeiten, als der Einsatz von Subunternehmern nicht durch das Vergaberecht geregelt wurde, hatten Generalunternehmer die Möglichkeit, mit Subunternehmern erst die Preise zu verhandeln, nachdem der Auftrag vergeben worden war. Durch die Offenlegungspflicht der einzusetzenden Subunternehmer wird sichergestellt, dass der Auftraggeber neben den Bietern auch die Subunternehmer auf ihre Eignung prüfen kann. Die Eignungsprüfung schließt somit aus, dass ungeeignete Subunternehmer eingesetzt werden und keine Subunternehmer beauftragt werden, die gegen das Lohn- und Sozialdumpinggesetz verstoßen. Dadurch wird ein fairer und transparenter Wettbewerb gewährleistet, Schwarzarbeit wird verhindert und der Auftrag wird tendenziell ordnungsgemäßer erfüllt.[192]

[191] *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 98 Rz 50.
[192] *Elsner*, Vergaberecht Rz 1.7 ff.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

9. Conclusio

Die aufgeworfenen Forschungsfragen konnten im Rahmen dieser Masterthese beantwortet werden und werden im Folgenden zusammengefasst dargestellt.

Eingangs wurde die Frage beantwortet, welche Auftraggeber in welchen Fällen das Vergaberecht und somit auch die Regelungen zum Einsatz von Subunternehmern anzuwenden haben. Das Vergaberecht ist auf Beschaffungsvorgänge von öffentlichen Auftraggebern und Sektorenauftraggebern anzuwenden. Als öffentliche Auftraggeber gelten die Gebietskörperschaften Bund, Länder, Gemeinden und Gemeindeverbände. Sektorenauftraggeber üben Tätigkeiten aus, die mit der Grundversorgung der Allgemeinheit und dem Nutzen von Grund und Boden in Zusammenhang stehen. Üben private Unternehmen eine Sektorentätigkeit gemäß §§ 170 bis 175 BVergG 2018 aus, unterliegen sie dem Vergaberecht. Nur für private Beschaffungsvorgänge, die keiner Sektorentätigkeit entsprechen, sind die Bestimmungen des BVergG 2018 nicht anzuwenden. Öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber sind verpflichtet, für Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ein Vergabeverfahren durchzuführen. § 9 BVergG 2018 listet taxativ Beschaffungsvorgänge auf, die vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausgenommen sind. Vor allem für die Bauwirtschaft ist die Ausnahme des § 9 Z 10 BVergG 2018 für Kauf-, Miet- oder Pachtverträge von Grundstücken, Gebäuden oder anderen unbeweglichen Vermögen relevant. Die Ausnahme für Liegenschaftsgeschäfte ist nur zulässig, wenn die Immobilie, die die öffentliche Hand beabsichtigt zu nutzen, von verschiedenen Mietern genutzt werden könnte und keine individuellen Vorgaben des Auftraggebers über die üblichen Anforderungen eines Mieters hinaus getroffen werden.

Liegt ein vergaberechtlicher Beschaffungsvorgang vor, ermöglicht das Vergaberecht Auftraggebern nach § 98 BVergG 2018 für die Auftragserfüllung Subunternehmer zu beauftragen. Bei privaten Aufträgen muss für das Hinzuziehen von Subunternehmern das Vergaberecht nicht beachtet werden. Für die rechtmäßige Beauftragung von Subunternehmen und um ein Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren zu vermeiden, sind die Bestimmungen des Vergaberechts zum Einsatz von Subunternehmern zu beachten. Hierfür sind Subunternehmen von Hilfsunternehmen zu unterscheiden.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Unternehmen, die Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführen, gelten als Subunternehmer. Hilfsunternehmen bzw Vorlieferanten liefern bloß Waren oder setzen den Auftragnehmer in die Lage, eine Leistung erbringen zu können. Die Abgrenzung zwischen Sub- und Hilfsunternehmen ist deshalb von Bedeutung, da die Regelungen des § 98 BVergG 2018 ausschließlich für den Einsatz von Subunternehmen und nicht für den Einsatz von Hilfsunternehmen anzuwenden sind. Zivilrechtlich gilt der Subunternehmer als Erfüllungsgehilfe des Auftragnehmers bzw Werkvertragsnehmers. Zudem ist anzumerken, dass Subunternehmer mit dem Auftragnehmer in einem vertraglichen Verhältnis stehen und nur diesem die Leistungserbringung schulden. Zwischen Auftraggeber und Subunternehmer wird kein vertragliches Verhältnis begründet. Für verursachte Schäden des Subunternehmers ist der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber haftbar. Im Fall der Abgabe einer solidarischen Haftungserklärung iSd § 98 Abs 5 BVergG 2018 schulden der Subunternehmer und der Auftragnehmer gemeinsam dem Auftraggeber die Leistungserbringung. Kann der Auftragnehmer seine geschuldete Leistung nicht ordnungsgemäß erbringen, muss der Subunternehmer einspringen und den nicht geleisteten Teil des Auftragnehmers übernehmen. Nach § 21 Abs 2 BVergG 2018 haben Unternehmen die Möglichkeit, eine Bietergemeinschaft zu bilden. Im Auftragsfall sind die Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber verpflichtet, die Leistung solidarisch zu erbringen.

Die Vergabe eines Auftrages hat an geeignete Unternehmen zu erfolgen. Für eine erfolgreiche Zuschlagserteilung haben Bieter, die Mitglieder einer Bietergemeinschaft und Subunternehmer die Eignung für den jeweils übernommenen Teil der Leistung nachzuweisen. Bieter und Subunternehmer gelten als geeignet, den Auftrag erfüllen zu können, wenn sie die Befugnis, die Leistungsfähigkeit und die berufliche Zuverlässigkeit zur Leistungserbringung besitzen. Der Auftragnehmer kann sich für den Nachweis der Befugnis und der wirtschaftlichen bzw finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützen. Mitglieder einer Arbeitsgemeinschaft können untereinander die Befugnis und die Leistungsfähigkeit für den jeweils übernommenen Teil der Leistung ergänzen. Der Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit gibt eine insgesamte Auskunft über das Unternehmen und kann nicht durch andere Unternehmen substituiert werden. Im Zuge der Substitution

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

der Eignung durch Subunternehmer wurde die Unterscheidung zwischen erforderlichen und nicht erforderlichen Subunternehmen getroffen. Ergänzt ein Unternehmen die notwendige Eignung des Auftragnehmers und übernimmt einen Teil der Leistung, gilt dieses als erforderlicher Subunternehmer. Als nicht erforderliche Subunternehmer gelten Unternehmen, die nur für die Erbringung einer Teilleistung und nicht für die Ergänzung der Eignung des Bieters herangezogen werden. Hilfsunternehmen, die keine ausgeschriebene Leistung erbringen und Kapazitäten im Hinblick auf die Leistungsfähigkeit bereitstellen, gelten dennoch nicht als Subunternehmer.

Mit dem Recht, Subunternehmer beauftragen zu können, gehen auch rechtliche Verpflichtungen einher. Bieter unterliegen einer Offenlegungspflicht aller Subunternehmer. Es sind sowohl nicht erforderliche Subunternehmer als auch erforderliche Subunternehmer und Subsubunternehmer im Angebot bekanntzugeben. Sofern der Auftraggeber die Offenlegungspflicht auf wesentliche Teile des Auftrages beschränkt hat, sind nur Subunternehmer zu nennen, die auch wesentliche Teile der Leistung übernehmen sollen. Erforderliche Subunternehmer müssen stets offengelegt werden, selbst wenn keine wesentlichen Teile des Auftrages erbracht werden. Das Unterlassen der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmen stellt einen unbehebbaren Mangel dar und das Angebot des Bieters ist auszuscheiden. Kann die Eignung des erforderlichen Subunternehmers nicht vollständig nachgewiesen werden, fehlt auch dem Bieter die notwendige Eignung und kann zum Ausscheiden des Angebots führen. Nach Ansicht des EuGH ist dem Bieter bei fehlender Eignung des Subunternehmers die Möglichkeit zu verschaffen, nachträglich einen geeigneten Subunternehmer nominieren zu können. Mit Zustimmung des Auftragnehmers kann ein neuer, nicht erforderlicher Subunternehmer nachträglich hinzugezogen werden, sofern dieser die entsprechende notwendige Eignung besitzt und der Auftraggeber zustimmt. Es besteht das Risiko, dass der Auftraggeber den Subunternehmer aufgrund mangelnder Eignung und aus sachlichen Gründen ablehnt. Darüber hinaus haben Bieter nach § 98 Abs 1 BVergG 2018 das Verbot der Weitergabe des gesamten Auftrages zu beachten. Kaufverträge und die Gesamtweitergabe an verbundene Unternehmen sind von diesem Verbot ausgenommen. Die Weitergabe von Teilen des Auftrages ist zulässig, sofern der Bieter einen Teil der ausgeschriebenen Leistung

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

erfüllt. Leistet der Bieter keinen Teil der ausgeschriebenen Leistung selbst und erbringt dabei bloß Hilfsleistungen, die den Subunternehmer in die Lage versetzen, den Auftrag erfüllen zu können, stellt dies eine unzulässige Weitergabe des gesamten Auftrages dar und das Angebot des Bieters ist auszuscheiden.
Eine weitere Einschränkung der Subvergabe besteht, wenn der Auftraggeber verlangt, dass kritische Leistungsteile selbst ausgeführt werden und nicht an Subunternehmer weitergegeben werden dürfen. Der Auftraggeber kann Teile des Auftrages als kritische Leistungen einstufen, wenn die ordnungsgemäße Erfüllung des Auftrages nur aufgrund der individuellen Eigenschaften des Auftragnehmers gewährleistet ist. Darüber hinaus kann der Auftraggeber den Einsatz von Subunternehmen gänzlich untersagen. Dies ist nur durch eine sachliche Rechtfertigung zulässig, wenn beispielsweise die ungeteilte Kapazität des Auftragnehmers für die Auftragserfüllung notwendig ist. Die Mehrfachbeteiligung von Subunternehmern an einem Vergabeverfahren ist zulässig, sofern der Wettbewerb dadurch nicht beeinträchtigt wird. Leistet ein Subunternehmer Vorarbeiten für die Ausschreibung des Auftrages und kann der dadurch erlangte Wettbewerbsvorsprung nicht neutralisiert werden, ist die Teilnahme dieses Subunternehmers nicht zulässig.

Außerdem wurde untersucht, welche rechtlichen Folgen für die Subvergabe nach Zuschlagserteilung zu berücksichtigen sind. Im Auftragsfall schuldet der Subunternehmer dem Auftragnehmer die mangelfreie Erbringung des übernommenen Teils des Auftrages. Zudem muss der Subunternehmer seinen Prüf- und Warnpflichten und der Pflicht zu Verbesserungsvorschlägen nachkommen, sofern dies vereinbart wurde. Schadenersatzansprüche können nur innerhalb des jeweiligen Vertragsverhältnisses geltend gemacht werden, außer es wurde eine solidarische Haftungserklärung des Subunternehmers abgegeben oder es wurden Schutz- und Sorgfaltspflichten verletzt, wodurch Schäden bei am Auftrag beteiligten Dritten entstanden sind. In solchen Fällen geht die Haftung des Subunternehmers über das begründete Vertragsverhältnis hinaus. Die Bekanntgabe neuer Subunternehmer ist nur zulässig, wenn diese die erforderliche Eignung nachweisen können und somit der Auftragnehmer weiterhin geeignet ist, der Wechsel keinen Einfluss auf das Ergebnis des Vergabeverfahrens gehabt hätte und der Auftraggeber dem Einsatz des neuen Subunternehmers zustimmt.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Abschließend wurden die Gründe und Vor- und Nachteile der Subvergabe näher beleuchtet. Der Einsatz von Subunternehmern ermöglicht es KMUs, sich an komplexen und größeren Aufträgen zu beteiligen und fördert den Wettbewerb. Die Vorteile für den Auftraggeber bei einer Gesamtvergabe an einen Generalunternehmer liegen darin, dass der Vergabeprozess schneller abgewickelt werden kann und die Koordinierung der Subunternehmer an den Generalunternehmer ausgelagert wird. Auftraggeber müssen jedoch bei einer Gesamtvergabe tendenziell längere Vorbereitungs- und Planungszeiten und höhere Kosten in Kauf nehmen. Auf die Wahl der eingesetzten Subunternehmer können Auftraggeber durch Festsetzung von Eignungskriterien Einfluss nehmen. Darüber hinaus können Auftraggeber ungeeignete Subunternehmer ablehnen und die Subvergabe für kritische Leistungen beschränken oder gänzlich untersagen. Durch den Einsatz von Subunternehmern können Auftragnehmer auf die Kapazitäten von Subunternehmen zurückgreifen, ihre Eignung ergänzen und unwirtschaftliche Teile des Auftrages auslagern. Auftragnehmer müssen beim Hinzuziehen von Subunternehmern jedoch beachten, dass sie gegenüber dem Auftraggeber für eine mangelfreie Leistungserbringung und für die Koordinierung der beauftragten Subunternehmer verantwortlich sind. Der Einsatz von Subunternehmern hat gemäß den Vorgaben des Vergaberechts zu erfolgen und eine Missachtung kann zu einem Ausscheiden aus dem Vergabeverfahren führen. Subunternehmer sind zudem für eine Beauftragung immer von der Erteilung des Zuschlags an den Bieter abhängig. Insgesamt betrachtet ermöglicht der Einsatz von Subunternehmen einer größeren Anzahl an Unternehmen, sich an Vergabeverfahren zu beteiligen. Aufgrund der Offenlegungspflicht und der einhergehenden Eignungsprüfung wird ein fairerer und transparenter Wettbewerb sichergestellt, Schwarzarbeit wird unterbunden und Aufträge werden tendenziell ordnungsgemäßer erfüllt.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Literaturverzeichnis

Buchpublikationen

- *Aspalter,* Handbuch Vergabe für Technikerinnen und Techniker: der Praxisleitfaden durch das österreichische Vergabeverfahren (2023).
- *Breitenfeld,* Verträge des Vergaberechts (2021).
- *Dillinger/Oppel,* Das neue BVergG 2018 (2018).
- *Elsner,* Vergaberecht (2023).
- *Gruber-Hirschbrich,* Vergaberecht[6] (2019).
- *Heid/Preslmayer*, Handbuch Vergaberecht[4] (2015).
- *Holoubek/Fuchs/Holzinger/Ziniel*, Vergaberecht[6] (2022).
- *Kahl/Rosenkranz*, Vergaberecht[3] (2019).
- *Kropik/Wiesinger*, Generalunternehmer und Subunternehmer in der Bauwirtschaft[4] (2019).
- *Raschauer, B./Ennöckl/Raschauer, N.*, Wirtschaftsrecht[4] (2021).

Zeitschriftenartikel

- *Heid/Schiefer*, Der Subunternehmerbegriff im Vergaberecht, VIL 2016/3, 2.
- *Holly,* Subunternehmerwechsel während der Vertragserfüllung im Blickwinkel des § 365 BVergG 2018, bbl 2024/2, 42.
- *Oppel*, Ein kurzer Grundriss zu Subunternehmern nach der BVergG-Novelle 2015, ZVB 2017/69, 301.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

– *Keschmann,* Subunternehmer; Hilfsunternehmen; Werkvertrag; Abgrenzung der Subunternehmereigenschaft, bbl 2019/5 206.

– *Pekar*, Mietverträge mit der öffentlichen Hand sind – nicht immer – auszuschreiben!, ecolex 2021/514, 810.

– *Plotz*, Der Subunternehmer im Vergaberecht, RPA 2019, 263.

– *Schopper/Jöchl,* Aktuelle Fragen der Prüf- und Warnpflicht beim Bauvertrag, ZRB 2024/1, 3.

– *Wiesinger*, Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht (Teil I), ZVB 2008/79, 298.

– *Windbichler/Saxinger*, Zur (unzulässigen) Weitergabe des gesamten Auftrags an einen Subunternehmer, RPA 2022/4, 201.

– *Zleptnig*, Abgrenzung Subunternehmer/Hilfsunternehmer bestätigt, RPA 2020/2, 77.

Kommentare

– Gast (Hrsg), Bundesvergabegesetz[2] (2019).

– *Gölles,* BVergG 2018 (2019).

– *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] (2020).

Internetquelle

– *Knell*, Arbeitskräfteüberlassung (Stand 16.9.2024, Lexis Briefings in lexis360.at).

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Gesetzes- und Gesetzesmaterialienverzeichnis

- Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesammten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie StF: JGS Nr. 946/1811 (ABGB) idF BGBl I Nr. 33/2024.
- Bundesgesetz über besondere zivilrechtliche Vorschriften für Unternehmen (Unternehmensgesetzbuch – UGB) StF: dRGBl. S 219/1897 idF BGBl I Nr. 133/2024.
- Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018) StF: BGBl. I Nr. 65/2018 idF BGBl II Nr. 91/2019.
- Bundesgesetz vom 23. März 1988, mit dem die Überlassung von Arbeitskräften geregelt wird (Arbeitskräfteüberlassungsgesetz – AÜG) StF: BGBl. Nr. 196/1988 idF BGBl. I Nr. 11/2024.
- Erläuterungen Regierungsvorlage 69 BlgNR XXVI. GP 14.
- Gewerbeordnung 1994 – GewO 1994 StF: BGBl. Nr. 194/1994 idF. BGBl. I Nr. 130/2024.
- 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.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Judikaturverzeichnis

EuGH:

- EuGH 5.10.2000, Rs C-16/98 (Kommission/Frankreich).
- EuGH 18.3.2004, Rs C-314/01 (Siemens und ARGE Telekom).
- EuGH 18.1.2007, Rs C-220/05 (Auroux u.a.).
- EuGH 23.12.2009, Rs C-376/08 (Serratoni Srl).
- EuGH 13.4.2010, Rs C-91/08 (Wall).
- EuGH 7.4.2016, Rs C-324/14 (Partner).
- EuGH 30.1.2020, Rs C-395/18 (Tim SpA).
- EuGH 22.4.2021, Rs C-537/19 (Wiener Wohnen).
- EuGH 3.6.2021, Rs C-210/20 (Rad Service).
- EuGH 6.10.2021, Rs C-316/21 (Vandekerckhove).

VwGH:

- VwGH 29.6.2017, Ra 2017/04/0055.
- VwGH 22.3.2019, Ro 2017/04/0022.
- VwGH 19.11.2019, Ra 2017/04/0017.
- VwGH 25.1.2022, Ro 2018/04/0017.

OGH:

- OGH 30.6.2022, 4 Ob 99/22w.
- OGH 19.08.2022, 4 Ob 99/22w = Zak 2022/483 (Kolmasch).

BVwG:

- BVwG 26.4.2016, W123 2122272-1/34E.
- BVwG 20.12.2017, W187 2175977-2.
- BVwG 6.7.2022, W279 2255210-2/25E.

LVwG:

- LVwG Vorarlberg 26.7.2018, LVwG-314-7/2018-S2.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

BVA:

- BVA 16.12.2011, N/0112-BVA/10/2011-32.
- BVA 4.10.2013, N/0088-BVA/10/2013-40.

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Organigramm - Beteiligte der Subvergabe 35
Tabelle 2: Trennung der Vertragsverhältnisse bei einer Subvergabe 56

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.

Abkürzungsverzeichnis

ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch
Abs	Absatz
AKV	Alpenländischer Kreditorenverband
ARGE	Arbeitsgemeinschaft
ASFINAG	Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft
AÜG	Arbeitskräfteüberlassungsgesetz
BGBl	Bundesgesetzblatt
BlgNR	Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVergG	Bundesvergabegesetz
BVwG	Bundesverwaltungsgericht
bzw	Beziehungsweise
ebd	Ebenda
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
ErlRV	Erläuterungen Regierungsvorlage
EuGH	Europäischer Gerichtshof
GesbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GewO	Gewerbeordnung
GISA	Gewerbeinformationssystem
GP	Gesetzgebungsperiode
iSd	im Sinne der/des
iVm	in Verbindung mit
KSV	Kreditschutzverband
LVwG	Landesverwaltungsgericht
OGH	Oberster Gerichtshof
Rs	Rechtssache
Rz	Randziffer
UGB	Unternehmensgesetzbuch
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof

Die approbierte gedruckte Originalversion dieser Masterarbeit ist an der TU Wien Bibliothek verfügbar.
The approved original version of this thesis is available in print at TU Wien Bibliothek.