

## Erläuterungen

### Allgemeiner Teil

#### 1. Hauptgesichtspunkte (Ausgangslage und Zielsetzung):

1.1. Das BVergG 2006 basiert auf dem Grundsatz der Präferenz des Bestangebotsprinzips („Bestbieterprinzip“). In der Vergabepaxis ist jedoch festzustellen, dass derzeit sehr oft Auftragsvergaben nach dem Billigstangebotsprinzip („Billigstbieterprinzip“) stattfinden. Dies kann einerseits mit bereits sehr hohen Qualitätsanforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung und/oder hohen Eignungsanforderungen, die einen (weiteren) Qualitätswettbewerb im Rahmen der Angebotsbewertung durch zusätzliche „Bestbieterkriterien“ überflüssig machen, und andererseits mit einem hohen Bewertungsaufwand bei geringen zu erwartenden zusätzlichen Qualitätsgewinnen erklärt werden. Unabhängig davon ist jedoch festzustellen, dass eine Fokussierung auf einen reinen Preiswettbewerb („Billigstbieterprinzip“, dh. Zuschlag auf den niedrigsten Preis) gemäß den derzeit geltenden Anforderungen des BVergG 2006 nur dann zulässig ist, wenn der Qualitätsstandard in der Leistungsbeschreibung so klar und eindeutig festgelegt wurde, dass die Einreichung vergleichbarer Angebote auf einem definierten (Qualitäts-)Niveau gewährleistet ist (vgl. dazu ausführlich 1171 BlgNR XXII. GP, 67, zum – damaligen – § 80 und die „authentische Interpretation“ des FNA 018 des Österreichischen Normungsinstitutes zu Punkt 7.6. der ÖNORM A 2050: 2000-03 vom 3. Mai 2000). Darüber hinaus kann aufgrund der oben beschriebenen Praxis ein hoher Preisdruck aufgebaut werden, bei dem die evidente Gefahr besteht, dass dieser in der Kette der ausführenden Unternehmen (insbesondere im Rahmen des Einsatzes von Subunternehmen) weitergereicht wird und in weiterer Folge zu Lohn- und Sozialdumping führen kann. Vor diesem Hintergrund sollen einerseits Kategorien von Vergabeverfahren aufgelistet werden, bei denen ex lege das Bestangebotsprinzip zu verwenden ist und andererseits soll klarer zum Ausdruck gebracht werden, in welchen Konstellationen ausnahmsweise das Billigstangebotsprinzip zulässig ist.

1.2. Im BVergG 2006 finden sich schon bisher Regelungen zu Subunternehmerleistungen (§ 83), die die Information des Auftraggebers über die bei der Ausführung des Auftrages involvierten Unternehmer und die teilweise Einschränkung der Weitergabe vorsehen. Im Zusammenhang mit der Stärkung des Bestangebotsprinzips („Bestbieterprinzip“) soll durch die grundsätzliche Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer bereits im Angebot der Einblick des Auftraggebers in die Ausführungsstruktur des potentiellen Auftragnehmers ermöglicht werden. Im Stadium der Vertragsausführung soll darüber hinaus jeder Wechsel bzw. jede Neuerung in der Subunternehmerkette nur aus sachlichen Gründen zulässig sein und der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers (mit Einführung einer Zustimmungsfiktion nach angemessener Frist) bedürfen. Schließlich werden in diesem Zusammenhang bereits zwei Regelungen der neuen Vergaberichtlinien (Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 79 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU) umgesetzt, indem vorgeschrieben wird, dass – sofern der Auftraggeber dies so festlegt – bei bestimmten Vertragstypen kritische Bestandteile des Auftrages vom Auftragnehmer bzw. einem Mitglied der Arbeits- oder Bietergemeinschaft selbst ausgeführt werden müssen. Gleiches soll für die mit einem Bieter verbundenen Unternehmen gelten. Diese Regelungen sollen insgesamt einen stärkeren Rahmen bilden, um die bereits beschriebene Gefahr der Weitergabe des Preisdruckes in der Kette der den Auftrag ausführenden Unternehmen und damit die Gefahr des Lohn- und Sozialdumpings hintanzuhalten.

1.3. Durch die Novellierung des Arbeitsvertragsrechts-Anpassungsgesetzes (AVRAG) im Rahmen des Arbeits- und Sozialrechts-Änderungsgesetzes 2014 (ASRÄG 2014), BGBl. I Nr. 94/2014, wurden die Strafbestimmungen und die Bestimmungen betreffend die Untersagung der Dienstleistung neu gefasst. Das BVergG 2006 soll dieser geänderten Rechtslage entsprechend angepasst werden.

1.4. Der Verwaltungsgerichtshof (VwGH) hat in einem Erkenntnis ausgesprochen, dass aufgrund einer unterschiedlichen Textierung der entsprechenden Gesetzesstellen bei Oberschwelenaufträgen der geschätzte Auftragswert von Losen im Zusammenhang mit der „Kleinlosregelung“ nicht herangezogen werden kann. Im Sinne einer praxismgerechten Anwendung der entsprechenden Bestimmungen des BVergG 2006 und des BVergGVS 2012 soll eine entsprechende Klarstellung in den Gesetzen getroffen werden, dass bei derartigen „Kleinlosen“ der entsprechende geschätzte Auftragswert der „Kleinlose“ für die Wahl des Vergabeverfahrens ausschlaggebend sein soll.

1.5. Der EuGH hat in seinem Erkenntnis vom 11. September 2014 in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn bestimmte in den Richtlinien (Rechtsmittelrichtlinie, Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie und

Richtlinie 2009/81/EG) festgelegte Voraussetzungen erfüllt sind. Der Wortlaut des BVergG 2006 und des BVergGVS 2012 soll im Sinne dieses Erkenntnisses neu gefasst werden.

## **2. Abstimmung mit den Ländern:**

Im Hinblick darauf, dass auf Grund der verfassungsrechtlichen Lage (vgl. Art. 14b B-VG und die Erläuterungen in AB 1118 BlgNR XXI. GP) eine Mitwirkung der Länder an der Erstellung von Entwürfen zum BVergG 2006 in Form der bereits im Jahre 2002 eingerichteten Bund-Länder-Arbeitsgruppe festgeschrieben ist, fanden auch bei der Erstellung des vorliegenden Entwurfes über Einladung des Bundeskanzleramtes Konsultationen zwischen Vertretern des Bundes und der Länder statt.

## **3. Regelungstechnik:**

Der vorliegende Entwurf fügt im Wege von Einzelneuerungen die neuen Regelungen in das bestehende System des BVergG 2006 ein.

## **4. Kompetenzgrundlage:**

Die Zuständigkeit des Bundes zur Erlassung dieses Gesetzes ergibt sich aus Art. 10 Abs. 1 Z 6 (Zivilrechtswesen) und Art. 14b Abs. 1 B-VG.

## **5. Besonderheiten des Normerzeugungsverfahrens:**

Gemäß Art. 14b Abs. 4 B-VG bedarf die Kundmachung des Gesetzes der Zustimmung der Länder.

## **Besonderer Teil**

### **Zu Artikel 1:**

#### **Zu Z 1 (Inhaltsverzeichnis):**

Durch den Entfall des 5. Unterabschnittes des 2. Teiles des 3. Hauptstückes des 6. Abschnittes (§ 100) und das Einfügen des § 231a sowie die Neufassung der Paragraphenüberschrift von § 231 sind redaktionelle Anpassungen im Inhaltsverzeichnis erforderlich.

#### **Zu Z 2 (§ 2 Z 33a):**

Die Einführung einer Definition für Subunternehmer ist durch die Neuregelungen betreffend die Subunternehmerleistungen erforderlich. Die Definition findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist (vgl. dazu die §§ 1151 und 1165 ABGB). Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrages im Sinne der Definition des BVergG 2006 liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt. Zulieferer sind, wie schon nach bisheriger Rechtslage, keine Subunternehmer im Sinne der Definition (vgl. dazu schon 327 BlgNR XXIV. GP, 22, mit Hinweis auf AB 1118 BlgNR XXI. GP, 47, sowie etwa das Urteil des OGH vom 8. März 2005, 10 Ob 74/04m; vgl. ferner dazu Art. 71 Abs. 5 4. Unterabsatz der Richtlinie 2014/24/EU), unabhängig von der Tatsache, ob die vom Zulieferer gelieferten Produkte nach Maß angefertigt wurden oder nicht. Daher ist der bloße Lieferant von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten von der Definition nicht erfasst. Hingegen wäre ein Zulieferer, der auch Bauteile selbst einbaut, ein Subunternehmer. Ebenfalls kein Subunternehmer im Sinne der Definition ist ein Unternehmer, dessen Leistung darin besteht, einen Subunternehmer in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können (wie etwa die Wartung von Maschinen eines Subunternehmers, die Vermietung von Maschinen und Geräten an einen Subunternehmer, die Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer).

Die Definition stellt darauf ab, dass ein Unternehmer – in welcher Art und in welchem Umfang auch immer – an der Ausführung eines erteilten Auftrages beteiligt ist. Unerheblich ist daher, ob er ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer hat oder nicht; die Definition erfasst sohin die gesamte Subunternehmerkette (somit auch jene Unternehmer, die herkömmlich oft auch als Subsub[...]unternehmer bezeichnet werden). Mit der Formulierung werden daher umfassend jene Unternehmer erfasst, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen („Ketten“-)Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden werden (bis zum letzten Glied dieser „Kette“); erfasst wird somit das gesamte Netzwerk jener letztlich auf den Auftragnehmer rückverfolgbaren Verträge, die auf die Realisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind. Im Gesetz werden alle diese Unternehmen einheitlich als „Subunternehmer“ bezeichnet.

Zur Klarstellung wird hinzugefügt, dass Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 2 Z 40) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind.

**Zu Z 3 und 23 (§ 14 Abs. 3 dritter Satz, § 15 Abs. 4 dritter Satz, § 16 Abs. 5 dritter Satz, § 182 Abs. 3 dritter Satz, § 183 Abs. 4 dritter Satz und § 184 Abs. 5 dritter Satz):**

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 23. Mai 2014, 2013/04/0025, festgehalten, dass – anders als bei der Regelung des § 14 Abs. 4 letzter Satz (Losvergabe bei Verfahren im Unterschwellenbereich) – sich aus § 14 Abs. 3 letzter Satz („Kleinlosregelung“ für Vergaben im Oberschwellenbereich) nicht ableiten lässt, dass für die Vergabe von „Kleinlosen“ eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich auch der geschätzte Auftragswert des einzelnen Gewerkes/Loses für die Wahl der zulässigen Verfahrensart heranzuziehen ist. Diese Aussage des Gerichtshofes trifft wohl auch auf die analogen Regelungen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge zu. Durch die Neuregelungen soll im klassischen wie auch im Sektorenbereich klargestellt werden, dass auch bei der „Kleinlosregelung“ eines Auftrages im Oberschwellenbereich die unter diese Ausnahme fallenden Lose/Gewerke gemäß dem Regime des Unterschwellenbereiches vergeben werden können und dass dabei – ebenso wie bei reinen Unterschwellenaufträgen – für die Wahl des Vergabeverfahrens der geschätzte Auftragswert der einzelnen Lose/Gewerke für die Wahl des zulässigen Verfahrens ausschlaggebend ist. Die unionsrechtliche Zulässigkeit dieser Regelungen folgt aus Art. 5 Abs. 8 und 9 iVm Abs. 10 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 18 Abs. 8 und 9 iVm Abs. 10 der Richtlinie 2014/25/EU, wonach die Vergabe bestimmter „Kleinlose“ nicht nach den Bestimmungen „dieser Richtlinie“ erfolgen muss. Damit wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, für diese „Kleinlose“ ein eigenes, dem Primärrecht entsprechendes Vergaberegime zu etablieren. Insbesondere KMU können von dieser vereinfachten Vergabe von Kleinlosen profitieren.

**Zu Z 4 und 24 (§§ 18 Abs. 1 und 186 Abs. 1):**

Dadurch sollen redaktionelle Fehler bereinigt werden.

**Zu Z 5 (§ 22 Abs. 4):**

Der Auftraggeber hat gemäß Abs. 4 (neu) die Nicht-Unterteilung eines Auftrages in Lose zu begründen. Die Begründung ist in die Ausschreibung oder in den Vergabevermerk gemäß § 136 Abs. 1 aufzunehmen. Mit dieser Regelung wird – im Sinne der KMU-Förderung – Art. 46 Abs. 1 zweiter Unterabsatz der Richtlinie 2014/24/EU vorzeitig umgesetzt. Im Sinne von Erwägungsgrund 78 der zitierten Richtlinie ist festzuhalten, dass der Auftraggeber frei entscheiden kann, ob die Aufteilung von Aufträgen in Lose sinnvoll ist; er hat seine Entscheidung nach eigenem Ermessen zu begründen, unterliegt dabei jedoch keiner nachprüfenden Kontrolle.

**Zu Z 6 (§§ 46 Abs. 3 und 79 Abs. 2):**

Aufgrund der Neufassung des § 71 ergeben sich redaktionelle Änderungen bei den verweisenden Bestimmungen.

**Zu Z 7, 8, 25, 26 und 39 (§§ 49 Abs. 2, 55 Abs. 5 erster Satz, 210 Abs. 2, 219 Abs. 5 erster Satz und 332 Abs. 7):**

Der EuGH hat in seinem Erkenntnis vom 11. September 2014 in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu Art. 2d Abs. 4 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG bzw. Art. 2d Abs. 4 der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG, beide idF der Richtlinie 2007/66/EG, und die Erläuterungen in 327 BlgNR XXIV. GP, 15/16) zu beachten ist, dass die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn alle in der genannten Bestimmung der Rechtsmittelrichtlinie (bzw. der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie) festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein (öffentlicher) Auftraggeber muss daher bei der Entscheidung, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig handeln und hat zu prüfen, ob er zu Recht davon ausgehen darf („der Ansicht sein kann“), dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens vorliegen. In diesem Zusammenhang kommt der Begründung des (öffentlichen) Auftraggebers im Rahmen der ex ante Veröffentlichung besondere Bedeutung zu. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der (öffentliche) Auftraggeber rechtmäßiger Weise der Ansicht sein kann, dass die – restriktiv auszulegenden – Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung (vgl. dazu etwa für den Oberschwellenbereich die §§ 28 Abs. 2, 29 Abs. 2, 30 Abs. 2 und 195) erfüllt sind. Im Oberschwellenbereich sind daher die entsprechenden Ausführungen in das Standardformular der Kommission aufzunehmen (vgl. dazu das entsprechende, frei befüllbare Feld in den Anhängen D1 und D2 des Standardformulars 15), im Unterschwellenbereich in die jeweilige innerstaatliche Bekanntmachung. Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmevorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese

Ausnahmevorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa Rs C-275/08, *EK gegen Deutschland*, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der (öffentliche) Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des (öffentlichen) Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der verba legalia) diesem Maßstab nicht. (Öffentliche) Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offen legen. Hat der (öffentliche) Auftraggeber diesen subjektiven, jedoch besonderen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab eingehalten, unterlag er dabei jedoch einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies im Kontext der freiwilligen ex ante Bekanntmachung nicht: sofern auch die weitere Voraussetzung (Beachtung der Zehn-Tages-Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung) eingehalten wird, kann der Vertrag nicht für „unwirksam“ im Sinne der Rechtsmittelrichtlinie (bzw. der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie) erklärt werden. Hat hingegen der (öffentliche) Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet oder ist er auffallend sorglos, grob fahrlässig oder gar willkürlich vorgegangen, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Vertrag für „unwirksam“ zu erklären.

Im Sinne der Aussagen dieses Erkenntnisses sollen die entsprechenden Bestimmungen im BVergG 2006 klargestellt werden. Durch die Formulierung „sofern ein Auftraggeber/Sektorauftraggeber der Ansicht ist, dass .... zulässig ist“ soll im Sinne des zitierten Judikates und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinien einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab heranzuziehen ist (arg. „der Ansicht ist“), und dass andererseits nur bei Einhaltung des oben beschriebenen Sorgfaltsmaßstabes bei der Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb) eine ex ante Bekanntmachung überhaupt zulässig ist. Flankierend dazu sieht § 332 Abs. 7 vor, dass nur derartige – zulässige – Bekanntmachungen auch die Unzulässigkeit eines Feststellungsantrages nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach sich ziehen. Darüber hinaus stellt § 332 Abs. 7 als weitere Voraussetzung für die Unzulässigkeit des Feststellungsantrages darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet“ war. Diese Wortfolge greift die im Erkenntnis des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des (öffentlichen) Auftraggebers in der ex ante Bekanntmachung die Voraussetzung der Rechtsmittelrichtlinie (bzw. der Sektoren-Rechtsmittelrichtlinie) erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „wie sie in Art. 3a der vorliegenden Richtlinie beschrieben ist“ (vgl. dazu jeweils Art. 3a lit. c der zitierten Richtlinien und Rz 48 des Erkenntnisses: „On that last point, the ‘justification’ must disclose clearly and unequivocally the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice, so that interested persons are able to decide with full knowledge of the relevant facts whether they consider it appropriate to bring an action before the review body and so that the review body is able to undertake an effective review.“) Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß § 332 Abs. 7 auch die Unzulässigkeit des Feststellungsantrages nach sich.

#### **Zu Z 9 und 27 (§§ 56 Abs. 1 und 221 Abs. 1):**

Das in § 56 Abs. 1 bzw. § 221 Abs. 1 zitierte Bundesgesetz über die Hemmung des Fristenablaufes durch Samstage und den Karfreitag, BGBl. Nr. 37/1961, ist gemäß Art. 8 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 Z 2 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2011 mit Ablauf des 31. Dezember 2011 außer Kraft getreten. In den Erläuterungen wird dieser Entfall wie folgt begründet: „Das Bundesgesetz vom 1. Feber 1961 über die Hemmung des Fristenablaufes durch Samstage und den Karfreitag, BGBl. Nr. 37/1961, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 189/1963, ist durch das Europäische Übereinkommen über die Berechnung von Fristen samt Erklärung der Republik Österreich, BGBl. Nr. 254/1983, überholt“ (vgl. 317 BlgNR XXIV. GP, 25). Das bedeutet, dass sich die Ablaufhemmung für Fristen, deren letzter Tag auf einen Samstag oder den Karfreitag fällt, bereits aus dem erwähnten Übereinkommen ergibt (vgl. *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 10. Auflage [2014], Rz 236) und daher gesetzlich nicht nochmals gesondert angeordnet zu werden braucht. Die Zitierung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 37/1961 in § 56 Abs. 1 kann daher ersatzlos entfallen; eine Änderung der Rechtslage tritt dadurch nicht ein.

#### **Zu Z 10 und 28 (§§ 70 Abs. 6 und 231 Abs. 3):**

Durch die Korrektur des Verweises auf Abs. 2 bis 4 in § 70 Abs. 6 (bzw. durch den Verweis in § 231 Abs. 3 auf den gesamten § 231a) soll klargestellt werden, dass als Teil des „Nachweisverfahrens“ im Zusammenhang mit der Eigenerklärung bei Arbeits- und Bietergemeinschaften auch die Aufforderung

des (öffentlichen) Auftraggebers zum tatsächlichen Nachweis der Unterlagen bzw. Bescheinigungen anzusehen ist. Unabhängig davon besteht die Möglichkeit des „Katasternachweises“ gemäß § 70 Abs. 5 bzw. § 231 Abs. 2 auch für die Mitglieder von Arbeits- und Bietergemeinschaften.

**Zu Z 11 und 28 (§§ 71 Abs. 2 und 231 Abs. 4):**

Durch das ASRÄG 2014, mit dem unter anderem das AVRAG novelliert wurde, wurden die Bestimmungen betreffend die Untersagung der Dienstleistung (§ 7k AVRAG) und die Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB (§ 7n AVRAG) neu gefasst. Die Untersagung der Dienstleistung nach § 7k AVRAG hat – wie auch durch den Hinweis in den Erläuterungen auf § 373a GewO verdeutlicht wird – zur Konsequenz, dass der von der Untersagung betroffene Unternehmer für die Dauer der Untersagung seine Befugnis zur Ausübung der Dienstleistung verliert. Die (gewerberechtliche) Befugnis ist eine Grundvoraussetzung für die Teilnahme an Vergabeverfahren, deren Fehlen zum Ausscheiden des Angebotes des betreffenden Unternehmers führt (vgl. dazu etwa § 19 Abs. 1 und die §§ 129 Abs. 1 Z 2 bzw. 269 Abs. 1 Z 2). Die Untersagung nach § 7k AVRAG hat daher zwingend zur Konsequenz, dass der Unternehmer für die Dauer der Untersagung mangels Befugnis an keinen Vergabeverfahren gemäß BVergG 2006 teilnehmen kann. Durch die vorgesehene zwingende Abfrage aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB soll gewährleistet werden, dass Bewerber, Bieter oder deren Subunternehmer, denen die Ausübung der Dienstleistung untersagt worden ist, für die Dauer der Untersagung jedenfalls von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Durch das in § 7k Abs. 2 und 3 AVRAG vorgesehene System wird gewährleistet, dass der Judikatur des VfGH (vgl. VfSlg. 15.216/1998) ausreichend Rechnung getragen ist (vgl. dazu schon die Regelung des § 73 betreffend die berufliche Zuverlässigkeit). Die Abfrage in Bezug auf die Befugnis bezieht sich allein auf die Untersagung der Dienstleistung gemäß § 7k AVRAG (vgl. dazu auch den Wortlaut der Regelungen, die auf eine zurechenbare „Entscheidung“ abstellen). Ungeachtet dessen kann der Auftraggeber eine „Gesamtabfrage“ aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB in Bezug auf Unternehmer durchführen und unter einem Informationen im Zusammenhang mit der Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit (vgl. dazu die §§ 72 Abs. 1 bzw. 231 Abs. 5) einholen.

Zur Definition des Subunternehmers vgl. § 2 Z 33a sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

**Zu Z 12 und 28 (§§ 72 Abs. 1 zweiter und dritter Satz und 231 Abs. 5):**

Durch das ASRÄG 2014 wurden vergaberechtlich relevante Strafbestimmungen neu gefasst (vgl. insbesondere § 7i AVRAG). Analog zur verpflichtenden Einholung einer Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen im Hinblick auf Verurteilungen betreffend illegale Beschäftigung („Schwarzarbeit“) soll nunmehr auch eine Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB im Hinblick auf Verurteilungen betreffend besonders gravierende Verletzungen des AVRAG (wegen Unterentlohnung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen) zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit verpflichtend vorgeschrieben werden. Die im Rahmen dieser Auskünfte eingeholten Informationen sind – bei Vorliegen einschlägiger Verurteilungen – gemäß den Grundsätzen der §§ 73 bzw. 231 Abs. 6 bis 8 (neu) zu beurteilen und es ist dem betroffenen Unternehmer Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

Zur Definition des Subunternehmers vgl. § 2 Z 33a sowie die dazugehörigen Erläuterungen.

**Zu Z 13 und 14 (§ 73 Abs. 1 und Abs. 3 zweiter und dritter Satz):**

Aufgrund der Ergänzung in § 72 Abs. 1 um die Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB ergibt sich die Notwendigkeit zu redaktionellen Änderungen bzw. Ergänzungen in § 73. Die bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß AuslBG zu berücksichtigende Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer bezieht sich auf die Anzahl der illegal Beschäftigten, hinsichtlich der Bestrafungen gemäß AVRAG kann neben dem Ausmaß der Unterentlohnung etwa auch die Anzahl der unterentlohnten Arbeitnehmer oder die Anzahl jener Personen, hinsichtlich derer die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten wurden, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Erkenntnis des EuGH in der Rs C-465/11, *Forposta*, hinzuweisen. In diesem Erkenntnis hat der EuGH konkretisiert, wie der Begriff der „schweren Verfehlung“ (vgl. dazu etwa § 68 Abs. 1 Z 5, Art. 57 Abs. 4 lit. c Richtlinie 2014/24/EU und Art. 45 Abs. 2 lit. d Richtlinie 2004/18/EG) zu verstehen ist: „... ist der Begriff der schweren Verfehlung so zu verstehen, dass er sich üblicherweise auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers bezieht, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt.“ Vor diesem Hintergrund ist die Gravität des konkreten Deliktes, die allfällige wiederholte Bestrafung aufgrund desselben oder eines ähnlichen Deliktes und der Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Bestrafungen im Rahmen der Beurteilung des Auftraggebers zu berücksichtigen.

**Zu Z 15, 16, 30 und 31 (§ 79 Abs. 3 und 3a, § 236 Abs. 3 und 3a):**

Der bisherige Regelungsstoff der §§ 79 Abs. 3 und 236 Abs. 3 soll aufgrund der Neugestaltung und zur besseren Lesbarkeit auf zwei Absätze aufgeteilt werden. Die jeweiligen Abs. 3 enthalten nunmehr die Grundregel der Angabe des Zuschlagsprinzips in der Ausschreibung und jene Konstellationen, in denen das „Bestangebotsprinzip“ verpflichtend vorgesehen ist. Die jeweiligen Abs. 3a enthalten die schon bisher geltenden Regelungen über die Angabe der Zuschlagskriterien bei Anwendung des „Bestangebotsprinzips“.

Das BVergG 2006 basiert auf dem Grundsatz der Präferenz des Bestangebotsprinzips (herkömmlich auch als „Bestbieterprinzip“ bezeichnet; vgl. dazu schon 1171 BlgNR XXII. GP, 68). In der Vergabepaxis ist jedoch festzustellen, dass derzeit sehr oft die Auftragsvergaben nach dem Billigstangebotsprinzip (herkömmlich auch als „Billigstbieterprinzip“ bezeichnet) erfolgen. Dies kann einerseits mit bereits sehr hohen Qualitätsanforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung und/oder hohen Eignungsanforderungen, die einen (weiteren) Qualitätswettbewerb im Rahmen der Angebotsbewertung durch zusätzliche „Bestbieterkriterien“ nicht sinnvoll erscheinen lassen, und andererseits – insbesondere bei wertmäßig kleinen Vergaben – mit einem zu hohen Bewertungsaufwand bei geringen zu erwartenden zusätzlichen Qualitätsgewinnen erklärt werden. Ungeachtet dessen ist jedoch festzustellen, dass eine Fokussierung auf einen reinen Preiswettbewerb („Billigstbieterprinzip“, dh. Zuschlag auf den niedrigsten Preis) gemäß den geltenden Anforderungen des BVergG 2006 nur dann zulässig ist, wenn der Qualitätsstandard in der Leistungsbeschreibung so klar und eindeutig festgelegt wurde, dass die Einreichung vergleichbarer Angebote auf einem definierten (Qualitäts-)Niveau gewährleistet ist (vgl. dazu ausführlich 1171 BlgNR XXII. GP, 67, zum – damaligen – § 80 und die „authentische Interpretation“ des FNA 018 des Österreichischen Normungsinstitutes zu Punkt 7.6. der ÖNORM A 2050: 2000-03 vom 3. Mai 2000).

Vor diesem Hintergrund soll nunmehr für bestimmte Vergabeverfahren verpflichtend das Bestangebotsprinzip („Bestbieterprinzip“) verankert werden. Es handelt sich dabei um jene typischen Konstellationen, in denen die Qualität der angebotenen Leistung besondere Bedeutung hat. In diesen Fällen soll der Zuschlag aufgrund eines Qualitätswettbewerbes erfolgen und demgemäß der (niedrigste) Preis als das allein ausschlaggebende Kriterium ausgeschlossen sein. Die verpflichtende Verankerung des Bestangebotsprinzips bedeutet, dass in jedem Fall neben dem Preis als Zuschlagskriterium zumindest ein weiteres Zuschlagskriterium (vgl. dazu § 2 Z 20 lit. d sublit. aa) vom Auftraggeber festgelegt werden muss, oder – falls der Angebotspreis fix vorgegeben worden ist – dass die Auswahl des erfolgreichen Angebotes auf der Basis zumindest eines Zuschlagskriteriums neben der Anzahl der angebotenen Leistungseinheiten zu erfolgen hat. Die unionsrechtliche Zulässigkeit des Ausschlusses des „Billigstbieterprinzips“ für bestimmte Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich folgt aus Art. 67 Abs. 2 letzter Unterabsatz Richtlinie 2014/24/EU bzw. Art. 82 Abs. 2 letzter Unterabsatz Richtlinie 2014/25/EU und für Aufträge im Unterschwellenbereich (vgl. die Sonderregelung für Bauaufträge in den §§ 100 und 248 Abs. 7) aus der nationalen Regelungszuständigkeit im Rahmen des primären Unionsrechtes. Gleichzeitig soll die bisherige „Zweifelsregelung“ des letzten Satzes des bisherigen Abs. 3 entfallen (Zuschlag auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis, wenn der Auftraggeber rechtswidriger Weise keine Festlegungen betreffend das Zuschlagsprinzip trifft).

Durch die Einhaltung der oben beschriebenen Grundsätze soll insbesondere auch der Gefahr entgegengetreten werden, dass bei Vergaben, bei denen die Leistungsqualität durch den Wettbewerb im Rahmen der Angebotsbewertung optimiert werden soll, durch eine Fokussierung allein auf den Preis (als Zuschlagskriterium) ein hoher Preisdruck aufgebaut wird, der in weiterer Folge in der Kette der ausführenden Unternehmen (insbesondere im Rahmen des Einsatzes von Subunternehmen) weitergereicht wird und in letzter Konsequenz zu Lohn- und Sozialdumping führen kann.

Damit die Gleichbehandlung gewährleistet ist, müssen die Zuschlagskriterien einen Vergleich und eine objektive Bewertung der Angebote ermöglichen. Wenn diese Voraussetzungen erfüllt sind, versetzen die wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien wie auch die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse den Auftraggeber in die Lage, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, so wie es in der Leistungsbeschreibung festgelegt ist, einzugehen. Unter denselben Voraussetzungen kann ein Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören. Hinsichtlich der Definition der Zuschlagskriterien, deren Charakteristika (enge Verbindung mit dem Auftragsgegenstand) und deren Auswahl und Zulässigkeit wird wiederum auf § 2 Z 20 und die Erläuterungen dazu verwiesen.

Die Neuregelung des Zuschlagsprinzips führt zu folgenden Konsequenzen: Das Gesetz geht, wie schon bisher (vgl. dazu 1171 BlgNR XXII. GP, 68), von einer Präferenz zugunsten des Zuschlages auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot aus. Nur unter der Voraussetzung, dass der Qualitätsstandard einer Leistung in technischer, wirtschaftlicher und rechtlicher Hinsicht klar und eindeutig auf definiertem Niveau beschrieben wird, kann der Auftraggeber zwischen dem Zuschlagsprinzip des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes oder dem des Angebotes mit dem niedrigsten Preis wählen. Der solcherart festgelegte Qualitätsstandard ist ein Mindeststandard, dessen Überschreitung seitens des Unternehmers möglich und zulässig ist, sich im Falle der Vergabe auf den niedrigsten Preis jedoch bei der Bewertung des Angebotes nicht auswirkt, da definitionsgemäß allein der Preis relevant ist. Als Beispiel für Leistungen, hinsichtlich derer der Zuschlag auf ein Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden könnte, können etwa bestimmte Arten von standardisierten Rohbauarbeiten, standardisierte Leistungen im Straßenbau, Lieferungen von Waren mit einem hohen Standardisierungsgrad und hoch standardisierte Dienstleistungen angeführt werden. Der Preis als einziges Zuschlagskriterium ist daher nur dann sachlich gerechtfertigt, wenn ein Vergleichsstandard existiert (der durch die Festlegungen des Auftraggebers fixiert wird) und die Leistungsangebote dementsprechend vergleichbar sind. In allen anderen Fällen hat ausnahmslos das Bestangebotsprinzip als Zuschlagsprinzip zur Anwendung zu kommen; in den im Gesetz angeführten Fällen ist dieses Zuschlagsprinzip ex lege vorgesehen. In der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen ist eindeutig festzulegen, nach welchem Prinzip der Zuschlag erteilt werden soll. Die Wahl des Zuschlagsprinzips ist zusammen mit der Ausschreibung zu bekämpfen.

Sofern das Bestangebotsprinzip zur Anwendung kommt (entweder weil der Qualitätsstandard nicht klar und eindeutig definiert wird oder weil dies durch das Gesetz verpflichtend vorgesehen ist), sind Ausschreibungen, die keine Zuschlagskriterien oder nur den Preis bzw. – bei fixiertem Angebotspreis (Auftragssumme, vgl. dazu § 2 Z 26 lit. a) – allein die Leistungseinheiten als Zuschlagskriterium beinhalten, rechtswidrig und bekämpfbar. Darüber hinaus sind aber auch Ausschreibungen bekämpfbar, die formal zwar mehrere Zuschlagskriterien beinhalten, de facto aber allein der Preis bzw. – bei fixiertem Angebotspreis – allein die Leistungseinheiten ausschlaggebend sind. Damit der Zuschlag gemäß den Vorgaben des BVergG 2006 tatsächlich auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden kann, müssen mehrere Kriterien festgelegt worden sein, die eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (gemessen am Auftragsgegenstand) ermöglichen; dabei darf der Preis nicht das allein ausschlaggebende Kriterium sein (siehe dazu schon 1171 BlgNR XXII. GP, 68f.).

Wie bisher gilt, dass, falls der Auftraggeber im Rahmen des „Bestbieterprinzips“ vergisst, die Gewichtung oder Reihung der Zuschlagskriterien anzugeben, ein Zuschlag nicht rechtskonform erfolgen kann; im Übrigen wäre bereits die Ausschreibung rechtswidrig und bekämpfbar.

Um bei der Zuschlagserteilung die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen, ist die – in der Rechtsprechung anerkannte – Verpflichtung zur Sicherstellung der erforderlichen Transparenz vorzusehen, damit sich jeder Bieter angemessen über die Kriterien und Modalitäten unterrichten kann, anhand deren das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird. Der Auftraggeber hat daher die Zuschlagskriterien und deren jeweilige Gewichtung anzugeben, und zwar so rechtzeitig, dass diese Angaben den Bietern bei der Erstellung ihrer Angebote bekannt sind. Der Auftraggeber kann in begründeten Ausnahmefällen, die zu rechtfertigen er in der Lage sein muss, auf die Angabe der Gewichtung der Zuschlagskriterien verzichten, wenn diese Gewichtung insbesondere aufgrund der Komplexität des Auftrages nicht im Vorhinein vorgenommen werden kann. In diesen Fällen muss er diese Kriterien in der absteigenden Reihenfolge ihrer Bedeutung angeben.

Grundsätzlich sind die Zuschlagskriterien gewichtet anzugeben, wobei die Gewichtung auch in Form einer Marge (Bandbreite der gewichteten Kriterien, innerhalb der sich der Wert eines Kriteriums befinden muss) möglich ist, um dem Auftraggeber unter bestimmten Voraussetzungen einen gewissen Spielraum zu ermöglichen. Die Größe der Marge wird abhängig von der Art der auszuschreibenden Leistung festzusetzen, in der Regel jedoch sehr klein sein. Wenn die Gewichtung auch im Wege einer Marge aus nachvollziehbaren Gründen nicht möglich ist, kann sich der Auftraggeber auf eine bloße Reihung beschränken; beweispflichtig für das Vorliegen solcher Gründe ist der Auftraggeber.

Zu § 79 Abs. 3 Z 3 bzw. § 236 Abs. 3 Z 3: Da auch bei konstruktiven Leistungsbeschreibungen Einzelpositionen oft in funktionaler Weise ausgeschrieben werden, ohne dass dies die Vergleichbarkeit der Angebote berührt, soll die Verpflichtung zur Anwendung des Bestangebotsprinzips nur dann greifen, wenn bei einer Gesamtbetrachtung die Leistungsbeschreibung dergestalt erfolgt, dass die Vergleichbarkeit der Angebote deswegen nicht gewährleistet ist, weil wesentliche Elemente in funktionaler Weise ausgeschrieben werden.

Zu § 79 Abs. 3 Z 5: Der Gesetzgeber geht davon aus, dass standardisierte Leistungen üblicherweise unter Verwendung von geeigneten Leitlinien beschrieben werden, die – unter den sonstigen in § 79 Abs. 3 erster Satz normierten Voraussetzungen – auch mit dem Billigstangebotsprinzip beschafft werden können. Sobald jedoch von geeigneten Leitlinien abgewichen wird und dies zur Folge hat, dass keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind, soll das Bestangebotsprinzip zur Anwendung kommen. Weiters soll klargestellt werden, dass Ergänzungen oder geringfügige textliche Abweichungen von geeigneten Leitlinien keine Abweichung darstellen und dass Z 5 kumulative Voraussetzungen beinhaltet. Zum zulässigen Umfang der Abweichungen von geeigneten Leitlinien vgl 1171 BlgNR XXII. GP, 75 und 77.

Zu § 79 Abs. 3 Z 7 bzw. § 236 Abs. 3 Z 7: Es ist hierbei klarzustellen, dass die Frage, ob Folgekosten als weiteres Zuschlagskriterium zur Anwendung kommen oder nicht, alleine vom Auftraggeber zu entscheiden ist. Unberührt von Z 7 bleibt daher unter ua. die Möglichkeit, bereits bei der Konzeption und Planung der Leistungen auf Folgekosten Bedacht zu nehmen. Aufgrund dieser Bestimmung besteht auch keine Verpflichtung, im Rahmen der Angebotsbewertung Folgekosten berücksichtigen zu müssen. Hat der Auftraggeber in der Ausschreibung jedoch entsprechende Festlegungen getroffen, so gilt zwingend das Bestangebotsprinzip. Es bleibt dem Auftraggeber aber ebenfalls unbenommen, Folgekosten (dies können Lebenszykluskosten, nur bestimmte Lebenszykluskosten oder Service- und Wartungskosten) als Teil eines Pauschalpreises kalkulieren zu lassen; in diesem Fall umfassen die Angebotspreise sowohl den Anschaffungspreis wie auch die (vom Auftraggeber festgelegten) Folgekosten und eine Vergabe nach dem niedrigsten Preis ist (bei Erfüllen der sonstigen Voraussetzungen) zulässig. Z 7 kommt daher nur dann zur Anwendung wenn sich der Auftraggeber dafür entschieden und dies entsprechend in der Ausschreibung festgelegt hat, die Folgekosten im Rahmen der Angebotsbewertung gesondert zu bewerten. Ob diese gesonderte Bewertung stattfinden soll oder nicht, kann der Auftraggeber frei entscheiden.

**Zu Z 17, 21, 32 und 36 (§ 83 Abs. 2, § 108 Abs. 1 Z 2, § 240 Abs. 2 bis 3 und § 257 Abs. 1 Z 2):**

Nach der bisherigen Rechtslage sind grundsätzlich alle Subunternehmer im Angebot bekanntzugeben und nur für den Fall, dass der Auftraggeber dies so festgelegt hat, die „wesentlichen Teile des Auftrages“, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen zu vergeben beabsichtigt. Handelt es sich jedoch um sogenannte „erforderliche“ Subunternehmer, das sind Subunternehmer, die der Bieter zum Nachweis seiner Eignung benötigt, sind diese jedenfalls im Angebot zu nennen (vgl. dazu auch § 108 Abs. 1 Z 2 und die Ausführungen in 1171 BlgNR XXII. GP, 80).

Durch die Neuregelung soll bereits in der Angebotsphase eine vollständige Transparenz hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Unternehmen sichergestellt werden. Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er an Subunternehmer vergeben will, im Angebot bekannt zu geben. Gemäß der neu eingefügten Definition in § 2 Z 33a umfasst der Begriff des Subunternehmers alle Unternehmer, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen („Ketten“-)Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden sind (bis zum letzten Glied dieser „Kette“). Die Bekanntgabeverpflichtung erfasst somit auch jene an der Auftragsausführung beteiligten Unternehmer, die herkömmlich als „Subsub[...]unternehmer“ bezeichneten werden. Zum neu definierten Begriff des Subunternehmers vgl. auch die Erläuterungen zu § 2 Z 33a.

Im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage folgt die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer bereits unmittelbar aus dem Gesetz und nicht mehr aus einer im Gesetz vorgeschriebenen Festlegung in der Ausschreibung. Betroffen von der Verpflichtung sind sowohl erforderliche Subunternehmer (das sind Unternehmer, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind) wie auch nicht erforderliche Subunternehmer (deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist). Damit soll dem Auftraggeber ein umfassendes Bild gegeben werden, welche Unternehmen im Rahmen der Ausführung des Auftrages zum Einsatz kommen sollen. Aus diesem System folgt (vgl. dazu auch § 108 Abs. 1 Z 2), dass der Bieter im Angebot hinsichtlich aller Subunternehmer zu spezifizieren hat, hinsichtlich welcher Leistungsteile die namhaft gemachten Subunternehmer eingesetzt werden sollen. Während die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern wie bisher das Ausscheiden des betroffenen Angebotes zur Folge hat (vgl. § 129 Abs. 1 Z 2 bzw. § 269 Abs. 1 Z 2), führt die Unterlassung der Nennung von nicht erforderlichen Subunternehmern im Angebot dazu, dass deren Einsatz dem Regime des § 83 Abs. 5 bzw. des § 240 Abs. 5 unterliegt. Des Weiteren folgt aus dem neuen System, dass der Auftraggeber auch die nicht erforderlichen, im Angebot genannten Subunternehmer zu prüfen hat. Diese Prüfung erstreckt sich (wie auch bei den notwendigen Subunternehmern) neben der Zuverlässigkeitsprüfung darauf, ob der Bieter (im Falle einer Subunternehmerkette zumindest mittelbar im Wege seiner direkten Subunternehmer) über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und in einer Gesamtbetrachtung der Auftraggeber letztlich die zur Durchführung des Gesamtauftrages notwendigen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Anders als bei erforderlichen

Subunternehmern führt jedoch das Misslingen dieses Nachweises (gegebenenfalls im Rahmen einer Aufklärung) bei nicht erforderlichen Subunternehmern nicht zum Ausscheiden des Angebotes des Bieters, sondern dazu, dass der Auftraggeber den betroffenen Subunternehmer ablehnen muss, das Angebot als solches jedoch weiterhin im Vergabeverfahren verbleibt. Da das Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist bzw. nach Abschluss der Verhandlungen nicht mehr geändert werden kann (und daher ab diesem Zeitpunkt auch kein anderer nicht erforderlicher Subunternehmer mehr genannt werden kann), kann die Hinzuziehung eines anderen nicht erforderlichen Subunternehmers durch den erfolgreichen Bieter nur nach dem Regime des Abs. 5 (nach Zuschlagserteilung) erfolgen. Die Eigenerklärung bzw. die Nachweise über die Eignung der Subunternehmer sind – wie bisher – dem Auftraggeber im Wege des Bieters vorzulegen.

Abweichend zur bisherigen Rechtslage ist die Einschränkung der Offenlegungspflicht der Bieter auf die „wesentlichen Subunternehmer“ nur im Fall einer entsprechenden, sachlich begründbaren Festlegung des Auftraggebers in der Ausschreibung zulässig. Diese Begründung muss nicht notwendiger Weise in der Ausschreibung offen gelegt, sie muss jedoch entsprechend dokumentiert werden. Als ein derartiger Grund könnte etwa die zu erwartende Anzahl der bekanntzugebenden Subunternehmer angeführt werden (zB weil es sich um eine besonders kleinteilige Leistung mit einer Vielzahl von Gewerken handelt, oder bei Gefahr der Wettbewerbsbeeinträchtigung im Falle der Mehrfachnennung von Subunternehmern in sogenannten „engen“ Märkten). Erforderliche Subunternehmer sind von einer derartigen Einschränkung durch den Auftraggeber ausgenommen.

Den Bestimmungen der §§ 83 Abs. 2 und 240 Abs. 2 korrespondiert die grundsätzliche Verpflichtung der §§ 108 Abs. 1 Z 2 und 257 Abs. 1 Z 2, im Angebot alle Subunternehmer anzugeben (wiederum mit dem Vorbehalt, dass erforderliche Subunternehmer jedenfalls im Angebot bekannt zu geben sind). Sofern aus sachlichen Gründen durch den Auftraggeber die Einschränkung auf die Bekanntgabe nur der wesentlichen Subunternehmer erfolgte, betrifft die Offenlegungspflicht nur ebendiese. Der Bieter hat hinsichtlich aller Subunternehmer zu spezifizieren, hinsichtlich welcher Leistungsteile die namhaft gemachten Unternehmer eingesetzt werden sollen. Hinsichtlich der Art des Nachweises der tatsächlichen Verfügbarkeit von Kapazitäten ist auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen (vgl. dazu insbesondere Rs C-176/98, *Holst Italia*, Rz 28ff, mwN der Judikatur), wonach alle Beweismittel zulässig sind, sofern sie die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit auf die entsprechenden Ressourcen belegen (wie etwa durch eine vertragliche Zusage oder Option; vgl. dazu Art. 63 Abs. 1 1. Unterabsatz der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 79 Abs. 1 1. Unterabsatz der Richtlinie 2014/25/EU).

**Zu Z 18, 21, 33 und 36 (§ 83 Abs. 4 und 5, § 108 Abs. 1 Z 2a, § 240 Abs. 4 und 5 sowie § 257 Abs. 1 Z 2a):**

Die §§ 83 Abs. 4 und 240 Abs. 4 greifen die Regelung der neuen Art. 63 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 79 Abs. 3 der Richtlinie 2014/25/EU auf, die einen Vorbehalt des (Sektoren-) Auftraggebers hinsichtlich der Ausführung bestimmter „kritischer“ Leistungsteile durch den Auftragnehmer in Eigenleistung ermöglicht. Dieses Verbot der Subvergabe von kritischen Leistungsteilen soll dem Auftraggeber Gewähr dafür bieten, dass die von ihm als „kritisch“ beurteilten, wichtigen Leistungsteile durch von ihm bewertete Bieter selbst und nicht durch sonstige Dritte erbracht werden. Diese Bestimmung soll es dem Auftraggeber daher ermöglichen, dass jene Teile eines Auftrages, die aus Sicht des Auftraggebers besondere Fachkunde oder Fähigkeiten erfordern und bei denen die Qualität der Leistungsausführung maßgeblich durch individuelle Eigenschaften des Leistungserbringers bedingt ist, tatsächlich von jenen Personen ausgeführt werden, die im Laufe des Vergabeverfahrens im Hinblick auf ihre Fähigkeiten zur Leistungserbringung identifiziert und geprüft wurden und auf deren Leistungserbringung der Auftraggeber eine direkte Einflussmöglichkeit hat. Gleiches soll hinsichtlich der mit einem Bieter verbundenen Unternehmen gelten (Ausführung im Konzern). Als Paradebeispiel für derartige kritische Leistungsteile können geistige Dienstleistungen (zB Studien, Untersuchungen), F&E Dienstleistungen, Verlegearbeiten von besonderen Parkettböden uam. angeführt werden.

Für die Phase nach Zuschlagserteilung enthielt das Gesetz bislang keine Regelungen im Zusammenhang mit Subvergaben. Dies führte in der Praxis dazu, dass dem Auftraggeber oft nicht bekannt war, welche Unternehmer tatsächlich bei der Auftragsausführung eingesetzt wurden und dass Auftragssteile (ohne Wissen des Auftraggebers) „in der Kette“ weitergereicht wurden. Aufgrund des dabei oft entstehenden Preisdruckes war die Gefahr des Lohn- und Sozialdumpings nicht auszuschließen.

Durch die Neuregelung der §§ 83 Abs. 5 und 240 Abs. 5 soll ergänzend zur Offenlegungspflicht in der Angebotsphase (vgl. dazu die §§ 83 Abs. 2 und 240 Abs. 2) eine zusätzliche Kontrollmöglichkeit des Auftraggebers hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Unternehmen verankert werden (vgl. dazu auch Art. 71 Abs. 5 1. Unterabsatz der Richtlinie 2014/24/EU).

Abs. 5 statuiert ein grundsätzliches Verbot der Subvergabe für die Phase nach Zuschlagserteilung hinsichtlich jener Unternehmer, die der Auftraggeber nicht bereits im Rahmen der Angebotsphase prüfen konnte (zur unionsrechtlichen Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung vgl. Rs C-314/01, *Siemens AG*, Rz 45). Dieses Verbot betrifft den Unternehmerwechsel (Austausch eines im Angebot oder vor Einsatz bei der Leistungserbringung bekannt gegebenen Subunternehmers) bzw. das Hinzuziehen („Nachschieben“) eines im Angebot nicht bekannt gegebenen Unternehmers zur Auftragsausführung. Dieses Verbot gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Sofern der Einsatz eines bisher nicht vom Auftraggeber geprüften Unternehmers in Aussicht genommen wird, ist dies einerseits dem Auftraggeber durch den Auftragnehmer bekannt zu geben und es darf (kumulativ und in jedem Glied der Kette) dieser Unternehmer nur nach vorheriger Zustimmung durch den Auftraggeber an der Ausführung des Auftrages (bzw. des ihm zugeordneten Leistungsteiles) mitwirken. Eine generelle vorherige Zustimmungserklärung des Auftraggebers zur konkreten Weitergabe ist unzulässig (arg. „jeden beabsichtigten Wechsel [...] oder jede beabsichtigte Hinzuziehung“). Der Auftraggeber kann seine Zustimmung zum Einsatz neuer Unternehmen allerdings nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen Gründen verweigern. Als derartige (sachliche) Gründe sind etwa zu nennen: mangelnde Eignung des Unternehmers, bereits im Leistungsvertrag festgelegte (sachliche) Gründe oder Gründe, die den Auftraggeber zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen würden. Es ist darauf hinzuweisen, dass der Maßstab hinsichtlich der sachlichen Rechtfertigung für die Ablehnung eines Subunternehmers nicht mit dem Maßstab hinsichtlich der Eignungsprüfung ident ist. Ein Subunternehmer kann daher auch aus anderen als den in § 68 Abs. 1 für die Eignungsprüfung taxativ aufgezählten Gründen abgelehnt werden. Die Ablehnung eines Subunternehmers muss jedoch sachlich gerechtfertigt werden können, dh. die Ablehnung hat aus (objektiv) nachvollziehbaren Gründen zu erfolgen (etwa wenn berechnete Anhaltspunkte bestehen, dass es sich um ein Scheinunternehmen handelt, oder wenn es sich nicht um eine „schwere“ Verfehlung handelt, die bereits einen Ausschluss gemäß § 68 rechtfertigen würde). Die Zustimmung zum Einsatz des Subunternehmers bzw. die Ablehnung des Einsatzes des Subunternehmers hat der Auftraggeber dem Auftragnehmer unverzüglich bekannt zu geben.

Die Bekanntgabe eines bisher nicht bekannten Subunternehmers sowie die Einholung der Zustimmung des Auftraggebers hat immer durch den Auftragnehmer zu erfolgen, unabhängig davon, in welchem Glied der Subunternehmerkette der Subunternehmerwechsel stattfinden bzw. der bisher nicht bekannte Subunternehmer herangezogen werden soll. Die Subunternehmer haben daher eine entsprechende Bekanntgabepflicht gegenüber dem Auftragnehmer (sowie gegenüber den anderen ihnen in der Subunternehmerkette übergeordneten Subunternehmern), welcher die Information dann an den Auftraggeber weiterleitet und die entsprechende Zustimmungserklärung des Auftraggebers einholt.

Abs. 5 gilt auch für den Fall, dass der Auftraggeber nur die Bekanntgabe aller wesentlichen Subunternehmer festgelegt hatte und demzufolge im Angebot auch nur diese angeführt wurden. Das Hinzuziehen eines – gemäß den Angaben in der Ausschreibung im Angebot nicht bekannt gegebenen – Subunternehmers für einen nicht wesentlichen Teil des Auftrages bedarf nach Abs. 5 der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers. Überdies bedarf auch der Wechsel eines derartigen Subunternehmers der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers. Somit ist in der Ausführungsphase auch im Sonderfall des Abs. 2 letzter Satz die vollständige Transparenz und Kontrollmöglichkeit des Auftraggebers gewährleistet.

Da der Auftraggeber mit den Subunternehmern im Regelfall keine vertragliche Bindung hat, sind dem Angebot entsprechende Verpflichtungserklärungen des Auftragnehmers bzw. des Subunternehmers (inklusive der Verpflichtung zur vertraglichen Überbindung an weitere Subunternehmer in der Kette) beizulegen (vgl. dazu auch die §§ 108 Abs. 1 Z 2a und 257 Abs. 1 Z 2a). Die Einhaltung dieser gesetzlichen Verpflichtung kann überdies in geeigneter Weise, etwa im Wege einer Vertragsstrafe (Pönale) und/oder einer Vertragsauflösungsklausel abgesichert werden. Im Übrigen können Verstöße gegen diese gesetzliche Verpflichtung als „schwere berufliche Verfehlung“ qualifiziert werden, die bei künftigen Vergabeverfahren zum Ausschluss führen könnte (vgl. § 68 Abs. 1 Z 7).

Gemäß den Vorgaben des Abs. 5 wären daher beispielsweise folgende Erklärungen dem Angebot beizulegen: (Für den Bieter) *„Ich verpflichte mich/wir verpflichten uns, dass jeder Wechsel eines im Angebot ... [Bezeichnung des Angebotes] bekannt gegebenen Subunternehmers und jeder Einsatz eines neuen, nicht in diesem Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber ..... [Name des Auftraggebers] mitgeteilt wird und dass dessen/deren Einsatz bei der Ausführung des Auftrages ... [Bezeichnung des Auftrages] nur nach vorheriger Zustimmung durch den Auftraggeber erfolgen wird.“* (Für den/die Subunternehmer) *„Ich verpflichte mich/wir verpflichten uns, dass jeder Wechsel eines im Angebot ... [Bezeichnung des Angebotes und des Bieters] bekannt gegebenen Subunternehmers und jeder Einsatz eines neuen, nicht in diesem Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Bieter ..... [Name des Bieters] mitgeteilt wird und dass dessen/deren Einsatz bei der Ausführung des Auftrages ...*

[Bezeichnung des Auftrages] *nur nach vorheriger Zustimmung durch den Auftraggeber erfolgen wird.* (Für den Bieter, den/die Subunternehmer) *Ich verpflichte mich/wir verpflichten uns, meine/unsere Subunternehmer vertraglich zu verpflichten, jeden Wechsel eines im Angebot ... [Bezeichnung des Angebotes und des Bieters] bekannt gegebenen Subunternehmers und jeden Einsatz eines neuen, nicht in diesem Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Bieter ..... [Name des Bieters] mitzuteilen, um die vorherige Einholung der Zustimmung des Auftraggebers ... [Name des Auftraggebers] zu dessen/deren Einsatz bei der Ausführung des Auftrages ... [Bezeichnung des Auftrages] durch den Bieter zu ermöglichen.*

Die Zustimmung des Auftraggebers wird durch eine Zustimmungsfiktion ergänzt, wonach die Zustimmung als erteilt gilt, sofern der Auftraggeber den in Aussicht genommenen Subunternehmer nicht binnen zwei Wochen nach Einlangen der Mitteilung durch den Auftraggeber (Bekanntgabe gemäß § 83 Abs. 5 erster Satz bzw. § 240 Abs. 5 erster Satz) abgelehnt hat.

**Zu Z 19 (§ 84 Abs. 2 erster Satz):**

Die inhaltlich unveränderte Bestimmung wird um eine demonstrative Aufzählung besonders wichtiger arbeits- und sozialrechtlicher Vorschriften ergänzt, die bei der Angebotserstellung zu berücksichtigen sind.

In diesem Zusammenhang wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 19 Abs. 6 auch über die zwingenden gesetzlichen Vorschriften hinaus auf sozialpolitische Belange (etwa frauenpolitischer Natur) Bedacht genommen werden kann.

**Zu Z 20, 35, und 38 (§ 100, § 248 Abs. 7 und § 271 Abs. 1):**

Da das System der Wahl des Zuschlagsprinzips nunmehr für den Ober- wie auch den Unterschwellenbereich ident geregelt werden soll, können die Sonderregelungen für den Unterschwellenbereich entfallen (vgl. § 100) bzw. genügt ein entsprechender Verweis auf die entsprechenden Bestimmungen des Oberschwellenbereiches (vgl. § 248 Abs. 7). Im Übrigen wird auf die Erläuterungen zu den §§ 79 Abs. 3 und 3a bzw. 236 Abs. 3 und 3a verwiesen. Zur Klarstellung ist hinzuzufügen, dass im Unterschwellenbereich das System der Wahl des Zuschlagsprinzips dann nicht gilt, wenn aufgrund von Sonderregelungen diese Bestimmungen nicht für anwendbar erklärt werden (vgl. dazu etwa § 159 Abs. 2).

Als Konsequenz der Neuregelung des § 248 Abs. 7 ist auch die Bestimmung des § 271 Abs. 1 redaktionell nach dem Muster von § 130 Abs. 1 anzupassen.

**Zu Z 22 (§ 125 Abs. 4 Z 1):**

Die inhaltlich unveränderte Bestimmung wird um einen demonstrativen Verweis auf jene Grundlagen ergänzt, die im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung vom öffentlichen Auftraggeber gegebenenfalls heranzuziehen sind. Aufgrund der Wichtigkeit der Transparenz im Zusammenhang mit der Überprüfung der Personalkosten soll die Nachvollziehbarkeit der Kalkulation in Bezug auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge unterstrichen werden (vgl. dazu auch die verschiedenen, online verfügbaren Kollektivvertragsdatenbanken). Dies stellt eine flankierende Maßnahme zur leichteren Aufdeckung von Lohn- und Sozialdumping dar. Wie der VwGH in seinem Erkenntnis vom 29. März 2006, 2003/04/0181, festgestellt hat, handelt es sich bei der vertieften Angebotsprüfung um eine Plausibilitätsprüfung, bei der nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.

**Zu Z 28 (§§ 231 und 231a):**

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 25. März 2014, 2012/04/0145, zu Recht festgehalten, dass im Sektorenbereich eine Parallelregelung zu § 73 fehlt. Angesichts des Erkenntnisses VfSlg. 15.216/1998 kam der VwGH zum Schluss, dass eine „echte Lücke“ vorliegt, die per analogiam zu schließen ist. Im Sinne des Erkenntnisses und zur Rechtsklarheit soll eine dem § 73 entsprechende Regelung im Sektorenbereich an geeigneter Stelle eingefügt werden. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit soll der Regelungsstoff des bisherigen § 231 – erweitert um Regelungen betreffend die Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit – auf zwei thematisch abgegrenzte Regelungen aufgeteilt werden. Die Regelungen betreffend die Eigenerklärung finden sich nunmehr, inhaltlich unverändert, in § 231a; zu dessen Verständnis wird auf die Ausführungen in 327 BlgNR XXIV. GP, 17ff, verwiesen. Hinsichtlich des § 231 Abs. 4 wird auf die Ausführungen zu § 71 Abs. 2, zu § 231 Abs. 1 bis 3 wird allgemein auf den vorgeschlagenen § 70 Abs. 6 und auf die Ausführungen in 1171 BlgNR XXII. GP, 117, zu Abs. 3 auch auf die Ausführungen in 127 BlgNR XXIII. GP, 5 iVm 15, verwiesen. § 231 Abs. 5 bis 8 ist den entsprechenden Regelungen des klassischen Bereiches nachgebildet (vgl. dort § 73), weshalb auf die

Ausführungen in 1171 BlgNR XXII. GP, 63f, und auf die Ausführungen zu § 71 Abs. 2 und § 72 Abs. 1 der vorliegenden Novelle verwiesen wird.

Zu Abs. 4 und 5 ist überdies folgendes festzuhalten: Nach den verwiesenen § 28b AuslBG bzw. § 7n AVRAG ist jeweils „öffentlichen Auftraggebern“ eine Auskunft aus den zentralen Verwaltungsstrafevidenzen zu erteilen. Dies würde – rein vom Wortlaut der verwiesenen Regelungen her betrachtet – nicht eine Abfrage von öffentlichen Unternehmen und privaten Sektorauftraggebern (vgl. dazu die §§ 165 und 166) abdecken. Durch die vorgeschlagene bundesgesetzliche Regelung im BVergG 2006, dass auch die zuletzt genannten Auftraggebertypen zur Abfrage aus den Verwaltungsstrafevidenzen verpflichtet sind, wird implizit auch eine bundesgesetzliche Ermächtigung geschaffen, diesen Auftraggebern Auskünfte aus den genannten Verwaltungsstrafevidenzen zu erteilen.

**Zu Z 29, 37 und 42 (§§ 236 Abs. 2, 248 Abs. 6, 267 Abs. 2 Z 2 und Anhang XV Abschnitt F Z 1):**

Mit diesen Änderungen werden Verweise auf die nunmehr geänderten Bestimmungen richtig gestellt.

**Zu Z 34 (§ 247a Abs. 7):**

Mit dieser Änderung wird ein redaktioneller Fehler (vgl. dazu die Parallelbestimmung des § 99a Abs. 7) korrigiert.

**Zu Z 41 (§ 351 Z 22):**

Mit dieser Änderung wird ein Umsetzungshinweis (Anpassungsrichtlinien im Zusammenhang mit dem EU-Beitritt Kroatiens) aufgenommen. Die inhaltlichen Anpassungen im BVergG 2006 erfolgten bereits durch BGBl I Nr. 128/2013. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung dieser Novelle im Nationalrat war jedoch die Richtlinie noch nicht publiziert gewesen.

**Zu Artikel 2:**

**Zu Z 1, 12 und 15 (Inhaltsverzeichnis, § 68 Abs. 2 und Anhang V):**

Mit diesen Änderungen werden Verweise auf die nunmehr geänderten Bestimmungen richtig gestellt.

**Zu Z 2 (§ 3 Z 32 und 32a):**

Die Definition der Z 32 dient der Umsetzung der Begriffsbestimmung des „Unterauftrages“ nach Art. 1 Z 22 der Richtlinie 2009/81/EG. Anders als bisher deckt sich die Begriffsbestimmung nicht mehr mit jener in diversen ÖNORMen (vgl. etwa Pkt. 3.14. der ÖNORM B 2110, Ausgabe 2013), die nur die erste vertragliche Ebene „nach“ dem Auftragnehmer erfassen. Die Neudefinition geht darüber hinaus und bezeichnet als Subauftrag jeden Vertrag über die Ausführung eines Teiles des an einen Auftragnehmer erteilten Auftrages, gleichgültig ob es sich um ein direktes oder indirektes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer handelt. Subaufträge sind in ihrer Gesamtheit somit jenes vertragliche Netzwerk jener letztlich auf den Auftragnehmer rückverfolgbaren Verträge, die auf die Realisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind. Kein Subauftrag ist ein Vertrag über die bloße Zulieferung von Waren an den Auftragnehmer (vgl. dazu die Definition der „Subunternehmer“ sowie die Regelung betreffend Subunternehmerleistungen in § 73 BVergGVS 2012 sowie in § 83 BVergG 2006). Nicht als Subaufträge gelten ferner jene Verträge mit „Hilfsunternehmen“, deren Vertragsgegenstand nicht darin besteht, einen Teil des Auftrages (die ausbedungene Leistung) zu realisieren, sondern den Vertragspartner des „Hilfsunternehmers“ in die Lage versetzen sollen, diese Leistung (einen Auftragsteil) zu erbringen.

Die Einführung einer Definition für Subunternehmer wird im Lichte der Neuregelung im BVergG 2006 vorgenommen. Die Definition findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist (vgl. dazu die §§ 1151 und 1165 ABGB). Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrages im Sinne der Definition des Gesetzes liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt. Zulieferer sind, wie schon nach bisheriger Rechtslage, keine Subunternehmer im Sinne der Definition (vgl. dazu schon 1513 BlgNR XXIV. GP, 23, mit Hinweis auf 327 BlgNR XXIV. GP, 22, und AB 1118 BlgNR XXI. GP, 47, sowie das Urteil des OGH vom 8. März 2005, 10 Ob 74/04m; vgl. ferner dazu Art. 71 Abs. 5 4. Unterabsatz der Richtlinie 2014/24/EU). Daher ist der bloße Lieferant von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten von der Definition nicht erfasst. Hingegen wäre ein Zulieferer, der auch Bauteile selbst einbaut, ein Subunternehmer. Ebenfalls kein Subunternehmer im Sinne der Definition ist ein Unternehmer, dessen Leistung darin besteht, einen Subunternehmer in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können (wie etwa die Wartung von Maschinen eines Subunternehmers, die Vermietung von Maschinen und Geräten an einen Subunternehmer, die Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer).

Die Definition stellt darauf ab, dass ein Unternehmer – in welcher Art und in welchem Umfang auch immer – an der Ausführung eines erteilten Auftrages beteiligt ist. Unerheblich ist daher, ob er ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer hat oder nicht; die Definition erfasst sohin die gesamte Subunternehmerkette (somit auch jene Unternehmer, die herkömmlich oft auch als Subsub[...]unternehmer bezeichnet werden). Mit der Formulierung werden daher umfassend jene Unternehmer erfasst, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen („Ketten“-)Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden werden (bis zum letzten Glied dieser „Kette“); erfasst wird somit das gesamte Netzwerk jener letztlich auf den Auftragnehmer rückverfolgbaren Verträge, die auf die Realisierung des Leistungsgegenstandes gerichtet sind. Im Gesetz werden alle diese Unternehmen einheitlich als „Subunternehmer“ bezeichnet.

Zur Klarstellung wird hinzugefügt, dass Unternehmen, die Teile eines Auftrages von einem mit ihnen verbundenen Unternehmen (§ 3 Z 36) vertraglich übernehmen, ebenfalls Subunternehmer im Sinne der Definition sind.

**Zu Z 3 (§ 9 Abs. 1 Z 3):**

Auf Grund eines Redaktionsversehens bei der Umsetzung von Art. 12 Buchstabe a der Richtlinie 2009/81/EG war die Vergabe auf Grund einer lediglich zwischen Österreich und einem oder mehreren Drittländern (und ohne Beteiligung anderer Mitgliedstaaten der EU) abgeschlossenen Übereinkunft oder Vereinbarung nicht von der Ausnahmebestimmung der Z 3 erfasst. Mit der vorgeschlagenen Änderung sollen nunmehr alle in Art. 12 Buchstabe a der Richtlinie 2009/81/EG enthaltenen Fallgestaltungen erfasst werden. Die Ausnahmebestimmung erfasst somit folgende Konstellationen: Übereinkunft/Vereinbarung zwischen 1) Republik Österreich – ein Drittland; 2) Republik Österreich und ein oder mehrere andere(r) EU-Mitgliedstaat(en) – ein Drittland; 3) Republik Österreich – mehrere Drittländer; 4) Republik Österreich und ein oder mehrere andere(r) EU-Mitgliedstaat(en) – mehrere Drittländer. Im Übrigen wird auf die Ausführungen in 1513 BlgNR XXIV. GP, 31f. hingewiesen.

**Zu Z 4 (§§ 12 Abs. 3 dritter Satz, 13 Abs. 4 dritter Satz und 14 Abs. 5 dritter Satz):**

Der VwGH hat in seinem Erkenntnis vom 23. Mai 2014, 2013/04/0025, festgehalten, dass – anders als bei der Regelung des § 14 Abs. 4 letzter Satz BVergG 2006 (Losvergabe bei Verfahren im Unterschwellenbereich) – sich aus § 14 Abs. 3 letzter Satz („Kleinlosregelung“ für Vergaben im Oberschwellenbereich) nicht ableiten lässt, dass für die Vergabe von „Kleinlosen“ eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich bei der Anwendung von Bestimmungen des Unterschwellenbereiches, die auf einen gewissen geschätzten Auftragswert abstellen, auch der geschätzte Auftragswert des einzelnen Gewerkes/Loses für die Wahl der zulässigen Verfahrensart heranzuziehen ist. Diese Aussage des Gerichtshofes trifft wohl auch auf die analogen Regelungen des BVergGVS 2012 zu. Durch die Neuregelungen soll klargestellt werden, dass auch bei der „Kleinlosregelung“ eines Auftrages im Oberschwellenbereich die unter diese Ausnahme fallenden Lose/Gewerke gemäß dem Regime des Unterschwellenbereiches vergeben werden können und dass dabei – ebenso wie bei reinen Unterschwellenaufträgen – für die Wahl des Vergabeverfahrens der geschätzte Auftragswert der einzelnen Lose/Gewerke für die Wahl des zulässigen Verfahrens ausschlaggebend ist. Die unionsrechtliche Zulässigkeit dieser Regelungen folgt aus Art. 9 Abs. 5 der Richtlinie 2009/81/EG, wonach die Vergabe bestimmter „Kleinlose“ nicht nach den Bestimmungen „der Richtlinie“ erfolgen muss. Damit wird den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, für diese „Kleinlose“ ein eigenes, dem Primärrecht entsprechendes, Vergaberegime zu etablieren.

**Zu Z 5 und 6 (§§ 41 Abs. 2 und 47 Abs. 5 erster Satz):**

Der EuGH hat in seinem Erkenntnis vom 11. September 2014 in der Rs C-19/13, *Fastweb SpA*, festgehalten, dass im Zusammenhang mit der freiwilligen ex ante Bekanntmachung der Zuschlagsentscheidung (vgl. dazu Art. 60 Abs. 4 der Richtlinie 2009/81/EG und die Erläuterungen in 1513 BlgNR XXIV. GP, 66f.) zu beachten ist, dass die im Unionsrecht vorgesehene Konsequenz (Gültigkeit des Vertrages) nur dann eintritt, wenn alle in der genannten Richtlinienbestimmung festgelegten Voraussetzungen erfüllt sind. Ein Auftraggeber muss daher bei der Entscheidung, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen, sorgfältig handeln und hat zu prüfen, ob er zu Recht davon ausgehen darf („der Ansicht sein kann“), dass die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens vorliegen. In diesem Zusammenhang kommt der Begründung des Auftraggebers im Rahmen der ex ante Veröffentlichung besondere Bedeutung zu. Diese Begründung hat in klarer und eindeutiger Weise darzulegen, warum der Auftraggeber rechtmäßiger Weise der Ansicht sein kann, dass die – restriktiv auszulegenden – Voraussetzungen für ein Verfahren ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung (vgl. dazu etwa für den Oberschwellenbereich den § 25) erfüllt sind. Im Oberschwellenbereich sind daher die entsprechenden Ausführungen in das Standardformular der EK aufzunehmen (vgl. dazu das

entsprechende, frei befüllbare Feld in Anhang D3 des Standardformulars 15), im Unterschwellenbereich in die jeweilige innerstaatliche Bekanntmachung. Da nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH die Beweislast für das tatsächliche Vorliegen der die Ausnahme rechtfertigenden Umstände zur Inanspruchnahme einer Ausnahmenvorschrift (hier: der Anwendbarkeit eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung) denjenigen trifft, der diese Ausnahmenvorschrift in Anspruch nehmen möchte (vgl. etwa Rs C-275/08, *EK gegen Deutschland*, Rz 56 mwN der Judikatur), hat der Auftraggeber dies sorgfältig zu prüfen und zu begründen. Die Begründung muss es allfälligen interessierten Unternehmen ermöglichen, die Überlegungen des Auftraggebers nachvollziehen und die Rechtskonformität der Vorgangsweise beurteilen zu können. So genügt etwa eine bloß formelhafte Begründung (zB durch Wiedergabe der *verba legalia*) diesem Maßstab nicht. Auftraggeber müssen daher (die ihnen zumutbaren) Erhebungen in sorgfältiger Weise für die Beurteilung der Zulässigkeit der Inanspruchnahme des Ausnahmetatbestandes durchführen, auf dieser Bewertungsgrundlage den nachvollziehbaren Schluss ziehen können, ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchführen zu dürfen und diese Überlegungen in der Bekanntmachung offen legen. Hat der Auftraggeber diesen subjektiven, jedoch besonderen Sorgfalts- und Begründungsmaßstab eingehalten, unterlag er dabei jedoch einem entschuldbaren Rechtsirrtum, so schadet dies im Kontext der freiwilligen *ex ante* Bekanntmachung nicht: sofern auch die weitere Voraussetzung (Beachtung der Zehn-Tages-Frist ab Veröffentlichung der Bekanntmachung) eingehalten wird, kann der Vertrag nicht für „unwirksam“ im Sinne der Richtlinie 2009/81/EG erklärt werden. Hat hingegen der Auftraggeber diese Vorgaben nicht beachtet oder ist er auffallend sorglos, grob fahrlässig oder gar willkürlich vorgegangen, so wäre trotz Veröffentlichung einer Bekanntmachung und Einhaltung der Stillhaltefrist der Vertrag für „unwirksam“ zu erklären.

Im Sinne der Aussagen dieses Erkenntnisses sollen die entsprechenden Bestimmungen im BVergGVS 2012 klargestellt werden. Durch die Formulierung „sofern ein Auftraggeber der Ansicht ist, dass ... zulässig ist“ soll im Sinne des zitierten Judikates und in Übereinstimmung mit dem Wortlaut der Richtlinie einerseits zum Ausdruck gebracht werden, dass kein objektiver, sondern ein subjektiver Maßstab heranzuziehen ist (arg. „der Ansicht ist“), und dass andererseits nur bei Einhaltung des oben beschriebenen Sorgfaltsmaßstabes bei der Prüfung der Zulässigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung eine *ex ante* Bekanntmachung überhaupt zulässig ist. Flankierend dazu sieht § 135 BVergGVS 2012 iVm § 332 Abs. 7 BVergG 2006 vor, dass nur derartige – zulässige – Bekanntmachungen auch die Unzulässigkeit eines Feststellungsantrages nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach sich ziehen. Darüber hinaus stellt § 332 Abs. 7 BVergG 2006 als weitere Voraussetzung für die Unzulässigkeit des Feststellungsantrages darauf ab, dass die publizierte Entscheidung „entsprechend begründet“ war. Diese Wortfolge greift die im Erkenntnis des EuGH hervorgehobene Voraussetzung auf, wonach nur klare, eindeutige und nachvollziehbare Begründungen des Auftraggebers in der *ex ante* Bekanntmachung die Voraussetzung der Richtlinie 2009/81/EG erfüllen, dass eine Bekanntmachung vorliegt, „wie sie in Art. 64 [der Richtlinie 2009/81/EG] beschrieben ist“ (vgl. dazu Art. 64 lit. c der zitierten Richtlinie und Rz 48 des Erkenntnisses: „*On that last point, the 'justification' must disclose clearly and unequivocally the reasons that moved the contracting authority to consider it legitimate to award the contract without prior publication of a contract notice, so that interested persons are able to decide with full knowledge of the relevant facts whether they consider it appropriate to bring an action before the review body and so that the review body is able to undertake an effective review.*“) Nur soweit beide (kumulativen) Voraussetzungen erfüllt werden, zieht die Einhaltung der zehntägigen Stillhaltefrist gemäß § 332 Abs. 7 BVergG 2006 auch die Unzulässigkeit des Feststellungsantrages nach sich.

#### **Zu Z 7 (§ 48 Abs. 1):**

Das in § 56 Abs. 1 zitierte Bundesgesetz über die Hemmung des Fristenablaufes durch Samstag und den Karfreitag, BGBl. Nr. 37/1961, ist gemäß Art. 8 Abs. 1 Z 2 iVm Abs. 2 Z 2 des Bundesgesetzes BGBl. I Nr. 100/2011 mit Ablauf des 31. Dezember 2011 außer Kraft getreten. In den Erläuterungen wird dieser Entfall wie folgt begründet: „Das Bundesgesetz vom 1. Feber 1961 über die Hemmung des Fristenablaufes durch Samstag und den Karfreitag, BGBl. Nr. 37/1961, in der Fassung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 189/1963, ist durch das Europäische Übereinkommen über die Berechnung von Fristen samt Erklärung der Republik Österreich, BGBl. Nr. 254/1983, überholt“ (vgl. 317 BlgNR XXIV. GP, 25). Das bedeutet, dass sich die Ablaufhemmung für Fristen, deren letzter Tag auf einen Samstag oder den Karfreitag fällt, bereits aus dem erwähnten Übereinkommen ergibt (vgl. *Kolonovits/Muzak/Stöger*, *Verwaltungsverfahrenrecht*, 10. Auflage [2014], Rz 236) und daher gesetzlich nicht nochmals gesondert angeordnet zu werden braucht. Die Zitierung des Bundesgesetzes BGBl. Nr. 37/1961 in § 56 Abs. 1 kann daher ersatzlos entfallen; eine Änderung der Rechtslage tritt dadurch nicht ein.

**Zu Z 8 (§ 60 Abs. 2):**

Durch das ASRÄG 2014, mit dem unter anderem das AVRAG novelliert wurde, wurden die Bestimmungen betreffend die Untersagung der Dienstleistung (§ 7k AVRAG) und die Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB (§ 7n AVRAG) neu gefasst. Die Untersagung der Dienstleistung nach § 7k AVRAG hat – wie auch durch den Hinweis in den Erläuterungen auf § 373a GewO verdeutlicht wird – zur Konsequenz, dass der von der Untersagung betroffene Unternehmer für die Dauer der Untersagung seine Befugnis zur Ausübung der Dienstleistung verliert. Die (gewerberechtliche) Befugnis ist eine Grundvoraussetzung für die Teilnahme an Vergabeverfahren, deren Fehlen zum Ausscheiden des Angebotes des betreffenden Unternehmers führt (vgl. dazu etwa § 17 Abs. 1 und § 105 Abs. 1 Z 2). Die Untersagung nach § 7k AVRAG hat daher zwingend zur Konsequenz, dass der Unternehmer für die Dauer der Untersagung mangels Befugnis an keinen Vergabeverfahren gemäß BVergGVS 2012 teilnehmen kann. Durch die vorgesehene zwingende Abfrage aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB soll gewährleistet werden, dass Bewerber, Bieter oder deren Subunternehmer, denen die Ausübung der Dienstleistung untersagt worden ist, für die Dauer der Untersagung jedenfalls von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Durch das in § 7k Abs. 2 und 3 AVRAG vorgesehene System wird gewährleistet, dass der Judikatur des VfGH (vgl. VfSlg. 15.216/1998) ausreichend Rechnung getragen ist (vgl. dazu schon die Regelung des § 62 betreffend die berufliche Zuverlässigkeit). Die Abfrage in Bezug auf die Befugnis bezieht sich allein auf die Untersagung der Dienstleistung gemäß § 7k AVRAG (vgl. dazu auch den Wortlaut der Regelungen, die auf eine zurechenbare „Entscheidung“ abstellen). Ungeachtet dessen kann der Auftraggeber eine „Gesamtabfrage“ aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB in Bezug auf Unternehmer durchführen und unter einem Informationen im Zusammenhang mit der Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit (vgl. dazu § 61 Abs. 1) einholen.

**Zu Z 9 (§ 61 Abs. 1 zweiter und dritter Satz):**

Durch das ASRÄG 2014 wurden vergaberechtlich relevante Strafbestimmungen neu gefasst (vgl. insbesondere § 7i AVRAG). Analog zur verpflichtenden Einholung einer Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen im Hinblick auf Verurteilungen betreffend illegale Beschäftigung („Schwarzarbeit“) soll nunmehr auch eine Einholung einer Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB im Hinblick auf Verurteilungen betreffend Verletzungen des AVRAG (wegen Unterentlohnung oder Nichtbereithaltung der Lohnunterlagen) zur Beurteilung der beruflichen Zuverlässigkeit verpflichtend vorgeschrieben werden. Die im Rahmen dieser Auskünfte eingeholten Informationen sind – bei Vorliegen einschlägiger Verurteilungen – gemäß den Grundsätzen des § 62 zu beurteilen und es ist dem betroffenen Unternehmer Gelegenheit zur Stellungnahme einzuräumen.

**Zu Z 10 und 11 (§ 62 Abs. 1 und Abs. 3 zweiter und dritter Satz):**

Aufgrund der Ergänzung in § 61 Abs. 1 um die Auskunft aus der Verwaltungsstrafevidenz des Kompetenzzentrums LSDB ergeben sich redaktionelle Änderungen bzw. notwendige Ergänzungen in § 62. Die bei der Beurteilung der Schwere der rechtskräftigen Bestrafung gemäß AuslBG zu berücksichtigende Anzahl der betroffenen Arbeitnehmer bezieht sich auf die Anzahl der illegal Beschäftigten, hinsichtlich der Bestrafungen gemäß AVRAG kann neben dem Ausmaß der Unterentlohnung etwa auch die Anzahl der unterentlohten Arbeitnehmer oder die Anzahl jener Personen, hinsichtlich derer die Lohnunterlagen nicht bereitgehalten wurden, berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang ist auch auf das Erkenntnis des EuGH in der Rs C-465/11, *Forposta*, hinzuweisen. In diesem Erkenntnis hat der EuGH konkretisiert, wie der Begriff der „schweren Verfehlung“ (vgl. dazu etwa § 57 Abs. 1 Z 5 und Art. 39 Abs. 2 lit. d Richtlinie 2009/81/EG) zu verstehen ist: „... ist der Begriff der schweren Verfehlung so zu verstehen, dass er sich üblicherweise auf ein Verhalten des betreffenden Wirtschaftsteilnehmers bezieht, das bei ihm auf Vorsatz oder auf eine Fahrlässigkeit von gewisser Schwere schließen lässt.“ Vor diesem Hintergrund ist die Gravität des konkreten Deliktes, die allfällige wiederholte Bestrafung aufgrund desselben oder eines ähnlichen Deliktes und der Zeitpunkt bzw. Zeitraum der Bestrafungen im Rahmen der Beurteilung des Auftraggebers zu berücksichtigen.

**Zu Z 14 (§ 150 Z 4):**

Mit dieser Änderung wird ein Umsetzungshinweis (Anpassungsrichtlinien im Zusammenhang mit dem EU-Beitritt Kroatiens) aufgenommen. Die inhaltlichen Anpassungen im BVergGVS 2012 erfolgten bereits durch BGBl I Nr. 128/2013. Zum Zeitpunkt der Beschlussfassung dieser Novelle im Nationalrat war jedoch die Richtlinie noch nicht publiziert gewesen.