



Keine Subfirmen bitte – geht das?



Mag. **Manfred Essletzbichler** ist Partner und Rechtsanwalt sowie Leiter des Vergaberechts-teams von Wolf Theiss. Er gilt seit Jahrzehnten als einer der führenden Juristen im Vergaberecht und ist u. a. auf Vergabeverfahren für Bauleistungen sowie die Beratung in Nachprüfungsverfahren spezialisiert.



Mag. **Johann Hwezda** ist Rechtsanwalt im Vergaberechtsteam von Wolf Theiss. Er hat er sich insbesondere auf Vergabeverfahren für Bauleistungen und baunahe Dienstleistungen spezialisiert.

VERGABERECHT. Darf ein öffentlicher Auftraggeber die Beiziehung von Subunternehmern ausschließen? Dieser Frage gehen unsere Rechtsexperten nach und geben wertvolle Tipps.

Bei keiner anderen Art öffentlicher Aufträge spielen Subvergaben in der Praxis eine so große Rolle wie bei Bauaufträgen. Die Gründe liegen auf der Hand: Oft sehr umfangreiche Projekte mit einer Vielzahl verschiedener Bauwerke erfordern häufig schlicht die Zusammenarbeit verschiedener Unternehmen. Manche Auftraggeber schränken Subvergaben – insbesondere unter dem Eindruck der noch immer laufenden Aufarbeitung des Baukartells von 2016 – in ihren Ausschreibungsbedingungen ein oder schließen diese sogar ganz aus. Doch ist das überhaupt zulässig und, wenn ja, unter welchen Bedingungen?

Die Subvergabe im Vergaberecht

Subvergaben sind dem Vergaberecht keineswegs fremd. Das Bundesvergabegesetz regelt diese sogar ausdrücklich (§ 98 BVergG).

Die Grundregel dabei ist, dass es dem Bieter freisteht, zu entscheiden, welchen Teil der Leistung er selbst erbringen und

welchen Teil er an Subunternehmer weitergeben möchte. Das Vergaberecht verlangt nur, dass die Subunternehmer zu benennen und für ihren Leistungsteil geeignet sind sowie, dass zumindest ein Teil der Leistung vom Bieter selbst erbracht wird. Die Weitergabe der gesamten Leistung an Subunternehmer ist also unzulässig.

Grundsätzlich sind Subvergaben daher erlaubt. Die Einschränkung dieser grundsätzlichen Freiheit der Subvergabe ist dagegen nur ausnahmsweise und unter bestimmten Voraussetzungen zulässig.

(Un-)Zulässigkeit der Einschränkung und des Ausschlusses

Das Bundesvergabegesetz gestattet es öffentlichen Auftraggebern, (insbesondere) bei der Vergabe von Bauaufträgen bestimmte Leistungen als sogenannte „kritische Aufgaben“ zu definieren, die vom Bieter selbst erbracht werden müssen. Diese Leistungen dürfen daher nicht an Subunternehmer vergeben werden.



Welche Aufgaben der Auftraggeber dabei als „kritisch“ ansieht und somit von der Subvergabe ausschließt, obliegt grundsätzlich dessen subjektiver Einschätzung. Die Gesetzesmaterialien und die Judikatur betonen in diesem Zusammenhang zwar das Sachlichkeitsgebot, die Festlegung darf also nicht willkürlich erfolgen, in der Praxis kommt Auftraggebern aber damit dennoch ein sehr großer Ermessensspielraum zu.

Solange ein Auftraggeber (einigermaßen) sachlich begründen kann, weshalb bestimmte Leistungen vom unmittelbaren Vertragspartner erbracht werden müssen und dies auch dokumentiert ist, gehen die Gerichte hier relativ großzügig mit Auftraggebern um. Am ehesten scheitern Auftraggeber – wie so oft – dabei noch an der mangelnden Dokumentation der sachlichen Gründe.

Aus den Materialien zum Bundesvergabegesetz und der Judikatur lassen sich aber sehr wohl zumindest ein paar Einschränkungen ableiten, denen Auftraggeber bei der Festlegung „kritischer Aufgaben“ unterliegen:

Erstens müssen die „kritischen Aufgaben“ grundsätzlich konkret definiert sein. Bloß abstrakte Festlegungen, wonach beispielsweise ein bestimmter Prozentsatz der Leistung jedenfalls vom Bieter zu erbringen ist, sind nach der Judikatur klar unzulässig.

Zweitens ist zumindest ein gänzlicher Ausschluss der Subvergabe in aller Regel unzulässig. Zwar definiert das Gesetz nicht, wie groß der Anteil der vom Auftraggeber definierten „kritischen Aufgaben“ maximal sein darf. Aus der Systema-

tik der Bestimmung ergibt sich aber, dass es dabei stets nur um „bestimmte“ – und damit eben gerade nicht „alle“ – Leistungen gehen darf.

Drittens – wie bereits angesprochen – muss der Auftraggeber für jeden (einzelnen) Leistungsteil, den er von der Subvergabe ausschließt, eine sachliche Begründung anführen können. Aus der Judikatur ist dabei abzuleiten, dass eine solche Begründung nur anerkannt werden kann, wenn dazu auch eine entsprechende Dokumentation (im Vergabeakt) vorliegt. Es genügt demnach unseres Erachtens nicht, dass objektiv ein sachlicher Grund besteht, wenn dieser nicht entsprechend festgehalten wurde.

Alternativen zur Subvergabe

Unterm Strich bleibt Auftraggebern bei der Einschränkung von Subvergaben jedenfalls viel Freiheit. Als Bieter wird man sich daher in vielen Fällen mit derartigen Festlegungen an arrangieren müssen.

Damit bleibt die Frage, wie man allenfalls benötigte Kapazitäten anderer Unternehmen dennoch heranziehen kann, ohne die Vorgaben der Ausschreibung zu verletzen.

Der klassische Ausweg ist dabei die Bildung von Bieter- und in weiterer Folge Arbeitsgemeinschaften. Anders als Subunternehmer gelten nämlich alle Mitglieder der Bietergemeinschaft selbst als Bieter und werden im Auftragsfall (in Form einer sogenannten Gesellschaft bürgerlichen Rechts) auch selbst Auftragnehmer. Mitglieder der Bietergemeinschaft dürfen also „kritische“ Leistungen erbringen. Natürlich ist eine Bietergemeinschaft formell und auch praktisch eine gänzliche andere Konstruktion als ein Einzelbieter mit Subunternehmern; mit allen Vor- und Nachteilen. Rechtlich ist dabei vor allem zu beachten, dass grundsätzlich alle Mitglieder einer Bieter- beziehungsweise dann Arbeitsgemeinschaft für die Erfüllung des gesamten Auftrages solidarisch haften (also zusammen „Einer für alle und alle für einen“).

Kommt eine Bietergemeinschaft nicht in Frage, kann überlegt werden, ob der Beitrag des (beabsichtigten) Subunternehmers inhaltlich reduziert werden kann.

Wenn dieser nämlich keinen eigentlichen Teil der Leistung mehr erbringt, sondern etwa nur Material oder Geräte zuliefert, ist er rechtlich unter Umständen nur noch als bloßer Lieferant einzustufen. Dessen (Liefer-)Leistung gilt nicht als Subunternehmerleistung, ist in aller Regel gar nicht bekanntzugeben und unterliegt auch nicht dem Subvergabeverbot für „kritische Aufgaben“.

Ein weiterer Ausweg können „Subvergaben“ an Konzernunternehmen sein; das Gesetz stellt die Leistungserbringung durch verbundene Unternehmen des Bieters nämlich im Zusammenhang mit „kritischen Aufgaben“ der Leistungserbringung durch den Bieter selbst beziehungsweise Mitgliedern der Bietergemeinschaft gleich. //

Praxistipps

// Wichtig ist in jedem Fall, die Festlegungen der Ausschreibung frühzeitig auf allfällige Festlegungen hinsichtlich sogenannter „**kritischer Aufgaben**“ zu prüfen. Sind diese überschießend, kann man versuchen, den Auftraggeber durch Bieterfragen zu einer Anpassung zu bewegen. Als letztes Mittel kann eine unzulässig weitgehende Festlegung auch angefochten werden. Die Chancen stehen dabei in der Praxis häufig gar nicht so schlecht, da viele öffentliche Auftraggeber in diesem Zusammenhang schlicht an der mangelnden Dokumentation scheitern.

// Sind „kritische Aufgaben“ festgelegt, die man nicht selbst erbringen kann, sollten **Alternativen** geprüft werden. Oftmals wird der Gang in eine Bietergemeinschaft der beste Ausweg sein; im Einzelfall gibt es aber auch andere Optionen (zum Beispiel die konzerninterne „Subvergabe“).

// Nehmen Sie **Verbote von Subvergaben** bei Ausschreibungen in jedem Fall ernst. Angebote, die Subunternehmer für „kritische Aufgaben“ vorsehen, sind in aller Regel zwingend auszuschneiden.