

gegen Rahmenverträge, gegebenenfalls auch Rahmenvereinbarungen sowie sonstige sachlich erforderliche Flexibilität ausschließen. Öff AG sollten sich dieser Problematik bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung bewusst sein und etwaige allgemeine Rahmen, innerhalb derer die Leistung ohne nachträgliche Vertragsänderung geändert werden kann, möglichst auf das sachlich notwendige Ausmaß beschränkt halten.¹⁵²¹

V. Auslegung

- 5.11** Der Ersteller einer Ausschreibungsunterlage sollte immer deren Auslegung vor den VwG im Hinterkopf haben: Nach der Rsp kommt es weder darauf an, wie ein Bieter bestimmte Passagen der Ausschreibungsunterlagen versteht, noch darauf, wie der öff AG sie verstanden wissen will. Auch auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Nach hA und Rsp richtet sich die Auslegung nach den **zivilrechtlichen** Bestimmungen des ABGB.¹⁵²² Dabei sind die vergaberechtlichen Grundsätze der **Transparenz** und der **Bietergleichbehandlung** zu beachten. Dies führt dazu, dass – ähnlich wie im allgemeinen Zivilrecht bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁵²³ und ÖNORMen¹⁵²⁴ – nicht der tatsächliche Parteiwille, sondern der **objektive Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt** maßgeblich ist.¹⁵²⁵ Hintergrund ist, dass die Ausschreibungsunterlagen für alle Bieter die gleiche Bedeutung haben müssen, weshalb es auf ein abweichendes Begriffsverständnis einzelner nicht ankommen kann. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform¹⁵²⁶ und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen.¹⁵²⁷
- 5.12** Aus der Rsp des EuGH ergibt sich, dass auch **europarechtliche Aspekte** bei der Auslegung zu beachten sind. So setzt das Erkenntnis des EuGH in der Rs *Pippa Pizzo*¹⁵²⁸ der Möglichkeit, ein Angebot wegen Nichterfüllung einer Anforderung auszuschneiden, gewisse Grenzen, wenn sich die Anforderung nicht aus den Ausschreibungsunterlagen oder der Gesetzeslage, sondern erst aus der Interpretation der mitgliedstaatlichen Gesetzeslage durch das mitgliedstaatliche Gericht ergibt.

1521 Eindeutig dürfte zB sein, dass ein Auftrag über Speisenversorgung, der ua Menüs mit Fleisch, Kohlehydratbeilage und Gemüse vorsieht, nicht so weit definiert werden muss, dass die genauen Fleischsorten, Beilagen und Gemüsesorten festgelegt werden müssen und sich der AN dann grundsätzlich innerhalb der Fleisch-, Beilagen- und Gemüsesorten bewegen kann, ohne dass darin eine Vertragsänderung liegen würde. Hingegen wäre ein solcher Vertrag wohl zu vage, wenn er eine Änderung der Menüzusammensetzung in jede Richtung und damit zB auch grundlegende Qualitätsänderungen oder eine Umstellung auf nur Beilage mit Gemüse (unter Wegfall von Fleisch) ermöglichen würde. Es ist daher im Einzelfall abzuwägen, in welchem Ausmaß der Rahmen definiert werden muss, um nicht zu vage zu werden.

1522 Vgl zB *Heid/Kurz* in *Heid/Preslmayr* Rz 1157 mwN.

1523 Näher *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 914 Rz 5.

1524 Näher *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 914 Rz 6.

1525 Vgl zB VwGH 1. 2. 2017, 2016/04/0054; LVwG Wien 25. 4. 2017, VGW-123/077/3802/2017.

1526 zB GewO-konform (VwGH 1. 7. 2010, 2007/04/0136), BVergG-konform (VwGH 12. 5. 2011, 2008/04/0087), ABGB-konform (VwGH 27. 10. 2014, 2012/04/0066).

1527 VwGH 9. 9. 2015, 2014/04/0036 mwN.

1528 EuGH 2. 6. 2016, C-27/15, *Pippa Pizzo*, Rn 51; vgl näher *Arrowsmith* Rz 17-03.

Der „Rettung“ von unklaren Ausschreibungsbestimmungen durch Auslegung sind aber Grenzen gesetzt. Ist das Ausmaß der Unklarheit zu groß, so kann diese uU¹⁵²⁹ nicht im Wege der Auslegung saniert werden, sodass ein **Widerruf** des Vergabeverfahrens erforderlich werden kann. Auch im allgemeinen Zivilrecht hat es der OGH verweigert, einen mit allzu großen Unklarheiten behafteten Vertrag im Wege der Auslegung zu sanieren.¹⁵³⁰ **5.13**

VI. Checkliste des § 91

Die Bestimmung des § 91 ist die zentrale Regelung über den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen und bietet eine Art Checkliste, was in den Ausschreibungsunterlagen jedenfalls enthalten sein muss: **5.14**

• Auftraggeber und vergebende Stelle

Öff AG¹⁵³¹ ist grundsätzlich¹⁵³² jener, der zivilrechtlich Vertragspartner des AN werden soll. Die vergebende Stelle¹⁵³³ ist lediglich der Bevollmächtigte oder die Organisationseinheit, die das Verfahren für den öff AG durchführt. Diese Regelung wird bestandsfest: Abrufe von anderen öff AG als den genannten sind – wohl abgesehen von Fällen einer auftraggeberseitigen Rechtsnachfolge¹⁵³⁴ – nicht zulässig. Vermieden werden sollten widersprüchliche sowie unklare Bezeichnungen. Insb bezeichnet die Formulierung „im Auftrag“ kein Vertretungsverhältnis und wäre demnach zivilrechtlicher Vertragspartner (und damit grundsätzlich öff AG) derjenige, der „im Auftrag“ handelt.¹⁵³⁵ **5.15**

• Schwellenbereich

Es ist anzugeben, ob die Vergabe in den OSB oder USB fällt. Fällt ein Vergabeverfahren in den OSB, so wird die irrtümliche Angabe, dass es in den USB falle, nicht bestandsfest. Die unrichtige Angabe, dass die Vergabe in den OSB falle, schafft aber ein gewisses Vertrauen in die Einhaltung der Regeln für den OSB und wird wohl bestandsfest.

• Das für die Vergabekontrolle zuständige Verwaltungsgericht

Im Sonderfall mehrerer öff AG, die unterschiedlichen Rechtsschutzregimen unterliegen (zB eine gemeinsame Ausschreibung für einen Rechtsträger des Bundes und einen Rechtsträger

1529 Es kommt immer auch auf das konkrete Vergabeverfahren an.

1530 Näher *Binder/Kolmasch* in *Schwimann/Kodek*, ABGB IV⁴ § 914 Rz 5, unter Hinweis ua auf OGH 30. 1. 1997, 8 Ob 2350/96p.

1531 § 2 Z 5.

1532 Der vergaberechtliche Begriff des Auftrages (bzw Vertrages) ist nicht deckungsgleich mit den in den einzelnen Mitgliedstaaten bestehenden zivilrechtlichen Begriffen des Auftrags (bzw Vertrages), weshalb Abweichungen nicht gänzlich auszuschließen sind. Vgl zum vergaberechtlichen Begriff des Auftrages bzw Vertrages näher *Arrowsmith* Rz 6-05 ff und Rz 5-40.

1533 § 2 Z 42.

1534 In diesen Fällen handelt es sich nicht um einen anderen öff AG, sondern es wird der alte öff AG fortgesetzt. Beispiele wären etwa Umgründungen des öff AG.

1535 Auftrag (Innenverhältnis) und Vollmacht (Außenverhältnis) sind streng zu trennen, vom Vorliegen eines Auftrages kann noch nicht geschlossen werden, dass auch eine Vollmacht vorliegt. Bei der sogenannten „indirekten Stellvertretung“ hat der Handelnde einen Auftrag, aber keine Vollmacht, und schließt ein Eigengeschäft. Vgl näher zB *P. Bydlinsky* in *Koziol/Bydlinsky/Bollenberger*, ABGB⁴ § 1002 1 ff mwN; *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Recht I⁴ Rz 627 mwN.

eines Bundeslandes), gilt für das anwendbare Rechtsschutzregime das Überwiegensprinzip: Je nach Überwiegen des Anteils eines Rechtsträgers des Bundes oder eines Rechtsträgers eines Landes ist entweder das BVwG oder das jeweilige LVwG zuständig. Diese Angabe ist einer Bestandsfestigkeit nicht zugänglich, weil die Zuständigkeit eines Verwaltungsgerichts für das Nachprüfungsverfahren nicht durch eine Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen begründet werden kann. Im Vergaberechtsschutz des Bundes¹⁵³⁶ ist festgelegt, dass ein Nachprüfungsantrag auch dann fristgerecht gestellt ist, wenn eine unrichtige Angabe über die Vergabekontrollbehörde enthalten ist und der Nachprüfungsantrag innerhalb der für den Rechtsschutz im Bundesbereich geltenden Frist beim LVwG gestellt wurde. Das Gleiche ist für den Fall vorgesehen, dass keine Angabe über die Vergabenachprüfungsbehörde enthalten ist und der Nachprüfungsantrag innerhalb der für den Rechtsschutz im Bundesbereich geltenden Frist bei einer „nicht offenkundig unzuständigen Vergabekontrollbehörde“ gestellt wurde.

- Hinweis auf das allfällige Erfordernis einer behördlichen Entscheidung für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich sowie Hinweis auf die Verpflichtung gemäß § 21 Abs 1 (siehe dazu Rz 4.62 bis 4.68);
- Erforderliche **Nachweise für die Eignung** (siehe dazu Rz 5.16 bis 5.36);
- Das **Zuschlagsprinzip** (siehe dazu Rz 5.62 bis 5.88);
- **Technische Spezifikationen** (siehe dazu Rz 5.140 bis 5.168);
- **Rechenfehlerregelung** (siehe dazu Rz 5.116 bis 5.122).

VII. Verfahrensrechtliche Aspekte

A. Festlegung von Eignungskriterien

- 5.16** Die Festlegung von Eignungskriterien betrifft im Wesentlichen die finanzielle und wirtschaftliche sowie die technische Leistungsfähigkeit. Welche Befugnisse erforderlich sind, ergibt sich hingegen aus dem Leistungsgegenstand in Verbindung mit den berufsrechtlichen Vorschriften und ist daher grundsätzlich nicht Gegenstand einer konstitutiven Festlegung von Eignungskriterien.¹⁵³⁷ Auch die Zuverlässigkeit lässt grundsätzlich keinen Raum für die Festlegung durch den öff AG.¹⁵³⁸
- 5.17** Welche Eignungskriterien der öff AG hinsichtlich finanzieller und wirtschaftlicher sowie technischer Leistungsfähigkeit festlegt, liegt **weitgehend in seinem Ermessen**. Es ist weitgehend eine wirtschaftliche, nicht aber eine rechtliche Entscheidung, welches Ausmaß an

1536 § 344 Abs 4.

1537 Ausnahmsweise kann – bei flexiblen Verträgen wie zB Rahmenverträgen und Rahmenvereinbarungen – die Angabe der erforderlichen Befugnisse dazu beitragen, den Leistungsgegenstand näher einzugrenzen, zumal auf diese Weise klargestellt wird, dass nur Leistungen abgerufen werden, die sich im Berechtigungsumfang der angegebenen Befugnisse halten (vgl zB LVwG Wien 19. 01. 2017, VGW-123/077/14789/2016 – Konkretisierung der aus einer Rahmenvereinbarung abzurufenden mechanischen Arbeiten in Wärmeerzeugungsanlagen durch Angabe ua der Befugnis Gas- und Sanitärtechnik).

1538 Ausnahmen stellen – soweit man sie bei der Zuverlässigkeit erwähnen will – die Ausschlussgründe des Interessenkonfliktes (§ 78 Abs 1 Z 7) und der Vorarbeiten (§ 78 Abs 1 Z 8) dar, die einer Konkretisierung in den Ausschreibungsunterlagen zugänglich sind.

Sicherheit der öff AG für das jeweilige Beschaffungsvorhaben braucht.¹⁵³⁹ Wenn ein etwaiger Ausfall des AN nur vergleichsweise geringe Konsequenzen hätte und der AN leicht ersetzt werden kann, mag sich der öff AG mit vergleichsweise niedrigen Anforderungen begnügen.¹⁵⁴⁰ Wenn Versorgungssicherheit erforderlich ist und ein etwaiger Ausfall des AN große Konsequenzen hätte, wird der öff AG höhere Anforderungen an die Eignung stellen. Die Verpflichtung, Aufträge nur an ua leistungsfähige Bieter zu vergeben¹⁵⁴¹, lässt diesen Ermessensbereich unberührt.

Die Festlegung der Kriterien an die Leistungsfähigkeit hat **Auswirkungen auf den Bewerber- bzw Bieterkreis**. Aus diesem Grund unterliegt das Ermessen des öff AG folgenden **Schranken**: **5.18**

- **Eignungskriterien sind rein auf den Unternehmer bezogen** (und nicht auf den Auftrag) und keiner qualitativen Bewertung zugänglich (sie sind vielmehr Mindestanforderungen iSv „KO-Kriterien“). Dennoch müssen sie durch den Leistungsgegenstand des zu vergebenden Auftrages sachlich gerechtfertigt sein und damit in Verbindung stehen (dh „übermäßige“ Eignungskriterien sind unzulässig).¹⁵⁴² Beispiel: Unzulässig ist das Erfordernis einer Haftpflichtversicherung über 5 Mio Euro bei einem Auftragswert von € 160.000,- (es sei denn, eine Haftpflichtversicherung in dieser Höhe wäre ausnahmsweise durch besondere Risiken sachlich gerechtfertigt).
- Die vom öff AG festgelegten Eignungskriterien dürfen **nicht diskriminierend** sein.
- Der öff AG hat den **Umfang der verlangten Eignung zu konkretisieren**. Das Ermessen des öff AG, welche Nachweise verlangt werden dürfen, ist differenziert geregelt: Die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit (Anhang X) sowie für die Befugnis sind taxativ¹⁵⁴³, die Nachweise für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sind demonstrativ¹⁵⁴⁴ genannt.

Die Festlegung, wie **aktuell** die Eignungsnachweise zu sein haben, ist (wie bereits bisher im BVergG 2006) im BVergG nicht geregelt und der öff AG hat insofern Ermessen. Zu beachten ist aber, dass eine zu kurze Frist zu einer Diskriminierung führen kann und eine zu lang bemessene Frist für die aktuelle Situation des Bewerbers/Bieters keine Aussage treffen wird.¹⁵⁴⁵ In der Praxis wird häufig ein sechs bis zwölf Monate alter Nachweis zB bei der Vorlage eines Auszuges der GISA verlangt. **5.19**

1. Nachweise der Befugnis

Als Befugnisnachweis können nur die in **Anhang IX** genannten Nachweise verlangt werden (Urkunden über die Eintragung in Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder **5.20**

1539 *Arrowsmith* Rz 12-10 (zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit).

1540 Vgl *Arrowsmith* aaO.

1541 § 20 Abs 1.

1542 Dies ergibt sich aus der Definition der Eignungskriterien gemäß § 2 Z 22 lit c: „[...] Eignungskriterien sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind“ sowie aus § 80 Abs 1 Satz 2.

1543 Vgl § 81 (arg „hat“) und § 85 Abs 1 letzter Satz.

1544 § 84 Abs 2.

1545 *C. Mayr* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* § 70 Rz 10.

Bescheinigung einer Behörde des Sitzstaates). Für in Österreich ansässige Unternehmer werden das Firmenbuch, das GISA und die Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern genannt.

In der Praxis ist die Befugnis idR durch einen GISA-Auszug nachzuweisen, wenn es sich bei der Tätigkeit um ein freies oder reglementiertes Gewerbe iSd GewO handelt. Bei freien Berufen (zB Ziviltechniker, Wirtschaftstreuhänder, Rechtsanwalt) ist die Eintragung bei der jeweiligen Kammer nachzuweisen. Die Vorlage eines Firmenbuchauszuges ist zu wenig, weil bei der Eintragung ins Firmenbuch die Befugnis nicht geprüft wird.

2. Nachweise der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

5.21 Die Nachweise, die ein öff AG für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verlangt, sind in **Anhang X** (wie auch bisher im BVergG 2006) **demonstrativ** genannt. Zu den einzelnen Nachweisen im Detail:

• **Bankerklärung (Bonitätsauskunft):**

Die „Bankauskunft“ (dh ein Schreiben von der Hausbank) bzw vergleichbare Auskünfte von Kreditschutzverbänden oder Auskunfteien sollte Informationen über das haftende Eigenkapital enthalten und aussagen, ob dieses in Relation zur Größe des Auftrages steht und ob allenfalls eine Überschuldung vorliegt.¹⁵⁴⁶

• **Berufshaftpflichtversicherung in geeigneter Höhe:**

In der Versicherungsbranche wird zwischen Betriebshaftpflichtversicherungen und Berufshaftpflichtversicherungen unterschieden. Bei Betriebshaftpflichtversicherungen wird der Unternehmer gegen Schadenersatzansprüche Dritter geschützt bzw werden berechnete Ansprüche von geschädigten Personen oder an deren Eigentum verursachte Schäden reguliert. Bei Berufshaftpflichtversicherungen handelt es sich um maßgeschneiderte Produkte für spezielle Berufsgruppen (Selbständige und Freiberufler, wie zB Ärzte, Rechtsanwälte, wirtschaftliche Berufe und Planer etc), die die individuellen Bedürfnisse dieser Tätigkeiten berücksichtigen. Auch wenn das BVergG nur von „Berufshaftpflichtversicherung“ spricht, kann – da die Aufzählung demonstrativ ist – auch der Nachweis einer Betriebshaftpflichtversicherung zulässigerweise festgelegt werden.¹⁵⁴⁷ Der öff AG kann jeweils die für den Auftrag erforderlichen (Mindest-)Deckungssummen festlegen, die naturgemäß vom möglichen abzudeckenden Schaden abhängig sind. Im Zuge der Prüfung sollte der öff AG auf den Inhalt der Versicherungspolizzen und dabei insbesondere auf das Ausmaß des Üblichen übersteigender Haftungseinschränkungen und Selbstbehalte (zB auf Abweichungen von den allgemeinen Versicherungsbedingungen) achten, wobei eine Einzelfallbetrachtung anzustellen ist.

• **Jahresabschlüsse:**

Diese können nur dann als Nachweis eingefordert werden, wenn sie nach den im Herkunftsland geltenden Gesetzesvorschriften bereits offenzulegen waren. Der öff AG kann die Angabe des Verhältnisses zwischen Vermögen und Verbindlichkeiten fordern, sofern er die

1546 ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231.

1547 *Heid/Konert in Heid/Preslmayr* Rz 1261.

transparenten, objektiven und nicht diskriminierenden Methoden und Kriterien für die Ermittlung dieses Verhältnisses spezifiziert hat.

- **Erklärung über die solidarische Leistungserbringung von Subunternehmern:**

Eine derartige Erklärung kann verlangt werden, wenn der Unternehmer seine wirtschaftliche Leistungsfähigkeit durch einen (erforderlichen) Subunternehmer substituiert. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit kann aber auch durch sonstige „Dritte“ (zB Bürgen, (konzern)verbundene Unternehmer, unbeschränkt haftende Gesellschafter), die eine solidarische Haftung erklären, substituiert werden. Hier kann der öff AG eine Solidarhaftungserklärung oder eine Patronatserklärung zugunsten des Unternehmers verlangen.

- **Erklärung über den (Gesamt)Umsatz:**

Falls der öff AG diesen Nachweis festlegt, darf er den Umsatz für höchstens die letzten drei Geschäftsjahre (oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht) verlangen und er hat einen Mindestumsatz zu definieren.

- **Bonitätsrating:**

Der öff AG kann die Einstufung der Bonität des Unternehmers in einem „anerkannten“¹⁵⁴⁸ Ratingsystem verlangen, wobei er auch hier ein Mindestrating festzulegen hat.

- **Mindest(gesamt)jahresumsatz:**

Der öff AG kann einen Mindestgesamtjahresumsatzes und einen Mindestjahresumsatzes für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, kumulativ verlangen.

Neu ist, dass als Mindestumsatz grundsätzlich – außer in durch besondere Risiken gerechtfertigten Ausnahmefällen – nicht mehr als der doppelte Auftragswert verlangt werden darf.¹⁵⁴⁹ Eine Umrechnung von Aufträgen mit kürzerer oder längerer Laufzeit auf Jahreswerte ist dabei nicht vorgesehen, sodass auch bei Aufträgen mit einer Laufzeit von einem Monat oder von fünf Jahren die grundsätzliche Obergrenze des zulässigen Jahresumsatzes beim doppelten geschätzten Auftragswert liegt.¹⁵⁵⁰ **Bei einer kurzen Laufzeit** wäre der doppelte Auftragswert als maximal festsetzbarer Jahresumsatz jedoch uU zu niedrig, sodass insoweit ein begründeter Ausnahmefall für die Festsetzung eines höheren Jahresumsatzes vorliegen kann.¹⁵⁵¹ **Bei einer mehrjährigen Laufzeit** könnte der doppelte Auftragswert als Mindestjahresumsatz hingegen uU zu hoch sein und gegen den Proportionalitätsgrundsatz verstoßen.¹⁵⁵²

1548 Laut ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 231 muss es sich um ein allgemein am Markt gebräuchliches Bonitätsbewertungssystem handeln.

1549 Art 58 Abs 3 VergabeRL, Anhang X Abs 2; näher *Arrowsmith* Rz 12-15 ff.

1550 Näher *Arrowsmith* Rz 12-16.

1551 Bsp: Dienstleistungen für eine 2-wöchige Großveranstaltung mit einem Auftragswert von € 150.000. Auftragswert mal 2 ergibt einen maximal festzulegenden Jahresumsatz von € 300.000. Für ein Unternehmen mit einem Jahresumsatz von nur € 300.000 wird die Abwicklung eines Großereignisses, bei dem Leistungen im Ausmaß seines halben Jahresumsatzes innerhalb von zwei Wochen zu erbringen sind, möglicherweise zu groß sein. Es wird wahrscheinlich ein Jahresumsatz von mehr als € 300.000 festgelegt werden dürfen.

1552 Bsp: Über einen Zeitraum von 5 Jahren sind Dienstleistungen im Ausmaß von jährlich 1 Mio Euro zu erbringen. Der Auftragswert beträgt, auf die gesamte Laufzeit gerechnet, 5 Mio Euro.

Im Fall der Vergabe von Losen, die gleichzeitig auszuführen sind und an einen Bieter vergeben werden können, kann festgelegt werden, dass der Mindest(gesamt)jahresumsatz für diese Gruppe von Losen gilt.¹⁵⁵³

3. Nachweise der technischen Leistungsfähigkeit

5.22 Die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit werden in **Anhang XI taxativ** genannt und zwar jeweils **getrennt** für Liefer- (Abs 1), Bau- (Abs 2) und Dienstleistungsaufträge (Abs 3), wobei sich die Nachweise **teilweise überschneiden**.

5.23 Nachweise für alle drei Auftragsarten sind gekürzt wiedergegeben:

- Referenzen (siehe dazu Rz 5.27 bis 5.34);
- technische Ausrüstung;
- Maßnahmen zur Qualitätssicherung (siehe dazu Rz 5.35 bis 5.36) und Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten;
- Angabe der technischen Fachkräfte oder technischen Stellen (insbesondere jene für die Qualitätskontrolle);
- Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen bei Auftragsausführung;
- Angabe von allfälligen Subunternehmern;
- Angabe des zur Verfügung stehenden Lieferantenmanagement- und -überwachungssystems.

5.24 Für **Lieferaufträge** können darüber hinaus noch verlangt werden:

- Muster, Beschreibungen oder Fotografien der Waren (deren Echtheit muss auf Verlangen des öff AG nachweisbar sein);
- Bescheinigung, dass die Waren bestimmten Spezifikationen oder Normen entsprechen (zB CE-Kennzeichnung);
- bei Waren komplexer Art oder bei Waren, die ausnahmsweise einem besonderen Zweck dienen sollen, eine Kontrolle, die vom öff AG oder in dessen Namen von einer zuständigen amtlichen Stelle im Herkunftsland des Unternehmers durchgeführt wird;
- bei Lieferaufträgen, für die Verlege- oder Installationsarbeiten erforderlich sind, die Bescheinigung, dass der Unternehmer auch die für Verlege- oder Installationsarbeiten erforderliche Fachkunde, Effizienz und Erfahrung besitzt.

5.25 Bei **Bau- und Dienstleistungsaufträgen** kann weiters verlangt werden:

- Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers bzw der Führungskräfte des Unternehmers;
- eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Geräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird;

Dem Gesetzestext zufolge könnte daher als Jahresumsatz ein Betrag von 10 Mio Euro festgesetzt werden. Dies würde dem 10-fachen der pro Jahr zu erbringenden Leistung entsprechen. Im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird wahrscheinlich ein niedrigerer Jahresumsatz als die besagten 10 Mio Euro festzusetzen sein.

1553 Anhang X Abs 3.

- eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind;
- die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bau-/Dienstleistung erforderliche Fachkunde, Effizienz und Erfahrung besitzt.

Auch hier ist für öff AG zu empfehlen, die Nachweise nicht allgemein in die Ausschreibungsunterlage zu übernehmen, sondern – unter Beachtung des Sachlichkeits- und Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes – **inhaltlich näher zu konkretisieren** (zB welche konkrete technische Ausrüstung, wie viele technische Fachkräfte, welche konkrete Ausbildung wird verlangt). **5.26**

4. Referenzen

Referenzen sind Nachweise über bereits erbrachte Leistungen.¹⁵⁵⁴ In der Praxis sind Referenzen ein wichtiges Mittel für öff AG, im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit die **Erfahrung** des Unternehmers zu überprüfen. Hat ein Unternehmer bereits vergleichbare Aufträge ausgeführt, kann der öff AG davon ausgehen, dass der Unternehmer auch beim zu vergebenden Auftrag die Leistung erfolgreich erbringen wird. Der öff AG kann Referenzen auch als Auswahlkriterien verwenden.¹⁵⁵⁵ **5.27**

In jedem Fall hat der öff AG zu definieren, welches **Niveau** der technischen Leistungsfähigkeit er für den Nachweis der Eignung bzw für die Bewertung im Rahmen der Auswahlprüfung für erforderlich erachtet – mit anderen Worten, welche inhaltlichen Anforderungen er an die Referenzprojekte konkret stellt,¹⁵⁵⁶ insbesondere anhand **5.28**

- des Leistungsgegenstands des Referenzauftrages und der inhaltlichen Anforderungen;
- eines (Mindest-)Volumens oder (Mindest-)Nettoauftragswerts;
- des Alters der Referenz.¹⁵⁵⁷

Für die Frage, wie lange die Referenz zurückliegen darf, besteht zwar (wie bisher im BVergG 2006) eine gesetzliche Vorgabe (gemäß Anhang XI). Der Liefer-/Dienstleistungsauftrag darf höchstens drei bzw der Bauauftrag darf höchstens fünf Jahre zurückliegen, wobei bei der Berechnung auf das Ende der Angebots- bzw Teilnahmefrist abzustellen ist. **5.29**

1554 § 85 Abs 2.

1555 Ob Referenzen auch als Zuschlagskriterien vorgesehen werden können, ist hingegen unsicher. Das Urteil EuGH 24. 1. 2008, C-532/06, *Lianakis*, scheint einer solchen Auslegung zunächst entgegen zu stehen, vgl aber näher *Arrowsmith* Rz 7-184 ff.

1556 Vgl BVA 23. 11. 2010, N/0087-BVA/14/2010-22: „Es liegt in der Dispositionsfreiheit des Auftraggebers, Referenzanforderungen festzulegen, solange ein sachlicher Zusammenhang mit dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand besteht.“

Die im BVergG 2006 enthaltene Regelung des § 75 Abs 2 ist entfallen, wonach Referenzen eines öff AG in Form einer vom öff AG ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen ist.

1557 In § 85 Abs 2 werden Angaben definiert, die in Referenzen „jedenfalls enthalten sein müssen: Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson, Wert der Leistung, Zeit und Ort der Leistungserbringung, Angabe, ob die Leistung ordnungsgemäß ausgeführt wurde.“

Neu ist jedoch, dass der öff AG nunmehr auch im OSB einen längeren Zeitraum festlegen darf, wenn dies zur Sicherstellung eines ausreichenden Wettbewerbes erforderlich ist.¹⁵⁵⁸ Das Alter der Nachweise bzw das Ausstellungsdatum spielt – wie bei Eignungsnachweisen generell – keine Rolle: Es ist irrelevant, ob die Referenzleistung, die zB vor zwei Jahren erbracht wurde, gleich nach Auftrags Erfüllung bescheinigt wird oder kurz vor Abgabe des Angebotes in einem konkreten Verfahren. Ältere Nachweise sind folglich unbedenklich.¹⁵⁵⁹ Davon zu unterscheiden ist aber der Fall, dass der Unternehmer zwar einen passenden Referenzauftrag nennen möchte, allerdings ohne Nennung des Referenzauftraggebers selbst oder bestimmter Details der Leistungsdurchführung aufgrund einer von ihm mit dem Referenzauftraggeber abgeschlossenen Geheimhaltungsvereinbarung. Dies kann der Bieter nicht, weil eine Referenzbescheinigung die oben genannten Mindestangaben enthalten muss.

5.30 Generell gilt auch hier für den öff AG das **Transparenz- bzw Konkretisierungsgebot**: Der Unternehmer muss klar erkennen können, worauf es ankommt. Weiters gilt, dass nur **sachlich gerechtfertigte und in Relation zu dem Auftragsgegenstand stehende und nicht diskriminierende Anforderungen festgelegt werden dürfen**.¹⁵⁶⁰

5.31 Beispiele

- Sachlich nicht gerechtfertigt ist es, bei einer Auftragsvergabe im USB Referenzaufträge mit einem Auftragsvolumen über der Oberschwelle festzulegen oder die Ausführung des Referenzprojektes auf das Bundesgebiet Österreich zu beschränken, wenn es keinen Unterschied macht, ob das Projekt in Deutschland, Ungarn oder einem sonstigen Land durchgeführt wurde.
- Wenn von einer speziellen Gefährlichkeit des Leistungsgegenstandes bzw speziellen Gefahren des Leistungsortes auszugehen ist, rechtfertigt dies, diese Umstände auch bei den Referenzaufträgen zu verlangen. Zum Beispiel ist es bei der Vergabe von Wartungs- und Servicearbeiten an Wärmepumpen und Kälteanlagen in U-Bahnstationen sachlich gerechtfertigt, festzulegen, dass Referenzarbeiten im Gleisbereich des Schienenverkehrs (Eisenbahn, U-Bahn, Straßenbahn) gelegen haben müssen.¹⁵⁶¹

5.32 Der Unternehmer kann sich auf Referenzen stützen, die er **selbst erworben** hat („eigene“ Referenzen) oder auf Referenzen von **Dritten, die ihm zugerechnet werden** („fremde“ Referenzen, erbracht beispielsweise von einem notwendigen Subunternehmer). Dabei ist zu **beachten**:

- Ein Unternehmer kann sich auf ein Referenzprojekt nur dann berufen, wenn es ihm **zurechenbar** ist. Der Unternehmer muss den für den ausgeschriebenen Auftrag bedeutsamen Teil der Referenz selbst erbracht haben. Es ist zulässig, wenn er sich dabei auf Referenzen stützt, die er als Subunternehmer oder als ARGE-Mitglied (selbst) erbracht hat.¹⁵⁶² Wenn ein Unternehmer Nachweise über Leistungen vorlegt, die er in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat, ist er verpflichtet, seinen erbrachten Anteil an der Leis-

1558 Dies hat insb dann praktische Bedeutung, wenn die nachzuweisenden Referenzaufträge selten und in großen zeitlichen Abständen anfallen, was gegebenenfalls zB auf die Errichtung von Kraftwerken oder Krankenhäusern zutreffen könnte.

1559 T. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel § 75 Rz 29.

1560 Vgl zB BVwG 19. 9. 2014, W139 2009635-2.

1561 LVwG Wien 3. 12. 2015, VGW-123/074/12465/2015.

1562 BVwG 26. 3. 2014, W187 2001000-1 mVa BVA 30. 6. 2011, N/0033-BVA/09/2011-37 und BVA 10. 7. 2006, N/0044-BVA/10/2006-027.

tungserbringung anzugeben.¹⁵⁶³ Referenzprojekte können daher abgelehnt werden, wenn kein Anteil des ARGE-Mitgliedes an dem betroffenen Projekt vorgelegen hat. Es steht dem öff AG aber frei, einen Mindestanteil des Bewerbers an dem Referenzprojekt einer ARGE zu fordern.¹⁵⁶⁴

- Nach der Rsp und Lit werden im Fall der Übernahme eines Unternehmens oder einer Unternehmenseinheit jene Unternehmer-Referenzen vom Unternehmenserwerber **mitübernommen**, die dem übernommenen Unternehmensteil zuzurechnen sind. Maßgeblich ist, dass eine Fortführung jenes Betriebsteils erfolgt, mit dem die Referenz erlangt wurde.¹⁵⁶⁵ Dh ein Unternehmer kann sich dann auf Referenzen stützen, die von (vormals existierenden) Unternehmen erbracht und die inzwischen mit ihm verschmolzen oder von ihm gekauft wurden, sofern die Fachkunde weiterhin vorhanden ist.
- Zum Nachweis der Verfügbarkeit reicht die **bloße Berufung** auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören, nicht aus. Auch hier muss vom Unternehmen nachgewiesen werden, dass es während des Auftragszeitraums tatsächlich über die Mittel dieser Unternehmen, die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt. Bei konzernverbundenen Unternehmen muss es sich bei der bietenden Gesellschaft nicht um das beherrschende Unternehmen handeln, vielmehr kann auch ein beherrschtes Unternehmen auf die Ressourcen der Muttergesellschaft zurückgreifen.¹⁵⁶⁶
- „**Der bloße Kauf eines Rechts, sich auf Referenzen eines dritten Unternehmens zu berufen, reicht nicht aus.**“ Das Unternehmen (Bewerber/Bieter, Subunternehmer, Mitglied der Bewerber-/Bietergemeinschaft), das die Referenzen zur Verfügung stellt, muss sich auch an der Durchführung des Auftrages beteiligen.¹⁵⁶⁷
- Dem – zur alten VergabeRL ergangenen – Erkenntnis des EuGH in der Rs *Ambisig*¹⁵⁶⁸ zufolge konnte der öff AG die Zulässigkeit von einseitigen Erklärungen des Bieters als Referenznachweis davon abhängig machen, dass der Bieter einen Referenznachweis seines privaten AN nicht erlangen konnte. Der Bieter musste dann glaubhaft machen, dass letztere Voraussetzung zutraf. Hingegen durfte der öff AG nicht verlangen, dass diese Selbstbestätigung der Referenz mit einer von einem Notar, einem Rechtsanwalt oder einer anderen befugten Stelle beglaubigten Unterschrift versehen sein muss. Dieses Erkenntnis ist wohl sinngemäß weiterhin maßgeblich.
- **Summieren von Referenzen:** Der EuGH hat kürzlich in der Rs *Esaprojekt*¹⁵⁶⁹ klargestellt, dass Referenzanforderungen grundsätzlich auch durch das Zusammentragen von kleineren Referenzen erfüllt werden können. Will ein öff AG das vermeiden, so muss er dies ausdrücklich festlegen und bedarf dafür einer sachlichen Rechtfertigung. Eine solche sachliche Rechtfertigung wird insb dann gegeben sein, wenn die notwendigen Erfahrun-

1563 § 85 Abs 3.

1564 T. Jaeger in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* § 75 Rz 38 mwN.

1565 *Gölles*, Referenzen bei Eignungs- und Auswahlkriterien zur Leistungsfähigkeit – insbesondere bei Bauaufträgen, ZVB 2016/37 mVa BVwG 24. 9. 2015, W187 2112472-2 (in dieser Entscheidung wird wiederum auf BVwG 25. 7. 2014, W 187 2008561-2/16E verwiesen).

BVwG 25. 7. 2014, W187 2008561-2; vgl dazu auch T. Jaeger in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* § 75 Rz 27 mwN.

1566 OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 52/08 s mVa EuGH 2. 12. 1999, C-176/98, *Holst Italia/Cagliari*.

1567 BVwG 25. 4. 2016, W187 2008561-2.

1568 EuGH 7. 7. 2016, C-46/15, *Ambisig*, RPA 2016, 360 ff.

1569 EuGH 4. 5. 2017, C-387/14, *Esaprojekt*, RPA 2017, 247 ff (*Vrbovszky*) = VIL-Slg 2017/23.