



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Kleiser und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der S G m.b.H., vertreten durch die bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH in Wien, gegen das am 10. Jänner 2024 mündlich verkündete und am 14. Februar 2024 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien, Zl. VGW-123/074/14840/2023-16, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch die SHMP Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in Wien), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die revisionswerbende Partei hat der Stadt Wien Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

**Begründung:**

- 1 **1.** Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) führte ein EU-weites offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe eines Bauauftrages über Baumeisterarbeiten betreffend ein näher genanntes Objekt durch.
- 2 Mit Schreiben vom 14. November 2023 teilte die Auftraggeberin der revisionswerbenden Partei mit, dass ihr Angebot wegen mangelnder Zuverlässigkeit gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 iVm § 141 Abs. 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) ausgeschieden werde. Die Auftraggeberin begründete ihre Ausscheidensentscheidung damit, dass die revisionswerbende Partei bei insgesamt 6 Bauvorhaben der Auftraggeberin Subunternehmer ohne vorherige Genehmigung eingesetzt und damit „schwere Vertragsverletzungen“ begangen habe.
- 3 Mit Schriftsatz vom 23. November 2023 beantragte die revisionswerbende Partei die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und den Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren.





4 **2.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den Antrag auf Nichterklärung der Ausscheidensentscheidung ab (Spruchpunkt I.) und sprach aus, dass die revisionswerbende Partei die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und die Revision unzulässig sei (Spruchpunkt III.).

5 **2.1** Nach Darstellung des Verfahrensganges traf das Verwaltungsgericht nachstehende zusammengefasste Sachverhaltsfeststellungen:

Bei der revisionswerbenden Partei handle es sich um ein Unternehmen, das seit vielen Jahren Aufträge für die Auftraggeberin, aktuell 15 Bauvorhaben mit einem Auftragswert von € 62 Mio. ausführe.

Betreffend drei Baustellen früherer öffentlicher Aufträge der Auftraggeberin, und zwar in Wien, P...gasse (23. Juni 2023), in Wien, C...gasse (10. August 2023) und in Wien, W...gasse (16. August 2023) habe die revisionswerbende Partei den von der Auftraggeberin nicht genehmigten Einsatz von Subunternehmen zugestanden.

Die revisionswerbende Partei habe in ihrer Stellungnahme im Vergabeverfahren vom 24. Oktober 2023 „zu diesen drei Vorfällen eine Vertragsstrafe akzeptiert“. Für den außer Streit gestellten nicht genehmigten Subunternehmereinsatz am 16. August 2023 auf der Baustelle in Wien, W...gasse, durch Einsatz eines Leiharbeiters sei „die Vertragsstrafe nach den Angaben“ der revisionswerbenden Partei „bereits geahndet“ worden.

Von der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse (BUAK) seien bei der Kontrolle am 2. August 2023 auf der Baustelle eines weiteren früheren öffentlichen Auftrags der Auftraggeberin in Wien, H...straße, zwei Mitarbeiter eines nicht genehmigten Subunternehmens angetroffen worden, ohne dass Mitarbeiter der revisionswerbenden Partei anwesend gewesen seien. Überdies seien bei einer weiteren Kontrolle der BUAK am 14. Februar 2023 auf der Baustelle in Wien, P...gasse, zwei angelernte Bauarbeiter eines nicht genehmigten ausländischen Subunternehmens angetroffen worden. Hingegen habe sich der von der Auftraggeberin der revisionswerbenden Partei vorgeworfene Einsatz eines näher genannten nicht genehmigten



Subunternehmens am 13. April 2023 auf der Baustelle der Auftraggeberin in Wien, J...-W...-Platz, nicht bestätigt.

Die Auftraggeberin habe nach Feststellung des Einsatzes nicht genehmigter Subunternehmer gegenüber der revisionswerbenden Partei Vertragsstrafen in einer „Bandbreite von 5.000 EUR bis 10.000 EUR je Vorfall verhängt, welche bei der Rechnungslegung und Abrechnung des Auftrages in Abzug gebracht werden sollen bzw. betreffend die Baustelle ... Wien, W...gasse ... bereits abgezogen“ worden seien. Da die Auftraggeberin Vertragsstrafen erst nach Rechnungslegung durch die revisionswerbende Partei in Abzug bringe, liege mit dem Zuwarten auf Rechnungslegung durch die revisionswerbende Partei kein Verzicht auf die Vertragsstrafen vor.

Seit 2021 seien der vorliegenden, wie auch den übrigen Ausschreibungen der Auftraggeberin, inhaltsgleich in sämtlichen Bauaufträgen die Allgemeinen Verfahrensbestimmungen der Stadt Wien für Vergabeverfahren (WD 307), die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen (WD 314), die Besonderen Vertragsbestimmungen und die Integritätsvereinbarung zugrunde gelegen. Diese Vertragsbestandteile enthielten Festlegungen zum Einsatz von Subunternehmern sowie zur Eignung und beruflichen Zuverlässigkeit. Da die revisionswerbende Partei seit Jahren Aufträge für die Auftraggeberin abwickle, sei davon auszugehen, dass ihr diese Festlegungen bekannt gewesen seien.

6 **2.2** In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren relevant - aus, unter dem Begriff „erhebliche Mängel“ des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 sei gemäß dem 101. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU ein Fehlverhalten zu verstehen, das ernste Zweifel an der Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers aufkommen lasse.

7 Die revisionswerbende Partei habe durch die nicht genehmigten Subunternehmereinsätze auf Baustellen der Auftraggeberin erhebliche Mängel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages erkennen lassen. Durch die mehrfache Unterauftragsvergabe ohne Zustimmung der Auftraggeberin sei das Vertrauensverhältnis zur



revisionswerbenden Partei schwer erschüttert worden. Unter Hinweis auf die Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH 3.10.2019, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93*, C-267/18) könne zudem durch die Abstandnahme von einer vorzeitigen Beendigung von früheren Aufträgen durch die Auftraggeberin nicht darauf geschlossen werden, dass dem mehrfachen nicht genehmigten Einsatz von Subunternehmern durch die revisionswerbende Partei keine Erheblichkeit zukomme.

- 8 Von erheblichen Mängeln sei auszugehen, weil der Einsatz von Subunternehmern zur Leistungserbringung und somit zur Erfüllung einer wesentlichen Anforderung eines Auftrages erfolgt sei, ohne dass die Auftraggeberin Gelegenheit zur Prüfung der Eignung und Zuverlässigkeit der Subunternehmer gehabt habe. Nach den Vertragsbestimmungen der Auftraggeberin sei die Weitergabe von Teilen der Leistung nur zulässig, sofern die Subunternehmer die für die Ausführung ihres Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie berufliche Zuverlässigkeit besitzen. Der Einsatz von nicht geeigneten Subunternehmern könne schwerwiegende (verwaltungs-, straf- und zivilrechtliche) Auswirkungen für das Bauvorhaben und die Auftraggeberin haben, sodass sie Kenntnis von den auf ihren Baustellen tätigen Unternehmen haben müsse. Die revisionswerbende Partei müsse diese daher bereits im Angebot nennen oder ordnungsgemäß nachmelden. Die revisionswerbende Partei habe aufgrund der mehrmaligen nicht genehmigten Weitergabe von Teilen der Leistung an unbekannte und teilweise ausländische Unternehmen das Vertrauen der Auftraggeberin in die revisionswerbende Partei erschüttert.
- 9 Hinzu komme, dass bei früheren Aufträgen nicht gemeldete Unternehmen gänzlich unbeaufsichtigt Leistungen erbracht hätten und somit keinerlei Nachvollziehbarkeit oder gesicherte Dokumentation einer Leistung für die Auftraggeberin gegeben sei. In diesem Zusammenhang sei festzuhalten, dass die bestandfesten Vorgaben für die Leistungserbringung durch genehmigte Subunternehmer eine wesentliche Bedingung eines Auftragsverhältnisses darstelle und mit dem nicht genehmigten Einsatz von Subunternehmern gegen



eine wesentliche Anforderung des zugrundeliegenden Vertrages verstoßen werde.

- 10 In den den Ausschreibungen und Verträgen der Auftraggeberin regelmäßig zugrundeliegenden Festlegungen (WD 307, WD 314, Besondere Vertragsbestimmungen und Integritätsvereinbarung) seien die vorzeitige Beendigung des Vertrages und Vertragsstrafen bei nicht genehmigten Subunternehmereinsätzen vorgesehen. Die Auftraggeberin habe auf die unzulässige Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer mit Vertragsstrafen reagiert bzw. den Einbehalt bei der nächsten Rechnungslegung vorgesehen. Damit sei ein pauschalierter Schadenersatz geltend gemacht worden, der vertraglich vorgesehen gewesen sei.
- 11 Im Hinblick auf das Vorbringen der Auftraggeberin, dass durch die wiederholten Verstöße das Vertrauen der Auftraggeberin in die ordnungsgemäße Ausführung der geschuldeten Leistungen durch die revisionswerbende Partei verloren gegangen sei, erscheine es rechtlich irrelevant, dass der Subunternehmereinsatz keine erkennbaren negativen Auswirkungen auf das jeweilige Bauvorhaben gehabt habe.
- 12 Nachvollziehbar könne die Auftraggeberin aufgrund der Vorgehensweise der revisionswerbenden Partei, nicht genehmigte Subunternehmer einzusetzen, nicht darauf vertrauen, dass die beauftragten Leistungen tatsächlich durch Unternehmen/Personen erbracht würden, die „ursprünglich im Vergabeverfahren angeboten“ worden und die für die Leistungserbringung geeignet seien und den arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften entsprächen.

Letztlich seien die unterbliebenen Meldungen des Subunternehmereinsatzes zwecks Einholung von Genehmigungen auch deshalb erheblich, weil die revisionswerbende Partei trotz ihres bereits damals bestehenden Systems von festgelegten Prozessabläufen die Versäumnisse nicht von sich aus entdeckt habe, sondern auf die Übermittlung der BUAK-Protokolle durch die Auftraggeberin angewiesen gewesen sei, um Kenntnis von diesen Versäumnissen zu erlangen.

- 13 Im Ergebnis sei der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 erfüllt.



- 14 Überdies habe die revisionswerbende Partei den Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 verwirklicht. Die Unterlassung der Einholung der Genehmigung der Subunternehmer stelle eine schwere Verfehlung im Sinne des § 78 Abs. 1 Z 5 BVergG 2018 dar, die von der Auftraggeberin nach erfolgter Kenntnis durch die BUAK-Protokolle in geeigneter Weise nachgewiesen worden sei.
- 15 Selbstreinigende Maßnahmen iSd § 83 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 lägen nicht vor.
- 16 Ebenso sei der Ausscheidensgrund der mangelhaften Aufklärung gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 verwirklicht, weil die revisionswerbende Partei zu den im Aufklärungsverfahren getätigten Vorhalten und Angaben zu den einzelnen Baustellen keine Nachweise erbracht habe und die von ihr dargelegten Umstände daher nicht nachvollziehbar gewesen seien.
- 17 Der Ausschluss der revisionswerbenden Partei erscheine verhältnismäßig. Das Vertrauen der Auftraggeberin in die revisionswerbende Partei sei durch die festgestellten Subunternehmereinsätze erschüttert. Die Eignung der eingesetzten Subunternehmer sei nach den Verfahrens- und Vertragsbestimmungen im Zuge der Genehmigung durch die Auftraggeberin festzustellen. Die Auftraggeberin habe vorliegend keine Möglichkeit dazu gehabt. Dies gelte auch in Hinblick auf den qualitativen oder quantitativen Umfang der von den Subunternehmern erbrachten Leistungsteile. Dem Umstand, dass derzeit die revisionswerbende Partei 15 Bauvorhaben der Auftraggeberin mit einem Auftragsvolumen von € 62 Mio. ausführe, stehe entgegen, dass die Auftraggeberin erst durch die Baustellenkontrollen der BUAK von den Subunternehmereinsätzen erfahren habe. Dass laut dem Vorbringen der revisionswerbenden Partei bloß erst in einem Fall eine Sanktion effektuiert worden sei, liege am Abrechnungsprozess der Auftraggeberin, in den auch die revisionswerbende Partei eingebunden sei.
- 18 Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sei daher abzuweisen.



- 19 **3.** Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.
- 20 Die mitbeteiligte Partei erstattete nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung, in eventu Abweisung der Revision gegen Aufwandersatz beantragt.
- 21 **4.** Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 22 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 23 Nach § 34 Abs. 1a VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 24 **5.1** Die revisionswerbende Partei begründet die Zulässigkeit ihrer Revision mit fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Rechtsfrage nach den Kriterien für die Erfüllung des Ausscheidenstatbestandes nach § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018, insbesondere zum Begriff „erhebliche Mängel“ und zur Wortfolge „vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen“.
- 25 Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 3.10.2019, C-267/18, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93*) liege ein erheblicher Mangel vor, wenn „dieser Mangel die Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen des ersten Auftrags beeinträchtigt“. Dabei sei zu prüfen, welche Bedeutung der weitergegebene Auftrag gehabt habe und ob sich der Mangel



negativ auf die Ausführung ausgewirkt habe. Bloße Formfehler oder bloß geringfügige Subvergaben ohne Genehmigungen seien offenbar nicht als „erheblicher Mangel“ zu qualifizieren. Das Verwaltungsgericht vertrete demgegenüber die Ansicht, es sei vorliegend irrelevant, ob die Verstöße negative Auswirkungen gehabt hätten und „nur insgesamt 3 (eingestandene und damit nachgewiesene) Verstöße bei drei verschiedenen Bauvorhaben“ vorlägen, obwohl die revisionswerbende Partei aktuell 15 Bauvorhaben mit einem Auftragsvolumen von über € 62 Mio. für die Auftraggeberin abwickle.

26 Aus dem Wortlaut des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 „nach sich gezogen“ gehe hervor, dass die Sanktionen bereits verhängt worden sein müssen. Die bloße Absicht, ein Pönale zukünftig ziehen zu wollen, reiche bereits nach dem Wortlaut nicht. Überdies stelle sich im Sinne der Verhältnismäßigkeit der Ausscheidenssanktion die Frage, inwieweit ein Pönale aus einem anderen Bauvorhaben in der Höhe von € 5.000,-- einen Ausschluss nach § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 rechtfertige.

27 In diesem Zusammenhang sei das Ermittlungsverfahren des Verwaltungsgerichts mangelhaft geblieben, indem das Verwaltungsgericht entgegen der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu den Grundsätzen der Amtswegigkeit und der Erforschung der materiellen Wahrheit keine ausreichenden Beweise darüber aufgenommen habe, ob durch die der revisionswerbenden Partei vorgeworfenen Vertragsverstöße bei früheren Aufträgen der Auftraggeberin ein Schaden entstanden sei, Mängel aufgetreten seien oder ungeeignete Subunternehmer eingesetzt worden seien sowie ob die Beziehung nicht genehmigter Subunternehmer quantitativ wie qualitativ untergeordnete Leistungsteile umfasst habe.

28 **5.2** Gemäß § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber - unbeschadet der Abs. 3 bis 5 - Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn der Unternehmer bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages erhebliche oder dauerhafte Mängel erkennen lassen hat, die die vorzeitige Beendigung dieses früheren Auftrages



oder Konzessionsvertrages, Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen nach sich gezogen haben.

- 29 Der Ausschlussgrund des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 setzt nach seinem eindeutigen Wortlaut somit einerseits den Vorwurf „erheblicher oder dauerhafter Mängel“ bei der „Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen eines früheren Auftrages oder Konzessionsvertrages“ seitens des auszuscheidenden Bieters und andererseits die vorzeitige Beendigung des früheren Auftrags oder Schadenersatz oder andere vergleichbare Sanktionen gegen den auszuscheidenden Bieter aufgrund dieser Mängel voraus.
- 30 **5.2.1** Mit § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 wird Art. 57 Abs. 4 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Der Begriff der „erheblichen oder dauerhaften Mängel“ ist unionsrechtskonform auszulegen (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 99).
- 31 Der EuGH hat im Urteil vom 3. Oktober 2019, C-267/18, *Delta Antrepriza de Constructii si Montaj 93*, Rn. 38, zur Auslegung des Art. 57 Abs. 4 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU festgehalten, dass die Vergabe eines Unterauftrags für einen Teil der Arbeiten im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags durch einen Wirtschaftsteilnehmer, die ohne Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers entschieden wurde und zur vorzeitigen Beendigung des Auftrags führte, im Sinne dieser Bestimmung einen erheblichen oder dauerhaften Mangel bei der Erfüllung einer wesentlichen Anforderung im Rahmen dieses Auftrags darstellt und daher den Ausschluss des Wirtschaftsteilnehmers von der Teilnahme an einem späteren Vergabeverfahren rechtfertigt, wenn der dieses spätere Vergabeverfahren organisierende öffentliche Auftraggeber, nachdem er selbst die Integrität und Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers, dessen vorheriger öffentlicher Auftrag vorzeitig beendet wurde, bewertet hat, der Auffassung ist, dass eine solche Unterauftragsvergabe das Vertrauensverhältnis zu diesem Wirtschaftsteilnehmer zerstört.
- 32 Der in Art. 57 Abs. 4 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU iVm dem 101. Erwägungsgrund dieser Richtlinie genannte fakultative Ausschlussgrund



stützt sich auf die Zuverlässigkeit des Zuschlagsempfängers, auf die sich das Vertrauen gründet, das der öffentliche Auftraggeber in ihn legt, als wesentliche Komponente der Beziehung zwischen dem Zuschlagsempfänger und dem öffentlichen Auftraggeber (Rn. 26). Zur vertragswidrigen Beziehung eines nicht genehmigten Subunternehmens im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags hat der EuGH hervorgehoben, dass das Ersuchen um vorherige Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers es diesem insbesondere ermöglichen soll, sich zu vergewissern, dass kein Grund für den Ausschluss des Subunternehmens vorliegt, das der Zuschlagsempfänger einsetzen möchte (Rn. 32).

33 **5.2.2** Die Rechtsfrage, ob die vertragswidrige Beziehung eines nicht genehmigten Subunternehmens im Rahmen eines früheren öffentlichen Auftrags einen erheblichen Mangel im Sinn des Art. 57 Abs. 4 lit. g der Richtlinie 2014/24/EU und damit auch iS dessen innerstaatlichen Umsetzung in § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 darstellen kann, ist von der Rechtsprechung des EuGH somit beantwortet (vgl. zur mangelnden Zulässigkeit einer Revision wegen fehlender Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes bei Beantwortung der grundsätzlichen Rechtsfrage durch Rechtsprechung des EuGH VwGH 20.12.2016, Ro 2014/03/0049, Rn. 42, mwN). Insofern war auch eine Vorlage an den EuGH nach Art. 267 AEUV nicht erforderlich (vgl. zur Begründungspflicht für Höchstgerichte jüngst EuGH 24.3.2026, C-767/23, *Remling*).

34 Die Rechtsfrage, ob ausgehend davon die Zuverlässigkeit der revisionswerbenden Partei iSd § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 auf Basis des vom Verwaltungsgericht festgestellten Sachverhalts zu Recht in Zweifel gezogen wurde, unterliegt einer auf den Einzelfall bezogenen Beurteilung. Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts über das Heranziehen dieses Ausscheidenstatbestandes durch die Auftraggeberin kann nur dann erfolgreich angefochten werden, wenn die diesbezügliche Beurteilung des Verwaltungsgerichts grob fehlerhaft erfolgt wäre und zu einem die Rechtssicherheit beeinträchtigenden unvertretbaren Ergebnis führen würde und dies in der Zulässigkeitsbegründung substantiiert aufgezeigt wird (vgl. zur



Zulässigkeit einer Revision betreffend eine einzelfallbezogene Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidenstatbestandes VwGH 28.6.2022, Ra 2021/04/0067-0069, Rn. 27; 11.12.2020, Ra 2019/04/0039, Rn. 25, jeweils mwN).

- 35 Eine Unvertretbarkeit der rechtlichen Beurteilung durch das Verwaltungsgericht wird vorliegend von der revisionswerbenden Partei in ihrem Zulässigkeitsvorbringen nicht dargetan.
- 36 **5.2.3** Die revisionswerbende Partei hat in Bezug auf drei vorangegangene öffentliche Bauaufträge der Auftraggeberin die vertragswidrige Beiziehung von der Auftraggeberin nicht genehmigter Subunternehmen zugestanden. Entgegen dem Zulässigkeitsvorbringen stellte das Verwaltungsgericht hinsichtlich zwei weiterer Bauaufträge der Auftraggeberin die vertragswidrige Beiziehung von nicht genehmigten Subunternehmen fest. Demnach erfolgte die vertragswidrige Beiziehung von nicht genehmigten Subunternehmen in fünf Fällen in einem Zeitraum zwischen 14. Februar 2023 und 16. August 2023. Dabei erbrachten die vertragswidrig beigezogenen Subunternehmen von der revisionswerbenden Partei unbeaufsichtigt Leistungen. In einem Fall wurde ein ausländisches Subunternehmen vertragswidrig beigezogen.
- 37 Vorliegend gründet sich die Ausscheidensentscheidung auf insgesamt fünf Verstöße gegen die vertragliche Verpflichtung zur Einholung einer vorherigen Zustimmung des Einsatzes eines Subunternehmens innerhalb eines kurzen Zeitraums und in unmittelbarer zeitlicher Nähe zum laufenden Vergabeverfahren. Angesichts der in oben dargestellter Rechtsprechung des EuGH hervorgehobenen Bedeutung des Ersuchens um vorherige Zustimmung für einen öffentlichen Auftraggeber ist die fallbezogene Beurteilung des Verwaltungsgerichts der der revisionswerbenden Partei vorgeworfenen Vertragsverletzungen im Rahmen der früheren Bauaufträge der Auftraggeberin als erhebliche Mängel iSd § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 ohne Bedachtnahme darauf, ob infolge dieser Vertragsverletzungen das jeweilige Werk mangelhaft war, der Auftraggeberin ein tatsächlicher Schaden entstand und die vertragswidrig eingesetzten Subunternehmen geeignet gewesen waren, nicht



unvertretbar. Schließlich lässt ein Abzug einer Vertragsstrafe aufgrund solcher Verstöße auf deren Erheblichkeit schließen.

38 Insofern ist dem Verwaltungsgericht entgegen dem Zulässigkeitsvorbringen nicht vorzuwerfen, kein Ermittlungsverfahren durchgeführt und keine Feststellungen dazu getroffen zu haben, ob bei den früheren Bauaufträgen aufgrund der vertragswidrigen Beziehung nicht genehmigter Subunternehmer der Auftraggeberin Schäden entstanden, das Werk mangelhaft war und die vertragswidrig beigezogenen Subunternehmer ungeeignet waren.

39 **5.2.4** Ob die vertragswidrige Beziehung von nicht genehmigten Subunternehmen bei früheren Bauaufträgen der Auftraggeberin Schadenersatz nach sich gezogen hat, unterliegt ebenfalls einer einzelfallbezogenen Beurteilung des Verwaltungsgerichts.

40 Die Bezugnahme auf „Schadenersatz“ in § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 schließt die Leistung eines pauschalierten Schadenersatzes, wie vorliegend auf der Grundlage von Vertragsstrafen ein (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 99).

41 **5.2.5** Nach den Sachverhaltsfeststellungen des Verwaltungsgerichts hat die revisionswerbende Partei zu den drei eingestandenen rechtswidrigen Subunternehmereinsätzen eine Vertragsstrafe akzeptiert, die Auftraggeberin gegenüber der revisionswerbenden Partei Vertragsstrafen zwischen € 5.000,-- und € 10.000,-- verhängt und ist bei einem früheren Bauvorhaben die Vertragsstrafe von der Rechnung der revisionswerbenden Partei bereits abgezogen worden, während bei den übrigen Bauvorhaben die Auftraggeberin die Vertragsstrafen nach Rechnungslegung in Abzug bringen wird.

42 **5.2.6** Die fallbezogene Beurteilung des Verwaltungsgerichts, dass neben dem bereits erfolgten Abzug einer Vertragsstrafe nach Rechnungslegung eines früheren Bauvorhabens und dem Anerkenntnis einer Vertragsstrafe in zwei weiteren von der revisionswerbenden Partei eingestandenen vertragswidrigen Subunternehmereinsätzen die Absicht der Auftraggeberin, Vertragsstrafen nach Rechnungslegung in Abzug zu bringen, für das Vorliegen von aufgrund der vertragswidrigen Beziehung von nicht genehmigten



Subunternehmen nach sich gezogenen Schadenersatz ausreicht, begegnet keinen Bedenken.

- 43 **5.2.7** Schließlich hat die revisionswerbende Partei in ihrem Zulässigkeitsvorbringen zur fallbezogenen Annahme des Verwaltungsgerichts über den hinreichenden Nachweis der vertragswidrigen Subunternehmereinsätze durch die einzelnen BUAK-Meldungen nach Durchführung eines Aufklärungsverfahrens seitens der Auftraggeberin betreffend der zwei nicht von der revisionswerbenden Partei zugestandenen Vertragsverletzungen keine Unvertretbarkeit dargetan. Dies gilt ebenso für die Beurteilung des Verlusts des Vertrauensverhältnisses der Auftraggeberin zur revisionswerbenden Partei unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.
- 44 **5.2.8** Auf die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsgerichts zum Nichtvorliegen selbstreinigender Maßnahmen iSd § 83 Abs. 2 Z 3 BVergG 2018 ging die revisionswerbende Partei in ihrem Zulässigkeitsvorbringen nicht ein. Die revisionswerbende Partei vermochte daher zum vom Verwaltungsgericht bejahten Ausschlussstatbestand des § 78 Abs. 1 Z 9 BVergG 2018 keine grundsätzliche Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG darzulegen. Dem weiteren Zulässigkeitsvorbringen zu den beiden anderen vom Verwaltungsgericht bejahten Ausschlussgründen kommt somit keine rechtliche Relevanz zu, weshalb es sich erübrigt, darauf näher einzugehen (vgl. etwa VwGH 18.6.2023, Ra 2020/04/0146, Rn. 23 f).
- 45 **6.** In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.
- 46 Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.





47 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff,  
insbesondere auf § 51 VwGG in Verbindung mit der  
VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 27. März 2026

