

## Was ist bei Unternehmensumgründungen im Zuge des Vergabeverfahrens (und danach) zu beachten?

Wirtschaftsrecht · Daniel Larcher/David Kirnbauer · RdW 2024/131 · RdW 2024, 167 · Heft 3 v. 17.3.2024

Im Zuge von laufenden Vergabeverfahren und nach Zuschlagserteilung kommt es in der Wirtschaftspraxis häufig zu Unternehmensumgründungen<sup>1</sup> auf Bieterseite, so etwa, wenn einzelne oder mehrere Bieter bzw Auftragnehmer verschmelzen oder sich abspalten. Derartige Vorgänge können nachteilige Verfahrens- und Vertragsfolgen, wie das Ausscheiden von Angeboten, nach sich ziehen. Der Beitrag untersucht, wie sich Umgründungen in den verschiedenen Phasen des Vergabeverfahrens und während der Vertragslaufzeit auswirken können sowie welche Grundsätze hierbei zu beachten sind.

### 1. Auswirkungen von Umgründungen in der ersten Phase des Vergabeverfahrens

Im Folgenden werden vornehmlich Fragestellungen zum zweistufigen Vergabeverfahren behandelt, nämlich Verhandlungsverfahren und nicht-offene Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

In der ersten Phase des Vergabeverfahrens werfen Umgründungsvorgänge aufseiten eines Bewerbers idR keine vergaberechtlichen Fragestellungen auf. Dies, weil der Bewerber bis zum Ablauf der Teilnahmeantragsfrist noch die Möglichkeit hat, seinen Teilnahmeantrag zu ändern bzw zurückzuziehen. Die Eignung der Bewerber muss nach [§ 79 Z 2 und Z 4 BVerG 2018](#)<sup>2</sup> erst spätestens zum Zeitpunkt des Fristablaufs vorliegen; eine Änderung der Identität des Bewerbers bleibt bis dahin möglich. Zudem kann bis zu diesem Zeitpunkt jeder Unternehmer einen Teilnahmeantrag stellen; aus Wettbewerbs- oder Gleichheitssicht bestehen sohin bei einer Identitätsänderung eines Bewerbers keine Bedenken.

### 2. Auswirkungen von Umgründungen während laufender Angebotsfrist sowie nach Angebotslegung

#### 2.1. Relevante Grundsätze

Umgründungen können mit vergaberechtlichen Grundsätzen<sup>3</sup> in Konflikt stehen. Zu den relevanten Grundsätzen zählen der Gleichbehandlungsgrundsatz, das Prinzip der Angebotsbindung, der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs sowie die Vergabe an geeignete Unternehmer.<sup>4</sup>

Das vergaberechtliche Gleichbehandlungsprinzip besagt, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen (ohne Bevorzugung) auf Zuschlagserteilung haben müssen.<sup>5</sup> Umgründungen aufseiten der Bieter könnten diesen Grundsatz insofern beeinträchtigen, als einem einzelnen Bieter durch die Umgründung eine Angebotsverbesserungsmöglichkeit entstehen könnte. So könnte eine Verschmelzung in der zweiten Phase des Vergabeverfahrens dazu führen, dass sich die Leistungsfähigkeit des aufnehmenden Bieters nachträglich verbessert und damit eine Ungleichbehandlung geschaffen wird. Auch die Identitätsänderung eines Bieters kann potenziell dem Gleichbehandlungsgrundsatz widersprechen;<sup>6</sup> der EuGH hat mehrfach ausgesprochen, dass eine allzu strenge Anwendung des Gleichbehandlungsgebots dazu führen würde, dass die Identität der Bieter in der ersten und zweiten Phase des Verfahrens ausnahmslos gleich bleiben muss. Eine derartige Auslegung ist jedoch nicht notwendig, wenn trotz einer

Identitätsänderung die ursprünglichen Anforderungen des Auftraggebers weiterhin erfüllt werden und keine Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter vorliegt.<sup>7</sup>

Bei Umgründungsvorgängen ist weiters der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs maßgebend. Den betroffenen Bietern könnten durch die Umgründung Vorteile gegenüber den übrigen Bietern zukommen: So könnte es im Rahmen einer Verschmelzung zur nachträglichen Steigerung der Leistungsfähigkeit eines Bieters kommen. Umgekehrt kann auch die weitere Berücksichtigung eines Bieters nach der Verringerung dessen Leistungsfähigkeit und dem damit verbundenen Wegfall der Eignung gegen den Wettbewerbsgrundsatz verstoßen.<sup>8</sup> Dies, weil der Auftraggeber in diesem Fall zum wettbewerbswidrigen Vorteil des umgegründeten Bieters von den ursprünglichen Ausschreibungsbedingungen bzw. -unterlagen abweichen müsste.

Es spielen zudem auch Biereignungsaspekte nach [§ 20 Abs 1 BVergG 2018](#) eine tragende Rolle: Dies sind die Vergabe

Seite 167

an geeignete Bieter sowie der Zeitpunkt, zu dem diese Eignung gegeben sein muss. Bei zweistufigen Verfahren ist das der Zeitpunkt des Ablaufs der Teilnahmeantragsfrist,<sup>9</sup> wobei die Eignung auch nach diesem Zeitpunkt nicht verloren gehen darf.<sup>10</sup> Dies ist bei Umgründungen besonders relevant, weil typischerweise eine Änderung der Eignung und insb auch der Leistungsfähigkeit erfolgen kann.

Wesentlich sind auch der Grundsatz der Angebotsbindung sowie der Grundsatz der Verpflichtung zur Angebotsabgabe in jener Form, in welcher der Bieter zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde. Die Gebundenheit des Bieters an sein Angebot leitet sich aus der eingeschränkten nachträglichen Behebungsmöglichkeit von Mängeln eines Angebots gem [§ 138 BVergG 2018](#) ab. Selbst die bloße Änderung der Bieteridentität nach Angebotslegung ist uE nur eingeschränkt möglich, da diese einen Inhalt des Angebots bildet.

Ferner sind Umgründungsvorgänge auch während laufender Angebotsfrist vergaberechtlich beachtlich: Regelmäßig hat der Auftraggeber für die zweite Phase des Verfahrens eine bestimmte Vorauswahl an Bietern getroffen und somit den Bieterkreis bereits eingeschränkt. Nach Art 28 Abs 2 Satz 1 VergabeRL<sup>11</sup> dürfen nur jene Unternehmer ein Angebot ablegen, die vom öffentlichen Auftraggeber dazu aufgefordert wurden.<sup>12</sup> Die rechtliche und tatsächliche Identität dieser ausgewählten Unternehmer muss im Vergabeverfahren gewahrt werden;<sup>13</sup> ansonsten könnten auch nicht zur Angebotslegung aufgeforderte Unternehmer, unter Umgehung der ersten Phase, weiter am laufenden Vergabeverfahren teilnehmen. Die Verfahrensteilnahme bleibt jedoch trotz Änderung der Identität des Bieters zulässig, sofern der vergaberechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt, die Leistungsfähigkeit des Bieters ausschließlich erhöht und die Wettbewerbssituation der Mitbieter nicht beeinträchtigt wird.<sup>14</sup>

## 2.2. Rechtliche Auswirkungen einer Umgründung

Bieter-Umgründungen während des Vergabeverfahrens könnten negative vergaberechtliche Konsequenzen zeitigen: Denkbar sind der Ausschluss des Bieters,<sup>15</sup> das Ausscheiden seines Angebots oder,<sup>16</sup> falls dieser den Zuschlag erhalten sollte, die Bekämpfung der Entscheidung des Auftraggebers durch andere Bieter.<sup>17</sup>

Nach [§ 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018](#) kann der öffentliche Auftraggeber einen Bieter ausschließen, wenn dieser mit anderen Bietern für den öffentlichen Auftraggeber nachteilige Abreden getroffen hat, gegen die guten Sitten verstoßen hat oder mit anderen Unternehmern Abreden getroffen hat, die auf eine Verzerrung des Wettbewerbes abzielen. Diese Gefahr besteht insb bei Umgründungsvorgängen, die zwischen mehreren Bietern während des Verfahrens stattfinden. Zu denken wäre uE bspw an das Absehen eines Bieters von der Angebotslegung aufgrund einer

Seite 2

geplanten, jedoch noch nicht durchgeführten Verschmelzung mit einem anderen Bieter, um die Zuschlagswahrscheinlichkeit des anderen Bieters zu erhöhen.

Bei Ausscheidungen von Angeboten kommen bei Umgründungssachverhalten insb die Tatbestände der Ausscheidung wegen fehlender Eignung sowie wegen fehlender Aufforderung in Betracht:<sup>18</sup> Angebotsausscheidungen wegen fehlender Bieterreignung können erfolgen, falls sich der Umgründungsvorgang negativ auf die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit oder die technische Leistungsfähigkeit des Bieters auswirkt. Zudem können auch unzulässige Abreden zwischen Bietern im Zuge des Umgründungsvorgangs zu einer Angebotsausscheidung führen. Dies ist insb bei jenen Umgründungen relevant, die mehrere Bieter betreffen: Sieht ein Bieter im Hinblick auf eine vereinbarte Verschmelzung mit einem Mitbieter von einer Angebotslegung ab oder teilen sich die Bieter die betreffenden Lose untereinander auf oder stimmen diese ihre Angebote aufeinander ab, kann eine unzulässige Abrede im Vergabeverfahren vorliegen. Solche Abreden wirken sich auf die berufliche Zuverlässigkeit und somit auch auf die Eignung der Bieter aus<sup>19</sup> und können zum Ausschluss der betreffenden Bieter führen.<sup>20</sup>

Zudem können Angebote mangels Aufforderung des Bieters ausgeschieden werden; dies, wenn der Bieter sein Angebot nicht in jener Form (im Sinne der Bieteridentität) abgibt, in der er dazu aufgefordert wurde. Die Identität des Bieters müsste damit zumindest während laufender Angebotsfrist<sup>21</sup> gewahrt bleiben; dies jedenfalls dann, wenn die Prinzipien der Bietergleichbehandlung sowie des fairen Wettbewerbs verletzt würden.

Neben Angebotsausscheidungen seitens des Auftraggebers können auch teilnehmende Mitbieter ergangene Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens oder eines Feststellungsverfahrens wegen behaupteter Rechtsverletzungen im Zusammenhang mit der Umgründung eines anderen Bieters bekämpfen.<sup>22</sup>

Wie sich Umgründungsvorgänge im Vergabeverfahren auswirken, muss jeweils nach Umgründungsart geprüft werden.

Seite 168

### **2.3. Verschmelzung**

Verschmelzungen sind Vermögensübertragungen auf bestehende oder neu zu gründende Gesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge.<sup>23</sup> Sowohl die Verschmelzung durch Aufnahme<sup>24</sup> als auch die Verschmelzung durch Neugründung<sup>25</sup> können vergaberechtliche Konsequenzen haben, insb bei Wegfall der rechtlichen und tatsächlichen Identität.

Verschmelzungen aufseiten eines Bieters können ua zum Ausschluss des Bieters oder zum Ausscheiden seines Angebots führen.<sup>26</sup> So hatte der EuGH zu entscheiden, ob ein Mitglied einer Bietergemeinschaft (BIEGE) nach der Auflösung dieser BIEGE als einzelner Bieter weiter am Verfahren teilnehmen kann. Der Gerichtshof sprach aus, dass trotz des Wegfalls der rechtlichen und tatsächlichen Identität dann kein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegt, wenn die ursprünglichen Anforderungen des Auftraggebers vom verbliebenen Bieter noch erfüllt werden können. Es darf zudem keine Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation der übrigen Bieter vorliegen. Die durch die Auflösung der BIEGE bedingte Identitätsänderung führt unter diesen Bedingungen sohin nicht automatisch zum Verfahrensausschluss.<sup>27</sup>

Diese Grundsätze wurden in der Folgejudikatur ausgebaut:<sup>28</sup> Im Zuge einer Verschmelzung bleibt die rechtliche Identität der aufnehmenden Gesellschaft im Zuge der Gesamtrechtsfolge zwar erhalten, jedoch liegt die "tatsächliche Identität" nicht mehr vor. Letzteres führt jedoch nicht automatisch dazu, dass eine weitere Verfahrensteilnahme ausgeschlossen wäre. Dies wird anhand des Gleichheitsgrundsatzes bestimmt: Aus vergaberechtlicher Sicht wäre es bedenklich, wenn es nach der Vorauswahl der Bieter zu einer deutlichen Verschlechterung der finanziellen, wirtschaftlichen oder technischen Leistungsfähigkeit kommt. Eine weitere Teilnahme des betroffenen Bieters könnte eine unzulässige Umgehung des vergaberechtlichen Vorauswahlverfahrens darstellen. Da es im Zuge von Verschmelzungsvorgängen (anders als etwa bei Spaltungen) bei der aufnehmenden Gesellschaft jedoch typischerweise zur faktischen

Seite 3

Erhöhung der Leistungsfähigkeit kommen wird, ist die Umgründung aus auftraggeberseitiger Sicht nicht nachteilig. Sofern die ursprünglichen Anforderungen des Auftraggebers trotz Verschmelzung weiterhin erfüllt werden, sprechen Gleichbehandlungserwägungen trotz des Wegfalls der rechtlichen oder tatsächlichen Bieteridentität nicht gegen die weitere Verfahrensteilnahme.

Es ist zudem zu prüfen, ob sich der Umgründungsvorgang auf die Wettbewerbssituation der übrigen Bieter auswirkt. Die Erhöhung der Leistungsfähigkeit stellt für sich genommen keine Beeinträchtigung dar. Bei Verschmelzung zweier Bieter ist jedoch darauf zu achten, dass es nicht zum Austausch von sensiblen, das Vergabeverfahren betreffenden Informationen kommt. Insb liegt keine Beeinträchtigung der Wettbewerbssituation vor, wenn keine Einwände gegen den Verschmelzungsvorgang seitens der EU-Kommission nach den einschlägigen wettbewerbsrechtlichen Fusionskontrollvorschriften<sup>29</sup> erhoben wurden.<sup>30</sup>

In diesem Zusammenhang ist als Sonderfrage zu behandeln, ob nach Angebotsabgabe bei der Verschmelzung mehrerer Bieter die Angebote aller (verschmolzenen) Bieter aufrechtbleiben; somit ob sämtliche Angebote nun die aufnehmende Gesellschaft weiter gegenüber dem Auftraggeber binden oder ob diese im Zuge der Verschmelzung (wie die übertragenden Gesellschaften) untergehen. Die Bindungswirkung sollte uE bejaht werden. Dies bereits, weil das Angebot im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übertragen wird und weder vergabe-, zivil- noch umgründungsrechtliche Grundsätze für ein Erlöschen der betreffenden Angebote der übertragenden Gesellschaften sprechen. Dies ist insb für den Auftraggeber vorteilhaft, weil es durch den Verschmelzungsvorgang nicht zu einer faktischen Verringerung der Angebote kommt. Zu beachten ist jedoch, dass dies uE nur dann möglich ist, wenn der Auftraggeber die mehrfache Angebotslegung in den Ausschreibungsunterlagen nicht ausgeschlossen hat, das Bestbieterprinzip gilt und bewertungsrelevante Unterschiede zwischen den Angeboten bestehen.<sup>31</sup>

#### **2.4. Umwandlung**

Vom Umwandlungsbegriff umfasst sind Umwandlungen ieS nach UmwG<sup>32</sup> und bloß formwechselnde Umwandlungen gem AktG.<sup>33</sup> Zu den Umwandlungen ieS gehören die verschmelzende Umwandlung und die errichtende Umwandlung. Bei einer verschmelzenden Umwandlung kommt es zur Übertragung des Vermögens der übertragenden Gesellschaft auf deren Hauptgesellschafter. Die übertragende Gesellschaft erlischt.<sup>34</sup> Bei einer errichtenden Umwandlung überträgt die übertragende Gesellschaft ihr Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine zu errichtende Personengesellschaft. Auch hier kommt es zu einem Erlöschen der übertragenden Gesellschaft.<sup>35</sup>

Bei einer formwechselnden Umwandlung kommt es zu keiner Vermögensübertragung; es wird lediglich die Rechtsform der Gesellschaft geändert.<sup>36</sup> Diese Umwandlungsform hat uE im Regelfall keine Auswirkung auf das Vergabeverfahren bzw den umgewandelten Bieter selbst; dies selbst dann, wenn der Umwandlungsvorgang nach der Aufforderung zur Angebotslegung

Seite 169

oder erst nach Abgabe des Angebots erfolgt. Der Bieter kann sohin auch in der formgewechselten Rechtsform ein Angebot ablegen bzw bleibt das abgegebene Angebot aufrecht, ohne einen Ausscheidungsgrund zu setzen. Es besteht keine Gefährdung der Leistungsfähigkeit des Bieters, weil keine Vermögensübertragung stattfindet. Zudem werden keine der relevanten vergaberechtlichen Grundsätze verletzt, weil sich der Bieter weder einen Wettbewerbsvorteil verschafft noch eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebots vorliegt.

Anderes gilt bei Umwandlungen iSd UmwG. Bei diesen kommt es im Gegensatz zur formwechselnden Umwandlung auch zu Vermögensübertragungen. Der Vergabekontrollsenat (VKS) Wien hat demgegenüber festgestellt, dass die Umwandlung des Mitglieds einer BIEGE von einer GmbH & Co KG in eine GmbH nicht zur Ausscheidung des Angebots der BIEGE führt.<sup>37</sup> Dies kann damit begründet werden, dass bei derartigen Umgründungen aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge die technische Leistungsfähigkeit und damit die Bietereignung erhalten

Seite 4

bleibt. Hinsichtlich der weiteren vergaberechtlichen Auswirkungen gelten die obigen Ausführungen zu Verschmelzungen.

## 2.5. Spaltung

Der Spaltungsbegriff nach SpaltG<sup>38</sup> umfasst die Übertragung von Vermögensteilen einer Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf bestehende oder neue dadurch gegründete Gesellschaften.<sup>39</sup> Zu unterscheiden sind einerseits Aufspaltungen zur Aufnahme, Aufspaltungen zur Neugründung sowie andererseits Abspaltungen zur Aufnahme und Abspaltungen zur Neugründung.<sup>40</sup> Aufgrund der praktischen Relevanz werden in weiterer Folge Abspaltungssachverhalte behandelt.

Die dargelegten Grundsätze für Verschmelzungen im Vergabeverfahren gelten ebenso für Abspaltungen. Besonderheiten können sich im Zuge einer Abspaltung hinsichtlich der Anforderungen des Auftraggebers ergeben; insb dürfen die Eignung und Leistungsfähigkeit des Bieters nicht entgegen den ursprünglichen Anforderungen verändert werden. Es wird im Einzelfall darauf ankommen, welche Unternehmensteile abgespalten werden und ob diese wesentlich für die Vorauswahl des Bieters waren; so etwa, wenn die abgespaltenen Unternehmensteile Schlüsselpersonal enthalten oder diese für die technische Leistungsfähigkeit des Bieters von Bedeutung sind.

Zudem ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Befugnis zur Angebotslegung bzw das Angebot selbst übertragen wird. Dies hängt davon ab, welcher Teil des Unternehmens übertragen wird. Nach der Judikatur des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG) geht bei der Abspaltung eines Mitglieds einer BIEGE das Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren jedenfalls dann auf die aufnehmende Gesellschaft über, wenn der für die relevante Leistung maßgebliche Unternehmensteil abgespalten wird.<sup>41</sup> Maßgeblich ist uE jener Unternehmensteil, der den überwiegenden Teil der technischen und wirtschaftlichen Ressourcen und des Know-how für eine ausschreibungsgemäße Auftragerfüllung aufweist. Legt somit die übertragende Gesellschaft trotz Verlusts des maßgeblichen Unternehmensteils ein Angebot, ist dieses nach [§ 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018](#) auszuscheiden.

Des Weiteren ist das Angebot einer BIEGE dann auszuscheiden, wenn die BIEGE durch die Spaltung eines ihrer Mitglieder ihre Leistungsfähigkeit und Eignung verloren hat.<sup>42</sup> Dies, weil die Anforderungen des Auftraggebers nicht mehr erfüllt werden können und die weitere Verfahrensteilnahme somit das Gleichbehandlungsgebot verletzen würde.

## 3. Einzelrechtsnachfolgen

Umgründungsrelevante Einzelrechtsnachfolgen sind Realteilungen und Zusammenschlüsse von Personengesellschaften sowie Fälle der Betriebseinbringung in Kapitalgesellschaften als Sacheinlage. Bei derartigen Unternehmens(teil)- oder Vermögensübergängen ist jedes Recht gesondert zu übertragen; es kommt nicht zur einheitlichen Gesamtrechtsnachfolge aller Rechte und Pflichten. Einzelrechtsnachfolgen sind auch vergaberechtlich stark einzelfallabhängig zu bewerten, je nachdem welche Vermögens- bzw Betriebsteile eines Bieters übertragen werden und ob diese wesentlich für die Vorauswahl des Bieters waren. Es sind uE die dargestellten vergaberechtlichen Grundsätze beachtlich; insb dürfen die Eignung und Leistungsfähigkeit des Bieters nicht entgegen den ursprünglichen Anforderungen des Auftraggebers verändert werden. Die Auswirkungen im Vergabeverfahren sind bei den genannten Einbringungssachverhalten abhängig davon, auf welcher Seite der Transaktion sich der Bieter befindet. Ist die aufnehmende Kapitalgesellschaft Bieter in einem laufenden Vergabeverfahren, ergeben sich idR bei entsprechender Erhöhung der Leistungsfähigkeit und Weiterbestehen der Bieteridentität keine vergaberechtlichen Bedenken. Ist der Bieter hingegen die übertragende Gesellschaft, kann es aus Gleichbehandlungs- und Wettbewerbssicht durch die Vermögensübertragung potenziell zur Verringerung der Leistungsfähigkeit und somit auch zum Verlust der Eignung kommen. Mangels Gesamtrechtsnachfolge geht die Berechtigung zur Verfahrensteilnahme auch nicht auf die übernehmende Kapitalgesellschaft über. Bei den Auswirkungen eines Zusammenschlusses (und Realteilung) gibt es uE Wertungsähnlichkeiten zur Abspaltung; auch hier kommt es darauf an,

welcher Betrieb bzw Betriebsteil gegen einen Anteil an der Personengesellschaft getauscht wird. War dieser für die Vorauswahl des Bieters ausschlaggebend, wird eine weitere Verfahrens-

Seite 170

teilnahme idR nicht möglich sein. Ein relevanter Unterschied zur Abspaltung besteht jedoch darin, dass die Berechtigung zur Verfahrensteilnahme ohne Gesamtrechtsnachfolge nicht übergehen kann.

#### **4. Auswirkungen von Umgründungen während der Vertragslaufzeit**

Umgründungen können sich selbst nach Zuschlagserteilung auf die Gültigkeit des abgeschlossenen Vertrags auswirken. Bei Änderungen des nunmehrigen Auftragnehmers (vormaligen Bieters) während der Vertragslaufzeit gelten die besprochenen Grundprinzipien des Vergaberechts: Insb können auch in dieser Phase wettbewerbsrechtliche Grundsätze sowie das Gleichbehandlungsgebot verletzt werden, sofern der Auftragnehmer die ursprünglichen Anforderungen des Auftraggebers nicht mehr erfüllt.

Ein umgründungsbedingter Auftragnehmerwechsel ist eine nachträgliche Vertragsänderung iSd [§ 365 BVerG 2018](#). Ob die Vertragsänderung im vergaberechtlichen Sinn zulässig ist, hängt davon ab, ob diese als wesentlich oder unwesentlich zu qualifizieren ist: Wesentliche Vertragsänderungen sind lediglich nach erneuter Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig.<sup>43</sup> Es ist gemäß Normwortlaut darauf abzustellen, ob sich der geänderte Vertrag erheblich vom ursprünglichen Vertrag unterscheidet.

[§ 365 Abs 2](#) bzw [3 BVerG 2018](#) enthalten einen demonstrativen Katalog von wesentlichen bzw unwesentlichen Änderungen. Der Wechsel des Auftragnehmers stellt eine wesentliche Vertragsänderung dar.<sup>44</sup> Es gibt jedoch Ausnahmen: So bildet der Auftragnehmerwechsel bloß eine unwesentliche Vertragsänderung, wenn dieser durch eine Unternehmensumstrukturierung, wie Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz, herbeigeführt wird. Dabei ist zu beachten: Der an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tretende Unternehmer hat jedenfalls die für das jeweilige Vergabeverfahren festgesetzten Eignungskriterien zu erfüllen. Zudem darf der Wechsel weder dazu führen, dass es zu einer wesentlichen Vertragsänderung kommt, noch dass die Bestimmungen des BVerG 2018 umgangen werden.<sup>45</sup> Es müssen die besonderen Merkmale des ursprünglichen Auftragnehmers bzw dessen Angebots, welche für die Zuschlagserteilung ausschlaggebend waren, erhalten bleiben bzw muss ein gleichwertiger Ersatz geboten werden.<sup>46</sup> Der Gesetzeswortlaut "einschließlich" sowie die Erläuterungen des Gesetzgebers sind uE so auszulegen, dass sämtliche Umstrukturierungsmaßnahmen, also sowohl Gesamt- als auch Teilrechtsnachfolgen, als unwesentlich qualifiziert werden können;<sup>47</sup> so insb die den Auftragnehmer betreffenden Umgründungsvorgänge der Verschmelzung, Umwandlung und Abspaltung. Dies gilt wiederum nur, sofern die besonderen Merkmale, welche für die Zuschlagserteilung wesentlich waren, erhalten bleiben oder ein gleichwertiger Ersatz geboten wird.

Wie oben dargestellt, kann es insb bei Spaltungsvorgängen zu maßgeblichen Veränderungen der Eignung sowie der Leistungsfähigkeit des nunmehrigen Auftragnehmers kommen; dies abhängig davon, welcher Teil des Unternehmens abgespalten wird und ob der vergebene Vertrag bei der übertragenden Gesellschaft verbleibt oder auf die übernehmende Gesellschaft übergeht. Jene Teile des Unternehmens, die für die Auftrags Erfüllung maßgeblich sind, müssen im Zuge der Abspaltung erhalten bleiben. Ist dies nicht der Fall oder erfüllt der "neue" Auftragnehmer die Eignungs- bzw Leistungsanforderung nicht, so ist der Vertrag erneut auszuschreiben.<sup>48</sup>

Die Vereinbarung einer spezifischen Vertragsänderungsklausel für auftragnehmerseitige Umstrukturierungsprozesse stellt eine in der Praxis sinnvolle Gestaltungsmöglichkeit dar, um den Auftragnehmerwechsel als bloß unwesentliche Vertragsänderung zu normieren bzw die zu erhaltenden besonderen Merkmale festzulegen.<sup>49</sup>

Seite 6

## 5. Bewerber- und Bietergemeinschaft

Sofern absehbar ist, dass es im späteren Verlauf des Vergabeverfahrens zu einem Umgründungsvorgang kommen wird, ist es sinnvoll, frühzeitig eine Bietergemeinschaft bzw BIEGE einzugehen, soweit diesbezüglich keine wettbewerbsrechtlichen Bedenken bestehen; Letztere können sich etwa ergeben, wenn Unternehmer mit starker Marktstellung eine BIEGE bilden, obwohl diese eigenständige konkurrierende Angebote abgeben könnten.<sup>50</sup> Das Eingehen einer BIEGE ist insb sinnvoll, wenn von dem geplanten Umgründungsvorgang gleichzeitig mehrere Bewerber/Bieter im Vergabeverfahren betroffen sein werden; so etwa, wenn zwei Bieter verschmelzen. Bei einer solchen Verschmelzung kommt es jedenfalls nicht zu einer Änderung der Eignung bzw Leistungsfähigkeit des Bieters. Die Vermögensübertragungen erfolgen in diesem Fall ausschließlich zwischen den Mitgliedern der BIEGE. Dasselbe gilt auch für Abspaltungen, welche ausschließlich die Mitglieder einer BIEGE betreffen. Eine weitere Möglichkeit, um potenzielle negative Folgen einer zukünftigen Umgründung abzuschwächen, ist der Einsatz von Subunternehmern. Hierbei gelten dieselben Überlegungen wie zur BIEGE.

## 6. Fazit

Umgründungsvorgänge sind in der ersten Phase des Vergabefahrens regelmäßig unbedenklich aufgrund der Abänderungsmöglichkeit bezüglich der Teilnahmeanträge und weil Eignungs- und Vorauswahlfaktoren noch nicht schlagend werden.

Seite 171

In der zweiten Phase sind die vergaberechtlichen Grundsätze verstärkt zu beachten, insb Bietergleichbehandlung, Wettbewerb, Angebotsbindung sowie die Vergabe an geeignete Unternehmer. Es ist nach Umgründungsart zu differenzieren: Bei Bieterverschmelzungen sind die Auftraggeberanforderungen weiterhin zu erfüllen; die Leistungsfähigkeit und der Wettbewerb dürfen nicht beeinträchtigt werden. Dies gilt ebenso für Umwandlungen iSd UmwG; bloß formwechselnde Umwandlungen sind mangels Vermögensübertragung idR unbedenklich. Bei Abspaltungen sind aus Wettbewerbs- und Gleichbehandlungssicht insb eine drohende Verringerung der Leistungsfähigkeit oder ein Eignungsverlust maßgebend. Bei Einzelrechtsnachfolgen, wie Zusammenschlüssen, Realteilungen und manchen Einbringungsfällen, sind diese Regeln je nach Transaktionsstruktur ebenfalls beachtlich. Die gilt selbst nach Zuschlagserteilung; Umgründungsvorgänge bilden unwesentliche Vertragsänderungen, gleichwohl müssen die wesentlichen Zuschlagserteilungsmerkmale erhalten bzw ein gleichwertiger Ersatz geboten werden. Gestaltungsmöglichkeiten, wie die rechtzeitige Bildung einer BIEGE und Subunternehmereinsatz, können bieterseitig negative Auswirkungen bei Umgründungen verhindern.

---

<sup>1</sup> Vereinfachend sind dies Änderungen der Rechtsform, bei denen Vermögen (Betriebsanteile) auf einen neuen Rechtsträger im Wege der Gesamt- oder Einzelrechtsnachfolge übertragen wird (werden); zum Umfang des Umgründungsbegriffs siehe nur § 11 Abs 4 GewO 1994 und Art I ff UmgrStG.

<sup>2</sup> Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018) BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91.

<sup>3</sup> Siehe § 20 Abs 1 BVergG 2018.

<sup>4</sup> Vgl weiters [EuGH 26. 9. 2019, C-63/18](#), *Vitali SpA*; 27. 11. 2019, [C-402/18](#), *Tedeschi Srl*; 30. 1. 2020, [C-395/18](#), *Tim SpA*.

<sup>5</sup> [EuGH 2. 5. 2019, C-309/18](#), *Lavorgna*; 11. 7. 2019, [C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*; 12. 11. 2009, [C-199/07](#), *Kommission/Griechenland*.

<sup>6</sup> [EuGH 11. 7. 2019, C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*.

<sup>7</sup> [EuGH 11. 7. 2019, C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*; 24. 5. 2012, [C-396/14](#), *MT Højgaard und Züblin*.

<sup>8</sup> VwGH 27. 1. 2010, 2006/04/0163-6.

<sup>9</sup> § 79 Abs 1 Z 2, 4 BVergG 2018.

<sup>10</sup> VwGH 25. 1. 2011, 2006/04/0200; 17. 6. 2014, 2013/04/0033; 30. 4. 2019, Ra 2018/04/0196.

<sup>11</sup> [Richtlinie 2014/24/EU](#) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der [Richtlinie 2004/18/EG](#), ABI L 94/65.

<sup>12</sup> Dies ergibt sich zudem aus den Gesetzesmaterialien und der Judikatur; [ErläutRV 89 BlgNR 26. GP](#) 139, 148; VwGH 27. 2. 2019, Ra 2016/04/0131.

<sup>13</sup> [EuGH 24. 5. 2012, C-396/14](#), *MT Højgaard und Züblin*.

<sup>14</sup> [EuGH 11. 7. 2019, C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*.

<sup>15</sup> § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018.

<sup>16</sup> § 141 Abs 1 Z 2, 9 BVergG 2018.

<sup>17</sup> § 342 Abs 1, § 353 Abs 1 BVergG 2018.

<sup>18</sup> § 141 Abs 1 Z 2, 9 BVergG 2018.

<sup>19</sup> [EuGH 15. 9. 2022, C-416/21](#), *J. Sch. Omnibusunternehmen and K. Reisen*.

<sup>20</sup> § 78 Abs 1 Z 4 BVergG 2018.

<sup>21</sup> Diese beträgt mindestens 25 bzw zehn Tage, abhängig davon, ob es sich um eine Ausschreibung im Ober- oder Unterschwellenbereich handelt (siehe § 71 Abs 2 bzw § 76 Abs 2 BVergG 2018).

<sup>22</sup> § 342 Abs 1, § 353 Abs 1 BVergG 2018.

<sup>23</sup> Vgl § 219 AktG; geregelt in §§ 219-234b AktG bzw §§ 96-101 GmbHG.

<sup>24</sup> § 219 Z 1 AktG.

<sup>25</sup> § 219 Z 2 AktG.

<sup>26</sup> [EuGH 11. 7. 2019, C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*; 24. 5. 2016, [C-396/14](#), *MT Højgaard und Züblin*.

<sup>27</sup> [EuGH 24. 5. 2012, C-396/14](#), *MT Højgaard und Züblin*.

<sup>28</sup> [EuGH 11. 7. 2019, C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*.

<sup>29</sup> Verordnung (EG) Nr 139/2004 des Rates vom 20. Januar 2004 über die Kontrolle von Unternehmenszusammenschlüssen ("EG-Fusionskontrollverordnung"), ABI L 24/1.

<sup>30</sup> [EuGH 11. 7. 2019, C-697/17](#), *Telecom Italia SpA*.

<sup>31</sup> VwGH 27. 2. 2019, Ra 2016/04/0103.

<sup>32</sup> Bundesgesetz über die Umwandlung von Handelsgesellschaften (UmwG) BGBl 1996/304 idF BGBl I 2023/78.

<sup>33</sup> Bundesgesetz über Aktiengesellschaften (Aktiengesetz - AktG) BGBl 1965/98 idF BGBl I 2023/178.

<sup>34</sup> § 2 UmwG.

<sup>35</sup> § 5 UmwG.

<sup>36</sup> §§ 239 ff, §§ 245 ff AktG.

<sup>37</sup> VKS Wien 26. 6. 2006, VKS-1672/06.

<sup>38</sup> Bundesgesetz über die Spaltung von Kapitalgesellschaften (SpaltG) BGBl 1996/304 idF BGBl I 2022/186.

<sup>39</sup> § 1 Abs 2, 3 SpaltG.

<sup>40</sup> § 1 Abs 2 SpaltG.

<sup>41</sup> Im konkreten Fall handelte es sich bei dem maßgeblichen Unternehmensteil um den Teilbetrieb "Technische Dienstleistungen"; vgl BVwG 16. 2. 2019, W187 2237702-2/26E.

<sup>42</sup> BVA 6. 7. 2011, N/0038-BVA/12/2011-42.

<sup>43</sup> § 365 Abs 1 BVergG 2018.

<sup>44</sup> § 365 Abs 2 Z 4 BVergG 2018.

<sup>45</sup> § 365 Abs 3 Z 3 lit b BVergG 2018.

<sup>46</sup> [ErläutRV 69 BlgNR 26. GP](#) 220 f; [EuGH 13. 4. 2010, C-91/08](#), *Wall AG*.

<sup>47</sup> § 365 Abs 3 Z 3 lit b BVergG 2018; [ErläutRV 69 BlgNR 26. GP](#) 220 f.

<sup>48</sup> § 365 Abs 3 Z 3 lit b BVergG 2018; [ErläutRV 69 BlgNR 26. GP](#) 220 f; [EuGH 13. 4. 2010, C-91/08](#), *Wall AG*.

<sup>49</sup> § 365 Abs 3 Z 3 lit a BVergG 2018.

<sup>50</sup> BVA 30. 11. 2010, N/0037-BVA/13/2010-108.



NutzerIn NutzerIn 4.4.2024