

Zeitschrift für

VERGABERECHT UND BAUVERTRAGS- RECHT

Herausgeber **Josef Aicher, Michael Holoubek, Johannes Schramm, Bernt Elsner,
Michael Fruhmann, Rudolf Lessiak, Andreas Kropik**
Redaktion und Schriftleitung **Johannes Schramm, Josef Aicher**

Februar 2021

02

49 – 96

Vergaberecht

Die allgemeine Vorschrift der PSO-Verordnung – Teil 2

Philipp J. Marboe ➔ 53

**WEBEKU-Auszug als Nachweis über die Entrichtung
der Sozialversicherungsbeiträge**

*Karlheinz Moick, Klaus Graf,
Bernd Hofbauer, Felicitas Zacherl, Felix Breitwieser und
Florian Kromer* ➔ 59

**Hat die „Bestellung eines Trafikanten“ nach dem BVergGKonz 2018
zu erfolgen?** *Christian Gruber und Christoph Juricek* ➔ 65

Bauvertragsrecht

**Haftung trotz konsensgemäßen
Bauzustands** *Albert Oppel* ➔ 80

Öffentliches Baurecht

Wiener Bauordnungsnovelle 2020 – ein Überblick

Philipp Pallitsch und Melisa Canli ➔ 92

Gesetz oder eine Verordnung. Ebenso kann ein Vertrag in Verbindung mit einer angemessenen Publikation die Grundlage einer allgemeinen Vorschrift sein.

- Allgemeine Vorschriften profitierten von der direkten beihilfenrechtlichen Rechtfertigung durch die PSO-VO. Dies gilt unter der Voraussetzung, dass es zu keiner Überkompensation kommt.
- Ausgleichsleistungen dürfen bei allgemeinen Vorschriften nur für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen gewährt werden, die sich auf Höchsttarife beziehen. Andere Auflagen sind grundsätzlich nicht ausgleichsfähig. Eine allgemeine Vorschrift kann jedoch weitere Bedingungen enthalten, wie etwa die Unterwerfung unter einen Verbundtarif.

→ Möchte die zuständige Behörde andere als tarifäre Inhalte regeln, steht ihr für bestimmte Bereiche die allgemeine Vorschrift iSd Art 3 Abs 3 PSO-VO zur Verfügung. Hier bedarf es indes einer beihilferechtlichen Notifizierung.

- Die allgemeine Vorschrift kann auch neben einem öff Dienstleistungsauftrag erlassen werden. Diese Kombinationsmöglichkeit erhöht ihre Attraktivität für den österreichischen Markt.
- Hierbei gilt es zu bedenken, dass sich die Beurteilung der Gemeinwirtschaftlichkeit bei der allgemeinen Vorschrift auf die Bindung an den Höchsttarif bezieht und Ausgleichsleistungen, die ein Unternehmer aus einem öff Dienstleistungsauftrag erhält, zu berücksichtigen sind.

→ In Kürze

Das Interventionsinstrument der allgemeinen Vorschrift ist vergleichsweise neu und steht in Österreich klar im Schatten des öff Dienstleistungsauftrags. Dies ist primär der spezifischen Marktstruktur geschuldet. Nichtsdestotrotz kann die allgemeine Vorschrift – als relativ einfache, allgemeingültige und minimalinvasive Alternative – den zuständigen Behörden zusätzliche Möglichkeiten eröffnen, insb auch parallel zu öff Dienstleistungsaufträgen.

→ Zum Thema

Über den Autor:

Dr. Philipp J. Marboe ist Rechtsanwalt in der Kanzlei WOLF THEISS Rechtsanwälte in Wien.
 Kontaktadresse: WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien.
 Tel: +43 (0)1 515 10, Fax: +43 (0)1 515 10 25
 E-Mail: philipp.marboe@wolftheiss.com
 Internet: www.wolftheiss.com



WEBEKU-Auszug als Nachweis über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge

Im Zuge der Eignungsprüfung haben öffentliche Auftraggeber unter anderem zu überprüfen, ob die Bieter ihrer Verpflichtung zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge nachkommen. Das Bundesverwaltungsgericht hat in einem Anlassfall den von einer Bieterin vorgelegten WEBEKU-Auszug nicht als ausreichenden Nachweis erachtet. Dieser Beitrag beleuchtet die gesetzlichen Anforderungen an einen solchen Nachweis und regt eine neuerliche Befassung mit dieser Frage durch die Verwaltungsgerichte an.

Von Karlheinz Moick, Klaus Graf, Bernd Hofbauer, Felicitas Zacherl, Felix Breitwieser und Florian Kromer

ZVB 2021/13

§§ 78, 82
 BVergG 2018

Zuverlässigkeit;
 Sozialversicherungsbeiträge;
 WEBEKU;
 Kontobestätigung

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Zum Anlassfall: BVwG 27. 1. 2020, W273 2226338-2
- C. Offene Fragen
- D. Gesetzliche Grundlagen
 - 1. RL 2014/24/EU
 - 2. BVergG 2018
- E. Auslegung des § 82 Abs 2 Z 4
- F. WEBEKU-Kontoinformation und Kontoauszug des SV-Trägers
- G. Anregung

A. Einleitung

In der Vergabepaxis legen Bieterinnen regelmäßig WEBEKU-Auszüge, im Einzelfall auch Kontoauszüge der zuständigen Sozialversicherung, zum Nachweis über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge vor. Genauso regelmäßig werden diese von den öff AG auch anerkannt. In seiner Entscheidung vom Jänner 2020 hat das BVwG festgestellt, dass eine derartige Kontoinformation weder eine „letztgültige Kontobestätigung“ noch eine „Unbedenklichkeitsbescheinigung“ des Sozialversicherungsträgers darstellt.¹⁾ Der VwGH

1) BVwG 27. 1. 2020, W273 2226338-2.

hat im Mai 2020 die gegen dieses Erkenntnis erhobene außerordentliche Revision mangels Vorliegens einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung zurückgewiesen.²⁾

Bei näherer Betrachtung ließ die Entscheidung des BVwG allerdings einige Fragen unbeantwortet bzw. unberücksichtigt, die in diesem Beitrag beleuchtet werden. Aus Sicht der Autoren wäre eine neuerliche, tiefere Auseinandersetzung der Gerichte mit diesen Fragen wünschenswert.

B. Zum Anlassfall: BVwG 27. 1. 2020, W273 2226338-2

Gegenstand des Erkenntnisses war eine Ausscheidensentscheidung in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung von Reinigungsdienstleistungen. Die AG begründete die Ausscheidensentscheidung mit dem mangelnden Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit durch die ASt. Diese hatte mit ihrem Angebot einen Auszug aus ihrem Beitragskonto („WEBEKU-Kontoinformation“) sowie über Nachforderung der AG einen Kontoauszug der Wiener Gebietskrankenkasse vorgelegt; bei beidem handelte es sich nach Ansicht der AG nicht um eine Kontobestätigung bzw.³⁾ Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers iSd § 82 Abs 2 Z 4 BVergG 2018.⁴⁾

Das BVwG folgte dieser Ansicht und wies den Nachprüfungsantrag gegen die Ausscheidensentscheidung ab. In seiner Begründung führte es aus, es sei Zweck der Kontobestätigung und der Unbedenklichkeitsbescheinigung, dem AG ohne weiteren Ermittlungsaufwand die Prüfung der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge durch den Bieter zu ermöglichen. Dies erfordere, dass das vom Bieter vorgelegte Dokument **vom Sozialversicherungsträger stamme** und eine **Erklärung des Sozialversicherungsträgers** in Bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen zu Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge enthalte. Auch im Zusammenhang mit dem Nachweis der Entrichtung von Steuern und Abgaben verlange das Gesetz eine Wissenserklärung der Steuerbehörde in Form einer Rückstandsbescheinigung gem § 229 a BAO. Unter Bezugnahme auf die Materialien zur Rückstandsbescheinigung folgerte das BVwG, dass für den Nachweis der Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen dieselben Anforderungen gelten müssten.

Auf Basis einer Unbedenklichkeitsbescheinigung oder einer letztgültigen Kontobestätigung des Sozialversicherungsträgers sei der AG ohne weitere Nachforschungen in der Lage, das Vorliegen des Ausschlussgrundes des § 78 Abs 1 Z 6 BVergG 2018 zu prüfen. Die mit dem Angebot vorgelegte WEBEKU-Kontoinformation habe jedoch in Bezug auf die Beitragszahlungen sowie die Frage der Einhaltung der Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge keine Informationen enthalten. Der Kontoauszug der Wiener Gebietskrankenkasse stamme zwar zweifellos vom Sozialversicherungsträger, sei jedoch schon begrifflich **keine Kontobestätigung** des Sozialversicherungsträgers; er enthalte keine Erklärung des Sozialversicherungsträgers, sondern stelle lediglich eine In-

formation über die Bewegungen auf dem Beitragskonto dar. Diese bilde nur einen (vom Bieter gewählten) stichtags- oder beitragsbezogenen Zeitraum in dem Kontoauszug ab, hätte aber keine Aussagekraft darüber, ob der Bieter seinen Pflichten zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge nach dem Wissen des Sozialversicherungsträgers nachkomme. Der Bieter würde es damit in der Hand haben, Zeiträume, in denen ausscheidensrelevante Rückstände bestehen, im Vergabeverfahren vorzuenthalten. Der AG hingegen könne ohne weiteren Ermittlungsaufwand nicht bestimmen, ob der Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 6 BVergG 2018 erfüllt ist.

Die ASt habe somit keine „letztgültige Kontobestätigung“ iSd § 82 Abs 2 Z 4 vorgelegt, weshalb ihr Angebot zu Recht ausgeschieden worden sei.

Im Rahmen der gegen diese Entscheidung von der ASt erhobenen außerordentlichen Revision ging der Verwaltungsgerichtshof davon aus, dass es sich um eine einzelfallbezogene Auslegung von Ausschreibungsunterlagen handle, die nicht revisibel sei. Die Begründung des BVwG fuße nicht auf einer unvertretbaren Auslegung, weshalb die Revision zurückgewiesen wurde.

C. Offene Fragen

Mangels entsprechenden Vorbringens der ASt ging das BVwG in seiner Begründung nicht näher auf die Qualität der WEBEKU-Kontoinformation als Nachweis zur Darlegung der beruflichen Zuverlässigkeit ein. Das Erkenntnis enthält keine Information zum Inhalt der im Anlassfall vorgelegten Kontoinformation. Das BVwG führt lediglich aus, dass sie im konkreten Fall bzgl der Beitragszahlungen und der Einhaltung der Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge keine Informationen enthalten habe (was in aller Regel aber durchaus der Fall ist) – jedoch sei ohnehin nicht behauptet worden, dass es sich dabei um einen tauglichen Nachweis handle. Die Entscheidung lässt also offen, warum die Kontoinformation im Anlassfall nicht als ausreichender Nachweis erachtet wurde bzw. unter welchen Voraussetzungen sie einen solchen Nachweis dargestellt hätte.

Das BVwG begründet auch seine Rechtsansicht, dass für den Nachweis der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge dieselben Anforderungen gelten wie für den Nachweis der Entrichtung von Steuern und Abgaben, lediglich mit der Bemerkung, dass „*keine Gründe ersichtlich*“ seien, warum das nicht der Fall sein sollte. Tatsächlich sprechen aber einige Aspekte vor allem gegen die Annahme, es bedürfe einer „*Erklärung des Sozialversicherungsträgers*“; möglicherweise hat sich das BVwG mit diesen mangels Vorbringens der ASt nicht auseinandergesetzt. Eine abschließende Beurteilung macht aber uE die Berücksichtigung dieser Aspekte erforderlich.

2) VwGH 4. 5. 2020, Ra 2020/04/0037.

3) Die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen wichen vom Wortlaut des § 82 Abs 2 Z 4 (nur) insofern ab, als anstelle von „Kontobestätigung bzw. Unbedenklichkeitsbescheinigung“ „Kontobestätigung oder Unbedenklichkeitsbescheinigung“ festgelegt war.

4) Sofern nicht anders bezeichnet, beziehen sich Paragraphenverweise auf das BVergG 2018.

Aus praktischer Sicht birgt das zitierte Erkenntnis jedenfalls reichlich Zündstoff, da die Vorlage und Akzeptanz von WEBEKU-Kontoinformationen, aber auch von Kontoauszügen des Sozialversicherungsträgers, weit verbreitet ist. Eine strenge Auslegung des zitierten Erkenntnisses würde in Zukunft zu einer Welle von Ausscheidensentscheidungen führen, die lediglich auf einer formalen Grundlage beruhen. Dies kann weder iS des Gesetzgebers sein, dessen Intention allein die faktische Sicherstellung der Entrichtung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen ist und nicht das regelmäßige Ausscheiden von seriösen Bietern aus formalen Gründen. Noch nimmt diese Interpretation Bedacht auf den in § 20 verankerten Grundsatz der Wirtschaftlichkeit. IS dieses zentralen Grundsatzes erscheint es nicht erforderlich, durch Statuierung formaler Hürden Auftraggeber zum Ausscheiden von mitunter (technisch und wirtschaftlich bzw preislich) günstigen Angeboten zu zwingen und dadurch die Last für den Steuerzahler zu erhöhen.

Die Autoren nehmen diese Gedanken zum Anlass, die Anforderungen an den Nachweis der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge näher zu untersuchen.

D. Gesetzliche Grundlagen

1. RL 2014/24/EU

Die Verpflichtung öff AG zur Prüfung der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge entstammt der Vergaberichtlinie 2014/24/EU. Diese normiert in Art 57 Abs 2, dass ein Wirtschaftsteilnehmer zu jedem Zeitpunkt vom Vergabeverfahren (zwingend) auszuschließen ist, wenn dem öff AG bekannt ist, dass der Wirtschaftsteilnehmer seinen Verpflichtungen zur Entrichtung seiner Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen ist und dies durch eine endgültige und verbindliche Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde. Der öff AG kann einen Wirtschaftsteilnehmer zudem (fakultativ) ausschließen, wenn er selbst nachweist, dass dieser der Verpflichtung zur Entrichtung seiner Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht nachgekommen ist. Ein Ausschluss ist aber nicht mehr möglich, wenn der Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass er die Zahlung vorgenommen hat oder eine verbindliche Rückzahlungsvereinbarung (einschließlich etwaiger Zinsen und Steuern) eingegangen ist.

Den Mitgliedstaaten steht es gem Art 57 Abs 3 der RL 2014/24/EU zweiter Unterabsatz frei, vom zwingenden Ausschluss bei offensichtlicher Unverhältnismäßigkeit abzusehen. Dies gilt insbesondere, wenn nur geringfügige Beträge an Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge nicht gezahlt wurden.

Die geeigneten Nachweise für das Nichtvorliegen dieses Ausschlussgrundes ergeben sich aus Art 60 RL 2014/24/EU. Gem Abs 2 leg cit hat der öff AG als Nachweis der Entrichtung der Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge eine **von der zuständigen Behörde des betreffenden Mitgliedstaats bzw Landes ausgestellte Bescheinigung** oder – in Ermangelung einer solchen – eine eidesstattliche Erklärung⁵⁾ zu akzeptieren. An die Beschaffenheit dieser „Bescheinigung“

werden keine besonderen Anforderungen geknüpft. Weitere Nachweise dürfen öff AG in diesem Zusammenhang nicht verlangen (Art 60 Abs 1).

2. BVergG 2018

Der österreichische Gesetzgeber hat diese Anforderungen zum einen in § 78 Abs 1 Z 6 umgesetzt. Nach dieser Bestimmung hat der öff AG einen Unternehmer vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn dieser seine Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem er seinen Sitz hat, nicht erfüllt hat und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde, oder durch den öff AG auf andere geeignete Weise nachgewiesen wurde.

Als Nachweis für das Nichtvorliegen dieses Ausschlussgrundes sieht zum anderen § 82 Abs 2 Z 4 „die *letztgültige Kontobestätigung bzw Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers und die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229 a der Bundesabgabenordnung [...] oder gleichwertige Dokumente der zuständigen Behörden des Sitzstaates des Unternehmers*“ vor. Im Hinblick auf den Nachweis für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge enthält das Gesetz keine weiteren Festlegungen. Es enthält auch keinen Verweis auf andere Rechtsmaterien; dies im Gegensatz zum Nachweis der Entrichtung von Steuern und Abgaben, bezüglich der in der genannten Bestimmung ausdrücklich auf § 229 a der BAO verwiesen wird.

Relevant ist in diesem Zusammenhang auch § 78 Abs 4 gem dem der öff AG von einem Ausschluss gem Abs 1 Z 6 leg cit Abstand zu nehmen hat, wenn

- er festgestellt hat, dass der Unternehmer seinen Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben dadurch nachgekommen ist, dass er die Zahlung vorgenommen oder eine verbindliche Vereinbarung im Hinblick auf die Entrichtung der fälligen Sozialversicherungsbeiträge, Steuern oder Abgaben – gegebenenfalls einschließlich etwaiger Zinsen oder Strafzahlungen – eingegangen ist,
- nur ein geringfügiger Rückstand hinsichtlich der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben besteht oder
- der Ausschluss aus anderen Gründen offensichtlich unverhältnismäßig wäre.

E. Auslegung des § 82 Abs 2 Z 4

Vorzustellen ist, dass es öff AG gem § 82 Abs 1 grundsätzlich freisteht, die Nachweise (im Einklang mit § 82 Abs 2) in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen. Es steht ihnen also jedenfalls frei, durch eine

5) In Mitgliedstaaten oder Ländern ohne Regelungen zu eidesstattlichen Erklärungen kann diese durch eine förmliche Erklärung ersetzt werden, die der Betreffende vor einer zuständigen Justiz- oder Verwaltungsbehörde oder vor einem Notar oder einer entsprechend bevollmächtigten Berufs- oder Handelsorganisation des Mitgliedstaats oder Herkunftslands oder des Mitgliedstaats oder Landes, in dem der Wirtschaftsteilnehmer niedergelassen ist, abgegeben hat.

entsprechende Festlegung Klarheit über die Akzeptanz von WEBEKU-Auszügen bzw Kontoauszügen des zuständigen Sozialversicherungsträgers zu schaffen. In der Praxis orientieren sich öff AG aber schon aus Gründen der Rechtssicherheit zumeist am Gesetzeswortlaut. De facto beschränkt sich der ganz überwiegende Teil aller Ausschreibungsunterlagen in diesem Punkt auf den Gesetzeswortlaut und enthält keine präzisierenden Festlegungen. Der Auslegung des § 82 Abs 2 Z 4 kommt damit wesentliche, weit über den Einzelfall hinausgehende Bedeutung zu.

Wie oben ausgeführt, enthält das Gesetz im Hinblick auf den Nachweis für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge keine weiteren inhaltlichen Anforderungen. Auch die Materialien enthalten lediglich Ausführungen zum Nachweis der Entrichtung der Steuern und Abgaben, nicht aber zum Nachweis der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge.⁶⁾

Das BVwG führt aus, es seien keine Gründe ersichtlich, warum für den Nachweis der Entrichtung von Sozialversicherungsabgaben geringere Anforderungen gelten sollen als für den Nachweis der Entrichtung von Steuern und Abgaben. Es folgert daraus, es bedürfe auch hierfür einer „Erklärung des Sozialversicherungsträgers“, die sich auf die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers bezieht. Dabei bleiben jedoch verschiedene Argumente unberücksichtigt, die gerade dagegen sprechen, dass für den Nachweis über die Entrichtung der Steuern und Abgaben und den Nachweis über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge dieselben Anforderungen gelten.

Dies ergibt sich schon für den Gesetzeswortlaut, der Ausgangspunkt jeder Interpretation ist. Bzgl des Nachweises der Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen wird nämlich im Gegensatz zum Nachweis der Entrichtung von Steuern und Abgaben nicht ausdrücklich auf andere gesetzliche Bestimmungen verwiesen, sondern „die letztgültige Kontobestätigung bzw Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Sozialversicherungsträgers“ verlangt. Das BVergG knüpft daher gerade keine formalen Anforderungen an diesen Nachweis. Im direkten Gegensatz zum Rückstandsausweis gem § 229 BAO, der zugleich Exekutionstitel ist, ist auch weder der Inhalt der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Sozialversicherungsträgers noch die „Kontobestätigung“ gesetzlich geregelt. Hätte, wie das BVwG annimmt, der Gesetzgeber an diese beiden Nachweise dieselben Anforderungen stellen wollen, so wäre anzunehmen gewesen, dass er dies im Gesetz deutlich zum Ausdruck bringt, zB durch den Begriff „Erklärung des Sozialversicherungsträgers“. Das hat er jedoch gerade nicht getan.

Welche Anforderungen gelten nun aber für den Nachweis der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge?

Grundsätzlich zuzustimmen ist dem BVwG, wenn es ausführt, dass die „*letztgültige Kontobestätigung bzw Unbedenklichkeitsbescheinigung*“ vom **Sozialversicherungsträger stammen** muss.

Aus dem Gesetzeswortlaut ist uE aber nicht ableitbar, dass es sich um eine „*Erklärung des Sozialversicherungsträgers in Bezug auf die Erfüllung der Verpflichtungen des Unternehmers zu Entrichtung der Sozialversicherungs-*

beiträge“ handeln muss. Dies ist aus dem Gesetzeswortlaut („*Kontobestätigung bzw Unbedenklichkeitsbestätigung*“) und auch aus dem Wortlaut der Richtlinie („*Bescheinigung*“) nicht ableitbar.

Aus der Historie des BVergG ergibt sich gerade das Gegenteil: Das BVergG 2006 sah als Nachweis für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge nämlich noch ausdrücklich die „*Vorlage des letztgültigen Kontoauszuges der zuständigen Sozialversicherungsanstalt*“ vor.⁷⁾ Zwar wurde mit dem BVergG die Formulierung dahingehend geändert, dass nunmehr von einer „**Kontobestätigung**“ und nicht mehr von einem „Kontoauszug“ gesprochen wird. Allerdings finden sich in den Gesetzesmaterialien keinerlei Hinweise, dass der Gesetzgeber durch diese Änderung der Terminologie eine materielle Änderung der Rechtslage herbeiführen wollte. Daher ist davon auszugehen, dass das BVergG 2018 trotz der geänderten Terminologie keine höheren Anforderungen an den Nachweis der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge stellt als das BVergG 2006. Auch der neue Wortlaut („Kontobestätigung“) kann durchaus als eines „Kontoauszuges“ bzw einer „Kontoinformation“ verstanden werden und ist uE auch in diesem Sinne zu verstehen (und nicht als einer „Erklärung“ des Sozialversicherungsträgers).

Es sind darüber hinaus auch keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass § 82 Abs 2 Z 4 – wie vom BVwG angenommen – auf die Frage abzielt, ob der Unternehmer seinen Pflichten zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge nach dem Wissen des Sozialversicherungsträgers (also generell) nachkommt. Ein solcher Informationsgehalt ist nicht einmal in der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts gem § 229 BAO enthalten, die das BVwG zur Begründung seiner Rechtsansicht heranzieht.⁸⁾ Vielmehr führt eine richtlinienkonforme Interpretation ebenso wie eine systematische Interpretation zu dem Ergebnis, dass der Nachweis (wie auch die §-229-BAO-Bescheinigung) lediglich einer stichtagsbezogenen Überprüfung dahingehend dient, ob der Bieter bei der Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen Rückstände aufweist: Gem Art 57 Abs 2 RL 2014/24/EU und § 78 Abs 4 Z 1 BVergG 2018 ist ein Ausschluss des Bieters nämlich nicht mehr zulässig, wenn der Rückstand durch Zahlung behoben wurde oder eine verbindliche Rückzahlungsvereinbarung eingegangen wurde. Ob der Sozialversicherungsträger der Ansicht ist, dass der Bieter seiner Verpflichtung zur Entrichtung der Beiträge im Allgemeinen nachkommt, ist dafür nicht von Belang. Selbst Bieter, die ihrer Zahlungspflicht in der Vergangenheit nicht immer rechtzeitig nachgekommen sind, können daher gar nicht ausgeschlossen werden, wenn sie den Rückstand begleichen.

Es ist zwar grundsätzlich nachvollziehbar, dass – wie das BVwG ausführt – Bieter es nicht in der Hand haben sollten, Zeiträume, in denen ausscheidensrelevante Rückstände bestehen, im Vergabeverfahren vor-

6) ErläutRV 69 BlgNR 26. GP 108.

7) § 72 Abs 2 Z 2 BVergG 2006.

8) Die Unbedenklichkeitsbescheinigung gem § 229 BAO beschränkt sich idR auf die Erklärung bzw Bescheinigung, „*dass gegen die oben angeführte Person/Firma gegenwärtig keine fälligen Abgabenerfordernisse bestehen*“.

zuenthalten. Das steht einer Nachweisführung durch eine Kontoinformation jedoch keineswegs entgegen: Schließlich kann der Auftraggeber durch Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen oder auch im Rahmen einer Aufklärung einen „lückenlosen“ Kontoauszug über einen gewissen Zeitraum verlangen und sich dadurch ein **umfängliches Bild** verschaffen.

Die Interpretation des BVwG berücksichtigt auch nicht, dass das Gesetz selbst eine gewisse Unschärfe im Hinblick auf die Nachweise der beruflichen Zuverlässigkeit in Kauf nimmt: So bestimmen zB § 81 Abs 2 und § 82 Abs 3 hinsichtlich der Auskünfte des Kompetenzzentrum LSDB, dass die Nachweise (soweit nichts anderes festgelegt wird) nicht älter als sechs Monate sein dürfen. Im Anlassfall wurde in der Ausschreibung festgelegt, dass die Nachweise nicht älter als drei Monate sein durften. Theoretisch hätte es der Bieter also auch auf diesem Weg in der Hand gehabt, durch Vorlage einer zB zwei Monate alten Unbedenklichkeitsbescheinigung einen erst später eingetretenen Rückstand vorzuenthalten. Führt man die Argumentation des BVwG konsequent fort, müssten alle Nachweise stets tagesaktuell eingefordert werden. Dieses Ergebnis ginge weit über die Anforderungen des BVergG zur Aktualität von Nachweisen hinaus.

Auch die Fachbereichsleitung **Versicherungsservice der Österreichische Gesundheitskasse** geht nicht davon aus, dass § 82 Abs 2 Z 4 eine „Erklärung“ über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge im Allgemeinen erfordert. Die ÖGK stellt (im Einklang mit den obenstehenden Ausführungen) Unbedenklichkeitsbescheinigungen zum Zweck der Vorlage in Vergabeverfahren aus, „wenn kein Beitragsrückstand vorhanden ist bzw eine Ratenvereinbarung besteht und diese seitens des Dienstgebers eingehalten wird.“⁹⁾ Sie prüft daher nicht, ob in der Vergangenheit Rückstände aufgetreten sind, sondern einzig, ob stichtagsbezogen ein Rückstand vorliegt.

Im Ergebnis sind somit keine Gründe ersichtlich, warum der Nachweis der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge durch eine „Erklärung“ des Sozialversicherungsträgers erfolgen müsse. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Gesetz lediglich eine **stichtagsbezogene Auskunft** über das Vorliegen von Beitragsrückständen verlangt, die vom Sozialversicherungsträger stammt.

F. WEBEKU-Kontoinformation und Kontoauszug des SV-Trägers

Im Lichte der obenstehenden Überlegungen ist nun zu prüfen, ob die WEBEKU-Kontoinformation bzw ein Kontoauszug des zuständigen Sozialversicherungsträgers geeignete Nachweise für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge iSd § 82 Abs 2 Z 4 sind. Besonderes Augenmerk wird auf die WEBEKU-Kontoinformation gelegt, da diese in der Praxis am weitesten verbreitet ist.

Beide Nachweise **stammen vom Sozialversicherungsträger**. Hinsichtlich des Kontoauszugs des Sozialversicherungsträgers wurde dies auch vom BVwG in der zitierten Entscheidung festgestellt. Dasselbe gilt für die WEBEKU-Kontoinformation. Auch wenn diese

nicht amtssigniert ist (was gesetzlich auch keineswegs erforderlich ist) und auch wenn die Einholung der Informationen durch den Bieter selbst erfolgen kann, sind die dahinterstehenden Informationen dem Sozialversicherungsträger zuzurechnen. Hinter dem Service „WEBEKU“ steht nämlich keine eigene Datenbank; vielmehr ermöglicht es Unternehmen lediglich eine aktuelle Sicht auf ihre **Beitragskonten des Sozialversicherungsträgers** (ÖGK und der BVAEB).¹⁰⁾ Die in der WEBEKU-Kontoinformation enthaltenen Daten entstammen daher tagesaktuell und direkt der Datenbank des jeweiligen Sozialversicherungsträgers; dieser ist auch alleine berechtigt, Änderungen darin vorzunehmen. Dem Unternehmer (Bieter), der den Auszug anfertigt, stehen lediglich Leserechte zu.

Außerdem ist der Abruf einer WEBEKU-Kontoinformation nur durch **Registrierung** beim zuständigen Sozialversicherungsträger möglich. Die Registrierung erfolgt durch eindeutige Authentifizierung mittels Handy-Signatur oder Bürgerkarte. Nach der Registrierung kann er sich in das virtuelle Amt des zuständigen Sozialversicherungsträgers einloggen. Der Nutzer ist eindeutig identifizierbar und jede Anfertigung von Auszügen vom Sozialversicherungsträger autorisiert.

Sowohl die WEBEKU-Kontoinformation als auch der Kontoauszug des Sozialversicherungsträgers beinhalten zudem **sämtliche Informationen**, welche zur Beurteilung der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge erforderlich sind, nämlich insb:

- Datum und Uhrzeit des Auszugs zur Sicherstellung der Aktualität;
- den Dienstgeber samt eindeutig zuordenbarer Kennzahlen, wie der Kennziffer des Unternehmensregisters, der FB-Nummer, der UID und der Beitragskontonummer;
- den stichtagsbezogenen Saldo (Guthaben bzw Rückstand);
- den abgefragten Beitragszeitraum;
- sämtliche Buchungen im abgefragten Beitragszeitraum: Durch eine vollständige Abfrage bzw Abbildung des gesamten (vom AG geforderten) Beitragszeitraums werden dem AG sämtliche Buchungen offengelegt; dadurch kann ein bewusstes Vorenthalten von Rückständen durch den Unternehmer ausgeschlossen werden. Der Buchungszeitraum kann flexibel gewählt werden. Das Ausblenden einzelner Buchungen innerhalb des angezeigten Buchungszeitraums ist nicht möglich. Im Detail sind folgende Buchungsinformationen ersichtlich:
 - Beitragszeitraum,
 - Buchungstext,
 - Buchungsdatum,
 - Wertstellungsdatum,
 - Soll, Haben, Saldo und Buchungszustand des gegenständlichen Kontos,
 - gegebenenfalls Informationen über allfällige Mahnungen, Exekutionen, Ratenvereinbarungen und Insolvenzforderungen. →

9) <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.819198> (zuletzt abgerufen am 23. 10. 2020).

10) <https://www.gesundheitskasse.at/cdscontent/?contentid=10007.821302&portal=oegkdportal> (zuletzt abgerufen am 24. 10. 2020).

Im Ergebnis ist also über den gesamten abgebildeten Buchungszeitraum ersichtlich, welcher Beitrag vom zuständigen Sozialversicherungsträger vorgeschrieben, welcher Betrag vom Unternehmen bezahlt wurde und welche Beträge gegebenenfalls noch ausständig waren oder sind. Für den AG ist damit nicht nur (ohne weiteren Ermittlungsaufwand) ersichtlich, ob stichtagsbezogen ein Rückstand vorliegt, sondern sogar, ob das Unternehmen die Verpflichtungen zur Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge während des abgebildeten Buchungszeitraums eingehalten hat.

Damit ist die WEBEKU-Kontoinformation jedenfalls geeignet, die Anforderungen des § 82 Abs 2 Z 4 zu erfüllen, und geht sogar weit über diese hinaus. Durch eine entsprechende Festlegung bzw ein Aufklärungersuchen kann der Auftraggeber sicherstellen, dass die Überprüfung der Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge aus der vorzulegenden Kontoinformation ohne weiteren Ermittlungsaufwand ableitbar ist.

G. Anregung

Wie eingangs erwähnt, wird in einem Großteil der Ausschreibungsunterlagen österreichischer öff AG der Gesetzeswortlaut für die Festlegung der Nachweise über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge herangezogen. Es gibt wenige Bereiche, in denen die Vorgehensweise öff AG dermaßen einheitlich ist. Es wäre daher wünschenswert, dass sich die Verwaltungsgerichte anlassbezogen noch einmal vertieft mit der Eignung der WEBEKU-Kontoinformation als Nachweis für die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge auseinandersetzen.

Aufgrund der weitestgehend einheitlichen Festlegung in Ausschreibungsunterlagen, die in der Regel mit dem Gesetzeswortlaut des § 82 Abs 2 Z 4 BVergG 2018 übereinstimmen, kommt der Beurteilung dieser Frage unserer Ansicht nach auch weit über den Einzelfall hinausgehende grundsätzliche Bedeutung zu. Sie könnte daher vom Verwaltungsgerichtshof bei zukünftigen Gelegenheiten aufgegriffen werden, was wesentlich zur Schaffung von Rechtssicherheit in der Vergabepraxis beitragen würde.

→ In Kürze

In ihrer bisherigen Rsp haben sich die Verwaltungsgerichte mangels konkreten Vorbringens noch nicht detailliert mit der Qualität von WEBEKU-Auszügen als Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit auseinandergesetzt. Eine solche Prüfung führt nach Ansicht der Autoren zu dem Ergebnis, dass die vom Sozialversicherungsträger stammende WEBEKU-Kontoinformation den gesetzlichen Anforderungen an den Nachweis über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge entsprechen kann. Vor diesem Hintergrund regen sie eine vertiefte Behandlung dieser Frage durch die Verwaltungsgerichte an.

→ Zum Thema

Über die Autoren:

Dr. Karlheinz Moick ist Partner der Kanzlei FSM Rechtsanwälte.

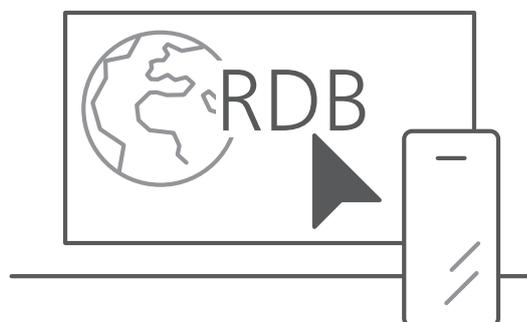
Mag. Klaus Graf ist Vergabebjurist in der Österreichischen Gesundheitskasse, Bereich Wirtschaft und Infrastruktur.

Dr. Bernd Hofbauer ist Vergabebjurist im Wiener Gesundheitsverbund, Generaldirektion, Serviceeinheit Einkauf.

Dr. Felicitas Zacherl ist Vergabebjuristin in der Österreichischen Forschungsförderungsgesellschaft mbH, Bereich Recht, Compliance und Interne Audits.

Mag. Felix Breitwieser ist Vergabebjurist im Fonds Soziales Wien.

Mag. Florian Kromer ist Vergabebjurist in der ÖBB-Business Competence Center GmbH.



rdb.manz.at

Alles aus einer Hand

Die Nr. 1 unter Österreichs Rechtsdatenbanken – mit mehr als 2,4 Millionen Dokumenten. Die RDB versammelt alle maßgeblichen Fachzeitschriften, Entscheidungssammlungen, Kommentare und Handbücher namhafter österreichischer Verlage zur Online-Recherche.

rdb.at
MANZ