

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

07.09.2017

Geschäftszahl

W123 2163533-2

Spruch

W123 2163533-2/46E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Michael ETLINGER als Vorsitzenden sowie die fachkundigen Laienrichter Dr. Friedrich RÖDLER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als Mitglied der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, vertreten durch Dr. Peter LINDINGER, Dr. Andreas PRAMER GesBR, Graben 18, 4020 Linz, Donau, betreffend das Vergabeverfahren "A07 IN Sanierung Entwässerung WSG Scharlinz, km 3,19-4,96, BL 1 - Kanalsan. Hauptfahrbahn 2017-II" des Auftraggebers ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vom 04.07.2017, zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers vom 30.07.2017 für nichtig zu erklären" wird gemäß § 2 Z 33a BVergG 2006 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig.

Text**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:****I. Verfahrensgang:**

1. Mit Schriftsatz vom 04.07.2017 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen vor, dass die Ausschreibung verlange, dass der Bieter oder ein Mitglied der Bietergemeinschaft "kritische Leistungen" oder ein mit diesem verbundenes Unternehmen selbst erbringen müsse. Die Leistungsgruppe 14 "unterirdische Wiederherstellung der Rohrleitungen" enthalte solche kritischen Leistungen. Der Antragstellerin sei aufgrund ihrer Marktkenntnis bekannt, dass kein Mitglied der für den Zuschlag ins Auge gefassten Bietergemeinschaft in der Lage sei, diese Arbeiten der Leistungsgruppe 14 selbst auszuführen. Die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger hätten im vorhergegangenen Vergabeverfahren durch die Subunternehmererklärung und die Kalkulationsformblätter zum Ausdruck gebracht, dass diese Leistungen durch Subunternehmer erbracht werden sollten. Im gegenständlichen Vergabeverfahren hätten die in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Es sei unwahrscheinlich, dass sie innerhalb von drei Monaten die nötigen Kapazitäten aufgebaut hätten. Daher widerspreche das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger der Ausschreibung und sei gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden.

2. Die Auftraggeberin erstattete am 12.07.2017 eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag und brachte einleitend vor, dass die präsumtiven Zuschlagsempfänger für die Erbringung der festgelegten kritischen Leistungen keinen Subunternehmer namhaft gemacht hätten. Die durchgeführte Prüfung habe ergeben, dass die

für die Durchführung der kritischen Leistungen erforderlichen Gerätschaften der präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Verfügung stünden. Hinsichtlich des für die Erbringung der kritischen Leistung benötigten Personals sei festzuhalten, dass dafür entsprechende Erfahrung der Auftraggeberin ca. zehn Mitarbeiter erforderlich seien. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger hätten eine Personalausstattung von insgesamt 39 Vollzeitärbeitskräften.

3. Mit Schriftsatz vom 14.07.2017 erhoben die präsumtiven Zuschlagsempfänger begründete Einwendungen und brachten vor, dass es zwar richtig sei, dass die Bietergemeinschaft keine Subunternehmer namhaft gemacht habe. Der Grund dafür sei aber, dass diese Leistungen als "kritische Leistungen" vom Bieter oder einem Mitglied der Bietergemeinschaft selbst oder von einem mit diesem verbundenen Unternehmen auszuführen seien. Die XXXX GmbH verfüge über die erforderlichen Geräte. Ferner verwiesen die präsumtiven Zuschlagsempfänger auf eine Überlassungserklärung für diverse Geräte der XXXX vom 25.04.2017. Daher seien die präsumtiven Zuschlagsempfänger zweifellos in der Lage, die "kritischen Leistungen" der Leistungsgruppe 14 durchzuführen. Auch verfügen die präsumtiven Zuschlagsempfänger über die erforderliche Personalausstattung.

4. Mit Schriftsatz vom 17.08.2017 übermittelte die Antragstellerin eine Äußerung. Die Bedienung dieser für die Ausführung der in der Leistungsgruppe 14 erhaltenen Arbeiten erforderlichen Geräte verlange eine spezielle Ausbildung, wobei eine kurzfristige Schulung zur Bedienung dieser Geräte nicht ausreiche. Der Auftraggeberin müsse bekannt sein, dass es nicht auf die bloße Anzahl vorhandener Arbeiter, sondern auf das Vorhandensein entsprechend ausgebildeter Personen ankomme. Zudem können Arbeitgeber schon aus rechtlichen Gründen niemals rechtverbindlich zusagen, dass irgendwelche Arbeiter ein Dienstverhältnis zu einem anderen Unternehmen begründen würden. Die wesentlichsten Leistungen der LG14 würden daher zur Gänze mit Betriebsmitteln eines Unternehmens, das nicht Mitglied der Bietergemeinschaft sei, ausgeführt. Tatsache sei, dass die XXXX nicht nur die Geräte überlasse, sondern auch dafür zu sorgen habe, dass das für die kritischen Leistungen benötigte und entsprechend ausgebildete Personal zur Verfügung stehe, womit sie aber - bezogen auf den konkreten Leistungsgegenstand - nicht mehr als reiner Zulieferer angesehen werden könnten bzw. deutlich mehr als eine reine Miete vorliege. Nach den Bestätigungen erfolge die Überlassung der Geräte im Bedarfsfall auf Basis einer nicht näher genannten Vereinbarung und wäre die Begründung von Dienstverhältnissen für den "Bedarfsfall" bestätigt. Welchen Inhalt die der Geräteüberlassung zugrundeliegende Vereinbarung habe und ob der konkrete Auftrag überhaupt im Bedarfsfall zur Beschaffung von Personal darstelle, sei den Bestätigungen nicht zu entnehmen.

5. In einer ergänzenden Stellungnahme vom 28.08.2017 brachte die Auftraggeberin einleitend vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen keine Festlegungen bezüglich der konkret einzusetzenden Geräte getroffen worden seien. Konkret würden die zur Ausführung des Auftrags benötigten Geräte von XXXX angemietet. Im Hinblick auf das benötigte Personal sei ebenso festzuhalten, dass die Auftraggeberin keine konkreten Festlegungen hinsichtlich der Mindestqualifikationen des Personals getroffen habe. Es könne keinesfalls davon ausgegangen werden, dass XXXX in die Auftragsabwicklung eingebunden sei und dass ein Werkvertrag vorliege. Die Überlassung der Geräte sei vielmehr als schlichter Mietvertrag zu qualifizieren. Geschuldet sei lediglich die Bereitstellung von Personal, aber kein Erfolg. In den Materialien sind die Vermietung von Maschinen und Geräten sowie (sogar die temporäre) Überlassung von Arbeitskräften explizit als Beispiele für Hilfsleistungen angeführt. XXXX übernehme damit gerade keine Teile des Auftrages, sondern versetze die präsumtiven Zuschlagsempfänger lediglich in die Lage, Leistungsteile des Auftrags unter eigener Verantwortung durchführen zu können.

6. In einer Replik vom 30.08.2017 führten die präsumtiven Zuschlagsempfänger aus, dass in der Ausschreibungsunterlage kein Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit über bestimmte Geräte gefordert werde. Woher die Antragstellerin die Überzeugung nehme, keiner der Mitarbeiter der präsumtiven Zuschlagsempfänger wäre in der Lage, die für die Durchführung der Arbeiten der Leistungsgruppe 14 notwendigen Geräte zu bedienen, führe sie nicht an; dies bleibe bloße Spekulation. Die XXXX GmbH habe mit sechs in Frage kommenden Mitarbeitern der XXXX Vereinbarungen dahingehend getroffen, dass diese in ein Dienstverhältnis zur XXXX GmbH treten würden und somit für die präsumtiven Zuschlagsempfänger direkt tätig werden könnten. Diese Mitarbeiter hätten dies explizit, auch schriftlich, am 31.05.2017 bestätigt. Dazu sei jedoch die Erklärung der XXXX erforderlich, dem zuzustimmen. XXXX sie also bloße Lieferantin (konkret Vermieterin) von handelsüblichen Geräten, die zur Durchführung der verfahrensgegenständlichen Leistungen der Leistungsgruppe 14 notwendig seien, auf Grundlage einer Vereinbarung. Keine Bestimmung des Bundesvergabegesetzes oder der Ausschreibungsunterlage verlange, dass die zur Durchführung der Leistungsgruppe 14 erforderlichen Geräte bereits zum Zeitpunkt der Angebotslegung oder noch länger zurückliegend bereits im Eigentum des Bieters stehen müssten. Die Argumentation der Antragstellerin würde bedeuten, dass jeder Unternehmer, der Gerätschaft für die Erbringung von Arbeiten beziehe, seine Lieferanten von Geräten als Subunternehmer nominieren müsste. Dies stehe im Widerspruch zur Rechtsprechung.

Am 21.06.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. Die Niederschrift lautet auszugsweise:

ASt bringt vor, dass der Auftrag mit Betriebsmitteln und Personal durch die XXXX durchgeführt werden soll. Die konkrete vertragliche Gestaltung erschließt sich für die ASt nicht. Bzgl. der seitens der AG verwiesenen Materialien wird ausgeführt, dass die zitierte Regierungsvorlage nicht gesetzt wurde. Es wird diesbezüglich auf das Protokoll der 109. Sitzung des Nationalrates der 25. Gesetzgebungsperiode ab Seite 214 verwiesen. Der Wille des Gesetzgebers war eindeutig, dass es auf den materiellen wirtschaftlichen Gehalt und nicht auf die formelle vertragliche Gestaltung ankommt.

PZE bringt vor, dass das Vorbringen der ASt zur Gesetzwerdung nichts daran ändert: Es handelt sich bei Geräten der LG 14 um handelsübliche Ware, die man bei verschiedenen Lieferanten beziehen kann. Die Bietergemeinschaft ist zur Nutzung dieser Geräte berechtigt. Konkret handelt es sich um eine Miete. [...]

R an pZE: Ist es richtig, dass sie bezgl. der LG 14 kein Eigenpersonal für diese Geräte zur Verfügung stellen können?

PZE: Nein, das ist nicht richtig. Es gibt verbindliche Zusagen von sechs Personen von XXXX, die derzeit bei XXXX beschäftigt sind. Darüber hinaus verfügt die Firma XXXX über insgesamt 50 Mitarbeiter. Von diesen haben vier bis fünf Erfahrungen für diesen Leistungsteil.

[...]

R: Wer hat die Verfügungsgewalt im Zeitpunkt des Auftrages über das Personal der XXXX?

pZE: Das wird die XXXX als Arbeitgeber haben.

[...]

pZE führt zum letzt genannten Punkt aus, dass es im Angebot der pZE nicht vorgesehen ist, dass XXXX Leistungen zur Verfügung stellen wird, die über das Vermieten von Geräten hinaus geht. Darüber hinaus stimmt XXXX zu, dass Mitarbeiter von XXXX in ein Arbeitsverhältnis zu XXXX treten werden. Und dies auch nur im Bedarfsfall, das bedeutet, wenn die XXXX dieses Personal auch benötigt.

ASt weist auf die Stellungnahme von der AG vom 28.08.2017, Punkt

2.2.2 hin, in der ausgeführt wird, dass XXXX die Bereitstellung von Personal schulden soll. XXXX ist darüber hinaus verpflichtet, das Personal freizustellen und nach Vertragsabschluss wieder einzustellen, sodass die Leistung der XXXX über eine reine Sachvermietung hinausgeht.

AG und pZE weisen darauf hin, dass diese Behauptung der ASt in der Überlassungserklärung nicht steht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

1. Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft schreibt unter der Bezeichnung "A07 IN Sanierung Entwässerung WSG Scharlinz, km 3,19 - 4,96, BL1 - Kanalsanierung Hauptfahrbahn 2017-II" einen Bauauftrag über Arbeiten zur Kanalsanierung mit dem CPV-Code 45233110-3 - Bauarbeiten für Autobahnen in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 957.682 ohne USt. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH. Die Auftraggeberin veröffentlichte den Auftrag ua im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 19. Mai 2017 zur Zahl L-623582-7518.

2. Punkt 1.1.24., "Kritische Leistungen" der B.1 Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen lautet:

Kritische Leistungen, sofern sie in der B.5 ULG 00B1 definiert werden, sind vom Bieter/Mitglied einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft selbst oder von einem mit diesem verbundenen Unternehmen auszuführen.

3. Positionsnummer 01 00 B1 03 A, "Kritische Leistungen" von B.5 Leistungsverzeichnis lautet auszugsweise:

Folgende Leistungen werden als kritische Leistungen im Sinne der B.1 definiert:

-LG 14 Unterirdische Wiederherstellung Rohrleitungen -

4. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfänger wurden zwei Schreiben der XXXX an die XXXX GmbH, datiert jeweils mit 25.04.2017 zu entnehmen:

Im Schreiben unter dem Betreff "Überlassungserklärung für Personal als Dienstnehmer der XXXX GmbH" wurde seitens XXXX bestätigt, dass das Personal zur Bedienung der (unten) angeführten Geräte im Bedarfsfall zur Verfügung steht und bei der XXXX GmbH in ein Arbeitsverhältnis eintreten wird.

Im Schreiben unter dem Betreff "Überlassungserklärung für diverse Geräte" wurde seitens XXXX bestätigt, dass die XXXX im Bedarfsfall die (unten) angeführten Geräte zur gefälligen Verwendung im gesamten Bundesgebiet laut Vereinbarung zur Verfügung stellt.

5. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger verfügen über verbindliche Zusagen von sechs Beschäftigten der XXXX, in ein Arbeitsverhältnis bei XXXX GmbH für das gegenständliche Vergabeverfahren zu treten. Die Verfügungsgewalt wird im Zeitpunkt des gegenständlichen Auftrages die XXXX GmbH haben (Aussagen präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung).

Die XXXX GmbH verfügt über mehrere Mitarbeiter, die Erfahrungen im Bereich "Kritische Leistungen" der Leistungsgruppe 14 vorweisen können (Aussagen präsumtive Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung).

6. Die Auftraggeberin teilte allen Bietern mit Schreiben vom 30.06.2017 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Bietergemeinschaft XXXX GmbH, XXXX GmbH mit.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der Vergabeunterlagen der Auftraggeberin keine Bedenken ergeben.

Darüber hinaus sind die Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung über bereits vorliegende "verbindliche Zusagen" von XXXX-Mitarbeitern, in ein Arbeitsverhältnis zu XXXX GmbH zu treten, glaubhaft und nachvollziehbar, zumal die Antragstellerin diesem Vorbringen nicht substantiiert entgegengetreten ist. Ebenso wenig substantiiert ist die Antragstellerin den glaubhaften Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfänger, wonach die XXXX GmbH über mehrere Mitarbeiter verfügt, die Erfahrungen im Bereich "Kritische Leistungen" der Leistungsgruppe 14 vorweisen können, entgegengetreten.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit der Anträge

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft. Sie ist öffentlicher Auftraggeber (siehe etwa BVwG 3.5.2017, W139 2148441-2/15E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit. e B-VG gegeben.

Da das Vergabeverfahren weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht in concreto gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

Der Antrag wurde innerhalb der Anfechtungsfrist gemäß § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht. Die Pauschalgebühr wurde jedenfalls in entsprechender Höhe entrichtet (§ 318 Abs. 1 Z 1 BVergG iVm § 2 Abs. 1 BVwG-PauschGebV). Ein sonstiger Grund für die Unzulässigkeit des Antrages nach § 322 Abs. 2 BVergG liegt nicht vor.

Zu A)

1. Die Antragstellerin brachte im verfahrenseinleitenden Antrag vor, dass die XXXX GmbH weder über die Betriebsmittel, noch über das Personal verfügen würde, um die gegenständlichen Arbeiten selbst durchführen zu können; ebenso wenig verfüge auch das zweite Mitglied der Bietergemeinschaft, die XXXX GmbH, über die Betriebsmittel. Subunternehmen hätten die präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht namhaft gemacht, womit aber die präsumtiven Zuschlagsempfänger nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügen würden. Die präsumtiven Zuschlagsempfänger traten diesem Vorbringen in den Schriftsätzen bzw. in der mündlichen Verhandlung substantiiert entgegen (vgl. Beweiswürdigung).

Zur gegenständlichen Rechtsfrage, ob die XXXX als Subunternehmer oder als reiner Zulieferer bzw. Hilfsunternehmer zu qualifizieren ist, ist auf den Inhalt der - im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfänger beigelegten - Überlassungserklärungen der XXXX vom 25.04.2017 zu verweisen, wonach nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes XXXX keine Subunternehmerleistungen im gegenständlichen Fall verrichtet. Dies aus nachfolgenden Erwägungen:

2. Gemäß § 2 Z 33a BVergG ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt, ein Subunternehmer. Die bloße Lieferung von handelsüblichen Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

Die Materialien (EBRV 776 BlgNR XXV. GP 2) führen zu § 2 Z 33a BVergG aus:

Zulieferer sind, wie schon nach bisheriger Rechtslage, keine Subunternehmer im Sinne der Definition (vgl. dazu schon 327 BlgNR XXIV. GP, 22, mit Hinweis auf AB 1118 BlgNR XXI. GP, 47, sowie etwa das Urteil des OGH vom 8. März 2005, 10 Ob 74/04m; vgl. ferner dazu Art. 71 Abs. 5 4. Unterabsatz der Richtlinie 2014/24/EU), unabhängig von der Tatsache, ob die vom Zulieferer gelieferten Produkte nach Maß angefertigt wurden oder nicht. Daher ist der bloße Lieferant von Beton, Bauteilen und sonstigen Komponenten von der Definition nicht erfasst. Hingegen wäre ein Zulieferer, der auch Bauteile selbst einbaut, ein Subunternehmer. Ebenfalls kein Subunternehmer im Sinne der Definition ist ein Unternehmer, dessen Leistung darin besteht, einen Subunternehmer in die Lage zu versetzen, einen Leistungsteil des Auftrages erst erbringen zu können (wie etwa die Wartung von Maschinen eines Subunternehmers, die Vermietung von Maschinen und Geräten an einen Subunternehmer, die Überlassung von Arbeitskräften an einen Subunternehmer).

Das Bundesverwaltungsgericht führte zur Abgrenzung Sub- bzw. Hilfsunternehmen jüngst (BVwG 23.08.2017, W139 2158106-2/30E) Folgendes aus:

Hauptmerkmal der Abgrenzung zwischen einem Sub- und einem Hilfsunternehmer ist, dass ein Hilfsunternehmer selbst keine Teile der zu vergebenden Leistung erbringt. Versetzt hingegen ein Unternehmen, den Auftragnehmer lediglich in die Lage, den Auftrag zu erbringen, ohne selbst Teile der ausgeschriebenen Leistung zu erbringen, liegt ein Hilfsunternehmen vor. Die Materialien nennen dazu beispielsweise Wartungsarbeiten an Maschinen des Auftragnehmers oder die Vermietung von Maschinen bzw. Geräten an den Auftragnehmer. Bei der Frage, ob bereits ein Teil der ausgeschriebenen Leistung erbracht oder lediglich eine Hilfsfunktion ausgeübt wird, ist immer auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 2 Z 33a Rz 18f; EBRV 776 BlgNR XXV. GP 2). Ob ein Unternehmen in die Auftragsabwicklung einbezogen ist bzw. ob die Leistung zum Leistungsgegenstand zählt, kann zB danach beurteilt werden, ob die Leistung in der Leistungsbeschreibung konkret beschrieben ist (dann: Subunternehmer) oder nicht (dann: Hilfsunternehmer) oder ob es sich um eine "vom Auftragnehmer geschuldete Leistung" handelt (Schiefer/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1372).

Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Versetzt ein Unternehmen den AN lediglich in die Lage, den Auftrag zu erbringen, ohne selbst Teile der ausgeschriebenen Leistung zu erbringen, liegt ein Hilfsunternehmen vor. (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, [Hrsg] § 33a Rz 18 und 20).

Entsprechend der Definition (Anm. "Zulieferer") der Subunternehmer ist die bloße Lieferung von Waren bzw. Standteilen keine Subunternehmerleistung. So sind etwa bei Bauleistungen Baustoff- und Bauteillieferanten regelmäßig keine Subunternehmer. Baut hingegen ein Unternehmer die vom ihm gelieferten Bauteile auch selbst ein, ist er nicht als Zulieferer, sondern als Subunternehmer zu qualifizieren (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, [Hrsg] § 33a Rz 10).

Nach der Definition (Anm. "Zulieferer") ist nur die Lieferung handelsüblicher Waren/Bestandteile keine Subunternehmerleistung. Das Wort "handelsüblich" wurde erst im Plenum aufgrund eines Abänderungsantrages ergänzt. Der Abänderungsantrag wird damit begründet, dass derjenige, der eine individuelle Leistung nach Wünschen und Vorgaben des AG erbringt, auch als Subunternehmer zu gelten hat (Zellhofer/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 33a Rz 11).

Die Rechtsprechung zur Abgrenzung von Sub- und Hilfsunternehmern verfolgt keinen einheitlichen Lösungsansatz und ist einzelfallbezogen. So wurde zur Abgrenzung zB auf Punkt 3.14 der ÖNORM B 2110 abgestellt, nach dem ein Subunternehmer ein "Unternehmer [ist], der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich an den AN gebunden ist. Die bloße Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich ist, stellt keine Subunternehmerleistung dar." Dementsprechend ist "[e]in Hilfsunternehmer des Auftragnehmers, der nicht in die eigentliche Auftragsabwicklung eingebunden ist, [...] nicht als benennungspflichtiger Subunternehmer zu qualifizieren". Bei der Abgrenzung ist auf den "konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand" abzustellen. Ob ein Unternehmen in die Auftragsabwicklung einbezogen ist bzw ob die Leistung zum Leistungsgegenstand zählt, kann zB danach beurteilt werden, ob die Leistung in der Leistungsbeschreibung konkret beschrieben ist (dann: Subunternehmer) oder nicht (dann: Hilfsunternehmer) oder ob es sich um eine "vom Auftragnehmer geschuldete Leistung" handelt (Schiefer/Steindl in Heis/Preslmayr (Hrsg.), Handbuch Vergaberecht [2015] Rz 1372).

3. Aufgrund den zitierten Materialien, der Rechtsprechung und Literatur folgt für den gegenständlich zu beurteilenden Sachverhalt, dass die Überlassungserklärungen der XXXX keine Subunternehmerleistungen beinhalten: Die zur Verfügung gestellte Geräteleiste ist als reine Miete zu qualifizieren. Dass es sich aber bei den Geräten der Leistungsgruppe 14 um "handelsübliche" Ware handelt (wie seitens der präsumtiven Zuschlagsempfänger ausgeführt), wurde durch die Antragstellerin nicht einmal bestritten. Ferner ist der Überlassungserklärung nicht zu entnehmen, dass XXXX Teile des an die präsumtiven Zuschlagsempfänger erteilten Auftrages auch selbständig ausführt (siehe dazu auch die Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung). Darüber hinaus besitzt die XXXX auch keine Verfügungsgewalt über das von ihr überlassene Personal im Zeitpunkt des Auftrages (vgl. die Aussage in der mündlichen Verhandlung: "Das wird die XXXX als Arbeitgeber haben."). Zudem ergibt sich aus den Überlassungserklärungen selbst (präzisiert durch die Aussagen der präsumtiven Zuschlagsempfänger in der mündlichen Verhandlung), dass Mitarbeiter von XXXX (verbindlich) in ein Arbeitsverhältnis zu XXXX GmbH eintreten werden, und zwar dann, wenn die XXXX GmbH dieses Personal auch benötigt.

An diesem Ergebnis vermag auch der Hinweis der Antragstellerin auf den im Plenum beschlossenen Abänderungsantrages zu § 33a nichts ändern: Unter Z 1 wird ausgeführt, dass die vorgeschlagene Einfügung des Wortes "handelsüblich" der dringend erforderlichen deutlicheren Abgrenzung von Subunternehmern und Lieferanten in dem Sinne handelt, dass derjenige, der eine individuelle Leistung nach den Wünschen und Vorgaben des Auftraggebers erbringt, auch als Subunternehmer gilt. Wie aufgezeigt, erbringt aber XXXX im gegenständlichen Fall keine "individuelle Leistung" für den Auftraggeber, sondern stellt lediglich Geräte und Personal zur Verfügung.

Aufgrund obiger Ausführungen ist die technische Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfänger durch die Überlassungserklärungen der XXXX vom 25.04.2017 gewährleistet. XXXX ist nicht als Subunternehmer im Sinne des § 2 Z 33a BVergG zu qualifizieren. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfänger wurde daher zu Recht nicht ausgeschlossen.

4. Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zu B) Zulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung Subunternehmer/Hilfsunternehmer fehlt.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2017:W123.2163533.2.00