jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

RS UVS Oberösterreich 2005/09/07 VwSen-550222/8/Wim/Pe

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.09.2005

Beachte

Verwaltungsgerichtshofbeschwerde anhängig **Rechtssatz**

Gemäß § 13 Oö. VNPG hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn sie

1. im Widerspruch zu Bestimmungen des BVergG oder der hierzu erlassenen Verordnungen steht und

2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 70 Abs.1 BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen die Bestimmungen über die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen.

Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Der Auftraggeber hat wesentliche Teile jener Arbeiten, die in seine Befugnis fallen - für Baumeisterleistungen sind als Basis dieser Beurteilung, die dem Baumeister gemäß § 202 GewO 1994, BGBl. Nr. 194 idgF, allein vorbehaltenen ausführenden Tätigkeiten heranzuziehen - selbst auszuführen. Die Weitergabe von Teilen der Leistung ist überdies nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 besitzt. Gemäß § 70 Abs.2 BVergG hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angabe nicht berührt.

Gemäß § 83 Abs.1 Z2 BVergG muss jedes Angebot insbesondere enthalten: Die Bekanntgabe jener wesentlichen Teilleistungen, die der Bieter an Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt. Dabei sind die jeweils in Frage kommenden Unternehmer, an die Teile der Leistung weiterzugeben beabsichtigt ist bzw. die allenfalls bereits ausgewählten Unternehmer, zu nennen. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist möglich.

Gemäß § 93 Abs.3 BVergG ist, soweit ein Angebot die Weitergabe von Teilleistungen an Subunternehmer vorsieht, jedenfalls zu prüfen, ob die angegebenen Subunternehmer die erforderliche Befugnis, die zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters erforderliche technische Leistungsfähigkeit sowie die besondere berufliche Zuverlässigkeit gemäß § 55 zur Erbringung der vorgesehenen Teilleistungen besitzen.

Gemäß § 98 Z8 BVergG hat vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung die vergebende Stelle aufgrund des Ergebnisses der Prüfung auszuscheiden: Den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden.

6.2. Aus den Materialien zu § 70 BVergG ergibt sich, dass Zulieferer keine Subunternehmer sind, weshalb § 70 für Zulieferverträge nicht gilt.

Mit Zulieferverträgen sind nur Kaufverträge gemeint. Unternehmer, die selbst keine Teile der vergebenen Leistungen erbringen, sondern für den Auftragnehmer nur in Hilfsfunktionen tätig sind, sind nicht als Subunternehmer iSd § 70 anzusehen (siehe dazu

Schramm/Aichler/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2002, RZ 2 und 3 zu § 70).

Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen Zulieferer und Subunternehmer ist somit die Frage, ob bei den gegenständlichen Leistungen für die Abwasserpumpwerke ein Kaufvertrag, wie von der Antragstellerin behauptet, oder ein Werkvertrag, wie von der Antragsgegnerin behauptet, vorliegt.

Grundsätzlich bereitet die Grenzziehung zwischen Werkvertrag und Kaufvertrag oft Schwierigkeiten, weil beide Vertragstypen auf Lieferung einer Sache gerichtet sein können. Schuldet ein Vertragsteil nur die Herstellung aus einem vom anderen beigestellten Material, so liegt sicher ein Werkvertrag vor. Die Abgrenzung wird aber problematisch, wenn der Hersteller auch das Material zur Verfügung stellt. Nach § 1166 AGBG ist dann im Zweifel ein Kaufvertrag anzunehmen.

Ist allerdings die Sache gerade für die Bedürfnisse des Bestellers und entsprechend seinen Wünschen anzufertigen, so liegt das Schwergewicht auf der Herstellung, sodass der Vertag - ohne Zweifel (§ 1166) - als Werkvertrag zu qualifizieren ist (siehe dazu Koziol/Welser, Grundriss des bürgerlichen Rechtes, Bd 1, 10.A, S 402 mit den dort unter Fn 6 zitierten Nachweisen).

Unbestritten ist, dass die Leistung Abwasserpumpwerke nicht nur eine Lieferung oder Beistellung sondern auch die Montage und Inbetriebnahme umfassen sollte.

Unter Position 26 02 (maschinelle Ausrüstung Pumpwerke) der Ausschreibungsunterlagen finden sich unter den Positionsnummern 26 02 01 A-D (jeweils Lieferung und Montage der maschinellen Ausrüstung für vier namentlich aufgezählte Pumpwerke) spezifische Angaben für das jeweilige Pumpwerk betreffend Anzahl der Unterwasserpumpen, Fördermenge und - höhe sowie Lieferumfang. Für den Bieter einzusetzen waren jeweils das angebotene Fabrikat für Pumpe und Rührwerk, wobei ein beispielsweises Fabrikat für die Pumpe jeweils angegeben wurde.

Auch in der mündlichen Verhandlung wurde plausibel und unwidersprochen dargelegt, dass die Montage der gegenständlichen Pumpwerke für den maschinellen und elektrischen Teil mit einer Vielzahl von Arbeitsschritten (Montage von Pumpen, Steigleitungen, Schieber und Anschluss an die Druckleitungen im maschinellen Bereich sowie elektrischer Anschluss der Kabel an den Schaltschrank, Parametrierung der Steuerung und Inbetriebnahme der Pumpe, Einstellen der Schaltdrücke und Test des Alarmierungssystems von der elektrischen Seite) verbunden ist.

Der Arbeitsaufwand wurde für die konventionelle Montage vor Ort in den bereits versetzten Fertigteilschacht vom Vertreter der vergebenden Stelle unwidersprochen bei den Installateurleistungen mit zwei Personen für ca. einen Tag pro Pumpwerk und bei den Elektrikerleistungen ebenfalls mit zwei Personen und einem Tag pro Pumpwerk geschätzt. Bei der von der Antragstellerin beschriebenen Fertigteilvariante, dh das Pumpwerk wird im Werk soweit als möglich vorgefertigt in den Fertigteilschacht montiert und erst dann versetzt, an die Abwasserdruckleitung angeschlossen und an den Schaltschrank elektrisch angeschlossen, wurde der Aufwand auf 2 bis 3 Stunden pro Pumpwerk geschätzt.

Dies ändert jedoch nichts daran, dass der entsprechende Montageaufwand, wenn vielleicht in etwas geringerem Umfang aufgrund rationellerer Arbeitsbedingungen grundsätzlich auch im Werk des Zulieferers anfällt. Auch wenn man der Argumentation der Antragstellerin folgt, dass die beim Zulieferer entstandenen Lohnanteile auch in den Gesamtlohnanteil für die Position 26 eingepreist wurden, so ergibt sich hier aus den Gesamtsummen doch ein erheblicher Anteil an Arbeitsleistung.

Für die Beurteilung, ob ein Werk- oder ein Kaufvertrag mit bloßen Nebenleistungen der Montage vorliegt, kann es nach Auffassung des Unabhängigen Verwaltungssenates nicht darauf ankommen, ob diese Leistungen des Zulieferers vorverlagert im Werk durch Vormontage angefallen sind oder erst bei der eigentlichen Montage und dem fertigen Anschluss und der Inbetriebnahme an Ort und Stelle, noch dazu wo ja alle Leistungen immer durch den selben Unternehmer, nämlich die E erbracht werden sollen.

Dass auch von der E Komponenten für die behauptete Vormontage zugekauft werden, liegt bei der Vielzahl der verwendeten Komponenten und zum Teil spezifisch vorgegebenen Fabrikate für den Unabhängigen Verwaltungssenat auf der Hand und wurde auch im Verfahren von der Antragstellerin nicht bestritten.

Die detaillierte Liste der Anforderungen für die einzelnen Pumpwerke in der Position 26 ist auch eindeutiges Indiz dafür, dass die Fertigung eines Pumpwerkes gerade für die Bedürfnisse des Bestellers und entsprechend seinen Wünschen zu erfolgen hat.

Der reine Materialwert ist nach der herrschenden Rechtsauffassung kein geeignetes Kriterium für die Zuordnung zu Kauf- oder Werkvertrag.

Dass der Werkunternehmer gegenüber der Antragstellerin auch den bestimmten Erfolg, nämlich auch in Bezug auf Montage und Inbetriebnahme der Pumpwerke schuldet, wurde auch durch die Antragstellerin nicht bestritten, von ihr jedoch als bloße Nebenleistung zum Kaufvertrag dargestellt.

Auch ein Bauteillieferant wird dann zum Subunternehmer, wenn er gelieferte Bauteile auch selbst einbaut (siehe dazu Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, RZ 3 zu § 70).

Die E hat die Pumpwerke nicht nur zu liefern, sondern auch zu montieren und anzuschließen. Auch dies spricht für die Annahme, dass sie nicht bloßer Zulieferer sondern Subunternehmer ist. Dafür entsteht ein nicht unerheblicher bzw. bloß vernachlässigbarer Aufwand und damit verbunden auch entsprechende Kosten

Im BVergG ist eine Definition des Begriffs "Subunternehmer" nicht zu finden. Somit muss auf die Ö-Norm A 2050 zurückgegriffen werden, die Subunternehmer als jene Unternehmer definiert, die Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausführen und vertraglich nur an diesen gebunden sind. Die Ö-Norm A 2050 ergänzt weiters, dass die Lieferung von Materialien oder Bestandteilen die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, keine Subunternehmerleistung darstellt.

Wie bereits ausgeführt gehen die vereinbarten Leistungen, da sie auch Montage und Inbetriebnahme der Pumpwerke umfassen, auf jeden Fall über die bloße Lieferung von Materialien oder Bestandteilen hinaus. Auch der Zusammenbau im Werk ist mehr als eine bloße Lieferung von Teilen.

Auch die im angeblich bestehenden Kaufangebot bzw. Kaufvertrag zwischen der Antragstellerin und der E, in dem die Lohnanteile gesondert ausgewiesen werden sollen und zumindest Teil der Basis einer Preisgleitklausel sein sollen ist sehr ungewöhnlich bei Kaufverträgen sondern spricht eher für einen Werkvertrag.

Allgemein gilt auch die Regel des § 916 Abs.1 Satz 2 AGBG, wonach ein Geschäft in jedem Fall nach seiner wahren Beschaffenheit zu beurteilen ist. Dh, dass in jedem Fall, wenn die Voraussetzungen für einen Werkvertrag vorliegen, dies auch ein Werkvertrag ist, unabhängig von der Absicht oder der Form, die hinter diesem Rechtsgeschäft steht. Die Heranziehung der Definition des Lieferauftrages nach § 2 BVergG für eine Einordnung scheitert schon deshalb, da eben kein Kauf sondern ein Werkvertrag vorliegt. Überdies ist sie nicht zielführend, da die Abgrenzung für die Leistung der E rein nach zivilrechtlichen Gesichtspunkten (Werkvertrag - Kaufvertrag) zu erfolgen hat. Dass das gegenständliche Vergabeverfahren einen Bauauftrag betrifft, ist offenkundig und wohl auch unbestritten.

Aus den vorigen Ausführungen ergibt sich somit für den Unabhängigen Verwaltungssenat eindeutig, dass es sich bei der Lieferung und Montage der Abwasserpumpwerke durch die E um einen Werkvertrag handelt. Die Zweifelsregel des § 1166 ABGB kommt daher gar nicht mehr zur Anwendung.

Im nächsten Schritt ist somit zu prüfen, ob der Subunternehmer im Angebot durch die Antragstellerin bekannt gegeben hätte werden müssen.

Gemäß § 70 Abs.1 erster Satz BVergG sind in den Ausschreibungsunterlagen Bedingungen für die Zulässigkeit von Subunternehmerleistungen zu treffen.

Nach Abs.2 dieser Bestimmungen hat der Bieter in seinem Angebot auch den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt.

Unter Punkt C 14 der Ausschreibungsunterlagen verlangt die Auftraggeberin die Erklärung, dass die Leistung durch den eigenen Betrieb ausgeführt wird, mit Ausnahme von nachstehend anzuführenden Teilleistungen.

Dies ist als Ausschreibungsbedingung nach § 70 Abs.1 erster Satz BVergG dahingehend zu verstehen, dass die Auftraggeberin auf jeden Fall Subunternehmer bekannt gegeben haben wollte.

Der zweite Satz in C 14, wonach für ausgeschriebene Teilleistungen, wo der Bieter keine Konzession besitzt, konzessionierte Subunternehmer namhaft zu machen sind, kann durchaus als Verstärkung des ersten Satzes gesehen werden, wonach entsprechend dem ersten Satz auch freiwillige Subunternehmer bekannt zu geben sind, im zweiten Satz an die Verpflichtung der Bekanntgabe entsprechend den Vorgaben des BVergG erinnert wurde.

In der gesamten Literatur und in den Entscheidungen finden sich nur Abhandlungen dazu, dass eine Einschränkung oder ein Ausschluss von jeglichen Subunternehmern unzulässig oder zumindest problematisch ist.

Gegen die Ausschreibungsbedingung einer Namhaftmachung von allen Subunternehmern, auch wenn diese freiwillig bestellt werden, sind aus Sicht des Unabhängigen Verwaltungssenates keine Bedenken anzumelden.

Eher im Gegenteil scheint es durchaus nachvollziehbar, dass ein Auftraggeber durchaus auch ein berechtigtes Interesse daran haben kann, welche freiwilligen Subunternehmer der zukünftige Auftragnehmer beschäftigt.

Auch schon nach § 70 Abs.2 BVergG hat der Bieter in seinem Angebot den Teil des Auftrages anzugeben, den er möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Auch hier wird nicht auf eine bloße zwangsweise Subunternehmerbestellung mangels eigener Befugnis abgestellt. Er genügt aber schon die eventuelle Beiziehung von Subunternehmern für die Meldepflicht. Auch diese gesetzlichen Vorschriften sprechen zusätzlich auch für die Zulässigkeit der angesprochenen Vergabebedingung.

Nach herrschender Lehre und Rechtsprechung sind Erklärungen im Vergabeverfahren, insbesondere auch die Ausschreibung nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärung maßgeblichen Grundsätzen zu deuten. Gemäß § 914 AGBG ist hier zunächst vom Wortsinn in seiner gewöhnlichen Bedeutung auszugehen. Darüber hinaus muss der Wille beider Parteien erforscht werden. Lässt sich auch auf diese Weise kein eindeutiger Sinn ermitteln, so ist die Willensäußerung so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Hierbei sind die Umstände der Erklärung und die im Verkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche heranzuziehen. Bei zweiseitig verbindlichen Geschäften wird eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich der selben bedient hat. Diese Regel des § 915 ABGB ist jedoch erst dann heranzuziehen, wenn die Auslegung gemäß § 914 AGBG zu keinem eindeutigen Ergebnis führt.

Die Wortinterpretation der Formulierung in Position C 14 lässt auf jeden Fall die vorhin beschriebene Auslegung zu. Ein übereinstimmender Wille der Parteien liegt offensichtlich nicht vor, wie sich aus den Erklärungen in der mündlichen Verhandlung der Antragstellerin und Antragsgegnerin ergibt. Beide verstehen den Sinn dieser Bestimmung unterschiedlich, wobei zumindest die Auftragnehmerin vom oben beschriebenen Bedeutungsinhalt der Formulierung ausgegangen ist.

Für einen objektiven Erklärungsempfänger ergibt sich aus dem Zusammenhang der Formulierungen eindeutig die Verpflichtung alle Subunternehmer hier in die entsprechenden Spalten einzutragen.

Dies wäre für die Antragstellerin auch überhaupt kein Problem gewesen, da sie ja sowieso eine Subunternehmerbetrauung vorgehabt hat und für die E auch die Befugnisse zur Ausführung der Arbeiten vorgelegen sind. Für die Antragstellerin hätte es somit überhaupt keine Nachteile bedeutet, hier den Subunternehmer einzutragen und es ist nicht nachvollziehbar, wie sie hier überhaupt in Zweifel kommen hätte können, dass eine derartige Eintragung nicht notwendig wäre.

Da die Auslegung nach § 914 AGBG zu dem oben beschriebenen eindeutigen Ergebnis geführt hat, kommt die Unklarheitenregel des § 915 AGBG nicht mehr zur Anwendung. Darüber hinaus hat der Bieter nachzuweisen, dass der in Aussicht genommene Subunternehmer jene vergaberechtliche Eignung hat, welche für die Erbringung seines Leistungsteiles erforderlich ist. Dies ist erforderlich, weil der Auftraggeber bei der Angebotsprüfung u.a. die Befugnis, Zuverlässigkeit sowie die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit von Subunternehmern zu prüfen hat (§ 91 Abs.3 BVergG). Da der Auftraggeber die Eignung eines bestimmten Subunternehmers im Hinblick auf einen konkreten Leistungsteil zu prüfen hat, muss der Subunternehmer spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung namentlich feststehen. Der Bieter hat daher spätestens im Angebot jene Teilleistungen bekannt zu geben, die er an einen Subunternehmer weiterzugeben beabsichtigt und den Subunternehmer konkret zu nennen. Fehlen in einem Angebot die betreffenden Subunternehmerleistungen oder der Name des Subunternehmers, handelt es sich um einen

unbehebbaren Angebotsmangel, der gemäß § 98 Z8 BVergG ohne Mängelbehebungsversuch zum Ausscheiden des Angebotes führt. Ein "Nachschieben" eines Subunternehmers nach Angebotsöffnung ist demnach nicht zulässig (siehe dazu Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 2.A, S 328f; sowie ganz aktuell BVA, 5.8.2005, 17N 64/05-24).

Da die Antragstellerin, wie aus ihren Erklärungen im Zuge der Aufklärung eindeutig hervorgeht, davon ausgegangen ist, dass die Pumpwerke durch die E geliefert und montiert werden, hätte sie schon aufgrund der Ausschreibebedingungen in C 14 diese als Subunternehmerin anführen müssen. Die erst im Nachprüfungsantrag dargestellten Varianten, wonach die Antragstellerin alle Leistungen auch selbst (aufgrund bestehender eigener oder nicht notwendiger Gewerbebefugnis) durchführen könnte, ändert nichts daran, dass zum Zeitpunkt der Angebotslegung und -eröffnung offensichtlich eindeutig vorgesehen und beabsichtigt war, dass diese Leistungen durch die E ausgeführt werden. Es hätte daher die Subunternehmernamhaftmachung erfolgen müssen.

Aus den oben angeführten Gründen war daher das Angebot mit einem unbehebbaren Mangel behaftet und entsprechend § 98 Z8 BVergG zu Recht von der Auftraggeberin auszuscheiden. Damit war dem Nachprüfungsantrag alleine schon aus diesen Gründen keine Folge zu geben. Es erübrigt sich somit auch ein Eingehen auf das weitere Vorbringen, da die Entscheidung bereits durch die angeführten Gründe feststeht.

Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegte, waren ihren gemäß § 18 Abs.4 Oö. VNPG auch kein Gebührenersatz zuzusprechen.

Dies gilt auch für den Pauschalgebührenersatz für den Erlass der einstweiligen Verfügung, da der Unabhängige Verwaltungssenat davon ausgeht, dass es sich hier um ein Provisorialverfahren handelt und die Frage des Kostenersatzes immer untrennbar mit der Entscheidung in der Hauptsache verbunden ist.

Da die Teilnahmeantragstellerin jedoch mit ihrem Antrag obsiegte, war ihr gemäß § 18 Abs.1 iVm Abs.4 Oö. VNPG der Ersatz ihrer Pauschalgebühren durch die Hauptantragstellerin zuzusprechen.

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, http://www.wien.gv.at/uvs/index.html

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at