

TE Vwgh Beschluss 2019/11/19 Ra 2017/04/0117

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 19.11.2019

Index

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)
10/07 Verwaltungsgerichtshof
20/01 Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)
97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

ABGB §1151
BVergG 2006 §2 Z33a
B-VG Art133 Abs4
VwGG §34 Abs1

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie Hofrätin Mag. Hainz-Sator und Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Schara, über die Revision der E GmbH in H, vertreten durch die Saxinger, Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Böhmerwaldstraße 14, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 23. August 2017, Zl. W139 2158106-2/30E, und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 22. August 2017, Zl. W139 2158106- 3/2E, betreffend jeweils ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: AAG in W), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1 1. Die mitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) schrieb im Oktober 2016 die Leistung "Restmüllsammlung 2017 bis 2022, SG und ASG" in neun Losen in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Billigstbieterprinzip mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer (je Los) für eine fünfjährige Laufzeit aus.

2 Die Revisionswerberin und die V GmbH & Co.KG sowie zwei weitere Bieter legten für das Los 8 ein Angebot; die Revisionswerberin zu einem Gesamtpreis von EUR 5.947.845,--, die V GmbH & Co.KG zu einem Gesamtpreis von EUR 4.927.450,20. Die Angebotsöffnung fand am 29. November 2016 statt.

3 Mit dem als "Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung" bezeichneten Schreiben vom 9. Mai 2017 wurde der Revisionswerberin mitgeteilt, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag für das Los 8 der V GmbH & Co.KG (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen.

4 Die Revisionswerberin stellte in der Folge fristgerecht den verfahrensgegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung dieser Zuschlagsentscheidung.

5 2.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ab (Spruchpunkt A) und erklärte die Revision für nicht zulässig (Spruchpunkt B).

6 In der Begründung stellte das Bundesverwaltungsgericht fest, dass im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kein Subunternehmer namhaft gemacht worden sei. Im "Anhang Anlagenverzeichnis Restmüll" werde eine in Deutschland gelegene Behandlungsanlage der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bezeichnet. Eine Lagerung der Abfälle in einem Zwischenlager erfolge nur im Fall der "Abfallsammlung inklusive Entleerung und Übernahme AN" zwecks allenfalls notwendig werdender vorläufiger Lagerung der Abfälle für das Notifizierungsverfahren. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Rahmen der Aufklärung Unternehmen in Österreich bezeichnet, bei denen eine Zwischenlagerung der Abfälle vorgenommen werden könne. Als Ausgangspunkt für die Sammlungstouren diene ein LKW-Abstellplatz an der A 12 im Großraum Innsbruck. Im Zuge des Aufklärungsgespräches am 6. März 2017 sei eine diesbezügliche Bestätigung des Unternehmers, der die Abstellfläche während des ausgeschriebenen Leistungszeitraumes zur Verfügung stelle, vorgelegt worden. Darin werde bestätigt, dass vor Ablauf der Angebotsfrist eine entsprechende Vereinbarung getroffen worden sei. Eine Anlieferung von Abfällen im Sinn der Leistungsbeschreibung erfolge bei dem genannten LKW-Abstellplatz. Eine Verwiegetechnik ermögliche die Zuordnung der eingesammelten Abfälle zu den jeweiligen Abfallwirtschaftsverbänden. 7 In rechtlicher Hinsicht führte das Bundesverwaltungsgericht zum Vorbringen der Revisionswerberin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ausschreibungswidrig die von ihr gegebenenfalls herangezogenen Zwischenlager sowie jenen Unternehmer, bei dem eine Übergabe des Abfalls im Fall einer Anlieferung durch die Auftraggeberin möglich sei, nicht als Subunternehmer namhaft gemacht, aus, dass es sich dabei nicht um Subunternehmen, sondern um "bloße" Hilfsunternehmer handle, die man im Angebot nicht habe namhaft machen müssen.

Auf der Grundlage der Festlegungen der Ausschreibung im Allgemeinen und der Leistungsbeschreibung im Besonderen sei - so das Bundesverwaltungsgericht - eine Zwischenlagerung der Abfälle nicht eine zur vertragsmäßigen Erfüllung unbedingt erforderliche Leistung und daher auch nicht zwingend erforderlicher Inhalt der ausgeschriebenen Leistungen. Den Leistungsgegenstand bilde die Sammlung und anschließende Anlieferung des Restmülls an die jeweiligen Abfallwirtschaftsverbände sowie die Sammlung und anschließende umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung des Restmülls. Das Sammeln von Abfällen erfordere nicht in jedem Fall eine Zwischenlagerung. Es müsse bloß die Möglichkeit einer Zwischenlagerung sichergestellt sein. Damit könne die gegenständliche Leistung auch ohne Zwischenlagerung erbracht werden. Werde diese dennoch kurzfristig für die Dauer eines Notifizierungsverfahrens notwendig, so handle es sich bloß um eine Tätigkeit in Hilfsfunktion, zumal diese nicht Gegenstand der zu vergebenden Leistung sei. Die Zwischenlagerung ermögliche es dem Auftragnehmer bloß, einen Leistungsteil des Auftrages, konkret die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung der Abfälle, erbringen zu können. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erst im Rahmen der Aufklärungsbeantwortung genannten Unternehmer müssten folglich als Hilfsunternehmer nicht bereits im Angebot benannt werden.

Dies gelte ebenso für jenen Unternehmer, der der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit zur Nutzung einer Abstellfläche für ihre Fahrzeuge und zur Anlieferung von Abfällen während des Zeitraums der verfahrensgegenständlichen Leistungserbringung einräume. Mit der Anmietung der Abstellfläche komme es zu keiner Übertragung von Teilen der ausgeschriebenen Leistung. Der betreffende Unternehmer sei als "bloßer" Hilfsunternehmer zu qualifizieren und habe im Angebot nicht zwingend bekannt gegeben werden müssen.

8 2.2. Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Bundesverwaltungsgericht die Anträge auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren ab (Spruchpunkt A) und erklärte die Revision für nicht zulässig (Spruchpunkt B).

9 Zur Begründung verwies das Bundesverwaltungsgericht im Wesentlichen auf den Verfahrensgang und den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens betreffend die Zuschlagsentscheidung. 10 3. Gegen das Erkenntnis und den Beschluss richtet sich die in einem Schriftsatz ausgeführte außerordentliche Revision mit dem Antrag, die angefochtenen Entscheidungen jeweils wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes, in eventu wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben. 11 4. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes

die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG). Gemäß § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in

nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen. Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer

außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. 12 5. Die vorliegende außerordentliche Revision begründet ihre Zulässigkeit zum einen damit, dass Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Unterscheidung von Subunternehmer und Hilfsunternehmer im Sinn des § 2 Z 33a BVergG 2006 bzw. zur Abgrenzung des Umfanges von Leistungen, die den Subunternehmerbegriff begründen, fehle.

Konkreter Bestandteil der Leistungsbeschreibung sei die Anlieferung von Abfällen beim Auftragnehmer. Darüber hinaus werde in der Leistungsvariante Selbstbehandlung festgelegt, dass der Auftragnehmer die Abfallsammlung sowie die anschließende umweltgerechte Verwertung oder Behandlung der Abfälle überhabe. Die Übernahme des von der Auftraggeberin oder einem Dritten angelieferten Restmülles sei somit ebenso Teil der

ausgeschriebenen Leistung wie auch Leistungen, die von der Abfallsammlung bis zur umweltgerechten Verwertung bzw. Behandlung notwendigerweise anfallen würden.

Ungeachtet dessen komme das Bundesverwaltungsgericht im angefochtenen Erkenntnis zum Schluss, dass es sich bei den Unternehmern, die einen LKW-Abstellplatz an der A 12 bei Innsbruck und ein Abfallzwischenlager für die Dauer der Notifizierungsverfahren zur Verfügung stellten, um bloße Hilfsunternehmer handle. Es fehlten aber Feststellungen dazu, ob bzw. inwieweit die Unternehmer neben der Vermietung in die Erbringung der Leistungen, etwa durch den Einsatz eigenen Personals bei der Abwicklung des angelieferten Materials, eingebunden seien, was jedoch notwendig gewesen wäre, um eine rechtliche Einordnung der Unternehmer als Sub- oder Hilfsunternehmer vornehmen zu können.

Würde man die Grundsätze des § 1313a ABGB heranziehen und dabei die schuldrechtliche Abgrenzung zwischen Erfüllungsgehilfen und Zulieferern berücksichtigen, so wären sowohl jene Unternehmer, die ein Zwischenlager in der Selbstbehandlungsvariante zur Verfügung stellten, als auch jener Unternehmer, der einen LKW-Abstellplatz bereitstelle und Auftraggeberanlieferungen an seinem Standort ermögliche, als Subunternehmer (Erfüllungsgehilfen) anzusehen. Sie würden nämlich allesamt im Rahmen der dem Auftragnehmer obliegenden Verpflichtungen tätig werden.

13 Zum anderen habe es das Bundesverwaltungsgericht entgegen der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Recht auf Akteneinsicht und Wahrung des Grundsatzes auf Parteiengehör unterlassen, das überwiegende Geheimhaltungsinteresse im Sinn des § 17 Abs. 3 AVG in Bezug auf die von der Revisionswerberin begehrte Offenlegung der in der Stellungnahme der Auftraggeberin geschwärzten Textpassagen einer ordnungsgemäßen Beurteilung zu unterziehen, respektive die bekämpfte Entscheidung nicht auf geheime Beweismittel zu stützen.

Der Revisionswerberin sei im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht das Vorbringen der Auftraggeberin zu den Zwischenlagern sowie zu den konkreten Umständen, unter denen die Übergabe der Abfälle im Fall einer Anlieferung durch die Auftraggeberin möglich sein soll, vorenthalten worden, und zwar trotz eines darauf gerichteten Antrages auf Offenlegung geschwärzter Textpassagen. Das Bundesverwaltungsgericht hätte Feststellungen darüber treffen müssen, welche Themen das der Revisionswerberin vorenthaltene Vorbringen der Auftraggeberin betreffe, um daran anknüpfend rechtlich zu beurteilen, ob und inwieweit ein überwiegendes Interesse an der Geheimhaltung des jeweiligen Vorbringens bestehe und weshalb trotz der Geheimhaltung eine effektive Rechtsverfolgung durch die Revisionswerberin möglich sei. Die diesbezüglichen Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichts stellten lediglich eine Scheinbegründung dar. Erschwerend trete hinzu, dass dem angefochtenen Erkenntnis in Bezug auf die Zwischenlager und die Anlieferung des Abfalls durch die Auftraggeberin ein entscheidungswesentlicher Sachverhalt zu Grunde liege, der der Revisionswerberin erst im angefochtenen Erkenntnis zur Kenntnis gebracht worden sei. Damit sei sie evident in ihrem Recht auf Wahrung des Parteiengehörs verletzt. Wäre der Revisionswerberin zum

entscheidungs wesentlichen Sachverhalt Parteiengehör eingeräumt worden, hätte geklärt werden können, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogenen Unternehmer bei richtiger rechtlicher Beurteilung nicht bloß als Hilfsunternehmer, sondern - vor dem Hintergrund der offen gebliebenen Fragen, inwieweit diese in die Auftragserfüllung eingebunden seien - als im Angebot namhaft zu machende Subunternehmer zu qualifizieren gewesen wären. Dabei könne jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass das Bundesverwaltungsgericht im Fall eines mangelfreien Verfahrens zu einer anderen, für die Revisionswerberin günstigeren Sachverhaltsgrundlage gekommen wäre.

1 4 6.1. Ob eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, ist im Zeitpunkt der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes zu beurteilen. Wurde die zu lösende Rechtsfrage daher in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes - auch nach Einbringung der Revision - bereits geklärt, liegt keine Rechtsfrage (mehr) vor, der im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme (vgl. VwGH 24.10.2018, Ra 2016/04/0040, mwN).

15 Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits im Erkenntnis vom 22. März 2019, Ro 2017/04/0022, grundlegend mit der Frage der Abgrenzung des Subunternehmers vom Hilfsunternehmer auseinandergesetzt.

Er verwies dabei zunächst auf die Gesetzesmaterialien zu § 2 Z 33a BVergG 2006 (vgl. RV 776 BlgNR 25. GP 2), die für die Abgrenzung des in dieser Bestimmung definierten Subunternehmerbegriffes auf die Regelungen des Werkvertrages im ABGB Bezug nehmen und führte dazu Folgendes aus:

"Gemäß § 1151 ABGB liegt ein Werkvertrag vor, wenn jemand die Herstellung eines Werkes übernimmt. Die ? Herstellung eines Werkes' wird allgemein als Verpflichtung zur Herbeiführung eines (Arbeits)Erfolgs verstanden (...). Der Unternehmer ist in diesem Fall verpflichtet, das Werk persönlich auszuführen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Subunternehmer ist daher ein Unternehmer, der es übernimmt, Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages - im Sinn der Herstellung eines Teilerfolgs - selbst herzustellen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Versetzt ein Unternehmen den Auftragnehmer (lediglich) in die Lage, den Auftrag zu erbringen, liegt ein Hilfsunternehmen vor. Die Materialien erwähnen hier beispielhaft die Vermietung von Maschinen und Geräten und die Überlassung von Arbeitskräften (...).

Im Einzelfall bedarf es daher zur Abgrenzung der Subunternehmereigenschaft jeweils der Feststellung der konkret getroffenen vertraglichen Vereinbarung zwischen dem am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter und dem jeweiligen dritten Unternehmen - im Falle einer Kette von Verträgen auch die Feststellung der übrigen die Leistungsverpflichtung begründenden Vertragsbeziehungen -, das Leistungen für das bietende Unternehmen im Rahmen der Auftragserfüllung erbringen soll. Anhand der konkreten Vertragsvereinbarung(en) ist jeweils fallbezogen die Einordnung der Vertragsbeziehung zwischen dem Bieter und dem Drittunternehmen vorzunehmen, wobei nach dem oben Gesagten ein Subunternehmervertrag vorliegt, wenn das dritte Unternehmen - gemessen an der im Rahmen der Auftragsvergabe geschuldeten Leistung - die Herstellung eines Teilerfolgs übernimmt."

1 6 Die Revision vermag im vorliegenden Fall nicht aufzuzeigen, dass das Bundesverwaltungsgericht bei seiner Beurteilung von den im Erkenntnis Ro 2017/04/0022 vorgegebenen Leitlinien abgewichen wäre.

Ausgehend von seinen Feststellungen, wonach durch vorliegende Bestätigungen nachgewiesen worden sei, dass eine Zwischenlagerung der Abfälle bei bestimmten, von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogenen Unternehmern vorgenommen werden könne, und dass ein Unternehmer einen - mit einer Verwiegetechnik ausgestatteten - LKW-Abstellplatz an der A 12 im Großraum Innsbruck für die Anlieferung der Abfälle bereitstelle, ist die Rechtsauffassung des Bundesverwaltungsgerichts, dass es sich bei den betreffenden Unternehmern um keine Subunternehmer sondern um "bloße" Hilfsunternehmer handle, nicht zu beanstanden. Indem die Unternehmer eine Zwischenlagerung der Abfälle bei ihnen ermöglichen bzw. einen LKW-Abstellplatz für die Anlieferung der Abfälle zur Verfügung stellen, versetzen sie die Auftragnehmerin (präsumtive Zuschlagsempfängerin) lediglich in die Lage, den Auftrag zu erfüllen. Sie stellen damit weder Teile des Auftrages (im Sinn der Herstellung eines Teilerfolgs) selbst her noch lassen sie Teile des Auftrages unter ihrer persönlichen Aufsicht ausführen. Vor diesem Hintergrund vermag die Revisionswerberin mit ihrem Vorbringen, sie sei in Bezug auf die Zwischenlager und die Anlieferung von Abfällen in ihrem Recht auf Wahrung des Parteiengehörs verletzt worden, auch keinen relevanten Verfahrensmangel aufzuzeigen.

1 7 6.2. Soweit die Revisionswerberin darüber hinaus vorbringt, in ihrem Recht auf Akteneinsicht sowie insoweit in ihrem Recht auf Parteigehör verletzt worden zu sein, ist ihr Folgendes entgegenzuhalten:

1 8 Die Zulässigkeit der Revision setzt neben einem eine grundsätzliche Rechtsfrage im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG aufwerfenden Verfahrensmangel voraus, dass die Revision von der Lösung dieser geltend gemachten Rechtsfrage abhängt. Davon kann im Zusammenhang mit einem Verfahrensmangel aber nur dann ausgegangen werden, wenn auch die Relevanz des Mangels für den Verfahrensausgang dargetan wird, das heißt, dass dieser abstrakt geeignet sein muss, im Fall eines mängelfreien Verfahrens zu einer anderen - für die revisionswerbende Partei günstigeren - Sachverhaltsgrundlage zu führen (vgl. etwa VwGH 21.11.2018, Ra 2018/04/0088, mwN).

1 9 Die Revisionswerberin rügt, ihr seien im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht durch geschwärzte Textpassagen im Vorbringen der Auftraggeberin Informationen vorenthalten worden. Diese würden die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgesehenen Zwischenlager und die konkreten Umstände, unter denen die Übergabe der Abfälle im Fall einer Anlieferung durch die Auftraggeberin möglich sein sollte, betreffen.

2 0 Wie sich aus den Verfahrensakten ergibt, begehrte die Revisionswerberin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht Informationen darüber, welchen Standort bzw. welche Behandlungsanlage die präsumtive Zuschlagsempfängerin angegeben habe und welche Form der Ermöglichung von Anlieferungen durch die Auftraggeberin vorgesehen sei (vgl. Seite 8 der Replik der Revisionswerberin vom 8. Juni 2017). In der zum Nachprüfungsantrag erstatteten Stellungnahme der Auftraggeberin vom 31. Mai 2017, auf die sich die Revisionswerberin hier bezieht, wird ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin selbst über einen Standort verfüge, der "in unmittelbarer Nähe zur Staatsgrenze zwischen Deutschland und dem Bundesland Tirol" liege und dieser "auf kurzem Wege zu erreichen" sei. Die geschwärzten Textpassagen betreffen den Namen der Gemeinde, in der sich der Standort befindet, und die Straßen, über die der Standort erreichbar ist. In der Stellungnahme der Auftraggeberin wird dem Nachprüfungsantrag zudem entgegengehalten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin von der Auftraggeberin "problemlos angefahren werden" könne. Bei der geschwärzten Textpassage handelt es sich hier um einen Klammerausdruck, der die möglichen Orte dafür beispielhaft nennt. 21 Inwiefern die von den Schwärzungen betroffenen Informationen für die Frage, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin herangezogenen Unternehmer als Subunternehmer oder als Hilfsunternehmer zu qualifizieren sind, maßgeblich wären, zeigt die Revisionswerberin mit ihren Ausführungen zur Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht auf.

2 2 7. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 19. November 2019

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2017040117.L00

Im RIS seit

21.01.2020

Zuletzt aktualisiert am

21.01.2020

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at