

Subunternehmer

Leistungsumfang und Bekanntgabepflichten in Zusammenhang mit Subunternehmern

Allgemeines

Ein Subunternehmer ist ein Unternehmer, der Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages ausführt. Die bloße Lieferung von Waren oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, ist keine Subunternehmerleistung.

Die Definition des Begriffes „Subunternehmer“ findet ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für diese Vertragsverhältnisse ist, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet ist. Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrages liegt daher dann vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernimmt und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst (oder mit Gehilfen) ausführt.

Zulieferer sind keine Subunternehmer, 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 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).

Die Definition stellt darauf ab, dass ein Unternehmer – in welcher Art und in welchem Umfang auch immer – an der Ausführung eines erteilten Auftrages beteiligt ist. Unerheblich ist daher, ob er ein direktes Vertragsverhältnis mit dem Auftragnehmer hat oder nicht; die Definition erfasst sohin die gesamte Subunternehmerkette (somit auch jene Unternehmer, die herkömmlich oft auch als Subsub[...]Unternehmer bezeichnet werden).

Mit der Formulierung werden daher umfassend jene Unternehmer erfasst, die aufgrund eines direkten oder indirekten vertraglichen („Ketten“-)Verhältnisses mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden werden (bis zum letzten Glied dieser „Kette“). Im Gesetz werden alle diese Unternehmen einheitlich als „Subunternehmer“ bezeichnet.

Subunternehmer oder Lieferant?

LVwG Wien vom 27.11.2014, GZ: VGW-123/077/31533/2014

Leitsatz:

Die bloße Lieferung maßgefertigter Bauprodukte macht den Hersteller noch nicht zum Subunternehmer. Anderes gilt, wenn über die bloße Lieferung hinausgehende Arbeiten (z.B. Be- oder Verarbeitung) erbracht werden.

Sachverhalt:

Ein Unternehmer beteiligte sich als Bieter an einem offenen Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags im Unterschwellenbereich. Der zu vergebende Auftrag betraf Stahlbauarbeiten in Form des Austausches von Futterblechen und der Lagersanierung an einer Strombrücke. Die zu verarbeitenden Futterbleche bezog der Bieter von einem dritten Unternehmen. Dieses dritte Unternehmen stellte die Futterbleche nach den Vorgaben des Bieters (die den Vorgaben des Auftraggebers in der Ausschreibung entsprachen) her. Das dritte Unternehmen wurde nicht als Subunternehmer genannt.

Der Bieter wurde in weiterer Folge als Zuschlagsempfänger auserkoren. Die Zuschlagsentscheidung wurde von einem anderen Bieter allerdings (unter anderem) mit dem Argument angefochten, dass das Angebot des präsidentiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden sei. Der präsidentive Zuschlagsempfänger habe es unterlassen, den Hersteller der Futterbleche als Subunternehmer zu nennen.

Entscheidungssätze:

Das LVwG Wien wies den Nachprüfungsantrag mit der Begründung ab, dass eine etwaige Maßanfertigung des vom Bauunternehmer gekauften Bauprodukts den Hersteller des selbigen noch nicht zum Subunternehmer macht. Aus vergaberechtlicher Sicht ist die zivilrechtliche Abgrenzung zwischen Kauf- und Werkvertrag nur grob zu prüfen. In allen Fällen, in denen von einem bloßen Zukauf ausgegangen werden kann, liegt nach dem LVwG Wien keine Subunternehmereigenschaft vor.

Schlussfolgerung:

Die Abgrenzung zwischen bloßen Zulieferern und Subunternehmern ist oft schwierig, eine unrichtige Einordnung aber mit weitreichenden Konsequenzen, die bis zur Ausscheidung eines Angebots aus dem Vergabeverfahren reichen, verbunden.

Aus der gegenständlichen Entscheidung lassen sich folgende Grundsätze ableiten, die gegebenenfalls bei der Einordnung helfen können:

- Maßanfertigungen schließen die Einordnung als bloßer Zulieferer nicht aus.
- Die zivilrechtliche Einordnung als Kauf- oder Werkvertrag kann zwar ein Indiz sein, wird aber vergaberechtlich nur grob geprüft.
- Maßgeblich ist, ob über die Lieferung hinaus noch weitere Leistungen (z.B. der Einbau) erbracht werden. Dies spricht für die Subunternehmereigenschaft.

Subunternehmerleistungen

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

Der Bieter hat alle Teile des Auftrages, die er im Wege von Subaufträgen an Subunternehmer zu vergeben beabsichtigt, sowie die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben. Abweichend davon kann der öffentliche Auftraggeber aus sachlichen Gründen in der Ausschreibung festlegen, dass nur hinsichtlich der von ihm festgelegten wesentlichen Teile des Auftrages, bei denen der Bieter Subunternehmer in Anspruch nehmen möchte, die jeweils in Frage kommenden Subunternehmer im Angebot bekannt zu geben sind.

Die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung ist nur insoweit zulässig, als der betreffende Subunternehmer die für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil erforderliche Eignung besitzt.

Grundsätzlich sind vom Bieter bereits im Angebot alle Subunternehmer und die sie betreffenden Leistungsteile bekanntzugeben. Dadurch soll bereits in der Angebotsphase eine vollständige Transparenz hinsichtlich der an der Auftragsausführung mitwirkenden Unternehmen sichergestellt werden. Die Verpflichtung zur Bekanntgabe aller Subunternehmer folgt bereits unmittelbar aus dem Gesetz; eine entsprechende Festlegung in der Ausschreibung ist nicht mehr erforderlich.

Betroffen von der Verpflichtung sind daher sowohl erforderliche Subunternehmer (das sind Unternehmer, die für die Eignung des Bieters zwingend erforderlich sind) wie auch nicht erforderliche Subunternehmer (deren Eignung für den Bieter nicht unerlässlich ist). Damit soll dem Auftraggeber ein umfassendes Bild gegeben werden, welche Unternehmen im Rahmen der Ausführung des Auftrages zum Einsatz kommen sollen. Die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern hat das Ausscheiden des betroffenen Angebotes zur Folge.

Bekanntgabepflichten im Zusammenhang mit Subunternehmern nach Zuschlagserteilung

Nach Zuschlagserteilung hat der Auftragnehmer jeden beabsichtigten Wechsel eines Subunternehmers oder jede beabsichtigte Hinzuziehung eines nicht im Angebot bekannt gegebenen Subunternehmers dem Auftraggeber schriftlich und unter Anschluss aller zur Prüfung der Eignung des betreffenden Unternehmers erforderlichen Nachweise mitzuteilen.

Der Auftraggeber hat Unternehmer, die nicht die erforderliche Eignung besitzen, abzulehnen. Der Auftragnehmer hat in diesem Fall gegebenenfalls einen anderen Unternehmer bekannt zu geben. Der Einsatz dieser Unternehmer bei der Leistungserbringung darf nur nach vorheriger Zustimmung des Auftraggebers erfolgen. Die Zustimmung des Auftraggebers gilt als erteilt, sofern der Auftraggeber den Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung gemäß dem ersten Satz abgelehnt hat.

Grundsätzlich besteht ein Verbot des Einsatzes von „neuen“ Subunternehmern **nach** Zuschlagserteilung. Neue Subunternehmer sind jene Subunternehmer, die nicht bereits im Angebot genannt wurden und deswegen vom Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung geprüft werden konnten. Dieses grundsätzliche Verbot betrifft den Unternehmerwechsel (Austausch eines im Angebot oder vor Einsatz bei der Leistungserbringung bekannt gegebenen Subunternehmers) bzw. das Hinzuziehen („Nachschieben“) eines im Angebot nicht bekannt gegebenen Unternehmers zur Auftragsausführung.

Dieses Verbot gilt allerdings nicht uneingeschränkt: Sofern der Einsatz eines bisher nicht vom Auftraggeber geprüften Unternehmers in Aussicht genommen wird, ist dies einerseits dem Auftraggeber durch den Auftragnehmer bekannt zu geben und darf dieser Unternehmer nur nach vorheriger expliziter Zustimmung durch den Auftraggeber an der Ausführung des Auftrages (bzw. des ihm zugedachten Leistungsteiles) mitwirken.

Der Auftraggeber kann seine Zustimmung zum Einsatz neuer Unternehmen allerdings nicht willkürlich, sondern nur aus sachlichen Gründen verweigern. Als derartige (sachliche) Gründe sind etwa zu nennen: mangelnde Eignung des Unternehmers, bereits im Leistungsvertrag festgelegte (sachliche) Gründe oder Gründe, die den Auftraggeber zum Rücktritt vom Vertrag berechtigen würden.

Das Zustimmungserfordernis des Auftraggebers wird durch eine Zustimmungsfiktion ergänzt, wonach die Zustimmung als erteilt gilt, sofern der Auftraggeber den in Aussicht genommenen Subunternehmer nicht binnen drei Wochen nach Einlangen der Mitteilung durch den Auftragnehmer abgelehnt hat. Die Frist von drei Wochen ist nicht verlängerbar.