

**Gericht**

Landesverwaltungsgericht Wien

**Entscheidungsdatum**

27.11.2014

**Geschäftszahl**

VGW-123/077/31533/2014

**Text**

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl über den Antrag der R., vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren .../... Strombrücke Tausch der Futterbleche - Lagersanierung KENNWORT: ..., der L., vertreten durch Rechtsanwälte, nach öffentlicher, mündlicher Verhandlung durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung vom 26.9.2014 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2, 11, 13, 15, 20, 23, 24, 25, 26 WVRG 2014, §§ 1 Abs. 1, 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 163, 165, 169, 230, 231, 240, 269 Abs. 1 Z 2, 272 BVergG.

**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE**

Die Antragsgegnerin ist Sektorenauftraggeberin und führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich. Der zu vergebende Auftrag betrifft Stahlbauarbeiten, und zwar den Tausch der Futterbleche und die Lagersanierung an der Strombrücke der ..., Bauabschnitt .... Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis.

In diesem Vergabeverfahren erließ die Antragsgegnerin am 26.9.2014 eine Zuschlagsentscheidung, welche auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin lautete.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung brachte die Antragstellerin beim Verwaltungsgericht Wien am 3.10.2014 einen Nachprüfungsantrag ein, in welchem sie beantragte, das Verwaltungsgericht möge ein Nachprüfungsverfahren durchführen und die Zuschlagsentscheidung wegen Rechtswidrigkeit für nichtig erklären, eine mündliche Verhandlung durchführen, der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens gewähren sowie der Auftraggeberin gemäß § 16 Abs. 1 WVRG den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auftragen, in eventu für den Fall der Klaglosstellung während des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens der Auftraggeberin den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Zugang der Entscheidung auftragen.

Außerdem beantragte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes vom 8.10.2014, VGW-123/V/077/31534/2014, antragsgemäß erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags untersagt.

Die Antragstellerin legte in ihrem Nachprüfungsantrag ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch Nichterteilung des Auftrages entstehenden Schaden insbesondere in Form von entgangenem Gewinn und dem Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes dar. Außerdem führte sie an, dass bei Nichterteilung des Auftrages die Kosten für die

Ausarbeitung des Angebotes und für die eingeholte Rechtsberatung als frustrierter Aufwand ein Verlust wären.

Als Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung machte die Antragstellerin insbesondere geltend, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG aufgrund fehlender technischer Leistungsfähigkeit infolge der von der Ausschreibung verlangten und nicht vorliegenden Zertifizierung gemäß DIN EN 1090 auszuscheiden. Darüber hinaus verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die in der Ausschreibung geforderten Referenzen zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht zuschlagsfähig. Schließlich habe es die Auftraggeberin unterlassen, eine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung vorzunehmen.

Hinsichtlich Zertifizierung führte die Antragstellerin im Detail aus, wie bei Stahlbauarbeiten seit 1.7.2014 gesetzlich vorgeschrieben sei, habe die Antragsgegnerin im Leistungsverzeichnis in den ständigen Vorbemerkungen mit der Position 08.10 die ÖNORM EN 1090 als Vertragsbestandteil erklärt. Darüber hinaus werde in den Hauptpositionen der gegenständlichen Ausschreibung, den Positionen 08.1010A und 08.1010C, die Ausführungsklasse der Stahlkonstruktion nach der ON EN 1090 – Exc 3 verlangt. Bei der ÖNORM EN 1090 handle es sich um eine harmonisierte europäische Norm, welche Festlegungen für den Konformitätsnachweis von Bauteilen enthalte, seit dem Jahr 2009 die österreichischen Stahlbaunormen B 4300-7 und B 4600-7 ersetze und mit 1.1.2011 mittels Veröffentlichung im europäischen Amtsblatt EU C344 7 europaweit eingeführt worden sei.

Die EG-Bauprodukteverordnung verpflichte Unternehmen, spätestens ab 1.7.2014, in Verbindung mit der seit Ende 2010 harmonisierten EN 1090-1, tragende Bauteile aus Stahl und Aluminium in den Mitgliedstaaten der EU ausschließlich mit einer CE-Kennzeichnung in Verkehr zu bringen. Bei der Erstellung der Bauteilspezifikation durch den Hersteller erkläre der Hersteller, dass die Herstellung des Bauteils in Übereinstimmung mit der EN 1090-2 für Stahlbauteile und mit der EN 1090-3 für Aluminiumbauteile erfolge.

Zur Einhaltung dieser Normen sei erforderlich, dass ein Unternehmen nach einem

vorgesehenen Zertifizierungsverfahren zertifiziert sei. Diese Anforderung ergebe sich nicht nur aus der Ausschreibung, sondern auch aus dem Wiener Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetz. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die Zertifizierung nach der EN 1090, sodass sie die geforderte CE-Kennzeichnung nicht ausstellen dürfe. Ein Subunternehmer zur Substitution der technischen Leistungsfähigkeit sei nicht namhaft gemacht worden. Im Ergebnis sei daher das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin aufgrund der mangelnden Eignung in Folge fehlender technischer Leistungsfähigkeit zwingend auszuschneiden.

Ein weiterer zwingender Ausscheidensgrund liege im Fehlen der erforderlichen Referenzprojekte. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin erfülle nicht die in der Ausschreibung bestandsfest festgelegte Anforderung von mindestens zwei Referenzen über die Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen, die im Zeitraum Anfang 2008 bis Ende 2014 abgeschlossen wurden.

Die Antragsgegnerin legte mit Schriftsatz vom 10.10.2014 die Akten des Vergabeverfahrens vor und hielt dem Vorbringen der Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes entgegen:

Die Ausschreibung lege keine Zertifizierung der Bieter gemäß EN 1090 fest. Insbesondere sei kein darauf gerichtetes Eignungskriterium festgelegt. Die von der Antragstellerin ins Treffen geführten Ausschreibungsbestimmungen seien Teil des Leistungsverzeichnisses und nicht der Vergabebestimmungen und würden schon allein nach ihrer Position keine Eignungskriterien enthalten und somit für die Beurteilung der technischen Leistungsfähigkeit bedeutungslos sein.

Darüber hinaus enthalte auch der Wortlaut der von der Antragstellerin genannten Positionen des Leistungsverzeichnisses kein Eignungskriterium im Sinne einer vom Bieter zu erfüllenden Mindestanforderung. Vielmehr enthielten diese Positionen lediglich eine technische Spezifikation der zu erbringenden Leistung, nämlich der zu liefernden Stahlkonstruktion. Beschrieben werde lediglich die Qualität („Ausführungs-klasse“) der zu liefernden Stahlkonstruktion, nicht hingegen die Eigenschaft des Bieters.

Selbst wenn man im vorliegenden Fall aus der in der Leistungsbeschreibung angeführten

Ausführungsklasse nach ON EN 1090 die Notwendigkeit einer Zertifizierung nach ON EN 1090 ableiten wollte, wäre somit diese Zertifizierung nicht schon zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung, sondern erst im Zuge der Ausführung der Leistung zu erwirken und nachzuweisen, weil es sich bei der genannten „Ausführungsklasse“ nicht um ein Eignungskriterium, sondern um eine Spezifikation der Leistungserbringung („Leistungskriterium“) handle.

Dazu komme schließlich, dass in den beiden von der Antragstellerin genannten Positionen nach dem eindeutigen Wortlaut nicht die Herstellung, sondern lediglich die Lieferung der jeweils näher spezifizierten Stahlkonstruktion gefordert sei. Entsprechend der so beschriebenen Leistung wäre auch bei der Leistungserbringung eine Zertifizierung des Auftragnehmers nicht erforderlich. Vielmehr wäre es allein dessen Angelegenheit, ob er eine Zertifizierung erwirkt, um die zu liefernde Stahlkonstruktion selbst herzustellen, oder aber eine von einem zertifizierten Lieferanten hergestellte Stahlkonstruktion erwirbt.

Die geforderten zwei Referenzen über die Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin nachgewiesen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte mit Schriftsatz vom 14.10.2014 im Wesentlichen vor, die beiden von der Antragstellerin angesprochenen Positionen würden ausdrücklich nicht die Herstellung, sondern die Lieferung der gegenständlichen Stahlkonstruktionen vorsehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin würde die Stahlkonstruktionen von einem befugten Hersteller beziehen, der über die erforderliche Zertifizierung verfüge. Ein entsprechendes Zertifikat der Konformität der werkseigenen Produktionskontrolle für tragende Bauteile aus Stahl nach EN 1090-2 schloss die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrem Schriftsatz an und brachte dazu vor, dass es sich dabei um das Zertifikat des Herstellers, von dem sie diese Bauteile im Auftragsfall beziehen würde, handle.

Die geforderten Referenzen habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahren ordnungsgemäß nachgewiesen.

Die Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 17.10.2014 im Wesentlichen Folgendes:

Das Erfordernis, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach der EN 1090 zertifiziert sein müsse, würde sich auch aus zwingenden gesetzlichen Bestimmungen ergeben. Als zwingende gesetzliche Bestimmung führte die Antragstellerin einzelne Bestimmungen des Wiener Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetzes an.

Die ON EN 1090 sei eine technische Spezifikation im Sinne des § 2 Z 35 BVergG. Die Zertifizierung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach der ON EN 1090 sei Voraussetzung dafür, dass die Produkte, die nach den Vorgaben dieser Norm herzustellen sind, in Verkehr gebracht und somit verbaut werden dürften. Die Zertifizierung nach dieser Norm sei daher Voraussetzung dafür, dass die Bieter befugt seien, die auftragsgegenständliche Leistung zu erbringen.

Der Konformitätsnachweis nach der ON EN 1090 betreffe – im Gegensatz zum Vorbringen der Antragsgegnerin – nicht nur die Vorfertigung der Stahlkonstruktion. Die Norm regle auch das Montageverfahren, zulässige Toleranzen, den Korrosionsschutz und die bei Abnahme neuerlich auszustellende Konformitätserklärung für die gesamte Konstruktion. Die gesamte fertiggestellte Konstruktion stelle nach der Definition der Norm ein Stahlbauwerk dar, welches eines Konformitätsnachweises bedürfe.

Weiters sei darauf zu verweisen, dass vor Ort bei der Montage der Stahlbauteile Schweißarbeiten anfielen, zu deren Durchführung nur ein nach der ÖNORM EN 3834 zertifiziertes Unternehmen berechtigt sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge auch nicht über die erforderliche Zertifizierung nach der ÖNORM EN 3834.

Im Detail führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, wenn einzelne Bauteile vor Ort zusammengesetzt werden, entstände ein Bausatz, der wiederum nur von einem nach der ON EN 1090 zertifizierten Unternehmen in Verkehr gebracht werden dürfe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge unbestritten nicht über eine Zertifizierung nach der ON EN 1090. Daher bestehe ein rechtliches Hindernis, das es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verbiete, gegenständlichen Auftrag selbst durchzuführen. Wenn wie im Anlassfall gesetzlich bestimmte Befugnisse erforderlich seien, um den Auftrag auszuführen, stelle diese Befugnis

jedenfalls einen Eignungsbestandteil dar, bei dessen Nichtvorliegen das Angebot auszuscheiden sei.

Im Anlassfall habe die Antragsgegnerin gar nicht in die Ausschreibung aufnehmen müssen, dass eine Zertifizierung nach ON EN 1090 erforderlich sei, da Bieter, die nicht über eine solche Zertifizierung verfügten, nicht die gesetzlichen Anforderungen erfüllten. Im konkreten Fall liege daher die Sonderkonstellation vor, dass die Gesetzeslage Auftraggeber verpflichte, die Stahlbauarbeiten nur an diejenigen Bieter zu vergeben, die über eine Zertifizierung nach ON EN 1090 verfügten oder diese durch Namhaftmachung eines Subunternehmers substituierten.

Im Ergebnis sei daher das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangels Eignung jedenfalls auszuscheiden, unabhängig davon, ob es sich bei der Zertifizierung nach der ON EN 1090 um eine technische Spezifikation, ein Element der technischen Leistungsfähigkeit oder der Befugnis handle.

Im Übrigen sei nach der Rechtsprechung des OGH für die Abgrenzung von Kaufvertrag und Werkvertrag nicht darauf abzustellen, ob eine vertretbare oder unvertretbare Sache zu liefern sei, sondern, ob die zu liefernde Sache nach besonderen Wünschen des Bestellers über Maße, Ausstattung etc. hergestellt werden soll. Im letzten Fall liege – wie hier – ein Werkvertrag vor. Das Unternehmen, das die Stahlkonstruktion für die präsumtive Zuschlagsempfängerin herstellen würde, wäre daher als Subunternehmer und nicht als Lieferant anzusehen.

Eine eigene Herstellung wäre nur möglich, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Zertifizierungsverfahren nach der ON EN 1090 positiv durchführe. Ein derartiges Verfahren dauere mindestens drei Monate. Die Ausschreibung sehe vor, dass die Ausführung am 28.10.2014 beginnen und 45 Kalendertage dauern solle. Für diesen Zeitraum sei es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls unmöglich, selbst eine Zertifizierung nach der ON EN 1090 zu erlangen. Es würde eine Ungleichbehandlung der Bieter darstellen, wenn die Zertifizierung nicht zum maßgeblichen Zeitpunkt im Sinne des § 230 BVergG vorliegen müsste, weil es dann dem Bieter freistünde, die zeit- und kostenintensive Zertifizierung erst nach erfolgter Auftragserteilung vorzunehmen.

Das Angebot der präsidentiven Zuschlagsempfängerin sei auch auszuschneiden, weil im Angebot keine Subunternehmer genannt würden, laut Ausschreibungsbestimmungen jedoch Subunternehmer, an die wesentliche Teile des Auftrags weitergegeben werden, jedenfalls bekanntzugeben seien, und die präsidentive Zuschlagsempfängerin gegenständlich wesentliche Teile des Auftrags an einen Subunternehmer weitergeben würde.

Weiters führte die Antragstellerin aus, dass es sich bei den Referenzen denkunmöglich um Geschäftsgeheimnisse handeln könne und sie ohne Akteneinsicht die Behauptungen der Antragsgegnerin nicht überprüfen könne und deren Richtigkeit bestreite.

Die Antragsgegnerin hielt dem mit Schriftsatz vom 5.11.2014 im Wesentlichen Folgendes entgegen:

Die Zertifizierung gemäß ON EN 1090 sei kein Aspekt der Befugnis. Die Antragstellerin versuche nun darzustellen, dass eine Zertifizierung nach der ON EN 1090 sowohl ein Element der technischen Leistungsfähigkeit als auch der Befugnis sei. Dazu sei festzuhalten, dass diese Darstellung dem ursprünglichen Nachprüfungsantrag widerspreche, worin die Antragstellerin ausschließlich das Fehlen der technischen Leistungsfähigkeit behauptet hätte. Darüber hinaus stehe das nunmehrige Vorbringen auch im Widerspruch mit vergaberechtlichen Bestimmungen. § 71 Z 1 in Verbindung mit Anhang VII BVergG regle nämlich den Nachweis der Befugnis, welcher durch eine Urkunde über die Eintragung im Berufs- und Handelsregister des Herkunftslandes zu führen sei, was bei einem Unternehmer aus Österreich das Firmenbuch, das Gewerberegister und die Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern seien. Alle diese Register würden jedoch keinerlei Angaben über eine Zertifizierung nach der ON EN 1090 enthalten, weshalb es sich bei Zertifizierungen nach dieser Norm jedenfalls nicht um eine berufliche Befugnis im vergaberechtlichen Sinn handeln könne.

Im Übrigen weise die Antragsgegnerin nochmals darauf hin, dass es sich bei der in der Leistungsbeschreibung genannten ON EN 1090 nicht um ein Eignungskriterium, sondern um eine Spezifikation der zu erbringenden Leistung handle. Neben den bereits genannten

Entscheidungen des VKS Wien (VKS Wien 29.1.2009, VKS-10665/08; VKS Wien 31.5.2007, VKS-3231/07) habe auch das BVA (BVA 14.3.2013, N/0008-BVA/10/2013-42) bereits darauf hingewiesen, dass derartige Spezifikationen keine Verpflichtung begründeten, korrespondierende Eignungsnachweise bereits im Zuge des Vergabeverfahrens zu fordern oder vorzulegen.

Darüber hinaus legte die Antragsgegnerin detailliert dar, warum der Lieferant der Stahlkonstruktionen nicht als Subunternehmer anzusehen sei. Demnach sei es für die Abgrenzung von Subunternehmern zu Hilfsunternehmern entscheidend, dass der Hilfsunternehmer selbst keine Teile der zu vergebenden Leistung erbringe. Dabei sei nicht auf sämtliche für den entsprechenden Auftragsteil faktisch notwendigen Leistungen, sondern ausschließlich auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen (BVA 28.10.2011, N/0090-BVA/02/2011-33). In den von der Antragstellerin ins Treffen geführten Positionen des Leistungsverzeichnisses seien konkret keine Schweißarbeiten vor Ort ausgeschrieben. Ebenso wenig seien in der Position für die Montage konkret Schweißarbeiten gefordert. Die Frage, ob solche Arbeiten oder andere Leistungen für die Leistungserbringung faktisch notwendig seien, spiele keine Rolle.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte in ihrem Schriftsatz vom 26.11.2014 im Wesentlichen vor:

Die Verweise der Antragstellerin auf das Wiener Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetz gingen schon deswegen fehl, weil dieses Landesgesetz mit dem Inkrafttreten des Wiener Bauproduktengesetzes 2013 mit 30.7.2014 außer Kraft getreten sei.

Die von der Antragstellerin angeführten Positionen 08.1010A und 08.1010C seien Lieferpositionen. „Lieferrn“ sei nach den Begriffsbestimmungen des Leistungsverzeichnisses definiert als Erwerb, Antransport zur Verwendungsstelle oder zur angegebenen Lagerungsstelle und Abladen von Materialien, Werkstücken und dergleichen, die dazu bestimmt sind, in das Eigentum des Auftraggebers überzugehen. Diese Positionen würden keine Zertifizierungsleistungen enthalten, weder hinsichtlich der geforderten Stahlteile noch hinsichtlich der fertiggestellten Leistungen vor Ort. Der Bezug der Stahlteile von einem

Lieferanten sei daher eine reine Lieferleistung und keine Subunternehmerleistung.

Eine Abnahme des Bauwerks nach Durchführung der Montage- bzw. Schweißarbeiten sei nicht leistungsgegenständlich, weil die Auftraggeberin Derartiges nicht ausgeschrieben habe. Damit entfalle aber die Nennung von Subunternehmern selbst dann, wenn die Auftraggeberin eine Konformitätserklärung hinsichtlich des Bauwerks benötigen würde. Im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags werde diese nicht geschuldet.

Im übrigen verfüge die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowohl über ein Zertifikat gemäß EN ISO 3834-2 als auch über entsprechend qualifiziertes und geprüftes Personal für die Schweißarbeiten.

Ein Zertifikat über die Erfüllung der schweißtechnischen umfassenden Qualitätsanforderungen nach der EN ISO 3834-2 sowie zwei Zeugnisse über einen jeweils absolvierten Lehrgang für Schweißwerkmeister schloss die präsumtive Zuschlagsempfängerin an.

Am 27.11.2014 wurde vor dem Verwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte folgenden Verlauf und Inhalt:

*Die Antragstellervertreterin bringt vor, dass sie als zu erörternden Punkt zusätzlich die Frage der Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat. Dieses Thema wird im Laufe der Verhandlung ebenfalls zu erörtern sein.*

*Der Verhandlungsgegenstand wird dahingehend dreigeteilt, dass zunächst das Thema Referenzen, danach das Thema Befugnis und danach der Themenkomplex „Zertifizierung“ etc. erörtert wird.*

*Auf Frage des Berichters, in wie weit das Thema der Referenznachweise in Anwesenheit der Antragstellerin erörtert werden kann bzw. Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse betrifft, gibt die Teilnahmeberechtigte an, dass zunächst in Anwesenheit der Antragstellerin erörtert werden könne. Sobald es um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse geht, werde die Teilnahmeberechtigte dies rechtzeitig sagen.*

*Auf Frage gibt die Teilnahmeberechtigte an, dass der zweite Referenznachweis, der die gegenständlichen Schweißarbeiten betrifft, das Projekt Verlängerung ..., Bauabschnitt ... sei.*

*Auf Frage durch die Antragstellervertreterin führt der Antragsgegnervertreter aus, dass es bei diesem Referenznachweis um die Errichtung von zwei Stahlhohlkastenbrücken und einem Stahlbetonbrückentragwerk ging und die Zeit der Leistungserbringung Oktober 2006 bis Dezember 2009 war. Dies geht auch aus dem Referenznachweis ausdrücklich hervor. Der Antragsgegnervertreter teilt mit, dass die Anforderung, wonach die in der Referenz enthaltenen Arbeiten „Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen“ enthalten müssen, nicht ausdrücklich in dieser Referenz angeführt sei. Dies sei jedoch den L. als Auftraggeberin des Referenzprojektes bekannt. Für einen Fachmann sei klar, dass die oben angeführten Schweißarbeiten umfasst seien.*

*Die Teilnahmeberechtigte gibt dazu an, dass der Antragsgegnerin bekannt sei, dass bei dieser Referenz die in Frage kommenden Schweißarbeiten durchgeführt worden seien, weil der Auftrag für die Antragsgegnerin erbracht worden sei.*

*Der Antragsgegnervertreter legt ein internes Mail vom 14.10.2014 vor, in dem von der „B67/8“ bestätigt wurde, dass im Rahmen dieses Projektes Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen (z.B. Brückentragwerke) stattgefunden haben.*

*Die Antragstellervertreterin fragt, ob die Schweißarbeiten von der Teilnahmeberechtigten selbst durchgeführt wurden. Die Teilnahmeberechtigte antwortet, dass dies nach ihrem Kenntnisstand der Fall war. Die Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung der Schweißarbeiten lag ebenfalls bei der Teilnahmeberechtigten.*

*Die Antragstellervertreterin weist ausdrücklich darauf hin, dass dieses Referenzprojekt zu einem Zeitpunkt durchgeführt worden sei, zu dem die EG-Bauprodukteverordnung noch nicht in Kraft gewesen sei. Die Teilnahmeberechtigte hält dem entgegen, dass es nach der Referenzanforderung irrelevant sei, ob im Zeitpunkt der Durchführung des Referenzprojektes die Bauprodukteverordnung bereits in Kraft war. Der Richter weist darauf hin, dass diese Frage der rechtlichen Beurteilung durch den Senat obliegt, zumal insoweit eine Rechtsfrage vorliegt.*

*Auf Frage der Antragstellervertreterin gibt der Antragsgegnervertreter an, dass die zweite Referenz, welche die Schweißarbeiten betrifft, aus dem Leistungszeitraum 2012 stammt. Die Teilnahmeberechtigte gibt an, dass es sich dabei um das Bauvorhaben ... gehandelt hat.*

*Auf Frage aus dem Senat, was man sich konkret unter den ausgeschriebenen Arbeiten vorstellen kann und welche Schweißarbeiten dabei anfallen, erläutert die Antragstellerin:*

*Es handelt sich um den Austausch von Futterblechen bei einer stark befahrenen U-Bahnbrücke. Bei Futterblechen handle es sich um Stahlbauteile, welche zwischen dem Brückenlager und dem eigentlich Tragwerk lastableitend und höhenausgleichend eingebaut werden. Das Lager unter den Futterblechen und das Tragwerk oberhalb der Futterbleche sind jeweils aus Stahl. Der Einbau der Futterbleche erfolge daher durch Einschweißen an die unterhalb und oberhalb gelegenen Bauteile. Bei den Futterblechen handle es sich nicht um serienmäßig gefertigte Bauteile, sondern um maßgefertigte Einzelstücke für den Einbau an ihrem jeweiligen konkreten Bestimmungsort.*

*Die Erörterung der technischen Ausführungen durch die Antragstellerin mit der Antragsgegnerin ergibt, dass das*

*grundsätzliche Bild, wonach die Futterbleche als Zwischenstück zwischen Brückenlager und Tragwerk eingeschweißt werden, unbestritten ist. Die Frage, in wie weit es sich um maßgefertigte Einzelstücke handelt, bedarf jedoch, soweit ihr für die folgenden Themenbereiche Entscheidungsrelevanz zukommen sollte, noch einer näheren Erörterung.*

*Die Verhandlung wird um 9:58 Uhr unterbrochen. Die Parteien verlassen den Verhandlungssaal. Die Parteien betreten den Verhandlungssaal um 10:12 Uhr und die Verhandlung wird fortgeführt.*

*Die Antragstellervertreterin bringt vor, dass der Privatsachverständige die Verhandlung um spätestens 10:30 Uhr verlassen müsse und daher nach Möglichkeit das Vorbringen des Privatsachverständigen jetzt aufgenommen werden möge. Aus Sicht des Senates ist es nicht Aufgabe des Privatsachverständigen, zu Rechtsfragen ein Vorbringen zu erstatten. Die Antragstellervertreterin wird daraufhin gefragt, wozu konkret der Privatsachverständige ein Vorbringen erstatten soll. Außerdem wird sie aus dem Senat gefragt, wo in ihren bisherigen Schriftsätzen sie konkret die nunmehr von ihr aufgeworfene Frage der Gewerbeberechtigung der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angesprochen habe.*

*Die Antragstellervertreterin führt dazu aus, dass sie in ihren Schriftsätzen immer wieder auf die ihrer Ansicht nach fehlende Zertifizierung hingewiesen habe und in diesem Zusammenhang von einem Eignungsmangel und von einem Befugnismangel gesprochen habe. Ihrer Ansicht nach sei damit das Thema der Befugnis Beschwerdegegenstand. Der Privatsachverständige werde vor allem dazu benötigt, um Ausführungen darüber zu machen, welche Qualifikationen bzw. Ausbildungen man für die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten benötige. Außerdem würde die Gewerbeberechtigung alleine für die ordnungsgemäße Durchführung der Arbeiten nicht ausreichen und sei darüber hinaus eine Zertifizierung nach der EN ISO 3834 und der EN 1090 erforderlich. Dies ergebe sich unmittelbar aus der EG-Bauprodukteverordnung.*

*Der Privatsachverständige führt aus, dass hier technische Fragen vom rechtlichen Hintergrund schwer zu trennen seien. Die EN 1090 sei, wie die Antragstellervertreterin gegebenenfalls näher ausführen werde, über die EG-Bauprodukteverordnung verbindlich. Bauprodukte müssten nach den EN 1090 CE-zertifiziert sein. Die entscheidende Frage sei, ob die angelieferten Bauprodukte (Futterbleche) durch die Bearbeitung auf der Baustelle nicht soweit eine Veränderung der Leistungsmerkmale erfahren würden, dass sie nach der Veränderung neuerlich zertifiziert werden müssten. In diesem Fall müsste die neuerliche CE-Erklärung durch den Ausführenden und damit durch die präsuntive Zuschlagsempfängerin erfolgen. Um dies zu dürfen, bedarf es einer Zertifizierung des Unternehmens nach EN 1090 durch beispielsweise den TÜV oder eine anderen Akkreditierungsstelle.*

*Der Antragsgegnervertreter richtet an den Privatsachverständigen die Frage, was konkret die Aufgaben des Herstellers bei der CE-Zertifizierung seien. Der Privatsachverständige führt dazu aus, dass es Aufgabe des Herstellers ist, eine Leistungserklärung abzugeben. Um dies ordnungsgemäß tun zu können, brauche er eine werkseigene Produktionskontrolle.*

*Auf Frage des Berichters bestätigt der Privatsachverständige den Vorhalt, dass die in Frage stehende Veränderung auf der Baustelle eine solche ist, die aus dem angelieferten Produkt eine Einzelanfertigung macht. Das veränderte Produkt ist damit jedenfalls eine Einzelanfertigung.*

*Der Antragsgegnervertreter fragt, wo konkret es stehe, dass das veränderte Produkt ein neues Bauprodukt darstellen würde.*

*Der Privatsachverständige gibt dazu unter Mitwirkung der Antragstellervertreterin an, dass die Definition des Bauproduktes und des Bausatzes in Art. 2 Z 1 und 2 der EG-Bauprodukteverordnung enthalten sei und es im Übrigen eine Wertungsfrage sei, ob das ursprüngliche Bauprodukt nach erfolgter Veränderung auf der Baustelle ein neues Bauprodukt darstellt.*

*Der Teilnahmeberechtigte fragt den Privatsachverständigen nach seiner Qualifikation. Der Privatsachverständige gibt dazu an, er sei ausgebildeter Schweißingenieur und Schweißkonstrukteur, Mitglied der Normungsausschüsse Stahlbau und Schweißtechnik im ON (nunmehr Austrian Standards), Vertreter des Stahlbauausschusses CEN, er ist jedoch nicht gerichtlich beeideter Sachverständiger.*

*Der Privatsachverständige verlässt die Verhandlung um 10:46 Uhr.*

*Der Antragsgegnervertreter führt aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin über eine aufrechte Befugnis als Schlosser verfüge und dies die erforderlichen Schweißarbeiten von der Gewerbeberechtigung her abdecke. Darüber hinaus sei die Frage der Gewerbeberechtigung nicht beschwerdegegenständlich, weil sie bzw. die Frage der Befugnis im Nachprüfungsantrag nicht releviert worden sei.*

*Die Teilnahmeberechtigte weist an Hand eines am Laptop aufgerufenen Gewereregisterauszuges nach, dass sie über eine aufrechte Gewerbeberechtigung für Schlosser verfügt (Registerzahl ...). Der Senat nimmt Einsicht. Die Antragstellervertreterin nimmt ebenfalls Einsicht und stellt das Vorhandensein der Befugnis für Schlosser außer Streit. Die Antragstellervertreterin stellt weiters außer Streit, dass die Gewerbeberechtigungen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus gewerberechtlicher Sicht insoweit ausreichen, als keine anderen oder weiteren Gewerbeberechtigungen erforderlich seien.*

*Die Antragstellervertreterin führt jedoch aus, dass die Gewerbeberechtigungen alleine nicht ausreichend seien. Bereits für die Durchführung der Schweißarbeiten bedürfe es einer zusätzlichen Zertifizierung nach ISO EN 3834. Für die Anbringung der CE-Zertifizierung am herzustellenden Bausatz bedürfe es der Zertifizierung nach EN 1090. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über diese beiden Zertifizierungen.*

*Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verweist dazu auf ihre bisherigen Schriftsätze und bringt ergänzend vor, dass sie über das Zertifikat nach der EN ISO 3834-2 selbst verfüge. Dies habe sie in ihrem letzten Schriftsatz vom 26.11.2014 als Beilage angeschlossen.*

*Die präsumtive Zuschlagsempfängerin legt der Antragstellervertreterin dieses Zertifikat zur Einsicht vor. Die Antragstellervertreterin bringt dazu vor, dass die im Zertifikat angeführte Adresse nicht ident sei mit der Adresse des Gewerbestandortes.*

*Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bringt dazu vor, dass es sich bei dem im Zertifikat angeführten Standort F. um den Standort einer operativen Niederlassung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handle. In dieser operativen Niederlassung sei nach der firmeninternen Tradition der Bahnbau angesiedelt. Es handle sich unbeschadet der Divergenz der Adressen um jeweils denselben Rechtsträger und sei rechtlich ausschließlich relevant, dass es sich um denselben Rechtsträger handle.*

*Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Parteien den Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten zwischenzeitig kennen und auf dessen Verlesung verzichten. Dieser gilt somit als verlesen.*

*Die Antragstellervertreterin repliziert auf diesen Schriftsatz, dass das Außerkrafttreten des Wiener-Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetzes deswegen für die Entscheidung ohne Relevanz sei, weil sich die Verpflichtungen unmittelbar aus der EG-Bauprodukteverordnung ergeben würden und somit irrelevant sei, mit welcher nationalen Norm auf die EG-Bauprodukteverordnung verwiesen werde. Die Zertifizierung EN 1090 sei nach wie vor für die Durchführung dieser Arbeiten erforderlich.*

*Der Antragsgegnervertreter erläutert auf Frage aus dem Senat, dass die Futterbleche vom Lieferanten in seinem Werk als Einzelanfertigung für den Einbau auf der Baustelle angefertigt werden. Der Lieferant sei somit Hersteller im Sinn der EG-Bauprodukteverordnung. Er erfülle die Voraussetzungen nach der EG-Bauprodukteverordnung (erforderliche Zertifizierung). Die Herstellung durch ihn erfolge mit Standardmaterialien und Standardmethoden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin nehme auf der Baustelle lediglich den Einbau der Futterbleche vor. Eine Veränderung derselben erfolge nicht. Diese würden lediglich eingeschweißt. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellervertreterin sei der Lieferant in vergaberechtlicher Hinsicht kein Subunternehmer, sondern lediglich Zulieferer, und sei demnach auch nicht als Subunternehmer angegeben worden.*

*Der Antragsgegnervertreter bringt vor, dass nach der EN 1090 (unter anderem Pkt. 6.1.) lediglich Bauteil und Bausatz zu zertifizieren seien, nicht aber das Tragwerk. Die CE-Zertifizierung ist daher nur für Bauteil und Bausatz, also im gegenständlichen Fall für die Futterbleche, erforderlich, nicht aber für das Tragwerk.*

*Die Antragstellervertreterin verweist dazu auf Teil 2, Punkt 8, der EN 1090, welche sich auf die Montage von zertifizierten Bauteilen beziehe.*

*Die Antragstellervertreterin bringt vor, es würde sich bei der Herstellung der Futterbleche deswegen nicht um eine Zulieferung, sondern um eine Subunternehmerleistung handeln, weil der Hersteller zunächst zwecks Herstellung Naturmaße auf der Baustelle nehmen, Werkstattpläne erstellen, danach die Futterbleche nach spezifischen Vorgaben fertigen, danach abnahmefähig im Werk zusammenbauen und dann vom Werk auf die Baustelle liefern müsse. Im Vordergrund stehe die Konstruktions- und Herstellungsleistung. Deswegen, weil die Einzelanfertigung nach spezifischen Vorgaben im Vordergrund stehe, handle es sich um einen Werkliefervertrag und damit um eine Subunternehmerleistung. Der auf der Baustelle zu erbringende Teil der Leistungen sei als Montageposition zu erbringen und mache den Großteil der zu erbringenden Leistungen wertmäßig aus. Diese Montageleistungen würden durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfolgen. Im Zuge dieser Montagearbeiten würden die Futterbleche bearbeitet, verbunden und eingeschweißt werden. Dafür würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Zertifizierung nach der EN 1090 brauchen, da der gesamte Bauteil dann die CE-Zertifizierung durch den verantwortlichen Stahlbauer benötigt. Zum wertmäßigen Verhältnis der Positionen, die sich auf die Herstellung der Futterbleche (08.1010A und 08.1010C) und auf die Montage (08.1020A) beziehen, verweist die Antragstellervertreterin auf den Akt und die im Akt aufliegenden K7-Blätter.*

*Der Teilnahmeberechtigte hält dem entgegen, dass laut bestandsfester Ausschreibung getrennte Positionen einerseits für die*

*Lieferung der Futterbleche und andererseits für die Montage vor Ort vorliegen würden. Dass es sich bei der Herstellung der Futterbleche um eine Lieferung und nicht um eine Subunternehmerleistung handle, ergebe sich aus der bestandsfesten Ausschreibung. Der Verweis auf die K7-Blätter sei diesbezüglich irrelevant, weil es sich dabei um individuelle Kalkulationen des jeweiligen Bieters handle.*

*Die Antragstellervertreterin hält dem entgegen, dass sich die Qualifikation als Zuliefer- oder Subunternehmerleistung nicht aus der Bestandsfestigkeit der Ausschreibung, sondern aus der inhaltlichen Beurteilung der bestandsfest festgelegten Arbeiten ergeben würde. Es sei daher rechtlich nicht relevant, ob die Leistungen in den Positionen als Lieferung oder allenfalls als Herstellung bezeichnet worden sind.*

*Die Antragstellervertreterin bringt vor, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht ausschreibungskonform sei, da eine Leistung angeboten werde, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Grund der ihr fehlenden Zertifizierung nach der EN 1090 nicht erbringen dürfe.*

*Die Teilnahmeberechtigte bestreitet dies.*

#### Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Die Antragstellerin ist Sektorenauftraggeberin und führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages nach dem Billigstbieterprinzip.

Ende der Angebotsfrist war der ... 2014. Die Angebotsöffnung erfolgte am ... 2014 um 11:15. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin, die Antragstellerin und eine weitere Bieterin haben Angebote abgegeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin war preislich an erster und die Antragstellerin an zweiter Stelle gereiht.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss, den ihr durch Unterbleiben des Vertragsabschlusses drohenden Schaden und die ordnungsgemäße Entrichtung der Pauschalgebühren nachgewiesen.

Der zu vergebende Auftrag betrifft die Brücke, auf der die ...-Bahn-Linie ... die Donau überquert. Es sollen die Brückenlager instand gesetzt und die Futterbleche getauscht werden. Bei den Futterblechen handelt es sich um Stahlkonstruktionen, die einen Verbindungsteil

zwischen den darunter befindlichen Brückenlagern und dem darüber befindlichen Tragwerk darstellen. Sowohl die Brückenlager als auch das Tragwerk sind – wie die Futterbleche selbst – Stahlkonstruktionen. Die Futterbleche erfüllen in der Brücke eine höhenausgleichende und lastableitende Funktion.

Bei der Montage der Futterbleche auf der Baustelle fallen im Wesentlichen deshalb Schweißarbeiten an, weil die Futterbleche insbesondere an die darunter befindlichen Brückenlager und an das darüber befindliche Tragwerk angeschweißt werden. Diese Arbeiten würde die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot zu Folge selbst ausführen.

Die Futterbleche selbst müssen nach Maß für das konkrete Bauvorhaben gefertigt werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat in ihrem Angebot vorgesehen, dass sie die Futterbleche von einem befugten Hersteller zukaufte. Diesen Hersteller hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Zulieferer gewertet und folglich in ihrem Angebot nicht als Subunternehmer angegeben.

Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgesehene Hersteller verfügt über ein aufrechtes Zertifikat der Konformität der werkseigenen Produktionskontrolle für tragende Bauteile aus Stahl nach der EN 1090-2. Im Fall der Beauftragung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde er die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu montierenden Futterbleche in seinem Werk individuell fertigen und auf die Baustelle liefern.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über aufrechte Gewerbeberechtigungen für Baumeister und für Schlosser. Sie ist aufrecht nach der EN ISO 3834-2 zertifiziert und verfügt über zumindest zwei Mitarbeiter, die den 200-stündigen Lehrgang für Schweißwerkmeister an der Höheren Technischen Bundeslehr- und Versuchsanstalt absolviert und die Abschlussprüfung erfolgreich abgelegt haben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt jedoch über kein Zertifikat nach der ON EN 1090-2.

Hinsichtlich Referenzen ist in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen (WSTW 9310 Teil 1, Punkt 1.2.3, lit. c) festgelegt, dass Bieter als Nachweis der technischen

Leistungsfähigkeit – neben den in den lit. a und b festgelegten Referenzen – mindestens zwei Referenzen über die Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen nachzuweisen haben, welche im Zeitraum Anfang 2008 bis Ende 2014 abgeschlossen sein müssen. Die Nachweise sind durch die Vorlage von schriftlichen Bestätigungen von Auftraggebern (Unterschrift) über die Erbringung der Referenzleistung zu erbringen und müssen mindestens enthalten: Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name und Telefonnummer der Auskunftsperson; Art und Wert der Leistung; Zeit und Ort der Leistungserbringung; Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde; im Fall von Arbeitsgemeinschaften die Angabe des vom Unternehmer erbrachten Anteils; im Fall der Leistungserbringung als Subunternehmer die Bestätigung nicht durch den Hauptauftragnehmer, sondern durch den, der die Leistung erhält; die Unterschrift des Leistungsempfängers.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat die verlangten zwei Referenzprojekte betreffend Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen ausgeführt. Hinsichtlich der erbrachten Nachweise ist jedoch zu differenzieren:

Für eines der beiden Referenzprojekte, eine Stahlbrücke für den Eisenbahnbetrieb der ÖBB, hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach Angebotsöffnung und ohne dazu von der Antragsgegnerin aufgefordert worden zu sein, am 6.10.2014 eine ergänzende Bauherrenbestätigung der ÖBB nachgereicht, in welcher diese der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bestätigt, dass die Bauarbeiten an der gegenständlichen Brücke unter anderem die Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen beinhaltet haben.

Die Nachreichung dieser Bestätigung erfolgte nach Abschluss der Angebotsprüfung und nach Erlassung der Zuschlagsentscheidung sowie nach Einbringung des Nachprüfungsantrages seitens der Antragstellerin. Die Nachreichung erfolgte drei Tage nach Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Antragsgegnerin (mittels Telefax am 3.10.2014) und einen Tag vor Zustellung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin (mittels Rsb-Briefes am 7.10.2014).

Für das andere Referenzprojekt legte die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung

eine interne E-Mail-Korrespondenz vom 14.10.2014 vor, in der eine technische Abteilung der Antragsgegnerin bestätigt, dass die Arbeiten, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin im angeführten Referenzprojekt für die Antragsgegnerin ausgeführt hat, Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen umfasst hat. Auch diese Dokumentation ist erst nach Zustellung des Nachprüfungsantrages an die Antragsgegnerin (3.10.2014) erfolgt.

Die beiden gegenständlichen Referenznachweise, welche die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot zum Nachweis der Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen angeschlossen hat, lassen für einen nicht fachkundigen Außenstehenden nicht unmittelbar erkennen, ob bei der Ausführung Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen durchgeführt wurden. Es ist insoweit lediglich erkennbar, dass es sich in beiden Fällen um Brückenkonstruktionen handelt, die im Wesentlichen aus Stahl bestehen und der Belastung durch U-Bahn- bzw. Eisenbahnverkehr ausgesetzt sind. Betreffend U-Bahn handelte es sich unter anderem um die Errichtung zweier Stahlhohlkastenbrücken inklusive unter anderem entsprechender Stahlbetonbrückentragwerke, im Fall der Eisenbahnbrücke hingegen um Felsankerarbeiten und eine Tragwerksverstärkung.

Ausführungszeitraum für die Eisenbahnbrücke war der Zeitraum vom 2.4.2012 bis 28.9.2012. Ausführungszeitraum für die U-Bahn-Brücke war der Zeitraum von Oktober 2006 bis Dezember 2009.

In den von der Antragstellerin angesprochenen beiden Positionen des Leistungsverzeichnisses (Pos. 08.1010A und Pos. 08.1010C) wird für die dort angeführten Stahlkonstruktionen im Wesentlichen festgelegt, dass diese zu liefern sind und der Ausführungsklasse nach ON EN 1090 EXC3 zu entsprechen haben.

Zur Beweiswürdigung ist festzuhalten:

Die obigen Feststellungen gründen auf dem Vergabeakt der Antragsgegnerin, dem verwaltungsgerichtlichen Nachprüfungsakt und insbesondere auf der durchgeführten

mündlichen Verhandlung.

In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

Zu den Referenznachweisen:

§ 230 BVergG lautet auszugsweise:

*„§ 230. Unbeschadet der Regelung des § 188 Abs. 1 muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit spätestens  
1. beim offenen Verfahren zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung (...) vorliegen.“*

§ 231 Abs. 1 BVergG lautet:

*„§ 231. (1) Der Sektorenauftraggeber hat festzulegen, mit welchen Nachweisen Unternehmer, die an einem  
Vergabeverfahren teilnehmen, ihre*

- 1. berufliche Befugnis,*
- 2. berufliche Zuverlässigkeit,*
- 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie*
- 4. technische Leistungsfähigkeit*

*zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt  
ist. Dabei hat der Sektorenauftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder  
handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.“*

Die Antragsgegnerin hat in den Ausschreibungsunterlagen bestandsfest festgelegt, dass Bieter ihre technische Leistungsfähigkeit durch eine Reihe von Referenzen nachzuweisen haben, darunter mindestens zwei Referenzen über die Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen, die im Zeitraum Anfang 2008 bis Ende August 2014 abgeschlossen wurden.

Die präsumentive Zuschlagsempfängerin hat ihrem Angebot ein Konvolut an Referenznachweisen angeschlossen, darunter auch zwei Referenznachweise, zu denen am

Schluss der mündlichen Verhandlung auf Grund der Ausführungen der Antragsgegnerin eindeutig feststand, dass die Ausführung jeweils Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen umfasst hat. Dass die Tätigkeiten im verlangten Zeitraum zwischen Anfang 2008 und Ende August 2014 ausgeführt worden sind, ging hingegen von Anfang an zweifelsfrei aus diesen Referenznachweisen hervor.

Aus Sicht des Verwaltungsgerichtes waren beide Referenznachweise insoweit mit jeweils einer Unklarheit behaftet, als in beiden Referenznachweisen zunächst die erfolgte Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen nicht ausdrücklich bestätigt war. Es bedarf keiner besonderen Sachkunde, um angeben zu können, dass Stahlbauteile im Brückenbau nicht nur durch Schweißarbeiten miteinander verbunden werden können, sondern beispielsweise auch eine Modularbauweise grundsätzlich in Betracht zu ziehen ist, und daher aus Brückenbauarbeiten mit Stahl als Baumaterial nicht unbedingt und zwingend auf durchgeführte Schweißarbeiten geschlossen werden kann. Darüber hinaus sind nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes die Referenzen im Vergabeakt so zu dokumentieren, dass die Durchführung der festgelegten Referenzarbeiten dem Vergabeakt entnommen werden kann.

Es war jedoch auch zu berücksichtigen, dass mit Schluss der mündlichen Verhandlung eindeutig dokumentiert war, dass die beiden für die Schweißarbeiten geltend gemachten Referenzen tatsächlich Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen enthalten haben und in beiden Fällen eine diesbezügliche Bestätigung des jeweiligen Auftraggebers vorlag. In beiden Fällen waren zwar die Referenznachweise selbst vor dem Ende der Angebotsfrist ausgestellt und wurden bereits mit dem Angebot vorgelegt, die erforderliche Klarstellung hinsichtlich der durchgeführten Schweißarbeiten erfolgte in beiden Fällen jedoch erst nach Erlassung der Zuschlagsentscheidung.

Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes ist die Unklarheit bezüglich Schweißarbeiten, die beiden Referenznachweisen zunächst anhaftete, jeweils ein behebbarer Mangel. Es wäre daher die Aufgabe der Antragsgegnerin gewesen, die Referenznachweise diesbezüglich zu prüfen, die Unklarheit abzuklären und das Ergebnis im Vergabeakt zu dokumentieren. Diese Schritte hätten grundsätzlich vor Erlassung der Zuschlagsentscheidung erfolgen müssen.

Im Anlassfall sind diese Schritte erfolgt, dies jeweils jedoch erst nach Erlassung der Zuschlagsentscheidung. Im Fall der „ÖBB-Brücke“ ist dieser Schritt dadurch erfolgt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine entsprechende Bestätigung der ÖBB vorgelegt hat. Im Fall der U-Bahn-Brücke war die Antragsgegnerin selbst Referenzauftraggeberin und reichte daher grundsätzlich die Dokumentation der Antragsgegnerin als Referenzauftraggeberin im Vergabeakt aus, um die erforderliche Klarstellung zu dokumentieren.

Das WVRG normiert kein striktes Neuerungsverbot, legt aber im § 2 Abs. 3 fest, dass im Nachprüfungsverfahren das VwGVG mit Ausnahme des § 3 sowie der §§ 7 bis 53 und das AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles subsidiär anzuwenden sind. Somit ist auch § 39 AVG subsidiär anzuwenden, welcher vorsieht, dass neue Tatsachen und Beweismittel bis zur Entscheidung in der Sache grundsätzlich zu berücksichtigen sind. Es wäre somit zwar nicht Aufgabe des Nachprüfungsverfahrens gewesen, etwaige Prüfschritte des Auftraggebers bezüglich der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzen nachzuholen – in einem solchen Fall wäre die Zuschlagsentscheidung wegen der nicht abgeschlossenen Prüfung bzw. wegen der mangelhaften Dokumentation zu beheben gewesen -, es musste aber sehr wohl die vom Auftraggeber erfolgte und eindeutig dokumentierte Abklärung der Unklarheiten in den Referenzen bei der Entscheidung noch berücksichtigt werden.

#### Zum Themenkomplex Zertifizierungen

Zunächst ist auszuführen, dass der rechtliche Hinweis der Antragstellerin auf das Wiener Bauprodukte- und Akkreditierungsgesetz nicht nur deswegen ins Leere geht, weil das genannte Landesgesetz durch das Wiener Bauproduktengesetz 2013 abgelöst wurde, sondern vor allem auch dadurch, dass es sich beim Bauvorhaben um die Instandsetzung einer U-Bahn-Brücke handelt und das Verkehrswesen bezüglich Eisenbahnen gemäß Art. 10 Abs. 1 Z 8 B-VG Bundessache in Gesetzgebung und Vollziehung ist. Maßgeblich ist daher nicht das Wiener Bauproduktengesetz 2013, sondern das Bundesgesetz über das Inverkehrbringen von Bauprodukten und den freien Warenverkehr mit diesen (Bauproduktengesetz).

**§ 2 Abs. 1 Bauproduktengesetz lautet:**

*„§ 2. (1) Bauprodukte im Sinne dieses Bundesgesetzes sind unbeschadet des § 3 Abs. 3*

*1. Baustoffe, Bauteile und Anlagen, die hergestellt werden, um dauerhaft in bauliche Anlagen des Hoch- oder Tiefbaus eingebaut zu werden,*

*2. aus Baustoffen und Bauteilen vorgefertigte Anlagen, die hergestellt werden, um mit dem Erdboden verbunden zu werden, wie Fertighäuser, Fertiggaragen und Silos,*

*sofern sie in Gesetzgebung und Vollziehung in die Zuständigkeit des Bundes fallen und insbesondere im Verkehrswesen bezüglich der Eisenbahnen und der Luftfahrt sowie der Schifffahrt, im Forstwesen und zur Wildbachverbauung, im Bergwesen, zum Bau und zur Instandhaltung von Wasserstraßen oder für Bundesstraßen verwendet werden.“*

**§ 4 Abs. 1 Bauproduktengesetz lautet:**

*„§ 4. (1) Ein Bauprodukt darf nur in den Verkehr gebracht und frei gehandelt werden, wenn es brauchbar nach § 5 ist und die Konformität nach § 9 nachgewiesen worden ist.“*

**§ 9 Bauproduktengesetz lautet:**

*„§ 9. (1) Ein Bauprodukt, dessen Brauchbarkeit sich nach kundgemachten harmonisierten oder anerkannten Normen oder nach einer kundgemachten europäischen technischen Zulassung richtet, bedarf einer Bestätigung seiner Übereinstimmung (Konformität) mit diesen Normen oder dieser Zulassung nach den Abs. 2 bis 7.*

*(2) Das Verfahren zum Nachweis der Konformität kann bestehen aus:*

- 1. Erstprüfung des Bauprodukts durch den Hersteller,*
- 2. Erstprüfung des Bauprodukts durch eine Prüfstelle,*
- 3. Prüfungen von im Werk entnommenen Proben nach festgelegtem Prüfplan durch den Hersteller oder eine Prüfstelle,*
- 4. Stichprobenprüfung von im Werk, im freien Verkehr oder auf der Baustelle entnommenen Proben durch den Hersteller oder eine Prüfstelle,*
- 5. Prüfung von Proben aus einem zur Lieferung anstehenden oder gelieferten Los durch den Hersteller oder eine Prüfstelle,*
- 6. ständige Eigenüberwachung der Produktion durch den Hersteller (werkseigene Produktionskontrolle),*
- 7. Erstinspektion des Werkes und der werkseigenen Produktionskontrolle durch eine hiefür akkreditierte Stelle oder*
- 8. laufende Überwachung, Beurteilung und Auswertung der werkseigenen Produktionskontrolle durch eine hiefür akkreditierte Stelle.*

*Die Verfahren nach Z 1 bis 8 können entsprechend den Anforderungen an das Bauprodukt und seine Eigenschaften miteinander verbunden werden.*

*(3) Die Bestätigung der Konformität erfolgt durch*

- 1. Konformitätserklärung des Herstellers nach § 10 oder*
- 2. Konformitätszertifikat nach § 11.*

*Ist als Nachweis der Konformität ergänzend zu Verfahren gemäß Abs. 2 die Bestätigung einer Zertifizierungsstelle über die Durchführung der produktbezogenen Prüfungen und Überwachungen nach Abs. 2 Z 2 bis 5, 7 und 8 vorgeschrieben, erfolgt die Bestätigung der Konformität durch ein Konformitätszertifikat nach § 11.*

*(4) Für ein Bauprodukt ergeben sich das Nachweisverfahren nach Abs. 2 und die Bestätigungsart nach Abs. 3 im Einzelnen aus den kundgemachten harmonisierten oder anerkannten Normen oder aus den kundgemachten europäischen technischen Zulassungen. Ist ein Nachweisverfahren und eine Bestätigungsart nicht festgelegt, bedarf es eines Nachweisverfahrens nach Abs. 2 Z 1 und 6 und einer Bestätigungsart nach Abs. 3 Z 1.*

*(5) Ein Bauprodukt, das nicht in Serie hergestellt wird, bedarf des Nachweisverfahrens nach Abs. 2 Z 1 und 6 und der Bestätigungsart nach Abs. 3 Z 1, sofern die kundgemachten harmonisierten oder anerkannten Normen oder die kundgemachten europäischen technischen Zulassungen nicht etwas anderes bestimmen.*

*(6) Bei einem Bauprodukt nach Abs. 1 hat der Hersteller oder sein Vertreter das Bauprodukt auf Grund der Konformitätserklärung oder des Konformitätszertifikats mit dem CE-Zeichen nach § 12 Abs. 1 zu versehen. Hat weder der Hersteller noch sein Vertreter seinen Sitz in einem Mitgliedstaat der EU oder in einer sonstigen Vertragspartei des EWR ist die Kennzeichnung mit dem CE-Zeichen und den zusätzlichen Angaben nach § 12 Abs. 1 von demjenigen vorzunehmen, der das Bauprodukt erstmals in den Verkehr bringt.*

*(7) Das CE-Zeichen nach § 12 Abs. 1 ist auf dem Bauprodukt oder auf seiner Verpackung oder, wenn dies nicht möglich ist, auf den Begleitpapieren anzubringen.*

Die Verordnung (EU) Nr. 305/2011 zur Festlegung harmonisierter Bedingungen für die Vermarktung von Bauprodukten und zur Aufhebung der Richtlinie 89/106/EWG, ABl. C 218 vom 11.9.2009, enthält folgende Festlegungen:

Gemäß Art. 2 Z 1 leg. cit. ist Bauprodukt jedes Produkt oder jeder Bausatz, das bzw. der hergestellt und in Verkehr gebracht wird, um dauerhaft in Bauwerke oder Teile davon eingebaut zu werden, und dessen Leistung sich auf die Leistung des Bauwerks im Hinblick auf die Grundanforderungen an Bauwerke auswirkt.

Gemäß Art. 2 Z 1 leg. cit. ist Bausatz ein Bauprodukt, das von einem einzigen Hersteller als Satz von mindestens zwei getrennten Komponenten, die zusammengefügt werden müssen, um ins Bauwerk eingefügt zu werden, in Verkehr gebracht wird.

Gemäß Art. 4 leg. cit. hat der Hersteller eines Bauproduktes, wenn es in Verkehr gebracht wird, für dieses grundsätzlich eine Leistungserklärung zu erstellen, wenn das Bauprodukt von einer harmonisierten Norm erfasst ist oder einer Europäischen Technischen Bewertung entspricht.

Art. 5 leg. cit. legt Ausnahmen von der Pflicht zur Erstellung einer Leistungserklärung fest. Gemäß Art. 5 lit. a leg. cit. ist eine Leistungserklärung nicht erforderlich, wenn das Bauprodukt individuell gefertigt wurde oder als Sonderanfertigung nicht im Rahmen einer Serienanfertigung, sondern auf einen besonderen Auftrag hin gefertigt wurde und es in einem bestimmten einzelnen Bauwerk von einem Hersteller eingebaut wird, der nach den geltenden nationalen Vorschriften für den sicheren Einbau des Produkts in das Bauwerk verantwortlich ist, wobei der Einbau unter der Verantwortung der nach den geltenden nationalen Vorschriften für die sichere Ausführung des Bauwerks verantwortlichen Person erfolgt.

Die sachlich in Betracht kommende harmonisierte Europäische Norm ist die EN 1090 betreffend die Ausführung von Stahltragwerken und Aluminiumtragwerken. Diese ist von den jeweiligen nationalen Normungsinstituten als - jeweils inhaltsgleiche - nationale Norm erlassen worden. Wenn sich die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 17.10.2014 in diesem Zusammenhang wiederholt auf die „ON DIN EN 1090“ bezieht, ist ihr entgegen zu halten, dass es die zitierte Norm so nicht gibt, weil „ON“ die Bezugnahme auf das österreichische und „DIN“ die Bezugnahme auf das deutsche Normungsinstitut ist und eine paktierte Vorgangsweise dieser beiden nationalen Normungsinstitute in der zitierten Form nicht vorliegt. Die Bezeichnungen „EN 1090“ und „ON EN 1090“ sowie, wenn auf die deutsche Norm Bezug genommen werden soll, „DIN EN 1090“ sind jedoch korrekt. Im Folgenden wird auf die ON EN 1090 Bezug genommen.

Die ON EN 1090 legt im Teil 1 Folgendes fest:

Gemäß Pkt. 3.1.7 der ON EN 1090 sind unter Herstellung diejenigen Arbeitsvorgänge zu verstehen, die zur Herstellung eines Bauteils erforderlich sind, die Folgendes umfassen können: Bearbeitung, Schweißen, mechanisches Verbinden, Zusammenbau, Prüfung und Dokumentation der angegebenen Leistungsmerkmale.

Gemäß Pkt. 6.1. leg. cit. ist die Übereinstimmung eines Bauteils oder eines Bausatzes mit den Anforderungen dieser Europäischen Norm und mit den festgelegten Werten (einschließlich Klassen) nachzuweisen durch eine Erstprüfung sowie durch eine werkseigene Produktionskontrolle des Herstellers, welche die laufende Überwachung des Produkts und die stichprobenweise Überprüfung von Produkten nach einem vorgegebenen Plan einschließt.

Gemäß Pkt 6.3. leg. cit. muss der Hersteller ein System der werkseigenen Produktionskontrolle einrichten, dokumentieren und aufrechterhalten, um sicherzustellen, dass die in den Verkehr gebrachten Produkte die zu erklärenden Leistungsmerkmale aufweisen.

Der bloß informative Anhang ZA führt unter Pkt. ZA 2.3 aus, dass - nach Ausstellung des Zertifikates durch die benannte Stelle und für den Fall der Übereinstimmung mit den Bedingungen des Anhanges ZA - der Hersteller oder sein im EWR ansässiger Bevollmächtigter eine Konformitätserklärung zu erstellen und aufzubewahren habe, welche es dem Hersteller erlaube, die CE-Kennzeichnung anzubringen.

Vor diesem rechtlichen Hintergrund ist auszuführen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Futterbleche von einem befugten Hersteller bezieht. Die Futterbleche stellen unstrittig ein Bauprodukt dar. Der Hersteller verfügt über die für die Herstellung dieses Bauproduktes erforderliche Zertifizierung nach der EN 1090. Das entsprechende Zertifikat der werkseigenen Produktionskontrolle gemäß EN 1090 wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Schriftsatz vom 14.10.2014 vorgelegt. Der Hersteller erfüllt damit insoweit auch die Anforderungen nach der EU-Bauprodukteverordnung. Eine Zertifizierung des Herstellers nach der ÖNORM EN 1090 ist hingegen nicht erforderlich und kann auch nicht verlangt werden, weil der Hersteller in einem

anderen EU-Mitgliedstaat niedergelassen ist und seine Zertifizierung nach der EN 1090 EU-weite Gültigkeit hat.

Das Vorbringen der Antragstellerin geht dahin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin das zugekaufte Bauprodukt (die Futterbleche) vor Ort auf der Baustelle bearbeite, damit ein vom gelieferten zu unterscheidendes Bauprodukt herstelle und daher selbst eine Zertifizierung nach der ON EN 1090 benötige. Dies ergebe sich unter anderem aus dem Gesetz.

Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus den gelieferten Futterblechen kein neues Bauprodukt herstellt, sondern die Futterbleche in die Eisenbahnbrücke einbaut. Bei der Brücke selbst handelt es sich um die bauliche Anlage, in welche die Futterbleche ihrer Bestimmung nach einzubauen sind, und somit nicht um ein Bauprodukt im Sinne des § 2 Abs. 1 Z 1 des Bauproduktgesetzes. Die gelieferten Futterbleche sind das Bauprodukt, die Zertifizierung gemäß EN 1090 benötigt daher lediglich der Hersteller der Futterbleche und nicht der Unternehmer, der diese in die Brücke einbaut.

Auch nach der EU-Bauprodukteverordnung (Art. 2 Z 1 leg. cit.) ergibt sich, dass lediglich die angelieferten Futterbleche ein Bauprodukt sind, deren Einbau in die Brücke hingegen die bestimmungsgemäße Verwendung des Bauproduktes darstellt. Es kann somit auch nicht aus der EU-Bauprodukteverordnung abgeleitet werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Zertifikat nach der EN 1090 benötigen würde.

Die Antragstellerin leitet das ihrer Ansicht nach gegebene Erfordernis einer Zertifizierung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach der EN 1090 auch aus der bestandsfesten Ausschreibung ab, zumal im Leistungsverzeichnis in den Lieferpositionen 08.1010A und 08.1010C jeweils auf die EN 1090 Bezug genommen wird.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergeben sich jedoch insoweit auch keine weitergehenden Zertifizierungserfordernisse als aus der EU-Bauprodukteverordnung und dem Bauproduktgesetz. Die beiden Bezugnahmen auf die EN 1090 bringen zum Ausdruck, dass die zu liefernden Futterbleche dieser europäischen Norm entsprechen müssen und folglich

eine Zertifizierung des Herstellers der Futterbleche nach der EN 1090 notwendig ist. Dies geht jedoch nicht über die ohnedies auf Grund der EU-Bauprodukteverordnung und des Bauproduktgesetzes geltenden Rechtslage hinaus. Der Hersteller der Futterbleche verfügt über die erforderliche Zertifizierung gemäß EN 1090, die präsumentive Zuschlagsempfängerin benötigt eine solche Zertifizierung für den Einbau der Futterbleche in die Eisenbahnbrücke nicht.

Nur der Vollständigkeit halber ist zu der in den Schriftsätzen mehrfach angesprochenen Frage, wo ein allfälliges Erfordernis der präsumentiven Zuschlagsempfängerin, sich nach der EN 1090 zertifizieren zu lassen, einzuordnen wäre, Folgendes auszuführen:

Die Antragstellerin argumentiert, dass eine allfällige Zertifizierung Bestandteil der Befugnis wäre. Dem hat die Antragsgegnerin entgegen gehalten, dass die Befugnis im vergaberechtlichen Kontext im Zusammenhang mit den vergaberechtlich festgelegten Nachweisen der Befugnis zu sehen ist und eine Zertifizierung nicht im Firmenbuch, Gewereregister oder Mitgliederverzeichnis einer Landeskammer eingetragen werde. Nach Ansicht des Senates bezieht sich die allenfalls im Wege über das Leistungsverzeichnis und die darin angeführten ÖNORMEN ableitbare Erfordernis der Zertifizierung nach der EN 1090 auf die Qualität der Leistungserbringung und könnte damit allenfalls die technische Leistungsfähigkeit, nicht aber die Befugnis betreffen. Die Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit sind in der Ausschreibung festzulegen. Festlegungen im Leistungsverzeichnis an die zu erbringende Leistung sind zumindest im Zweifel nicht als Festlegungen an die geforderte technische Leistungsfähigkeit zu verstehen. Vor diesem Hintergrund vermag der Senat nicht zu erkennen, dass die EN 1090 im konkreten Anlassfall als Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit der Bieter festgelegt worden wäre. Den Ausführungen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 5.11.2014, Pkt. 1.5, dass es sich bei der in der Leistungsbeschreibung genannten „ON DIN EN 1090“ nicht um ein Eignungskriterium, sondern um eine Spezifikation der zu erbringenden Leistung handeln würde, ist daher im Hinblick auf die konkrete Ausschreibung nicht entgegen zu treten. Soweit unklar sein sollte, ob die Ausschreibung diesbezüglich ein Eignungskriterium (technische Leistungsfähigkeit) oder lediglich eine Anforderung an die zu erbringende Leistung festlegt, wäre im Zweifel die geringere Anforderung an die Bieter und damit eine bloße Spezifikation der zu erbringenden Leistung anzunehmen (vgl. VGW vom 06.05.2014, VGW-

123/061/10233/2014).

Die Antragstellerin brachte schließlich vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Zertifizierung nach der ON EN 3834 für Schweißarbeiten benötige, zumal sie im Auftragsfall auf der Baustelle entsprechende Schweißarbeiten auszuführen habe.

Dazu hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Nachprüfungsverfahren nachgewiesen, dass sie über ein aufrechtes Zertifikat nach der EN ISO 3834 verfügt, welches bestätigt, dass dieses Unternehmen die schweißtechnischen umfassenden Qualitätsanforderungen nach EN ISO 3834-2 erfüllt. Entgegen der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung geäußerten Ansicht kommt dem Umstand, dass im Zertifikat eine vom Gewerbestandort abweichende Adresse angegeben ist, keine rechtliche Bedeutung bei, weil das Zertifikat auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin lautet und nicht auf die im Zertifikat angegebene Adresse als Standort eingeschränkt ist. Ergänzend ist auch hier zu bemerken, dass die Zertifizierung nach EN ISO 3834-2 kein Aspekt der Befugnis ist und nach Ansicht des Senates im konkreten Anlassfall auch nicht als Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit festgelegt worden ist, weshalb eine diesbezügliche Festlegung im konkreten Fall lediglich eine Spezifikation der zu erbringenden Leistung sein kann.

#### Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung erstmals vorgebracht, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würde die zur Durchführung von Schweißarbeiten erforderliche Gewerbeberechtigung fehlen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Z 2 WVRG 2014 ist das Verwaltungsgericht zur Nichtigkeitsklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen lediglich im Rahmen der von der Antragstellerin innerhalb der Antragsfristen geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig. Der behauptete Mangel der erforderlichen Gewerbeberechtigung ist nach Ansicht des Senates kein innerhalb der Beschwerdefrist geltend gemachter Beschwerdepunkt. Auf das diesbezügliche Vorbringen war daher inhaltlich nicht einzugehen.

Darüber hinaus wurde in der mündlichen Verhandlung außer Streit gestellt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin neben einer Gewerbeberechtigung für Baumeister auch über eine aufrechte Befugnis für das Handwerk der Schlosser, nunmehr Metalltechniker für Metall- und Maschinenbau (§ 94 Z 59 GewO 1994) verfügt und es sich bei der letztgenannten Befugnis um eine für die Durchführung der in Rede stehenden Schweißarbeiten einschlägige Gewerbeberechtigung handelt.

### Zulieferer oder Subunternehmer

Die Antragstellerin hat schließlich vorgebracht, der Hersteller der Futterbleche sei nicht Zulieferer, sondern Subunternehmer. Dafür soll ausschlaggebend sein, dass die Futterbleche nach den konkreten Anforderungen der Baustelle individuell zu fertigen seien und somit nach Zivilrecht kein Kauf, sondern ein Werkvertrag vorliege.

Dazu ist auszuführen, dass Zulieferer nach herrschender Ansicht keine Subunternehmer sind (vgl. z.B. Schiefer/Wiedemair in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup>, Rz 1174 mwN). Dem Bauunternehmer steht es grundsätzlich zu, die von ihm zu verbauenden Bauprodukte von einem befugten Hersteller oder Zwischenhändler zu kaufen, ohne dass der Hersteller oder Zwischenhändler durch den Verkauf der Bauprodukte zu einem Subunternehmer des Bauunternehmers wird.

Eine etwaige Maßanfertigung des vom Bauunternehmer gekauften Bauproduktes macht den Hersteller des selbigen noch nicht zu einem Subunternehmer. Dazu ist der zivilrechtlichen Argumentation der Antragstellerin zunächst entgegen zu halten, dass gemäß § 381 Abs. 2 UGB auf Werkverträge unter Unternehmern über die Herstellung körperlicher beweglicher Sachen die Vorschriften des UGB über den Warenkauf anzuwenden sind, sodass selbst eine etwaige zivilrechtliche Einstufung des Zukaufs der Futterbleche als Werkvertrag zu einer Anwendung der Bestimmungen über den Warenkauf führen würde und Unternehmer den Zukauf von Waren nach Ansicht des Senates nicht als Subunternehmerleistung deklarieren müssen. Auf die Frage, ob ein derartiger Warenkauf allenfalls nach ABGB als Werkvertrag zu

beurteilen ist oder nicht, kommt es insoweit nicht entscheidend an. Darüber hinaus sprechen auch zivilrechtlich gute Gründe für das Vorliegen eines Kaufvertrages, weil die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Hersteller unstrittig nicht das Material für die Herstellung der Futterbleche liefert und somit nach der Zweifelsregel des § 1166 ABGB grundsätzlich vom Vorliegen eines Kaufvertrages auszugehen ist. In vergaberechtlicher Hinsicht ist die Abgrenzung zwischen Kaufvertrag und Werkvertrag nach Ansicht des Senates nur grob zu prüfen und kann dahingestellt bleiben, ob zumindest nach der Zweifelsregel des § 1166 ABGB ein Kaufvertrag vorliegt oder lediglich gemäß § 381 Abs. 2 UGB auf den Vertrag die Regeln des Warenkaufes anzuwenden sind, zumal in allen diesen Fällen von einem Zukauf ausgegangen werden kann und der Verkäufer, von dem das Bauprodukt bezogen wird, nicht als Subunternehmer angegeben werden muss.

Der Argumentation seitens der Antragsgegnerin, dass die Futterbleche in zwei Lieferpositionen erwähnt und die Herstellung der Futterbleche nach dem Leistungsverzeichnis nicht Auftragsinhalt seien, kommt im Anlassfall deswegen Berechtigung zu, weil es sich bei rechtlicher Betrachtung – wie oben ausgeführt – tatsächlich um einen Zukauf der benötigten Bauprodukte handelt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat daher den Hersteller der Futterbleche zu Recht nicht als Subunternehmer angeführt.

### Zusammenfassung

Zusammenfassend ist daher Folgendes festzuhalten:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt über die für den Auftrag erforderlichen beiden Referenzen über die Durchführung von Schweißarbeiten an ermüdungsbeanspruchten Bauteilen. Sie hat diese Referenzen mit dem Angebot grundsätzlich nachgewiesen und damals noch verbliebene Unklarheiten zu diesen Referenzen ausgeräumt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin benötigt im Vergabeverfahren keine Zertifizierung

nach der ÖNORM EN 1090, weil sie nicht Hersteller eines Bauproduktes ist und darüber hinaus eine solche Zertifizierung gegenständlich nicht als Eignungsanforderung (Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit) festgelegt worden ist.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin verfügt über die für Schweißarbeiten erforderliche Zertifizierung nach der EN ISO 3834-2 sowie über die für diese Arbeiten gleichfalls grundsätzlich erforderliche Gewerbeberechtigung für Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau (vormals Schlosser).

Der Hersteller der Futterbleche ist Zulieferer und nicht Subunternehmer, weshalb er von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin auch nicht als Subunternehmer anzugeben war.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Unzulässigkeit der ordentlichen Revision**

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **European Case Law Identifier**

ECLI:AT:LVWGWI:2014:VGW.123.077.31533.2014