



GZ: N/0055-BVA/14/2011-31

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A2 Südbahn - Tausch der Hinweistafeln von km 66 bis km 81 in beiden RFB - Bauleistung" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 21.6.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I.

Der Antrag, "die Zuschlagsentscheidung vom 14.6.2011, ... 'Wir nehmen Bezug auf das oben angeführte Vergabeverfahren und bedanken uns zunächst für die Teilnahme am Vergabeverfahren. Wir teilen mit, dass beabsichtigt ist, dem Bieter/der Bietergemeinschaft B*** den Zuschlag zu erteilen. Die ermittelte Vergabesumme (inkl. allfälliger Optionen) beträgt netto EUR 247.942,48. Die für die Erteilung des Zuschlages einzuhaltende 7-tägige Stillhaltefrist endet am 21. Juni 2011 um 24:00 Uhr, ...'für nichtig erklären", wird **abgewiesen**.

II.

Der Antrag, "der Antragsgegnerin den Ersatz der von der Antragstellerin für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren entrichteten Gebühren in Höhe von Euro 2.594,-- gem. § 319 iVm § 318 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 aufzuerlegen", wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

1. Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Auftragsvergabe wird in einem offenen Verfahren im Unterschwellenbereich durchgeführt. Es handelt sich um einen Bauauftrag, der nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll.

Die österreichweite Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger erfolgte am 5.4.2011 unter L-488063-144.

Auftragsgegenstand ist der Tausch der Hinweistafeln auf der A2-Südbahn im Bereich der km 66 - km 81 in beiden RFB. Zum Auftragsgegenstand zählt auch die Errichtung von fünf Kragarmen für die Anbringung der Überkopftafeln.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger bezieht die Kragmasten komplett gefertigt von einem Stahlbauunternehmen. Der Antragsteller fertigt die Kragarme selbst. Sämtliche zur Fertigung erforderlichen Schweißarbeiten erfolgen im Werk (des Lieferanten des präsumtiven Zuschlagsempfängers bzw. des Antragstellers) unter Verwendung von Standardstahlblechen verschiedener Stärke. Auf der Baustelle werden keinerlei Schweißarbeiten verrichtet. Die Vornahme von Schweißarbeiten vor Ort wäre technisch gar nicht möglich. Zur Errichtung der Fundamentkonstruktion für die Aufstellung der Kragarme haben der präsumtive Zuschlagsempfänger wie auch der Antragsteller Subunternehmer namhaft gemacht, die über eine Baumeistergewerbeberechtigung verfügen (siehe Vergabeakt). Den individuellen Gegebenheiten des Aufstellungsortes der Kragmasten (Windlast, Gewicht der Tafeln, Topografie) wird durch statische Berechnungen Rechnung getragen. Die Beanspruchung der Kragmasten liegt insbesondere in der örtlichen Windlast, wobei in statischer Hinsicht das Hauptaugenmerk auf der Fundamentkonstruktion liegt. Die statischen Berechnungen nimmt der Errichter der Fundamentkonstruktion des präsumtiven Zuschlagsempfängers vor, der das Fundament nach den Vorgaben des präsumtiven Zuschlagsempfängers und den vom Auftraggeber frei gegebenen

Plänen errichtet. Die Montage der Kragarme vor Ort erfolgt durch den Antragsteller bzw. präsumentiven Zuschlagsempfänger durch Aufschrauben in das vom Fundamenterrichter vorbereitete Fundament.

Die Angebotsfrist endete am 26.4.2011.

Der Antragsteller legte ein Angebot. Insgesamt wurden vier Angebote gelegt.

Mit Telefax vom 14.6.2011 teilte der Auftraggeber dem Antragsteller die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der B*** mit. (Zwei zuvor ergangene Zuschlagsentscheidungen vom 6.5.2011 und vom 1.6.2011 waren vom Auftraggeber wieder zurück genommen worden).

Mit **Schriftsatz vom 21.6.2011** brachte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller) einen **Nachprüfungsantrag** beim Bundesvergabeamt ein und beehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Weiters wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30.6.2011, N/0055-BVA/14/2011-EV8, insofern stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Auferlegung der Pauschalgebühren an den Auftraggeber (siehe Spruchpunkt II) und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 21.6.2011 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Mit Telefax vom 14.6.2011 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B***, zu erteilen. Die Stillhaltefrist ende am 21.6.2011, 24.00 Uhr.

Die Vergabe solle in einem offenen Verfahren erfolgen. Es handle sich um einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich.

Die Angebotsfrist sei am 26.4.2011 um 10.30 Uhr abgelaufen. Der Antragsteller, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Leistungen wie die ausgeschriebene am

Markt anbiete und daher Interesse am Auftragserhalt habe, habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot gelegt. Das Angebot des Antragstellers, das alle formalen Anforderungen der Ausschreibung erfülle, sei an zweiter Stelle gereiht.

Der Antragsteller erachte sich in seinem subjektiven Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf Berücksichtigung seines Angebotes für die Zuschlagsentscheidung und in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages verletzt.

In den technischen Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau - B.3 seien folgende Eignungskriterien festgelegt:

"Die Schweißarbeiten in der Fertigung und auf der Montage dürfen nur von Betrieben durchgeführt werden, die nach ÖNORM oder nach DIN mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen sind.

Für die Fertigung und Montage gelten die ÖNORM mit Anforderungen an dynamisch beanspruchte Bauteile. Die Schweißnähte müssen den Anforderungen der ÖNORM entsprechen."

Der präsumtive Zuschlagsempfänger selbst verfüge nicht über die geforderte Befugnis und technische Leistungsfähigkeit und habe auch keinen Subunternehmer namhaft gemacht, der über eine entsprechende Befugnis verfüge.

Das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen.

Im Falle des Nichterhalts des Auftrags würden dem Antragsteller ein Gewinn entgehen sowie ein Schaden durch die frustrierten Kosten der Angebotslegung entstehen. Außerdem würden Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung auflaufen. Schließlich drohe auch ein Schaden durch den Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Der **Auftraggeber** nahm mit **Schriftsatz vom 27.6.2011** zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst Stellung wie folgt:

Der Antragsteller bringe in seinem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, dass dem präsumtiven Zuschlagsempfänger die technische Leistungsfähigkeit und die Befugnis zur Ausführung der gegenständlichen Leistungen fehlen würde.

Diesem Vorwurf sei Folgendes entgegen zu halten:

- Zur ausreichenden technischen Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Die durchzuführenden Bauleistungen würden im Wesentlichen den Tausch der Hinweistafeln im Bereich der A2 Südautobahn umfassen. Der künftige Auftragnehmer habe die im Bereich der A2 bestehenden Hinweistafeln abzutragen und durch neue Hinweistafeln zu ersetzen. Nachdem es sich bei diesen Leistungen um Standardleistungen handle, würden die Ausschreibungsunterlagen auch keine besonderen Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Bieter vorsehen. Die Angebotsprüfung des präsumtiven Zuschlagsempfängers habe ergeben, dass an dessen technischer Leistungsfähigkeit kein Zweifel bestehe. Aus dem ANKÖ-Auszug sei ersichtlich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in den letzten Jahren zahlreiche mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vergleichbare Aufträge ausgeführt habe. Zudem sei für den Auftraggeber erkennbar gewesen, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger insbesondere auch Arbeiten im Bereich von Autobahnen erbracht habe (siehe Auszug ANKÖ, Referenzen). Aus dem Anlagenverzeichnis und den Angaben zum Personal sei ersichtlich, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger auch über die für die Leistungsausführung erforderliche Personal- und Geräteausstattung verfüge.

- Zur Befugnis:

Der Antragsteller bringe vor, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger zur Erbringung der gegenständlichen Leistungen nicht befugt sei und beziehe sich dabei

insbesondere auf folgende Ausschreibungsbestimmung im Teil B.3 der Ausschreibungsunterlagen:

"Pkt. 3.1.2.8 Stahlbau

Sämtliche Bauteile von Straßenbrücken sind dynamisch beanspruchte Bauteile im Sinne der in den nachstehenden Punkten angeführten Normen.

Für den Gütenachweis der verwendeten Baustähle und Prüfungsumfang ist das Kapitel "Güte- und Abnahmeprüfungen" aus der entsprechenden RVS maßgebend.

Bei Schweißanschlüssen mit Gefahr von Terrassenbrüchen (mit Zugbeanspruchungen quer zur Blechstärke) ist im Schweißnahtbereich eine Dopplungsprüfung durchzuführen bzw. eine eventuell geforderte Z-Güteklasse nach EN zu liefern. Der AG behält sich das Recht vor, 3 Materialproben zu entnehmen und diese bei einer Prüfanstalt seiner Wahl auf chemische und physikalische Werte prüfen zu lassen.

Die Schweißarbeiten in der Fertigung und auf der Montage dürfen nur von Betrieben durchgeführt werden, die nach ÖNORM oder nach DIN mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen sind".

Ergänzend führe der Antragsteller aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger keinen Subunternehmer namhaft gemacht habe, der über eine entsprechende Befugnis und technische Leistungsfähigkeit verfügen würde.

Die Befugnis des präsumtiven Zuschlagsempfängers werde nachgewiesen. Gegenstand der Ausschreibung sei die Demontage der alten Hinweisschilder samt Entfernung der bestehenden Fundamente und die Montage der neuen 41 Schilder samt Errichtung der neuen Fundamente. Weiters seien auch 5 Kragmasten zu errichten (siehe hierzu die 5 entsprechenden Positionen des LV, Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen).

Für die Errichtung der Kragmasten seien die Festlegungen in Punkt 3.1.2.8 (Teil B.3) zu beachten. Diese Festlegungen würden jedoch keine "Eignungsanforderung" an die Bieter im Sinne des BVergG darstellen. Die im konkreten Vergabeverfahren maßgeblichen Eignungskriterien sei nämlich im Teil B.1, Pkt. 1.1.23 abschließend geregelt.

Mit der o.a. Bestimmung des Pkt. 3.1.2.8 des Teiles B.3 wolle der Auftraggeber sicherstellen, dass die Stahlteile für die 5 Kragmasten von Herstellern geliefert würden, die nach ÖNORM oder DIN mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf den dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen seien.

Beim vom präsumtiven Zuschlagsempfänger genannten Lieferanten für die Stahlteile der Kragmasten handle es sich um einen Betrieb, der nach DIN 18800-7:2008-11 mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf den dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen sei (siehe Bescheinigung über die Herstellerqualifikation).

Der präsumtive Zuschlagsempfänger beziehe die Stahlteile für die Kragmasten vom o.a. Lieferanten und montiere diese Teile vor Ort auf der Baustelle. Der Zulieferer übernehme keine Tätigkeiten auf der Baustelle.

Somit sei vom präsumtiven Zuschlagsempfänger auch kein Subunternehmer für die Lieferung der Stahlteile namhaft zu machen gewesen.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger die Anforderungen an die Befugnis und an die technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen habe.

Mit **Schriftsatz vom 27.6.2011** erhob der **präsumtive Zuschlagsempfänger**, die B***, vertreten durch Y***, **begründete Einwendungen** gemäß § 324 Abs. 3 BVergG:

Der Antragsteller übergehe völlig, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um den Austausch von Hinweistafeln entlang der A2-Südautobahn handle. Bei diesem Auftrag würden Schweißarbeiten nur bei der Fertigung der zu liefernden

Trägergerüste für die Hinweisschilder, nicht aber auf der Baustelle anfallen. Die Trägergerüste würden von ihm von einem Zulieferer fertig zugekauft und auf der Baustelle nur mehr verschraubt werden. Zulieferer seien nicht als Subunternehmer anzusehen und demnach von ihm auch nicht als Subunternehmer namhaft zu machen gewesen (vgl. BVA 22.6.2006, N/0030-BVA/10/2006-036; BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27).

Genauso wenig, wie er die Lieferanten dieser Vorrichtungen für die Aufstellung der Verkehrszeichen als Subunternehmer genannt habe, habe er seine Lieferanten der Reflektorfolien für die Hinweisschilder, die Stahlwerke, in denen die Bleche für die Schilder gewalzt würden und die Lieferanten der Druckfarbe als Subunternehmer angeführt.

Die vom Antragsteller angezogene Thematik "Schweißbefähigung" sei vom UVS Oberösterreich am 20.4.2007 zu VwSEN-550322/17/KÜ/HU längst ausjudiziert worden: "Vom präsidenten Zuschlagsempfänger sei dargelegt worden, dass er beabsichtige, die ausgeschriebene Stahlkonstruktion ausschließlich mit Schraubverbindungen herzustellen und sämtliche Schweißarbeiten bereits vom Lieferanten in dessen Werk nach seinen Plänen durchgeführt würden. Für den Lieferanten der Stahlkonstruktion sei in der mündlichen Verhandlung eine gültige Bestätigung vorgelegt worden, wonach dieser über die Schweißbefähigung nach ÖNORM ... verfüge. Festzuhalten sei, dass in den Ausschreibungsunterlagen in keiner Position Schweißarbeiten vor Ort festgelegt würden ... Die Firma M*** (Anmerkung Lieferant der Stahlkonstruktion) sei nicht als Subunternehmer iSd § 83 BVergG zu werten. Vom präsidenten Zuschlagsempfänger würden die von der Firma M*** nach entsprechenden Plänen im Werk verschweißten Stahlteile zugekauft werden. Von der Firma M*** würden daher keine Tätigkeiten zur Erfüllung des gegenständlichen Bauauftrags erbracht werden, weshalb diese auch nicht als Erfüllungsgehilfe iSd § 1313 a ABGB angesehen werden könne."

Sehr wohl habe der Antragsteller als Subunternehmer jene Baufirma angeführt, der er sich zur Vornahme allfälliger Fundamentierungsarbeiten bedienen müsse.

Selbstverständlich könne er auch nachweisen, dass sämtliche von seinem Lieferanten der Trägerkonstruktionen vorgenommenen Schweißarbeiten der in der Ausschreibung angesprochenen DIN genügen würden. Sein Lieferant verfüge selbstredend über den "großen Eignungsnachweis" für Schweißarbeiten nach DIN, welcher unter einem vorgelegt werde.

Der Antragsteller verkenne, dass es sich bei dem von ihm vermeintlich als "Eignungskriterien" bezeichneten Anforderungen der Ausschreibung vielmehr um technische Spezifikationen über die Anforderungen an Schweißarbeiten handle. Auch hierzu habe der UVS OÖ in der zitierten Entscheidung festgehalten, dass die verlangte Schweißbefähigung als die in der Ausschreibung verlangte Schweißbefähigung als technische Spezifikation iSd § 2 Z 34 lit.a BVergG und nicht als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit iSd § 70 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 zu verstehen sei."

Auch im vorliegenden Fall entstamme die Bestimmung der Ausschreibung betreffend Schweißarbeiten (Pos. 3.1.2.8 "Stahlbau") den technischen Vertragsbestimmungen des Auftraggebers.

Der Antragsteller habe die von ihm heran gezogene Textstelle der Ausschreibung über Anforderungen an Schweißarbeiten völlig aus dem Zusammenhang gerissen. Die Bestimmung beziehe sich auf den Bau von Straßenbrücken und werde zudem noch unrichtig interpretiert. Auch in der vorliegenden Ausschreibung sei nur verlangt, dass die Schweißarbeiten in der Fertigung und auf der Montage "nur von Betrieben durchgeführt werden, die nach ÖNORM oder nach DIN mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf den dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen sind" und nicht, dass der Bieter diese Arbeiten nur selbst vornehmen dürfe.

Mit **Schriftsatz vom 7.7.2011** nahm der **Antragsteller** zum **Schriftsatz des Auftraggebers vom 27.6.2011** und **zu den begründeten Einwendungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 27.6.2011** Stellung wie folgt:

Zum Vorbringen des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Für die rechtliche Beurteilung sei es unbedeutend, ob Schweißarbeiten nur bei der Fertigung der zu liefernden Trägergerüste für die Hinweisschilder und nicht auf der Baustelle anfallen würden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger erwecke den Eindruck, dass es sich bei den auftragsgegenständlichen Trägergerüsten (Kragmasten) sozusagen um eine Ware von der Stange handle. Dies sei unzutreffend. Jeder einzelne Kragmast könne letztlich als Unikat bezeichnet werden, da jeder Standort, an welchem ein Hinweisschild aufgestellt werde, unterschiedlich sei, was sich individuell auf den Träger auswirke. Es müsse daher jeder einzelne Standort eigens vermessen und die Bodenbeschaffenheit untersucht werden. Unter Berücksichtigung dieser Parameter (u.a.) sowie der örtlichen Windlast werde die notwendige Statik berechnet und auf dieser Grundlage der jeweilige Kragmast geplant und hergestellt.

Insofern sei für den präsumtiven Zuschlagsempfänger auch aus der angeführten Entscheidung des UVS Oberösterreich vom 20.4.2007 nichts zu gewinnen. Ganz im Gegenteil, die vorangeführten Leistungen würden einen wesentlichen Bestandteil zur Erfüllung des gegenständlichen Auftrages darstellen.

Gemäß Pkt. 1.1.22 der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen des Auftraggebers für Bauleistungen (offenes Verfahren) sei die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer an sich zulässig. Der Bieter habe hierbei nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben. Auftragsteile seien dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfüge und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft mache. Zudem würden die wesentlichen Bestandteile auch im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung mit einem "W" gekennzeichnet sein. Die Kragmasten seien entsprechend mit einem "W" gekennzeichnet. Faktum sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger, der nicht selbst über die erforderliche Befugnis für Schweißarbeiten verfüge, keinen entsprechend befugten Subunternehmer bekannt gegeben habe, obwohl dies in der Ausschreibung vorgesehen sei.

Da die Kragmasten individuell nach den jeweiligen Bedürfnissen des Bestellers (Auftragnehmers) und dessen Wünschen herzustellen seien, liege das Schwergewicht auf der Herstellung, sodass diesbezüglich von einem Werkvertragsverhältnis auszugehen sei. Es sei daher nicht ausschlaggebend, ob der "Lieferant" des präsumtiven Zuschlagsempfängers über den "großen Schweißprüfungsnachweis" verfüge. Ausschlaggebend sei, dass es sich bei den Kragmasten um keine standardisierten Waren am Markt handle. Die Kragmasten würden daher keine reine Zulieferleistung darstellen.

Aber selbst unter der Annahme, dass es sich bei dem zwischen dem präsumtiven Zuschlagsempfänger und seinem "Lieferanten" abgeschlossenen Vertrag um keinen Werkvertrag handle, hätte der "Lieferant" als Subunternehmer angeführt werden müssen. Dies deshalb, da dies in der Ausschreibung gefordert werde und da Subunternehmer jeder sei, der eine vom Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber geschuldete Leistung erbringe.

Unter Punkt 3.1.2.8 (Stahlbau) der Technischen Vertragsbestimmungen laute es unter anderem:

"Die Montage ist vom Auftragnehmer im Detail zu entwickeln und in einer Montageanweisung darzustellen bzw. zu beschreiben ... die diesbezüglich statischen Nachweise sind zu erbringen, ebenso ist die Geometrieberechnung der Montageform durchzuführen. [...]"

Sämtliche Montagehilfen sind grundsätzlich werkseitig herzustellen [...]"

Nachfolgende Dokumentation ist vom Fertigungs- und Montagebetrieb zu erstellen: [...]"

Diese Technischen Vertragsbestimmungen seien Gegenstand der Ausschreibungsunterlagen. Das Argument des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass sich diese nur auf den Bau von Straßenbrücken beziehen sollten, sei nicht nachvollziehbar. Der Antragsteller verfüge im Gegensatz zum präsumtiven

Zuschlagsempfänger über die für den gegenständlichen Auftrag notwendigen Befugnisse.

- Zur Stellungnahme des Auftraggebers:

Es sei nochmals festzuhalten, dass es sich bei den ausgeschriebenen Leistungen nicht um Standardleistungen handle.

Nicht nachvollziehbar sei die Behauptung, wonach die Ausschreibungsunterlagen keine besonderen Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Bieter vorsehen würden und die Angebotsprüfung keine Zweifel an der technischen Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers ergeben hätten. Die Sorgfalt des Auftraggebers bei der Angebotsprüfung müsse in Zweifel gezogen werden.

Auch die Argumentation, dass aus dem ANKÖ-Auszug ersichtlich sei, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger in den letzten Jahren zahlreiche mit den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen vergleichbare Aufträge ausgeführt habe, gehe ins Leere, da jedes Vergabeverfahren für sich zu sehen sei.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger hätte jedenfalls "seinen Lieferanten" als Sublieferanten bekannt geben müssen. Dies habe er nicht getan, weshalb sein Angebot auszuscheiden gewesen wäre.

Mit **Schriftsatz vom 14.7.2011** brachte der **präsumtive Zuschlagsempfänger** zur **Stellungnahme des Antragstellers vom 7.7.2011** vor:

Der Antragsteller vermöge seine Argumentation nur mehr dadurch aufrecht zu erhalten, dass er die vom Gesetz und von der Judikatur längst heraus gearbeitete Unterscheidung zwischen Zulieferer und Subunternehmer völlig außer Acht lasse:

Der Subunternehmer führe Tätigkeiten der Auftragserfüllung durch, während Lieferanten dem Auftragnehmer Waren, jedoch keine Mittel zur Durchführung des Auftrages, wie sie zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit erforderlich

wären, zur Verfügung stellen würden. Ein Lieferant beteilige sich an der übrigen Abwicklung des Auftrages nicht (BVA vom 22.6.2006, N/0030-BVA/10/2006-036). Der Antragsteller irre, wenn er vermeine, dass es für die rechtliche Beurteilung des gegenständlichen Auftrages unbedeutend sei, ob Schweißarbeiten nur bei der Fertigung der zu liefernden Trägergerüste für die Hinweisschilder und nicht auf der Baustelle anfallen würden. Nur die Vornahme von Schweißarbeiten auf der Baustelle durch einen vom präsumtiven Zuschlagsempfänger beauftragten Dritten könnte (allenfalls) zu dessen Qualifikation als Subunternehmer führen, da dieser Unternehmer dann in dessen Auftrag dem Auftraggeber gegenüber Tätigkeiten der Auftragserfüllung durchführe.

Wenn der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch selbst (bzw. eine als Subunternehmer namhaft gemachte Baufirma) die Vorbereitungsarbeiten für die Aufstellung der Masten durchführe und dann bei seinem Lieferanten nur mehr die Herstellung des Kragmasten gemäß seinen Spezifikationen beauftragt werde, so erbringe dieser Lieferant gegenüber dem Auftraggeber keine Tätigkeit der Auftragserfüllung, sondern beliefere den präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Waren.

Eine einschlägigere Entscheidung als die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zum Thema "Schweißbefähigung" zitierte Entscheidung des UVS OÖ sei kaum denkbar.

Der Antragsteller rücke auch von der Vermengung der Eignungskriterien "Befugnis" bzw. "technische Leistungsfähigkeit" mit den "technischen Spezifikationen" der Ausschreibungsunterlagen nicht ab. Der präsumtive Zuschlagsempfänger benötige keinen Schweißbefähigungsnachweis für den Nachweis seiner technischen Leistungsfähigkeit. Relevant sei ausschließlich, dass die Kragmasten entsprechend diesen Vorschriften hergestellt würden.

Es sei auch kein Kriterium für die Abgrenzung zwischen einem Zulieferer und einem Subunternehmer, ob es sich um Produkte von der Stange oder "standardisierte Waren" handle. Gerade bei Stahlbauarbeiten (so auch in der zit. Entscheidung des

UVS OÖ) handle es sich praktisch stets um Anfertigungen nach Bestellung und nicht um "Lagerware".

Die Ausschreibungsunterlagen würden an keiner einzigen Stelle die Anforderung enthalten, dass Schweißarbeiten direkt auf der Baustelle, für welche die spezielle Zertifizierung notwendig wäre, durchzuführen wären.

Am **20.7.2011** fand eine **mündliche Verhandlung** vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien - soweit entscheidungsrelevant - ergänzend vorbrachten:

- Zum Ausschreibungsgegenstand, Leistungsinhalt:

Auftraggeber (C***): Ausschreibungsgegenstand sei der Tausch von Hinweistafeln auf der A2 km 66 - km 81 in beiden RFB. Dies inkludiere auch die Neuerrichtung von Kragarmen. Es seien die bestehenden Tafeln abzutragen und durch neue Tafeln zu ersetzen, da sich die Vorschriften (Schriftgröße, Tafelgröße) geändert hätten. Dabei seien auch die alten Fundamente abzutragen und durch neue Fundamente plus neue Rahmenkonstruktionen zu ersetzen. Die Rahmenkonstruktionen würden in die neu errichteten Fundamente eingepasst und auf diesen Rahmenkonstruktionen dann die neuen Tafeln angebracht. Die Fundamente einschließlich der darin angebrachten Schraubvorrichtungen würden betoniert. In diese Konstruktion würden dann die Kragarme verschraubt. Für frei stehende Hinweistafeln würde ebenso die Fundamentierung und deren Verankerung durch Verschrauben erfolgen. Hierbei handle es sich um Fertigteilfundamente, in die die Rohre "hineingesteckt" und verschraubt würden. Die Tafeln würden auf den Rahmen bzw. Kragmasten durch Verschraubung montiert.

Antragsteller (D***): Es seien Tafeln in Seitenlage, die auf den erwähnten Rahmen montiert würden, von den Überkopftafeln, die auf den Kragarmen montiert würden, zu unterscheiden.

- Zur Fertigung bzw. zur Montage der Kragarme:

Auftraggeber (C***): Die Montage der Kragarme - ebenso wie die Montage der Rahmenkonstruktionen für die Seitentafeln (hierbei handle es sich im Gegensatz zu den Kragarmen um seitlich der Fahrbahn angebrachte Schilder) - erfolge durch Verschrauben. Anlässlich der Montage würden keine Schweißarbeiten anfallen.

Antragstellervertreter: Dass vor Ort keine Schweißarbeiten durchgeführt würden, sei gar nicht strittig, nicht vorgesehen und technisch gar nicht möglich. Dies deshalb, da die Kragmasten individuell für den jeweiligen Standort geplant und berechnet würden. Der Plan würde dem Auftraggeber zur Abnahme vorgelegt. Aufgrund des abgenommenen Planes würden dann die Teile geschweißt. Nach dem Schweißen würden die Teile verzinkt sowie lackiert (bei einem anderen Unternehmen). Der Verzinker bzw. Lackierer (D***: Meist handle es sich dabei um ein- und dasselbe Unternehmen) sei als Subunternehmer zu qualifizieren.

Auftraggeber (C***): Die vom Antragsteller geschilderte Vorgangsweise (Arbeitsschritte) seien zutreffend. An statischen Gesichtspunkten seien vor allem die Windlast vor Ort, die sich nach dem jeweiligen Aufstellungsort richte bzw. das Gewicht der Tafeln zu nennen. Im Zusammenhang mit der Windlast liege das Hauptargument (Anm.: Hauptaugenmerk) auf dem Fundament, da die Kräfte auf das Fundament übertragen würden. Natürlich komme auch den Kragarmen insofern Bedeutung zu.

Antragsteller (D***): An statischen Parametern sei auch die Schneelast zu nennen, die ebenso standortabhängig sei.

Auftraggeber (C***): Verglichen mit der durch die Windlast auftretende Belastung sei dieser Aspekt allerdings geringfügig.

Antragsteller (D***): Es seien auch die standortbezogene Topografie bzw. Geometrie der Fahrbahn zu erwähnen, da die Fahrbahnbreite nicht immer gleich sei bzw. das Gelände seitlich jeweils unterschiedliche Geländeformen aufweise. Daraus resultierend ergebe sich die Kragarmlänge, die ihrerseits einen wesentlichen Aspekt für die Kragarm-Gesamtkonstruktion inklusive Fundament darstelle. Je länger der Kragarm sei, desto stärker müsse die Konstruktion bzw. das Fundament sein.

Antragsteller (D***): Er würde den neuen Standort auf jeden Fall in Augenschein nehmen, zumal sich der neue Standort vom alten Standort ca. 5m unterscheiden könne. Er würde eine Vermessung der neuen Standorte vornehmen.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (E***): Er würde ebenso vorgehen und das Querprofil der Straße vermessen. Diese Angaben würden dann dem Statiker übermittelt werden. Die Vermessungstätigkeiten würden von ihm selbst, die statischen Berechnungen vom Fundamenterrichter vorgenommen werden.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (E***): Die vom Antragsteller dargestellte Vorgangsweise entspreche im Wesentlichen der von ihm eingehaltenen Vorgangsweise: Es würde vor Ort vermessen, der Statiker erhalte die Maße, die Pläne würden dem Auftraggeber vorgelegt, dieser gebe die Pläne frei. Sodann würde der Lieferant des Fundamentes die Pläne erhalten und das Fundament errichten. Der Lieferant des Fundamentes sei ein vom Lieferanten der Stahlkonstruktionen zu unterscheidendes Unternehmen. Der Lieferant des Fundamentes sei ein Subunternehmer (Bauunternehmen). Der Lieferant der Stahlkonstruktionen erhalte ebenso die Pläne und fertige danach den Kragarm. Der Kragarm bestehe aus zwei Teilen, dem Steher im Boden und dem Ausleger (Querteil). Die einfachen Rahmenkonstruktionen ("Nichtkragarme") seien Standardrohre mit standardisierten, vorgegebenen Durchmesser. Diese würde er von unterschiedlichen Stahlwerken beziehen und darauf mittels Klemmvorrichtungen die Tafeln anbringen.

Die Kragarme bestünden aus Stahlblech, die im Werk seines Lieferanten gekantet und verschweißt würden. Die verwendeten Stahlbleche seien Standardbleche in verschiedenen Stärken (z.B. 5mm, 6mm).

Antragstellervertreter: Das Material sei Standardmaterial, das Verschweißen der Kragarme, d.h. die faktische Herstellung der Kragarme, sei jedoch je nach Standort individuell und unterschiedlich.

Antragsteller (D***): Die jeweiligen Blechstärken würden sich aus dem Ergebnis der statischen Berechnungen ergeben.

Auftraggeber (F***): Die faktische Herstellung der Kragarme (durch Verschweißen) stelle keine an die Besonderheiten der jeweiligen Örtlichkeit anzupassende Tätigkeit dar, sondern nur das Endprodukt sei spezifisch auf den jeweiligen Standort bezogen.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (E***): Hierbei seien im Wesentlichen die Länge des Kragarmes und des Auslegers entscheidend

Antragstellervertreter: Der Antragsteller erbringe alle anfallenden Tätigkeiten - ausgenommen die Fundamentierung, für die er einen Subunternehmer namhaft gemacht habe - selbst. Die Kragarme fertige er selbst (er verfüge über eine Metallbau- Stahlbaugewerbeberechtigung, siehe Gewerberegister). Die Kragarme stelle er durch Verschraubung selbst auf.

Auftraggeber (C***): Die Montage der Kragmasten vor Ort erfolge durch Aufschrauben in das vorbereitete Fundament. Sonstige Tätigkeiten würden dabei nicht anfallen. Die insgesamt dargestellte Vorgangsweise einschließlich der Montage sei ein Regelvorgang, der bei einschlägigen Arbeiten stets so eingehalten werde.

- Zu Pkt. 3.1.2.8 (Stahlbau, Teil B.3 Technische Vertragsbestimmungen der Ausschreibung):

Auftraggeber (F***, C***): Kragarme seien dynamisch beanspruchte Bauteile. Deren dynamische Beanspruchung liege vor allem in der Belastung durch Windlast.

Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers: Die Regelungen des Pkt. 3.1.2.8 betreffend Stahlbau seien nur anwendbar, sofern Schweißarbeiten vor Ort stattfinden würden, was gegenständlich nicht der Fall sei. Die Technischen Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau des Auftraggebers (Teil B.3 der Ausschreibungsbestimmungen) seien vom Auftraggeber als solche für anwendbar erklärt worden. Daraus ergebe sich, dass nicht gesagt werden könne, dass diese Bestimmungen jedenfalls allesamt anwendbar wären. Daraus, dass diese Bestimmungen in ihrer Gesamtheit zum Ausschreibungsinhalt erklärt worden seien, folge, dass diese nicht notwendigerweise auch auf den konkreten Auftrag anwendbar

sein müssten. So seien im Teil B.3 verschiedenste Gewerke angeführt, die beim gegenständlichen Auftrag nicht zum Tragen kämen.

Auftraggeber (F***): Dies rühre daher, dass es sich bei den zum Ausschreibungsinhalt erklärten einzelnen Teilen der Ausschreibung um Standardbestimmungen handle, die jeder Ausschreibung beiliegen, allerdings nur insoweit Anwendung finden würden, als derartige Leistungen tatsächlich vergeben würden. Die "B.3" seien als "pdf" vorhanden, sodass der Projektleiter diese jeweils nur zur Gänze übermitteln könne. Die besonderen Anforderungen an einen konkreten Ausschreibungsgegenstand seien insbesondere dem LV (Teil B.5) und der Leistungsbeschreibung der Ausschreibung (Teil B.2) zu entnehmen.

Vorsitzende: Unter der Überschrift des Pkt. 3.1.2.8 (Stahlbau), laute es ausdrücklich, dass sämtliche Bauteile von Straßenbrücken dynamisch beanspruchte Bauteile iSd in den nachstehenden Punkten angeführten Normen seien. Dies lasse darauf schließen, dass die nachstehenden Regelungen auf Bauteile von Straßenbrücken anzuwenden seien.

Auftraggeber (F**, C**) verneinen die Straßenbrückeneigenschaft von Kragarmen.

Der Antragstellervertreter subsumiert Kragarme unter Straßenbrücken.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (E**): Kragarme seien nach seinem Verständnis keine Straßenbrücken.

Antragstellervertreter: Die Auffassung des präsumtiven Zuschlagsempfängers, dass die Regelungen des Pkt. 3.1.2.8 nur dann zur Anwendung kämen, wenn vor Ort geschweißt würde, könne nicht geteilt werden. Dies würde bedeuten, dass überhaupt keine Regelungen der technischen Vertragsbestimmungen zum Stahlbau vorhanden wären. Es sei völlig unstrittig, dass nicht alle Bestimmungen der Technischen Vertragsbestimmungen auf Kragarme Anwendung finden könnten. Jene Bestimmungen, die die Fertigung von Kragarmen betreffen würden, seien jedoch ohne Zweifel anzuwenden.

Antragsteller (D***) zu seinen vorhergehenden Ausführungen betreffend Verzinken: Die Stahlbauteile würden im Werk von ihm gefertigt, gekantet, geschnitten, verschweißt. Diese Konstruktion würde dann zu einem Verzinker gebracht werden. Allein das Verzinken erfolge außer Haus. Zum Lackieren werde die Konstruktion in sein Werk zurück gebracht und von ihm selbst lackiert.

Antragstellervertreter: Beim Verzinken würden die fertiggestellten Stahlteile in ein Zinkbad getaucht Die Schweißarbeiten bei der Herstellung der Kragarme seien jedoch Teil des Fertigungsprozesses. Sollte das Verzinken als Subunternehmerleistung anzusehen seien, wäre umgekehrt auch das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers auszuschneiden.

Rechtsvertreter des präsumtiven Zuschlagsempfängers: Würde man der Argumentation des Antragstellers der Qualifizierung von Schweiß Tätigkeiten als Subunternehmleistungen folgen, wäre deren Angebot auszuschneiden und damit deren Antragslegitimation fehlen. Auch das außer Haus erfolgende Verzinken der Schweißkonstruktion wäre demnach als Subunternehmerleistung einzustufen.

II. Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Autobahn- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSv § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Es handelt sich um einen Bauauftrag (§ 4 BVergG) im Unterschwellenbereich (§ 12 Abs. 3 iVm § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG), der in einem offenen Verfahren nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert wurde vom Auftraggeber mit Euro 360.000,-- (exkl. USt.) angegeben.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

a) Zu Spruchpunkt I:

Der Antragsteller bringt vor, dass es dem präsidentiven Zuschlagsempfänger mangels großen Schweißeignungsnachweises (mit Erweiterung auf den dynamischen Bereich, Klasse E) bzw. mangels Namhaftmachung eines Subunternehmers für Schweißarbeiten an der zur Auftragserfüllung erforderlichen Befugnis und technischen Leistungsfähigkeit fehlen würde.

Diese Behauptungen treffen nicht zu:

Auftragsgegenstand ist der Tausch der Hinweistafeln im Bereich der A2, Südautobahn von km 66 - km 81 in beiden RFB ; vgl. den im Angebotsdeckblatt iVm Teil B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen), Pkt. 1.1.3, angeführten Ausschreibungsgegenstand.

Die durchzuführenden Bauleistungen umfassen die Entfernung der vorhandenen Hinweistafeln samt Entfernung der bestehenden Fundamente und deren Ersatz durch neue Hinweistafeln samt Errichtung der neuen Fundamentierung und neuen Halterungen für die Tafeln. [Siehe auch die Bekanntmachung im Amtlichen Lieferanzeiger vom 5.4.2011 unter L-488063-144 "Gegenstand des Auftrags: Tausch der bestehenden Hinweistafeln samt neuer Fundamentierung und neuer Halterungen für die Tafeln", sowie Teil B.2 (Baubeschreibung/Pläne/Gutachten) der Ausschreibungsunterlagen, Pkt. 2.1 (Bauumfang und -bereich): "Die gegenständliche Baumaßnahme umfasst im Wesentlichen den Tausch der Hinweistafeln im oben angeführten Bereich (siehe beiliegende Aufstellung der Tafeln)", Teil B.2, Pkt. 2.2 (Baubeschreibung Objekt): "Im angeführten Bereich auf der A2 sind die bestehenden Hinweistafeln abzutragen und durch neue Hinweistafeln gemäß RVS zu ersetzen"]..

Zum Leistungsinhalt zählt auch die Errichtung von fünf Kragmasten zur Anbringung von Überkopftafeln, bestehend aus einem Längsteil (Steher) und einem Querteil (Ausleger), (vgl. die entsprechenden fünf Positionen des Leistungsverzeichnisses sowie mündliche Verhandlung). Die Fundamente zur Aufschraubung der Kragarme einschließlich der darin angebrachten Schraubverbindungen für die Befestigung der Kragarme werden betoniert. Die Kragarme werden mittels Verschraubung in der Fundamentkonstruktion montiert. Die Tafeln werden auf den Kragarmen ebenfalls durch Verschrauben befestigt. Bei der Montage der Kragmasten und bei der

Montage der Schilder fallen keine Schweißarbeiten an (siehe die übereinstimmenden Aussagen in der mündlichen Verhandlung).

Die Fertigung der zur Anbringung der Tafeln benötigten Kragmasten (durch Verschweißen) ist nicht ausgeschriebener Auftragsinhalt: Dass die zu errichtenden Kragmasten vom Auftragnehmer selbst herzustellen wären, ist den Ausschreibungsbestimmungen an keiner Stelle zu entnehmen. Die Fertigung der Kragmasten - wie auch Schweiß Tätigkeiten vor Ort - sind weder in der Baubeschreibung (Teil B.2 der Ausschreibung) noch in den Positionen des LV, Teil B.5 der Ausschreibung, vgl. insbesondere die 5 LV-Positionen betreffend die Kragmasten, vorgesehen.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger, der ua über eine Gewerbeberechtigung zur fabrikmäßigen Erzeugung von Schildern (ua aus Metall) verfügt, bezieht die komplett gefertigten Kragmasten von einem hierzu gewerberechtlich einschlägig befugten Anlagenbauunternehmen, das nachweislich nach DIN mit großem Schweißleistungsnachweis mit Erweiterung auf den dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen ist. Dieses Unternehmen fertigt die Kragarme entsprechend den auf den jeweiligen Standort bezogenen Anforderungen nach den Vorgaben des präsumtiven Zuschlagsempfängers und nach den vom Auftraggeber frei gegebenen, vom Errichter des Fundamentes erstellten statischen Plänen. Zur Fertigung der Kragarme gelangt Standardmaterial zum Einsatz. Es werden Standardstahlbleche in verschiedenen Stärken (5mm, 6mm etc) verwendet, die gekantet und verschweißt werden. So räumt auch der Antragsteller (D***) ausdrücklich ein, dass es sich beim verwendeten Material um Standardmaterial handle, wobei sich die jeweiligen Blechstärken aus dem Ergebnis der statischen Berechnungen ergeben würden.

Im Hinblick auf das Gesagte kann zwar das Endprodukt - der fertige Kragarm - als individuell bezeichnet werden, da dieser spezifisch auf die Gegebenheiten des jeweiligen Standortes bezogen ist (Windlast, örtliche Topographie, Fahrbahngeometrie etc). Das faktische Herstellungsverfahren der Kragmasten durch Verschweißen kann jedoch nicht als an die Besonderheiten der jeweiligen Örtlichkeit anzupassende Tätigkeit angesehen werden. Diese Tätigkeit ist vielmehr, wie der

Auftraggeber glaubhaft vorbrachte, die bei einschlägigen Arbeiten stets eingehaltene Regelvorgangsweise.

Zur Untermauerung seiner - unzutreffenden - Auffassung, dass die Fertigung der Kragarme eine Subunternehmerleistung sein solle, führt der Antragsteller das Erfordernis der Vornahme statischer Berechnungen ins Treffen. Auch daraus kann für die Argumentation des Antragstellers nichts gewonnen werden. Dies schon deshalb nicht, da die Fertigung der Kragmasten nicht Ausschreibungsgegenstand ist. Abgesehen davon liegt die Beanspruchung der Kragmasten insbesondere in der örtlichen Windlast und im Gewicht der Tafeln. Daneben gilt es zwar auch die auf dem Kragarm zuliegende Schneelast zu berücksichtigen. An statischen Gesichtspunkten kommt jedoch vor allem der Windlast vor Ort und dem Gewicht der Tafeln Bedeutung bei. Der Aspekt der Schneelast ist verglichen mit der durch die ortsabhängige Windlast verursachten Belastung nämlich von geringer Bedeutung. Im Hinblick auf die vorrangige Beanspruchung durch die Windlast ist jedoch - wenn auch die Kragarme insofern eine Rolle spielen mögen - das Hauptaugenmerk auf das Fundament der Kragarme zu richten, da die Kräfte auf das Fundament übertragen werden. (Vgl. die unwidersprochen gebliebenen Ausführungen des C*** in der mündlichen Verhandlung).

Damit ist offensichtlich, dass die wesentlichen (statischen) Anforderungen an einen Kragmast bereits bei der Dimensionierung seiner Fundamentkonstruktion zu berücksichtigen sind. Vor diesem Hintergrund ist es auch plausibel, dass, wie der präsumtive Zuschlagsempfänger angibt, der Errichter des Fundamentes die statischen Berechnungen durchführt und der Kragarmlieferant den Kragarm anschließend nach den vom Auftraggeber frei gegebenen statischen Plänen fertigt. Zur Fundamenterrichtung zieht der präsumtive Zuschlagsempfänger jedenfalls einen zweifellos hierzu befugten Subunternehmer (Bauunternehmer) heran. Im Übrigen beabsichtigt auch der Antragsteller, zur Fundamentierung einen Subunternehmer einzusetzen. Bemerkenswerter Weise hat der Antragsteller gar nicht behauptet, dass die statischen Berechnungen von ihm selbst und nicht von seinem das Fundament errichtenden Subunternehmer durchgeführt würden. Der Antragsteller spricht lediglich davon, dass er die neuen Standorte der Kragmasten vermessen würde,

zumal der neue Standort vom alten Standort ca. 5m abweichen könne. Eine Standortvermessung nimmt aber ebenso der präsumtive Zuschlagsempfänger vor.

Fest steht, dass die Fertigung der Kragmasten zur Gänze im Werk erfolgt, zumal Schweißarbeiten vor Ort technisch gar nicht möglich wären (siehe mündliche Verhandlung). Schweißarbeiten fallen somit ausschließlich im Werk an. Auf der Baustelle, bei der Montage, werden keinerlei Schweißarbeiten verrichtet.

Der präsumtive Zuschlagsempfänger lässt die im Werk seines Lieferanten komplett gefertigten Kragmasten mittels Spedition abholen und zunächst in sein Werk transportieren. Zur Errichtung werden die Kragmasten vom präsumtiven Zuschlagsempfänger wieder mittels Spedition an den Aufstellungsort verbracht.

Die Montage der Kragmasten an Ort und Stelle erfolgt durch Verschraubung (durch den Antragsteller bzw. den präsumtiven Zuschlagsempfänger). Die Tätigkeit des Lieferanten der Kragmasten des präsumtiven Zuschlagsempfängers erschöpft sich in der kompletten Fertigung der Kragmasten in seinem Werk und ist damit beendet. Auf der Baustelle selbst, am Aufstellungsort der Kragmasten, verrichtet der Lieferant der Kragmasten keine Tätigkeiten.

Gemäß § 70 Abs.1 1. Satz BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 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.

Gemäß § 19 Abs. 1 2. Satz BVergG hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

- Zur Befugnis:

Gemäß Pkt. 1.1.23.2 (Nachweis der Befugnis), Teil B.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen muss der Bieter nachweisen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden

Bauleistung erforderliche Berechtigung besitzt. Der Befugnisnachweis - wie auch der übrige Eignungsnachweis - kann grundsätzlich durch Abgabe einer Eigenerklärung geführt werden (vgl. Pkt. 1.1.23.1 1. Absatz, Teil B.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sowie § 70 Abs. 2 BVergG).

Subunternehmer ist, wer Teile der an den Auftragnehmer übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist. Vgl. Pkt. 3.3 der ÖNORM B 2110 idF 2002: "Unternehmer, der Teile der an den Auftragnehmer (AN) übertragenen Leistungen ausführt und vertraglich nur an diesen gebunden ist. Die Lieferung von Materialien oder Bestandteilen, die zur Erbringung einer Leistung erforderlich sind, stellt keine Subunternehmerleistung dar." Dementsprechend ist auch in Pkt. 1.1.22 (Subunternehmer), Teil B1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen), im Zusammenhang mit der allfälligen Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer zutreffender Weise von "Auftragsteilen" die Rede.

Bei Vergaben von wie hier verfahrensgegenständlichen Bauleistungen etwa, sind Baustoff- oder Bauteilelieferanten nicht als Subunternehmer, sondern als Hilfsunternehmer (Zulieferer) anzusehen (vgl. *Gölles*, Praxis Leitfaden Bundesvergabegesetz 2006 (2009), [Schiefer/Wiedemair] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) [1174] sowie *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 83 Rz 11).

Die Eigenschaft eines Subunternehmers käme einem Bauteile zuliefernden Lieferanten nur zu, würde er die gelieferten Bau(bestand)teile auch selbst einbauen (vgl. *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 83 Rz 12 sowie *Heiermann/Riedl/Ruhsam* (Hrsg), VOB⁹ 393f).

Bei der Abgrenzung , ob ein Teil der zu vergebenden Leistung erbracht oder lediglich eine Hilfsfunktion (etwa als Zulieferer), ausgeübt wird, ist stets auf den vom Auftraggeber konkret vorgegebenen Leistungsgegenstand abzustellen (vgl. *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* am oa. Ort).

Die Herstellung der Kragmasten einschließlich der dabei erforderlichen Schweißarbeiten ist, wie erwähnt, keine vom Auftragnehmer geschuldete Leistung. Der Auftragnehmer hat die Aufstellung der Kragmasten samt Fundamentierung und die Anbringung der Hinweisschilder einschließlich der Abtragung der alten Fundamente und der Demontage der vorhandenen Schilder durchzuführen. Die Fertigung der Kragmasten sowie die Durchführung von Schweißarbeiten (vor Ort) werden an keiner Stelle des Leistungsverzeichnisses verlangt.

Die Fertigung der Kragmasten durch den Lieferanten des präsumtiven Zuschlagsempfängers ist somit als "Hilfsleistung" eines dritten, als Zulieferer zur Vorbereitung der eigentlichen vom Auftragnehmer zu erbringenden Leistung tätig werdenden Unternehmens zu qualifizieren, ohne selbst einen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung zu bilden. Das den präsumtiven Zuschlagsempfänger mit den Stahlbauteilen beliefernde Stahlbauunternehmen ist in die Auftragsabwicklung gar nicht eingebunden (vgl. BVA 22.6.2006, N/0030-BVA/10/2006-36).

ISd oben Gesagten, wonach ein Bauteile zuliefernder Unternehmer nur dann als Subunternehmer zu behandeln wäre, sofern er die gelieferten Teile auch selbst einbauen würde, müsste der Lieferant die Kragmasten auch selbst vor Ort aufstellen. Nur in diesem Fall würde der Lieferant einen Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung ausführen und wäre als Subunternehmer zu behandeln. Dies ist jedoch nicht der Fall, da der Kragarmlieferant des präsumtiven Zuschlagsempfängers auf der Baustelle überhaupt nicht tätig wird.

In diesem Sinne hat auch der UVS Oberösterreich in einem die verfahrensgegenständliche Schweißthematik zum Gegenstand habenden Fall entschieden. Der UVS OÖ hat in seiner Entscheidung vom 20.4.2007, VwSen-550322/17/Kü/Hu, ausgesprochen, dass in den Ausschreibungsunterlagen der Nachweis einer Schweißbefähigung verlangt worden sei, die Ausschreibungsunterlagen jedoch in keiner Position Schweißarbeiten vor Ort vorgesehen hätten. Der damalige Bestbieter ließ die betreffenden Teile der Stahlkonstruktion von einer Stahl- und Maschinenbaufirma, die die notwendigen Schweißarbeiten im Werk durchführte und dazu entsprechend befähigt war,

durchführen, während von ihm selbst vor Ort nur Schraubarbeiten durchgeführt wurden. Der UVS OÖ sah die Stahl- und Maschinenbaufirma nicht als Subunternehmer bzw. Erfüllungsgehilfen iSd § 1313 a ABGB, sondern als Zulieferer an, sodass diese vom Bieter nicht als Subunternehmer namhaft zu machen war.

Zulieferer werden - anders als Subunternehmer - von der Eignungsprüfung nicht erfasst. Die Einbeziehung von Vor- bzw. Zulieferanten eines Auftragnehmers in die Eignungsprüfung würde ins Uferlose führen, da damit sämtliche vorgelagerten Wirtschaftsstufen der Eignungsprüfung zu unterziehen wären. Würde man jeglichen Zukauf von Materialien, Waren und Bestandteilen, die ein Unternehmer für seine Auftragsausführung benötigt, als Subunternehmerleistung mit der Folge der Verpflichtung zur Benennung des Zulieferers als Subunternehmer samt Nachweis von dessen Eignung qualifizieren, würde dies zu völlig praxisfernen, den wirtschaftlichen Gegebenheiten in keiner Weise Rechnung tragenden und den Ablauf des täglichen Wirtschaftslebens massiv behindernden Ergebnissen führen. Wie der präsumtive Zuschlagsempfänger beispielhaft anführt, müssten dann etwa - und dies auch vom Antragsteller - die Lieferanten der Reflektorfolien für die Hinweisschilder, die Stahlwerke, in denen die Bleche für die Schilder gewalzt werden usw. als Subunternehmer benannt werden. Abgesehen davon wäre eine solche lückenlose Rückführung in der Praxis wohl gar nicht durchführbar.

Einem Auftragnehmer muss es grundsätzlich freistehen, von wem er Waren, die am Markt bezogen werden können, beschafft; vgl. [Schiefer/Wiedemair] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) [1174] und *Zellhofer/Schramm* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel*, § 83 Rz 11. Dies hat auch für den Zukauf von - wie im vorliegenden Fall - industriell gefertigten Produkten aus Standardmaterial zu gelten. Angemerkt wird, dass im Übrigen der die Kragarme selbst fertigende Antragsteller "nur" über eine Gewerbeberechtigung für ein freies Gewerbe zur Erzeugung von u.a. Alu- und Stahlkonstruktionen in der Form eines Industriebetriebes verfügt (siehe Zentrales Gewerbeverzeichnis).

Was die durch Verschraubung erfolgende Montage der Kragmasten vor Ort betrifft, so ist diese Tätigkeit von der bestehenden Gewerbeberechtigung des präsumtiven

Zuschlagsempfängers (freies Gewerbe zur fabrikmäßigen Erzeugung von Schildern ua. aus Metall, siehe Zentrales Gewerberegister) miterfasst.

Hiezu ist zunächst darauf zu verweisen, dass einfache Tätigkeiten iSd § 31 Abs. 1 GewO 1994 den Inhabern einschlägiger Gewerbeberechtigungen nicht vorbehalten sind, sondern unterschiedslos von jedem anderen Gewerbetreibenden einschließlich den Inhabern freier Gewerbe ausgeführt werden dürfen (vgl. auch das korrespondierende "sonstige Recht" gemäß § 32 Abs. 1 Z 11 GewO 1994); (siehe auch *Grabler/Stolzlechner/Wendl*, GewO³ § 31 Rz 5). Auch diesbezüglich ist auf die einschlägigen Ausführungen des vorstehend behandelten Erkenntnisses des UVS OÖ hinzuweisen.

Eine Montagetätigkeit mittels Verschraubens bzw. Zusammensteckens fertig bezogener Elemente ist der Ausübung in Form eines freien Gewerbes iSd § 5 Abs. 2 GewO 1994 zugänglich.

Bei den in § 32 GewO 1994 genannten Rechten der Gewerbetreibenden handelt es sich um Rechte, die als Nebenrechte von jedem Gewerbetreibenden mit ausgeübt werden können, ohne eine weitere Gewerbeberechtigung begründen zu müssen (VwGH 24.2.2010, 2006/04/0148, ZVB 2010/100, *Wiesinger*).

Neben dem erwähnten Recht des § 32 Abs. 1 Z 11 GewO 1994 ist im gegebenen Zusammenhang das allen Gewerbetreibenden zustehende Nebenrecht des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 zur Vornahme aller Vor-, Vollendungs- und Ergänzungsarbeiten auf dem Gebiet anderer Gewerbe, die dazu dienen, die Produkte, die sie erzeugen oder vertreiben sowie Dienstleistungen, die sie erbringen, absatzfähig zu machen sowie in geringem Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen, zu nennen. Die für das Vergabeverfahren wesentliche Bedeutung dieser Bestimmung liegt darin, dass der Bieter unter Berufung auf § 32 Abs. 1 Z 1 GewO 1994 die entsprechenden Leistungsteile grundsätzlich mit eigenem Personal ausführen darf. Er hat zwar die Ausübungsobliegenheiten des § 32 Abs. 2 GewO 1994 zu beachten (kein Verschieben des wirtschaftlichen Schwerpunktes des Betriebs durch die Nebenrechte, Einsatz entsprechend ausgebildeter und erfahrener Fachkräfte, wenn

dies aus Gründen der Sicherheit notwendig ist), hat aber kein weiteres Gewerbe anzumelden und auch keine Subunternehmer namhaft zu machen.

Auch in Bezug auf die Montage der Kragmasten am Aufstellungsort ist somit die Befugnis des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu bejahen.

Das Ausschreibungsinhalt bildende Abtragen der alten und Herstellen der neuen Fundamente für die Errichtung der Kragmasten ist, anders als die Herstellung der Kragmasten, Teil der vom Auftragnehmer geschuldeten Leistung. Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügt zwar nicht selbst über die hierzu erforderliche Befugnis, hat jedoch, wie in der Ausschreibung vorgesehen, für diesen Auftragsbereich in seinem Angebot ordnungsgemäß einen befugten und geeigneten Subunternehmer namhaft gemacht. (Vgl. Pkt. 1.1.22, 3. Absatz, Teil B.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, wonach sich das allfällige Erfordernis zur Nominierung eines Subunternehmers nur auf wesentliche Auftragsteile erstreckt. Auftragsteile sind gemäß Pkt. 1.1.22, 3. Absatz dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechenden Subunternehmer namhaft macht); vgl. auch § 108 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Ergebnis:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger verfügt somit über die zur Leistungserbringung erforderliche Befugnis bzw. hat für jenen Leistungsteil (Fundamentierung), für den er nicht selbst über die notwendige Befugnis verfügt, einen entsprechenden Subunternehmer samt Nachweis der Verfügbarkeit der Subunternehmermittel iSd § 76 Abs. 2 BVergG namhaft gemacht.

- Zur technischen Leistungsfähigkeit:

Auch die technische Leistungsfähigkeit des präsumtiven Zuschlagsempfängers zur Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung ist vorhanden:

In Pkt. 1.1.23.5 Teil B. 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen (Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit), wird normiert: "Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist".

Hinsichtlich des Nachweises der Eignungsanforderungen legt Pkt. 1.1.23 (Eignungskriterien), Teil B 1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen, Pkt. 1.1.23.1 (Allgemeines), fest, dass es vorerst ausreicht, dass der Bieter das Vorliegen der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungsanforderungen durch eine Eigenerklärung bestätigt (vgl. § 70 Abs. 2 BVergG).

Im 4. Absatz des Pkt. 1.1.23.1 des Teiles B.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen wird darauf hingewiesen, dass die mögliche Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Eignung, Befugnis Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs. 4 BVerG im Wege des Auftragnehmerkatasters Österreich (ANKÖ) möglich ist.

Dem hat der präsumtive Zuschlagsempfänger entsprochen:

Dem ANKÖ ist eine Vielzahl einschlägiger Auftragsausführungen einschließlich von im Autobahnbereich durchgeführter Projekte des präsumtiven Zuschlagsempfängers zu entnehmen. Auch das Anlagenverzeichnis betreffend die Personal- und Geräteausstattung des präsumtiven Zuschlagsempfängers lässt keinen Zweifel an dessen technischer Leistungsfähigkeit aufkommen.

Auch die vom Antragsteller ins Treffen geführten Regelungen des Pkt. 3.1.2.8 (Stahlbau), des Pkt. 3 der Technischen Vertragsbestimmungen vermögen zu keiner abweichenden Beurteilung zu führen und am Vorliegen der Eignung - und der Befugnis - des präsumtiven Zuschlagsempfängers nichts zu ändern.

Pkt. 3.1.2.8 Stahlbau lautet:

Sämtliche Bauteile von Straßenbrücken sind dynamisch beanspruchte Bauteile im Sinne der in den nachstehenden Punkten angeführten Normen.

Für den Gütenachweis der verwendeten Baustähle und Prüfungsumfang ist das Kapitel "Güte- und Abnahmeprüfungen" aus der entsprechenden RVS maßgebend.

Bei Schweißanschlüssen mit Gefahr von Terrassenbrüchen (mit Zugbeanspruchungen quer zur Blechstärke) ist im Schweißnahtbereich eine Dopplungsprüfung durchzuführen bzw. eine eventuell geforderte Z-Güteklasse nach EN zu liefern. Der AG behält sich das Recht vor, 3 Materialproben zu entnehmen und diese bei einer Prüfanstalt seiner Wahl auf chemische und physikalische Werte prüfen zu lassen.

Die Schweißarbeiten in der Fertigung und auf der Montage dürfen nur von Betrieben durchgeführt werden, die nach ÖNORM oder nach DIN mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen sind.

Für die Fertigung und Montage gelten die ÖNORM mit Anforderungen an dynamisch beanspruchte Bauteile. Die Schweißnähte müssen den Anforderungen der ÖNORM entsprechen.

Hinsichtlich der Toleranzbedingungen muss die Konstruktion nach ihrer Fertigstellung die Toleranzklassen B und F nach ÖNORM erfüllen.

[...]

Die Montage ist vom AN im Detail zu entwickeln und in einer Montageanweisung darzustellen bzw. zu beschreiben. Alle bei der Montage auftretenden Lastfälle und auch alle Hilfskonstruktionen sind vom AN bei der Erstellung der Werkstattpläne zu berücksichtigen. Die diesbezüglichen statischen Nachweise sind zu erbringen, ebenso ist die Geometrieberechnung der Montageform durchzuführen.

[...]

Nachfolgende Dokumentation ist vom Fertigungs- und Montagebetrieb zu erstellen.

[...]

Wie der Auftraggeber (F^{***}) in der mündlichen Verhandlung plausibel angab, handelt es sich bei den einzelnen zum Inhalt der vorliegenden Ausschreibung erklärten Ausschreibungsteilen um Standardbestimmungen, die vom Auftraggeber jeder Ausschreibung angeschlossen werden (vgl. Teil B.1 Allgemeine Vertragsbestimmungen, Teil B.4 Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen wie auch die in Rede stehenden Technischen Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau des Auftraggebers des Teiles B.3 der Ausschreibung). Die besonderen Anforderungen an den konkreten Auftragsgegenstand werden jeweils insbesondere im Leistungsverzeichnis (Teil B.5) und in der Leistungsbeschreibung (Teil B.2) geregelt.

Wie schon ein Blick auf das Inhaltsverzeichnis des Teiles B.3 der Technischen Vertragsbestimmungen deutlich macht, soll mit den Technischen Vertragsbestimmungen des Teiles B.3 grundsätzlich das gesamte im Zuge der Erbringung von Straßen- und Brückenbauleistungen denkbare Leistungsspektrum abgedeckt werden (vgl. etwa Pflasterarbeiten, Schalldämmung und Absorption, Lärmschutzbauten Bodenmarkierungen, Entwässerungs- und Kabelgrabarbeiten usw). Daraus folgt, dass die einzelnen Ausschreibungsbestimmungen nicht auf jede Auftragsvergabe in ihrer Gesamtheit anwendbar sind, sondern jeweils nur insoweit Anwendung finden, als den jeweiligen Regelungen entsprechende Leistungen auch tatsächlich zur Vergabe gelangen.

Gemäß Pkt. 3.1.2.8 4. Absatz des Teiles B.3 der Ausschreibung dürfen die Schweißarbeiten in der Fertigung und auf der Montage nur von Betrieben durchgeführt werden, die nach ÖNORM oder nach DIN mit großem Eignungsnachweis mit Erweiterung auf den dynamischen Bereich (Klasse E) zugelassen sind.

Unter der Überschrift "Stahlbau" des Pkt 3.1.2.8 des Teiles B.3 lautet der erste Absatz wie folgt: "Sämtliche Bauteile von Straßenbrücken sind dynamisch beanspruchte Bauteile im Sinne der in den nachstehenden Punkten angeführten Normen".

Obzwar außer Streit steht, dass Kragmasten einer dynamischen Beanspruchung ausgesetzt sind (siehe mündliche Verhandlung), so ist im Hinblick auf den ausdrücklichen Wortlaut der wiedergegebenen Regelung ("Bauteile von Straßenbrücken") fraglich, ob die Bestimmungen des Pkt. 3.1.2.8 des Teiles B.3 der Ausschreibung auf den vorliegenden Fall anwendbar sind. Bei Kragarmen handelt es sich - trotz gegenteiliger Ansicht des Antragstellers - um keine Bauteile von Straßenbrücken (vgl. Wikipedia: "Eine Straßenbrücke ist ein Brückenbauwerk, das von straßengebundenen Fahrzeugen befahren wird").

Letztlich kann dies aber dahin gestellt bleiben. Zum einen deshalb, da der Auftragnehmer bei der ausgeschriebenen Leistung der Aufstellung (Montage) der Kragmasten samt Anbringung der Hinweisschilder gar keine Schweißarbeiten zu verrichten hat. Zum anderen, da die ausschließlich im Zuge der Fertigung der Kragmasten im Werk durchzuführenden Schweißarbeiten vom Lieferanten der Kragmasten des präsumtiven Zuschlagsempfängers als einem einschlägig befugten Unternehmen, das auch über den entsprechenden Schweißleistungsnachweis verfügt, durchgeführt werden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger bezieht die Stahlbauteile somit von einem die Voraussetzungen des Pkt. 3.1.2.8 4. Absatz, Teil B.3 der Technischen Vertragsbestimmungen erfüllenden Unternehmen.

Davon abgesehen sind die Vorschriften des Pkt. 3.1.2.8, Teil B.3, Technische Vertragsbestimmungen, nicht als Eignungsnachweisregelungen iSd § 68 ff BVergG, die an anderer Stelle der Ausschreibung, nämlich in Pkt. 1.1.23, Teil B.1, Allgemeine Vertragsbestimmungen, geregelt werden, zu qualifizieren (siehe bereits oben).

Die Regelungen des Pkt. 3.1.2.8, Teil B.3 der Ausschreibung sind technische Spezifikationen iSd § 2 Z 35 lit a BVergG ("technische Anforderungen an eine Bauleistung, ein Material, ein Erzeugnis oder eine Lieferung [...]"), die gewährleisten sollen, dass nur solches Stahl verwendet wird, das von einem über den entsprechenden Schweißleistungsnachweis zugelassenen Unternehmen unter Beachtung der einschlägigen Normen gefertigt wurde. Nicht zuletzt bringen die Regelungen des Pkt. 3.1.2.8, Teil B.3 der Ausschreibung, eine im Interesse des Auftragnehmers liegende Klarstellung, da der Auftragnehmer dem Auftraggeber

gegenüber für allenfalls nicht entsprechende Qualitätsanforderungen der Stahlrohrkonstruktion einzustehen hätte.

Ergebnis:

Der präsumtive Zuschlagsempfänger besitzt die zur Auftragsausführung erforderliche technische Leistungsfähigkeit iSd § 75 BVergG, sodass auch das Vorbringen des Antragstellers im Bezug auf die dem präsumtiven Zuschlagsempfänger fehlende technische Leistungsfähigkeit ins Leere geht.

Abschließende Schlussfolgerung:

Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers war daher abzuweisen.

b) Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus Spruchpunkt I ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Wien, am 9. August 2011
Die Vorsitzende des Senates 14
Mag. Ilse Lesniak

