

TE Vwgh Beschluss 2025/1/13 Ra 2021/04/0193

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.01.2025

Index

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

Norm

ABGB §1151
ABGB §1165
BVerGG 2018 §2 Z34
BVerGG 2018 §88
BVerGG 2018 §91
B-VG Art133 Abs4
VwGG §28 Abs3
VwGG §34 Abs1
VwRallg

1. ABGB § 1151 heute
2. ABGB § 1151 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. ABGB § 1165 heute
2. ABGB § 1165 gültig ab 01.01.1917 zuletzt geändert durch RGBl. Nr. 69/1916

1. BVerGG 2018 § 2 heute
2. BVerGG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVerGG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
4. BVerGG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVerGG 2018 § 88 heute
2. BVerGG 2018 § 88 gültig ab 21.08.2018

1. BVerGG 2018 § 91 heute
2. BVerGG 2018 § 91 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVerGG 2018 § 91 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGG § 28 heute
2. VwGG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGG § 28 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 28 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 28 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 28 gültig von 01.01.1991 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
8. VwGG § 28 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

1. VwGG § 34 heute
2. VwGG § 34 gültig ab 01.07.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2021
3. VwGG § 34 gültig von 01.01.2014 bis 30.06.2021 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 34 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 34 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 34 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 34 gültig von 01.09.1997 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
8. VwGG § 34 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997

Beachte

Besprechung in:

Besprechung in: RPA 3/2025, S. 153-161;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Amesberger, über die Revision der K GmbH in W, vertreten durch die Sundström/Partner Rechtsanwaltsgesellschaft mbH in 1190 Wien, Waldbachsteig 20/3, gegen das am 14. April 2021 mündlich verkündete und mit 18. Juni 2021 schriftlich ausgefertigte Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien, Zl. VGW-123/046/2697/2021, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Stadt Wien, 2. S GmbH, vertreten durch die Bartlmä Madl Rechtsanwälte OG, 1090 Wien, Liechtensteinstraße 45a), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1

Laut Akteninhalt liegen dem Revisionsfall folgende unstrittige Tatsachen zugrunde:

2

Die Stadt Wien (im Folgenden: Auftraggeberin) führte über den in mehrere Obergruppen (Lose) untergliederten Bauauftrag „Straßenbau: Verkehrszeichenaufstellung und Schlosserarbeiten in Wien (Rahmenvertrag)“ ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch.

3

Die bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen lauten - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - auszugsweise:

„VERGABEUNTERLAGEN zum Rahmenvertrag

Straßenbau: Verkehrszeichenaufstellungen und Schlosserarbeiten in Wien

...

2. ART DES VERTRAGES

Bei diesem Vertrag handelt es sich um einen Rahmenvertrag, der sämtliche Schlosserarbeiten, insbesondere Verkehrszeichenaufstellungen, umfasst soweit diese

?

inhaltlich vom Leistungsverzeichnis erfasst sind und

?

räumlich den Bezirken der jeweiligen Obergruppe (Baulos) zugeordnet sind und

?

zeitlich in die vertraglich definierte Leistungsfrist fallen.

3. TECHNISCHE BESCHREIBUNG DER STRASSENBAUVORHABEN

3.1 Art der Arbeit

Dieser Vertrag umfasst Schlosserarbeiten und Nebenleistungen im öffentlichen Straßenraum, z.B.

?

die Herstellung und das Versetzen von Konstruktionen mit Verkehrszeichen und Straßenbenennungstafeln,

?

die Montage von Verkehrszeichen und Straßenbenennungstafeln,

?

die Reinigung von Verkehrszeichen und Straßenbenennungstafeln,

?

die Herstellung und das Versetzen von Fahrradstehern,

?

das Reparieren und Versetzen von Pollern,

?

bauliche Herstellungen kleineren Umfanges (z.B. Geländermontage, Aufstellung von Poller, etc) sowie

?

Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen (z.B. Reparatur von Geländer, Poller, Kanalgitter und -deckel, Leitschienen, Schranken, etc.),

?

andere Schlosserleistungen auf Anordnung des Auftraggebers.

...

4. BESONDERE ANGEBOTSBESTIMMUNGEN

4.1 Allgemeines

Die folgenden Bestimmungen ändern die Regelungen der „Allgemeinen Teilnahmebestimmungen der Stadt Wien für Vergabeverfahren“ (WD 307).

4.2 Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der ausgeschriebenen Leistungen an Subunternehmer ist zulässig.

Ist zur Leistungserbringung der Einsatz von Subunternehmern vorgesehen, sind die Beilagen 13.07.2 und 13.07.3 zum Angebotsformblatt (MD BD-SR 75) vollständig ausgefüllt dem Angebot beizulegen. Für jeden Subunternehmer ist die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nachzuweisen.

Subunternehmer, die zum Nachweis der Eignung erforderlich sind, müssen im Angebot zwingend bekannt gegeben werden.

...

4.4 Teilangebote und Teilvergaben

Das Wiener Stadtgebiet wird aus organisatorischen Gründen in 9 Obergruppen (Baulose) gemäß nachfolgender Tabelle 1 geteilt.

Tabelle 1:

Obergruppe/ Hauptstraßen A+B und Nebenstraßen

Baulos in den Bezirken

...

05 14, 15 und 16

...

08 6, 7 und 8

09 1 und 9

...

9. ABZUGEBENDE UNTERLAGEN

Für das Angebot:

?

Angebotsdrucksorte MD BD - SR 75 mit den Beilagen:

?

...

?

13.07.02 Subunternehmerbeantragung-Sonstiges

?

13.07.03 Erklärung der Subunternehmer

?

...

?

ausgepreistes Leistungsverzeichnis,

..."

„LEISTUNGSBESCHREIBUNG

Verkehrszeichenaufstellung und Schlosserarbeiten

STVZ/001

Leistungsgruppe (LG) 02 - VERKEHRSLEITEINRICHTUNGEN - MATERIAL

...

02.01 Verkehrsleiteinrichtungen - Steher

Ständige Vorbemerkungen

Als Material sind ausschließlich geschweißte Konstruktionsrohre gemäß ÖNORM EN 10025, Güte S 235 JO zu verwenden. ...

...

02.02 Zubehör für Steher

02.0201 Liefern und Befestigen einer feuerverzinkten Ankerplatte x / x / x mm aus Stahl der Güte S 235 JO (gemäß ÖNORM EN 10025) mit 4 Bohrungen in den Ecken inklusive Schweißverbindung an dem nach gesonderter Position verrechnetem Steher oder Ausleger lt. Regelblatt 02.0201. ...

...

02.04 Spangen und Trägerelemente

Ständige Vorbemerkungen

Als Material sind ausschließlich Stahl der Güte S 235 JO gemäß ÖNORM EN 10025 zu verwenden. ...

...

02.0402 Liefern von Rechteckrahmen aus Formrohr 40 x 30 x 3,0 lt. Regelblatt 02.0402. Die Auswahl gemäß Regelblatt erfolgt durch den Auftraggeber.

...

Leistungsgruppe (LG) 03 - VERKEHRSLEITEINRICHTUNGEN - ARBEITEN

...

03 VERKEHRSLEITEINRICHTUNGEN - ARBEITEN

Ständige Vorbemerkungen

Das Liefern des Materials wird mit gesonderten Positionen vergütet. ...

03.01 Tafel - Arbeiten

Ständige Vorbemerkungen

a) Zuordnung von Tafelgrößen

Die Zuordnung der Tafelgrößen bei Verwendung von Spangen ist im Regelblatt 03.01 definiert. Die Zuordnung der Tafelgrößen bei Verwendung von Rahmen-Formrohr entspricht dem für die Lieferung gültigen Regelblatt Nr. 02.0402.

...

03.0101 Tafel Montage

Montieren einer, nach gesonderter Position gelieferten Tafel der Größe x, auf die Spangen oder das Trägerelement inklusive Montage auf einem Steher oder einem Mast.

...

Leistungsgruppe (LG) 05 - GELÄNDER

...

ULG 0501 Rohrgeländer

ULG 0502 Sprossengeländer

ULG 0503 Flachstahlgeländer

ULG 0504 Traversengeländer

ULG 0505 Stahlrohre zwischen Betonsteher

ULG 0606 Anstricharbeiten Geländer

05 GELÄNDER

Ständige Vorbemerkungen

Rohr- bzw. Sprossengeländer sind grundsätzlich mittels Kernbohrung zu versetzen. Im Ausnahmefall, nämlich dann wenn eine Kernbohrung aus technischen Gründen nicht möglich ist, sind die Steher mit einer Bodenplatte zu versehen und anzudübeln. In diesen Fällen ist das Einvernehmen mit dem Auftraggeber herzustellen.

05.01 Rohrgeländer

Ständige Vorbemerkungen

Die Leistungen dieser Unterleistungsgruppe beinhalten auch:

?

das Nehmen der Naturmaße,

?

den Antransport auf die Baustelle und allfällig notwendige Zwischentransporte, einschließlich Auf- und Abladen,

?

das Liefern und Montieren aller Befestigungsmittel,

?

die sachgerechte Vorbereitung aller Anschlussflächen,

?

die Beistellung aller für die Montage erforderlichen Werkzeuge, Geräte und Gerüste,

?

eine evtl. notwendige Werkstättenplanung.

05.0101 Anfertigen, Liefern und Versetzen eines Rohrgeländers aus Stahlrohren mit einem Außendurchmesser von 42 mm bzw. 60 mm, Mindestwanddicke 3,2 mm, bestehend aus Rohrstehern, Handlauf und Knieleiste. Die Geländerhöhe beträgt mind. 1,0 m.

...

05.0102 Anfertigen, Liefern und Versetzen eines zusätzlichen Handlaufs aus Stahlrohren mit einem Außendurchmesser von 42 mm, Mindestwanddicke 3,2 mm in einer Höhe von ca. 0,75 m bei einem bestehenden oder nach den Positionen 05.0101A bis 05.0101D neu hergestellten Rohrgeländer.

...

05.02. Sprossengeländer

Ständige Vorbemerkungen

[gleichlautend wie 05.01 Rohrgeländer]

05.0201 Anfertigen, Liefern und Versetzen eines Sprossengeländers aus Stahlrohren mit einem Außendurchmesser von 42 mm, Mindestwanddicke 3,2 mm, bestehend aus Rohrstehern und oberem und unterem Holm. Die Geländerhöhe beträgt mind. 1,0 m, der Steherabstand max. 2,0 m. Zwischen den oberen und unteren Holm sind Sprossen aus Stahlrohr mit einem Außendurchmesser von 22 mm, Sprossenabstand (lichte Weite) max. 120 mm, einzuschweißen.

...

05.03 Flachstahlgeländer

Ständige Vorbemerkungen

[gleichlautend wie 05.01 Rohrgeländer]

05.0301 Anfertigen, Liefern und Versetzen eines Flachstahlgeländers gemäß dem beiliegenden Plan (Verfasser: ...) bestehend aus

?

verzinkte Flachstahlsteher 60x20 mm (Abstand der Steher 145 cm),

?

verzinkte Querholme aus Flachstahl 60x12 mm,

?

verzinktes Füllflachstahl 50x8 mm (Abstände: 12 cm).

Die Übergänge der oberen Holme, welche eine Länge von ca. 145 cm aufweisen, sind mit Flachstahl 6x50 mm zu verbinden.

Als Material ist ausschließlich Stahl der Güte S 235 JO gemäß ÖNORM EN 10025 zu verwenden. Die Feuerverzinkung erfolgt im Vollbad und umfasst sämtliche Nachbehandlungen. Die Schichtdicke der Feuerverzinkung beträgt mindestens 75 µm. Das Geländer ist werkseitig mit einem Haftgrund und einem zweimaligen Deckanstrich zu versehen. Die Farbgebung erfolgt nach Wahl des Auftraggebers.

...

05.0303 Aufzahlung auf die Positionen 05.0301A und 05.0301B für das Anfertigen, Liefern und Versetzen von Flachstahlgeländer in pulverbeschichteter Ausführung. ...

05.04. Traversengeländer

Ständige Vorbemerkungen

[gleichlautend wie 05.01 Rohrgeländer]

05.0401 Anfertigen, Liefern und Versetzen eines Traversengeländers bestehend aus Stehern aus INP 100 und einem, zwischen den Stehern zu montierenden Einhängeträger aus INP 80, unabhängig von der Geländeneigung. Die Geländerhöhe beträgt mind. 1,0 m, der Steherabstand max. 4,0 m.

...

05.05 Stahlrohre zwischen Betonsteher

Ständige Vorbemerkungen

[gleichlautend wie 05.01 Rohrgeländer]

05.05.01 Stahlrohre mit einem Außendurchmesser von 48 mm und einer Mindestwanddicke von 3,2 mm liefern, auf der Baustelle für die vorhandenen Betonsteher („Gemeinde Wien“ - Steher) einpassen und beiderseits dauerhaft in die Betonsteher verkeilen und einzementieren.

...

05.06 Anstricharbeiten Geländer

Ständige Vorbemerkungen

Vorhandene Geländer (Rohr-, Sprossen-, Traversengeländer oder Stahlrohre zwischen Betonstehern) sind an Ort und Stelle zu entrosten, zu schleifen, zu reinigen und mit einem Rostschutzanstrich sowie mit einem zweifachen Deckanstrich zu versehen. ...

...“

„AUSSCHREIBUNGS - LEISTUNGSVERZEICHNIS

...

00 STÄNDIGE VORBEMERKUNG DER LB

...

00.01

Allgemeines

...

00.0104 Geltungsbereich

Die „Ständigen Vorbemerkungen der LB“ gelten für alle Leistungsgruppen. Ständige Vorbemerkungen zu einzelnen Leistungs- oder Unterleistungsgruppen gelten nur für die jeweilige leistungs- oder Unterleistungsgruppe, sofern nichts Gegenteiliges bestimmt wird.

00.01.05 Normen und Richtlinien

Es gelten die Bestimmungen der technischen Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RSV) sowie die Bestimmungen der technischen Richtlinien und Vorschriften für das Eisenbahnwesen (RVE).

...

00.01.06 Qualitätsnachweise

Prüfungen, die vertraglich einer akkreditierten Prüfstelle vorbehalten sind, dürfen nur durch eine vom Auftragnehmer bzw. von seinen Subunternehmern unabhängigen Prüfstelle vorgenommen werden.

...

00.02

Begriffsbestimmungen

...

00.0206 Herstellen

Arbeiten und Aufwendungen, die zur vollständigen Erbringung der geforderten Leistung notwendig sind. Die Leistung allenfalls erforderlicher Materialien ist inbegriffen, sofern diese nicht vom Auftraggeber beigestellt werden oder nach gesonderten Positionen zu liefern sind.

...

00.0211 Liefern

Erwerb, Transport zur Verwendungsstelle oder zur angegebenen Lagerungsstelle und Abladen von Materialien, Werkstücken u.dgl., die dazu bestimmt sind, in das Eigentum des Auftraggebers überzugehen.

...“

„Beilage 13.08.1

...

LISTE DER FÜR DIE EIGNUNGSPRÜFUNG ERFORDERLICHEN NACHWEISE

...

Nachweise der Befugnis (§ 81 BVergG 2018): Nachweise der Befugnis (Paragraph 81, BVergG 2018):

Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers im betreffenden in Anhang IX des BVergG 2018 angeführten Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder die Vorlage der betreffenden in Anhang IX des BVergG 2018 genannten Bescheinigung. Vorlage einer Urkunde über die Eintragung des Unternehmers im betreffenden in Anhang römisch neun des BVergG 2018 angeführten Berufs- oder Handelsregister des Sitzstaates oder die Vorlage der betreffenden in Anhang römisch neun des BVergG 2018 genannten Bescheinigung.

...“

4

Das Vergabeverfahren wurde mit 16. September 2020 unionsweit ausgeschrieben. Die revisionswerbende Partei legte ebenso wie die zweitmitbeteiligte Partei ein Angebot. Am 19. Februar 2021 teilte die Auftraggeberin den Bietern die Zuschlagsentscheidung betreffend die Lose 05, 08 und 09, deren geschätzter Auftragswert zusammen den Schwellenwert gemäß § 12 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 übersteigt, zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit. Die revisionswerbende Partei wurde jeweils an zweiter Stelle gereiht. Das Vergabeverfahren wurde mit 16. September 2020 unionsweit ausgeschrieben. Die revisionswerbende Partei legte ebenso wie die zweitmitbeteiligte Partei ein Angebot. Am 19. Februar 2021 teilte die Auftraggeberin den Bietern die Zuschlagsentscheidung betreffend die Lose 05, 08 und 09, deren geschätzter Auftragswert zusammen den Schwellenwert gemäß Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2018 übersteigt, zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) mit. Die revisionswerbende Partei wurde jeweils an zweiter Stelle gereiht.

Verfahrensengang laut Akteninhalt:

5

Mit Nachprüfungsantrag vom 27. Februar 2021 beantragte die revisionswerbende Partei die Nichtigkeitsklärung dieser Zuschlagsentscheidung samt Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der Pauschalgebühren. Soweit im Revisionsverfahren noch wesentlich, brachte die revisionswerbende Partei vor, nach den Ausschreibungsunterlagen sei von den Bietern für die Lose 05, 08 und 09 jeweils eine „gültige Zertifizierung/Berechtigung nach EN 3834“ (gesetzliche Befugnis zur Durchführung von Schweißertätigkeiten) nachzuweisen gewesen, welche sie zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung innegehabt und den Nachweis dafür dem Angebot beigegeben habe. Dieser Verpflichtung sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht nachgekommen. Sie habe auch keinen Subunternehmer mit dem Nachweis dieser Zertifizierung genannt.

Ebenso sei nach den Ausschreibungsunterlagen für die Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen der Leistungsgruppen LG 05, LG 02 und LG 03 eine EN1090 EXC 2 Zertifizierung zwingend erforderlich. Die präsumtive

Zuschlagsempfängerin verfüge weder über eine derartige Zertifizierung noch habe sie ein Subunternehmen mit dem Nachweis dieser Zertifizierung für diese Leistungen genannt. Sie wäre daher gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 iVm Punkt 5.2 „Grundsätzliche Festlegungen“ zu den „Vergabeunterlagen zum Rahmenvertrag Straßenbau: Verkehrszeichenaufstellungen und Schlosserarbeiten in Wien“ iVm Punkt 4.3 der „WD 307 Allgemeinen Angebotsbedingungen der Stadt Wien für Leistungen“ auszuschneiden gewesen. Ebenso sei nach den Ausschreibungsunterlagen für die Umsetzung der ausgeschriebenen Leistungen der Leistungsgruppen LG 05, LG 02 und LG 03 eine EN1090 EXC 2 Zertifizierung zwingend erforderlich. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge weder über eine derartige Zertifizierung noch habe sie ein Subunternehmen mit dem Nachweis dieser Zertifizierung für diese Leistungen genannt. Sie wäre daher gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 in Verbindung mit , Punkt 5.2 „Grundsätzliche Festlegungen“ zu den „Vergabeunterlagen zum Rahmenvertrag Straßenbau: Verkehrszeichenaufstellungen und Schlosserarbeiten in Wien“ in Verbindung mit , Punkt 4.3 der „WD 307 Allgemeinen Angebotsbedingungen der Stadt Wien für Leistungen“ auszuschneiden gewesen.

Im Übrigen wäre für die in der „Leistungsgruppe 05 Geländer“ angeführten Leistungsteile, die wegen der im Detail angeführten technischen Spezifikationen der Auftraggeberin in ihren Angebotsunterlagen gesondert herzustellen seien, von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein Subunternehmer namhaft zu machen gewesen, wenn sie selbst diese Leistungsteile nicht herstelle. Geländerkonstruktionen seien immer Einzelanfertigungen. Die in den Angebotsunterlagen geforderte Geländerkonstruktion sei ein Tragwerk iSd ÖNORM EN 1090.

6

Mit Beschluss vom 5. März 2021 erließ das Verwaltungsgericht die beantragte einstweilige Verfügung, mit der es der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens den Abschluss von Rahmenverträgen in den Obergruppen 05, 08 und 09 untersagte.

7

Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag der revisionswerbenden Partei ab (Spruchpunkt I.) und sprach aus, dass die revisionswerbende Partei gemäß den §§ 14 und 15 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 - WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 9.723,-- selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und die Revision unzulässig sei (Spruchpunkt III.). Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den Nachprüfungsantrag der revisionswerbenden Partei ab (Spruchpunkt römisch eins.) und sprach aus, dass die revisionswerbende Partei gemäß den Paragraphen 14 und 15 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 - WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 9.723,-- selbst zu tragen habe (Spruchpunkt römisch zwei.) und die Revision unzulässig sei (Spruchpunkt römisch drei.).

8

Begründend führte das Verwaltungsgericht - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge über die Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau“. Zertifizierungen nach der ÖNORM EN ISO 3834 bzw. der EN 1090 seien dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht zu entnehmen. Sie seien von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung auch nicht angefordert worden.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei im Zusammenhang mit der Errichtung von Geländern in der Lage, zunächst vor Ort Maß zu nehmen und in der Folge von einem von ihr beauftragten Unternehmen, welches über die Zertifizierung nach EN 1090 verfüge und ihr gegenüber eine Verwendungszusage abgegeben habe, die Geländer nach Maß anfertigen zu lassen. Diese Geländer würden von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beim Produzenten abgeholt, vor Ort gebracht und montiert werden. Zwischen dem Hersteller der Geländer und der Auftraggeberin bestehe kein vertragliches Verhältnis. Nur die präsumtive Zuschlagsempfängerin hafte gegenüber der Auftraggeberin als Auftragnehmer für die ordnungsgemäße Aufstellung der Geländer.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe lediglich zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, nicht jedoch für die Erfüllung bestimmter Leistungspositionen Subunternehmen benannt.

In den Ausschreibungsunterlagen werde nur der Nachweis der Berechtigung zur Ausübung des Gewerbes „Metalltechnik für Metall- und Maschinenbau“ verlangt. Weitere Gewerbeberechtigungen oder sonstige Berechtigungen oder Zertifizierungen seien nicht vorgesehen.

Das Erfordernis einer Zertifizierung nach der ÖNORM EN ISO 3834, in der Qualitätsstufen für Schweißarbeiten

festgelegt würden, sei weder in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen noch durch zwingende Rechtsvorschriften für die ausgeschriebenen Arbeiten vorgegeben. Eine Zertifizierung der Montagefirma gemäß EN ISO 3834 sei in Österreich nicht erforderlich. Sie werde auch nicht durch die Wiener Bautechnikverordnung vorgeschrieben. Die ÖNORM EN ISO 3834 verfolge vielmehr den Zweck, Qualitätsniveaus für Schweißarbeiten in drei Qualitätsstufen zu kategorisieren. Die Verbindlichkeit eines dieser Niveaus werde erst durch die Verankerung in Verträgen oder Ausschreibungsunterlagen bewirkt. Der Zertifizierung nach der ÖNORM EN ISO 3834 komme keine Rechtsverbindlichkeit zu. Es werde eine solche Zertifizierung auch nicht in den Ausschreibungsunterlagen verlangt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei insofern nicht vergaberechtswidrig.

In Bezug auf den Einwand der fehlenden Zertifizierung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach EN 1090 im Zusammenhang mit der Bauprodukteverordnung der Europäischen Union hielt das Verwaltungsgericht zunächst fest, dass die Bauprodukteverordnung an die Hersteller von Bauprodukten gerichtet sei und das Inverkehrbringen von Bauprodukten regle. Als Bauprodukte, für welche die EN 1090 von Relevanz sein könnte, kämen vorliegend nur Geländer in Frage, die der Absturzsicherung dienten.

Der vorliegenden Ausschreibung liege ein Bauauftrag betreffend die Aufstellung von Verkehrszeichen und Schlosserarbeiten im Verkehrsbereich (Poller, Fahrradständer, Geländer, Schutzbleche und Ähnliches) zugrunde. Im Vordergrund stünden somit die Lieferung und die Montage. Lediglich in der Leistungsgruppe 05 (Geländer) werde neben der Lieferung und Montage auch das „Anfertigen“ verlangt. Vor dem Hintergrund der „Ständigen Vorbemerkungen“ zu den in Betracht kommenden Leistungspositionen und dem Gesamtkontext der vorliegenden Ausschreibung könne die Verwendung des Wortes „Anfertigen“ nach dem objektiven Erklärungswert nur dahingehend verstanden werden, dass die Auftragnehmerin das jeweilige Geländer „errichte“, also zu liefern und aufzustellen habe, ohne dass sie selbst auch die Herstellung (Maßanfertigung) des zu errichtenden Geländers besorge.

Selbst wenn auch Geländer zur Absturzsicherung auftragsgegenständlich seien, müsse der Auftragnehmer nicht zwingend eine Zertifizierung nach EN 1090 vorweisen können. Einerseits werde eine solche Zertifizierung in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgegeben, andererseits bestehe für den Auftragnehmer auch die Möglichkeit, Geländer bei einem Hilfsunternehmen zuzukaufen, das über die Zertifizierung nach EN 1090 zum Inverkehrbringen von absturzsichernden Geländern verfüge. Vor dem Hintergrund der Erläuterungen zum BVergG 2018 (RV BlgNR 69, 26. GP) stehe dem der Umstand, dass es sich bei den Geländern um Maßanfertigungen, die individuell auf den jeweiligen Aufstellungsort und den Sicherungszweck zugeschnitten sein müssten, nicht entgegen. Selbst wenn auch Geländer zur Absturzsicherung auftragsgegenständlich seien, müsse der Auftragnehmer nicht zwingend eine Zertifizierung nach EN 1090 vorweisen können. Einerseits werde eine solche Zertifizierung in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgegeben, andererseits bestehe für den Auftragnehmer auch die Möglichkeit, Geländer bei einem Hilfsunternehmen zuzukaufen, das über die Zertifizierung nach EN 1090 zum Inverkehrbringen von absturzsichernden Geländern verfüge. Vor dem Hintergrund der Erläuterungen zum BVergG 2018 Regierungsvorlage, BlgNR 69, 26. Gesetzgebungsperiode stehe dem der Umstand, dass es sich bei den Geländern um Maßanfertigungen, die individuell auf den jeweiligen Aufstellungsort und den Sicherungszweck zugeschnitten sein müssten, nicht entgegen.

Die vom Auftragnehmer laut den Ausschreibungsunterlagen selbst auszuführenden Arbeiten betrafen das Nehmen der Naturmaße, den Antransport auf die Baustelle und allfällige Zwischentransporte, einschließlich Auf- und Abladen, das Liefern und Montieren aller Befestigungsmittel, die sachgerechte Vorbereitung der Anschlussflächen, die Beistellung aller für die Montage erforderlichen Werkzeuge, Geräte und Gerüste sowie eine eventuell notwendige Werkstättenplanung. Die Herstellung der betreffenden Geländer, die nicht die Herstellung eines Teilerfolges darstelle, könne von einem Hilfsunternehmer erfolgen, ohne dass dieser zum Subunternehmer werde. Weder im Hinblick auf die Befugnis noch betreffend die technische Leistungsfähigkeit müsse ein Bieter vorliegend eine Zertifizierung nach EN 1090 nachweisen. Das Fehlen einer solchen Zertifizierung stelle keinen Ausscheidensgrund dar.

9

Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

10

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende

Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

11

Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen. Nach Paragraph 34, Absatz eins, VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.

12

Nach § 34 Abs. 1a VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. Nach Paragraph 34, Absatz eins a, VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (Paragraph 28, Absatz 3, VwGG) zu überprüfen.

13

Die Revision moniert in ihrem Zulässigkeitsvorbringen zunächst eine „offenkundig aktenwidrige Nichtberücksichtigung der bestandfesten, technischen Leistungsspezifikation zu den dort rechtsverbindlich festgelegten Begriffsbestimmungen ‚Herstellung/Anfertigung‘ sowie ‚Lieferung‘“.

Demnach definiere die Auftraggeberin in Punkt 00.0206 der Ausschreibungsunterlagen die festgelegten Leistungen des „Herstellen[s]“ und in Unterscheidung dazu in Punkt 00.0211 die Leistungen des „Liefern[s]“. Diese Begriffsbestimmungen beträfen auch die „Anfertigung“ von Geländern. Demnach habe der Auftragnehmer sämtliche Leistungen entweder selbst oder durch einen mit der Angebotslegung genannten Subunternehmer zu erbringen.

Die Übernahme dieser Leistungen durch ein „Unternehmen mit ÖNORM EN-Zertifizierung“ sei nicht möglich, weil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin „als Herstellungsbetrieb auch dann noch die zwingend erforderliche ÖNORM EN-Zertifizierung seiner werkseigenen Produktionskontrolle (WPK) nach DIN EN 1090-1 durch eine anerkannte Stelle“ fehle und ihr diese durch den anderen Herstellungsbetrieb nicht zuwachse. Die rechtliche Beurteilung des Verwaltungsgerichts, dass die Produktion der Geländer vom Bieter zugekauft werden und durch einen Hilfsunternehmer erfolgen könne, sei bereits deshalb wegen „der vorstehend dargelegten Aktenwidrigkeit nicht rechtsrichtig“.

Der vom Verwaltungsgericht festgestellte Inhalt und Umfang der Herstellungsleistungen der technisch spezifizierten Geländer, der ausschließlich in den „Ständigen Vorbemerkungen“ bestimmt sei, sei um die im Detail in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten, technischen Spezifikationen jeweils pro Geländertypus der jeweiligen Leistungsgruppe „Geländer“ als Leistungen der Gesamtaufträge der Obergruppen 05, 08 und 09 ausschreibungswidrig verkürzt festgestellt worden. Gleichmaßen fehlten Feststellungen über die Begriffsbestimmungen in der konstruktiven Leistungsbeschreibung betreffend die Leistungen des „Herstellen[s]“ im Unterschied zu den Leistungen des „Liefern[s]“. Das angefochtene Erkenntnis leide auch insofern an Aktenwidrigkeit.

Diese Umstände stellten überdies „relevante Verfahrensmängel“ dar. Diese seien „abstrakt geeignet eine erschöpfende Erörterung und gründliche Beurteilung der hier gegenständlichen Rechtssache zu hindern“, weshalb diese Verfahrensmängel entscheidungswesentlich seien.

Darüber hinaus hätte das Verwaltungsgericht „in seiner Beweiswürdigung richtiger Weise anzugeben [gehabt], dass es die zur ‚Anfertigung‘ / ‚Herstellung‘ der hier ausgeschriebenen Leistungen, die zur vollständigen Erbringung der geforderten Leistung notwendig sind - nämlich zur Herstellung der Geländer - ohne die in den Ausschreibungsunterlagen festgelegte, jeweils differierende umfassende technische Spezifikation (!) in seiner Beweiswürdigung zu seinem Erkenntnis angeführt hat“. Das Verwaltungsgericht habe derartige Feststellungen nicht getroffen.

Das Verwaltungsgericht weiche, indem es entscheidungswesentliche Ausschreibungsbestimmungen „nicht in sein Erkenntnis aufgenommen“ habe, „in den vorstehend angeführten Feststellungen nachgewiesen aktenwidrig von den jeweils dazu von der Antragsgegnerin festgelegten Leistungsspezifikationen ab“. Damit sei auch die rechtliche

Beurteilung des Verwaltungsgerichts, dass die Produktion der Geländer zugekauft werden und von einem Hilfsunternehmer erfolgen könne, „rechtsunrichtig“. Die Zulässigkeit der Weitergabe „an andere Drittunternehmen, die keine Subunternehmerleistungen oder keine reinen Lieferleistungen ... erbringen sollen“, sei nach den Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen nicht gegeben.

Das Verwaltungsgericht lege „seinem Erkenntnis - wie vorstehend umfassend durch die wörtliche Zitierung der Bezug habenden Ausschreibungsfestlegungen der Antragsgegnerin dargelegt - Tatsachenannahme zu Grunde, die nicht durch die Aktenlage gedeckt“ seien. Es gelange daher zu einem auf Aktenwidrigkeit beruhenden Ergebnis.

Betreffend die Auslegung einer Erklärung liege eine krasse Fehlbeurteilung des Verwaltungsgerichts „schon deshalb vor, weil das Verwaltungsgericht Wien auf der Grundlage seiner wiederholenden Aktenwidrigkeit, in seinen Auswirkungen rechtlich völlig unzulässig zugleich Abänderungen von bestandfesten Ausschreibungsunterlagen vornimmt“.

14

Überdies macht die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen eine „offenkundig rechtsunrichtige Einschränkung des Anwendungsbereiches der ÖN EN 1090“ sowie eine „rechtsunrichtige Auslegung von Subunternehmerleistungen“ geltend. Dazu bringt sie zusammengefasst vor, es bestehe noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Anwendungsbereich der ÖN EN 1090 bzw. zur „harmonisierten Norm nach Unionsrecht“. Die europäische Bauproduktenrichtlinie CPR EU Nr. 305/2011 verpflichte Unternehmen seit 1. Juli 2014 unter Anwendung der harmonisierten Norm EN 1090-1, tragende Bauteile aus Stahl in den EU-Mitgliedstaaten ausschließlich mit einer CE-Kennzeichnung auf den Markt zu bringen. Mit dem Zertifikat werde nicht nur die Qualifikation der Mitarbeiter und die erforderliche technische Ausrüstung nachgewiesen, sondern auch die Einhaltung der festgelegten wesentlichen Produkteigenschaften der Bauteile. Für sämtliche in den Obergruppen 05, 08 und 09 ausgeschriebenen Geländer sei eine „ON EN 1090 Zertifizierung“ zwingend erforderlich. Ebenso dürften die Leistungspositionen „02.02 Zubehör für Steher / Ankerplatte“ und „02.0402 Rahmen-Formrohr“ in der „Leistungsgruppe LG 02

Verkehrsleiteinrichtung - Material“ sowie die Leistungsposition „03.01.01 Tafel Montage“ in der „Leistungsgruppe LG 03 Verkehrsleiteinrichtungen - Arbeiten“ nur mit einer CE-Kennzeichnung in Verkehr gebracht werden. Vorliegend sei „zur Leistungserbringung für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistungen“ von unterschiedlichen Befugnissen in verschiedenen Fachrichtungen auszugehen. Deshalb komme es darauf an, dass die Bieter oder die von den Bietern genannten Subunternehmer die Befugnis für den Leistungsteil nachweisen könnten, den sie konkret erbrächten.

Ausschließlich aus der technischen Leistungsbeschreibung ergebe sich, über welche Befugnisse die Bieter „im offenen Verfahren“ zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung verfügen müssten. Diese Befugnisse seien einer Bestandfestigkeit der Ausschreibungsunterlagen nur eingeschränkt zugänglich, weil Gewerbe- oder sonstige berufsrechtliche

Befugnisanforderungen durch den Auftraggeber weder beschränkt noch abgeändert werden könnten. Überdies macht die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen eine „offenkundig rechtsunrichtige Einschränkung des

Anwendungsbereiches der ÖN EN 1090“ sowie eine „rechtsunrichtige Auslegung von Subunternehmerleistungen“ geltend. Dazu bringt sie zusammengefasst vor, es bestehe noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Anwendungsbereich der ÖN EN 1090 bzw. zur „harmonisierten Norm nach Unionsrecht“. Die europäische Bauproduktenrichtlinie CPR EU Nr. 305 aus 2011, verpflichte Unternehmen seit 1. Juli 2014 unter Anwendung der harmonisierten Norm EN 1090-1, tragende Bauteile aus Stahl in den EU-Mitgliedstaaten ausschließlich mit einer CE-Kennzeichnung auf den Markt zu bringen. Mit dem Zertifikat werde nicht nur die Qualifikation der Mitarbeiter und die erforderliche technische Ausrüstung nachgewiesen, sondern auch die Einhaltung der festgelegten wesentlichen Produkteigenschaften der Bauteile. Für sämtliche in den Obergruppen 05, 08 und 09 ausgeschriebenen Geländer sei eine „ON EN 1090 Zertifizierung“ zwingend erforderlich. Ebenso dürften die Leistungspositionen „02.02 Zubehör für Steher / Ankerplatte“ und „02.0402 Rahmen-Formrohr“ in der „Leistungsgruppe LG 02

Verkehrsleiteinrichtung - Material“ sowie die Leistungsposition „03.01.01 Tafel Montage“ in der „Leistungsgruppe LG 03 Verkehrsleiteinrichtungen - Arbeiten“ nur mit einer CE-Kennzeichnung in Verkehr gebracht werden. Vorliegend sei „zur Leistungserbringung für die Erfüllung der ausgeschriebenen Leistungen“ von unterschiedlichen Befugnissen in verschiedenen Fachrichtungen auszugehen. Deshalb komme es darauf an, dass die Bieter oder die von den Bietern genannten Subunternehmer die Befugnis für den Leistungsteil nachweisen könnten, den sie konkret erbrächten.

Ausschließlich aus der technischen Leistungsbeschreibung ergebe sich, über welche Befugnisse die Bieter „im offenen Verfahren“ zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung verfügen müssten. Diese Befugnisse seien einer Bestandfestigkeit der

Ausschreibungsunterlagen nur eingeschränkt zugänglich, weil Gewerbe- oder sonstige berufsrechtliche Befugnisanforderungen durch den Auftraggeber weder beschränkt noch abgeändert werden könnten.

Damit sei für die „mit der geforderten Leistung in technischer Hinsicht vertrauten Bieter“ davon auszugehen, dass die Herstellung der absturzsichernden Geländer nach den Vorschriften der „ÖNORM EN 1090“ zu erfolgen habe.

Das Verwaltungsgericht weiche von näher genannter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen ab, „weil das Verwaltungsgericht Wien diesbezügliche Feststellungen nicht getroffen“ habe.

Das Verwaltungsgericht hätte „zur Beurteilung der Fragestellung, inwiefern die hier zu Grunde liegenden technischen Leistungsspezifikationen zur Herstellung der in den OG 05, 07 und 08 [wohl gemeint: 05, 08 und 09] festgelegten Geländer vom durch Unionsrecht verbindlich festgelegten Anwendungsbereich der ÖNORM EN 1090 umfasst sind, im Rahmen seiner Beweiswürdigung alle in Betracht kommenden Umstände vollständig zu berücksichtigen“ gehabt, einschließlich der Pflicht, auf das Parteivorbringen einzugehen. Das Verwaltungsgericht hätte sich „über erhebliche Behauptungen und Beweisanträge nicht ohne Ermittlung und ohne Begründung nicht hinwegsetzen“ dürfen. „Entsprechend den vorstehend angeführten Festlegungen in den technischen Ausschreibungsspezifizierungen“ sei das angefochtene Erkenntnis „auch in Bezug auf den Anwendungsbereich der ÖNORM EN 1090 Zertifizierung nicht richtig“.

15

Schließlich moniert die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen die Annahme eines „offenkundig rechtsunrichtigen Bedeutungsgehalts von Leistungen eines Subunternehmers“ und bringt dazu zusammengefasst vor, die Definition des Begriffs „Subunternehmer“ finde ihre Grundlage im Werkvertragsrecht. Kennzeichnend für die Vertragsverhältnisse sei, dass die Herstellung eines bestimmten Werkes bzw. Erfolges geschuldet sei. Eine Beteiligung an der „Ausführung“ eines Auftrages „im Sinne der Definition des BVergG“ liege daher vor, wenn ein Unternehmer einen Leistungsteil des Auftrages vertraglich übernehme und diesen Leistungsteil in Eigenverantwortung selbst ausführe. Der Begriff des Subunternehmers umfasse alle Unternehmer, die aufgrund eines „direkten oder indirekten vertraglichen (Ketten-)Verhältnisses“ mit dem Auftragnehmer in die Auftragsdurchführung vertraglich eingebunden seien. Die Unterlassung der Bekanntgabe von erforderlichen Subunternehmern habe das Ausscheiden des betroffenen Angebots zur Folge.

16

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird dem Erfordernis der gesonderten Darstellung der Gründe, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts die Revision für zulässig erachtet wird (§ 28 Abs. 3 VwGG), nicht schon durch nähere Ausführungen zur behaupteten Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung (§ 28 Abs. 1 Z 5 VwGG) - wie vorliegend im oben auszugsweise wiedergegebenen

Zulässigkeitsvorbringen - oder zu den Rechten, in denen sich der Revisionswerber verletzt erachtet (§ 28 Abs. 1

Z 4 VwGG), Genüge getan. Der Anordnung des § 28 Abs. 3 VwGG wird insbesondere dann nicht entsprochen, wenn das Vorbringen zur Begründung der Zulässigkeit der Revision mit Ausführungen, die inhaltlich Revisionsgründe darstellen, in einer Weise vermengt ist, dass keine gesonderte Darstellung der Zulässigkeitsgründe vorliegt. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes wird dem Erfordernis der gesonderten Darstellung der Gründe, aus denen entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichts die Revision für zulässig erachtet wird (Paragraph 28, Absatz 3, VwGG), nicht schon durch nähere Ausführungen zur behaupteten Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung (Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 5, VwGG) - wie vorliegend im oben auszugsweise wiedergegebenen

Zulässigkeitsvorbringen - oder zu den Rechten, in denen sich der Revisionswerber verletzt erachtet (Paragraph 28, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG), Genüge getan. Der Anordnung des Paragraph 28, Absatz 3, VwGG wird insbesondere dann nicht entsprochen, wenn das Vorbringen zur Begründung der Zulässigkeit der Revision mit Ausführungen, die inhaltlich Revisionsgründe darstellen, in einer Weise vermengt ist, dass keine gesonderte Darstellung der Zulässigkeitsgründe vorliegt.

In der gesonderten Zulassungsbegründung ist zudem konkret darzulegen, in welchen Punkten die angefochtene Entscheidung von welcher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht bzw. konkret welche Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof uneinheitlich oder noch gar nicht beantwortet hat. Lediglich pauschale Behauptungen erfüllen diese Voraussetzungen nicht (vgl. zu alldem VwGH 31.10.2023, Ra 2020/04/0031, Rn. 9 und 10, mwN). In der gesonderten Zulassungsbegründung ist zudem konkret darzulegen, in welchen Punkten die angefochtene

Entscheidung von welcher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht bzw. konkret welche Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof uneinheitlich oder noch gar nicht beantwortet hat. Lediglich pauschale Behauptungen erfüllen diese Voraussetzungen nicht vergleiche , zu alldem VwGH 31.10.2023, Ra 2020/04/0031, Rn. 9 und 10, mwN).

17

Diesen Vorgaben wird die vorliegende außerordentliche Revision mit ihrem (auszugsweise wiedergegebenen) Zulässigkeitsvorbringen, das in weiten Teilen ausschließlich auf die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung Bezug nimmt, ohne zu einer konkreten, fallbezogen zu lösenden Rechtsfrage ein Abweichen von näher bezeichneter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, ein Fehlen solcher Rechtsprechung oder eine bisher vom Verwaltungsgerichtshof uneinheitlich beantwortete Rechtsfrage darzulegen, nicht gerecht.

18

Die vorliegende Revision erweist sich schon insofern gemäß § 34 VwGG nicht zu ihrer Behandlung geeignet. Die vorliegende Revision erweist sich schon insofern gemäß Paragraph 34, VwGG nicht zu ihrer Behandlung geeignet.

19

Davon abgesehen sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stellt dabei ebenso wie die Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen stets eine im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung dar. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen nicht revisibel ist, weil der fallbezogenen Auslegung grundsätzlich keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Auslegung einer Erklärung im Einzelfall ist nur dann als revisibel anzusehen, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vgl. zu alldem VwGH 18.9.2019, Ra 2018/04/0096, Rn. 17 und 18, mwN). Davon abgesehen sind nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Im Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Die Prüfung der Ausschreibungskonformität eines Angebotes stellt dabei ebenso wie die Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen stets eine im Einzelfall vorzunehmende Beurteilung dar. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen nicht revisibel ist, weil der fallbezogenen Auslegung grundsätzlich keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Auslegung einer Erklärung im Einzelfall ist nur dann als revisibel anzusehen, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre vergleiche , zu alldem VwGH 18.9.2019, Ra 2018/04/0096, Rn. 17 und 18, mwN).

20

Eine derart krasse Fehlbeurteilung zeigt die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen nicht auf.

21

Das Verwaltungsgericht legt den Begriff „Anfertigen“ in der Leistungsbeschreibung zur „Leistungsgruppe 05 (Geländer)“ dahin aus, dass dies nicht die Herstellung der Geländer selbst umfasst. Eine krasse Fehlbeurteilung dieser Auslegung legt die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen nicht dar.

22

Der Auftragnehmer hat daher nach dieser Auslegung nicht zwingend die Geländer selbst zu produzieren oder von einem im Angebot von ihm namhaft zu machenden Subunternehmer produzieren zu lassen. Die Begriffsbestimmung „00.0206 Herstellen“ im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis, auf die die Revision in ihrem Zulässigkeitsvorbringen verweist, bezieht sich auf die „Erbringung der geforderten Leistung“. Nicht erfasst davon ist daher nach der Auslegung des Begriffs „Anfertigen“ durch das Verwaltungsgericht somit die Herstellung der Geländer selbst, sondern bloß deren Errichtung (liefern und aufstellen). Allein aus der im Zulässigkeitsvorbringen herangezogenen Bestimmung des Begriffs „Herstellen“ im Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ergibt sich daher keine unvertretbare Auslegung des Verwaltungsgerichts.

23

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung des Subunternehmers vom

Hilfsunternehmer ist Subunternehmer ein Unternehmer, der es übernimmt, Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages - im Sinn der Herstellung eines Teilerfolgs - selbst herzustellen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Versetzt ein Unternehmen den Auftragnehmer (lediglich) in die Lage, den Auftrag zu erbringen, liegt ein Hilfsunternehmen vor (vgl. etwa VwGH 25.1.2022, Ro 2018/04/0017, Rn. 23, sowie 19.11.2019, Ra 2017/04/0117, Rn. 15, jeweils mit Hinweis auf VwGH 22.3.2019, Ro 2017/04/0022, Rn. 11 bis 13). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Abgrenzung des Subunternehmers vom Hilfsunternehmer ist Subunternehmer ein Unternehmer, der es übernimmt, Teile des an den Auftragnehmer erteilten Auftrages - im Sinn der Herstellung eines Teilerfolgs - selbst herzustellen oder unter seiner persönlichen Verantwortung ausführen zu lassen. Versetzt ein Unternehmen den Auftragnehmer (lediglich) in die Lage, den Auftrag zu erbringen, liegt ein Hilfsunternehmen vor vergleiche , etwa VwGH 25.1.2022, Ro 2018/04/0017, Rn. 23, sowie 19.11.2019, Ra 2017/04/0117, Rn. 15, jeweils mit Hinweis auf VwGH 22.3.2019, Ro 2017/04/0022, Rn. 11 bis 13).

24

Nach der nicht unvertretbaren Auslegung der Ausschreibungsunterlagen durch das Verwaltungsgericht ist die Herstellung von Geländern nicht als Herstellung eines Teilerfolgs der beauftragten Errichtung der Geländer zu verstehen, sondern versetzt den Auftragnehmer lediglich in die Lage, die beauftragte Leistung zu erbringen. Ein von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin mit der Herstellung der Geländer beauftragtes Unternehmen ist daher kein Subunternehmen, sondern ein Hilfsunternehmen. Der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ist es daher möglich, ein nach EN 1090 zertifiziertes Hilfsunternehmen mit der Herstellung von absturzsichernden Geländern zu beauftragen, ohne selbst über eine solche Zertifizierung verfügen oder ein Subunternehmen mit einer solchen Zertifizierung im Angebot benennen zu müssen. Das Zulässigkeitsvorbringen über die erforderliche EN 1090 Zertifizierung für die Herstellung absturzsichernder Geländer vermag bereits deshalb keine mangelnde Eignung des Angebots der präsuntiven Zuschlagsempfängerin iSd § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 aufzuzeigen. Nach der nicht unvertretbaren Auslegung der Ausschreibungsunterlagen durch das Verwaltungsgericht ist die Herstellung von Geländern nicht als Herstellung eines Teilerfolgs der beauftragten Errichtung der Geländer zu verstehen, sondern versetzt den Auftragnehmer lediglich in die Lage, die beauftragte Leistung zu erbringen. Ein von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin mit der Herstellung der Geländer beauftragtes Unternehmen ist daher kein Subunternehmen, sondern ein Hilfsunternehmen. Der präsuntiven Zuschlagsempfängerin ist es daher möglich, ein nach EN 1090 zertifiziertes Hilfsunternehmen mit der Herstellung von absturzsichernden Geländern zu beauftragen, ohne selbst über eine solche Zertifizierung verfügen oder ein Subunternehmen mit einer solchen Zertifizierung im Angebot benennen zu müssen. Das Zulässigkeitsvorbringen über die erforderliche EN 1090 Zertifizierung für die Herstellung absturzsichernder Geländer vermag bereits deshalb keine mangelnde Eignung des Angebots der präsuntiven Zuschlagsempfängerin iSd Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2018 aufzuzeigen.

25

Soweit die Revision wiederholt eine Aktenwidrigkeit moniert, ist darauf hinzuweisen, dass eine solche nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann vorliegt, wenn der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde bzw. wenn sich das Verwaltungsgericht bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts mit dem Akteninhalt hinsichtlich der dort festgehaltenen Tatsachen in Widerspruch gesetzt hat (vgl. etwa VwGH 17.12.2019, Ro 2018/04/0012 bis 0014, Rn. 26, mwN). Eine solche Aktenwidrigkeit zeigt die Revision jedoch fallbezogen nicht auf. Soweit die Revision wiederholt eine Aktenwidrigkeit moniert, ist darauf hinzuweisen, dass eine solche nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nur dann vorliegt, wenn der Akteninhalt unrichtig wiedergegeben wurde bzw. wenn sich das Verwaltungsgericht bei der Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts mit dem Akteninhalt hinsichtlich der dort festgehaltenen Tatsachen in Widerspruch gesetzt hat vergleiche , etwa VwGH 17.12.2019, Ro 2018/04/0012 bis 0014, Rn. 26, mwN). Eine solche Aktenwidrigkeit zeigt die Revision jedoch fallbezogen nicht auf.

26

Ebenso wenig vermag das pauschale Zulässigkeitsvorbringen betreffend die Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichts darzulegen, welche konkreten entscheidungswesentlichen Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis aufgrund einer in unvertretbarer Weise vorgenommenen Beweiswürdigung getroffen wurden (vgl. zum diesbezüglichen Prüfungskalkül des Verwaltungsgerichtshofes hinsichtlich der Beweiswürdigung etwa VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0022, 0023, Rn. 14, mwN). Ebenso wenig vermag das pauschale Zulässigkeitsvorbringen betreffend die Beweiswürdigung des Verwaltungsgerichts darzulegen, welche konkreten entscheidungswesentlichen Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis aufgrund einer in unvertretbarer Weise vorgenommenen Beweiswürdigung getroffen

wurden vergliche , zum diesbezüglichen Prüfungskalkül des Verwaltungsgerichtshofes hinsichtlich der Beweiswürdigung etwa VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0022, 0023, Rn. 14, mwN).

27

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

Wien, am 13. Jänner 2025

Schlagworte

Individuelle Normen und Parteienrechte Auslegung von Bescheiden und von Parteierklärungen VwRallg9/1

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2025:RA2021040193.L00

Im RIS seit

11.02.2025

Zuletzt aktualisiert am

03.11.2025

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at