

# TE Verg Bescheid 2008/3/20 N/0031-BVA/11/2008-8EV

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.03.2008

## Norm

BVergG 2006 §328

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

Bescheid

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 86/2007 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "A09, Phyrn Autobahn-Gleinalm; Deckensanierung Lainsach, km 135,120- km 139,600" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, 8074 Graz/Raaba, Fuchsenfeldweg 71, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1.A\*\*\* sowie 2. B\*\*\*, beide vertreten durch X\*\*\*, vom 13.03.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14.3.2008), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, BundesvergabeGesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 86 aus 2007, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG 2006, betreffend das Vergabeverfahren "A09, Phyrn Autobahn-Gleinalm; Deckensanierung Lainsach, km 135,120- km 139,600" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch ASFINAG Autobahn Service GmbH Süd, 8074 Graz/Raaba, Fuchsenfeldweg 71, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1.A\*\*\* sowie 2. B\*\*\*, beide vertreten durch X\*\*\*, vom 13.03.2008 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 14.3.2008), wie folgt entschieden:

Spruch

Den Anträgen, das Bundesvergabeamt möge

1. "1.Ziffer eins  
Der Antragsgegnerin untersagen, bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag, dem Angebot der Bietergemeinschaft C\*\*\*/D\*\*\* den Zuschlag zu erteilen und
2. 2.Ziffer 2  
die angefochtene Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag

aussetzen", wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin untersagt wird, für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens dem Angebot der BG C\*\*\*/D\*\*\* den Zuschlag zu erteilen. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

#### Begründung

Die Auftraggeberin schrieb im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich die Deckensanierung der A09 Phyrn Autobahn - Gleinalm, Lainsach km 135,120 - km 139,600 aus. Die Bekanntmachung erfolgte am 28.1.2008 im Amtlichen Lieferanzeiger Nr. L 405298- 8123. Der Zuschlag soll dem Angebot mit dem billigsten Preis erteilt werden. Die Antragstellerin legte ein Angebot mit einer Nettoangebotssumme von EUR 2.940.843,34. Mit Telefaxmitteilung vom 07.03.2008 gab die Auftraggeberin bekannt, dass sie beabsichtige der Bietergemeinschaft C\*\*\* und D\*\*\* als Billigstbieterin den Zuschlag zu erteilen.

Mit Schriftsatz vom 14.03.2008 brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit den im Spruch wiedergegebenen Begehren sowie den Antrag ein, die zu Gunsten der BG C\*\*\*-D\*\*\* (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Begründend brachte die Antragstellerin vor, die D\*\*\* sei erst am 29.12.2007 in das Firmenbuch zu FN 300996 t des Landesgerichtes für ZRS Graz eingetragen worden. Beide Unternehmen der Bietergemeinschaft hätten das freie Gewerbe Asphaltierer nicht angemeldet und auch für die Ausführung der ausgeschriebenen Asphaltierungsarbeiten keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Der Auftrag bestehe jedoch zu ca. 60% aus Asphaltierungsarbeiten. Nach dem Anhang B 8.5.5 der Ausschreibung sei gefordert, dass einschlägige Arbeiten anzugeben seien. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchgeführten Arbeiten könnten nicht als einschlägig bezeichnet werden. Ausschreibungsgegenständlich sei die Sanierung der Deckenschicht und der bituminösen Tragschichten sowie Brückensanierungsarbeiten, welche innerhalb von 6 Wochen durchzuführen seien, wobei die Arbeiten unter Aufrechterhaltung des Verkehrs zu erbringen seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe bislang keinerlei vergleichbare Arbeiten durchgeführt, sodass ihr die erforderliche technische Eignung fehle. Speziell im Bereich der Brückensanierung, deren Auftragswert mit ca. EUR 300.000,00 zu beziffern sei, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich Baulose mit einer Auftragssumme von ca. EUR 50.000,00 abgewickelt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Weiters sei die D\*\*\* erst seit 29.12.2007 im Firmenbuch eingetragen und existiere rechtlich erst seit diesem Zeitpunkt. Nach Punkt 1,304.1.4 der Ausschreibungsgrundlagen (B.1) wäre es jedoch erforderlich gewesen, dass dieses Unternehmen mindestens ein Jahr bestehe. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle daher auch die erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, ihr Angebot wäre daher auch unter diesem Gesichtspunkt gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Begründend brachte die Antragstellerin vor, die D\*\*\* sei erst am 29.12.2007 in das Firmenbuch zu FN 300996 t des Landesgerichtes für ZRS Graz eingetragen worden. Beide Unternehmen der Bietergemeinschaft hätten das freie Gewerbe Asphaltierer nicht angemeldet und auch für die Ausführung der ausgeschriebenen Asphaltierungsarbeiten keinen Subunternehmer namhaft gemacht. Der Auftrag bestehe jedoch zu ca. 60% aus Asphaltierungsarbeiten. Nach dem Anhang B 8.5.5 der Ausschreibung sei gefordert, dass einschlägige Arbeiten anzugeben seien. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchgeführten Arbeiten könnten nicht als einschlägig bezeichnet werden. Ausschreibungsgegenständlich sei die Sanierung der Deckenschicht und der bituminösen Tragschichten sowie Brückensanierungsarbeiten, welche innerhalb von 6 Wochen durchzuführen seien, wobei die Arbeiten unter Aufrechterhaltung des Verkehrs zu erbringen seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe bislang keinerlei vergleichbare Arbeiten durchgeführt, sodass ihr die erforderliche technische Eignung fehle. Speziell im Bereich der Brückensanierung, deren Auftragswert mit ca. EUR 300.000,00 zu beziffern sei, habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin lediglich Baulose mit einer Auftragssumme von ca. EUR 50.000,00 abgewickelt. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen. Weiters sei die D\*\*\* erst seit 29.12.2007 im Firmenbuch eingetragen und existiere rechtlich erst seit diesem Zeitpunkt. Nach Punkt 1,304.1.4 der Ausschreibungsgrundlagen (B.1) wäre es jedoch erforderlich gewesen, dass dieses Unternehmen mindestens ein Jahr bestehe. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle daher auch die erforderliche finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, ihr Angebot wäre daher auch unter diesem Gesichtspunkt gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

Sowohl die C\*\*\* als auch die D\*\*\* hätten das freie Gewerbe Asphaltierer nicht angemeldet und dürften sohin dieses Gewerbe nicht selbst ausüben. Das Gewerberecht werde erst durch die Anmeldung begründet. Ohne Anmeldung sei

die gewerbliche Tätigkeit als unbefugt zu bezeichnen (konstitutiver Charakter der Anmeldung). Zur Ausführung von Asphaltierungsarbeiten müsste sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher gemäß § 99 Abs 2 vierter Satz GewO eines befugten Gewerbetreibenden bedienen, sohin einer Person, die das Gewerbe Asphaltierer angemeldet habe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe keinen befugten Subunternehmer namhaft gemacht. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle es daher auch an der entsprechenden Befugnis zur Ausführung von Asphaltierungsarbeiten, ihr Angebot wäre auch unter diesem Gesichtspunkt gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuschneiden gewesen. Sowohl die C\*\*\* als auch die D\*\*\* hätten das freie Gewerbe Asphaltierer nicht angemeldet und dürften sohin dieses Gewerbe nicht selbst ausüben. Das Gewerberecht werde erst durch die Anmeldung begründet. Ohne Anmeldung sei die gewerbliche Tätigkeit als unbefugt zu bezeichnen (konstitutiver Charakter der Anmeldung). Zur Ausführung von Asphaltierungsarbeiten müsste sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher gemäß Paragraph 99, Absatz 2, vierter Satz GewO eines befugten Gewerbetreibenden bedienen, sohin einer Person, die das Gewerbe Asphaltierer angemeldet habe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe keinen befugten Subunternehmer namhaft gemacht. Der präsumtiven Zuschlagsempfängerin fehle es daher auch an der entsprechenden Befugnis zur Ausführung von Asphaltierungsarbeiten, ihr Angebot wäre auch unter diesem Gesichtspunkt gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszuschneiden gewesen.

Durch den Entgang des Auftrages drohe der Antragstellerin ein Schaden in Gestalt des ihr entgehenden angemessenen Gewinnes sowie der anfallenden, nicht verminderten kalkulierten Geschäftsgemeinkosten. Die Nichterteilung des Zuschlages würde eine fehlende Auslastung ihres Personalstandes, Folgekosten für die Akquisition anderer Aufträge und Vorhaltekosten für die Niederlassungen bis hin zum alternativen Einsatz ihrer Ressourcen bei anderen Bauaufträgen mit sich bringen. Darüber hinaus handle es sich bei dem gegenständlichen Bauvorhaben um ein weiteres wichtiges Referenzprojekt, das es der Antragstellerin gestatte, werbewirksam bei anderen öffentlichen Bauvorhaben in Erscheinung zu treten, sodass der Antragstellerin bei Nichterteilung des Auftrages ein Imageschaden zu entstehen drohe. Im Falle des Ausscheidens des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegten Angebotes, hätte die Antragstellerin das billigste Angebot gelegt, sodass sie durch die angefochtene Entscheidung in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens, insbesondere im Recht auf Transparenz der Zuschlagsentscheidung und auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt sei. Die Antragstellerin hätte ein Interesse am Vertragsabschluss da sie bei Erteilung des Zuschlages einen Gewinn lukrieren bzw. anfallende Geschäftsgemeinkosten vermindern bzw. auf ein wichtiges Referenzprojekt verweisen könnte.

Mit Schriftsatz vom 18.3.2008 teilte die Auftraggeberin mit, dass im Sinne des § 329 Abs 1 BVergG keine Interessen der Auftraggeberin oder besondere öffentliche Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen. Mit Schriftsatz vom 18.3.2008 teilte die Auftraggeberin mit, dass im Sinne des Paragraph 329, Absatz eins, BVergG keine Interessen der Auftraggeberin oder besondere öffentliche Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprächen.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Bei der ASFINAG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG, der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß § 25 BVergG an den Billigstbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Unterschwellenbereich. Im gegenständlichen Fall handelt es sich um einen Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG, der im Rahmen eines offenen Verfahrens gemäß Paragraph 25, BVergG an den Billigstbieter vergeben werden soll. Laut Angaben der Auftraggeberin liegt der geschätzte Auftragswert im Unterschwellenbereich.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg. cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 leg. cit. Von einem in Paragraph 328, Absatz eins, BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des Paragraph 320, Absatz eins, leg. cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, leg. cit.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß §

320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß § 328 Abs 3 u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario gemäß Paragraph 328, Absatz 3, u. 4 BVergG rechtzeitig ist. Da auch die Pauschalgebühren ordnungsgemäß entrichtet wurden, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Die Antragstellerin hat die Bedeutung des Auftrages als Referenzprojekt für zukünftige Bewerbungen aufgezeigt. Dabei handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA vom 30. April 2003, 6N-41/03-11; BVA vom 27. Jänner 2006, 16N-8/06-6, BVA vom 4. April 2007, N/0030- BVA/07/2007-EV19).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit der Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 2 BVergG. Die Antragstellerin behauptet die

Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird im Hauptverfahren zu beurteilen. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der die Möglichkeit der Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert. Die angeordnete Sicherungsmaßnahme ist auch die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd Paragraph 329, Absatz 2, BVergG.

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG ist auch aufgrund des Vorbringens der Auftraggeberin nicht auszugehen. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen. Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG ist auch aufgrund des Vorbringens der Auftraggeberin nicht auszugehen. Die einstweilige Verfügung war daher im gegenständlichen Ausmaß zu erlassen.

Was die begehrte Aussetzung der Zuschlagsentscheidung betrifft, so war dieses Mehrbegehren bereits aus dem Grund abzuweisen, da die Zuschlagsentscheidung als eine bereits abgeschlossene Handlung einer Aussetzung gar nicht mehr zugänglich ist.

**Zuletzt aktualisiert am**

20.08.2008

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)