



## Dokumentinformation

|                           |  |
|---------------------------|--|
| Typ                       | Zeitschrift  |
| Datum/Gültigkeitszeitraum | 01.11.2007   |
| Publiziert von            | Verlag Österreich  |
| Glossator                 | <b>FLORIAN NEUMAYR *)</b>  |
| Fundstelle                | <b>RPA 2007, 280</b>   |
| Heft                      | <b>6 / 2007</b>  |
| Seite                     | <b>280</b>   |
| Entscheidung              | <b>BVA 3.10.2007, N/0077-BVA/13/2007-40.</b><br><a href="#">▼ Zu den Verweisen</a> |

## Leitsatz

Verfügt ein Bieter nicht über die erforderliche Eignung (magels entsprechender Gewerbeberechtigung), hat er im Nachprüfungsverfahren auch dann keine Antragslegitimation, wenn er vom Auftraggeber nicht ausgeschieden wurde. Nach Ansicht des BVA kommt ein solcher Bieter für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht und kann ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit (im vorliegenden Fall, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der erforderlichen Eignung mangle) kein Schaden entstehen bzw drohen.

## Text

### Sachverhalt:

Zur Sanierung des Tanzenbergtunnels auf der S6 Semmering Schnellstraße haben die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) und die ASFINAG Autobahnservice GmbH einen Bauauftrag im Wege des offenen Verfahrens ausgeschrieben (Oberschwellenbereich).

Ausgeschrieben, und für das Verfahren von besonderer Bedeutung, wurde unter anderem die Neuerrichtung einer kompletten Lüftungsanlage. In einem Lüftungsgutachten der TU-Graz, auf dessen Grundlage die Ausschreibung verfasst wurde, sind die Lage der Strahlventilatoren und Messgeräte sowie Lüftungstechnische und energietechnische Vorgaben hinsichtlich der Strahlventilatoren enthalten. Weiters sind Vorgaben betreffend das Lüftungsprogramm enthalten. Dem Auftragnehmer obliegt nach den Festlegungen in der Ausschreibung die Ausführungsplanung. Außerdem verpflichtet die Ausschreibung den Auftragnehmer, alle die Lüftungstechnik betreffenden Normen einzuhalten und die Konstruktion der Anlagenteile in höchstmöglicher Qualität nach dem letzten Stand der Technik in möglichst einfacher, robuster und für den Einsatz im Straßentunnel geeignet auszuführen. Die dauernde

Funktionstüchtigkeit bei Temperaturen zwischen -25 und +30 Grad Celsius ist nach der Ausschreibung zu gewährleisten. Weiters verpflichtet die Ausschreibung den Auftragnehmer bei der Auslegung der Strahlventilatoren gewissen Umständen Rechnung zu tragen und nach erfolgter Montage Messungen und Einstellarbeiten an der gelieferten Ausrüstung mit dem Zweck vorzunehmen, den Nachweis der geforderten Eigenschaften noch vor Beginn der Inbetriebsetzung zu erlangen. Bei festgestellten Fehlern, Mängeln oder Abweichungen hat der Auftragnehmer in kürzester Zeit jene Änderungen auf seine Kosten durchzuführen, die den geforderten Zustand herstellen.

Insgesamt sechs Bieter(-Gemeinschaften), darunter die Antragstellerin, haben Angebote gelegt. Am 31. 7. 2007 haben die Auftraggeber die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B\* bekannt gegeben.

Die - von den Auftraggebern nicht ausgeschiedene - Antragstellerin hat ihren Antrag auf Nachprüfung dieser Zuschlagsentscheidung im Wesentlichen damit begründet, dass es der präsumtiven Zuschlagsempfängerin an der geforderten Eignung mangle; diese könne nicht die erforderliche Anzahl an Referenzprojekten nachweisen.

In der Folge erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen und brachte unter anderem vor, dass es der Antragstellerin an der Eignung mangle; sie verfüge nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung.

Ende Seite 280

Anfang Seite 281»

Das BVA verneinte in der hier besprochenen Entscheidung schließlich die Antragslegitimation der Antragstellerin, die zwar (laut zentralem Gewerbeverzeichnis) unter anderem über die Gewerbeberechtigung "Elektrotechnik", aber nicht "Lüftungstechnik" verfügt, mangels Eignung und prüfte die tatsächliche Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht näher.

Aus der Begründung:

(...) Unter Berücksichtigung von § 106 GewO, der Lüftungstechnik-Meisterprüfungsordnung vom 30. 1. 2004 sowie der Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsordnung vom 30. 1. 2004 ist iSd § 29 GewO ohne Zweifel davon auszugehen, dass die erforderliche Gewerbeberechtigung für die ausgeschriebenen Maßnahmen betreffend die Tunnellüftungsanlage etwa vom Umfang der Gewerbeberechtigung Lüftungstechnik iSd § 94 Z 31 GewO, nicht jedoch vom Umfang der Gewerbeberechtigung Elektrotechnik iSd § 94 Z 16 GewO, umfasst ist. Dies insbesondere, weil Lüftungsanlagen im Anhang der Lüftungstechniker-Meisterprüfungsordnung ausdrücklich also vom Umfang der Gewerbeberechtigung umfasst genannt sind und alle Anlagen einer Tunnellüftungsanlage unter diesen Begriff fallen (...). Lüftungsanlagen sind jedoch nicht im Anhang der Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsordnung genannt. Weiters erhalten Elektrotechniker entsprechend der Elektrotechnik-Befähigungsprüfungsordnung keine entsprechende Ausbildung für die Errichtung von Lüftungsanlagen und dürfen eine Lüftungstechnische Funktionsüberprüfung der gesamten Anlage sowie eine Gesamteinbetriebnahme einer Tunnellüftungsanlage nicht vornehmen (...).

Es ist aufgrund der Lebenserfahrung offenkundig, dass bei der Durchführung nicht fachgerechter Maßnahmen an einer Tunnellüftungsanlage Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen bestehen kann. Gerade wenn aber Gefahr für Leib und Leben einer größeren Anzahl von Personen bestehen kann, kann es nicht im Sinne des Gesetzes sein, eine weite Interpretation der

einschlägigen Rechtsvorschriften (wie sie von der Antragstellerin vertreten wird) für die Frage des Umfanges der Gewerbeberechtigung durchzuführen, sondern ist vielmehr eine enge Interpretation mit dem Ziel der Qualitätssicherung vorzunehmen.

Die Antragstellerin argumentiert weiters, dass sich der Anteil der Leistung betreffend die Tunnellüftung zur Gesamtleistung im Promillebereich bewege. Der Zukauf der Anlage sei vom Nebenrecht der Antragstellerin gemäß **§ 32 Abs 1 Z 10 GewO** umfasst. Für die Montage und den Anschluss der Anlage stütze sich die Antragstellerin auf **§ 32 Abs 1 Z 1 bzw Z 11 GewO**.

Wie die Auftraggeber nachvollziehbar dargelegt haben, beträgt der durchschnittliche Angebotspreis der Tunnellüftungsanlage Euro 1.054.236 (bzw) der Anteil der Tunnellüftungsanlage in Prozent zur gesamten elektrotechnischen und maschinellen Anlage bei Zugrundelegung der Durchschnittspreise aller abgegebenen Angebote 7,52 Prozent (...). Somit kann im gegenständlichen Fall betreffend die Errichtung der Tunnellüftungsanlage weder bei einer absoluten noch bei einer relativen Betrachtung von einem geringen Umfang der Leistungen anderer Gewerbe iSd **§ 32 Abs 1 Z 1 GewO** ausgegangen werden. (...)

Die gegenständliche Lüftungsanlage ist (gemäß den Festlegungen in der Ausschreibung) eine komplexe technische Anlage, für deren Installation mehr Fachwissen als bloß für den Ankauf und die Montage vorgegebener Teile erforderlich ist, wobei bei unsachgemäßer Setzung einer der ausgeschriebenen Maßnahmen betreffend die Tunnellüftungsanlage offenkundig Gefahr für Leib und Leben einer großen Anzahl von Personen bestehen kann. Es zeigt sich, dass die ausgeschriebenen Maßnahmen betreffend die Tunnellüftungsanlage weit über einfache Tätigkeiten von reglementierten Gewerben, deren fachgemäße Ausübung den sonst vorgeschriebenen Befähigungsnachweis nicht erfordert, hinausgehen. Eine Berufung auf das Nebenrecht gem **§ 32 Z 11 GewO** ist daher für die ausgeschriebenen Maßnahmen betreffend die Tunnellüftungsanlage nicht zulässig.

Die Antragstellerin kann ihre mangelnde Befugnis auch nicht durch die nachträgliche Benennung eines Subunternehmers substituieren, da sie - wie sie selbst in der mündlichen Verhandlung zugesteht - für die Tunnellüftungsanlage (...) im Angebot keinen Subunternehmer benannt hat. Eine "Nachnennung" von Subunternehmern - wie dies die Antragstellerin versucht - wird nämlich durch (die) bestandfest gewordenen Ausschreibung untersagt.

Die Antragstellerin ist daher für die ausgeschriebenen Maßnahmen betreffend die Tunnellüftungsanlage nicht befugt. Die Antragstellerin wäre daher auszuschneiden gewesen. Es ist ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, dass einem Bieter, dessen Angebot auszuschneiden gewesen wäre (aber nicht ausgeschieden wurde), keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt, weil er für die Zuschlagserteilung ohnehin nicht in Betracht käme und ihm daher durch die behauptete Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen bzw drohen kann (zuletzt **VwGH 26. 7. 2007, 2003/04/0074**). Der Nachprüfungsantrag war daher zurückzuweisen. (...)

«Ende Seite 281

Anfang Seite 282

## Glosse

Die Frage der Antragslegitimation eines auszuschneidenden, aber tatsächlich vom Auftraggeber nicht ausgeschieden Bieters wird in Rechtsprechung und Literatur nicht einheitlich beurteilt; im Sinne einer Antragslegitimation etwa BVA 19. 3. 2003, 13F-8/02-8 und mwN Thienel, Ausgewählte Probleme der Antragstellung im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002, **RPA 2003, 7** (11 ff).

Mit der vorliegenden Entscheidung folgt das BVA der ständigen Rechtsprechung des VwGH (zuletzt 26. 7. 2007, 2003/04/0074), wonach auszuscheidenden Bietern keine Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren zukommt (auch wenn ihr Angebot nicht ausgeschieden wurde). (Seit VwGH 28. 3. 2007, 2005/04/0200, vermittelt selbst die Behauptung, alle Bieter wären auszuschneiden gewesen, keine Antragslegitimation.)

Die Einwendung - im vorliegenden Fall durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin -, der Nachprüfungswerberin mangle es an der Eignung, ist damit eine mächtige Waffe; ggf wird die tatsächliche Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom BVA nicht einmal geprüft.

\*

Florian Neumayr, am Verfahren beteiligt.

Zitiervorschlag

## Fußnote(n)

\*) Florian Neumayr, am Verfahren beteiligt.

## Meta-Daten

## Schlagwort(e)

BVA: KEINE ANTRAGSLEGITIMATION BEI FEHLENDER EIGNUNG. Fall "Tanzenbergtunnel". Antragslegitimation zur Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung, Eignung, Befugnis.

---

## Verweise

ÖÇ || BVA 3.10.2007, N/0077-BVA/13/2007-40.  
ÖÇ || § 19 BVergG 2006  
ÖÇ || § 69 BVergG 2006  
ÖÇ || § 320 BVergG 2006

---

## Rückverweise

## Zeitschriften

ÖÇ || RPA 2011, 256: VwGH 12.5.2011, 2011/04/0043VwGH: Kein entstandener Schaden wegen Nichterfüllung von Mindestkriterien durch eine Bietergemeinschaft -  
ÖÇ || ZVB 2008/79: Berührungspunkte von Gewerberecht und Vergaberecht (Teil I) Einführung und Gesamtdarstellung (FN 1 (Christoph Wiesinger) -

## Entscheidungen

ÖÇ || BVA N/0038-BVA/10/2010-44 - Bescheid (Volltext) -

---

© 2016 MANZ'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung GmbH