

TE Verg Bescheid 2009/7/30 N/0075-BVA/04/2009-EV5

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.07.2009

Norm

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BundesvergabeGesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 86/2007 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes im Verschiebebahnhof Graz unter den vorhandenen topologischen Gegebenheiten" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 23.7.2009, 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 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG betreffend das Vergabeverfahren "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes im Verschiebebahnhof Graz unter den vorhandenen topologischen Gegebenheiten" des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur Bau AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 23.7.2009, wie folgt entschieden:

Spruch

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß § 328 BVergG für die Dauer des

Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Antragsgegnerin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren 'Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes am Verschiebebahnhof Graz unter den vorhandenen topologischen Gegebenheiten' die Angebotsöffnung und die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", wird stattgegeben. Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge eine einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 328, BVergG für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen, mit der der Antragsgegnerin im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren 'Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes am Verschiebebahnhof Graz unter den vorhandenen topologischen Gegebenheiten' die Angebotsöffnung und die Erteilung des Zuschlages untersagt wird", wird stattgegeben.

Dem Auftraggeber wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes im Verschiebebahnhof Graz unter den vorhandenen topologischen Gegebenheiten" die Angebote zu öffnen und den Zuschlag zu erteilen.

Begründung

Nach dem, im März 2008 erfolgtem Widerruf wurde die Ausschreibungsbekanntmachung zum Vergabeverfahrens "Steuerungssystem zur Automatisierung des Ablaufbetriebes im Verschiebebahnhof Graz" am 11.10.2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S198- 263093 veröffentlicht. Der als Bauauftrag qualifizierte Auftragsgegenstand soll in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Teilnahmeanträge waren bis zum 31.10.2008 einzubringen. Der Leistungsgegenstand wurde als Lieferung, Installation und Inbetriebnahme von erforderlicher Bremstechnik sowie Rechnersystemen zur Laufweg- und Bremsensteuerung für die Realisierung des rangiertechnischen Verfahrens zur Laufzielbremsung aus der Richtungsgleisbremse und eine automatische Wagenreihungskontrolle zur betrieblichen Optimierung beschrieben. Dabei waren die Gesamtausstattung der Zielgleise mit Gefälleausgleichsbremsen sowie der Einbau von Abrollsicherungsbremsen vorgesehen.

Die Bietergemeinschaft, bestehend aus den Unternehmen 1. A*** und 2. B*** (in der Folge Antragsteller), brachte am 28.10.2008 einen Teilnahmeantrag ein. Als Subunternehmer wurde die C*** (in der Folge C***) benannt. Es wurde darauf hingewiesen, dass zur Durchführung der geplanten Arbeiten am Ausführungsort mit der D*** (in der Folge D***) eine Kooperation geplant sei. Für die D*** wurde ein mit 8.10.1998 datierter Gewerbeschein für die Ausübung des Gewerbes "Erzeugung von elektronischen, elektrotechnischen, messtechnischen, steuerungstechnischen und regeltechnischen Anlagen, Geräte und Bauteile sowie von mechanischen Geräten und Bauteilen in Form eines Industriebetriebes" vorgelegt. Mit der Verlegung des Unternehmenssitzes wurde die Gewerbeberechtigung auch auf medizintechnische Anlagen erweitert.

Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurde der Antragsteller mit Schreiben vom 7.1.2009 zu Legung eines verbindlichen Angebotes eingeladen. Nach Durchführungen von Verhandlungen und Aufforderung zur Legung eines verbesserten Angebotes am 22.6.2009, welches die Grundlage für eine noch folgende Schlussrunde bilden sollte, wurde dem Antragsteller mit Schreiben vom 9.7.2009 mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß § 269 Abs 1 Z 2 iVm § 240 letzter Satz BVergG ausgeschieden werde. Begründend wurde angeführt, dass aufgrund der Konkurseröffnung über den im Teilnahmeantrag namhaft gemachten Subunternehmer D***, nunmehr auf Grund der Umwandlung als "E***" bezeichnet, die nachgewiesene Eignung nicht mehr vorliege. Mit Schreiben vom 16.7.2009 forderte der Antragsteller den Auftraggeber auf, die Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen. Die Auflösung der Gesellschaft im Firmenbuch sei automatische Konsequenz der Konkurseröffnung. Allerdings sei die rechtliche Existenz des Unternehmens von der Auflösung nicht betroffen. Eine solche Auflösung habe auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten keine unmittelbaren Auswirkungen, da Verträge nicht aufgelöst sowie Verbindlichkeiten und Forderungen nicht vorzeitig fällig würden. Es handle sich außerdem bei diesem Subunternehmer um keinen eignungsrelevanten Subunternehmer, da sämtliche Leistungsbilder der Ausschreibung von der Bietergemeinschaft selbst erbracht werden könnten. Eine Konkurseröffnung bilde für sich alleine betrachtet keinen Ausscheidenstatbestand. Nach Prüfung der Teilnahmeanträge wurde der Antragsteller mit Schreiben vom 7.1.2009 zu Legung eines verbindlichen Angebotes eingeladen. Nach Durchführungen von Verhandlungen und Aufforderung zur Legung eines verbesserten Angebotes am 22.6.2009, welches die Grundlage für eine noch folgende Schlussrunde bilden sollte, wurde dem Antragsteller mit Schreiben vom 9.7.2009 mitgeteilt, dass sein Angebot gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 240, letzter Satz BVergG ausgeschieden werde. Begründend wurde angeführt, dass aufgrund der Konkurseröffnung über den im Teilnahmeantrag namhaft gemachten Subunternehmer D***, nunmehr auf Grund der

Umwandlung als "E****" bezeichnet, die nachgewiesene Eignung nicht mehr vorliege. Mit Schreiben vom 16.7.2009 forderte der Antragsteller den Auftraggeber auf, die Ausscheidensentscheidung zurückzunehmen. Die Auflösung der Gesellschaft im Firmenbuch sei automatische Konsequenz der Konkursöffnung. Allerdings sei die rechtliche Existenz des Unternehmens von der Auflösung nicht betroffen. Eine solche Auflösung habe auf die Rechtsbeziehungen der Gesellschaft zu Dritten keine unmittelbaren Auswirkungen, da Verträge nicht aufgelöst sowie Verbindlichkeiten und Forderungen nicht vorzeitig fällig würden. Es handle sich außerdem bei diesem Subunternehmer um keinen eignungsrelevanten Subunternehmer, da sämtliche Leistungsbilder der Ausschreibung von der Bietergemeinschaft selbst erbracht werden könnten. Eine Konkursöffnung bilde für sich alleine betrachtet keinen Ausscheidenstatbestand.

Mit Schriftsatz vom 23.7.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der zu seinen Lasten gehenden Ausscheidensentscheidung, eingebracht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß § 319 BVergG begehrt. Mit Schriftsatz vom 23.7.2009 brachte der Antragsteller einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. In Verbindung damit wurde ein Nachprüfungsantrag, gerichtet auf Nichtigerklärung der zu seinen Lasten gehenden Ausscheidensentscheidung, eingebracht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie der Ersatz der Pauschalgebühren gemäß Paragraph 319, BVergG begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass der Auftraggeber im widerrufenen Erstverfahren zu keinem Zeitpunkt Zweifeln an der Leistungsfähigkeit des Antragstellers gehabt habe. Der Antragsteller könne auch im nunmehrigen Verfahren selbst die geforderten Leistungsnachweise erbringen und müsse nicht auf die Leistungsfähigkeit der D*** zurückgreifen. Die als wesentlich einzustufenden Elektroarbeiten würden vom Auftraggeber vor Ort selbst durchgeführt und seien daher nicht Leistungsgegenstand. Außerdem seien bereits vormontierte Elemente einzubauen, wobei die wesentlichen Elektroan-schlussarbeiten vom Auftraggeber selbst durchgeführt werden würden. Damit verblieben keinerlei wesentliche Elektroarbeiten, die durch allfällige Subunternehmer zu erbringen wären. Für deren Ausführung müsse nicht auf die Befugnis oder Leistungsfähigkeit eines Subunternehmers zurückgegriffen werden. Der nachträgliche Wegfall einer nicht geforderten bzw. nicht notwendigen Leistungsfähigkeit könne nicht als unbehebbarer Mangel bewertet werden, der das Ausscheiden zur Konsequenz habe. Damit sei das Angebot des Antragstellers auch nach der in Folge der Konkursöffnung über die D*** weggefallenen, aber nicht notwendigen Befugnis dieses Subunternehmers nach wie vor als zulässiges Angebot zu werten.

Zudem sei die Bekanntgabe eines Subunternehmers im zweistufigen Verfahren schwierig, da der Subunternehmer immer in der ersten Verfahrensstufe bekanntzugeben sei und zu diesem Zeitpunkt oft nur wenige Informationen über den Auftragsinhalt vorliegen würden. Der Auftraggeber lege daher in der Regel eine Austauschmöglichkeit nach Durchführung der Eignungsprüfung fest, wobei der Austausch nicht zur Verschlechterung des Eignungsstandards bzw. des Auswahlstandards führen dürfe. Dieser "Austauschgrundsatz" sei verwirklicht. Der Antragsteller habe zu keinem Zeitpunkt die Überschuldung bzw. die Liquidation der D*** beeinflussen können.

Aufgrund der bestandfest gewordenen Bestimmungen des Teilnahmeantrages und der nicht bestehenden Absicht des Antragstellers, den genannten Subunternehmer auszutauschen, bedürfe es in dieser Fallkonstellation keiner Zustimmung des Auftraggebers für den Austausch des betroffenen Subunternehmers. Für die Interpretation der maßgeblichen Bestimmungen in den Teilnahmeantrags-unterlagen sei die Auslegungsregelung gemäß § 914ff ABGB heranzuziehen. Außerdem hätte der Auftraggeber dem Antragsteller die Möglichkeit des Austausches eines "ungewollt nicht mehr verfügbaren Subunternehmers" einräumen müssen. Der Auftraggeber habe zu keinem Zeitpunkt eine Aufklärungsmöglichkeit eingeräumt, obwohl der bloße Umstand einer Konkursöffnung keinen zwingenden Ausscheidensgrund darstelle. Es liege auch kein mangelhaftes Angebot oder ein zwingend unbehebbarer Mangel vor, sodass die Ausscheidensentscheidung auch aus diesem Grund unzulässig sei. Der Antragsteller habe großes Interesse am Erhalt des Auftrages, da für ihn die Ausführung der ausgeschriebenen Bauleistungen einen wesentlichen Geschäftszweig darstelle. Der Antragsteller habe ein Angebot gelegt und sein Interesse durch Teilnahme an den Verhandlungen bekundet. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen zur Wahrung der Rechtsposition seien Kosten in der Höhe von zumindest € 20.000,-- angefallen. Darüber hinaus seien Pauschalgebühren in der Höhe von € 7.500,-- entrichtet worden. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten entginge dem Antragsteller die Möglichkeit zur

erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, sowie auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinnes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere sei er in seinem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung eines Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf Unterbleiben einer rechts- und ausschreibungswidrigen Ausscheidensentscheidung, auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf sein Angebot sowie auf Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten verletzt. Die Untersagung der Erteilung des Zuschlages sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffe, die vom Antragsteller nicht mehr mit den Mitteln des BVergG beseitigt werden könnten. Im gegenständlichen Verfahren würden die Interessen des Antragstellers auf Beseitigung der vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstöße bei Weitem die nachteiligen Folgen der Gewährung einer einstweiligen Verfügung überwiegen. Im Fall der Abweisung der einstweiligen Verfügung drohe dem Antragsteller der Entgang des Auftrages. Es müsse zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche der ordentliche Rechtsweg beschritten werden, was mit einer Erschwerung der Rechtsdurchsetzung verbunden wäre. Aufgrund der bestandfest gewordenen Bestimmungen des Teilnahmeantrages und der nicht bestehenden Absicht des Antragstellers, den genannten Subunternehmer auszutauschen, bedürfe es in dieser Fallkonstellation keiner Zustimmung des Auftraggebers für den Austausch des betroffenen Subunternehmers. Für die Interpretation der maßgeblichen Bestimmungen in den Teilnahmeantragsunterlagen sei die Auslegungsregelung gemäß Paragraph 914 f, f, AGBG heranzuziehen. Außerdem hätte der Auftraggeber dem Antragsteller die Möglichkeit des Austausches eines "ungewollt nicht mehr verfügbaren Subunternehmers" einräumen müssen. Der Auftraggeber habe zu keinem Zeitpunkt eine Aufklärungsmöglichkeit eingeräumt, obwohl der bloße Umstand einer Konkurseröffnung keinen zwingenden Ausscheidensgrund darstelle. Es liege auch kein mangelhaftes Angebot oder ein zwingend unbehebbarer Mangel vor, sodass die Ausscheidensentscheidung auch aus diesem Grund unzulässig sei. Der Antragsteller habe großes Interesse am Erhalt des Auftrages, da für ihn die Ausführung der ausgeschriebenen Bauleistungen einen wesentlichen Geschäftszweig darstelle. Der Antragsteller habe ein Angebot gelegt und sein Interesse durch Teilnahme an den Verhandlungen bekundet. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen zur Wahrung der Rechtsposition seien Kosten in der Höhe von zumindest € 20.000,-- angefallen. Darüber hinaus seien Pauschalgebühren in der Höhe von € 7.500,-- entrichtet worden. Durch die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten entginge dem Antragsteller die Möglichkeit zur erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, sowie auf Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinnes. Der Antragsteller erachte sich in seinem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere sei er in seinem Recht auf ordnungsgemäße Durchführung eines Vergabeverfahrens, auf ordnungsgemäße Prüfung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbes, auf Unterbleiben einer rechts- und ausschreibungswidrigen Ausscheidensentscheidung, auf Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung auf sein Angebot sowie auf Zuschlagserteilung zu seinen Gunsten verletzt. Die Untersagung der Erteilung des Zuschlages sei zwingend erforderlich, da der Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffe, die vom Antragsteller nicht mehr mit den Mitteln des BVergG beseitigt werden könnten. Im gegenständlichen Verfahren würden die Interessen des Antragstellers auf Beseitigung der vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstöße bei Weitem die nachteiligen Folgen der Gewährung einer einstweiligen Verfügung überwiegen. Im Fall der Abweisung der einstweiligen Verfügung drohe dem Antragsteller der Entgang des Auftrages. Es müsse zur Durchsetzung der Schadensersatzansprüche der ordentliche Rechtsweg beschritten werden, was mit einer Erschwerung der Rechtsdurchsetzung verbunden wäre.

Ein besonderes Interesse des Auftraggebers, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, liege hingegen nicht vor. Zudem seien bei der Planung der Ausschreibung bereits allfällige Vergabekontrollverfahren einzukalkulieren und das öffentliche Interesse an einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sei jedenfalls nicht ersichtlich. Das Angebot des Antragstellers sei ausgeschieden worden. Eine Zuschlagsentscheidung sei bisher nicht getroffen worden. Es können aber nicht ausgeschlossen werden, dass dem Antragsteller im Hinblick auf § 272 BVergG eine spätere Zuschlagsentscheidung nicht mehr mitgeteilt werde. Diese könnte mangels Kenntnis nicht mehr bekämpft werden, sodass dem auf Untersagung der "Zuschlagsentscheidung" gerichteten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben sei. Ein besonderes Interesse des Auftraggebers, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, liege hingegen nicht vor. Zudem seien bei der Planung der Ausschreibung

bereits allfällige Vergabekontrollverfahren einzukalkulieren und das öffentliche Interesse an einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu berücksichtigen. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sei jedenfalls nicht ersichtlich. Das Angebot des Antragstellers sei ausgeschieden worden. Eine Zuschlagsentscheidung sei bisher nicht getroffen worden. Es können aber nicht ausgeschlossen werden, dass dem Antragsteller im Hinblick auf Paragraph 272, BVergG eine spätere Zuschlagsentscheidung nicht mehr mitgeteilt werde. Diese könnte mangels Kenntnis nicht mehr bekämpft werden, sodass dem auf Untersagung der "Zuschlagsentscheidung" gerichteten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattzugeben sei.

Mit Schriftsatz vom 27.7.2009 teilte der Auftraggeber mit, dass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handle. Für den als Bauauftrag zu qualifizierenden Auftragsgegenstand, der im Verhandlungsverfahren vergeben werden solle, sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. Es handle sich um ein laufendes Verhandlungsverfahren, in dem von den Bietern noch kein letztgültiges Angebot vorgelegt worden sei. Der Antragsteller habe die D*** als Subunternehmer benannt, obwohl auf Grund der Gesamtrechtsnachfolge bereits mit Firmenbucheintragung vom 16.2.2008 eine Umwandlung in die "E***" erfolgt sei. Am 14.5.2009 sei über dieses Unternehmen der Konkurs eröffnet worden. Bereits am 26.6.2009 sei die Schließung des Unternehmens erfolgt. Der Antragsteller, der den Auftraggeber nicht über diese Konkursöffnung informiert habe, wäre erst vom Auftraggeber damit konfrontiert worden.

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers handle es sich bei dem von ihm nominierten Subunternehmer, der im Rahmen der Verhandlungsgespräche und im Schreiben vom 16.7.2009 korrekterweise als "Subunternehmer" bezeichnet worden sei, um einen "eignungsrelevanten" Subunternehmer. Der Hinweis des Antragstellers, dass lediglich eine "Kooperation" mit dem genannten Unternehmen bestehe, sei in diesem Zusammenhang als Schutzbehauptung zu werten. Zwar würden die Kabelverlegungsarbeiten durch den Auftraggeber selbst durchgeführt, die vom Auftragnehmer zu liefernden elektrischen Anlagen seien jedoch von diesem in Betrieb zu setzen. Die Inbetriebsetzung einer elektrischen Anlage umfasse auch die vorhergehende technische Prüfung, wofür die Befugnis der Elektrotechnik gemäß § 94 Z 16 GewO erforderlich sei. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers handle es sich bei dem von ihm nominierten Subunternehmer, der im Rahmen der Verhandlungsgespräche und im Schreiben vom 16.7.2009 korrekterweise als "Subunternehmer" bezeichnet worden sei, um einen "eignungsrelevanten" Subunternehmer. Der Hinweis des Antragstellers, dass lediglich eine "Kooperation" mit dem genannten Unternehmen bestehe, sei in diesem Zusammenhang als Schutzbehauptung zu werten. Zwar würden die Kabelverlegungsarbeiten durch den Auftraggeber selbst durchgeführt, die vom Auftragnehmer zu liefernden elektrischen Anlagen seien jedoch von diesem in Betrieb zu setzen. Die Inbetriebsetzung einer elektrischen Anlage umfasse auch die vorhergehende technische Prüfung, wofür die Befugnis der Elektrotechnik gemäß Paragraph 94, Ziffer 16, GewO erforderlich sei.

Dies sei auch dem Antragsteller im Vorfeld der Abgabe des Teilnahmeantrages bewusst gewesen, zumal er selbst Zweifel an seiner ausreichenden Befugnis zur Durchführung der Leistung gehabt habe. Zu diesem Zweck sei der genannte Subunternehmer im Teilnahmeantrag namhaft gemacht worden. Da dieser jedoch in der Folge in Konkurs verfallen sei, fehle die Befugnis zur Durchführung der genannten Leistung in Österreich.

Das Vorbringen des Antragstellers, selbst die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können, sei daher als unrichtige Schutzbehauptung zu werten. Beim Gewerbe der Elektrotechnik handle es sich um ein "sensibles reglementiertes Gewerbe" im Sinne des § 373a Abs 5 Z 2 GewO 1994. Für ein solches Gewerbe habe ein Dienstleister aus dem EU-Ausland vor Ausübung der erstmaligen Tätigkeit in Österreich eine schriftliche Anzeige zu tätigen und sei vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend zu prüfen, ob eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten sei. Die Einbringung einer Dienstleistungsanzeige sei bei Legung des Teilnahmeantrages nicht nachgewiesen worden. Auch vor Bekanntgabe des Ausscheidens des Antragstellers sei keine Dienstleistungsanzeige erfolgt. Erst mit Wirkung ab 24.7.2009 sei von der A*** eine solche für das Gewerbe der Elektrotechnik eingebracht worden. Die Dienstleistungsanzeige sei erst am 23.7.2009 bei der zuständigen Behörde eingelangt. Die Dienstleistungsanzeige bei "sensiblen reglementierten Gewerben" hätte jedoch bereits zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (§ 230 Z 3 BVergG) - damit am 7.1.2009 - erstattet werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt hätte sich der Antragsteller nur auf die Befugnis des genannten Subunternehmers stützen können, um die erforderliche Eignung für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens nachweisen zu können. Das Vorbringen des Antragstellers, selbst die ausgeschriebene Leistung erbringen zu können, sei daher als unrichtige Schutzbehauptung zu

werten. Beim Gewerbe der Elektrotechnik handle es sich um ein "sensibles reglementiertes Gewerbe" im Sinne des Paragraph 373 a, Absatz 5, Ziffer 2, GewO 1994. Für ein solches Gewerbe habe ein Dienstleister aus dem EU-Ausland vor Ausübung der erstmaligen Tätigkeit in Österreich eine schriftliche Anzeige zu tätigen und sei vom Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend zu prüfen, ob eine schwerwiegende Beeinträchtigung der öffentlichen Gesundheit oder Sicherheit bzw. der Gesundheit oder Sicherheit des Dienstleistungsempfängers zu befürchten sei. Die Einbringung einer Dienstleistungsanzeige sei bei Legung des Teilnahmeantrages nicht nachgewiesen worden. Auch vor Bekanntgabe des Ausscheidens des Antragstellers sei keine Dienstleistungsanzeige erfolgt. Erst mit Wirkung ab 24.7.2009 sei von der A*** eine solche für das Gewerbe der Elektrotechnik eingebracht worden. Die Dienstleistungsanzeige sei erst am 23.7.2009 bei der zuständigen Behörde eingelangt. Die Dienstleistungsanzeige bei "sensiblen reglementierten Gewerben" hätte jedoch bereits zum Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Paragraph 230, Ziffer 3, BVergG) - damit am 7.1.2009 - erstattet werden müssen. Zu diesem Zeitpunkt hätte sich der Antragsteller nur auf die Befugnis des genannten Subunternehmers stützen können, um die erforderliche Eignung für die zweite Stufe des Vergabeverfahrens nachweisen zu können.

Der genannte Subunternehmer hätte die Montage im Bereich des Bahnbetriebes ausführen sollen, sodass gemäß der Definition in den Teilnahmeantragsunterlagen von einem wesentlichen Subunternehmer auszugehen sei. Für einen namhaft gemachten Subunternehmer müsse auch im Sektorenbereich die berufliche Zuverlässigkeit im Sinne der §§ 72 und 73 BVergG gegeben sein. Von einer solchen könne bei der Einleitung eines Konkurses nach Angebotsöffnung aber vor einer Zuschlagsentscheidung nicht ausgegangen werden, sodass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden sei. Ein Wegfall der Eignung des Bieters während des laufenden Verfahrens habe das Ausscheiden dieses Bieters zur Konsequenz. Auf ein Angebot, das für Teile der Leistung einen Subunternehmer vorsehe, der nicht geeignet sei, dürfe der Zuschlag nicht erteilt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Bieter selbst die Eignungskriterien erfülle. Der genannte Subunternehmer hätte die Montage im Bereich des Bahnbetriebes ausführen sollen, sodass gemäß der Definition in den Teilnahmeantragsunterlagen von einem wesentlichen Subunternehmer auszugehen sei. Für einen namhaft gemachten Subunternehmer müsse auch im Sektorenbereich die berufliche Zuverlässigkeit im Sinne der Paragraphen 72 und 73 BVergG gegeben sein. Von einer solchen könne bei der Einleitung eines Konkurses nach Angebotsöffnung aber vor einer Zuschlagsentscheidung nicht ausgegangen werden, sodass das Angebot des Antragstellers auszuschneiden sei. Ein Wegfall der Eignung des Bieters während des laufenden Verfahrens habe das Ausscheiden dieses Bieters zur Konsequenz. Auf ein Angebot, das für Teile der Leistung einen Subunternehmer vorsehe, der nicht geeignet sei, dürfe der Zuschlag nicht erteilt werden, und zwar unabhängig davon, ob der Bieter selbst die Eignungskriterien erfülle.

Zur Schutzbehauptung des Antragstellers, nachträglich auch ohne Zustimmung des Auftraggebers den insolventen Subunternehmer austauschen zu können, da der Wegfall nicht im Einflussbereich des Antragstellers gelegen sei, werde auch auf das vom Antragsteller zu vertretende eigene Auswahlverschulden verwiesen. Bestenfalls könne die dazu vom Antragsteller herangezogene Bestimmung den "gewillkürten" Austausch in der ersten Stufe des Vergabeverfahrens regeln. Der Fall des "unwillkürlichen" Wegfalles eines Subunternehmers durch Insolvenz und Unternehmungsschließung in der zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens, sei jedenfalls nicht erfasst. Der erfolgte Widerruf im vorhergehenden Vergabeverfahren sei für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren irrelevant. Aufgrund des großen Termindruckes spreche sich der Auftraggeber gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung aus. Durch die Umsetzung des ausgeschriebenen Auftrages könne die Wirtschaftlichkeit des Verschiebebahnhofes maßgeblich erhöht werden, damit einhergehend die Vorschubleistung gesteigert und der Personalstand maßgeblich reduziert werden. Daraus könnten massive Personal- und Kosteneinsparungen erzielt werden, sodass jede Verzögerung einen massiven finanziellen Verlust für den Auftraggeber nach sich ziehe. Für den Auftraggeber sei daher die Erlassung der einstweiligen Verfügung mit maßgeblichen nachteiligen Folgen verbunden.

Entgegen den Ausführungen des Antragstellers drohe kein unmittelbarer Entgang des Auftrages, da die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß § 272 BVergG noch nicht erfolgt sei und daher auch kein wirksamer Leistungsvertrag geschlossen werden könne. Mangels "rechtskräftigen" Ausscheidens des Antragstellers zähle der Antragsteller zum Kreis der im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter im Sinne des § 272 1.Satz BVergG. Die beantragte, auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichtete einstweilige Verfügung sei daher "zu früh" gestellt worden, sodass der Antrag auf Untersagung der Erteilung des Zuschlages abzuweisen sei. Nach der Systematik des BVergG sei für diesen Schritt eine weitere Auftraggeberentscheidung - nämlich die Zuschlagsentscheidung -

erforderlich. Da eine solche nicht bekanntgegeben worden sei und damit auch die Stillehaltefrist nicht zu laufen begonnen habe, erscheine die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragsteller im Sinne des § 328 Abs 1 BVergG zu beseitigen oder zu verhindern. Entgegen den Ausführungen des Antragstellers drohe kein unmittelbarer Entgang des Auftrages, da die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 272, BVergG noch nicht erfolgt sei und daher auch kein wirksamer Leistungsvertrag geschlossen werden könne. Mangels "rechtskräftigen" Ausscheidens des Antragstellers zähle der Antragsteller zum Kreis der im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter im Sinne des Paragraph 272, 1. Satz BVergG. Die beantragte, auf Untersagung der Zuschlagserteilung gerichtete einstweilige Verfügung sei daher "zu früh" gestellt worden, sodass der Antrag auf Untersagung der Erteilung des Zuschlages abzuweisen sei. Nach der Systematik des BVergG sei für diesen Schritt eine weitere Auftraggeberentscheidung - nämlich die Zuschlagsentscheidung - erforderlich. Da eine solche nicht bekanntgegeben worden sei und damit auch die Stillehaltefrist nicht zu laufen begonnen habe, erscheine die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung derzeit jedenfalls weder nötig noch geeignet, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragsteller im Sinne des Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zu beseitigen oder zu verhindern.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungsgründung eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 BVergG. Die genannte Gesellschaft ist aufgrund des im Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idgF beschriebenen Tätigkeitsbereiches als ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber gemäß § 169 BVergG zu werten (vgl BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8 u.a.). Bei der ÖBB Infrastruktur Bau AG handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, BVergG. Die genannte Gesellschaft ist aufgrund des im Bundesbahngesetz, Bundesgesetzblatt 825 aus 1992, idgF beschriebenen Tätigkeitsbereiches als ein im Sektorenbereich tätiger Auftraggeber gemäß Paragraph 169, BVergG zu werten vergleiche BVA 12.5.2009, N/0022-BVA/11/2009-27; 14.4.2009, N/0030-BVA/04/2009-EV8 u.a.).

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zugleich mit einem Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz 3 und 4 BVergG rechtzeitig ist. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die formalen Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG.

Im Hinblick auf eine allfällige Angebotsöffnung und Vergabe des Auftrages wäre eine solche Vorgangsweise des Auftraggebers bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig und könnte nicht ausgeschlossen werden, dass der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht käme. Es droht dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch auf Zuschlagserteilung kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagsentscheidung und -erteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv § 4 iVm § 174 BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert (ohne USt.) ist jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSv Paragraph 4, in Verbindung mit Paragraph 174, BVergG zu qualifizieren. Der geschätzte Auftragswert (ohne USt.) ist jedenfalls dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde im gegenständlichen Verfahren weder ein Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügungsgründung zwei. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

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.

Gemäß § 329 Abs. 3 leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 3, leg cit ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Der Auftraggeber brachte gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung vor, hinsichtlich des ausgeschriebenen Bauauftrages unter großem Termindruck zu stehen. Dieses Vorbringen vermag insofern nicht zu überzeugen, als der Auftraggeber zwischen dem im März 2008 erfolgten Widerruf zur ersten, den selben Bauauftrag betreffenden Ausschreibung und der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ein halbes Jahr verstreichen ließ. Überdies hat ein Auftraggeber bei der Erststellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens, auf Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Außerdem sprach sich der Auftraggeber gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Hinweis darauf aus, dass mit jeder weiteren Verzögerung der Umsetzung des Vorhabens finanzielle Verluste verbunden seien, da mit der raschen Umsetzung massive Personal- und Kosteneinsparungen erzielt werden könnten. Dem ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein allfälliger finanzieller Mehraufwand für den Auftraggeber ergeben kann. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist dieses Argument jedoch untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde (vgl. BVA 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007-EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N- 95/04-10 u.v.a.). Außerdem sprach

sich der Auftraggeber gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter Hinweis darauf aus, dass mit jeder weiteren Verzögerung der Umsetzung des Vorhabens finanzielle Verluste verbunden seien, da mit der raschen Umsetzung massive Personal- und Kosteneinsparungen erzielt werden könnten. Dem ist entgegen zu halten, dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein allfälliger finanzieller Mehraufwand für den Auftraggeber ergeben kann. Als Begründung für eine Abweisung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist dieses Argument jedoch untauglich, da ansonsten die Erlassung einer einstweiligen Verfügung fast immer verhindert und dieses Rechtsschutzinstrumentarium gänzlich ausgeschaltet würde vergleiche BVA 13.12.2007, N/0118-BVA/04/2007-EV12; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 11.10.2004, 07N- 95/04-10 u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01;

BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008-EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11;

10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008- 10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u. v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. 10.02.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008- 10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006-EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u. v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Der Auftraggeber gab zwar an, dass noch keine letztgültigen Angebote im gegenständlichen Vergabeverfahren gelegt worden seien; auf Grund des Umfangs des vorgelegten Vergabeaktes und der kurzen Entscheidungsfrist im Provisorialverfahren kann jedoch nicht abschließend geklärt werden, ob eine Angebotsöffnung bereits erfolgt ist. Es wird daher die einstweilige Verfügung im Umfang der begehrten Untersagung der Angebotsöffnung gewährt.

Nach Angaben des Auftraggebers wurde darüberhinaus bis jetzt noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass vom Auftraggeber das Vergabeverfahren bei einer allenfalls bereits erfolgten Angebotsöffnung fortführt, also auch in der Folge eine Zuschlagsentscheidung bzw den Zuschlagserteilung erteilt. Gemäß § 131 erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Fall der Antragsteller bereits ausgeschieden wurde und daher nach dem Gesetzeswortlaut - entgegen der vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme vertretenen Rechtsauffassung - nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller im Falle einer Zuschlagsentscheidung keine diesbezügliche Mitteilung mehr erhält und somit auch keine Möglichkeit mehr hätte, die Zuschlagsentscheidung rechtzeitig zu bekämpfen, hatte zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Dies umso mehr, als im Falle des Obsiegens des Antragstellers mit seinem auf Nichtigerklärung der Ausscheidenserklärung gerichteten Nachprüfungsbegehren, eine Schädigung der Interessen des Antragstellers drohen würde, wenn er in weiterer Folge nicht mehr am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen könnte. Die Zuschlagserteilung war daher ebenso vorläufig im Rahmen der gegenständlichen einstweiligen Verfügung zu untersagen (vgl. BVA 11.6.2007, N/0057-BVA/04/2007-11; 5.4.2007, N/0031- BVA/05/2007-7EV). Nach Angaben des Auftraggebers wurde darüberhinaus bis jetzt noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass vom Auftraggeber das Vergabeverfahren bei einer allenfalls bereits erfolgten Angebotsöffnung fortführt, also auch in der Folge eine Zuschlagsentscheidung bzw den Zuschlagserteilung erteilt. Gemäß Paragraph 131, erster Satz BVergG hat der Auftraggeber den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Da im gegenständlichen Fall der Antragsteller bereits ausgeschieden wurde und daher nach dem Gesetzeswortlaut - entgegen der vom Auftraggeber in seiner Stellungnahme vertretenen Rechtsauffassung - nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller im Falle einer Zuschlagsentscheidung keine diesbezügliche Mitteilung mehr erhält und somit auch keine Möglichkeit mehr hätte, die Zuschlagsentscheidung

rechtzeitig zu bekämpfen, hatte zur Gewährung eines lückenlosen Rechtsschutzes die Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung zu erfolgen. Dies umso mehr, als im Falle des Obsiegens des Antragstellers mit seinem auf Nichtigerklärung der Ausscheidenserklärung gerichteten Nachprüfungsbegehren, eine Schädigung der Interessen des Antragstellers drohen würde, wenn er in weiterer Folge nicht mehr am gegenständlichen Vergabeverfahren teilnehmen könnte. Die Zuschlagserteilung war daher ebenso vorläufig im Rahmen der gegenständlichen einstweiligen Verfügung zu untersagen vergleiche BVA 11.6.2007, N/0057-BVA/04/2007-11; 5.4.2007, N/0031- BVA/05/2007-7EV).

Zuletzt aktualisiert am

16.09.2009

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