



**GZ: N/0049-BVA/14/2011-EV10**

## **B E S C H E I D**

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs. 2 Z 1 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "A2 Südautobahn - Tausch der Hinweistafeln von km 66 bis km 81 in beiden RFB - Bauauftrag" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien,, über den Antrag der A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\*, vom 8.6.2011, wie folgt entschieden:

## **S p r u c h**

Dem Antrag, "der Auftraggeberin wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, das Vergabeverfahren fortzusetzen, in eventu (falls das BVA diesem Antrag nicht stattgibt), den Zuschlag zu erteilen und das Vergabeverfahren zu widerrufen", wird insofern **stattgegeben**, als dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), für die Dauer Nachprüfungsverfahrens **untersagt** wird, im Vergabeverfahren "A2 Südautobahn - Tausch der Hinweistafeln von km 66 bis km 81 in beiden RFB - Bauleistung", **den Zuschlag zu erteilen**.

Das darüber hinausgehende Begehren wird **abgewiesen**.

## **B e g r ü n d u n g**

Die A\*\*\*, vertreten durch X\*\*\* (im Folgenden Antragsteller), brachte mit E-Mail vom 8.6.2011 den im Spruch wiedergegebenen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Weiters wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In seinem **Schriftsatz vom 8.6.2011** brachte der **Antragsteller** im Wesentlichen vor:

Mit Telefax vom 1.6.2011 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B\*\*\*, zu erteilen. Das Ende der Stillhaltefrist sei nicht explizit angegeben worden. Unter einem sei der Antragsteller mit diesem Schreiben darüber in Kenntnis gesetzt worden, dass die Zuschlagsentscheidung vom 6.5.2011 (N/0040-BVA/4/2011) widerrufen werde.

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

Die Angebotsfrist sei am 26.4.2011 um 10.30 Uhr abgelaufen. Der Antragsteller, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die Leistungen wie die ausgeschriebene am Markt anbiete und daher Interesse am Auftragserhalt habe, habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot gelegt. Das Angebot des Antragstellers, das alle formalen Anforderungen der Ausschreibung erfülle, sei an zweiter Stelle gereiht.

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

In den technischen Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau - B3 seien folgende Eignungskriterien festgelegt:

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

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

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

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

Die Zuschlagsentscheidung sei auch formal rechtswidrig, da sie weder einen Hinweis auf die Stillhaltefrist noch auf die Höhe der Vergabesumme enthalte.

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

Konkret zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte der Antragsteller vor, dass er im Falle der Erteilung des Zuschlags an den präsumtiven Zuschlagsempfänger die Chance auf Erhalt des Auftrages verlieren würde. Er wäre sohin in seinem Recht verletzt, als Bestbieter den Zuschlag zu erhalten.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stünde kein besonderes öffentliches Interesse des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen.

Der **Auftraggeber** gab innerhalb der gesetzten Frist keine Stellungnahme ab.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

## **I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamtes und Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:**

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Es handelt sich um einen Bauauftrag (§ 4 BVergG).

Im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren wurde den Bietern bereits am 6.5.2011 eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden, in der der präsumtive Zuschlagsempfänger fehlerhaft bezeichnet wurde. Gleichzeitig mit der Mitteilung der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung vom 1.6.2011 gab der Auftraggeber den Bietern bekannt, dass seine am 6.5.2011 bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung aufgrund einer fehlerhaften Firmenbezeichnung des Zuschlagsempfängers widerrufen werden müsse. In weiterer Folge zog der Antragsteller seinen Nachprüfungsantrag (N/0040-BVA/14/2011-1) aufgrund Klaglosstellung zurück und das beim Bundesvergabeamt unter der GZ N/0040-BVA/14/2011 geführte Nachprüfungsverfahren wurde eingestellt.

Nach Angabe des Auftraggebers im zit. Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich, das in Form eines offenen Verfahrens abgewickelt wird. Nach (den damaligen) Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Gemäß § 328 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs. 1 leg.cit. 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.

Von einem im § 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 wurde gleichzeitig mit einem

Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag e contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

## **II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:**

Gemäß § 329 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der 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. 3 BVergG 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.

Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann auch nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen würde, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch die befristete Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da ein möglicherweise bestehender Anspruch auf Auftragserhalt nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Der Auftraggeber hat kein öffentliches oder sonstiges Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würde, geltend gemacht. Der

Senatsvorsitzenden ist auch kein besonderes öffentliches Interesse, das gegen deren Erlassung sprechen würde, ersichtlich.

Allerdings besteht ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. 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 der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Was die begehrte Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens sowie die weiters in eventu begehrte Untersagung, das Vergabeverfahren zu widerrufen, betrifft, so waren diese Begehren abzuweisen, da keine dieser Maßnahmen das gelindeste Mittel iSd § 329 Abs. 3 BVergG darstellen.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 17.Juni 2011

Die Vorsitzende des Senates 14

Mag. Ilse Lesniak

