



N/0053-BVA/11/2011-7EV

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren „S7 Fürstenfelder Schnellstraße, Dobersdorf - Heiligenkreuz (Staatsgrenze), Projektsteuerung (UVP-Phase, Bauprojekte)“ der Auftraggeberin ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft, 1010 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16, über den Antrag der A^{***}, vertreten durch X^{***}, vom 18.06.2011 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 20.06.2011), wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, der Bietergemeinschaft B^{***} den Zuschlag zu erteilen, wird **stattgegeben**.

Der Auftraggeberin wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, der Bietergemeinschaft B^{***} den Zuschlag zu erteilen.

Dem Antrag auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung wird **nicht stattgegeben**.

B e g r ü n d u n g

Die ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (im Folgenden Auftraggeberin) führt das Vergabeverfahren „S7 Fürstenfelder

Schnellstraße, Dobersdorf - Heiligenkreuz (Staatsgrenze), Projektsteuerung (UVP-Phase, Bauprojekte)“ durch. Die europaweite Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften unter der Zahl 2011/S 35-057717. Die Angebotsfrist endete mit 30.03.2011, 10.00 Uhr, die öffentliche Angebotsöffnung erfolgte nach Ablauf der Angebotsfrist von 10.05 Uhr bis 11.05 Uhr.

Die Antragstellerin legte im Rahmen des gegenständlichen Vergabeverfahrens ein Angebot. Mit Aufklärungsersuchen vom 20.04.2011 hielt die Auftraggeberin der Antragstellerin vor, ihr Unternehmen bilde mit der C*** (in der Folge C***) ein verbundenes Unternehmen durch eine personelle Verschränkung auf Geschäftsführerebene (D*** sei Geschäftsführer beider Unternehmen). Aus diesem Grund läge ein Verstoß gegen den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes gemäß § 19 BVergG iVm § 129 Abs 1 Z 8 BVergG vor, da sowohl das Unternehmen der Antragstellerin als auch C*** im vorliegenden Vergabeverfahren jeweils ein Angebot abgegeben hätten. Die Auftraggeberin räumte der Antragstellerin bei Androhung des Ausscheidens eine Stellungnahmefrist von 7 Tagen ein.

Diesem Aufklärungsersuchen kam die Antragstellerin mit Aufklärungsschreiben vom 03.05.2011 nach.

Mit Telefax vom 10.06.2011 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung mit. Begründend führte die Auftraggeberin aus, es erscheine nicht glaubhaft, dass der für Straßenbau und Verkehrsplanung zuständige Geschäftsführer der C*** keine Kenntnis von einem Angebot habe, das in seinen Zuständigkeitsbereich falle und das auch in Anbetracht des Projektvolumens keinesfalls unbeachtlich sei. Durch die Beteiligung mehrerer Angebote am selben Vergabeverfahren erhalte ein Bieter nicht nur Kenntnis vom Inhalt gesondert eingereichter Angebote, die zueinander im Wettbewerb stehen sollten, sondern er könne auch die Gestaltung dieser Angebote und deren Reihung im Bewertungsverfahren direkt beeinflussen. Als Geschäftsführer beider Unternehmen sei es D*** jedenfalls möglich, die Angebote zu beeinflussen. Als Ausscheidenstatbestand führte die Auftraggeberin § 129 Abs 1 Z 8 BVergG an.

Darüber hinaus gab die Auftraggeberin am 10.06.2011 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B*** bekannt.

Der vorliegende Nachprüfungsantrag richtet sich sowohl gegen die Ausscheidensentscheidung sowie die Zuschlagsentscheidung (beide vom 10.06.2011). Die Antragstellerin bringt vor, sie erachte sich im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, insbesondere bei der Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, darauf, dass ihr Angebot nicht ausgeschlossen werde, darauf, dass die Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform gemäß § 131 Abs 1 BVergG inhaltlich klar und hinreichend konkret begründe, um die Entscheidung nachvollziehen zu können, auf Ausschluss der Bietergemeinschaft B*** wegen Vorliegens eines allfälligen Ausschluss- oder Ausscheidensgrundes, darauf, in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erlangen und auf Durchführung eines Vergabeverfahrens, das insbesondere den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes sowie des Transparenzgebotes entspreche.

Zur Vergaberechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung führt die Antragstellerin aus, aus der Geschäftsführerfunktion von D*** sowohl im Unternehmen der Antragstellerin als auch bei C*** versuche die Auftraggeberin einen vermeintlichen Ausscheidensgrund zu konstruieren, beschränke sich dabei jedoch ausschließlich auf Mutmaßungen, die inhaltlich jedenfalls unzutreffend seien und das Ausscheiden nicht rechtfertigen könnten. D*** als Geschäftsführer von C*** sei generell nicht für die operative oder sonstige Ausarbeitung von Angeboten zuständig. Er habe weder davon Kenntnis gehabt, dass sich C*** am vorliegenden Vergabeverfahren beteiligt habe noch Kenntnis vom Angebotsinhalt von C***. Ebenso sei D*** nicht in die Verfahrensteilnahme der Antragstellerin operativ eingebunden gewesen und habe auch keinerlei Kenntnis vom Angebotsinhalt der Antragstellerin besessen. Es seien auch beide Angebote nicht von D*** unterfertigt worden. Damit stehe fest, dass eine Beeinträchtigung des freien und lautereren Wettbewerbs gemäß § 19 Abs 1 BVergG ausgeschlossen sei. Aufgrund der fehlenden Kenntnis betreffend die Angebotsinhalte durch D*** sei es auch zu keinen Absprachen im Sinne des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG

gekommen. Solche Absprachen seien jedoch ein zwingendes Tatbestandselement, um ein Angebot nach dieser Bestimmung auszuschneiden. Daran, dass das Ausschneiden vergaberechtswidrig erfolgt sei, ändere auch das von der Auftraggeberin in der Ausscheidensentscheidung ins Treffen geführte Argument nichts, dass D*** im Angebot der Antragstellerin persönlich als Projektleiter nominiert worden sei. Allein, dass D*** im Angebot der Antragstellerin als Projektleiter nominiert worden sei, begründe nicht einmal die Möglichkeit einer Manipulation. Entscheidend sei nämlich, dass D*** in die Angebotserstellung nicht eingebunden gewesen sei und daher auch keine Kenntnis vom Angebotsinhalt habe. Weiters verfüge D*** auch über keine Kenntnis bezüglich des Angebotsinhaltes von C***. Nur die Kenntnis der wirtschaftlichen Bestandteile eines Angebotes könnte zu einer allfälligen Manipulationsmöglichkeit führen, die bloße Kenntnis einer Nominierung als Projektleiter sei jedoch nicht geeignet, den vergaberechtlichen Wettbewerb zu manipulieren.

Auch das von der Auftraggeberin in Punkt 2 der Ausscheidensentscheidung angeführte Argument "mathematische Unterpreiskriterien" ändere nichts an der Vergaberechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung. Da das mathematische Unterpreiskriterium von den Angeboten sämtlicher Bieter und der Kostenschätzung der Auftraggeberin abhängt, sei eine allfällige Manipulation nur durch zwei Angebote nicht möglich. Eine allfällige Manipulation wäre lediglich dann möglich, wenn die Angebote aller oder zumindest mehrerer Bieter von einer solchen Manipulation erfasst wären. Die versuchte Begründung der Auftraggeberin für das Ausschneiden sei rein hypothetischer Natur, eine derartige Begründung könnte die angefochtene Ausscheidensentscheidung nicht rechtfertigen. Selbst wenn eine Möglichkeit bestünde, durch die Abstimmung von zwei Angeboten ein Ausschneiden zu vermeiden, sei zu berücksichtigen, dass sowohl das Angebot der Antragstellerin als auch das Angebot von C*** im Hinblick auf das mathematische Unterpreiskriterium keinerlei Probleme hätten. Die Angebote seien bei Zugrundelegung des Unterpreiskriteriums nicht ausgeschieden worden.

Zur Vergaberechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung führt die Antragstellerin in ihrem Antrag aus, allein aufgrund der Vergaberechtswidrigkeit der angefochtenen

Ausscheidensentscheidung vom 10.06.2011 sei auch die Zuschlagsentscheidung vergaberechtswidrig. Hätte nämlich die Auftraggeberin vergaberechts- und ausschreibungskonform das Angebot der Antragstellerin nicht ausgeschieden, hätte dieses Angebot bei der Bestbieterermittlung berücksichtigt werden müssen, da das Angebot der Antragstellerin das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot sei. Die Antragstellerin habe für die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes solche Referenzen angeboten, die sie in mehreren Vergabeverfahren der Auftraggeberin bereits verwendet habe. Aufgrund der von der Auftraggeberin damals vergebenen Punkte wisse die Antragstellerin, dass auch im vorliegenden Fall die Antragstellerin deutlich mehr Punkte erreicht hätte als für die präsumtive Zuschlagsempfängerin bekannt gegeben worden seien. Darüber hinaus sei die Zuschlagsentscheidung auch deshalb vergaberechtswidrig, weil für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausschließlich die vergebenen Bewertungspunkte mitgeteilt worden seien. Eine inhaltliche Begründung für diese vergebenen Bewertungspunkte fehle in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung. Eine solche Mitteilung der Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den vergaberechtlichen Vorgaben. Die Auftraggeberin habe damit ihre Mitteilungs- und Begründungspflicht gemäß § 131 BVergG verletzt, die bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei daher für nichtig zu erklären.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung führt die Antragstellerin begründend aus, eine einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin anderenfalls durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Das Interesse der Antragstellerin an der Zuschlagserteilung könne nur durch einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung effektiv gesichert werden. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren und damit am Vertragsabschluss durch die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie durch Abgabe eines Angebotes nachgewiesen. Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gewahrt werden. Als Schaden macht die Antragstellerin die Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen, die Vorbereitungs- und Planungsarbeiten, die Ressourcenerkundungen sowie die Ausarbeitung ihres Angebotes geltend. Darüber hinaus entstünde der Antragstellerin

im Fall der Fortsetzung des Vergabeverfahrens und eines damit verbundenen Verlustes des Auftrages ein Schaden durch entgangenen Gewinn von rund 10 % des Auftragswertes ihres Angebotes. Weiters würde durch die rechtswidrige Zuschlagserteilung an einen Mitbewerber ein wichtiges Referenzprojekt für künftige Vergabeverfahren verloren gehen.

Nach Ansicht der Antragstellerin würde weder ein besonderes Interesse der Auftraggeberin noch ein besonderes öffentliches Interesse gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen.

Mit Schriftsatz vom 22.06.2011 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, gab aber darüber hinaus keine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ab.

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 (vgl. BVA 10.5.2006, N/0021-BVA/14/2006-13; 31.10.2007, N/0088-BVA/10/2007-37; 17.10.2007, N/0095-BVA/04/2007-EV6 u.v.a.).

Nach den Angaben der Auftraggeberin ist das vorliegende Vergabeverfahren dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag, der nach dem Bestbieterprinzip im Rahmen eines offenen Verfahrens vergeben werden soll.

Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch die Auftraggeberin ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt jedenfalls auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG.

Da die Auftraggeberin bei Nichterlassung der begehrten einstweiligen Verfügung das Vergabeverfahren durch Erteilung des Zuschlages an die präsumtive Bestbieterin beenden könnte, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorginge, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch der Antragstellerin als Bestbieterin 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

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 § 329 Abs. 3 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. 4 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.

Die Auftraggeberin 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, bekannt.

Jedoch 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.

Bei der beantragten Aussetzung der Zuschlagsentscheidung handelt es sich nicht um die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSv § 329 Abs 3 BVergG. Im Gegensatz dazu ist die Untersagung der Zuschlagserteilung als die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme im Sinne der oben genannten Bestimmung zu beurteilen. Die Dauer dieser vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Wien, am 27. Juni 2011

Die Vorsitzende des Senates 11:

Mag. Angela Schidlof