



GZ: N/0059-BVA/02/2011-EV10

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung BGBl I Nr 15/2010 (BVergG), durch den ersten Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend die Auftragsvergabe "Verkehrsfahrtreppen für die Verkehrsstation Wien Hauptbahnhof, GZ/Submissionsnr.: SSC-516-02-2010", des Auftraggebers ÖBB Infrastruktur AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch ÖBB Shared Service Center GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch RA Y***, vom 30. Juni 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem Inhalt, dass bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamt (BVA) in der Hauptsache die Erteilung des Zuschlags und damit der Vertragsabschluss über die ausgeschriebenen Leistungen im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren untersagt sowie die angefochtenen Entscheidungen ausgesetzt werden", wird **insoweit stattgegeben**, als dem Auftraggeber ÖBB Infrastruktur AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt** wird, im Vergabeverfahren "Verkehrsfahrtreppen für die Verkehrsstation Wien Hauptbahnhof, GZ/Submissions.Nr.: SSC-516-02-2010" den **Zuschlag zu erteilen**.

Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

B e g r ü n d u n g

Die Veröffentlichung der Bekanntmachung - Sektoren zur Auftragsvergabe "Verkehrsfahrtreppen für die Verkehrsstation Wien Hauptbahnhof", GZ/Submissionsnr.: SSC-516-02-2010, des Auftraggebers ÖBB Infrastruktur AG, Vivenotgasse 10, 1120 Wien, vertreten durch ÖBB Shared Service Center GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, erfolgte national im Lieferanzeiger zur Wiener Zeitung unter L-477797-0813 sowie europaweit am 18.8.2010 im Supplement des Amtsblattes der Europäischen Gemeinschaften unter 2010/S 159-246265. Laut Bekanntmachung handelt es sich um ein Verhandlungsverfahren, der Zuschlag soll dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Zur Vergabe gelangt ein Lieferauftrag mit dem CPV-Code 42416400. Der ursprüngliche Schlusstermin für den Eingang der Angebote mit 31.8.2010, 14.00 Uhr, wurde mit e-mail des Auftraggebers vom 23.12.2010 auf 14.02.2011, 14.00 Uhr, verlängert.

Mit Schriftsatz vom 30.6.2011 brachte die A***, vertreten durch RA Y***, (idF **Antragstellerin**), einen Antrag gerichtet auf die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben ein. Gleichzeitig wurde die Nichtigerklärung der mit e-mail vom 20.6.2011 bekanntgegebenen Zuschlagsentscheidung, der Ersatz der Pauschalgebühren und die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung begehrt.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, einer ihrer Mitarbeiter sei noch vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung fernmündlich davon in Kenntnis gesetzt worden, dass das von der Antragstellerin abgegebene Angebot das preislich mit Abstand Beste sei. Dieser Umstand sei auch in einem weiteren Telefonat einem anderen Mitarbeiter der Antragstellerin mitgeteilt worden. Nach den Ausschreibungsbedingungen werde der Auftrag nach dem Billigstbieterprinzip vergeben und es sei daher nicht nachvollziehbar, warum die Zuschlagsentscheidung nicht zu Gunsten der Antragstellerin getroffen worden sei.

Der Auftraggeber werde in der Zuschlagsentscheidung seiner Begründungspflicht gemäß § 272 BVergG keinesfalls gerecht, denn er führe begründend lediglich aus: „Da als einziges Zuschlagskriterium der Preis in den Ausschreibungsunterlagen angeführt ist, ergeben sich die Vorteile des erfolgreichen Angebotes durch den günstigeren Gesamtpreis.“

Gemäß § 272 BVergG seien in der Zuschlagsentscheidung u.a. die Gründe für die Ablehnung eines Angebotes, die Vergabesumme sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekanntzugeben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder dem berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmen widersprechen oder dem freien und unlauteren Wettbewerb schaden. Eine solche Ausnahmebestimmung liege im gegenständlichen Fall nicht vor.

Unter Punkt 13 (Bewertung der Angebote) werde in den Ausschreibungsbedingungen festgehalten, dass die Angebotsbewertung nach dem Billigstbieterprinzip erfolge, wobei der Lieferpreis und die Instandhaltungskosten inklusive Optionen laut den beiliegenden Preisblättern zu bewerten seien. Bereits aus dieser Textierung ergebe sich, dass der Auftraggeber verpflichtet gewesen wäre, die Gründe für die Ablehnung des Angebotes der Antragstellerin näher darzulegen. Des Weiteren wäre der Auftraggeber verpflichtet gewesen, die Vergabesumme und die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes darzulegen.

Die angefochtene Entscheidung stehe aus den angeführten Gründen im Widerspruch zu den Bestimmungen des BVergG, sie sei für die Antragstellerin in keinster Weise nachvollziehbar und daher als rechtswidrig aufzuheben (vgl. VwGH 22.04.2009, 2009,04/0081).

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung bzw. in ihrem Recht auf Nichtausscheiden verletzt. Bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages drohe ihr ein Schaden aus der Nichtabdeckung der Gemeinkosten samt entgangenem Gewinn. Für die Teilnahme am Vergabeverfahren seien ihr aufgrund des Projektumfangs bereits Kosten in beträchtlicher Höhe entstanden. Die Antragstellerin

habe im gegenständlichen Vorgabeverfahren ein Angebot gelegt und somit ihr Interesse am Abschluss eines Vertrages dokumentiert. Sie bringe ihr Interesse am Vertragsabschluss aber auch dadurch zum Ausdruck, dass sie den gegenständlichen kostenpflichtigen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt gestellt habe. Die Zuschlagserteilung liege auch deshalb in ihrem Interesse, denn sie beabsichtige auch zukünftig an öffentlichen Vergabeverfahren teilzunehmen, weshalb sie den Auftrag als Referenzprojekt zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit benötige .

Durch die bevorstehende Zuschlagserteilung bestehe die Gefahr einer unmittelbaren Schädigung der Interessen der Antragstellerin. Sie würde vor endgültige Tatsachen gestellt und verliere endgültig ihre Chance auf Erhalt des Zuschlages im gegenständlichen Vergabeverfahren. Durch die oben dargestellten Rechtswidrigkeiten drohe ihr der Verlust eines bedeutenden Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Aussetzung des Vergabeverfahrens abgewendet werden könne. Das Interesse der Antragstellerin am Auftrag und ihr Anspruch auf Durchführung eines fairen, lauterer und wettbewerbsneutralen Vergabeverfahrens könne nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten werde, der die nachhaltige Korrektur der Auftraggeberentscheidung zulasse. Ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens sei nicht ersichtlich. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könnte. Die einstweilige Aussetzung des Vergabeverfahrens stelle für den Auftraggeber keine unverhältnismäßige Belastung dar. Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, würden im vorliegenden Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung verhindern, da im konkreten Fall keine bzw. keine aktuelle Gefährdung vorliege.

Mit Schriftsatz vom 6. Juli 2011 gab der **Auftraggeber**, vertreten durch X***, zunächst allgemein zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe an, dass der geschätzte Auftragswert im Oberschwellenbereich liege. Auftraggeber sei die ÖBB Infrastruktur AG, vergebende Stelle die ÖBB Shared Service Center GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien.

Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd § 174 iVm § 5 BVergG, CPV-Code 42416400. Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb iSd § 192 Abs 5 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip vergeben werden. Eine Unterteilung in Lose sei nicht vorgesehen.

Die Bekanntmachung in Österreich sei im Amtlichen Lieferungsanzeiger unter L-477797-0813, die EU-weite Bekanntmachung am 18.8.2010 im Amtsblatt der EG zu 2010S 159-246265, erfolgt. Die Ausschreibungsunterlagen seien am 30.11.2010 auf die ÖBB-Einkaufsplattform m2c gestellt worden. Mehrere Firmen hätten ein Angebot gelegt. Die Erstangebote seien am 15.2.2011 geöffnet worden. Mündliche Verhandlungsrunden mit den Bietern seien am 14.4.2011 bzw am 20.4.2011 geführt worden. Am 4.5.2011 sei die Einladung zur schriftlichen Verhandlungsrunde (Schlussrunde) erfolgt. Die Letztangebote seien am 19.5.2011 geöffnet worden. Die Zuschlagsentscheidung sei am 20.6.2011 bekannt gegeben worden. Das Verfahren befinde sich derzeit im Stadium der Stillhaltefrist nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.

Das Angebot der Antragstellerin sei nicht ausgeschieden worden. Eine Widerrufsentscheidung sei nicht bekannt gegeben, der Zuschlag nicht erteilt worden.

Gegen den vorliegenden Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhob der Auftraggeber keine Einwendungen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zuständigkeit und Zulässigkeit des Antrages:

Die ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 19.4.2010, N/0008-BVA/02/2010-30). Gemäß § 30 Bundesbahngesetz, BGBl 825/1992 idF BGBl Nr I 95/2009, sind die Aktien der ÖBB-Infrastruktur Aktiengesellschaft zu 100% der ÖBB-Holding AG vorbehalten. Letztere steht gemäß § 2 leg cit zu 100% im Eigentum des Bundes, wobei die Verwaltung der Anteilsrechte der Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie zukommt. Gemäß § 31 Abs 1 1. Satz leg cit, ist Aufgabe der ÖBB-Infrastruktur AG

insbesondere die eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens, in dem eine bedarfsgerechte und sichere Schieneninfrastruktur (einschließlich Hochleistungsstrecken) geplant, gebaut, instandgehalten, bereitgestellt und betrieben wird. In der gegenständlichen Fallkonstellation ist ebenso davon auszugehen, dass der Auftraggeber als Bereitsteller von Schieneninfrastruktur auftritt, sodass es sich um einen gemäß § 170 leg cit im Sektorenbereich tätigen Auftraggeber handelt.

Bei der gegenständlichen Auftragsvergabe handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 174 iVm § 5 BVergG. Der Rahmenvertrag soll nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens an den Billigstbieter vergeben werden. Laut Angaben des Auftraggebers liegt der geschätzte Wert des verfahrensgegenständlichen Auftrages im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren dargelegt. Sie behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung. Sie habe nach Aussagen von Mitarbeitern des Auftraggebers das billigste Angebot gelegt. Diese Behauptung erscheint im Hinblick auf das oben wiedergegebene Vorbringen und den im Provisorialverfahren vorliegenden Akteninhalt nicht denkunmöglich. Die Richtigkeit dieser Behauptung wird im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Derzeit kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren und der Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung somit letztlich für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt. Da seitens des Auftraggebers nach Ablauf der Stillhaltefrist die Zuschlagserteilung geplant ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin für die Erteilung des Zuschlages in Betracht käme, droht ihr 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 Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs. 1 BVergG eingebracht und ist daher e

contrario § 328 Abs. 3 und 4 BVergG rechtzeitig (vgl. BVA 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7; 18.4.2006, N/0022-BVA/15/2006-EV8 u.a.). Von einem in § 328 Abs. 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 leg cit ist nicht auszugehen. Da auch die Pauschalgebühr ordnungsgemäß entrichtet wurde und die weiteren sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG erfüllt sind, ist das Bundesvergabeamt zur Durchführung des Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

2. Inhaltliche Beurteilung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG 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 gegen einander 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 Nichtigklärung vorübergehend ausgesetzt und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 329 Abs 4 BVergG 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 Bundesvergabebeamten über den Antrag der 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 Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher Schaden aus Gewinnentgang entstehe. Überdies seien bereits Kosten für die Angebotserstellung erwachsen, welche frustriert wären. Der Auftraggeber gab zum Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme ab.

Das Rechtsinstitut der einstweiligen Verfügung dient dazu, die Schaffung unumkehrbarer Tatsachen durch den Auftraggeber zu verhindern und damit einen potentiellen Auftragserhalt durch den Nachprüfungswerber sicher zu stellen.

Der drohende Schaden ist glaubhaft zu machen. Dies hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise getan. Es ist evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden in Form von Gewinnentgang bzw Verlust des Deckungsbeitrags droht.

Ein besonderes öffentliches Interesse an der unverzüglichen Fortführung des Vergabeverfahrens, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag der Senatsvorsitzende ein solches zu erkennen. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine sonstigen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, ersichtlich.

Der bisherige zeitliche Ablauf des Vergabeverfahrens lässt nicht auf eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorhabens schließen. In diesem Zusammenhang ist

darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu jedem Zeitpunkt im Projektplan zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 24.10.2006, N/0085-BVA/04/2006-EV8; 24.7.2008, N/0105-BVA/02/2008-EV9 ua.).

Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz ein öffentliches Interesse (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; ebenso BVA 10.2.2006, N/0001-BVA/02/2006-EV10; 24.5.2006, N/0038-BVA/04/2006-EV8 u.a.). Nach dem Gemeinschaftsrecht ist dem provisorischen Rechtschutz im Zweifel Vorrang einzuräumen (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a.).

Somit ergibt sich aus den obigen Erwägungen, dass von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen ist, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidungen des Auftraggebers als überwiegend zu werten ist.

Die beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens die gelindeste, noch zum Ziel führende Maßnahme, dar. Dem Antrag entsprechend war die Dauer der vorläufigen Maßnahme gemäß § 329 Abs 3 erster Satz BVergG mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Der weiters gestellte Antrag auf Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war abzuweisen, da bereits die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung verfügt wurde (vgl BVA 22.6.2011, N/0051-BVA/09/2011-EV8).

Wien, am 7. Juli 2011

Der erste Vertreter der Vorsitzenden des Senates 2

Mag. Gerhard Prünster