



GZ: N/0073-BVA/14/2011-EV8

B E S C H E I D

Das Bundesvergabebamt 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 "Flatsortieranlagen, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb" des Auftraggebers Österreichische Post AG, Postgasse 8, 1010 Wien, vertreten durch X***, über den Antrag der A***, vertreten durch Y***, vom 28.7.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "der Österreichischen Post AG wird im Vergabeverfahren 'Flatsortieranlagen, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb' bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabebamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt, die verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung abzuschließen", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber wird **für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bei sonstiger Exekution untersagt**, im Vergabeverfahren "Flatsortieranlagen, Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb" **die verfahrensgegenständliche Rahmenvereinbarung abzuschließen**.

B e g r ü n d u n g

Die A***, vertreten durch Y*** (im Folgenden Antragsteller), brachte mit E-Mail vom 28.7.2011 einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ein.

Weiters wurden Anträge auf Nichtigerklärung der Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Akteneinsicht sowie auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In seinem **Schriftsatz vom 28.7.2011** brachte der **Antragsteller** im Wesentlichen vor:

Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung für Flatsortieranlagen durch. Die Letztangebotsfrist habe am 10.6.2011 geendet.

Der Antragsteller, ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen, das in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig sei und daher Interesse am Auftragserhalt habe, habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Der Antragsteller verfüge über eine Vielzahl von Niederlassungen in der EU und habe bereits umfangreiche Leistungen für den Auftraggeber erbracht.

Mit Telefax vom 18.7.2011 sei dem Antragsteller die Entscheidung mitgeteilt worden, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle.

Diese Entscheidung werde folgendermaßen begründet:

- "Kriterium Angebotspreis 70% (maximal 210 Punkte)
Ihr Angebotspreis überschreitet jenen der Bestbieterin, Siemens Österreich AG, um 6,05%. Ihr Angebot wurde daher mit 186 Punkten bewertet, jenes der Bestbieter erhielt 210 Punkte.
- Kriterium technischer Wert 20% (maximal 75 Punkte)
...
Mit erzieltm Durchsatz von 41.700 Sendungsstücken wurde ihr Angebot gemäß den Ausschreibungsbedingungen mit 15 Punkten bewertet, wobei die Bestbieterin hierfür 30 (mehr als 48.000 Sendungsstücke) erzielen konnte.

Aufgrund der Ergebnisse der durchgeführten Testreihe wurde die Bewertung des Sendungsspektrums für ihr Angebot mit 24 Punkten bewertet. Das Angebot der Bestbieterin erhielt hierfür 18 Punkte.

Zusammenfassend wurde ihr Angebot im Kriterium "technischer Wert" mit 54 Punkten, jenes der Bestbieterin mit 63 Punkten bewertet.

..."

Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 28.7.2011 angegeben worden. Der Mitteilung sei keinerlei Bewertungsübersicht oder dergleichen angeschlossen gewesen. Die Angebotsöffnung sei nicht nicht öffentlich gewesen.

Der Antragsteller erachte sich in seinen Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, zu seinen Gunsten, unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG, verletzt.

Die angefochtene Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, da der Antragsteller Bestbieter sei und ohne die rechtswidrige Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden solle, bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen diese Entscheidung zu Gunsten des Antragstellers zu treffen wäre.

Rechtswidrigkeiten:

- Kriterium Angebotspreis:

In der angefochtenen Entscheidung vom 18. Juli 2011 werde ausgeführt, dass der Angebotspreis des Antragstellers jenen der B*** um 6,05% überschreite. Eine Nennung des Angebotspreises der für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommene B*** sei nicht erfolgt. Ausgehend vom Angebotspreis des Antragstellers in Höhe von Euro 16.700.000,-- ergebe sich daher eine Angebotssumme von Euro 15.747.289,01. Dieser Betrag sei seitens des Antragstellers aufgrund des eigenen Angebotspreises in Verbindung mit dem in der

angefochtenen Entscheidung angegebenen Unterschiedsbetrag von 6,05% errechnet worden.

Dies sei insoweit verwunderlich, als in der ersten - zwischenzeitig aufgrund der Anfechtung zurückgezogen - Entscheidung, mit welchen Unternehmen die Rahmenvereinbarung geschlossen werden solle, der Preis mit Euro 14.999.000,- (inkl. Optionen) genannt worden sei.

Da dem Antragsteller keine weiteren Informationen vorliegen würden, sei davon auszugehen, dass die für die B*** angeführten Preise falsch seien. Der Auftraggeber werde aufzuklären haben, wie es zu der nicht unbeträchtlichen Diskrepanz von Euro 748.289,01 komme. Dabei sei nicht auszuschließen, dass beide herangezogenen Preise nicht mit dem Angebotspreis übereinstimmen würden.

Ungeachtet der Divergenz im Angebotspreis sei auch die Punktevergabe fehlerhaft:

Ausgehend von den Angaben in der angefochtenen Entscheidung habe die B*** mit dem Angebotspreis von Euro 15.747.289,01 als billigstes Angebot die volle Punktezahl 210 erreicht. Aufgrund der Überschreitung des Angebots um 6,05% erhalte das Angebot des Antragstellers um 6,05% weniger Punkte (Seite 17 der Ausschreibungsbedingungen). 210 Punkte abzüglich 12,7 Punkte (6,05% von 210) würden 197,3 Punkte ergeben. In der angefochtenen Entscheidung sei das Angebot des Antragstellers allerdings nur mit 186 Punkten bewertet worden.

Die Punktezahl werde auch bei Überprüfung der linearen Berechnungsmethode bestätigt:

Berechnungsformel: $\text{Punkte} = (2 - (16.700.000 / 15.747.289,01)) \times 300 = 281,85 \rightarrow$ nach Gewichtung mit 70% ergebe dies 197,3 Punkte.

- Kriterium technischer Wert:

Im Kriterium technischer Wert sei das Angebot der B*** bei einer max. erreichbaren Punktezahl von 75 Punkten mit 63 Punkten bewertet worden.

Hier liege wiederum ein Widerspruch zur Entscheidung vom 17. Juni 2011 vor: Dort sei zum Angebot der B*** noch mitgeteilt worden, dass dieses beim technischen Wert die höchste Punktezahl erreiche, also 75 Punkte. Bei der hier gegenständlichen Entscheidung werde dieses Angebot allerdings nur mit 63 Punkten bewertet.

Es sei nicht nachvollziehbar, wie es plötzlich zu einer derart unterschiedlichen Bewertung komme, obwohl dieselben Angebote zugrunde gelegt worden seien. Die gesamte Bewertung müsse somit in Zweifel gezogen werden.

Die Angaben im Angebot der B*** zu Sendungsstücken seien nicht nachvollziehbar. Nach den dem Antragsteller vorliegenden Informationen betrage die Anzahl der abgezogenen Sendungen der B*** mehr als 48.000 Sendungen. Die Anzahl der verteilten Sendungen (und somit das Testergebnis) müsse einen geringeren Wert ausweisen, da es jedenfalls zu Fehlverteilungen komme. Die der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung zugrundeliegende Angebotsbewertung gehe jedoch von einem Wert über 48.000 Sendungen aus. Zwecks Überprüfung werde die Vorlage der Testprozedur der B*** beantragt. Die Bewertung der Sendungsstücke habe maßgeblichen Einfluss auf die Bewertung des technischen Kriteriums.

- Bevorzugung des Bieters B***:

In den Briefzentren des Auftraggebers werde das Lese- und Codierungssystem ORCA von der B*** eingesetzt. Für die reibungslose Funktion der Flatsorter müsse das eingesetzte Interface zum Siemens-System passen. Der große Nachteil für die übrigen Bieter liege darin, dass die Erkennungsrate der eigenen Geräte vom Funktionieren des Siemens Systems abhängig sei. Darüber hinaus sei auch bei der Fehlerbehebung eine Abhängigkeit von Siemens gegeben. Dies könne Auswirkungen auf vereinbarte Pönalzahlungen haben, da die Bieter selbst keinen Einfluss auf die Bereitstellung der Information und Unterstützung durch die B*** haben würden.

Abgesehen davon sei die gesamte Ausschreibung auf Geräte der B*** ausgerichtet. Dies zeige sich etwa dadurch, dass die Adresslisten des Auftraggebers bisher von der B*** geliefert worden seien und auch weiterhin beibehalten werden sollen.

Ferner bestehe Grund zur Annahme, dass für die Erstellung der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen umfangreiche Vorarbeiten der B*** erfolgt seien, was wiederum einen Wettbewerbsvorteil der B*** darstelle.

Würde die Rahmenvereinbarung mit dem präsumtiven Zuschlagsempfänger abgeschlossen werden, drohe dem Antragsteller ein großer finanzieller und sonstiger Schaden. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Abschluss einer Rahmenvereinbarung in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und auf Beteiligung an einem fairen und lauterem Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. In diesem Fall drohe dem Antragsteller auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des Deckungsbeitrags. Im Falle des Nichterhalts des Auftrags würde dem Antragsteller auch 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.

Einer einstweiligen Untersagung des Abschlusses der "Zuschlagsentscheidung" stünde kein besonderes öffentliches Interesse des Auftraggebers oder der Öffentlichkeit entgegen.

Mit **Schriftsatz vom 1.8.2011** teilte der **Auftraggeber** mit, dass es sich gegenständlich um einen dem Sektorenbereich im Oberschwellenbereich zuordenbaren Beschaffungsvorgang handle (§ 180 Abs. 1 BVergG). Der geschätzte Auftragswert betrage Euro 23,41 Mio. Das Vergabeverfahren sei weder widerrufen noch ein Zuschlag erteilt worden.

Eine einstweilige Verfügung trete spätestens mit der Entscheidung des Bundesvergabebeamten über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, weshalb der ausdrückliche Verweis auf die "rechtskräftige" Entscheidung des Bundesvergabebeamten im Antrag auf einstweilige Verfügung unerklärlich sei. Dieser

Zeitpunkt müsse wohl nach der Entscheidung des Bundesvergabeamtes im Sinne des § 329 Abs. 4 BVergG liegen. Auch das in eventu gestellte Exekutionsbegehren sei unerheblich respektive unerklärlich. In Verbindung mit dem zusätzlichen Exekutionsbegehren sei die beantragte einstweilige Verfügung nicht mehr die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme.

Auch unter der Annahme, dass der Antragsteller mit der Wortfolge "bis zur rechtskräftigen Entscheidung des BVA" lediglich eine einstweilige Verfügung während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehre, müsste der zugrundeliegende Antrag von Seiten der Rechtsmittelbehörde umgedeutet werden, was unzulässig sei. Es werde somit die Zurückweisung, in eventu Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Zur vom Bundesvergabeamt anlässlich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorzunehmenden Interessenabwägung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Die Österreichische Post AG ist öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Es handelt sich um einen Liefer- bzw. Dienstleistungsauftrag iSd §§ 5 bzw. 6 BVergG iVm § 174 BVergG.

Nach Angabe des Auftraggebers handelt es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines Verhandlungsverfahrens nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb abgewickelt wird. Nach 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 Nichtigklärung 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 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 des Abschlusses der Rahmenvereinbarung 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, bekannt.

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 des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Die beantragte Dauer der Erlassung der einstweiligen Verfügung ("bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Bundesvergabeamtes im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren)" entspricht der Regelung des § 329 Abs. 4 BVergG, wonach die einstweilige Verfügung spätestens mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft tritt. (Anm.: Bescheide des Bundesvergabeamtes erlangen mit ihrer Erlassung Rechtskraft, da ein ordentliches Rechtsmittel nicht zulässig ist). Eine (unzulässige) Umdeutung des Begehrens des Antragstellers durch die Rechtsschutzbehörde ist - entgegen der Auffassung des Auftraggebers - nicht erforderlich. Im gegebenen Zusammenhang ist weiters anzumerken, dass der Antragsteller zur Bezeichnung der Zeit, für welche die vorläufige Maßnahme beantragt wird, nach § 328 Abs. 2 BVergG im Übrigen gar

nicht verhalten wäre. Das Bundesvergabeamt hat die Dauer der einstweiligen Verfügung auch ohne entsprechende Zeitangaben von Amts wegen zu bestimmen vgl. *[Madl]* in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) [2064].

Die verfügte Maßnahme stellt auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme iSd § 329 Abs. 3 BVergG dar. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Wien, am 3. August 2011
Die Vorsitzende des Senates 14
Mag. Ilse Lesniak

