



N/0081-BVA/07/2011-EV8

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 Vertreterin der Vorsitzenden des Senates 7, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 329 BVergG betreffend das Vergabeverfahren "S06 Tunnelkette Bruck, BL04.2 Niklasdorftunnel Generalsanierung Bau und Bus/S06 Semmering Schnellstraße, TK Bruck BL04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und Bus", aufgrund des Antrages der A***, vertreten durch X***, vom 19.8.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt wolle a) die Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2011 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aussetzen und b) dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlages für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen", wird **insoweit stattgegeben**, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "S06 Tunnelkette Bruck, BL04.2 Niklasdorftunnel Generalsanierung Bau und Bus/06 Semmering Schnellstraße, TK Bruck BL04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und BuS ", **untersagt** wird, den **Zuschlag zu erteilen**.

Das darüber hinausgehende Begehren wird **abgewiesen**.

B e g r ü n d u n g

Die Veröffentlichung der Bekanntgabe zur Auftragsvergabe "S06 Tunnelkette Bruck, BL04.2 Niklasdorftunnel Generalsanierung Bau und Bus/S06 Semmering Schnellstraße, TK Bruck BL04.2 Niklasdorftunnel, Generalsanierung Bau und Bus" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, erfolgte europaweit am 5.7.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 89-144981. Mit Bekanntmachung vom 22.6.2011 im Supplement des Amtsblattes der europäischen Gemeinschaften unter 2011/S 118-193856 wurde der Termin für den Angebotseingang von ursprünglich 22.6.2011, 11:00 Uhr auf 28.6.2011, 11:00 Uhr verlegt und der Zeitpunkt für die Angebotsöffnung von 22.6.2011, 15:00 Uhr auf 28.6.2011, 15:00 Uhr geändert. Laut Bekanntmachung handelt es sich um eine Bauleistung (CPV-Code 45000000), die in einem offenen Verfahren an den Bestbieter vergeben werden soll.

Mit E-Mail vom 9.8.2011 teilte der Auftraggeber erstmals mit, das er beabsichtige den Zuschlag im verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren der "B****" erteilen zu wollen. Begründend verweist diese Nachricht auf die Internetadresse: <https://www.ava-online.at/bieter/...> . In der unter diesem Link für die Antragstellerin abrufbaren Telefax-Nachricht "*Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung gemäß §131 BVergG 2006*", teilte die vergebende Stelle mit, sie beabsichtige den Zuschlag der "C***-AG" erteilen zu wollen.

Am 10.8.2011 übersandte die vergebende Stelle per E-Mail und Telefax eine weitere Zuschlagsentscheidung, wonach diese neue Mitteilung die am Vortag bereits bekanntgegebene Zuschlagsentscheidung vollinhaltlich ersetze. Als präsumtive Zuschlagsempfängerin wird in dieser Mitteilung die "C***-AG " genannt. Neben der ermittelten Vergabesumme (inkl. all-fälliger Optionen) für das erfolgreiche Angebot von netto EUR [REDACTED], wird die jeweilige, von der Bestbieterin und der Antragstellerin für ihr Hauptangebot erreichte Gesamtpunkteanzahl angegeben ("*Erfolgreiches Angebot Punkte gesamt 99,00 ... Ihr Angebot 96,60*").

Gegen diese Entscheidung richtet sich der mit Schriftsatz vom 19.8.2011 von der A***, vertreten durch X***, (idF **Antragstellerin**), gestellte Antrag auf Nichtigerklärung. Außerdem beantragte die Antragstellerin die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, wie im Spruch wiedergegeben und den Ersatz der Pauschalgebühren durch den Auftraggeber sowohl im Nachprüfungsverfahren als auch im Verfahren auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin sei nicht zuschlagsfähig.

Ein Unternehmen, mit der Bezeichnung "C***-AG" habe sich am Vergabeverfahren nicht beteiligt und ein zuschlagsfähiges Angebot gelegt. Aus § 130 Abs. 1, § 2 Z 3 und Z 13 sowie § 25 Abs. 2 BVergG ergebe sich, dass der Zuschlag nur einem Unternehmen erteilt werden dürfe, das auch ein Angebot abgegeben habe. Bei der Angebotsöffnung seien neben dem Angebot der Antragstellerin vier weitere Angebote verlesen worden. Darunter sei auch das Angebot des Unternehmens "B***", jedoch kein Angebot der "C***" gewesen. Auch der Beilage "Angebotsübersicht" zum Angebotseröffnungsprotokoll sei als Bieter lediglich die "B***" zu entnehmen. Der Zuschlag könne daher nur an die "B***", die sich am Vergabeverfahren beteiligt habe, und nicht an ein anderes Unternehmen ergehen, selbst wenn es sich dabei um ein Unternehmen aus der C***-Gruppe handle. Gemäß § 2 Z 37 BVergG sei - trotz wirtschaftlicher Verflechtungen im Konzern - ein Unternehmen stets ein Rechtsträger, ins-besondere eine juristische Person, die als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers den Auftrag erhalte. Das Auswechseln einer Konzerngesellschaft nach Angebotsabgabe sei unzulässig.

Bei der Beurteilung der Zurechnung eines Angebotes zu einem bestimmten Bieter, komme es auf die Vertretungsbefugnis dessen an, der das Angebot signiert habe. Sollte das Angebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin von Personen gezeichnet worden sein, die nicht zur organschaftlichen Vertretung der "B***" nach außen berufen seien, sondern etwa zur Vertretung einer anderen Konzerngesellschaft der C***-Gruppe, ändere dies nichts an der Zurechnung des Angebotes zur "B***".

Selbst wenn das Angebot der "C***-AG" zuzurechnen sei, komme ein Zuschlag auf dieses Unternehmen nicht in Betracht, da die "C***-AG" nicht verlesen worden sei. Ein nicht verlesenes Angebot sei nicht zuschlagsfähig (vgl. BVA 9.4.1997, F-18/96-29). Die Angebotsöffnung sei nicht wiederholbar, dabei gemachte Fehler seien nicht sanierbar (vgl. BVA 25.7.2000, F-8/99-25; VwSlg 16.181 A/2003). Die Verlesung der Angebote anlässlich der Angebotsöffnung diene der Transparenz und hätten den Zweck, allfälligen Manipulationen vorzubeugen (vgl. VwGH 23.5.2004, 2005/04/0214). Auch die Anmerkung des bei der Angebotsöffnung anwesenden, laut Anwesenheitsliste die "C****" vertretenden, H***, wonach es sich beim Angebot der "B****" eigentlich um eines der "C****" handle, ändere daran nichts. H*** sei nicht nur mit der Protokollierung einverstanden gewesen, sondern habe die Übereinstimmung der verlesenen Daten mit dem Inhalt des Protokolls ausdrücklich durch seine Unterschrift auf der Anwesenheitsliste bestätigt. Auch der Auftraggeber habe sich nicht veranlasst gesehen, den Bieternamen richtig zu stellen oder den Umstand, es gäbe Zweifel an der Urheberschaft des Angebotes der "B****", zu protokollieren. Die Bieter könnten darauf vertrauen, dass das was verlesen wurde, Gültigkeit habe und zwar unbeschadet einer allfälligen Haftung des Auftraggebers gegenüber einem durch einen Verlesungsfehler geschädigten Dritten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei nicht identifizierbar. Sowohl die Bemerkung des H*** als auch seine Funktion als Vertreter der "C****" lasse offen, um welches Unternehmen aus der C***-Gruppe, es sich beim "B***-Angebot" handle. Bei zumindest drei Unternehmen des C***-Konzerns, sei der Name "C****" Bestandteil des Firmennamens, nämlich bei der "C***-AG" mit Sitz in Deutschland sowie bei der "C***-AG" und der "C***-SE", beide jeweils mit Sitz in Österreich. Das Verlesen anlässlich der Angebotsöffnung diene nicht nur der Transparenz im Vergabeverfahren, sondern auch präventiv dem Schutz vor Manipulationen. Sofern das Unterlassen der Verlesung von Angebotsteilen eine Manipulation in einem für den Ausgang des Vergabeverfahrens wesentlichen Bereich ermögliche oder erleichtere, sei es für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant und rechtswidrig (vgl. VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240; 21.12.2004, 2004/04/0100). Der Bieter dem das Angebot der "B****" zuzurechnen sei, sei nicht eindeutig identifizierbar.

Das Unternehmen der in Aussicht genommenen Bestbieterin werde in der angefochtenen Zuschlagsentscheidung unzureichend und nicht eindeutig bezeichnet. Bei der "C***-AG" handle es sich um keine existente Firma. Unter dem Namen "C***-AG" gäbe es zumindest zwei verschiedene Rechtsträger, einen davon mit Sitz in Deutschland und den anderen mit Sitz in Österreich. Die "C***-AG" mit Sitz in Österreich verfüge nicht über eine registrierte Geschäftsadresse, wie in der Zuschlagsentscheidung angegeben. Die Geschäftsadresse der "B***" laute hingegen, wie in der Zuschlagsentscheidung angegeben: "B***". Da bei der Angebotsöffnung von einem Angebot der "B***" die Rede gewesen sei und auch die 1. Zuschlagsentscheidung auf dieses Unternehmen gelautet habe, genüge die in der nun angefochtenen Zuschlagsentscheidung angegebene Bieterbezeichnung nicht den Inhaltserfordernissen gemäß § 131 Abs 1 BVergG.

Sowohl der "B***", als auch der "österreichischen" und der "deutschen" "C***-AG" mangle es an der laut Ausschreibung erforderlichen technischen Leistungsfähigkeit. Laut Angebotsdeckblatt habe der Bieter je zwei (näher spezifizierte) Referenzprojekte aus dem Bereich "Bau" und "Bus" nachzuweisen. Diese Referenzprojekte seien vom Bieter selbst durchzuführen (siehe Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten", Seite 14: "*seitens des Bieters (oder der A***) [...] erklärt [wird], folgende einschlägige Arbeiten unter den angeführten Bedingungen durchgeführt zu haben*"). Damit sei ausgeschlossen, dass sich ein Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit auf Dritte, also auch auf namhaft gemachte Subunternehmer berufe (vgl. VwGH 12.05.2011, 2011/04/0043). Das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei gemäß § 129 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden.

Weder die "B***", noch eines, der unter der Bezeichnung "C***-AG" firmierenden Unternehmen, verfüge über das ÖVBB-Gütezeichen "Instandsetzungsfachbetrieb". Das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot widerspreche daher auch deshalb der bestandfest gewordenen Ausschreibung und sei gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG auszuscheiden.

Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und frist- und formgerecht ein Angebot gelegt. Aus den dargestellten Gründen erachte sie sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Sicherstellung

eines freien und lautereren Wettbewerbs, auf Gleichbehandlung aller Bieter iSv § 19 Abs 1 BVergG, auf Treffen einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines nicht-verlesenen und nicht am Vergabeverfahren teilnehmenden Unternehmens, auf Treffen der Zuschlagsentscheidung und -erteilung zu Gunsten ihres eigenen Angebotes, auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren, insbesondere auf Bekanntgabe einer gesetzmäßigen Zuschlagsentscheidung und eventualiter in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und auf Teilnahme an einem rechtskonformen, neuen Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens und des Ausscheidens des Angebotes verletzt. Für den Fall, dass der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung aufrecht erhalte, drohe der Antragstellerin ein Schaden aus Erfüllungsinteresse (Gewinn und Deckungsbeitrag) von ca. EUR 1.955.000,00, sowie an frustrierten Angebotslegungskosten von ca. EUR 250.000,00. Sie verliere ein notwendiges Referenzprojekt. Sofern das Vergabeverfahren zu widerrufen sei, bestehe der Schaden der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagserteilung auch im Aufwand sich an einem neuerlichen Vergabeverfahren beteiligen zu müssen.

Die Antragstellerin erklärte weiters ihr oben dargestelltes Vorbringen im Nachprüfungsverfahren ausdrücklich zu ihrem Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung. Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme und die Stillhaltefrist bereits geendet habe, habe der Auftraggeber die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung, woraus sich eine unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin ergebe. Eine bloße ex-post Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und ein allenfalls zustehender Schadenersatz könnten die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen.

Der **Auftraggeber** gab mit Schriftsatz vom 24.8.2011 zur verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe allgemein an, dass der geschätzte Auftragswert des in einem offenen Verfahren zu vergebenden Bauauftrages EUR 26.793.234,42 (ohne Ust) betrage. Die Angebotsöffnung sei am 28.6.2011 und die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 10.8.2011 per E-Mail und Telefax erfolgt. Bislang sei weder eine Widerrufs- noch eine Zuschlagsentscheidung bzw. ein Widerruf oder

Zuschlag erfolgt. Zum Sicherungsantrag gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

1. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG. Beim gegenständlichen Auftrag handelt es sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 leg cit, welcher in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben wird. Der geschätzte Auftragswert des Auftrages beträgt nach den Angaben des Auftraggebers EUR 26.793.234,42 (ohne Ust), das Verfahren ist demnach dem Oberschwellenbereich zuzuordnen.

Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Voraussetzungen des § 320 Abs 1 leg cit ist nicht auszugehen. Nach den bisher im Provisorialverfahren vorliegenden Unterlagen erfüllt der Antrag - unvorgreiflich anderslautender Ergebnisse im Hauptverfahren - auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG.

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.). Die Pauschalgebühr wurde ordnungsgemäß entrichtet.

Das Vergabeverfahren befindet sich nach erfolgter Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung am 10.8.2011. Es wurde nicht widerrufen und der Zuschlag nicht erteilt. Das Bundesvergabeamt ist daher 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 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 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 und sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende 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 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 behauptet die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung vom 10.8.2011. Diese Behauptungen erscheinen im Hinblick auf das oben wieder-

gegebene Vorbringen nicht denkunmöglich. Dies wird jedoch im Hauptverfahren zu beurteilen sein. Da nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten zutreffen, droht der Antragstellerin durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch die Untersagung des Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Die Möglichkeit, im Falle des Obsiegens im Nachprüfungsverfahren den Zuschlag erteilt zu bekommen, kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Erteilung des Zuschlages an die Antragstellerin sichert.

Öffentliches Interesse oder sonstiges Interesse anderer Bieter an einem zügigen Verfahrensablauf, das das von der Antragstellerin geltend gemachte Interesse an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegt, wurde weder vom Auftraggeber vorgebracht, noch vermag die Senatsvorsitzende solches zu erkennen und sind dem Bundesvergabeamt auch keine sonstigen besonderen öffentlichen Interessen, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden, bekannt. Zudem hat 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 (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 ua beantragte Untersagung der Zuschlagserteilung durch den Auftraggeber 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 mit jener des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Wien, am 26. August 2011
Die Vertreterin der Vorsitzende des Senates 7:
Mag. Viktoria Mugli-Maschek