



GZ: N/0083-BVA/09/2011-EV9

Betreff: Vergabeverfahren "A2 Süd-Autobahn, Abschnitt: Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung "Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht"; **Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung**

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG), durch den Vorsitzenden des Senates 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren „A2 Süd-Autobahn, Abschnitt: Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung "Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch ASFINAG BauManagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, über Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 5. September 2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "Der ASFINAG Baumanagement GmbH als vergebende Stelle und der Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungsaktiengesellschaft als Auftraggeberin aufzutragen, die der Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Erledigung über den gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung zu unterlassen", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG BauManagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren „A2 Süd-

Autobahn, Abschnitt: Pack - Twimberg, Teil 1, Generalsanierung "Dienstleistung - Örtliche Bauaufsicht", den Zuschlag **zu erteilen**.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1 und 329 Abs 1, 3 und 4 BVergG

B e g r ü n d u n g

Die A***, vertreten durch X*** (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 5. September 2011 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben.

Mit Schriftsatz vom **5. September 2011** brachte die **Antragstellerin** im Wesentlichen vor, dass der Auftraggeber die Dienstleistung "Örtliche Bauaufsicht" in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben habe. Laut Zuschlagsentscheidung vom 25. August 2011 solle der Zuschlag an die B***, erfolgen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger wäre aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises für die optional ausgeschriebenen Leistungen nicht zu bewerten und auszuschneiden gewesen.

Nach Punkt 1.2.5 der Ausschreibungsbedingungen, Teil D1 Dienstleistungs-Angebotsprüfung, habe die Prüfung der Angebote nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung zu erfolgen. Danach seien für die Prüfung der Angebote nicht nur die Bestimmungen des Punktes 1.2.6 "vertiefte Angebotsprüfung - Prüfung der Angemessenheit der Preise", sondern auch die Bestimmungen des Punktes 1.2.10 "Optional ausgeschriebene Leistungen" heranzuziehen. Gemäß Punkt 1.2.6 und 1.2.10 werde die Prüfung der Angemessenheit der Preise iSd § 125 BVergG für die vertiefte Angebotsprüfung wie folgt festgelegt:

Angebote, deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median liegen, werden keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden.

Aus den Ausschreibungsunterlagen, insbesondere dem Angebotsdeckblatt und dem Punkt 1.2.10 sei die Willensabsicht eindeutig erkennbar, dass neben dem Gesamtpreis der Grundleistung auch der Gesamtpreis der Option einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen werde.

Dies stimme auch mit Punkt 1.2.10 überein. Hier werde bestimmt, dass die optional ausgeschriebenen Leistungen im LV getrennt anzugeben seien und sämtliche vertragliche Regelungen, somit auch die Ausscheidung nach Punkt 1.2.6, auch für die Option gelten würden. Punkt 1.2.10 sei erst im Zuge der ersten Berichtigung der Ausschreibung am 7.6.2010 aufgenommen worden.

Die Definition des Gesamtpreises ergebe sich aus dem Angebotsdeckblatt, das einen getrennt ausgewiesenen Gesamtpreis für die Grundleistung einerseits und die Option andererseits vorsehe. Ausdrücklich verlangt werde im Angebotsdeckblatt, die Gesamtpreise "Grundleistung" und "Option" getrennt anzugeben. Hierbei handle es sich nicht um eine Unschärfe der Ausschreibungsbedingungen, sondern sei dies vielmehr so gewollt gewesen. Daher seien auch im Angebotseröffnungsprotokoll beide Preise als Gesamtpreise ausgewiesen. Auch die ausschreibende Stelle habe in ihrer Kostenschätzung die geschätzte Auftragssumme (netto) inkl. allfälliger Optionen und Gesamtpreis aller Leistungspositionen der Option, unterschieden.

Die Angabe des Gesamtpreises aller Leistungspositionen der Option in der Kostenschätzung habe den Zweck, dass beide Gesamtpreise gemäß der Medianregelung vor einer vertieften Angebotsprüfung auszuschneiden seien.

In Punkt 1.2.10 der Ausschreibung sei unmissverständlich geregelt, dass die Leistungspositionen der Option (Gesamtsumme aus den Positionen 1.5, 1.6 und 1.7) nach dem Kriterium des Punktes 1.2.6 zu prüfen seien. Punkt 1.2.6 enthalte die Regelung, dass Angebote, deren Gesamtpreise - hier müsse es sich um den Gesamtpreis aller Optionen handeln - mehr als 20% unter dem Median liegen würden, keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden würden. Der Auftraggeber habe die Vorgehensweise für die Prüfung der Preisangemessenheit somit eindeutig dargestellt.

Unter Zugrundelegung der Ausschreibungsbedingungen sei das gemäß Zuschlagsentscheidung erstgereichte Angebot auszuscheiden. Eine Auswertung der angebotenen Gesamtpreise auf Grundlage des Angebotsöffnungsprotokolls vom 18. Juli 2011 erbringe das nachfolgende Ergebnis:

Median: Gesamtpreis für Grundleistung und Option: Euro XXXX (Median minus 20% Euro XXXX).

Median: Gesamtpreis für Option: Euro XXXX (Median minus 20% Euro XXXX).

Der Median minus 20% für den Gesamtpreis der Option betrage Euro XXXX, sodass der vom präsumtiven Zuschlagsempfänger mit Euro XXXX angebotene Betrag unter dem oben genannten Wert liege und das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher auszuscheiden gewesen wäre.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass im Fall der Abänderung der Zuschlagsentscheidung die Antragstellerin den Zuschlag erhalten würde.

Aus den oben genannten Gründen werde die Zuschlagsentscheidung vom 25. August 2011 bekämpft. Der Schaden der Antragstellerin bei Nichterhalt des gegenständlichen Auftrages entspreche dem Schaden aus dem entgangenen Umsatz. Durch die unrichtige Anwendung der Ausschreibungsbedingungen (hinsichtlich der Preisprüfung) würde die Antragstellerin trotz der Position des Bestbieters den Zuschlag zu Unrecht nicht erhalten. Der Terminus "Gesamtpreise" sei durch die vergebende Stelle unrichtig angewendet worden.

Im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wiederholte die Antragstellerin im Wesentlichen ihr Vorbringen zum Nichtigerklärungsantrag und erhob dieses auch zum Gegenstand hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dem Auftraggeber würden durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung keine Nachteile entstehen. Eine zeitliche Verzögerung des Vergabeverfahrens ziehe keine Mehrkosten oder sonstigen Folgen nach sich. Überdies sei der vom Auftraggeber gesetzte Zeitrahmen von diesem selbst bereits überschritten worden. Der Antragstellerin würden hingegeben bei Nichterlassung der

beantragten einstweiligen Verfügung erhebliche Nachteile entstehen. So habe die Antragstellerin bereits den Arbeitseinsatz der für den Auftrag vorgesehenen Mitarbeiter gemäß den Auftragsbedingungen eingeteilt. Die Antragstellerin habe großes Interesse daran, dass ihr der gegenständliche Auftrag zugeschlagen und der Vertrag mit ihr abgeschlossen werde. Bei richtiger Anwendung der Ausschreibungsbedingungen sei die Antragstellerin Bestbieterin und hätte daher den Zuschlag zu erhalten. Ohne Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung würde die Zuschlagserteilung an den präsumtiven Zuschlagsempfänger erfolgen. Diese Entscheidung wäre irreversibel.

Mit Schriftsatz vom **6. September 2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert inkl Optionen belaufe sich auf €XXXX zzgl USt. Der Auftrag solle in einem offenen Verfahren iSd § 25 Abs 2 BVergG nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden.

Das Verfahren sei österreichweit und EU-weit am 31.5.2011 bekannt gemacht worden.

Die Angebotsöffnung habe am 18.7.2011 stattgefunden. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich nicht unter den ersten 4 Angeboten gereiht worden.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 25.8.2011, 16.00 Uhr, über die elektronische Vergabeplattform `ava_online` an alle Bieter versandt worden. Der Antragstellerin sei am 25.8.2011, 11.26 Uhr, übermittelt worden.

Das Verfahren sei nicht widerrufen, ein Zuschlag nicht erteilt worden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gab der Auftraggeber keine Stellungnahme ab.

Rechtliche Würdigung:

I. **Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages:**

Auftraggeber iSd § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 u.a).

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag iSd § 6 BVergG, der in einem offenen Verfahren vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert des Vorhabens liegt nach den Angaben des Auftraggebers im Oberschwellenbereich.

Bei der von der Antragstellerin angefochtenen Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG. Von einem in § 328 Abs 1 BVergG genannten offensichtlichen Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 leg.cit. ist nicht auszugehen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die sonstigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG.

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 25.8.2011 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 5.9.2011 gleichzeitig mit einem Nachprüfungsantrag gemäß § 320 Abs 1 BVergG eingebracht, sodass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung e contrario § 328 Abs 3 und 4 BVergG als rechtzeitig zu qualifizieren ist.

Es ist weder eine Widerrufsentscheidung bekannt gegeben worden noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Bundesvergabeamt ist zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrages:

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 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 § 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 außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass der Auftraggeber beabsichtigt, den Zuschlag der B*** zu erteilen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und sie auch für den Erhalt des Auftrages in Betracht kommen könnte, wodurch ihr 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 der möglicherweise bestehende Anspruch auf Auftragerhalt 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 die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden drohe. Den ihr zu entstehen drohenden Schaden hat die Antragstellerin in einer dem Gesetz genügenden Art und Weise dargetan. Der drohende Schaden ist (lediglich) glaubhaft zu machen. Es ist evident, dass jedem Bieter bei Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ein Schaden droht.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes hat der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens grundsätzlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und - daraus folgend - auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht zu nehmen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-EV7; BVA 14.6.2010, N/0047-BVA/09/2010-EV14 u.v.a.).

Eine besondere Dringlichkeit des Beschaffungsvorgangs ist dem Senatsvorsitzenden nicht erkennbar.

Weiters ist auf die Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorranges des provisorischen Rechtsschutzes zur Sicherung einer allfälligen späteren Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen Bedacht zu nehmen (vgl. EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, *Alcatel Austria AG*; EuGH 18.6.2002, Rs C-92/00, *Hospital Ingenieure*; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.v.a.).

Zudem ist die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach bei der Interessenabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter zu beachten ist (vgl. VfGH

25.10.2002, B 1369/01, dem folgend u.a. BVA vom 5.7.2006, N/0051-BVA/04/2006-EV10; BVA 22.4.2008, N/0044-BVA/09/2008-EV11 u.a.).

Unter Zugrundelegung des oben Gesagten ist ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung nicht gegeben. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung als überwiegend zu werten.

Die angeordnete vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung stellt im gegenwärtigen Verfahrensstadium die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar. Die Dauer der Maßnahme war dem Antrag entsprechend mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens festzulegen.

Wien, am 12. September 2011

Der Vorsitzende des Senats 9:

Mag. Gerhard Prünster