



N/0092-BVA/04/2011-EV7

B E S C H E I D

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 4, Dr. Margit Möslinger-Gehmayr, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Stahlleitschienen 2012 ff Region Steiermark" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 20.9.2011, wie folgt entschieden:

S p r u c h

I .

Der Antrag, die Entscheidung des Auftraggebers, "Angebote betreffend Leitschienen zuzulassen, welche nicht in der Liste der Einsatzfreigaben für Fahrzeug-Rückhaltesysteme (Stand Juli 2011) enthalten sind oder für welche Zulassungsbeschränkungen gelten", für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens vorübergehend auszusetzen, wird **abgewiesen**.

II.

Den Anträgen, dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, die Angebote der Bieter entgegenzunehmen, in eventuelle, die Angebote zu öffnen, wird **insoweit stattgegeben**, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens im Vergabeverfahren "Lieferung von Stahlleitschienen 2012 ff Region Steiermark" **untersagt** wird, die **Angebote zu öffnen**. Das darüber hinausgehende Begehren wird abgewiesen.

B e g r ü n d u n g

Die österreich- und europaweite Bekanntmachung des gegenständlichen Vergabeverfahrens "Lieferung von Stahlleitschienen 2012 ff Region Steiermark" erfolgte Ende Juli 2011. Der Lieferauftrag soll in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich mit dem Ziel, eine Rahmenvereinbarung abzuschließen, nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Auf Grund der ersten Berichtigung der Ausschreibung wurde die Angebotsfrist bis zum 28.9.2011, 11.00 Uhr, erstreckt.

In den Ausschreibungsunterlagen ist in der Leistungsbeschreibung (L.3) Nachfolgendes ausgeführt:

".....

3.2. Produkteigenschaften

Produktspezifische Leistungen:

Es ist nicht Intention der ausschreibenden Stelle, wenn dies nicht ausdrücklich angeführt und im Sinne des BVergG begründet ist, produktspezifische Leistungen auszuschreiben. Daher gilt bei allen Beschreibungen, insbesondere bei der Leistungsbeschreibung, im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG des europäischen Parlaments und des Rates, bei allen Leistungsbeschreibungen insbesondere im Leistungsverzeichnis der Begriff "oder Gleichwertiges nach Wahl des Bieters" als beigefügt.

Technische Vertragsbestimmungen:

Als solche gelten die Fachnormen, Vorschriften und Richtlinien, Anleitungen, Merkblätter u. dgl., in der jeweils gültigen Version 14 Tage vor Ende der Angebotsfrist der Ausschreibung, soweit nachfolgend keine anderen Bestimmungen festgelegt werden.

3.2.1. Allgemeines

3.2.1.1. Zulassungen, Einsatzfreigaben

(1) Bestehen für Produkte oder Stoffe innerstaatliche Zulassungsbeschränkungen oder Einsatzfreigaben, so wird im Sinne der Warenfreiheit des EU-Marktes festgelegt, dass für angebotene Produkte oder Stoffe, bei welchen diese Zulassung oder Einsatzfreigaben nicht gegeben ist, vom Bieter oder AN zumindest die technischen Eigenschaften gemäß zugelassener bzw. zum Einsatz freigegebener Produkte oder Stoffe nachzuweisen sind.

(2) Für die zur Verwendung gelangten Materialien sind auf Verlangen zeitgerecht vor Beginn der jeweiligen Leistung Prüfzeugnisse über die vertraglich vorgeschriebenen Materialeigenschaften vorzulegen oder auf Kosten des AN entsprechende Eignungsprüfungen von einer akkreditierten Prüfstelle durchzuführen.

.....

3.2.1.2. Richtlinien und Normen

Sämtliche Fahrzeurückhaltesysteme müssen den einschlägigen Richtlinien und Normen entsprechen.

Insbesondere wird auf folgende Normen und Richtlinien hingewiesen:

ÖNORM EN 1317-1 Rückhaltesysteme an Straßen; Terminologie und allgemeine Kriterien für Prüfverfahren

ÖNORM EN 1371-2 Rückhaltesysteme an Straßen; Leistungsklassen, Abnahmekriterien für Anprallprüfungen und Prüfverfahren für Schutzeinrichtungen

ÖNORM EN 1317-5 Rückhaltesysteme an Straßen; Kriterien für die Dauerhaftigkeit und Konformitätsbewertung

RVS 05.02.31 Leiteinrichtung, Rückhaltesysteme, Anforderung und Aufstellung

RVS 08.23.05 Straßenausrüstung; Leitschienen aus Stahl

3.2.2 Produktspezifische Anforderung

Es gelten die im Teil L.5 Leistungsverzeichnis bei den jeweiligen Leistungspositionen angeführten Anforderungen.

3.2.3. Montageanweisung

....."

Mit Schriftsatz vom 20.9.2011 brachte die A*** (in der Folge **Antragsteller**) einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit dem im Spruch ersichtlichen Begehren ein. Mit zeitgleich eingebrachtem Nachprüfungsantrag wurde die Ausschreibung in den Punkten 3.2.1.1 Abs. 1 und 3.2.1.1. Abs. 2 der Leistungsbeschreibung (L.3) bekämpft. Zudem wurde der Ersatz der Kosten des Antragstellers für die Teilnahme am Vergabeverfahren durch den Auftraggeber, insbesondere der Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrt.

Begründend wurde im Wesentlichen vorgebracht, dass die gegenständliche Ausschreibung Grundsätze des Vergaberechts verletze, zumal auch Produkte zugelassen werden würden, welche nicht in der Einsatzfreigabeliste aufgenommen worden seien und/oder den innerstaatlichen Zulassungsbeschränkungen unterliegen würden. Der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT) könne dem Auftraggeber Zielvorgaben setzen und eine begleitende Kontrolle durchführen. Mit Erlass vom 24.8.2001 seien u.a. technische Erfordernisse für Fahrzeug-Rückhaltesysteme sowie Nachweise wie Prüfberichte, Videoaufzeichnungen etc. festgelegt worden, die Voraussetzungen für eine Einsatzfreigabe seien. Der Einsatz von Rückhaltesystemen sei nur zulässig, wenn eine entsprechende positive Konformitätsprüfung (Einsatzfreigabe) vorliege. Laut Einsatzfreigabeliste gebe es zahlreiche Anbieter verschiedener Fahrzeugrückhaltesysteme, die jeweils individuelle Varianten anbieten würden, die im Sinne des Gesetzes gleichwertig seien.

Eine Forderung, wonach nur solche Produkte angeboten werden dürften, die im Zeitpunkt der Angebotsabgabe alle Kriterien inklusive der entsprechenden Verfahren für eine Einsatzfreigabe erfüllen würden, stelle keine produktspezifische Bedingung dar. Systeme, die keine Einsatzfreigabe hätten, würden nicht alle strengen Kriterien erfüllen und seien daher auch nicht als gleichwertig zu qualifizieren. Anbieter von Produkten, die mit den freigegebenen Rückhaltesystemen technisch gleichwertig seien, stünde es frei, auch die formalen Zulassungsvoraussetzungen zu erfüllen.

Aus der Ausschreibung ergebe sich nicht, auf welche Weise der Gleichwertigkeitsnachweis geführt werden könne bzw. wann die Gleichwertigkeit als nachgewiesen gelte. Die technische Gleichwertigkeit müsse zum Zeitpunkt der Angebotslegung durch einen Nachweis der Erfüllung der Kriterien, die auch für die

Konformitätsprüfung und Einsatzfreigabe vorgegeben seien, erbracht werden. Pkt. 3.2.1.1 Abs. 2 der Leistungsbeschreibung (L.3) stelle jedoch auf den Zeitpunkt vor Beginn der jeweiligen Leistung ab. Damit würden auch Produkte als ausschreibungskonform gewertet, von denen weder zum Zeitpunkt der Anbotsöffnung noch bei der Zuschlagserteilung feststehe, ob sie tatsächlich ausschreibungs- und gesetzeskonform seien. Bieter von Produkten, die auf der Einsatzfreigabeliste aufgelistet seien, würden daher benachteiligt. Die auf der Einsatzfreigabe des BMVIT angeführten Produkte würden jedenfalls denen unter Pkt. 3.2.1.2 der Leistungsbeschreibung (L.3) festgelegten Anforderungen entsprechen. Danach müssten sämtliche Fahrzeugrückhaltesysteme die einschlägigen Richtlinien und Normen, nämlich ÖNORM EN 1317-1, ÖNORM EN 1317-2, ÖNORM EN 1317-5 und RVS 05.02.31 und RVS 08.23.05, erfüllen.

Die Ausschreibung würde dem Grundsatz der Klarheit und Transparenz widersprechen, zumal einerseits die Erfüllung der technischen Vorgaben und Konformitätsverfahren verlangt werde und andererseits Produkte zugelassen werden würden, die weder das gesetzlich zwingend vorgeschriebene Konformitätsverfahren noch ein gleichwertiges Verfahren positiv absolviert hätten.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss. Er beabsichtige, fristgerecht ein Angebot zu legen und habe auch in Österreich bereits zahlreiche Straßen mit seinen Systemen ausgestattet. Bei rechtmäßiger Durchführung des Vergabeverfahrens müsste dem Antragsteller der Zuschlag erteilt werden, zumal er das Bestangebot legen werde. Im Fall der Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter, der nicht die strengen Kriterien einer Zulassungsprüfung und Aufnahme in die Einsatzliste erfülle, drohe dem Antragsteller ein Schaden, der vorläufig mit mehr als Euro 50.000,-- beziffert werde. Zudem könnten die für den Auftrag vorgesehenen Arbeitnehmer und Maschinen sowie Geräte nicht anderweitig eingesetzt werden. Hinzu kämen die Kosten für Angebotslegung und Rechtsberatung, die mit weiteren rd. Euro 5.000,-- zu beziffern seien, und der Entgang eines wesentlichen Referenzprojektes.

Der Antragsteller erachte sich auf Grund der Bestimmungen der Ausschreibung in den Punkten 3.2.1.1 Abs. 1 und 2 der Leistungsbeschreibung (L.3) in seinem Recht auf ein faires Verfahren, insbesondere auf Gleichbehandlung mit anderen Bietern

und in seinem Recht auf Nichtdiskriminierung verletzt. Die Ausschreibung verstoße gegen die in § 21 BVergG genannten Grundsätze und Grundfreiheiten.

Im Hinblick auf die Angebotsfrist bestehe die Gefahr, dass der Auftraggeber Angebote entgegen nehme und nach Ablauf der Angebotsfrist öffne. Im Fall der Zuschlagserteilung könne bei einem allfälligen Schadenersatzprozess lediglich ein Anspruch auf den unmittelbar nachweisbaren finanziellen Schaden zugesprochen werden. Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich keinerlei Anhaltspunkt für eine umgehende Fortführung des Vergabeverfahrens. Es bestünde auch kein öffentliches Interesse, das gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung spreche. Angesichts des Ausführungszeitraumes vom Jahr 2012 bis Dezember 2014 könnten Verzögerungen die Sicherheit der Verkehrsteilnehmer nicht erhöhen. Es sei von einem überwiegenden Interesse des Antragstellers an der Erlassung der einstweiligen Verfügung auszugehen.

Mit Schriftsatz vom 23.9.2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte, wonach es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handle, der in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden soll. Eine Angebotsöffnung sei noch nicht erfolgt. Es sei weder der Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen worden.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

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

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010-8EV u.a).

Der gegenständliche Auftrag ist laut Angaben des Auftraggebers als Lieferauftrag einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich, das in Form eines offenen Verfahrens mit dem Ziel des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung abgewickelt wird. Nach den Angaben des Auftraggebers

wurden bisher keine Angebote geöffnet und wurden weder ein Zuschlag erteilt, noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Der Antragsteller hat die unmittelbar drohende Schädigung seiner Interessen für den Fall, dass die Rahmenvereinbarung mit einem anderen Bieter als dem Antragsteller abgeschlossen werden sollte, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung plausibel und nachvollziehbar dargestellt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt auch die übrigen formalen Voraussetzungen des § 328 Abs. 2 BVergG.

II. Inhaltliche Beurteilung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

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.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs. 1 BVergG ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass seitens des Auftraggebers beabsichtigt ist, die Angebote zu öffnen und eine Rahmenvereinbarung abzuschließen. Dies wäre jedoch bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig. Nach derzeitigem Erkenntnisstand kann nicht ausgeschlossen werden, dass die vom Antragsteller relevierten Rechtswidrigkeiten zutreffen und er in der Folge für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Betracht kommt, wodurch ihm aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können nur durch eine befristete Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Abschluss der Rahmenvereinbarung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der einen allfälligen Abschluss der Rahmenvereinbarung ermöglicht.

Demgegenüber hat der Auftraggeber keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben. Auch dem Bundesvergabeamt sind weder eine besondere Dringlichkeit, noch gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechende besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes eines Vergabeverfahrens auch die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen und auf mögliche Zeitverzögerungen

Bedacht zu nehmen hat (vgl. VfGH 1.8.2002, B 1194/04; BVA 21.2.2007, N/0014-BVA/04/2007-EV10 ua).

Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes liegt schließlich in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter 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). Weiters ist der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30; 25.4.2006, N/0025-BVA/04/2006-EV7 u.a).

Von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs. 1 BVergG ist daher nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse des Antragstellers an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung des Auftraggebers als überwiegend zu werten.

Bei der beantragten Untersagung der Öffnung der Angebote handelt es sich im Vergleich zur Untersagung der Entgegennahme von Angeboten und der vorübergehenden Aussetzung der Zulassung von Angebote zu Leitschienen, welche nicht in der Liste der Einsatzfreigaben für Fahrzeug-Rückhaltesysteme (Stand Juli 2011) enthalten sind oder für welche Zulassungsbeschränkungen gelten, um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme iSv § 329 Abs 3 BVergG, zumal dem Auftraggeber mehr Handlungsspielraum eingeräumt wird. Die Dauer der vorläufigen Maßnahme war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu befristen.

Wien, am 27. September 2011
Die Vorsitzende des Senates 4
Dr. Margit Möslinger-Gehmayr