



GZ: N/0097-BVA/09/2011-EV10

## 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 Senats 9, Mag. Gerhard Prünster, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG betreffend das Vergabeverfahren „Zutrittskontrolle (AZ DLG-321-2010-002)“ des Auftraggebers ÖBB-Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch die ÖBB-Shared Service Center GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, beide vertreten durch X\*\*\*, über Antrag der A\*\*\*, vertreten durch Y\*\*\*, vom 3. Oktober 2011, wie folgt entschieden:

### S p r u c h

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung untersagt wird", wird **stattgegeben**.

Dem Auftraggeber ÖBB-Infrastruktur AG, Praterstern 3, 1020 Wien, vertreten durch die ÖBB-Shared Service Center Gesellschaft mbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien, wird für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens **untersagt**, im Vergabeverfahren „Zutrittskontrolle (AZ DLG-321-2010-002)“ 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 Y\*\*\* (in der Folge Antragstellerin), stellte mit Schriftsatz vom 3. Oktober 2011 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung

sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wie im Spruch wiedergegeben. Ferner stellte die Antragstellerin Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühren, auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Akteneinsicht.

Mit Schriftsatz vom **3. Oktober 2011** brachte die **Antragstellerin** im Wesentlichen vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen der zweiten Verfahrensstufe die ÖBB-Infrastruktur AG als Auftraggeber festgelegt sei und die ÖBB-Shared Service Center GmbH als ausschreibende Stelle. Da die ÖBB-Shared Service Center GmbH die Zuschlagsentscheidung im eigenen Namen abgegeben habe, würden im vorliegenden Nachprüfungsantrag vorsichtshalber die ÖBB-Infrastruktur AG und die ÖBB-Shared Service Center GmbH als Auftraggeber bezeichnet.

Der Auftraggeber führe ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrags durch. Der Auftrag sei EU- weit im Supplement zum Amtsblatt 2010/S 108-164209 am 5.6.2010 bekannt gemacht worden. Der gegenständliche Auftrag umfasse die Beschaffung von zentral gesteuerten Zutrittskontrollsystemen für die elektronische Freigabe (Öffnung von Türen, Toren, Drehkreuzen etc) des Zuganges zu Gebäuden oder Gebäudeteilen aufgrund eines dreijährigen Rahmenvertrages mit optionaler Vertragsverlängerung.

In Pkt. III.2.3 der Bekanntmachung (Aufruf zum Wettbewerb) sei gemäß §§ 207 Abs 3 und 228 Abs 1 BVergG nachstehendes Eignungskriterium der technischen Leistungsfähigkeit festgelegt:

*Referenzliste über zumindest drei vernetzte Zutrittskontrollanlagen, wobei eine Größe von zumindest 10.000 Nutzern erreicht werden muss.*

Die Antragstellerin sei in der zweiten Verfahrensstufe zur Angebotslegung eingeladen worden und habe in mehreren Verhandlungsrunden ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.

Der Auftraggeber habe der Antragstellerin am 22. September 2011 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Bietergemeinschaft B\*\*\* mitgeteilt. Diese

Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig. Bei vergaberechtskonformer Angebotsprüfung wäre dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch die Abgabe eines umfassenden Angebots, die Korrespondenz mit dem Auftraggeber, die Teilnahme an mehreren Verhandlungsrunden und schließlich die Einbringung des vorliegenden Nachprüfungsantrags nachgewiesen. Bei vergaberechtskonformer Angebotsprüfung müsse dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden.

Im Falle der Aufrechterhaltung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung und der rechtswidrigen Zuschlagserteilung an einen Konkurrenten, wären auch jene Kosten frustriert, die der Antragstellerin bis dato durch die Teilnahme am Vergabeverfahren entstanden seien. Darüber hinaus entstünde ihr ein Schaden in Form des entgangenen Gewinns. Ferner seien die Pauschalgebühren und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren Bestandteil des Schadens. Überdies würde ein wichtiges Referenzprojekte verloren gehen.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Entscheidung des Auftraggebers in ihren Rechten auf

- Angebotsprüfung nach den vergaberechtlichen Vorgaben, insbesondere Prüfung der Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers,
- Ausschluss des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom Vergabeverfahren und Ausscheiden dessen Angebotes,
- Zuschlagserteilung und Erteilung des Zuschlags zu unseren Gunsten und darauf, dass eine Zuschlagserteilung rechtens nunmehr an uns in Betracht komme und
- Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen,

verletzt.

Zum Inhalt der Mindestanforderung des Eignungskriteriums der Referenzen sei anzumerken, dass auch das ausschreibungsgegenständliche Zutrittskontrollsystem eine Vielzahl von Nutzern umfassen werde. In den Ausschreibungsunterlagen der

zweiten Verfahrensstufe sei vermerkt, dass die ÖBB Dienstaussweise als Zutrittsmedium verwendet werden sollten und deshalb die zu liefernden Systeme eine zentrale Datenbank für mindestens 45.000 Stammdatensätze umfassen würden. Bei den gegenständlich ausgeschriebenen Zutrittskontrollsystemen würden daher tatsächlich zumindest 45.000 Nutzer mit entsprechenden Zutrittsberechtigungen umfasst sein.

Das in der Bekanntmachung festgelegte Eignungskriterium sei zweifellos so zu verstehen, dass der Bieter mindestens drei vernetzte Zutrittskontrollsysteme geliefert haben müsse, bei denen jeweils mindestens 10.000 Nutzer (Zutrittsberechtigte) mit entsprechend aktiven Zutrittsmedien (z.B. Smart Cards) tatsächlich erfasst seien.

Europaweit würden nur wenige Zutrittskontrollanlagen dieser Größenordnung existieren. Nach der Markterfahrung der Antragstellerin habe der präsumtive Zuschlagsempfänger (selbst bei Zusammenrechnung der Mitglieder der Bietergemeinschaft) jedenfalls nicht drei vernetzte Zutrittskontrollanlagen mit jeweils 10.000 Nutzern geliefert. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass der präsumtive Zuschlagsempfänger gegenüber dem Auftraggeber gar keine drei Referenzen der geforderten Größe (jeweils 10.000 Nutzer) genannt habe. Diesfalls wäre die Zuschlagsentscheidung allein deshalb rechtswidrig, da der Auftraggeber die Eignung des präsumtiven Zuschlagsempfängers entgegen § 231 Abs 3 BVergG iVm § 267 Abs 2 Z 2 BVergG nicht geprüft habe.

Sollte der präsumtive Zuschlagsempfänger doch Referenzen genannt habe, sei davon auszugehen, dass die dabei gemachten Angaben entweder nicht der geforderten Mindestanforderung entsprechen würden oder unrichtig seien und vom Auftraggeber nicht weiter geprüft worden seien.

In jedem Fall sei die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, da der präsumtive Zuschlagsempfänger vom Vergabeverfahren auszuschließen und dessen Angebot gemäß § 269 Abs 1 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen wäre.

Das Bundesvergabeamt möge daher prüfen, ob der präsumtive Zuschlagsempfänger überhaupt 3 Referenzen in der geforderten Größe (vernetzte Zutrittskontrollsysteme

mit jeweils 10.000 Nutzern) nachgewiesen habe und die gegebenenfalls gemachten Referenzangaben richtig seien. Dabei möge insbesondere darauf Bedacht genommen werden, ob bei gegebenenfalls vom präsumtiven Zuschlagsempfänger genannten Zutrittskontrollsystemen jeweils 10.000 Nutzer tatsächlich erfasst seien (nicht bloß erfassbar seien) und ob die genannten Zutrittskontrollsysteme vernetzt seien (also jeweils mehrere Standorte umfassen würden, die über ein Netzwerk zentral verbunden seien, sodass insbesondere eine zentrale Verwaltung der Zutrittsberechtigten möglich sei) und ob diese Zutrittskontrollsysteme tatsächlich vom präsumtiven Zuschlagsempfänger (und nicht von einem anderen Unternehmer) geliefert worden seien.

Die Antragstellerin erhob das gesamte oben angeführte Vorbringen auch zum Vorbringen hinsichtlich des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Im gegenständlichen Fall würden die Interessen der Antragstellerin auf effektive Beseitigung der vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstößen bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber überwiegen. Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Festzuhalten sei hingegen, dass ein besonderes öffentliches Interesse vielmehr dafür spricht, die einstweilige Verfügung zu erlassen. Ein solches öffentliches Interesse liege im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel, aber auch in der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter, vor.

Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handle es sich um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Mit Schriftsatz vom **5. Oktober 2011** erstattete der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Demnach sei in der öffentlichen Bekanntmachung vom 5.6.2011 als Auftraggeber die ÖBB-Dienstleistungs GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße, 1100 Wien, genannt. In den Ausschreibungsunterlagen sei als Auftraggeber die ÖBB-Infrastruktur AG, vertreten durch die ÖBB-IKT GmbH,

genannt. Vergebende Stelle sei die ÖBB-Shared Service Center GmbH, Clemens-Holzmeister-Straße 6, 1100 Wien.

Es handle sich um einen Lieferauftrag iSd § 174 iVm § 5 BVergG im Oberschwellenbereich. In der öffentlichen Bekanntmachung sei kein geschätzter Auftragswert angegeben. In den Ausschreibungsunterlagen sei ein geschätzter Auftragswert pro Jahr in Höhe von € XXXX vermerkt. Über die fixe Vertragslaufzeit von 3 Jahren ergebe sich ein Betrag in Höhe von € XXXX zzgl USt. Es bestehe eine optionale Vertragsverlängerung von 2 Mal 1 Jahr.

Der Auftrag solle in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb iSd § 192 Abs 5 BVergG nach dem Billigstbieterprinzip (§ 236 Abs 3 BVergG) vergeben werden.

Das Verfahren sei österreichweit am 3.6.2010, L-474420-062, im Lieferungsanzeiger und EU-weit am 5.6.2010, 2010/S 108-164209, bekannt gemacht worden.

Die Öffnung der Angebote habe am 29.12.2010, am 5.4.2011, am 9.5.2011 und am 27.5.2011 stattgefunden.

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei am 22.9.2011 per Mitteilung via Einkaufsplattform M2C und zusätzlich via E-Mail an alle im Verfahren verbliebenen Bieter erfolgt.

Das Verfahren befinde sich derzeit im Stadium der Stillhaltefrist nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung.

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

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhob der Auftraggeber keine Einwendungen.

Über Aufforderung des Bundesvergabebeamten vom 6.10.2011 wurde seitens X\*\*\* am **6.10.2011** klargestellt, dass Auftraggeber des gegenständlichen Verghabeverfahrens die ÖBB-Infrastruktur AG sei. Vergebende Stelle sei die ÖBB-Shared Service Center GmbH. Die Kanzlei X\*\*\* vertrete sowohl die ÖBB-Infrastruktur AG als auch die ÖBB-Shared Service Center GmbH.

## **Rechtliche Würdigung:**

### **I. Zuständigkeit des Bundesvergabebeamten und Zulässigkeit des Antrages:**

Im Provisorialverfahren wird - unvorgreiflich allfälliger gegenteiliger Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens - vorläufig davon ausgegangen, dass Auftraggeber des gegenständlichen Beschaffungsvorganges die ÖBB-Infrastruktur AG ist (vgl auch die diesbezüglichen Angaben des Auftraggeberversetzters in der ergänzenden Stellungnahme vom 6.10.2011). Diese ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG und Sektorenauftraggeber (vgl BVA 11.11.2009, N/0105-BVA/04/2009-39, BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28, BVA 17.5.2011, N/0036-BVA/10/2011-EV23 u.a).

Die Prüfung der Frage, ob es sich bei der gegenständlichen Beschaffung um eine Sektorentätigkeit handelt, ist Gegenstand des Hauptverfahrens. Es handelt sich um einen Lieferauftrag, der in einem Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb 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 dd 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 22.9.2011 bekannt gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am

3.10.2011 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 ein Widerruf bekannt gegeben worden, noch wurde der Zuschlag erteilt. Das Angebot der Antragstellerin wurde auch nicht ausgeschrieben. 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 Nichtigklärung 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 Bundesvergabebeamten 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 Bietergemeinschaft 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 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 die Antragstellerin ermöglicht.

Die Antragstellerin brachte vor, dass ihr bei Nichterhalt des Auftrages ein beträchtlicher finanzieller Schaden aus den frustrierten Kosten der Angebotserstellung, aus entgangenem Gewinn, aus der Zahlung von Pauschalgebühren und den Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung sowie der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes, 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. Beim Verlust eines Referenzprojektes handelt es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil (siehe etwa BVA 18.7.2011, N/0067-BVA/09/2011-EV6 uva).

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. Eine solche wurde auch vom Auftraggeber nicht vorgebracht.

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 7. Oktober 2011  
Der Vorsitzende des Senats 9:  
Mag. Gerhard Prünster