



GZ: N/0105-BVA/02/2011-EV7

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 die Vorsitzende des Senates 2, Mag. Viktoria Mugli-Maschek, im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "S 34 Traisental Schnellstraße, St. Pölten / Hafing (B 1) - Knoten St. Pölten / West (A 1) - Wilhelmsburg Nord (B 20) / Kunstbautenplanungen, Paket 2 `Objekte im Knoten St. Pölten`", des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle, ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modercenterstraße 16/3, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 12. Oktober 2011 (beim BVA eingelangt am 17. Oktober 2011), wie folgt entschieden:

S p r u c h

Dem Antrag, "das Bundesvergabeamt möge der Antragsgegnerin mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, längstens aber für die Dauer von 3 Monaten ab Antragstellung, die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren Kunstbautenplanungen, Paket 2 `Objekte im Knoten St. Pölten` 'S 34 Traisental Schnellstraße, St. Pölten / Hafing (B1) - Knoten St. Pölten / West (A1) - Wilhelmsburg Nord (B 20)', untersagen", wird insoweit stattgegeben, als der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "S 34 Traisental Schnellstraße, St. Pölten/Hafing (B 1) - Knoten St. Pölten / West (A 1) - Wilhelmsburg Nord (B 20) / Kunstbautenplanungen, Paket 2 `Objekte im Knoten St. Pölten`" für die **Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt** wird, den **Zuschlag zu erteilen**.

B e g r ü n d u n g

Die Ausschreibungsbekanntmachung zum gegenständlichen Vergabeverfahren erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der europäischen Gemeinschaften am 12.4.2011, 2011/S 71-115976. Es handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag der im Rahmen eines offenen Verfahrens dem wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Die **Antragstellerin** beteiligte sich am verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Angebot mit einem Basisangebot von Euro 33.855,00, Option 01 Euro 52.555,00 und Option 02 Euro 84.440,00. Mit Schreiben vom 15.10.2011 teilte der Auftraggeber der Antragstellerin mit, dass er beabsichtige dem Bieter B*** GmbH (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen. Gemäß dieser Mitteilung betrage die ermittelte Vergabesumme inkl. Optionen Euro 173.002,10. Als Ende der Stillhaltefrist war der 16.10.2011 genannt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Antrag in dem die Antragstellerin ausführt, dass nach Prüfung der Angebote der Antragstellerin als Zweitgereihter der Zuschlag zu erteilen wäre. Nach Pkt. 1.2.6 der bestandfesten Ausschreibung sei die vertiefte Angebotsprüfung sowie die Prüfung der Angemessenheit des Preises nach Kriterien festgelegt. Ein Angebot, das einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweise sei auszuscheiden. Die Ausschreibung lege fest, dass Angebote deren Gesamtpreise mehr als 20% unter dem Median lägen, keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern sofort ausgeschieden würden. Zur Ermittlung des Medians würden die geschätzte Summe des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidungsgrundes, herangezogen. Der Median sei als jener Wert festgelegt, der in der Mitte der nach Höhe sortierten Werte liege. Im Fall einer geraden Anzahl von Werten sei der Median das arithmetische Mittel der beiden mittleren Werte.

Die Prüfung, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliege, werde im Fall von Optionen in Abhängigkeit des vom Auftraggeber geschätzten Anteils der optionalen Leistungen an der Gesamtleistung getrennt nach Grundleistung, Optionen und/oder Gesamtpreisen der Angebote, sofern gemäß Angebotsdeckblatt eine gesonderte

Angabe (z.B. zweisepaltige Aufgliederung in Grundleistung und Option) der optionalen Leistungen vorgesehen sei, wie folgt durchgeführt:

ist der Anteil der Option(en) gem. AG-Schätzung	erfolgt eine Unterpreisprüfung der Grundleistung	erfolgt eine Unterpreisprüfung der Option	erfolgt eine Unterpreisprüfung des Gesamtpreises
unter 30%	Ja	Nein	Ja
30% bis 70%	Ja	Ja	Ja
über 70%	Nein	Ja	Ja

Liege auf Basis dieser Prüfung ein Unterpreis in Grundleistung, Option und/oder Gesamtpreis vor, so werde das Angebot ausgeschieden. In Anwendung der zitierten Bestimmungen wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen Unterpreisigkeit auszuscheiden.

Nach Pkt. 1.2.6 der Ausschreibung wären alle Optionen gesondert nach den dort festgelegten Kriterien zu prüfen. Es sei aufgrund dieser Bestimmungen nicht zulässig, die Leistungen der Optionen 01 und 02 zu summieren und diese Summe als Parameter für die Überprüfung der Unterpreisigkeit heran zu ziehen. Die Prüfung der Einzeloptionen, insbesondere der Option 01 beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte ergeben, dass dieses unterpreisig und daher auszuscheiden sei. Nach Auffassung des Auftraggebers könne die Summe der optionalen Leistungen im Rahmen der Angebotsprüfung addiert werden. Diese Meinung sei jedoch aufgrund des Ausschreibungstextes, wonach alle Optionen zu prüfen seien, unrichtig.

Bei der Angebotsöffnung sei auch nicht die Kostenschätzung des Auftraggebers der jeweiligen Leistungen bekannt gegeben worden, insbesondere nicht die Leistungen detailliert in Grundleistung, Option 01 und Option 02, sodass den Bietern die Möglichkeit genommen worden sei, die Vergabe zu bestandfesten Kriterien der Ausschreibung nachzuvollziehen. Es bestehe für den Auftraggeber auch die Möglichkeit, die Aufträge nach dem gelegten Teilleistungsanbot, Option 01 als generelles Projekt und Option 02 als Detailprojekt einzeln zu vergeben. Für die Berechnung des Medianwertes würden die Optionspreise nur für die Anzahl der zu berücksichtigenden Bieterpreise, plus geschätzter Auftraggeberpreise heran gezogen, wobei diese Preise immer unter dem Medianwert zu liegen kämen. Nach

dem die Optionen 01 und 02 zusammen einen Anteil von 70% des Gesamtpreises aufwiesen, erfolge keine Unterpreisprüfung. Für den Auftraggeber bestünde auch die Möglichkeit keine, nur eine oder beide Optionen an den Bestbieter zu vergeben, wobei die Vergabe auch zeitlich unterschiedlich erfolgen könne. Daraus ergebe sich die Notwendigkeit der Prüfung aller Optionen auf Unterpreisigkeit.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss da sie sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und ein zuschlagsfähiges Anbot gelegt habe. Würde der Antragstellerin der Auftrag nicht erteilt, sei damit für sie ein Schaden in der Höhe des mit dem Auftrag zu erzielenden Gewinnes sowie der Entgang eines Referenzprojektes verbunden.

Durch die Rechtswidrigkeit der beabsichtigten Zuschlagsentscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht, selbst den Zuschlag zu erhalten, in ihrem Recht auf Ausscheiden der vor ihr gereihten Angebote wegen Unterpreisigkeit, im Recht auf Gleichbehandlung und Fairness im Vergabeverfahren sowie in ihrem Recht auf eine vollständige, gesetzes- und ausschreibungskonforme Prüfung der Angebote verletzt.

Für die Antragstellerin ergebe sich eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen, da eine bloße Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung im Nachhinein und eine allenfalls zustehende Schadenersatzforderung die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Der beantragten einstweiligen Verfügung auf Untersagung der Zuschlagsentscheidung stünden keine schwerwiegenden, zwingenden Interessen des Auftraggebers oder sonstiger Bieter entgegen. Es gebe auch kein besonderes öffentliches Interesse an der unmittelbaren Fortführung des Vergabeverfahrens. Besondere Gründe, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen, lägen nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 19.10.2011 erteilte der **Auftraggeber** allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und erklärte, gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung kein Vorbringen zu erstaten.

Das Bundesvergabeamt hat im Rahmen des Provisorialverfahrens erwogen:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Der gegenständliche Auftrag ist als Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG einzustufen. Es handelt sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich (geschätzter Auftragswert inklusive Optionen netto Euro 170.870,83), das in Form eines offenen Verfahrens durchgeführt wird. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Nach Angaben des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt, noch eine Widerrufsentscheidung getroffen oder das Vergabeverfahren widerrufen.

Die Antragstellerin hat die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen für den Fall, dass der Zuschlag dem durch den Auftraggeber ermittelten Bestbieter erteilt werden sollte, in ihrem 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.

Da der Auftraggeber die Fortsetzung des Vergabeverfahrens plant, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre und nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Antragstellerin als Bestbieterin aus dem Vergabeverfahren hervorginge, droht der Antragstellerin durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden, der nur durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung abgewendet werden kann. Der denkmögliche Anspruch der Antragstellerin als Bestbieterin kann nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige Zuschlagsentscheidung und -erteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

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.

Der Auftraggeber hat keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erhoben und sind auch der erkennenden Senatsvorsitzenden weder eine besondere Dringlichkeit noch gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechende besondere öffentliche Interessen erkennbar, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegen stünden.

Darüber hinaus 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 der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Wien, am 24. Oktober 2011
Die Vorsitzende des Senates 2:
Mag. Viktoria Mugli-Maschek