

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/6/7 LVwG-VG-3/002-2018

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 07.06.2018

## Entscheidungsdatum

07.06.2018

## Norm

BVergG 2006 §2 Z20 litd

BvergG 2006 §19

BVergG 2006 §97 Abs2

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Die A GesmbH, vertreten durch C Rechtsanwälte GmbH,

\*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, (im Folgenden kurz: AST für Antragstellerin), hat betreffend das Vergabeverfahren „STBA\*\*\*; Straßenbaulosbezeichnung, \*\*\*; Straßenbauarbeiten auf der \*\*\* von Km \*\*\* bis Km \*\*\*; Fläche rd. 4.600 m<sup>2</sup>“ des Landes Niederösterreich, \*\*\*, \*\*\* (im Folgenden kurz: AG für Auftraggeberin), vergebende Stelle: NÖ Straßenbauabteilung \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, mit einem am 17. April 2017 (während der Amtsstunden) beim Landesverwaltungsgericht Niederösterreich eingelangten Schriftsatz u.a. den Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich möge zur Prüfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten ein Nachprüfungsverfahren einleiten, eine mündliche Verhandlung durchführen, die angefochtene Ausschreibung der Auftraggeberin vom 19.03.2018 für nichtig erklären, Akteneinsicht gewähren und der AG den Ersatz der von der AST entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang auftragen.

Das Landesverwaltungsgericht Niederösterreich erkennt nach der am 23. Mai 2018 durchgeführten Nachprüfungsverhandlung über diese Anträge durch die Einzelrichterin HR Dr. Grassinger wie folgt:

- Der Antrag der A GesmbH, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch C Rechtsanwälte GmbH, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, im Vergabeverfahren „STBA\*\*\*; Straßenbaulosbezeichnung, \*\*\*; Straßenbauarbeiten auf der \*\*\* von Km \*\*\* bis Km \*\*\*; Fläche rd. 4.600 m<sup>2</sup>“, Auftraggeber Land Niederösterreich, vergebende Stelle: NÖ Straßenbauabteilung \*\*\*, die Ausschreibung vom 19. März 2018 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- Der Antrag der A GesmbH, \*\*\*, \*\*\*, vertreten durch C Rechtsanwälte GmbH, \*\*\*, \*\*\*, \*\*\*, das Land Niederösterreich zum Ersatz der von der A GesmbH entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag (€ 2.500,--) und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (€ 1.250,--) insgesamt somit € 3.750,--, zu verpflichten, wird abgewiesen.
- Die ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis an den Verwaltungsgerichtshof ist nicht zulässig.

Rechtsgrundlagen:

§§ 4 Abs. 1, Abs. 2 Z 2 und Abs. 7; 5 Abs. 1; 7 Abs. 1 und 2; 9; 11 Abs. 1 und 2;

12 Abs. 2; 15 Abs. 1 und 17 Abs. 2 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgegesetz,

LGBI. 7200/3 (NÖ Verg-NG)

§ 19 Abs. 1, 3, 8, 9 und 10 NÖ Verg-NG iVm§ 1 Abs. 1 NÖ Vergabe-

Pauschalgebührenverordnung, LGBI. 7200/2-0

§ 25 a Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz (VwGVG) iVm

Art. 133 Abs. 4 Bundes- Verfassungsgesetz (B-VG)

Entscheidungsgründe:

Mit einem am 17.04.2018 eingebrachten Schriftsatz hat die AST neben dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Niederösterreich vom 20.04.2018, LVwG-VG-3/001-2018) die Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung vom 19.03.2018 sowie auf Ersatz der von der AST entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und für den Nachprüfungsantrag sowie auf Abhaltung einer Nachprüfungsverhandlung gestellt.

Zum gleichzeitig von der AST gestellten Antrag auf Akteneinsicht wird festgestellt, dass der Bezug habende Vergabeakt vom Gericht für die Nachprüfungsverhandlung beigeschafft wurde und (soweit nicht nach der Kennzeichnung der AG von der Akteneinsicht ausgenommen) somit zur Einsicht vorlag.

Die AST hat in dem die angefochtene Ausschreibung vom 19.03.2018 betreffenden Nachprüfungsantrag zum Antrag auf Nichtigerklärung im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

„I. Nachprüfungsantrag

II. Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

(1) In umseits näher bezeichneter Vergaberechtssache hat die Antragstellerin die C Rechtsanwälte GmbH mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt, und diese beruft sich auf die ihrerteilte Vollmacht.

(2) Die Antragstellerin stellt hiermit binnen offener Frist den vorliegenden

I.

Nachprüfungsantrag:

1. Sachverhalt

(3) Die Auftraggeberin, das Land NÖ, vertreten durch die vergebende Stelle, NÖ Straßenbauabteilung \*\*\*, führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich betreffend den Auftrag „STBA\*\*\*; Straßenausbausbezeichnung ,\*\*\*; Straßenbauarbeiten auf der \*\*\* von Km \*\*\* bis Km \*\*\*; Fläche rd. 4.600 m<sup>2</sup>“durch.

(4) Gemäß Pkt. 1.3 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen soll der Zuschlag auf das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (Bestbieterprinzip) unter Beachtung der in den baulospezifischen Angebotsbedingungen angegebenen Zuschlagskriterien erfolgen.

(5) Gemäß Pkt. 1.7.3. der Ausschreibung hat der Bieter über Aufforderung des Auftraggebers einen „Nachweis über die Verfügbarkeit des Asphaltmischguts vorzulegen“. Dieser Nachweis hat, sofern der Bieter nicht selbst Eigentümer der Asphaltmischanlage ist, von einem Anlagen-Standortbetreiber zu stammen, der in einem Umkreis von 80 km um die Einbaustelle situiert ist.

Pkt. 4.2. der Ausschreibung („Baulospezifische Vertragsbestimmungen Strasse“) enthält unter der Überschrift „Transportweitenregelung für Asphaltmischgut“ nämlich folgende Festlegung:

„Die maximale Transportweite zwischen Asphaltmischanlage und Einbaustelle wird gemäß RVS 08.76.07, Pkt. 4.6 „Transport“ 2. Absatz mit 80 km festgelegt. Startpunkt für die Entfernungsbestimmung ist der Übergabepunkt des Asphalt-Heißmischguts an der Asphaltmischanlage. Der Endpunkt für die Entfernungsbestimmung ist jene Einbaustelle

am Baulos, die am weitesten entfernt von der Asphaltmischchanlage ist."

(6) Aus Pkt. 2.6.1.3 der Ausschreibungsunterlage ergibt sich zudem, dass der Verfügbarkeitsnachweis bereits zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorliegen muss, dh ein Datum vor Ablauf der Angebotsfrist aufweisen muss.

(7) Während namhafte Auftraggeber wie insbesondere Asfinag, die als Auftraggeberin in Bezug auf das höchstrangige – und damit auch qualitativ sensibelste – Straßennetz in Österreich fungiert und daher die höchsten Qualitätsanforderungen an ausgeschriebene Leistungen stellen muss, derartige Festlegungen nicht (mehr) in ihre Ausschreibungen aufnehmen, stellt die maximale Transportweite gegenständlich ein Mindestkriterium in Bezug auf die angebotene Leistung dar. Kann die Verfügbarkeit des Asphaltmischguts innerhalb des Radius von 80 km um die Einbaustelle nicht nachgewiesen werden, wird das Angebot des betreffenden Bieters – wie die Antragstellerin in anderen Vergabeverfahren der Auftraggeberin auch schon erleben musste – ausgeschieden.

(8) Die Distanz zwischen Einbaustelle und Mischchanlage wird dann auch noch als Zuschlagskriterium – also gleichsam doppelt – verwendet. In Bezug auf dieses Kriterium werden maximal 2 Punkte vergeben, wobei ab einer Entfernung von über 60 km 0 Punkte vergeben werden.

(9) Die Antragstellerin beabsichtigt, sich am gegenständlichen Vergabeverfahren zu beteiligen und ein Angebot abzugeben. Da sie im Umkreis von 80 km um die Einbaustelle nicht über eine eigene Asphaltmischchanlage verfügt, ist ihr, sollte dieses Mindest- und Zuschlagskriterium Bestandteil der Ausschreibung bleiben, eine Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren geradezu unmöglich. Aussicht auf Erfolg hat die Antragstellerin nämlich nur dann, wenn sie Mischgut von Dritten,

die über eine Asphaltmischchanlage im relevanten Gebiet verfügen, bezieht. Hierbei ist die Antragstellerin somit auf „Gedeih und Verderb“ auf die (Bau-)Unternehmen angewiesen, welche die betreffenden Asphaltmischchanlagen betreiben. Nun liegt aber die Vermutung nahe, dass diese die Antragstellerin gerade auch in der jüngsten Vergangenheit boykottiert bzw von einem Zuschlag ferngehalten haben und ist davon auszugehen, dass sie dies wieder tun werden. Siehe dazu und generell näher unten.

Beweis: + beizuschaffender Vergabeakt;

- + Ausscheidentscheidung im Vergabeverfahren „\*\*\*-\*\*\*“, Beilage ./1;
- + Konvolut Mischbezugsanfragen-/absagen betreffend Bauvorhaben „\*\*\*-\*\*\*“, Beilage ./2;
- + Ausscheidentscheidung im Vergabeverfahren „\*\*\*-\*\*\*“, Beilage ./3;
- + PV;
- + weitere Beweise im Bestreitungsfall ausdrücklich vorbehalten

(10) Dies betrifft aber nicht nur die Antragstellerin, sondern sämtliche potentielle Bieter, die im 80 km-Umkreis über keine eigene Asphaltmischchanlage verfügen oder nicht mit einem entsprechenden Betreiber gesellschaftsrechtlich verbunden sind. Aus diesem Grund ist die Ausschreibung für solche Bieter, wie zB auch die Antragstellerin, gröblich benachteiligend, diskriminierend und daher rechtswidrig (siehe dazu Pkt 5.).

## 2. Rechtzeitigkeit und Zulässigkeit des vorliegenden Antrags

(11) Das Land NÖ fällt als öffentlicher Auftraggeber iSd Art 14b Abs 2 BVergG gemäß 1 Abs 1 NÖ Vergabegesetz, LGBI 7200-3 („NÖ VergNG“) in den persönlichen Geltungsbereich des NÖ VergNG.

(12) In sachlicher Hinsicht handelt es sich im vorliegenden Fall um einen Bauauftrag iSd § 4 BVergG 2006, der im Unterschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach vorheriger Bekanntmachung vergeben werden soll. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und somit im Anwendungsbereich des BVergG 2006.

(13) Bei der gegenständlichen Ausschreibung vom 19.3.2018 handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006 und § 3 Abs 1 NÖ VergNG.

(14) Die Antragstellerin hat mit Eingabe vom 28.3.2018 einen Antrag gemäß 3 NÖ VergNG auf Schlichtung bei der NÖ Schlichtungsstelle für öffentliche Aufträge gestellt (bei der Schlichtungsstelle eingelangt am 29.3.2018). In der Schlichtungsverhandlung am 13.4.2018 ist eine gütliche Einigung nicht zustande gekommen.

(15) Die Ausschreibung wurde am \*\*\* öffentlich bekanntgemacht. Die Angebotsfrist endete (ursprünglich) am \*\*\* und beträgt somit mehr als

17 Tage (nach Einleitung des Schlichtungsverfahrens hat die Auftraggeberin die Angebotsfrist bis zum \*\*\* verlängert). Der gegenständliche Antrag wird daher innerhalb der Frist gemäß § 11 Abs 4 erster Satz iVm § 11 Abs 7 NÖ VergNG gestellt und ist somit rechtzeitig.

Beweis: + wie bisher

(16) Gemäß § 1 Abs 1 Z 7 der NÖ Vergabe-Pauschalgebührenverordnung beträgt die Pauschalgebühr für Nachprüfungsanträge betreffend Bauaufträge im Unterschwellenbereich EUR 2.500,--. Für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beträgt die Gebühr nach § 19 Abs 3 NÖ VergNG die Hälfte der Pauschalgebühr für Nachprüfungsanträge betreffend Bauaufträge im Unterschwellenbereich. Die Pauschalgebühren betragen für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung daher insgesamt EUR 3.750,--. Dieser Betrag wurde mit heutigem Datum einbezahlt.

Beweis: +Einzahlungsbeleg, Beilage ./4

### 3. Interesse am Vertragsabschluss / drohender oder bereits eingetretener Schaden

(17) Die Antragstellerin hat ein evidentes Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren, an der Abgabe eines Angebots, an der Zuschlagserteilung und der Erfüllung des gegenständlichen Auftrags. Die Antragstellerin erbringt laufend vergleichbare Arbeiten. Sie ist aufgrund ihrer Erfahrung auch geeignet, gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen im vorliegenden Vergabeverfahren für den Zuschlag in Betracht gezogen werden. Dass die Antragstellerin ein entsprechendes Interesse am Vertragsabschluss hat, ist auch dadurch dokumentiert, dass sie unter nicht unerheblichen Kosten ihren Rechtsvertreter damit beauftragt hat, den vorliegenden Antrag einzubringen, um ihre Chance auf den Zuschlag zu wahren.

(18) Durch die rechtswidrige Ausschreibung sind der Antragstellerin bereits Schäden entstanden. So sind zum einen bereits erhebliche Kosten für die Beteiligung am Vergabeverfahren, insb für die Vorbereitung der Ausarbeitung des Angebots, sowie Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten angefallen, die sich bereits auf mehrere tausend Euro belaufen.

(19) Zudem drohen weitere Schäden. Insbesondere entgeht der Antragstellerin die Möglichkeit auf Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer kalkulierten Geschäftsgemeinkosten und eines Gewinns, weil die Antragstellerin auf der Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibung nicht in der Lage wäre, ein (kompetitives) Angebot zu legen. Außerdem entgeht ihr durch die rechtswidrige

Ausschreibung die Chance auf die Erlangung eines Referenzprojekts für zukünftige Vergabeverfahren.

(20) Der drohende bzw bereits eingetretene Schaden für die Antragstellerin ist nur durch den Widerruf der Ausschreibung und eine gesetzeskonforme Neuauusschreibung zu verhindern.

Beweis: + wie bisher

### 4. Beschwerdepunkte

(21) Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Ausschreibung vom 19.3.2018 in ihrem subjektiv-öffentlichen Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens verletzt, insbesondere aber in ihrem Recht auf

- eine sachliche und nicht-diskriminierende Ausschreibung und
- auf Widerruf der Ausschreibung und Beteiligung an einem neuen, gesetzeskonformen Vergabeverfahren.

(22) Außerdem erachtet sich die Antragstellerin in all jenen Rechten verletzt, die an dieser Stelle nicht ausdrücklich erwähnt sind, welche sich jedoch aus der Gesamtheit des Antrages ergeben (VwGH 19.9.1984, VwSlg NF 11.525/A; VwGH 8.8.2003, 2001/04/0130).

##### 5. Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Ausschreibung

(23) Die Ausschreibung ist vor allem deshalb rechtswidrig, weil sie mit der Transportweitenregelung eine sachlich nicht gerechtfertigte und daher rechtswidrige Bevorteilung jener Bieter enthält, die im Umkreis von 80 km um die Einbaustelle über eine eigene Asphaltmischchanlage verfügen. Letzteren sind alle anderen Unternehmen nämlich für die erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren auf „Gedeih und Verderb“ ausgeliefert, da diese Unternehmen mit eigener Asphaltmischchanlage in der Regel selbst im Vergabeverfahren als Bieter auftreten und daher -zumindest solange sie selbst eine Chance auf den Zuschlag haben -kein Interesse haben, nicht ortsansässigen Unternehmen zum Zuschlag zu verhelfen. Insoweit kommt es durch die rechtswidrige Ausschreibung aber auch zu einer unzulässigen gebietsmäßigen Beschränkung des Bieterkreises (siehe dazu unter 5.1). Sie führt nämlich zur Abschottung des relevanten Gebiets (80 km um die relevante Einbaustelle) gegenüber Unternehmen, die in diesem Gebiet nicht selbst über eine Asphaltmischchanlage verfügen.

(24) Ein freier, fairer und lauterer Wettbewerb sowie eine Gleichbehandlung aller für den Zuschlag in Frage kommender Bieter ist daher auf der Grundlage der gegenständlichen Ausschreibung nicht gewährleistet (siehe dazu unter 5.2). Für die Transportweitenregelung gibt es aber im Übrigen auch unter technischen Gesichtspunkten keinerlei sachliche Begründung (siehe dazu unter 5.3).

(25) Dazu im Einzelnen:

###### 5.1 Wettbewerbsvorteil für bestimmte Bieter und rechtswidrige gebietsmäßige Beschränkung

(26) Die Ausschreibung ist vor allem deshalb rechtswidrig, weil durch das Erfordernis eines Verfügbarkeitsnachweises in Verbindung mit der Festlegung einer maximalen Transportweite für das Asphaltmischgut nicht nur bestimmte - lokale - Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen sondern alle Bieter, die nicht lokal über eine Mischchanlage verfügen, auf die Zusammenarbeit mit lokalen Unternehmen und (potentiellen) Wettbewerben angewiesen sind, und so jedenfalls indirekt

eine gebietsmäßige Beschränkung erfolgt.

(27) Nach § 96 Abs 1 BVergG sind die Leistungen in der Ausschreibung (ua) „neutral zu beschreiben“. Dies bedeutet, dass es durch die Art der Leistungsbeschreibung zu keiner Bieterdiskriminierung kommen darf (vgl Lehner in Schwartz, BVergG 2006 § 96, Rz 5). § 96 ABs 3 BVergG präzisiert dieses Neutralitätsgebot dahingehend, dass die „Leistung und die Aufgabenstellung [...] nicht so umschrieben werden [darf], dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen“.

(28) Außerdem ordnet § 19 Abs 3 BVergG an, dass „[b]ei der Durchführung von Vergabeverfahren [...] eine gebietsmäßige Beschränkung [...] unzulässig“ ist (Verbot der Territorial- bzw Lokalpräferenz). Von diesem Verbot werden auch indirekte Beschränkungen umfasst, also das Anknüpfen an Kriterien, die im Ergebnis eine gebietsmäßige Beschränkung zur Folge haben. Dies ist zB bei einer Vorgabe der Fall, wonach Materialien, Arbeitskräfte odgl aus bestimmten Gebieten bei der Auftragsabwicklung einzusetzen sind —nichts anderes ist hier aber der Fall (siehe idZ insbesondere die Leit-Entscheidung des EuGH, Rs C-243/89 Storebaelt, Rz 4 ff; vgl auch zB Eilmannsberger/Fruhmann in Schramm/Richer/Fruhmann, Bundesvergabegesetz 2006, § 19 Rz 71 f).

(29) Die vorliegende Ausschreibung verstößt gegen dieses Neutralitätsgebot und Diskriminierungsverbot sowie die genannten Territorialitäts- bzw Lokalregelungen: Durch die Festlegung des Erfordernisses eines Verfügbarkeitsnachweises und der maximalen Transportweite wird der Kreis der in Betracht kommenden Bieter auf jene Unternehmen beschränkt, die im Umkreis von 80 km um die Einbaustelle über eine Mischchanlage verfügen. Nicht ortsansässige Unternehmen (also solche, die im relevanten Gebiet über keine eigene Mischchanlage verfügen) sind auf die Lieferung von Mischgut durch ortsansässige Unternehmen angewiesen, wenn sie mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren teilnehmen wollen. Ob eine solche Lieferung erfolgt, obliegt jedoch allein der - rein willkürlichen - Entscheidung der Unternehmen, welche die für die Lieferung in Betracht kommenden Mischchanlagen (direkt oder indirekt) betreiben.

(30) Dabei ist zu beachten, dass es sich bei diesen Unternehmen in der Praxis nicht um unabhängige Lieferanten wie

bei anderen (klassischen) Lieferbeziehungen handelt, sondern um Unternehmen, die im Vergabeverfahren selbst potentiell oder sogar tatsächlich als Bieter auftreten und daher – solange sie selbst eine realistische Chance auf den Zuschlag haben, aber nach der Erfahrung der Antragstellerin oft auch generell – kein Interesse haben, nicht ortsansässigen Unternehmen durch

Ausstellung einer Mischgutbezugsbestätigung zum Zuschlag zu verhelfen. Die Situation wird dadurch weiter verschärft, dass Mischanlagen oft gemeinsam von mehreren Bauunternehmen betrieben werden (es bestehen also zahlreiche Verflechtungen zwischen den in Frage kommenden Mischgutlieferanten).

(31) Nicht ortsansässige Unternehmen können sich daher in der Praxis Mischgutbezugsbestätigungen nicht ohne weiteres von (dafür in Frage kommenden) Dritten verschaffen.

(32) Vor diesem Hintergrund ist evident, dass das Erfordernis eines Verfügbarkeitsnachweises (der bereits zum Zeitpunkt der Angebotsprüfung vorliegen muss) in Verbindung mit der Festlegung einer höchstzulässigen Transportweite jenen Unternehmen, die im Umkreis von 80 km um die Einbaustelle selbst über eine Asphaltmischanlage verfügen, von vornherein einen Wettbewerbsvorteil verschafft. Der Vorteil besteht zum einen darin, dass diese Unternehmen (im Unterschied zu nicht ortsansässigen Unternehmen) ohne weiteres, dh ohne auf Lieferungen von Dritten angewiesen zu sein, mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren teilnehmen können.

(33) Zum anderen können diese Unternehmen de facto nicht ortsansässige Bieter von einem Zuschlag fernhalten, indem sie diesen keine Mischgutbezugsbestätigung ausstellen. Sie sind also in der Lage, ihre eigene Wettbewerbsposition gegenüber Unternehmen, die im relevanten Gebiet nicht über eine Mischanlage verfügen, aber ebenfalls in der Lage sind, den Auftrag auszuführen, abzusichern.

(34) Abgesehen von dem ortsansässigen Unternehmen verschafften Wettbewerbsvorteil hat die Transportweitenregelung in der Ausschreibung – zumindest indirekt – eine gebietsmäßige Beschränkung in Bezug auf die für den Zuschlag in Frage kommenden Bieter zur Folge: Zur Ausführung des gegenständlichen Auftrags muss Mischgut aus einer Mischanlage im Umkreis von 80km um die Einbaustelle verwendet werden. Will ein Unternehmen ohne lokale Präsenz mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren teilnehmen, muss es zwingend den Nachweis erbringen, dass es im relevanten Gebiet von Dritten die nötigen Mischgutmengen beziehen kann. Gelingt dies nicht, ist das betreffende Unternehmen von einer erfolgreichen Teilnahme am Vergabeverfahren (und von der Auftragsausführung im relevanten Gebiet) ausgeschlossen. Somit können nur Bieter, die im relevanten Gebiet über eine Mischanlage verfügen, – ohne auf Dritte angewiesen zu sein – mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren teilnehmen. Dadurch wird der Wettbewerb ohne Not verkürzt.

(35) Die gebietsbeschränkende Wirkung einer Festlegung der höchstzulässigen Transportweite für Asphaltmischgut unter Bezugnahme auf die RVS 08.16.01 wurde in der Vergangenheit im Übrigen auch von Auftraggeberseite schon explizit bestätigt – so im Nachprüfungsverfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Kärnten zu KLVwG-2854/14/2014. Dort hat der (dortige) Auftraggeber ausgeführt, dass durch die Vorgabe in der RVS 08.16.01 in Bezug auf die Transportweite „der maximal nach dem BVergG mögliche Wettbewerb tatsächlich beeinträchtigt werden könnte“.

(36) Am Vorliegen einer gebietsmäßigen Beschränkung kann daher kein Zweifel bestehen.

Beweis: + wie bisher

(37) Für die Transportweitenregelung und die daraus resultierende (gebietsmäßige) Beschränkung des Bieterkreises und Lokalpräferenz fehlt im Hinblick auf die zu erbringende Leistung jede sachliche Begründung (zum Erfordernis einer besonderen sachlichen Begründung, vgl zB Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, Rz 1178). Sie hat vielmehr lediglich zur Folge, dass das vorliegend relevante Gebiet gegenüber nicht ortsansässigen Bietern abgeschottet wird.

(38) Dazu näher:

## 5.2 Die Transportweitenregelung führt zur Marktabschottung

(39) Die Transportweitenbeschränkung hat eine Abschottung des relevanten Gebiets (80 km um die relevante Einbaustelle) gegenüber nicht ortsansässigen Unternehmen (also Unternehmen, die in diesem Umkreis nicht über eine eigene Mischanlage verfügen) zur Folge.

(40) Diese Abschottung wird dadurch bewirkt, dass Unternehmen, die nicht über eine eigene Mischanlage im

relevanten Gebiet verfügen, infolge der Beschränkung der Transportweite (i) auf Lieferungen Dritter angewiesen sind und (ii) von diesen Dritten durch eine Weigerung der Ausstellung einer Mischgutbezugsbestätigung von der erfolgreichen Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen (also vom Zuschlag ferngehalten) werden können. Die in der Ausschreibung enthaltene Transportweitenregelung und das Erfordernis des Nachweises der Verfügbarkeit des Mischguts (in Form einer Mischgutbezugsbestätigung) bereits im Stadium der Angebotsprüfung geben ortsansässigen Unternehmen daher den „Hebel“, um den relevanten Markt gegenüber nicht ortsansässigen Bieter zu verschließen. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang, dass es in Fällen, in denen eine entsprechende Transportweitenregelung nicht besteht bzw. der Verfügbarkeitsnachweis erst zu einem späteren Zeitpunkt erbracht werden muss (und die ortsansässigen Unternehmen daher keinen entsprechenden „Hebel“ haben), grundsätzlich kein Problem ist, eine Bezugsquellenbestätigung zu erhalten. Dies verdeutlicht, dass gerade die Festlegungen, wie sie in der vorliegenden Ausschreibung enthalten sind, zum Ausschluss nicht ortsansässiger Unternehmen führen.

(41) Dabei ist gar nicht entscheidend, ob die Verweigerung der Ausstellung einer Mischgutbezugsbestätigung auf kartellrechtswidrigem Verhalten beruht. Die – unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten problematische – Abschottung des relevanten Gebiets kann vielmehr auch durch eine einseitige Weigerung der in Frage kommenden Unternehmen bewirkt werden. Die Situation wird aber freilich durch den Umstand, dass die Ausschreibungsbedingungen eine kollektive Weigerung ermöglichen bzw. jedenfalls erheblich erleichtern, noch unerträglicher.

(42) Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass eine Weigerung der Ausstellung von Mischgutbezugsbestätigungen nicht nur bereits vorgekommen, sondern – selbst ohne kartellrechtswidrige Abstimmung – auch deshalb wahrscheinlich ist, weil die in Frage kommenden Mischanlagen wie oben dargelegt in der Regel (zumindest auch) von Bauunternehmen betrieben werden, die selbst als Bieter im Vergabeverfahren auftreten bzw. generell keinen Mitbewerber fördern wollen.

(43) Die Ausschreibung schafft somit – durch das Erfordernis des Nachweises der Verfügbarkeit des Mischguts in Verbindung mit der Transportweitenregelung – Bedingungen, unter denen ein freier, lauterer und fairer Wettbewerb sowie eine Gleichbehandlung der für den Auftrag in Frage kommenden Bieter im Sinne des Vergaberechts nicht gewährleistet sind. Daran ändert auch nichts, dass es der Antragstellerin in der Vergangenheit gelungen sein mag, in vereinzelten Fällen Mischgutbezugsbestätigungen zu erhalten. Der Verstoß gegen die genannten Grundsätze des Vergabeverfahrens ergibt sich nämlich schon aus dem Umstand, dass die Antragstellerin (genau wie alle anderen Unternehmen, die nicht über eine eigene Asphaltmischanlage im relevanten Gebiet verfügen) für eine erfolgreiche Teilnahme am Vergabeverfahren „auf Gedeih und Verderb“ von Dritten abhängig und diesen ausgeliefert ist.

Beweis: + wie bisher

(44) Die aus der Transportweitenregelung resultierende Marktabschottung wird durch einen aktuellen Fall auch eindeutig belegt:

(45) Die Antragstellerin hat im parallelen Vergabeverfahren der Auftraggeberin betreffend den Auftrag „\*\*\* Straßenbauerbeiten \*\*\*-\*\*\*“ am 30.1.2017 ein Angebot abgegeben und wurde in der Angebotsöffnung zunächst als Bestbieter festgestellt. Wie im vorliegenden Fall enthielt die Ausschreibung auch dort eine Beschränkung der Transportweite für Asphaltmischgut auf 80 km.

(46) Nach Aufforderung zur Vorlage eines Nachweises über die Verfügbarkeit des Mischguts hat die Antragstellerin neun (sic!) im relevanten Gebiet für die Mischgutlieferung in Frage kommende Mischanlagen mit einer Anfrage betreffend die Lieferung des einzubauenden Mischguts und Ausstellung einer entsprechenden Mischgutbezugsbestätigung kontaktiert.

(47) Wie nachfolgend tabellarisch dargestellt, wurden die Anfragen der Antragstellerin in allen Fällen abgelehnt, und zwar ohne oder nur mit vorgesuchter Begründung:

Hinweis:

Die personen- und unternehmensbezogenen Daten liegen dem Gericht vor, werden aber aus Gründen des Datenschutzes nicht angeführt.

Die AST führte im bezeichneten Schriftsatz weiters aus:

„(48) Die allseitige Ablehnung der Anfragen der Antragstellerin hatte zur Folge, dass das Angebot der Antragstellerin von der Auftraggeberin ausgeschieden wurde. Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass an jeder der kontaktierten Mischanlagen (zumindest auch) ein Bauunternehmen beteiligt war, das im Vergabeverfahren ebenfalls als Bieter aufgetreten ist (in der Regel werden die Anlagen sogar von mehreren Unternehmen, die im Vergabeverfahren Angebote abgegeben haben, gemeinsam betrieben). Es liegt die Vermutung nahe, dass die Antragstellerin von den lokalen Unternehmen boykottiert wird.

(49) Als weiteres Beispiel kann in diesem Zusammenhang auch das von der Antragsgegnerin durchgeföhrte Vergabeverfahren „\*\*\*-\*\*\*“ aus dem Jahr 2017 genannt werden. Auch dort war die Antragstellerin in der Angebotsöffnung zunächst als Bestbieterin festgestellt worden. Nachdem sie keine Mischgutbezugsbestätigung vorlegen konnte, wurde ihr Angebot von der Auftraggeberin aber auch dort ausgeschieden.

(50) Angesichts dieser Vorgänge muss der Auftraggeberin jedenfalls bekannt sein, dass Bieter, die keine Mischgutbezugsbestätigung vorlegen können, weil ihnen eine solche von den im relevanten Gebiet in Frage kommenden Mischanlagen (bzw den die Anlagen betreibenden Unternehmen) nicht ausgestellt wird, von der Auftragsvergabe ausgeschlossen sind, und dass ein solcher Ausschluss – infolge des Ausscheidens von Angeboten nicht ortsansässiger Unternehmen – auch tatsächlich vorkommt.

Beweis: + beizuschaffender Vergabeakt betreffend das Vergabeverfahren „\*\*\*

Straßenbauarbeiten \*\*\*-\*\*\*;

+ beizuschaffender Vergabeakt betreffend das Vergabeverfahren „\*\*\*-

\*\*\*-\*\*\*“;

+ wie bisher

(51) Vor dem Hintergrund des soeben Gesagten unterscheidet sich der vorliegende Fall auch ganz grundsätzlich von jenen Fällen, in denen Gerichte bisher von der Zulässigkeit einer Transportweitenregelung (unter Bezugnahme auf die RVS 08.16.01) ausgegangen sind.

(52) So kam das BVwG in seiner Entscheidung zu W138 2008703-2 „auf Grund des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens“ (Unterstreichung hinzugefügt) zu dem Ergebnis, dass die Transportweitenregelung in dem von ihm zu prüfenden Fall zulässig war. Entscheidend war also die Beweiswürdigung des BVwG im dortigen Fall, die eben ergeben hat, dass es der (dortigen) Antragstellerin „nicht gelungen [ist] objektiv nachvollziehbar darzulegen, dass die Auftraggeberin in Kenntnis dieser angeblichen Praxis [also iW der Weigerung der Eigentümer von Asphaltmischwerken im relevanten Gebiet, Dritten Mischgutbezugsquellenbestätigungen auszustellen, Anm] in Kärnten wäre und damit die Festlegung der maximalen Anlieferungsstrecke von Asphalt von 80 km von der Auftraggeberin sachlich nicht gerechtfertigt wäre“.

(53) Im Verfahren über die gegen die Entscheidung des BVwG erhobene Revision (Ra 2014/04/0036) wies der VwGH ausdrücklich darauf hin, dass die Beweiswürdigung des BVwG nur einer eingeschränkten Überprüfung durch den VwGH unterliegt: „Die Schlüssigkeit der Erwägungen innerhalb der Beweiswürdigung unterliegt [...] der Kontrollbefugnis des Verwaltungsgerichtshofs, nichf aber

deren konkrefe Richtigkeit [...].“

(54) „Ausgehend von diesem [!] Prüfungsmaßstab“ (Unterstreichung hinzugefügt) war es aus Sicht des VwGH „nicht zu beanstanden, wenn das Bundesverwaltungsgericht unter Verweis auf die Ergebnisse der mündlichen Verhandlung und die darin getroffenen Aussagen der Vertreter des Auftraggebers die von der Revisionswerberin behauptete Praxis als nicht erwiesen angesehen und seiner Beurteilung nicht zugrunde gelegt hat.“

(55) Völlig anders ist die Situation im vorliegenden Fall: Wie oben konkret und ausführlich dargetan, wurde der Antragstellerin in einem parallel laufenden Vergabeverfahren der Antragsgegnerin (betreffend das Bauvorhaben „\*\*\* Straßenbauarbeiten \*\*\*-\*\*\*“ trotz redlichen Bemühens von keinem der als potenzielle Mischgutlieferanten in Frage kommenden und kontaktierten Unternehmen eine Mischgutbezugsbestätigung ausgestellt, was das Ausscheiden ihres Angebots durch die Auftraggeberin (die Antragstellerin) zur Folge hatte. Auch in der Vergangenheit sind derartige Fälle in Vergabeverfahren der Auftraggeberin vorgekommen (siehe den erwähnten Fall „\*\*\*-\*\*\*-\*\*\*“).

(56) Die Abschottung des relevanten Gebiets aufgrund der Transportweitenregelung (aus der folgt, dass auf der Grundlage der Ausschreibung ein freier, lauterer und fairer Wettbewerb sowie eine Gleichbehandlung der für den Auftrag in Frage kommenden Bieter im Sinne des Vergaberechts nicht gewährleistet sind), ist daher im vorliegenden Fall auch aus Perspektive der Antragsgegnerin evident. Nicht zuletzt aufgrund der von ihr selbst getroffenen Entscheidungen (nämlich Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin) in den Fällen „\*\*\* Straßenbauarbeiten \*\*\*-\*\*\*“ und „\*\*\* \*\*\*-\*\*\*“ ist ihr bekannt, dass ein Ausschluss von Unternehmen ohne lokale Präsenz aus Vergabeverfahren aufgrund der Weigerung der Ausstellung von Mischgutbezugsbestätigungen durch potenzielle Lieferanten tatsächlich vorkommt.

(57) Die oben genannten „Vorentscheidungen“ sind daher im vorliegenden Fall – mangels Vergleichbarkeit der relevanten Umstände – nicht einschlägig.

Beweis: + wie bisher

### 5.3 Keine sachliche Begründung für die Transportweitenregelung

(58) Die Einhaltung der Grundsätze des freien, lauteren und fairen Wettbewerbs und der Gleichbehandlung der Bieter gehen dem Recht des Auftraggebers, die Mindestanforderungen an die zu beschaffende Leistung festzulegen, jedenfalls vor. Die Frage, ob für die Transportweitenregelung unter technischen Gesichtspunkten oder Gesichtspunkten der Qualitätssicherung sachliche Gründe bestehen, stellt sich daher gar nicht.

(59) Ganz abgesehen davon liegt eine solche Begründung aber jedenfalls nicht vor, zumal heute (also beim aktuellen Stand der Technik) auch vor dem Hintergrund von technischen Erwägungen oder unter Qualitätsgesichtspunkten nichts gegen einen Transport von Mischgut über weitere Entfernung als 80 km spricht.

(60) Selbst die RVS 08.16.01, auf die in der Ausschreibung im Zusammenhang mit der Festlegung der höchstzulässigen Transportweite Bezug genommen wird, spricht davon, dass man „Qualitätseinbußen (Entmischung, Verhärtung, unzulässige Abkühlung usw.)“ unter, was die RVS „üblichen Transportbedingungen“ nennt, im Auge habe, wobei „[a]bweichende Regelungen [...] in der Ausschreibung“, ausdrücklich – und wenig verwunderlich – als „zulässig“ bezeichnet sind.

(61) Etwa durch Verwendung von so genannten „Thermomulden“ (also isolierter Mulden, die ein Auskühlen des Mischguts verhindern) –, kann das Mischgut ohne „Qualitätseinbußen“ problemlos auch über sehr weite Distanzen transportiert werden. Von einer sachlichen Begründung der Transportweitenregelung, wie in der gegenständlichen Ausschreibung apodiktisch aufgenommen, kann daher keine Rede sein.

(62) An diesem Befund ändert sich auch nichts, wenn man (worauf es im vorliegenden Fall freilich gar nicht ankommt) annimmt, dass es sich bei der RVS 08.16.01 um eine geeignete „Leitlinie“ iSd § 97 Abs 2 BVergG handelt. Dies deshalb, weil die RVS 08.16.01 im Hinblick auf die Festlegung der Transportweite wie erwähnt selbst sachlichen Gestaltungsspielraum eröffnet (vgl Punkt 4.6, zweiter Absatz, Satz 2: „[a]bweichende Regelungen sind, sofern in der Ausschreibung festgelegt, zulässig.“), der vom Auftraggeber wiederum unter Beachtung des Gebots der neutralen Leistungsbeschreibung und Hintanhalten von Lokalpräferenz ausgefüllt werden muss.

(63) Nichts anderes ergibt sich auch aus § 97 Abs 2 BVergG. Nach dieser Bestimmung kann der Auftraggeber von den darin genannten Leitlinien nämlich abweichen. Dies muss er wohl jedenfalls dann tun, wenn andernfalls – wie im vorliegenden Fall – angesichts der konkreten Umstände auf

der Grundlage der Leitlinien kein ordnungsgemäßes (also den genannten Grundsätzen genügendes) Vergabeverfahren durchgeführt werden kann.

(64) Wenn nun – abgesehen vom Fehlen einer sachlichen Begründung – auch noch „belohnt“ wird, dass der Auftrag noch lokaler beschränkt abgewickelt wird, indem ein Zuschlagskriterium festgelegt wird, das bis zu 60 km Entfernung zuschlagsrelevant Punkte vergibt, so treibt dies die Vergaberechtswidrigkeit gleichsam „auf die Spitze“.

Beweis: + (Auszug) RVS 08.16.01, Beilage ./5;

+ wie bisher

(65) Dass die Transportweitenbeschränkung nicht aus technischen Gründen oder zur Qualitätssicherung erforderlich ist, belegt im Übrigen auch der Umstand, dass die Ausschreibungen anderer – großer – Auftraggeber betreffend vergleichbare Straßenbauaufträge keine solchen Vorgaben enthalten.

(66) Zum Beleg hierfür können die folgenden Beispiele angeführt werden:

• Ausschreibungen Asfinag /Ausschreibungen Land Steiermark:

„Der Punkt 4.6 Transport der RVS wird dahingehend geändert, dass der 3. Satz „Um Qualitätseinbußen (Entmischung, Verhärtung, unzulässige Abkühlung usw.) unter üblichen Transportbedingungen zu vermeiden, wird die maximale Transportweite von der Asphaltmischanlage zur Einbaustelle mit 80 km begrenzt.“ ersetztlos gestrichen wird. Die max. Erzeugungstemperatur lt. R VS sowie die minimale Einbautemperatur lt. RVS sind einzuhalten um somit eine entsprechende Mischgutqualität sicherzustellen.“

• Ausschreibungen Land Kärnten:

„Infolge des Umstandes, dass es neben der Begrenzung der Transportweite noch weitere technische Methoden zur Gewährleistung der RVS-konformen Einbautemperatur gibt, wird die Begrenzung der Transportweite auf 80 km in Punkt 4.6 der RVS 08.16.01:7.2.2010 aufgehoben.“

• Ausschreibungen Land Salzburg:

„Zum Mischguttransport wird abweichend zu RVS 08.16.01, Punkt 4.5 festgelegt, dass es hinsichtlich der Transportweite keine Begrenzung gibt.“

• Ausschreibung Land Tirol:

„In Abänderung zu RVS 08.16.07 Pkt. 4.5 ist die Fahrzeit des Mischguttransports gemäß „Mischguttransport – Berechnung der zulässigen Fahrzeit“ nachzuweisen. Transportzeiten über 80 km sind bei Einhaltung der Mindesteinbautemperatur (Vorhaltemaß 10°C) zulässig. Die Ausstattung des Transportmittels ist demgemäß zu wählen. Thermomulden und Thermobirnen sind als Transportmittel bevorzugt einzusetzen. Bei ausnahmsweiser Verwendung von offenen Mulden darf die Thermoabdeckung erst unmittelbar (max. 70 Min.) vor dem Entladen entfernt werden. Bei Unterschreitung der Mindesteinbautemperatur und Überschreitung der zul. Fahr- und Stehzeit (Laden bis Abkippen in den Fertiger) von 7,5 h ist eine Verweigerung der Annahme des Mischgutes durch das Organ des AG gerechtfertigt.“

(67) Wäre die Begrenzung der Transportweite unter technischen Gesichtspunkten oder zur Sicherung der Qualität der zu erbringenden Leistung erforderlich, würden andere Auftraggeber in ihren Ausschreibungen bei vergleichbaren Aufträgen ohne Zweifel ebenfalls entsprechende Beschränkungen verwenden.

(68) Hervorzuheben ist hier insbesondere Asfinag, die als Auftraggeberin in Bezug auf das höchstrangige Straßennetz in Österreich (nämlich Autobahnen und Schnellstraßen) fungiert. Da in Bezug auf die Benützung dieses Straßennetzes – schon aufgrund der Belastung und der Fahrgeschwindigkeiten – erhöhte Qualitäts- und Sicherheitsanforderungen bestehen, muss Asfinag als Auftraggeberin naturgemäß bei den von ihr ausgeschriebenen (Bau-)Leistungen ebenfalls auf die Einhaltung höchster Qualitätsstandards achten. Der Umstand, dass selbst hier auf eine Beschränkung der Transportweite verzichtet wird, unterstreicht daher in besonderem Maße, dass von einer sachlichen Begründung der Transportweitenregelung in der vorliegenden keine Rede sein kann.

Beweis: + (Auszüge) Ausschreibungsunterlagen Asfinag, Land Steiermark, Land

Tirol, Land Kärnten und Land Salzburg, Beilage ./6;

+ wie bisher

(69) Die Antragstellerin hat zudem selbst in zahlreichen Fällen in der Vergangenheit Aufträge ausgeführt, bei denen sie Mischgut aus größeren Entfernungen als 80 km zur Einbaustelle transportiert hat, ohne dass dies irgendwelche negativen Auswirkungen auf ihre technische Leistungsfähigkeit oder die Ausführungsqualität gehabt hätte.

(70) Beispielhaft können hier die Bauvorhaben „A2 Süduabahn Neubau Rastplatz Schälfers Ost, km 86,6, RFB Wien“ (2014, Auftraggeber Asfinag), „899 Katschberg Straße, km 60,20 – km 61,70; Bauvorhaben „Deckensanierung Hammer““ (2016, Auftraggeber Land Salzburg) und „A90 Tauern Autobahn Deckensanierung km 33,2 – km 43,5“ (2017,

Auftraggeber Asfinag) angeführt werden. In all diesen Fällen betrug die Transportweite zwischen Mischanlage und Einbaustelle (teilweise weit) über 100 km.

Beweis: + wie bisher

(71) Auch hier ist im Übrigen auf die schon oben erwähnte Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Kärnten zu KLVwG-2854/14/2014 hinzuweisen. Der Auftraggeber hat dort selbst ausdrücklich bestätigt, dass die Beschränkung der Transportweite in der RVS 08.16.01 dem technischen Fortschritt nicht ausreichend Rechnung trägt.

## 6. Anträge

(72) Aus den vorerwähnten Gründen stellt die Antragstellerin daher den Antrag,

Das Verwaltungsgericht NÖ möge

1. zur Prüfung der geltend gemachten Rechtswidrigkeiten ein Nachprüfungsverfahren einleiten,
2. eine mündliche Verhandlung durchführen,
3. die angefochtene Ausschreibung der Auftraggeberin vom 19.3.2018 für nichtig erklären,
4. der Antragstellerin Akteneinsicht in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeaktes gewähren,
5. die Antragsgegnerin in den Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren verfallen, dies binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang.

Weitere Ausführungen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung...

A GesmbH"

Die AST hat ihrem Antrag die von ihr bezeichneten Beilagen angeschlossen.

Mit Schriftsatz vom 02. Mai 2018 hat die AG zu diesem Nachprüfungsantrag innerhalb offener Frist nachstehende Stellungnahme abgegeben und folgende Anträge gestellt:

### „1. Schlichtungsverfahren

Bevor auf das Vorbringen der Antragstellerin im Einzelnen einzugehen ist, sei an dieser

Stelle festgehalten, dass am 13.4.2018 eine Schlichtungsverhandlung gemäß

§ 3 NÖ Vergabe-Nachprüfungsgesetz, LGBI 7200-3 (in der Folge: „NÖ-VNG“) über die gegenständlichen Streitpunkte durchgeführt wurde. Die Schlichtungsstelle folgte dabei der Ansicht der Antragsgegnerin in allen Punkten.

Beweis: - Protokoll der Schlichtungsverhandlung vom 13.4.2018 (Beilage ./V)

In diesem Zusammenhang wird weiters darauf verwiesen, dass etwaige neue, in der Schlichtungsverhandlung noch nicht erstattete Vorbringen der Antragstellerin zurückzuweisen sind.

### 2. Vorbringen der Antragstellerin

Die Antragstellerin bringt unter Punkt 5 ihres Schriftsatzes im Wesentlichen vor, dass die gegenständliche Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen, wonach die Transportweite zwischen der Asphaltmischanlage und der Einbaustelle maximal 80 km betragen darf, rechtswidrig ist. Als Argument hierfür bringt die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass diese Festlegung eine (indirekte) gebietsmäßige Beschränkung gemäß § 19 Abs 3 Bundesvergabegesetz 2006 BGBI Nr 17/2006 idF BGBI I 7/2016 (in der Folge „BVergG“) bzw einen Wettbewerbsvorteil zugunsten der „ortsansässigen“ Unternehmen zur Folge hat, was auch nicht durch eine sachliche Begründung gerechtfertigt ist. Nach Ansicht der Antragstellerin zieht die Festlegung eine „Marktabschottung“ nach sich, da sie lokalen Bauunternehmen, welche über eine eigene Mischanlage verfügen, die Möglichkeit gibt, den Markt gegenüber anderen Mitbewerbern zu verschließen. Diese Problematik wird aus der Sicht der Antragstellerin noch weiter dadurch verschärft, dass im Zuge eines Zuschlagkriteriums Punkte vergeben werden, wenn die Entfernung zwischen der jeweiligen Mischanlage und der Einbaustelle unter 60 km beträgt. Schließlich bringt die Antragstellerin noch vor, dass diverse „ortsansässige“ Betreiber

von Mischanlagen ihre Anfragen betreffend die Lieferung von Mischgut bereits in einem anderen (!) Vergabeverfahren abgelehnt haben und es daher wahrscheinlich ist, dass diese Anlagenbetreiber die Anfrage der Antragstellerin auch beim gegenständlichen Verfahren ablehnen werden. Mangels einer konkreten Anfrage besteht offensichtlich keine Gewissheit über diese Behauptung für das konkrete Verfahren.

Wie zu zeigen ist, sind diese Vorbringen aus vergaberechtlicher Sicht nicht zutreffend

und im Widerspruch mit der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts (in der Folge „BVWG“) sowie des Verwaltungsgerichtshofs (in der Folge „VwGH“).

## 2.1. Keine gebietsmäßige Beschränkung

Zunächst ist allgemein darauf hinzuweisen, dass es nach Ansicht des VwGH – „grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers [ist], die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen“ (siehe VwGH 9.9.2015, Ra 2014/04/0036 mwN). Mit anderen Worten muss es „der Auftraggeber grundsätzlich in der Hand haben [ . . . ], die von ihm zu vergebende Leistung so zu beschreiben, wie er sie haben will“ (siehe Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht“ [2015] Rz 1187). Durch die Festlegung der streitgegenständlichen 80-Kilometer-Grenze hat die Auftraggeberin von ebendiesem gesetzlich festgelegten Spielraum Gebrauch gemacht hat und dabei – wie zu zeigen ist – gegen keine vergaberechtlichen Vorgaben verstößen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Festlegung eines maximalen Transportweges von 80 km eine gebietsmäßige Beschränkung zur Folge hat, ist unrichtig.

Vielmehr ist die Erfüllung der von der Auftraggeberin festgelegten Vorgaben völlig unabhängig davon möglich, wo der jeweilige Bieter seinen Geschäftssitz hat. Die Herstellung des Mischgutes ist in den gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen nicht als „Kernleistung“ definiert und muss daher nicht vom Bieter bzw dem zukünftigen Auftragnehmer selbst erbracht werden. Vielmehr kann ein Bieter, welcher über keine Mischanlage innerhalb von 80 km von der „Einbaustelle“ entfernt verfügt, das Mischgut ohne weiteres von einem anderen Unternehmen beziehen, welches diese Voraussetzung

erfüllt. Selbst wenn ein Bieter das Mischgut von keinem anderen Unternehmen beziehen kann, würde immer noch die Möglichkeit bestehen, innerhalb der 80 km eine mobile Mischanlage aufzustellen.

Dass die streitgegenständliche Festlegung keine gebietsmäßige Beschränkung zur Folge hat, ergibt sich weiters aus dem Umstand, dass die 80-Kilometer—Grenze kein „?xes“ Gebiet wie etwa „Niederösterreich“ festlegt. Anders als von der Antragstellerin suggeriert, wenn diese wiederholt von „ortsansässigen“ Unternehmen spricht, ist der konkret relevante 80-Kilometer-Radius Vielmehr allein abhängig von der Lage der jeweiligen Baustelle und ist „blind“ gegenüber dem Verlauf der Bundesländergrenzen bzw anderen geografischen Gebietsgrenzen. Liegt die Baustelle zB in Wiener Neustadt, muss sich die Asphaltmischanlage nicht in Niederösterreich befinden, sondern kann innerhalb von 80 km auch im Burgenland liegen.

Da die streitgegenständliche Festlegung auf Punkt 4.6 der Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen 08.16.01 (in der Folge „RVS 08.16.01“) basiert, welche österreichweite Standards festlegen und sohin ebenfalls unabhängig von Gebietsgrenzen innerhalb Österreichs ist, kann von einer gebietsmäßigen Beschränkung daher keine Rede sein.

Dies entspricht auch der Judikatur des BVWG, welches in seinem Erkenntnis BVWG 25.7.2014, W138 2008703-2 einen komplett identen (!) Fall behandelte, in dem ebenfalls die Zulässigkeit der 80-Kilometer-Begrenzung im Sinne des Punkt 4.6 RVS 08.16.01 in Verbindung mit einem Zuschlagskriterium, welches auf noch kürzere Transportwege abstellt, streitgegenständlich war. Das BVWG geht in seinem Erkenntnis von der Zulässigkeit dieser Festlegung aus und führt in diesem Zusammenhang an:

„Auf Grund des Umstandes, dass die RVS 08.16. 0] sich in ihrem räumlichen Anwendungsbereich auf ganz Österreich erstreckt und auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens (kein objektiv nachvollziehbarer Hinweis darauf dass die Auftraggeberin das Musskriterium von 80 km aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen zum Zwecke der Bevorzugung von Kärntner Firmen gewählt hat) ist der Vorgabe des Auftraggebers, dass Angebote bei einer Transportweite über 80 km zwingend ausgeschieden werden (Musskriterium) die sachliche Rechtfertigung nicht abzusprechen [...]“ (Hervorhebungen nicht im Original)

Das eben zitierte Erkenntnis des BVWG wurde auch bereits durch den VwGH in der Entscheidung VwGH 9.9.2015 Ra 2014/04/0036 bestätigt .

Schon vor diesem Hintergrund ist es offensichtlich, dass die Behauptung der Antragstellerin, nach welcher die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen gegen geltendes Vergaberecht verstößen, jeder rechtlichen Grundlage entbehren und der Nachprüfungsantrag daher abzuweisen.

Dieser Rechtsansicht folgte auch die Schlichtungsstelle und führte dazu wie folgt aus:

„Die Festlegungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen sind daher nach Ansicht der Schlichtungsstelle vergaberechtskonform.“ (Hervorhebungen nicht im Original)

## 2.2. Zu Punkt 5.1 des Nachprüfungsantrages

Die Antragstellerin moniert an mehreren Stellen ihres Antrages, dass durch die Ausschreibung lokale Bieter, welche in Besitz einer Mischanlage sind, von vornherein einen Wettbewerbsvorteil gegenüber nicht ortsansässigen Bietern haben. Jene Bieter, die nicht im Besitz einer lokalen Mischanlage sind, sind somit zwangsläufig auf Dritte Unternehmen angewiesen. Weiters kritisiert die Antragstellerin noch, dass der Verfügbarkeitsnachweis für das Mischgut bereits im Rahmen des Vergabeverfahrens vorgelegt werden muss.

Hiezu wird vorweg festgehalten, dass der Umstand, ob bzw aus welchen Gründen auch immer die Antragstellerin Schwierigkeiten hat, einen lokalen Vertragspartner betreffend die Nutzung einer Mischanlage zu finden, freilich nicht in der Sphäre der Auftraggeberin liegt, welche auf diese Belange auch keinen Einfluss üben kann, sondern ist Vielmehr ausschließlich Sache der Antragstellerin. Dies wird auch von der Schlichtungsstelle so gesehen:

„Überdies sind die ‚Unwegbarkeiten‘ des freien Marktes nicht der Sphäre des Auftraggebers zuzurechnen“ (Schlichtungsprotokoll vom 13.4.2018, S 4).

Weiters hat die Antragstellerin in den letzten Jahren trotz der SO-Kilometer-Regelung mehrere Aufträge von der Auftraggeberin erhalten (zB \*\*\* Kreuzung \*\*\* [2015]; \*\*\* \*\*\* [2017]; \*\*\* \*\*\* [2017]). Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin ist es somit doch möglich, auch als nicht lokaler Bieter die Anforderungen der Ausschreibung zu erfüllen und Asphaltmischgut von einer lokalen Mischgut anlage zu beziehen. Die vorgelegten E-Mails der Antragstellerin können keinesfalls als eindeutiger Beweis dafür hergezogen werden, dass es grundsätzlich unmöglich ist mit einem lokalen Unternehmen zusammenzuarbeiten.

Der Vollständigkeit halber wird zudem ausgeführt, dass es einem Unternehmer, der keinen lokale Mischanlage innerhalb der 80-Kilometer-Grenze hat, auch möglich ist, das Erfordernis eines Verfügbarkeitsnachweises zu erbringen, indem er sich einer mobilen Mischanlage bedient. Solche mobilen Mischanlagen können von jedem Bieter gekauft oder gemietet werden. Das Asphaltmischgut kann dann mit dieser mobilen Anlage innerhalb der 80 km hergestellt werden. Die Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen können somit von jedem Bieter erfüllt werden. Bereits aus diesem Umstand ist offensichtlich erkennbar, dass die Festlegung einer maximalen Transportweite zu keiner gebietsmäßigen Beschränkung führt.

Auch die Behauptung, dass die Antragstellerin somit Dritten Unternehmen „auf Gedeih und Verderb“ ausgeliefert ist, ist somit verfehlt. Die Auftraggeberin steht nicht in der Pflicht der Antragstellerin Möglichkeiten aufzuzeigen, auf welchem Wege sie trotz des Mangels einer entsprechenden festen Mischanlage, den Verfügbarkeitsnachweis erbringen kann.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass „nur Bieter, die im relevanten Gebiet über eine Mischanlage verfügen – ohne auf Dritte angewiesen zu sein – mit Aussicht auf Erfolg am Vergabeverfahren [teilnehmen können]“ ist somit nicht zutreffend.

## 2.3. Zu Punkt 5.2 des Nachprüfungsantrages

In der Rz 40 des Nachprüfungsantrages moniert die Antragstellerin, dass aufgrund der Festlegung der Ausschreibungsunterlagen, mit welcher der Nac

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)