

TE Bvwg Erkenntnis 2018/8/29 W134 2200335-3

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.08.2018

Entscheidungsdatum

29.08.2018

Norm

BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §318 Abs1
BVergG 2006 §319
BVergG 2006 §319 Abs1
BVergG 2006 §319 Abs2
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W134 2200335-2/33E

W134 2200335-3/4E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

I. Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas GRUBER als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn, Etappe 1 - Teilleistungsvergabe" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX,

2. XXXX und 3. XXXX, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, vom 06.07.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 08.08.2018 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeberin vom 29.06.2018, der präsuntiven Zuschlagsempfängerin für das Vergabeverfahren "A 26 Linzer Autobahn Etappe 1, Donaubrücke und Rampentunnel" den Zuschlag erteilen zu wollen (Zuschlagsentscheidung) für nichtig erklären", wird gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

II. Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A26 Linzer Autobahn, Etappe 1 - Teilleistungsvergabe" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX,

2. XXXX und 3. XXXX, vertreten durch Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH, Fleischmarkt 1, 1010 Wien, vom 06.07.2018 "das BVwG möge gemäß § 319 BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 55 404,-- für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen zu ersetzen ist" folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag wird gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 06.07.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Ausgeschrieben sei der Abschluss des Bauauftrages "A26 Linzer Autobahn Etappe 1, Donaubrücke und Rampentunnel" nach Durchführung eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich. Angefochtene Entscheidung sei die Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018. Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung gab die Antragstellerin zusammengefasst folgendes an:

1. Verkürzung der Ausführungsdauer, Alternativangebot mangels Hauptangebot auszuschneiden: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe Verkürzungen bei der Ausführungsdauer angeboten. Die Auftraggeberin habe jedoch festgelegt, dass eine über die jeweils vorgesehene maximale Verkürzung der Ausführungsdauer hinausgehende Verkürzung als Alternative gewertet werde. Nach Punkt 1.1.27.1 des Teiles B.1 seien Alternativangebote nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot zulässig. Nach dem Zuschlagskriterium Pos 00B106R5 des Leistungsverzeichnisses "Verkürzung der Ausführungsdauer" wären für Baulos 2 maximal 60 Kalendertage bewertungsrelevant. Nach dem Protokoll über die Angebotsöffnung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch für Baulos 2 nicht 60 Kalendertage, sondern 90 Kalendertage angeboten. In Pos 00B108A des Leistungsverzeichnisses sei ausdrücklich vorgesehen, dass "eine Verkürzung der Gesamtbauzeit welche über jene aus der Position 00B106Rff (Zuschlagskriterium: Verkürzung Ausführungsdauer) hinausgeht (...) als Alternative" anzusehen sei. Eine Verkürzung der Ausführungsdauer von 90 Tagen könne nur mit einer Änderung des Bauablaufes begründet werden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei als Alternativangebot anzusehen und mangels ausschreibungskonformen Hauptangebotes daher auszuschneiden. Für Baulos 1 und 2 sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jeweils eine Verkürzung von 90 Kalendertagen angeboten worden. Die sich aus den Baulosen 1 und 2 für das Gesamtangebot ergebenden Verkürzung der Ausführungsdauer von insgesamt 180 Kalendertagen (Baulos 1: 90 Kalendertage + Baulos 2: 90 Kalendertage) übersteige die wiederum für das Gesamtangebot vorgegebenen maximalen Verkürzungsmöglichkeit von 150 Kalendertagen. Auch das Gesamtangebot stelle sohin ein unzulässiges Alternativangebot dar.

2. Gesamtpreis ist weder erklär- noch nachvollziehbar, Abweichungen von den Ausschreibungsunterlagen, auszuschließende Alternativen mangels Hauptangebot: Eine Verkürzung der Ausführungsdauer von 90 Tagen, aber auch die für das Gesamtangebot ausgewiesene Reduktion könnten nur über unzulässige Änderungen des Bauablaufes begründet werden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

3. Ausschreibungswidrige Leistungsansätze (Leistungssteile Tunnel):

Die im Teil B.3.5 Kalkulations- und Abrechnungsbestimmungen für den Tunnelbau unter Punkt 3.5.1.26 geregelten Abschlüsse für das Nachtsprengverbot und das Nachtbohrverbot seien nicht von allen Bietern und wohl auch nicht von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eingehalten worden. Die Zuschlagsentscheidung sei daher rechtswidrig.

4. Fehlende Befugnis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, Verstoß gegen das Verbot der Weitergabe an Subunternehmer: In Pos. 00B405E des Leistungsverzeichnisses werde festgelegt, dass der Auftragnehmer mit Aushub bzw Abbruch Eigentümer der Abfälle und auch Abfallbesitzer iSd AWG werde. Der Bieter müsse grundsätzlich selbst über die Befugnis zur Abfallsammlung verfügen. Keines der Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verfüge jedoch über eine abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung und/oder Behandlung von Abfällen. Es reiche nicht, einen befugten Subunternehmer zu nennen, welcher das Material letztendlich deponiert oder verwertet, sondern entsprechend § 15 AWG dürfe der Abfallbesitzer den Abfall nur an einen berechtigten Sammler und Behandler übergeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die geforderte Befugnis und habe wohl auch im Hinblick auf eine (nur partiell) zulässige Substituierung keinen geeigneten Subunternehmer für den Abtransport mittels Schiff namhaft gemacht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher zwingend auszuschließen. Gemäß Punkt

1.1.24 der Unterlage B.1 "Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" dürften kritische Leistungen nur vom Bieter, einem Mitglied der Bietergemeinschaft oder einem mit diesen verbundenen Unternehmen erbracht werden. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe als einzige Bieterin die abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung und Behandlung von Abfällen gänzlich substituiert. Dies sei unzulässig, da die abfallrechtliche Befugnis für bestimmte, kritische Leistungen, welche nicht weitergegeben werden dürften, erforderlich sei. Mit der gänzlichen Substituierung der Befugnis habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch gegen das Weitergabeverbot gem Pos 00B103A des Leistungsverzeichnisses verstoßen.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.07.2018 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwabenbereich, der nach dem Bestbieterprinzip in einem offenen Verfahren mit EU-weiter Bekanntmachung vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 05.12.2017 und in der EU am 06.12.2017 erfolgt.

Mit Beschluss vom 12.07.2018, zur Zahl W134 2200335-1/4E, hat das Bundesverwaltungsgericht die von der Antragstellerin beantragte einstweilige Verfügung erlassen.

Mit Schreiben vom 12.07.2018 brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin Verkürzungen der Ausführungsdauer angeboten habe, dies jedoch entgegen den Behauptungen der Antragstellerin ausschreibungskonform sei. Teilangebot 2 sei gar nicht Gegenstand der Zuschlagsentscheidung. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe im Gesamtangebot auf Seite 3 zum Qualitätskriterium Pos 00B106R7 eine Verkürzung der Ausführungsdauer von 150 Kalendertagen angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe damit nachweislich - und zwar auch nach den Ausführungen der Antragstellerin - eine für ein Hauptangebot zulässige Zahl an Kalendertagen für die Verkürzung der Ausführungsdauer angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die Verkürzung der Ausführungsdauer in Aufklärungsgesprächen sowie anhand einer mitübermittelten Bauzeitprognose nachvollziehbar plausibilisiert. Die Auftraggeberin habe das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sowie die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegebenen Aufklärungen und Informationen entsprechend den Vorgaben im BVergG 2006 sorgsam geprüft. Es liege ein ausschreibungskonformes Gesamtangebot (und eben nicht - wie die Antragstellerin fälschlich behauptet - eine wie auch immer geartete Alternative) vor. Das Gesamtangebot sei daher auch nicht auszuschließen gewesen. Die Reduktion des Gesamtpreises im Gesamtangebot im Vergleich zu den Preisen bei einer

losweisen Vergabe begründe sich wesensgemäß mit der Hebung von Synergieeffekten. Die Auftraggeberin habe in einem aufwändigen Prüfverfahren unter anderem das Gesamtangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die einzelnen Preise auf ihre Plausibilität geprüft. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sowohl den Bauzeitplan als auch einzelne Preispositionen mit der Antragsgegnerin im Rahmen von Aufklärungsgesprächen erörtert und nachgewiesen. Die Prüfung und Bewertung des Gesamtangebots habe schließlich gezeigt, dass der Bauzeitplan ausschreibungskonform sei und die angebotenen Preise plausibel und marktkonform seien. Die Gesamtpreise der Gesamtangebote der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden nur knapp 3,6% auseinanderliegen; von einer auffälligen Abweichung der Gesamtangebotspreise könne daher keine Rede sein. Im Hinblick auf die von der Auftraggeberin geführte aufwändige und dem BVergG 2006 entsprechende Prüfung der Preise auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit könne die Plausibilität der Leistungsansätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht in Frage stehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe das Vorliegen der Befugnis bereits im Zeitpunkt der Angebotsöffnung nachweisen können. Abgesehen davon, dass sämtliche Mutmaßungen der Antragstellerin nachweisbar falsch seien, verkenne die Antragstellerin offenbar die Bestimmung in § 24a Abs 2 Z 3 AWG 2002, wonach die Inhaber einer gleichwertigen Erlaubnis eines EU-Mitgliedsstaates nicht der Erlaubnispflicht nach § 24a Abs 1 AWG 2002 unterliegen würden. Weiters verkenne die Antragstellerin auch, dass Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens selbstverständlich auch Subunternehmer benennen durften. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sämtliche Befugnisnachweise in ihrem Angebot bereits vorgelegt und auch die vorgegebenen Formblätter ausgefüllt und mit dem Angebot abgegeben und den Nachweis der Befugnis führen können. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung sei daher rechtmäßig. Die Antragstellerin behaupte, dass gegen das Verbot der Weitergabe von kritischen Leistungen verstoßen wurde. Das sei nachweislich falsch, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin über die erforderliche Befugnis verfüge. Im Übrigen verkenne die Antragstellerin die bestandsfesten Festlegungen in Position 00B103A des berichtigten LV-Teil B.5, wo die kritischen Leistungen taxativ aufgelistet seien und ausdrücklich festgehalten werde, dass die Verwertung und Beseitigung von Abfällen gerade keine kritischen Leistungen seien. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher nicht auszuschneiden gewesen und die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin sei rechtmäßig.

Mit Schriftsatz vom 18.07.2018 brachte die Auftraggeberin vor, dass es den Bietern möglich gewesen sei bis zu drei verschiedene Angebote zu legen. Jedes der vorliegenden Angebote habe entsprechend den bestandsfest gewordenen Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen sein eigenes "Schicksal". Eine - wie von der Antragstellerin behauptete - Kongruenz zwischen den einzelnen Angeboten liege aufgrund der vorliegenden Ausschreibungsbestimmungen nicht vor. Der vorliegenden 3. Bieterfragenbeantwortung sei zu entnehmen, dass sich diese nur auf die ausgewiesene "vorgesehene Ausführungsdauer gemäß Bauzeittabelle" beziehe und nicht auf die angebotene Ausführungsdauer. Die gesamthafte bzw vorgesehene Ausführungsdauer gemäß Bauzeittabelle habe nicht deckungsgleich mit der angebotenen Ausführungsdauer zu sein. Durch die vorgehaltene Anfragebeantwortung würden die Ausschreibungsunterlagen nicht derart abgeändert, dass eine Kongruenz zwischen dem Gesamtangebot und/oder ein Teilangebot für die Teilleistung Brückenbau (Baulos 1) und/oder ein Teilangebot für die Teilleistung Tunnelbau (Baulos 2) bestehe. Eine Alternative liege vor, wenn eine Abweichung zum ursprünglichen Bauablauf, insbesondere der Reihenfolge der Bauarbeiten sowie Materiallogistik angeboten worden sei. Eine bloße weitere Verkürzung der Ausführungsdauer welche über die Position 00B106R7 (Zuschlagskriterium: Verkürzung der Ausführungsdauer) hinausgehe - ohne Abweichung von der ursprünglichen Reihenfolge der Bauarbeiten - sei keine Alternative. Mit dem vorliegenden Teilangebot Baulos 2 Tunnel liege ein ausschreibungskonformes Hauptangebot vor. Ein unzulässiges Alternativangebot liege allein aufgrund der weiteren Verkürzung der Ausführungsdauer nicht vor. Auch habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin keinen Vorteil durch die angebotene Verkürzung der Ausführungsdauer erhalten, zumal ausschreibungskonform lediglich 60 Kalendertage (und somit gewichtet 2,5 Punkte) in die Bestbieterermittlung eingehen und entsprechend berücksichtigt worden seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe das Zuschlagskriterium Verkürzung der Ausführungsdauer mit 150 Kalendertagen angeboten. Mit dem vorliegenden Gesamtangebot liege daher ein ausschreibungskonformes Hauptangebot vor. Zudem zeige die vertiefte Angebotsprüfung, dass keine unzulässigen Abweichungen von zwingenden Vorgaben der Ausschreibung oder technisch unzulässige Ausführungsvarianten vorliegen würden. Vielmehr seien die Vorgaben der Ausschreibung und des BVergG eingehalten worden. Die Verkürzung der Ausführungsdauer sei plausibel und die Zuschlagsentscheidung rechtskonform erfolgt. Die Abweichung der Gesamtpreise von der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei keineswegs auffällig oder unplausibel und es sei in der vertieften Angebotsprüfung

festgestellt worden, dass die vorliegenden Gesamtpreise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Sowohl die Bauabläufe für das Teilangebot Baulos 2 Tunnel als auch das Gesamtangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden nicht von der ursprünglich festgelegten Reihenfolge der Bauarbeiten gemäß den Ausschreibungsunterlagen abweichen. Es liege ein ausschreibungskonformes Angebot vor. Die Angebotsprüfung habe gezeigt, dass die vertraglichen Mindestvortriebsgeschwindigkeiten unter Berücksichtigung der zulässigen Leistungsminderungen in den vortriebskritischen Bereichen gemäß den Vorgaben des Bauvertrages (z.B. Teil B3.5 Pkt. 3.4.1.26) eingehalten werden würden und somit ein ausschreibungskonformes Angebot vorliege. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe, entgegen den Ausführungen der Antragstellerin, bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung über die erforderliche Abfallsammlerbefugnis verfügt bzw diese nachgewiesen. Weiters sei im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein Subunternehmer konkret für "Erdarbeiter" und "Deponie" genannt worden. Dh, durch die ausschreibungskonforme Namhaftmachung des Subunternehmers und der vorliegenden Verpflichtungserklärung iZm den vorliegenden Bescheiden gemäß § 24a AWG für den genannten Subunternehmer habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen weiteren Nachweis der Abfallsammlerbefugnis sowie den Nachweis des Abfallbehandlers erbracht. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verstoße auch nicht gegen das Verbot der Weitergabe von kritischen Leistungen. Die "Verwertung und Beseitigung von Abfällen" sei von den kritischen Leistungen ausgenommen. Es sei möglich sowohl die Sammlung, den Transport und die Behandlung von Abfall auch bei kritischen Leistungen zu substituieren.

Mit Stellungnahme vom 03.08.2018 brachte die Antragstellerin vor, dass das Bewertungsergebnis der Auftraggeberin betreffend das Schlüsselpersonal der Antragstellerin im Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen stehe. Die vermeintliche (und im Ergebnis unzutreffende) Begründung für die schlechtere Bewertung des Angebots der Antragstellerin sei nicht nachvollziehbar. Die fehlende Nachvollziehbarkeit von Teilangeboten zueinander führe dazu, dass das Gesamtangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin insgesamt unschlüssig und somit auszuschneiden sei. Das Leistungsverzeichnis des Gesamtangebots stelle bloß eine Kumulation der beiden Leistungsverzeichnisse der Baulose 1 und 2 dar. Technische Unterschiede oder andere, vergleichbare Abweichungen seien nicht vorhanden. Selbst die Kostenschätzung der Auftraggeberin sehe eine reine Kumulation der Baulose 1 und 2 für das Gesamtangebot vor. Es handle sich daher um eine bloße Koppelung. In Anbetracht dessen gebe es auch gar keinen plausiblen Grund, technische Abweichungen zwischen den Baulosen 1 und 2 und dem Gesamtangebot vorzunehmen. Den Bietern komme zwar im Hinblick auf die (bloße) Kalkulation ein gewisser Spielraum betreffend Teilangebote und Gesamtangebote zu, das Gesamtangebot müsse jedoch insgesamt auch im Hinblick auf zugrundeliegende Teilangebote schlüssig und technisch nachvollziehbar sein. Die beiden Baulose seien für das Gesamtbaulos bloß zu kumulieren. Jede Änderung der Teilangebote im Hinblick auf zB Bauablauf, Parallelitäten etc sei ausdrücklich nicht erlaubt und würde zu einer fehlenden Nachvollziehbarkeit von Teilangeboten zueinander insbesondere von verschiedenen Bietern führen. Bei einer anderen Sichtweise wären Gesamtangebote und Kombinationen verschiedener (Einzel-)Angebote nicht mehr vergleichbar. Dass sich die "gesamthafte Ausführungsdauer des Gesamtangebotes" (iSd 3. Anfragebeantwortung) nur auf die von der Auftraggeberin in der Ausschreibung selbst "ausgewiesene" und nicht auf die vom Bieter angebotene Ausführungsdauer beziehen solle, sei weder ableit- noch nachvollziehbar. Die 3. Anfragenbeantwortung der Auftraggeberin sei nicht nur von der Antragstellerin, sondern auch von anderen Bietern derart verstanden worden, dass eine Kumulation vorzunehmen sei. Die Argumentation der Auftraggeberin, dass die von ihr selbst "ausgewiesene" Verkürzung der Ausführungsdauer und nicht die "angebotene" Verkürzung der Ausführungsdauer zu kumulieren sei, sei in sich widersprüchlich, inkonsequent und im Ergebnis schlichtweg unzutreffend. Der Aussage der Auftraggeberin folgend, müsse die in der Bauzeittabelle festgehaltene Ausführungsdauer nicht mit der angebotenen Ausführungsdauer (somit jene gem Angebotsdeckblatt) deckungsgleich sein. Dies widerspreche ganz klar der eigenen Festlegung der Auftraggeberin in den Bauzeittabellen, wonach die ausgewiesene Verkürzung der Ausführungsdauer des Bieters für Baulos 1 im Angebotsdeckblatt bei den Qualitätskriterien "Verkürzung - Ausführungsdauer" angegeben werden müsse. Verkürzungen der Ausführungsdauer, welche über die bewertungsrelevanten maximalen Verkürzungen hinausgehen würden als Alternative gewertet werden. Alternativangebote ohne Hauptangebote seien unzulässig. Eine von der Auftraggeberin behauptete Einschränkung dahingehende, dass eine Alternative "nur" bei Abweichungen von der ursprünglichen Reihenfolge der Bauarbeiten vorliegen würde, existiere nicht. Die in den Bauzeittabellen ausgewiesene Verkürzung der Ausführungsdauer müsse mit jener im Angebotsdeckblatt übereinstimmen. Dies sei jedoch bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin offenbar nicht der Fall oder aber liege zumindest ein Verlesefehler vor. Letzterer sei jedoch

nicht gerügt worden. Dies ergebe sich bereits daraus, dass trotz vorzunehmender Kumulation der Verkürzungen für Baulos 1 und 2 (jeweils 90 Kalendertage) für das Gesamtangebot eine Verkürzung von 150 Kalendertagen verlesen worden sei. Dies sei aufgrund der gebotenen Kongruenz unzulässig und die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund von Widersprüchen zur Ausschreibung auszuschneiden. Darüber hinaus seien die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aber offenkundig auch widersprüchlich: Seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei für das Gesamtangebot eine Verkürzung der Ausführungsdauer von 150 Kalendertagen angeboten und verlesen worden. Dies entspreche jedoch nicht der Summe der für Baulos 1 und 2 jeweils angebotenen Verkürzungen (jeweils 90 Kalendertage). Dies widerspreche somit insofern den Vorgaben der Ausschreibung, dass die vom Bieter in der Bauzeittabelle ausgewiesene Verkürzung der Ausführungsdauer zwingend auch in das Angebotsdeckblatt zu übertragen sei. Dass die Auftraggeberin vermehrt hervorhebe, dass ohnehin nur eine definierte Anzahl an Kalendertagen in die Bewertung gem. der Zuschlagskriterien einfließen würde, sei dabei gänzlich irrelevant. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Verkürzung der Ausführungsdauer sei von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung wohl mehrfach hinterfragt und geprüft worden. Es müsse daher davon ausgegangen werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin insgesamt doch eine höhere Verkürzung angeboten habe als in die Bewertung gem. Zuschlagskriterien einfließe. Anders sei dieser erhöhte Prüfaufwand nicht erklärbar. Gleichzeitig bedeute dies, dass in Folge gem. Pos. 00B108A der Leistungsverzeichnisse ein (oder mehrere) Alternativangebot vorliegen würden. Mangels Abgabe eines entsprechenden Hauptangebots führe dies zwingend zum Ausscheiden. Die (widersprüchlichen) Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffend die angebotenen Verkürzungen der Ausführungsdauern könnten nur darauf zurückzuführen sein, dass diese mit überlappenden Bauabläufen kalkuliert habe. Den verbindlichen Vorgaben der Ausschreibung folgend stelle dies ein Alternativangebot dar, welches ohne entsprechendem Hauptangebot auszuschneiden sei. Hinsichtlich des Leistungsteils "Brücke" habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen unplausibel niedrigen Gesamtpreis angeboten, welcher nur durch einen abweichenden (und technisch nicht umsetzbaren) Montageablauf erklärt werden könne. Auch dies stelle ein Alternativangebot dar, welches auszuschneiden sei. Abweichungen von der in Kapitel 2.5.7, Unterpunkt 2 vorgegebenen Montagereihenfolge stelle eine unzulässige Abweichung von der Ausschreibung, ein unzulässiges Alternativangebot, dar. Darüber hinaus müsse bereits aus technischer Sicht stark bezweifelt werden, dass alternative Reihenfolgen überhaupt umsetzbar seien, da die Tragseile sonst lokal überlastet werden könnten und dadurch die Tragfähigkeit der Konstruktion insgesamt berührt wäre. Wesentlich sei jedoch, dass derartige (unzulässige) Alternativen zu einem wesentlich niedrigeren Preis angeboten werden könnten. Dies müsse bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angesetzten Preis zumindest in der Loskombination der Fall sein. Im Ergebnis sei daher festzuhalten, dass der Preis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nur durch Zugrundelegung einer alternativen, unzulässigen Montagereihenfolge erklärt werden könne. Aufgrund der Höhe des Preisvorteils des Gesamtangebotes im Vergleich zu den Einzelangeboten könne der Gesamtpreis des Gesamtangebotes weder erklär- noch nachvollziehbar sein. Die gegenständliche Ausschreibung enthalte im Hinblick auf die Mindestvortriebsgeschwindigkeiten (Leistungsteil Tunnel) strenge Vorgaben. Dies ergebe sich ua aus dem erforderlichen Nachtbohr- und/oder Nachtsprengverbot im urbanen Gebiet. Die Einhaltung dieser Mindestvortriebsgeschwindigkeiten könne dabei ohne großen Aufwand anhand von Berechnungstabellen geprüft werden. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Mindestwerte nicht eingehalten habe und dies ohne weiteres unter Heranziehung dieser Mustertabellen festgestellt werden könne. Vor diesem Hintergrund würde das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Vorgaben der Ausschreibung widersprechen und wäre daher auszuschneiden. Auch aus diesem Grund sei das Gesamtangebot als unzulässiges Alternativangebot, welches gem. § 129 Abs 1 Z 7 BVergG 2006 zwingend auszuschneiden sei, zu qualifizieren. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die erforderliche abfallrechtliche Befugnis. Zwar werde vorgebracht, dass ein Mitglied der Bietergemeinschaft eine italienische (im Ergebnis äußerst eingeschränkte) Erlaubnis zur Sammlung bestimmter Abfälle haben würde. Diese Erlaubnis sei aber für das gegenständliche Vorhaben nicht ausreichend (insb da sie nur die Sammlung, nicht aber die Behandlung von Abfällen umfasse). Hieran ändere auch ein offenbar namhaft gemachter Subunternehmer nichts, da eine gesamthafte Substitution der Befugnis unzulässig sei und es sich im Ergebnis um kritische Leistungen handle, welche nicht substituiert werden dürften. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei daher auch mangels Vorliegen der zwingend erforderlichen Befugnis gem. § 129 Abs 1 Z 2 BVergG sowie aufgrund eines Verstoßes gegen das Weitergabeverbot gem. § 129 Abs 1 Z 7 BVergG vom gegenständlichen Vergabeverfahren auszuschneiden.

Mit ergänzender Stellungnahme vom 03.08.2018 führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, dass sie für die Ermittlung der Verkürzung der Ausführungsdauer die maßgeblichen Bauzeittabellen für Baulos 1 und Baulos 2 kumulativ herangezogen habe und die angebotene Verkürzung der Ausführungsdauer mit einem an die Bauzeittabelle angepassten Bauzeitmodell plausibilisieren habe können. Es komme im vorliegenden Bauzeitplan weder - wie fälschlicherweise von der Antragstellerin unterstellt worden sei - zu Abweichungen gegenüber der im Bauzeitplan festgelegten Reihenfolge der Bauarbeiten noch zu teilweisen Überlappungen. Die Auftraggeberin habe die angebotene Verkürzung der Ausführungsdauer von 150 Kalendertagen entsprechend auf ihre Kongruenz mit den Bauzeittabellen und den Vorgaben aus der Ausschreibung geprüft und evaluiert; dies mit dem Ergebnis, dass an der Konformität der Angaben mit den Vorgaben aus den Ausschreibungsbestimmungen kein Zweifel bestehe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe nachweislich nicht 180 Kalendertage Verkürzung der Ausführungsdauer angeboten. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihr Gesamtangebot als Hauptangebot entsprechend den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen gelegt. Die Mutmaßungen der Antragstellerin seien daher zu verwerfen. Die Gesamtpreise der Gesamtangebote der Antragstellerin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin würden nur knapp 3,6% auseinanderliegen; von einer auffälligen Abweichung der Gesamtangebotspreise könne daher keine Rede sein. Bei einer derart unauffälligen Preisabweichung der Angebote wäre nicht einmal eine vertiefte Angebotsprüfung iSd § 125 BVergG 2006 erforderlich gewesen; dennoch habe die Auftraggeberin eine solche freiwillig durchgeführt. Aufgrund der durch die Auftraggeberin freiwillig durchgeführten vertieften Prüfung der Preise auf ihre bau- und betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit könne die Plausibilität der Leistungsansätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht in Frage stehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung entgegen den Ausführungen der Antragstellerin eine eigene abfallrechtliche Befugnis zur Sammlung von Abfällen auf- und nachgewiesen und zusätzlich einen berechtigten Abfallsammler und -behandler als Subunternehmer benannt. Die Bezugnahme der Antragstellerin auf Pos 00B104G sei unerheblich, weil für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren ausschließlich die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen und -bestimmungen maßgeblich seien. Pos 00B104G existiere in der bestandsfesten 6. Berichtigung zum LV (B.5.) nicht. Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin sei für die Erbringung von Aushub- und Ladeleistungen von vornherein keine Erlaubnis nach § 24a AWG 2002 als Abfallsammlerin erforderlich. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe dennoch aufgrund der nachweislich bestehenden und auch nachgewiesenen Erlaubnis eines BIEGE-Mitglieds zur Sammlung von Abfällen zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung eine eigene abfallrechtliche Befugnis auf- und nachgewiesen; und zusätzlich auch einen Subunternehmer als berechtigten Abfallsammler und -behandler benannt. Das EDM sei kein Registrierungsportal, das sämtliche europäischen Unternehmer erfasse, die über eine Abfallsammlungs- und Abfallbehandlungsbefugnis verfügen. Ein (derzeit) fehlender Eintrag im EDM-Portal könne keinen abschließenden Nachweis über die Berechtigung (Erlaubnis) zur Abfallsammlung und Abfallbehandlung darstellen. Das EDM-Portal sei ein Verbundsystem von Internetanwendungen und Datenbanken zur Unterstützung komplexer Abläufe bei umweltschutzbezogenen Dokumentations-, Melde- und Berichtspflichten; es stelle jedenfalls kein abschließendes Register dar; und erfasse schon gar nicht sämtliche (europaweit tätigen) Unternehmer, die zur Abfallsammlung und -behandlung befugt seien. Der Umstand, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Österreich bislang noch nicht als Abfallsammlerin und -behandlerin tätig geworden sei, vermöge jedenfalls nicht darzulegen, dass keines ihrer Mitglieder über eine Befugnis zur Abfallsammlung und -behandlung verfügen würde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge selbst - auch wenn sie nicht im EDM-Portal gelistet sei - über die erforderliche Befugnis. Zudem scheine der benannte Subunternehmer im EDM-Portal als befugter Abfallsammler und -behandler auf. Bei den Leistungen gemäß Pos 190102A und Pos 190102C handle es sich nicht um Leistungen, die einer abfallrechtlichen Befugnis bedürften. Die Positionen würden lediglich Aushubleistungen sowie das Beladen beschreiben. Diese Leistungen würden zwar den Abfallbesitz iSd AWG begründen, bedürften aber noch keiner Erlaubnis (abfallrechtlichen Befugnis) gemäß § 24a Abs 1 AWG 2002. Erst die Leistung zu Pos 190103C (Baugrubenaushubmaterial wegschaffen) könne als eine Handlung beurteilt werden, die eine Erlaubnis (abfallrechtliche Berechtigung) gemäß § 24a Abs 1 AWG 2002 erforderlich mache. Pos 190103C sei selbst aber nicht als kritische Leistung iSd Bestimmung Pos 00B103A (Seite 1 des LV, B.5. 6. Berichtigung) definiert. Schließlich sei festzuhalten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Leistungen zu HG 14 OG 81 Pos 190102 A und 190102 C sowie Pos 190103C entgegen der Behauptung der Antragstellerin nicht an ihren Subunternehmer substituieren und diese Leistung selbst vornehme. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe somit keine kritischen Leistungen an Dritte weitergegeben und damit auch nicht gegen das Weitergabeverbot verstoßen.

Am 08.08.2018 fand ihm BVwG darüber eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt:

"[...]

VR: Wir kommen nun entsprechend der Reihung im Nachprüfungsantrag zu den einzelnen Punkten und beginnen mit dem Vorbringen 3.2 des Nachprüfungsantrages.

XXXX: Der Auftraggeber verweist darauf, dass gem. Punkt 1.1.6 die Legung von Teilangeboten und/oder einem Gesamtangebot möglich ist. Darüber hinaus legt Punkt 1.1.7 fest, dass die Teilleistung im Rahmen des Gesamtangebots generell nicht nur bei Mehrfachbeteiligung von Unternehmungen, wie dies die Antragstellerin vermeint, anders als die Teilleistung im Rahmen des Teilangebots kalkuliert werden kann. Den Ausschreibungsunterlagen für die beiden Teilangebote bzw. das Gesamtangebot liegen jeweils eigene Bauzeittabellen bei und waren diese vom Bieter für das jeweilige Angebot abzugeben. Für das Gesamtangebot bedeutet dies, dass der Bieter im Rahmen des Gesamtangebots drei Bauzeittabellen, nämlich für das Los 1 die Tabelle für das Objekt WR5, für das Los 2 die beiden Tabellen für die Objekte WR4 und WR6 auszufüllen hatte. Als Zuschlagskriterium ist - unabhängig von den Bauzeittabellen - gemäß Teil B500B106R7 festgelegt, dass der Bieter eine Bauzeitverkürzung anbieten kann. In diesem Zuschlagskriterium ist festgelegt, dass maximal 150 Kalendertage in die Bestbieterermittlung eingehen. Am Angebotsdeckblatt kann der Bieter die angebotene Höhe der Verkürzung der Ausführungsdauer in Kalendertagen mit einer Zahl eintragen. Am Angebotsdeckblatt ist weiters festgelegt, dass bei einer fehlenden Deklaration (das bedeutet dieses Kriterium wird vom Bieter nicht ausgefüllt) dieses Kriterium jeweils als nicht angeboten gilt. Der Auftraggeber verweist auf die Stellungnahme von gerichtlich beeideten Sachverständigen XXXX vom 22.06.2018 und macht sie zu seinem Vorbringen. Daher sehen wir die von der Antragstellerin gesehene Kongruenz nicht.

XXXX: Wir schließen uns dem Vorbringen der Auftraggeberin an.

XXXX: Für das Baulos Nr. 3 (Gesamtangebot) waren keine eigenständigen Bauzeittabellen vorhanden. Diese Tabellen waren inhaltlich jene Tabellen aus den Baulosen 1 und 2 (vergleiche dritte Anfragebeantwortung). Gemäß Position 00B108A wird eine Verkürzung der Ausführungsdauer, welche über jene aus der Position 00B106R hinausgeht als Alternative gewertet. Gemäß der heutigen Akteneinsicht zeigt sich, dass die Zuschlagsempfängerin 180 Kalendertage ihrem Angebot zugrunde gelegt hat. Diese 180 Kalendertage stehen im Widerspruch zu den verlesenen 150 Kalendertagen. Dieser Widerspruch steht zudem nicht in Einklang mit den Festlegungen in den Excel-Sheets (Bauzeittabellen) der Auftraggeberin. Weiters handelt es sich um ein Alternativangebot. Die gegebene Aufklärung vermag daran nichts zu ändern. Die Auftraggeberin hat zudem die gebotene Aufklärung technisch und damit fachlich nicht ausreichend geprüft. Bei der Expertise XXXX handelt es sich um bloße Rechtsausführungen. Der externe Berater führt selbst aus, dass er kein Jurist sei und seine rechtlichen Ausführungen "Hinweise seien". Hätte die Auftraggeberin die gegebene Aufklärung rechtskonform geprüft (vor allem in Zusammenschau mit den strengen Vorgaben zu Bauablauf, Baureihenfolge und Mindestvortriebsgeschwindigkeiten, etc.) so hätte sich gezeigt, dass diese Erklärung der Zuschlagsempfängerin unplausibel und technisch nicht umsetzbar ist.

[...]

XXXX: Der Widerspruch zwischen den 150 Kalendertagen (Angebotsdeckblatt) und den 180 Kalendertagen (Bauzeittabellen) führt dazu, dass nachträglich die Bauzeittabellen und damit die Preise für die zeitgebundenen Kosten geändert und angepasst werden müssen. Die Bauzeittabellen weisen schließlich eine Verkürzung von 180 Kalendertagen auf. Eine Regelung für eine derartige nachträgliche Änderung sehen die Ausschreibungsunterlagen mit dem gewählten Abrechnungsmodell nicht vor. Eine Regelung wie die "Umrechnung" zu erfolgen hat, gibt es nicht.

XXXX: Dies wird bestritten. Abgerechnet wird nur nach den angebotenen Preisen.

XXXX: Wird auch bestritten, wir verweisen auf die Bestimmungen zu den Bonusregelungen, die es dem Auftragnehmer ausdrücklich erlaubt, im Rahmen der Ausführung eine kürzere Bauzeit zu erreichen.

VR: Wir kommen nun zum Punkt 3.3 des NPA (Gesamtpreis sei nicht erklär- und nachvollziehbar)

Die Auftraggeberin erläutert dem Senat anhand von Tabellen in der vertieften Angebotsprüfung wie sie die vertiefte Angebotsprüfung beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchgeführt hat. Der Senat nimmt Einblick in die Prüfungstabellen und lässt sich beispielhafte Zeilen erklären.

XXXX: Die wesentlichen Positionen wurden herausgefiltert und untersucht auf Auffälligkeiten und Plausibilität. Wenn es Auffälligkeiten gab, dann wurden diese im Zuge der Aufklärungsgespräche mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgeklärt. Weiters wurden diverse Preisspiegel über die Teilangebote und Gesamtangebote der einzelnen Bieter erstellt und tiefergehende Auswertungen wurden in Spezialauswertungen vorgenommen, beispielsweise vorwiegend zum Tunnelbau. Die vertiefte Angebotsprüfung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat ergeben, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar sind und somit ausschreibungs- und gesetzeskonform. Das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung ist zusammenfassend im Vergabebericht dokumentiert.

XXXX: Ich verweise auf meinen Schriftsatz vom 12.07.2018, insbesondere darauf, dass eine vertiefte Angebotsprüfung aufgrund der Preisdifferenz von 3,8 Prozent zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin gar nicht erforderlich gewesen wäre.

XXXX: Aus dem der Antragstellerin vorliegenden Vergabebericht über das eigene Angebot und der Information der Auftraggeberin, dass der Vergabebericht und der Prüfablauf betreffend das Angebot der Zuschlagsempfängerin ident seien, ergibt sich Folgendes: Die Auftraggeberin hat die Einhaltung der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere des Bauablaufes und der Montagereihenfolge im Hinblick auf die Einhaltung der Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen nicht ausreichend geprüft. Die Auftraggeberin schließt daraus, dass die von der Auftraggeberin vorgegebenen Bauzeittabellen unverändert verwendet werden darauf, dass "von der festgelegten Reihenfolge (ohne Abweichung)" nicht abgewichen worden wäre. Eine weitergehende detaillierte Prüfung unterblieb. An dieser Stelle wird dieses Ergebnis der Akteneinsicht auch zum Vorbringen im Hinblick auf Punkt

3.4. Nachprüfungsantrages erhoben. Spezialauswertungen dazu sind an der Stelle des Vergabeberichtes nicht angeführt.

XXXX: Im Vergabebericht ist auf Seite 59 die Prüfung des Bauablaufs bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zusammenfassend festgehalten und dokumentiert. Im Vergabebericht wird insbesondere auf Beilage K.53 verwiesen, in dem der Bauablauf der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dargestellt ist. Der Bauablauf bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist in Übereinstimmung zum Bauzeitplan der Ausschreibung (welcher die vertragliche Reihenfolge enthält) dargestellt. Im Übrigen war das Thema Bauablauf mehrmals und im Detail Gegenstand von Aufklärungsgesprächen, sowohl bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, als auch bei der Auftraggeberin.

Die Auftraggeberin erläutert anhand von Beilage K.53 zum Vergabebericht, in dem der Bauablauf der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dargestellt ist. c

XXXX: Wir schließen uns den Ausführungen der Auftraggeberin an.

XXXX: Die Antragstellerin begehrt Akteneinsicht in die Beilage K.53, gerne auch unter Schwärzung der detaillierten Prüfschritte der Auftraggeberin, da es sich bei der schematischen Darstellung um eine Ausarbeitung der Bieter und nicht der Auftraggeberin handelt. Darüber hinaus zeigt sich, dass die Mindestvortriebsgeschwindigkeiten bei Nachtsprengverboden und Nachtbohrverboden nicht überprüft wurden, es wurde offenbar lediglich eine grobe Überprüfung der Reihenfolge gem. Teil B5.02, nicht aber im Hinblick auf Punkt 3.5.1.26 durchgeführt.

XXXX: Wir sprechen uns gegen eine Offenlegung der Beilage K.53 aus, da dort der Bauzeitplan der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die Detailabwicklung des Baus im Details dargestellt ist.

VR: eine Akteneinsicht kann in die Beilage K.53 nicht gewährt werden, da diese offenkundig Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Form von Details der Abwicklung des Baus darstellt.

XXXX: Die Antragstellerin ersucht um Bekanntgabe, ob die Beilage K.53 eine detaillierte Prüfung der für die Brücke relevanten Montagereihenfolge beinhaltet?

XXXX: Eine Überprüfung der vertraglich vorgesehenen Reihenfolge der Bauarbeiten kann aufgrund dieser Beilage erfolgen. Eine weiterführende detaillierte technische Prüfung ist aufgrund des technischen Berichts, welche mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgegeben wurde, erfolgt. Das Ergebnis war, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin technisch für in Ordnung befunden wurde.

XXXX: Wo ist, wenn nicht in Beilage K.53, das Ergebnis über die Ausschreibungskonformität der Montagetätigkeit der Brücke dokumentiert und festgehalten?

XXXX: Das Ergebnis der Prüfung ist im Vergabebericht unter Punkt

4.5.3.4 unter der Überschrift "Bauablauf" festgehalten.

XXXX: Gibt es noch Beilagen zu diesem Punkt 4.5.3.4?

XXXX: Nein.

XXXX: Ich beantrage Akteneinsicht in den Punkt 4.5.3.4

Der Senat nimmt Einsicht in den Punkt 4.5.3.4. Akteneinsicht wird nicht gewährt, da es sich um einen Prüfbericht betreffend das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handelt.

VR: Wir kommen nun zum Punkt 3.4 des NPA (ausschreibungswidrige Leistungsansätze).

XXXX: Die Auftraggeberin bringt vor, dass in der Ausschreibung, anders als von der Antragstellerin vorgebracht, keine Mindestvortriebsgeschwindigkeit ausgeschrieben wurde. Vielmehr hat der Bieter eine garantierte Mindestabschlagsleistung pro Tag zu erreichen. Eine Mindestabschlagsleistung bedeutet, dass mindestens drei Sprengungen pro Tag vorgenommen werden müssen. Dies ist auch in der Ausschreibung so vorgesehen. Die Einhaltung dieser Vorgabe wurde von der Auftraggeberin auf Basis der vorgelegten Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (insbesondere der eingesetzten Geräte und des Personals) überprüft. Die vertragliche Geschwindigkeit wurde von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit dem Angebot angeboten und von der Auftraggeberin im Rahmen der Angebotsprüfung geprüft. Das Ergebnis dieser Prüfung ist, dass die angebotene Geschwindigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu den anderen Bietern unauffällig und plausibel ist. Die von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 03.08.2018 vorgelegte Tabelle 3 (Seiten 22 und 24) stammt im Übrigen nicht aus den Vorgaben der Ausschreibung, sondern nur von der Antragstellerin selbst erstellt. Im Vergabebericht ist das Ergebnis der Prüfung in Beilage L.53 dokumentiert.

Der Senat nimmt Einsicht in die Beilage L.53 und lässt sich diese erläutern.

XXXX: Unser diesbezüglicher Vorwurf lautet dahingehend, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Mindestvortriebsgeschwindigkeit, welche sich aufgrund der Anzahl der täglichen Abschläge errechnen, nicht erfüllt.

XXXX: Die mögliche Abschlagslänge ist kein bestimmter Längenwert, sondern eine Bandbreite der Länge des Abschlags. Die Antragstellerin hat in ihrem Angebot die jeweils maximal mögliche Abschlagslänge angeboten, woraus sehr hohe garantierte Vortriebsgeschwindigkeiten resultieren. Andere Bieter haben die garantierte Vortriebsleistung innerhalb der zulässigen Bandbreite mit geringeren Längen des Abschlags als die Antragstellerin angeboten, woraus sich eine niedrige Vortriebsgeschwindigkeit ergeben kann. Auch diese dadurch resultierenden niedrigen Vortriebsgeschwindigkeiten sind ausschreibungskonform.

XXXX: Aufgrund der Vorgaben in der Ausschreibung hat der Bieter mit den vorgegebenen Maximalabschlägelängen zu kalkulieren und diese zu berücksichtigen. Eine andere Vorgehensweise führt dazu, dass die Kalkulation des Bieters und damit auch insgesamt der Gesamtpreis unplausibel ist. Die nunmehrige Ansicht der Auftraggeberin bestätigt das Vorbringen der Antragstellerin. Auf Tabelle 3 im Schriftsatz vom 03.08.2018 wird verwiesen, es wird um amtswegige Überprüfung der Einhaltung der täglichen Vortriebsleistungen in dem von der Zuschlagsempfängerin abgegebenen Bauzeittabellen (WR4 und WR6) ersucht.

[...]

Der Senat nimmt Einsicht in die Bauzeittabellen WR4 und WR6 der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

XXXX: Erläuternd zu den vorgezeigten Bauzeittabellen kann gesagt werden, dass daraus die Einhaltung der Vorgaben der Ausschreibung durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hervorgeht, weil die angebotenen Vortriebsgeschwindigkeiten ausschreibungskonform sind. Dies ist auch im Vergabebericht auf Seite 59 so festgehalten.

XXXX: Es ist unstrittig, dass eine Mindestvortriebsgeschwindigkeit sich nicht unmittelbar aus der Ausschreibung ergibt, sondern diese mittelbar über die Länge der Abschläge in der Ausschreibung vorgegeben wird. XXXX: Aus den Ausführungen der Auftraggeberin und mangels Akteneinsicht der Antragstellerin kann sich nur ergeben, dass die Auftraggeberin die sich aus Punkt 3.5.1.26 ergebende Mindestvortriebsleistung nicht überprüft hat.

VR: Wir kommen nun zum Punkt 3.5 des NPA (angeblich fehlende Befugnis).

XXXX: Die Auftraggeberin verweist einleitend auf Punkt 1.1.26.2 in Teil B1 der Ausschreibung über den Nachweis der Befugnis. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat gegenüber der Auftraggeberin nachgewiesen, dass diese über

eine entsprechende Befugnis verfügt. Im Detail verweise ich darauf, dass das Unternehmen XXXX über eine Befugnis als "Ersterzeuger von nicht gefährlichen Abfällen, die Sammel- und Transportvorgänge für ihre eigenen Abfälle durchführen", verfügt. Dies wurde der Auftraggeberin durch einen Auszug der Handelskammer von Vicenza nachgewiesen. Dieses Unternehmen ist somit gemäß den Vorgaben der Ausschreibung und § 24a AWG bereits selbst befugt, die von der Antragstellerin angeführten vermeintlich kritischen Leistungen Positionen 190102A und 190102C (HG14 OG81 Seiltunnel-Aushub und BGV zu erbringen. Im Übrigen wird vorgebracht, dass für die Erbringung dieser Position, bei der es sich um den reinen Aushub in einer Größenordnung 1.100 Kubikmeter (das entspricht ungefähr dem Aushub beim Bau eines Einfamilienhauses) von Erdmaterial handelt, noch gar keine abfallrechtliche Befugnis erforderlich ist. In weiterer Folge übergibt die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Abfall an einen namhaft gemachten Subunternehmer, der ebenfalls über die erforderlichen Befugnisse verfügt.

XXXX: Schon das BIEGE-Mitglied XXXX verfügt im Sinne des Punktes B1.1.1.26.2 der Ausschreibungsunterlagen über eine entsprechende Befugnis im Herkunftsland, nachgewiesen durch den Auszug des Registers bei der Handelskammer Vicenza. Gemäß § 24a Abs. 2 Z3 des österreichischen AWG unterliegen Inhaber einer Erlaubnis eines Mitgliedsstaates keiner weiteren Erlaubnispflicht nach AWG. Das erklärt sich schon daraus, dass die Vorgaben der Abfallrahmenrichtlinie 2008/98/EG durch das Nationale Gesetz ("italienisches AWG") erfüllt sind. Im Übrigen schließt sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin den Ausführungen der Auftraggeberin an, wonach für die von der Antragstellerin ins Treffen geführten Leistungen ohnedies keine Befugnis nach AWG erforderlich gewesen wäre. Darüber hinaus handelt es auch gar nicht um kritische Leistungen, sodass selbstverständlich die Befugnis auch über den nominierten Subunternehmer abgedeckt wäre.

XXXX: Die von der XXXX ins Treffen geführte Befugnis betrifft lediglich den in Beilage .Q näher definierten Umfang (Kategorie 2 bis). Die Befugnis ist daher eingeschränkt und nicht gleichwertig. Sie umfasst nicht das Behandeln. Das Sammeln ist eingeschränkt. Die Antragstellerin ersucht um Bekanntgabe, bei welchem Unternehmen es sich um XXXX handelt.

XXXX: Es handelt sich um dieXXXXDiese verfügt gemäß dem Bescheid des Landeshauptmannes von Oberösterreich vom 28.08.2017 über umfassende Befugnisse zur Sammlung und Behandlung von nicht gefährlichen und gefährlichen Abfällen. Die Befugnis ist auch im EDM abrufbar. Die kritische Leistung HG14 umfasst im Übrigen nur den Aushub und das Laden von Bodenaushub und damit gar nicht das Behandeln von Abfällen. Im Übrigen ist gemäß den Vorgaben in der Ausschreibung die Verwertung und Beseitigung von Abfällen von den kritischen Leistungen ausgenommen.

XXXX: Die Antragstellerin hält fest, dass die Subunternehmerin offenbar lediglich für ihren Leistungsteil "Erdbau und Deponie" namhaft gemacht wurde. Das Brechen des Tunnelausbruches (Position HG 22 OG02580211) stellt jedoch keine derartige Leistung dar. Brechen stellt eine Behandlung dar. XXXX verfügt über keine Befugnis zum Behandeln. Die übrigen BIEGE-Mitglieder ebenfalls nicht. Die Subunternehmerin wurde für diesen Leistungsteil nicht namhaft gemacht und übernimmt diesen auch nicht. Im Übrigen wird auf die Ausführungen in der letzten Stellungnahme verwiesen.

XXXX: Der Subunternehmer XXXX wurde auch unter anderem für die Position HG 22 OG02580211 namhaft gemacht. Die Auftraggeberin hat den namhaft gemachten Subunternehmer auch im Hinblick darauf geprüft, siehe dazu Beilage I.1 "Abfallberechtigung Firma XXXX" zum Vergabebericht.

Der Senat nimmt Einsicht in die Beilage I.1 "Abfallberechtigung Firma XXXX".

XXXX: Ich hinterfrage die Subunternehmerklärung betreffend die Firma XXXX im Hinblick auf ihren Umfang und die Namhaftmachung.

XXXX: Der Auftraggeber legt die Subunternehmererklärung vor und bringt ergänzend vor, dass der Subunternehmer XXXX im Hinblick auf die in der Beilage I.1 angeführten erforderlichen Befugnisse geprüft wurde. Darüber hinaus ist das Vorbringen der Antragstellerin unzutreffend, dass es sich bei dem erwähnten Brechen um eine Abfallbehandlung im Sinne des AWG handle, sondern lediglich um ein Förderfähigmachen des Ausbruchsmaterials durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin, damit das Ausbruchsmaterial in weiterer Folge zur Deponie abtransportiert werden kann.

XXXX: Erst in der Deponie findet dann die Verwertung bzw. Beseitigung statt.

VR: Wer soll die Arbeiten bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der Position 580211 durchführen?

XXXX: Die Firma XXXX.

XXXX: Wo im Angebot steht, dass die Firma XXXX diesen Leistungsteil übernehmen wird?

XXXX. Der Subunternehmer XXXX hat gegenüber der Bietergemeinschaft eine Verpflichtungserklärung abgegeben, nach der er sich gem. Punkt 3 für die Subunternehmerleistungen "Erdarbeiten und Deponie" gegenüber dem Bieter zur Subunternehmerleistung verpflichtet. Unter dem Begriff "Erdarbeiten" fallen auch Arbeiten in Bezug auf Tunnelausbruchsmaterial. In Punkt 4 der Verpflichtungserklärung gibt der Bieter der Bietergemeinschaft die ausdrückliche, verbindliche und unwiderrufliche Zusage, unter anderem seine Befugnis, die zur Ausführung des Auftrages erforderlich sind, dem Bieter zur Verfügung zu stellen und die Punkt 3 angegebenen Leistungen im Falle der Zuschlagserteilung zu erbringen. Insofern deckt sich die Subunternehmererklärung mit den Ausführungen des Geschäftsführers der präsumtiven Zuschlagsempfängerin XXXX und dem Ergebnis der Prüfung der Befugnisse des Subunternehmers XXXX im Vergabebericht Beilage I.1. Dort sind von der Antragstellerin angeführten Positionen auf ihre Übereinstimmung mit den Befugnissen des Subunternehmers XXXX im Bereich "Erdbau" geprüft und dokumentiert.

XXXX: Die Zuschlagsempfängerin selbst hat zwischen Erdbau und Aufbereitung unterschieden. Das Brechen des Tunnelausbruchs (im Tunnel selbst) ist nicht erfasst. Es handelt es sich um keine Erdbauarbeiten. Die Verfügbarkeitsklärung der Subunternehmerin deckt daher nicht die angesprochenen Leistungen ab. Mangels Namhaftmachung der XXXX für diesen Leistungsteil und mangels Befugnis der XXXX zur Behandlung, bleibt es bei der gerügten Rechtswidrigkeit. Ich ersuche um Akteneinsicht in die Beilage I.1 zum Vergabebericht der Zuschlagsempfängerin.

XXXX spricht sich gegen die Akteneinsicht der Antragstellerin aus, weil in diesem Prüfdokument des Auftraggebers ein konkreter Subunternehmer der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Detail im Hinblick auf bestimmte Leistungspositionen und damit korrespondierende Befugnisse geprüft und dokumentiert wurde. Dabei handelt es sich um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Bieters.

VR: Die Akteneinsicht wird verweigert, da es sich um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse des Bieters handelt.

XXXX: Die Antragstellerin hält fest, dass diese Aufteilung in genannter Beilage nicht aus dem Angebot der Zuschlagsempfängerin stammt und offenbar auch nicht mit dem Angebot abgegeben wurde. Es kann sich daher um keine Geheimnisse der Zuschlagsempfängerin handeln. Der Antrag auf Akteneinsicht bleibt daher aufrecht.

VR: Von der Auftraggeberin wurde ein Dokument "Ausschreibungsunterlagen" in der Verhandlung ausgeteilt. Sind die darin enthaltenen Ausschreibungsteile richtig?

Alle Parteien bejahen dies."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH hat einen Bauauftrag im Oberschwabenbereich, der nach dem Bestbieterprinzip in einem offenen Verfahren mit EU-weiter Bekanntmachung vergeben werden soll, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 05.12.2017 und in der EU am 06.12.2017 erfolgt. Die Zuschlagsentscheidung vom 29.06.2018 ist zugunsten der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. XXXX GmbH 2. XXXX und 3. XXXX ergangen. (Schreiben der Auftraggeberin vom 10.07.2018)

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise (gegliedert nach dem Vorbringen im Nachprüfungsantrag) wie folgt:

"Vergabeverfahren A26 Linzer Autobahn, Etappe 1

Gesamtangebot für Baulos 1 - Brücke und Straßenbau/Teil 1 und Baulos

2 - Tunnel- und Straßenbau/Teil2

Ausschreibungsunterlagen in der Fassung 7. Berichtigung (B.1) und 6. Berichtigung (B.5).

Zu Punkt 3.2 im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin

Teil B.1

1.1.6 Teilangebote und Teilvergabe

Gemäß § 106 (3) BVergG wird festgelegt, dass eine Legung von Teilanboten zulässig ist.

Teilangebote haben sich entweder auf den Bereich der Bauleistungen Baulos 1 (Teilleistung Baulos 1: Brücke und Straßenbau/Teil 1) oder der Bauleistungen Baulos 2 (Teilleistung Baulos 2: Tunnel- und Straßenbau/Teil 2) zu beziehen.

Der Bieter kann daher ein Gesamtanbot und/oder ein Teilangebot für nur eine Teilleistung und/oder Teilangebote für beide Teilleistungen abgeben.

Sollte der Bieter mehrere Angebote legen (z.B. zwei Teilangebote und ein Gesamtangebot, siehe Angebotsdeckblatt), so wird jedes dieser Angebote bei der Bestbieterermittlung getrennt berücksichtigt und kann somit auch getrennt den Zuschlag erhalten.

Den Zuschlag erhält jene Kombination von Teilangeboten oder jenes Gesamtangebot, die (das) in Summe, dh in einer Gesamtbetrachtung über alle Teilleistungen, das beste Ergebnis für den Auftraggeber bewirkt (siehe dazu B.5 00B105E). Dies bedeutet, dass es auch zu einer Kombination der jeweils besten Teilanbote unterschiedlicher Bieter zu einer Gesamtleistung kommen kann.

1.1.7 Mehrfachbeteiligungen von Unternehmen

....

Wie bereits in Punkt 1.1.6 erwähnt, darf jedoch jeder Bieter ein Gesamtangebot und/oder ein Teilangebot für die Teilleistung Baulos 1 und/oder ein Teilangebot für die Teilleistung Baulos 2 legen. Da die gegenständlichen Teilleistungen unterschiedliche Fachbereiche ("Brückenbau" einerseits und "Tunnelbau" andererseits, siehe soeben Punkt 1.1.6) betreffen, ist es Unternehmen weiters gestattet, ein Gesamtangebot mit einem anderen Unternehmen (im Rahmen einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft oder in einer Subunternehmerkonstellation) zu legen und parallel dazu ein Teilangebot für eine der beiden Teilleistungen zu legen, sofern es den betroffenen Unternehmen gelingt nachzuweisen, dass die Angebote völlig unabhängig voneinander formuliert worden sind und folglich keine Gefahr einer Beeinflussung des Wettbewerbs unter den Bietern besteht.

Ob die Teilleistung im Rahmen des Gesamtangebotes anders als die Teilleistung im Rahmen des Teilangebotes kalkuliert wird, bleibt den Bietern überlassen.

1.1.12 Form und Einreichung der Angebote

Jeder Bieter hat die Möglichkeit, ein Gesamtangebot und/oder ein Teilangebot für die Teilleistung Brückenbau (Baulos 1) und/oder ein Teilangebot für die Teilleistung Tunnelbau (Baulos 2) zu legen und hat die hierfür jeweils vorgesehenen Angebotsdeckblätter (inkl. zugehöriger Formblätter) zwingend zu verwenden. Legt ein Bieter daher z.B. ein Teilangebot für die Teilleistung Brückenbau (Baulos 1), hat er zwingend das Angebotsdeckblatt "Teilangebot Teilleistung Baulos 1" zu verwenden. 1.1.27 Alternativangebote und Abänderungsangebote

1.1.27.1 Zulassung von Alternativangeboten und Abänderungsangeboten

...

Alternativangebote § 81 BVergG

Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung sind zugelassen. Jedes Alternativangebot muss die Formalerfordernisse eines ausschreibungskonformen Hauptangebotes erfüllen. Jedes Alternativangebot hat einen gesonderten Gesamtpreis zu enthalten.

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>