jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2020/10/6 W187 2233882-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 06.10.2020

Entscheidungsdatum

06.10.2020

Norm

BVergG 2018 §112 Abs3
BVergG 2018 §12 Abs1 Z4
BVergG 2018 §125
BVergG 2018 §134
BVergG 2018 §141 Abs1 Z7
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §20 Abs1
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344
BVergG 2018 §347 Abs1
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2
BVergG 2018 §5
BVergG 2018 §78 Abs1
BVergG 2018 §88
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W187 2233882-2/40E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, DI Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der Bietergemeinschaft bestehend

aus 1. AAAA , 2. BBBB vertreten durch die WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „S 7 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West – Baulos 02, Erd- und Kunstbauten Großwilfersdorf – km 0,500 bis km 4,700“ 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, vom 10. August 2020 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 24. September 2020 zu Recht erkannt:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA und 2. BBBB „die Entscheidung der Auftraggeberin vom 29.7.2020, wonach beabsichtigt wird, der CCCC den Zuschlag zu erteilen(‚Zuschlagsentscheidung‘), für nichtig zu erklären“, ab.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 10. August 2020 beantragte die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. AAAA , 2. BBBB vertreten durch die WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, in der Folge Antragstellerin, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, das Anberaumen einer mündlichen Verhandlung, die Akteneinsicht, die Ausnahme von der Akteneinsicht in das eigene Angebot, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „S 7 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West – Baulos 02, Erd- und Kunstbauten Großwilfersdorf – km 0,500 bis km 4,700“ 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.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts bezeichnet die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss und nennt als drohenden Schaden den Entgang des zu lukrierenden Gewinns, die frustrierten Kosten der Teilnahme am Vergabeverfahren, die entrichteten Pauschalgebühren, die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung, den Verlust von bedeutenden Marktanteilen angesichts der Baudauer von 31 Monaten und den Verlust eines Referenzprojekts. Die Antragstellerin erachtet sich generell in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Diskriminierung, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung, im Recht auf transparente und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung, im Recht auf Ausscheiden eines auszuscheidenden, insbesondere nicht ausschreibungskonformen Angebotes, im Recht auf Ausscheiden eines unzulässigen (nicht gleichwertigen) Alternativangebots, im Recht auf Berücksichtigung ausschließlich vergleichbarer Angebote bzw Nicht-Berücksichtigung sowie Ausscheiden nicht vergleichbarer Angebote, im Recht auf rechtskonforme Zuschlagsentscheidung, im Recht auf Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter und im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden, verletzt. Sie macht Ausführungen zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und der Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags.

1.2 Als Gründe für die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung gibt sie im Wesentlichen an, dass die Ausschreibung keine tauglichen Mindestanforderungen zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthalte. Die Ausschreibung lasse Alternativangebote neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zu. Weitere Ausführungen fänden sich in Punkt 1.1.32.5 Teil B.1 und in Position 00B108A des Leistungsverzeichnisses Teil B.5. Bei der Anforderung der „Gebrauchstauglichkeit“ handle es sich um einen unbestimmten Begriff, der insbesondere keine inhaltliche Anforderung oder Parameter zur Prüfung beinhalte. Nach der Stellung eines von der Antragstellerin beigezogenen Sachverständigen stelle diese keine taugliche Mindestanforderung dar und könne einer gesetzeskonformen, nachvollziehbaren Gleichwertigkeitsprüfung nicht zugrunde gelegt werden. Die Auftraggeberin

müsse in der Ausschreibung transparente und nachvollziehbare Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten festlegen. Fehlten diese, dürften Alternativangebote nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht berücksichtigt werden. Ein Verweis auf eine nationale Rechtsvorschrift genüge nicht. Dies gelte auch für den Verweis auf die „Gebrauchstauglichkeit". Es fehlten die Parameter. Das Kriterium sei nicht transparent und nachvollziehbar. Dem Kriterium „Standsicherheit" komme neben dem Kriterium „Tragsicherheit" keine weitere Bedeutung zu. Diese beiden Kriterien trügen daher ebenfalls nicht zur Konkretisierung der Prüfung der Gleichwertigkeit bei. Es sei daher nicht möglich, auf Grundlage der Kriterien in der Ausschreibung die Gleichwertigkeit transparent, vorhersehbar und nachvollziehbar hinsichtlich eines Alternativangebots mit Asphalt-Oberbau zu prüfen. Daher dürften Alternativangebote mit einer Asphalt-Oberbauausführung bei der Ermittlung des besten Angebots nicht berücksichtigt werden.

1.3 Man müsse die Lebensdauer in die „Gebrauchstauglichkeit" einbeziehen. Es sei verwunderlich, dass die Auftraggeberin nichts Vergleichbares festgelegt habe. Der Sachverständige sehe die Lebensdauer eines Asphalt-Oberbaus mit 20 Jahren, jene eines Beton-Oberbaus mit 30 Jahren. Das entspreche dem Pavement Management System der Auftraggeberin. In dem später zurückgezogenen Aufklärungsersuchen vom 2. April 2020 habe die Auftraggeberin um eine Lebenszykluskostenanalyse für „die Gesamtkosten (Kosten für Neubau und Erhaltung) und den Restwert am Ende der Bemessungsperiode nach 30 Jahren" ersucht. Damit sei klar, dass Alternativangebote mit Asphalt-Oberbau keine gleichwertige Gebrauchstauglichkeit aufwiesen. Dies entspreche der Einschätzung der Autoren auf https://www.baunetzwerk.biz/asphalt-oder-beton. Mangels Gleichwertigkeit (mangelnde Gebrauchstauglichkeit) seien folglich sämtliche Alternativangebote, die eine Asphalt-Oberbau-Ausführung anstelle einer Betonausführung anböten, vom Vergabeverfahren gemäß § 141 Abs 2 Z 7 BVergG auszuscheiden.

1.4 Der Nachweis der Gleichwertigkeit von Asphalt-Oberbauten sei auch formal gar nicht möglich. Der Nachweis der Gleichwertigkeit müsse sich aus dem Angebot ergeben. Eine nachträgliche Definition oder Heranziehung von Gleichwertigkeitskriterien sei nach der Rechtsprechung unzulässig. Aus Sicht der Antragstellerin sei davon auszugehen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die erforderlichen Nachweise zur Gleichwertigkeit einer Ausführung mit Asphalt-Oberbau auch rein formal nicht erbracht habe bzw auch gar nicht – jedenfalls nicht objektiv nachvollziehbar – habe erbringen können. Das ergebe sich auch aus dem Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin von 2. April 2020. Hätte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin diesen Nachweis bereits mit dem Angebot vorgelegt gehabt, wäre die Nachforderung nicht nötig gewesen. So seien die Alternativangebote mit Asphalt-Oberbau auch mangels tauglichen Nachweises der Gleichwertigkeit aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin mehrmals mündlich mitgeteilt, dass für sie eine Ausführung mit Asphalt-Oberbau nicht in Frage käme. Der Nachweis der Gleichwertigkeit sei „nur" hinsichtlich Asphalt-Alternativen unmöglich gewesen bzw könne er nicht nachvollziehbar geführt werden. Dies betreffe keine sonstigen Alternativen, die die ausgeschriebene Beton-Oberbau-Ausführung vorsähen.

1.5 Der Bericht über den Vergleich und die Bewertung von Oberbauvarianten sei kein Nachweis der Gleichwertigkeit. Er nehme keinen Bezug auf die Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten in den Ausschreibungsunterlagen. In Punkt 3.3 finde sich eine „Wirtschaftlichkeitsanalyse (Lebenszykluskostenanalyse)". Dies weiche von den Festlegungen der Ausschreibung ab. Die Grundlagen des Berichts seien wegen der Schwärzungen nicht nachvollziehbar.

2 Am 13. August 2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, erstattete ausdrücklich kein Vorbringen zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

3. Mit Schriftsatz vom 17. August 2020 erhob die CCCC vertreten durch die bpv Hügel Rechtsanwälte GmbH, Dr. Florian Neumayr, LL.M., Rechtsanwalt, ARES-Tower, Donau-City-Straße 11, 1220 Wien, in der Folge in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, begründete Einwendungen, in denen sie auch zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausführte.

3.1 Die Behauptungen der Antragstellerin träfen nicht zu. Der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation, weil sie keine Chance auf den Zuschlag habe. Wenn Alternativen nicht berücksichtigt würden, wobei angesichts der Mindestanforderungen nicht zwischen Alternativen mit Asphalt-Oberbau und solchen mit Beton-Oberbau

unterschieden werden könne, bleibe es bei den Hauptangeboten. Das Hauptangebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei billiger als jenes der Antragstellerin.

3.2 Die Antragstellerin stelle ein Kartell dar, weil es sich bei den an der Bietergemeinschaft beteiligten Unternehmen um Wettbewerber handle. Beide gehörten zu den größten Bauunternehmen Österreichs. Es sei auszuschließen, dass sie den gegenständlichen Auftrag nicht jeweils alleine ausführen könnten. Die Absprache in zu einer Bietergemeinschaft habe somit ganz offensichtlich nicht den Zweck verfolgt, ausreichend Ressourcen zu bündeln, um überhaupt den Auftrag zu erlangen und abwickeln zu können, sondern den Kreis der am Markt tätigen Unternehmen zur verringern und sich hinsichtlich des Angebots abzustimmen. Es müsse daher offenkundig vom Vorliegen einer bezweckten Wettbewerbsbeschränkung ausgegangen werden. Die Bietergemeinschaft der Antragstellerin sei kartellrechtlich unzulässig und ihr Angebot sowie jedes Alternativangebot jedenfalls auszuscheiden. Daher fehle der Antragstellerin die Antragslegitimation.

3.3 Der Begriff der „Gebrauchstauglichkeit" sei in der RVS definiert. Die Antragstellerin habe daher vor Angebotslegung ihre Chancen abschätzen können. In der gegenständlichen Ausschreibung seien bewusst Alternativangebote mit Asphalt-Oberbau ermöglicht worden. Die Antragstellerin habe selbst solche Alternativangebote abgegeben. Es sei nicht statthaft, dass die Antragstellerin nach Bestandskraft der Ausschreibung versuche, nun durch „die Hintertür" die Zulässigkeit bestimmter Alternativangebote zu Fall zu bringen. Die Gebrauchstauglichkeit sei in technischer Hinsicht definiert. Eine wirtschaftliche Entwicklungsrechnung oder dergleichen sei nicht gefragt. Es sei etwa ausgeschrieben worden, dass der Oberbau Lastklasse 40 genügen müsse. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe etwa die Bautype AS4 mit Lastklasse 42 angeboten. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge dem Nachprüfungsantrag, insbesondere dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, nicht folge geben und macht Ausführungen zur Einsicht in ihr Angebot.

4 Am 19. August 2020 nahm die Auftraggeberin zu dem Nachprüfungsantrag Stellung. Nach einer kurzen Darstellung des Sachverhalts nimmt sie zu der Tendenz des Nachprüfungsantrags Stellung.

4.1 Die Vorgaben der Antragstellerin zu Alternativangeboten bei Bauaufträgen und das Ergebnis der Angebotsprüfung seien bereits mehrmals Gegenstand von Nachprüfungsverfahren gewesen und diese seien für vergaberechtskonform erklärt worden. Die Mindestanforderungen seien für den durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt verständlich festzulegen. In der Ausschreibung seien Mindestanforderungen an Alternativangebote definiert worden. Der Vergleich mit Anforderungen an Zuschlagskriterien sei vergaberechtlich verfehlt. Bei den Adressaten der gegenständlichen Ausschreibung handle es sich ausschließlich um im Baubereich tätige, technisch versierte Personen. Die einschlägigen Vorschriften seien somit einem durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt bekannt. Die Gebrauchstauglichkeit sei ein technischer Begriff, der in der RVS definiert sei. Diese sollte den Mitgliedern der Bietergemeinschaft als fachkundige Unternehmen sehr wohl bekannt sein. Der Begriff der Gebrauchstauglichkeit sei im Zusammenhang mit den beiden anderen technischen Begriffen Standsicherheit und Tragsicherheit zu lesen. Dabei handle es sich um klar definierte technische Anforderungen. Jedes Alternativangebot könne an dieser technischen Anforderung gemessen werden. Somit enthalte die Ausschreibung entsprechende transparente und nachvollziehbare Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten. Es überrasche auch, dass dennoch die Beton-Alternative der Antragstellerin verglichen werden können solle.

4.2 Im Speziellen werde im Straßenoberbau die Gebrauchstauglichkeit durch weitere technische Parameter über den – auf die Straßenoberfläche bezogenen – sogenannten „Gebrauchswert" konkretisiert. Würden die gemäß RVS geforderten Anforderungen für den Straßenoberbau eingehalten, sei technisch die Gebrauchstauglichkeit gegeben. Das gelte auch für alle anderen Alternativen im Bereich des Straßenoberbaus. Für alle Oberbaukonstruktionen müsse gemäß RVS 03.08.63 eine identische technische Bemessungslebensdauer von 30 Jahren auf Bundesstraßen A und S angesetzt werden. Daraus ergebe sich eine Gleichwertigkeit der Gebrauchstauglichkeit, der Tragsicherheit und der Standsicherheit für alle in der RVS aufgelisteten Oberbauvarianten, wenn die Zuordnung zur verkehrsabhängigen Lastklasse korrekt vorgenommen worden sei, was gegenständlich der Fall sei. Somit sei auch die angebotene Alternative 3 der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Hinblick auf die Gebrauchstauglichkeit gleichwertig. Es seien auch Erhaltungsmaßnahmen einzuplanen, um die Gebrauchstauglichkeit über die einheitliche Bemessungsperiode von 30 Jahren sicher zu stellen. Dies sei unstrittiger Stand der Technik. Die von der Antragstellerin vorgelegte Beurteilung entspreche nicht mehr dem Stand der Technik. Diese Vorgabe sei auch in der aktuellen Version

des Pavement Management Systems umgesetzt und sollte der Antragstellerin bekannt sein.

4.3 Das Vorbringen der Antragstellerin über die Unmöglichkeit der Nachweise zur Gleichwertigkeit der Alternativangebote mit Asphalt-Oberbau sei derart unsubstantiiert und irreführend, dass im Detail nicht darauf eingegangen werden könne. Die Ausschreibung definiere an mehreren Stellen, wie der Nachweis der Gleichwertigkeit erfolgen können und dass es sich teilweise um nachforderbare Unterlagen handle. Die Auftraggeberin habe die Prüfung der Gleichwertigkeit ausschreibungskonform durchgeführt. Sie habe eine Stellungnahme eingeholt, die auf Basis der vorliegenden Zahlen zu dem Ergebnis komme, dass die untersuchten Alternativangebote unter Betrachtung der Lebenszykluskosten wirtschaftlich gleichwertig seien. Das Gutachten beinhalte auch einen direkten technischen und wirtschaftlichen Vergleich der unterschiedlichen Oberbauvarianten. Der Gutachter habe über Auftrag der Auftraggeberin auch die Ergebnisse der umfangreichen Stellungnahme in einer gesonderten Ergänzung zusammengefasst. Daraus ergebe sich, dass der Nachweis der Gleichwertigkeit vollumfänglich erbracht worden sei. Die Antragstellerin wende unterschiedliche Maßstäbe der Argumentation auf ihre eigenen Alternativangebote und jene anderer Bieter an. Es sei auch erstaunlich, dass die Antragstellerin die Bestimmungen über Alternativangebote in der Ausschreibung erst nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung rüge.

4.4 Über den von der Antragstellerin gerügten Bericht über die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten hinaus habe die Auftraggeberin noch eine Stellungnahme über die Gleichwertigkeit des für den Zuschlag vorgesehenen Alternativangebots vom 14. August 2020 eingeholt. Diese komme zu dem Schluss, dass dieses Angebot nach den Vorgaben der RVS technisch und wirtschaftlich gleichwertig sei. Es werde auch deutlich, dass das Hauptangebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin das günstigste sei. Die Auftraggeberin beantragt, das Bundesverwaltungsgericht möge den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung abweisen.

5 Am 19. August 2020 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens in elektronischer Form vor.

6. Am 20. August 2020 erließ das Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W187 2233882-1/3E eine einstweilige Verfügung und untersagte der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

7. Am 2. September 2020 brachte die Antragstellerin zwei getrennte Stellungnahmen zu den begründeten Einwendungen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und zu der Stellungnahme der Auftraggeberin ein.

7.1 Zu den begründeten Einwendungen führt sie im Wesentlichen aus, dass ihr Antragslegitimation zukomme, da bei Ausscheiden aller Asphalt-Alternativen ihre Alternativangebote 3 und 7 jeweils an erster Stelle zu reihen und daher für den Zuschlag in Aussicht zu nehmen seien.

7.2 In den Ausschreibungsunterlagen fänden sich keine Festlegungen zum Kartellrecht. Für den Ausschlussgrund des § 78 Abs 1 Z 4 BVergG seien Feststellungen der Auftraggeberin notwendig, die jedoch nicht getroffen worden seien. Es liege kein Kartell oder keine Wettbewerbsbeschränkung vor. Es hätten fünf Bieter Angebote abgegeben, die preislich 2 bis 3 % auseinanderlägen. Die Bildung der Antragstellerin habe den Wettbewerb gefördert, da die Bildung einer Bietergemeinschaft aus Kapazitätsgründen sinnvoll gewesen sei. Die AAAA sei im unmittelbaren Anschluss zum gegenständlichen Bauvorhaben bereits im Rahmen einer anderen Arbeitsgemeinschaft, mit der Ausführung des Bauloses 01 beauftragt Das Baulos 08 der S7 werde bereits in der selben ARGE-Konstellation ausgeführt. Die daraus resultierenden Synergien und Dispositionsmöglichkeiten seien ua der Grund für die Bildung der Bietergemeinschaft und für die Auftraggeberin vorteilhaft. Darüber hinaus erbringt der ARGE-Partner BBBB regelmäßig keine Erdbauarbeiten, weshalb die ARGE-Bildung sinnhaft war. Weder aus den Marktanteilen noch aus den sonstigen Marktverhältnissen am österreichischen Markt für Bauleistungen lasse sich ein Kartellverstoß ableiten. Die Bildung einer Bietergemeinschaft führe nicht automatisch zu einem „Kartellverdacht". Ein einzelnes Bauvorhaben sei kein relevanter/abgegrenzter Markt und daher für eine kartellrechtliche Betrachtung ungeeignet. Auch das zweitgrößte Bauunternehmen Österreichs habe sich nur im Rahmen einer Bietergemeinschaft an der gegenständlichen Ausschreibung beteiligt.

7.3 Die festgelegten Mindestanforderungen seien für die Beurteilung der Gleichwertigkeit nicht ausreichend. Asphalt-Alternativen seien nach der Ausschreibung nicht „bestandskräftig" zugelassen. Die Definition der „Gebrauchstauglichkeit" in der RVS gehe nicht über eine schwammige, allgemeinsprachliche Begriffsdefinition hinaus. Es fehlten insbesondere technische Parameter. Die Antragstellerin habe trotz gegenteiliger Rechtsansicht Asphalt-Alternativen abgegeben, weil diese erheblich billiger auszuführen seien und sie sonst keine Chance gehabt hätte. Im

Übrigen sei der Umstand, dass die Antragstellerin auch Asphalt-Alternativangebote gelegt habe, für die Beurteilung der verfahrensgegenständlichen Sachverhalts- und Rechtsfragen ohne jegliche Relevanz.

7.4 Zu den Ausführungen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Gleichwertigkeit werde auf den Nachprüfungsantrag verwiesen. Entweder habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit ihrem Angebot keine „wirtschaftliche Entwicklungsrechnung" abgegeben oder sie habe den Nachweis der Gleichwertigkeit nicht erbracht. Die Ausführungen der Antragstellerin zur Lebensdauer beruhten auf langjährigen Erfahrungen.

7.5 Zu der Stellungnahme der Auftraggeberin führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin die „Strategie" oder „Motivlage" der Antragstellerin zu ergründen versuche, was aber ohne Relevanz sei. Vor dem Hintergrund des unklaren Bedeutungsinhalts des Gleichwertigkeitskriteriums „Gebrauchstauglichkeit" könne es denklogisch nur eine Alternativvariante geben, die aufgrund ihrer identen Oberbauausführung und Gebrauchseigenschaften jedenfalls gleichwertig sei, nämlich alternative Betonoberbauausführungen. Bei diesen müsse auch keine Lebenszykluskostenrechnung oder dergleichen angestellt werden, um deren Gleichwertigkeit darzulegen, weil eine Betonausführung naturgemäß gleich gebrauchstauglich wie eine Betonausführung sei. Die Antragstellerin habe Asphalt-Alternativen angeboten, um konkurrenzfähig zu sein. Die Ermittlung der Gleichwertigkeit von Asphaltalternativen sei auf Basis der veröffentlichten Mindestanforderungen schlicht nicht möglich. Die mangelnde Festlegung von ausreichenden Mindestanforderungen an Alternativangebote präkludiere auch nicht.

7.6 Die Rechtsprechung sei im Sinne der Antragstellerin eindeutig. Die Mindestanforderungen an Alternativangebote müssten transparent festgelegt werden. Das Wörterbuch Verkehrswesen werfe mehr Fragen auf als es Antworten gebe. Die darin verlangten objektiven oder nicht objektiven Gebrauchseigenschaften verlangten Festlegungen in der Ausschreibung, die im gegenständlichen Vergabeverfahren fehlten. Die Zusammenschau von „Standsicherheit" und „Tragsicherheit" helfe nicht. Im Gegensatz zu Betondecken (Instandsetzung im Schnitt erst nach mehr als 30 Jahren) müsse die Deckschicht von Asphaltvarianten durchschnittlich alle zehn Jahre vollkommen ersetzt werden. Das zeige die erheblich verringerte „Gebrauchstauglichkeit" von Asphaltdecken. Asphaltvarianten verursachten aufgrund des erhöhten Rollwiderstandes höheren Verbrauch und erhöhten die Unfallgefahr. Alternativen mit Beton-Oberbau seien als zulässige Alternativangebote anzusehen.

7.7 Wenn nach RVS 03.08.63 für Bundesstraßen A und S eine idente technische Bemessungslebensdauer von 30 Jahren für alle Oberbauvarianten angesetzt werden müsse, stelle sich die Frage, warum die Auftraggeberin überhaupt komplexe Gebrauchswertberechnungen für ihre Lebenszyklusbetrachtungen zuerst von den Bietern einfordere und dann doch selbst erstelle. Nach der Logik der Gleichwertigkeit müssten diese überflüssig sein. Bei der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit verschweige die Ausschreibung die Parameter und sei daher intransparent.

7.8 Der Nachweis der Gleichwertigkeit der Asphalt-Alternativen sei für die Bieter nicht möglich gewesen, weshalb die Auftraggeberin drei Gutachten habe einholen müssen. Im BVergG sei vorgesehen, dass die Bieter die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten nachweisen müssten. Es sei zu prüfen, ob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erst nachträglich zum Nachweis der Gleichwertigkeit ihrer Alternativangebote aufgefordert worden sei, weshalb deren Angebote auszuscheiden seien.

7.9 Das Alternativangebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin schneide nach den Ausführungen der Auftraggeberin wirtschaftlich am besten ab, wenn das Hauptangebot einen bestimmten Wert überschreite. Die Auftraggeberin verschweige, aufgrund welcher Kriterien dieser Wert ermittelt worden sei. Damit habe die Auftraggeberin die Bieter im Unklaren gelassen und Kosten für die Ausarbeitung von Alternativangeboten verursacht. Die Antragstellerin beantragt Akteneinsicht im größtmöglichen Umfang in die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgelegten Nachweise zur Gleichwertigkeit und die darauf aufbauenden Gutachten sowie in die ihre eigenen Angebote betreffenden und dennoch nur geschwärzt zur Verfügung gestellten Punkte 2.4 und 3.3 des Dokuments „Vergleich und Bewertung von Oberbauvarianten".

8. Am 14. September 2020 nahm die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass sich der Nachweis der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten mit den festgelegten Mindestanforderungen leicht führen lasse. Die Antragstellerin wolle nur für bestimmte Alternativangebote den Nachweis führen lassen. Sie spreche von „Zusicherungen" der Auftraggeberin, die ihr ein Sonderwissen verschafften. Bei der gegenständlichen Ausschreibung seien Alternativen mit Beton- und Asphaltoberbau zugelassen. Die gestellten Mindestanforderungen an Alternativangebote den Oberbau betreffend würden durch Anwendung der gemäß RVS

03.08.63 definierten standardisierten Oberbauausführungen der entsprechenden Lastklasse klar, transparent und nachvollziehbar nachgewiesen und eingehalten. Jedenfalls seien dabei „Lebenszyklusberechnungen“ oder dergleichen von den Bietern nicht gefordert. Unter den Mindestanforderungen werde die Gebrauchstauglichkeit festgelegt. Dieser Begriff sei von den Richtlinien für den Straßenbau, den RVS definiert. Die Definition sei, wie auch die anderen Vorgaben in den RVS, Ergebnis jahrelanger Branchenerfahrung und Praxis. Das Wörterbuch gebe diesen – freilich im RVS-Regelwerk einheitlich verwendeten und für jeden in der Branche verständlichen – Begriff zutreffend wieder. Von einer „nachträglichen Heranziehung des Wörterbuchs Verkehrswesen“ könne keine Rede sein. Auch vermeine die Antragstellerin dann selbst „von Asphaltvarianten“ eine „erheblich verringerte ‚Gebrauchstauglichkeit‘ gegenüber Betondecken“ ausmachen zu können und sie messe ihre Betonalternativen ohnedies „problemlos“ anhand „der festgelegten Mindestanforderungen“, also auch anhand der Gebrauchstauglichkeit. Alternativen seien per Definition nicht genau dasselbe wie im Amtsentwurf vorgesehen, sonst handelte es sich nicht um eine Alternative, sondern das Hauptangebot. Dementsprechend sei jede Alternative an den festgelegten Mindestkriterien zu messen. Dabei sei die Gebrauchstauglichkeit ein taugliches Kriterium, wie die Auftraggeberin zu Recht festgelegt habe, oder sie sei es nicht. Wenn sie es aber nicht sei, dann sei keine Alternative nach den Grundsätzen des lauteren und fairen Wettbewerbs und der Bietergleichbehandlung zuzulassen – gegenständlich mit der Konsequenz, dass es der Antragstellerin schon an der Antragslegitimation mangle. Im Übrigen verweist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf ihre begründeten Einwendungen.

9. Mit Schriftsatz vom 15. September 2020 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass nach der bestandsfesten Ausschreibung als Amtsentwurf ein Betonoberbau ausgeschrieben und eine Asphaltalternative nicht ausgeschlossen sei. Hätte die Antragstellerin Zweifel gehabt, hätte sie eine Bieteranfrage stellen müssen. Es habe keine „Zusicherungen“ der Auftraggeberin gegeben und die Antragstellerin habe nicht davon ausgehen können, dass die Auftraggeberin Asphaltalternativen ausscheiden würde. Die Antragstellerin verstricke sich zu dem Begriff der „Gebrauchstauglichkeit“ in rechtliche und faktische Widersprüche. Zusammengefasst argumentiere sie, dass die Alternativbestimmung so unbestimmt sei, dass die Ermittlung der Gleichwertigkeit zumindest von Asphaltalternativen unmöglich sei. Betonalternativen seien jedenfalls im Hinblick auf die Gebrauchstauglichkeit gleichwertig. Auch die Betonalternative der Antragstellerin sei an den Bestimmungen über die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten der Ausschreibung zu messen. Bei der Alternative der Antragstellerin werde die Oberbauausführung geändert, da sie eine andere Ausführung der ungebundenen Tragschichten vorsehe, die nicht nur Änderung der Schichtarten, sondern auch zu einer Änderung des eingesetzten Materials führe. Daher sei sie ebenfalls auf ihre Gebrauchstauglichkeit zu prüfen gewesen. Der Einsatz von Zement könne einen Einfluss auf die Umweltverträglichkeitsprüfung, insbesondere die wasserrechtliche Beurteilung haben. Da es sich um einen alternativen Ausführungsvorschlag handle, sei dieser an den Kriterien für die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zu messen. Wenn die Mindestanforderungen zu unbestimmt seien, könne auch das Alternativangebot der Antragstellerin nicht daran gemessen werden. Die Ausschreibung sei nach dem objektiven Erklärungswert zu verstehen. Der Begriff der „Gebrauchstauglichkeit“ sei für jeden fachkundigen Bieter aus dem Bereich des Straßenbaus ausreichend klar. Es gehe um die technische Eignung eines Bauwerks für seinen bestimmungsgemäßen Verwendungszweck. Der Begriff der „Gebrauchstauglichkeit“ werde mit den beiden anderen – unzweifelhaft technischen – Begriffen „Standsicherheit“ und Tragsicherheit“ verwendet. Auch das Angebot der Antragstellerin wäre nicht prüfbar, wenn der Begriff zu unspezifiziert wäre. Im Vergabeakt sei die Prüfung der Gleichwertigkeit umfangreich dokumentiert. Die Angebotsprüfung der Auftraggeberin dokumentiere, dass sowohl Asphalt als auch Beton aus Sicht der Oberbaudimensionierung gleichwertig und gleich gebrauchstauglich seien. Diese Beurteilung entspreche dem Stand der Technik. Die Asphaltalternative der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erfülle alle technischen Vorgaben, wie sie in der RVS gefordert seien. Auf den Aspekt des unterschiedlichen Aufbaus der unter dem Beton liegenden Tragschichten gehe die Antragstellerin nicht ein. Dieser sei selbstverständlich auch an den Mindestanforderungen für Alternativangebote zu messen. Die Lebenszyklusberechnung entspreche dem Stand der Technik und sei im Handbuch Pavement Management System in Österreich definiert. Sie entspreche internationalen Vorgaben und Empfehlungen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe die erforderlichen Nachweise ordnungsgemäß erbracht. Die Auftraggeberin hält ihre Anträge aufrecht.

10. Am 22. September 2020 erstattete die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass keine Auslegung der Mindestanforderungen an Alternativangebote denkbar sei, die eine mangelnde Gleichwertigkeit von Betonalternativen begründen könnte. Anders sei es bei Asphaltalternativen. Die Gleichwertigkeit

bedürfe einer Reihe von nachträglichen Berechnungen. Die von der Antragstellerin angebotene Alternative 3 betreffe lediglich die unter dem Betonoberbau liegenden ungebundenen Tragschichten und sei technisch derart geringfügig, dass sie jedenfalls zu keiner Veränderung hinsichtlich der Stand-, Tragsicherheit und auch Gebrauchstauglichkeit führten. Auch entsprächen die Alternativen der Antragstellerin klar den sonstigen Mindestanforderungen an Alternativangebote sowie den UVP- und wasserrechtlichen Vorgaben. Die Auftraggeberin anerkenne die Erfüllung der RVS als ausreichenden Gleichwertigkeitsnachweis. In Punkt 1.1.32.5 in Teil B.1 werde festgelegt, dass die Prüfung der Gleichwertigkeit ua auf Grundlage der RVS durchgeführt werde. In Position 00B108A des Leistungsverzeichnisses fänden sich die projektspezifischen Mindestanforderungen. Den projektspezifischen Mindestanforderungen komme ein eigener Bedeutungsinhalt zu. Das nachträgliche Umdeuten bzw Ignorieren der projektspezifischen Mindestanforderungen durch die Auftraggeberin verstoße folglich gegen ihre eigenen Festlegungen in der Ausschreibung. Auffällig sei zudem, dass die Auftraggeberin stets lediglich die „Oberbaubemessung" heranziehe bzw nur von einer Gleichwertigkeit „aus Sicht der Oberbaudimensionierung" ausgehe. Sie rekurriere damit wiederum bloß auf die Lastklasse nach RVS, die aber keinerlei Aussage über die Gebrauchstauglichkeit oder die Lebenszykluskosten treffe. Entsprechend komme in der RVS 03.08.63 für Oberbaubemessung das Wort „Gebrauchstauglichkeit" oder „gebrauchstauglich" auch nirgends vor. Auch sonst fänden sich in den RVS keinerlei Angaben oder Festlegungen zu Lebenszykluskosten(-berechnungen), Bemessungsdauern, Instandhaltungsaufwand bzw -intervallen, Instandhaltungskosten oÄ. Auch wenn die RVS bei Bundesstraßen A und S für Zwecke der Berechnung der maßgebenden Verkehrsbelastung für Beton- und Asphaltdecken eine einheitliche Bemessungsperiode von 30 Jahren zugrunde lege, bedeute das entgegen der Behauptung der Auftraggeberin auch in keiner Weise eine „Gleichwertigkeit". Die RVS setzt sich mit dem Instandhaltungsaufwand gar nicht auseinander. Nicht nachvollziehbar sei die Argumentation der Auftraggeberin im Übrigen auch, wenn sie meine, der Begriff der Gebrauchstauglichkeit würde dadurch definiert, dass er gemeinsam mit anderen „technischen" Begriffen und zwar Tragsicherheit und Standsicherheit kombiniert werde. Der Bericht der beiden externen Gutachter der Auftraggeberin sei der Antragstellerin nur stark geschwärzt übermittelt worden. Eine „standardisierte Berechnungsmethodik" wie im Handbuch Pavement Management System beschrieben sei nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen. Diese Prüfung sei nicht auf Grundlage der Mindestanforderungen an Alternativangebote erfolgt. Die Auftraggeberin habe auch die wirtschaftliche Gleichwertigkeit als Mindestanforderung an Alternativangebote festgelegt. Die Auftraggeberin habe versäumt, von den Bietern Lebenszykluskosten oä zu verlangen. Es sei weder von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in ihren Angeboten die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nachgewiesen worden, noch lasse sich die wirtschaftliche Gleichwertigkeit aus der RVS ableiten. Es sei nicht Sache der Auftraggeberin, die wirtschaftliche Gleichwertigkeit nachzuweisen. Es sei auch die Methode zum Nachweis der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit nicht in der Ausschreibung festgelegt. Es sei auch der entsprechend höhere Instandhaltungsaufwand der Asphaltdecke nicht ausreichend berücksichtigt worden. Dies decke sich mit der Stellungnahme des Sachverständigen der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe ursprünglich keine Asphaltdecke zulassen wollen. In einem anderen Baulos des selben Projekts habe die Auftraggeberin Asphaltdecken ausdrücklich ausgeschlossen. Sie lasse externe Sachverständige die Arbeit erledigen, die Bieter mit ihrem Angebot hätten erledigen müssen. Die Antragstellerin beantragt, die beiden Verfasser der „Stellungnahme und Wirtschaftlichkeitsbetrachtung" zur mündlichen Verhandlung als Zeugen zu laden. Die Antragstellerin legt mit der Stellungnahme ua eine Stellungnahme eines Technikers

11. Am 24. September 2020 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER, Rechtsvertreter der Antragstellerin: In der Stellungnahme „Vergleich und Bewertung Oberbauvarianten" der Autoren DDDD und EEEE wurden die projektspezifischen Mindestanforderungen nicht geprüft. Schon aus der Einleitung der Stellungnahme ist ersichtlich, dass eine solche Prüfung auch nicht vom Gutachtens-Auftrag umfasst war. Insbesondere die Gebrauchstauglichkeit wurde daher im Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen gar nicht – weder von der Auftraggeberin noch den Autoren – geprüft. Auftragsgegenständlich waren für das Gutachten lediglich nicht vorgesehene Inhalte, wie eine Bewertung der Dimensionierung der Oberbauvariante, eine Lebenszykluskostenvariante und „sonstiger relevanter Bewertungsindikatoren", was keinesfalls mit der Prüfung der Gebrauchstauglichkeit oder der technischen und wirtschaftlichen Gleichwertigkeit gleichzusetzen ist. Wirtschaftliche Auswirkungen von Langsamfahrstellen und Umfahrungen wurden ebenfalls nicht berücksichtigt. Die in Punkt 3.4 der Stellungnahme vorgenommene Beurteilung der sonstigen Kriterien für den Vergleich der Varianten wurde im Übrigen geschwärzt, wobei hier auch bei der

grundsätzlichen Prüfmethodik keinerlei Geheimhaltungsinteresse besteht. Es kann daher nur vermutet werden, dass hier weitere irrelevante und in der Ausschreibung nicht vorgesehenen Kriterien fälschlicherweise als Mindestanforderungen für Alternativangebote bewertet wurden. Das Gericht wird daher um Einsichtnahme in den entsprechenden Punkt der Stellungnahme um Prüfung ersucht, ob hier in den Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen oder irrelevante in der Ausschreibung nicht vorgesehenen Kriterien geprüft wurden.

Die Lebenszyklusrechnung in Punkt 4 der Stellungnahme war zum einen in der Ausschreibungsunterlage an keiner Stelle als Mindestanforderung vorgesehen, zum anderen wurde diese auf Basis „standardisierter Lebenszyklus" und „Zustandsprognosemodell" vorgenommen, die unvorhersehbarer Weise aus folgenden wieder nicht den Ausschreibungsunterlagen angeschlossen und auch nicht veröffentlichten Unterlagen entnommen wurden: Handbuch Pavement Management in Österreich, Heft 584, Wien 2009 und Handbuch Pavement Management Österreich 2016 (unveröffentlicht, Wien, Fassung 2019) und Bewertungsstraßen Oberbau auf der Grundlage von standardisierten Lebenszyklen – Standard-Life-Cycle-Assessment (Entwurf unveröffentlicht), Wien 2019/2020. Diese unveröffentlichten Unterlagen stellen keinen Teil der Ausschreibungsunterlagen dar, wurden den Bietern nicht offengelegt und haben keinen Bezug zu den festgelegten Mindestanforderungen. Die Gleichwertigkeitsprüfung war daher unvollständig und unrichtig. Zu Punkt 2.4.7 der Stellungnahme: Abweichend von der RVS 03.08.63 wurde in der Stellungnahme willkürlich eine Betrachtungs- bzw. Bemessungsperiode von 35 Jahren gewählt. Dem gegenüber gilt laut in den Ausschreibungsunterlagen erwähnten RVS und auch dem zurückgezogenen Aufklärungsersuchen eine Bemessungsperiode von 30 Jahren. Die Stellungnahme weicht daher von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen ab und ist daher unvollständig.

Gemäß Punkt 3.3.5 der Stellungnahme ist bei der Amtsvariante erst im 29. Jahr eine größere bauliche Erhaltungsmaßnahme notwendig. Gleiches wird in der Stellungnahme Punkt 3.3.4 für die Oberbauvariante 3, also die alternative Sieben der Antragstellerin festgestellt. Nur bei einer technischen Lösung, die ebenso wie die Amtsvariante erst im 29. Jahr erst größere bauliche Erhaltungsmaßnahmen erfordert, liegt eine gleichwertige Gebrauchstauglichkeit vor. In diesem Sinne halten die Sachverständigen in Punkt 3.3.5 der Stellungnahme auch fest, dass sich die Oberbauvariante 3, also die Alternative Sieben der Antragsstellering hinsichtlich der Erhaltungsmaßnahmen nicht von der Amtsvariante unterscheidet, da der Einfluss der ungebundenen Schichten bzw. der ST-Z-Schichten identisch ist. Das bedeutet aber, dass die mit Betondecke angebotene Alternative Sieben der Antragstellerin mit der Amtsvariante auch mit dem Hintergrund der antragsgegenständlichen Mindestanforderungen gleichwertig ist, weil eben kein relevanter Unterschied besteht.

Aus Punkt 4. der Stellungnahme geht hervor, dass die Variante 1., das ist das Asphaltalternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die höchsten Lebenszykluskosten aller Angebote aufweist. Vor diesem Hintergrund ist unerklärlich, dass die Auftraggeberin dieses Angebot als wirtschaftlich gleichwertig beurteilt hat.

Aus Punkt 4. „Zusammenfassende Empfehlung" sowie der letzten Seite der übermittelten Stellungnahme (Seite 304 von 1000) geht nicht hervor, welche Alternativangebote mit dem Amtsentwurf gleichwertig sind. Es werden – soweit nicht geschwärzt – lediglich die Alternativen miteinander verglichen und hinsichtlich des Amtsentwurfes ausgeführt, bei welchen theoretischen Quadratmeter- bzw. Neubaukosten welches Angebot wirtschaftlicher ist. Auch diese Ausführungen beziehen sich jedoch nur auf die Oberbauvariante 2. (deren Alternative 9), nicht jedoch auf die Oberbauvariante 3. der Antragstellerin (Also Alternative 7. in Betonausführung). Mit anderen Worten: Es findet für die Alternative 7. der Antragstellerin kein Vergleich mit der Amtsvariante bzw. Amtsentwurf und damit keine wirtschaftliche Gleichwertigkeitsprüfung statt. Es erfolgt auch weder einer Aussage zu den tatsächlichen Preisen noch erfolgt eine Aussage zur technisch-rechtlichen oder wirtschaftlichen Gleichwertigkeit. Zusammenfassend war der in der Stellungnahme dokumentiere Prüfvorgang nicht in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt oder sonst für Bieter vorab zu erkennen.

Zu Punkt 2.4.6.1 der Stellungnahme: Die zur Berechnung der Lebenszykluskosten angesetzten Einheitspreise für Erhaltungsmaßnahmen wurden weder in der Ausschreibungsunterlage noch sonst offengelegt. Die Richtigkeit dieser Einheitspreise bzw. Baukennzahlen und die Richtigkeit der Berechnung der Lebenszykluskosten wird daher bestritten. Diese Berechnung findet keine Deckung in der Ausschreibungsunterlage. Gleiches gilt für die Rücksetzwerte laut Punkt 2.4.6.4 der Stellungnahme und den Substanzwert in Punkt 2.4.8 der Stellungnahme, die ebenfalls beide aus dem nicht offengelegten und nicht öffentlichen Handbuch Pavement Management Österreich 2016 stammen.

FFFF , Vertreter der Auftraggeberin: Gegenstand des aktuellen Nachprüfungsverfahren ist die Frage, ob die Alternative der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit der Amtsvariante gleichwertig und vergleichbar ist. Dies ist im Vergabeakt dokumentiert und somit der Nachprüfungsantrag abzuweisen. Ich verweise darauf, dass auf Seite 6 des Gutachtens die technische Gleichwertigkeit der Betonalternative der Antragstellerin erwähnt und geprüft wird. Kennen Sie die FSV?

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Nein.

FFFF : Das Handbuch Pavement Management 2009 ist auf der Homepage veröffentlicht und müsste den handelnden Verkehrskreisen bekannt sein. Zum Rest verweise ich auf unser bisheriges Vorbringen.

Dr. Florian NEUMAYR, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin: Wir stimmen zu, dass an keiner Stelle der Ausschreibung vom Bieter eine Lebenszykluskostenanalyse gefordert wird. Im Übrigen gehen die Ausführungen der Antragstellerin am Thema vorbei. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin erfüllt die Mindestkriterien und die relevanten Kriterien der RVS, es übererfüllt diese.

Richter: Sind die Begriffe „Gebrauchstauglichkeit“, „Standfestigkeit“ und „Tragsicherheit“ in der RVS definiert?

FFFF : Diese Begriffe sind in RVS definiert.

Richter: Wo genau sind diese definiert?

DDDD , von der Auftraggeberin im Vergabeverfahren beigezogener Sachverständiger: Die Standsicherheit wird in der RVS 03.08.63 über den technischen Indikator „Untergrundtragfähigkeit“ definiert und ist im Kapitel 4.2 dieser RVS über das sogenannte Verformungsmodul wertmäßig bestimmt mit mindestens 35 Meganewton pro m^2.

Richter: Sind diese Begriffe im Tiefbau branchenüblich oder fachspezifisch?

DDDD : Ja.

GGGG , Mitarbeiter der AAAA : „Standsicherheit“ und „Tragsicherheit“ sind mir geläufig, „Gebrauchstauglichkeit“ weniger.

HHHH , Mitarbeiter der BBBB : Mir sind alle drei Begriffe geläufig.

IIII , Mitarbeiter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin: „Standsicherheit“ und „Tragfähigkeit“ sind in der relevanten Oberbau-RVS ausgeführt und die „Gebrauchstauglichkeit“ ergibt sich aus dem Faktum, dass sich Asphalt und Beton zum Befahren mit Kfz eignen.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Als Mindestanforderung unter Punkt 4.2, im ersten Absatz, ist der Begriff „Tragsicherheit“ angeführt.

Richter: Verwendet die ASFINAG diese Begriffe häufig in Ausschreibungen?

FFFF : Diese drei Begriffe finden sich häufig als Mindestanforderung an Alternativangebote in Ausschreibungen. Diese drei Anforderung sind auch der Interessensvertretung der österr. Baufirmen (VIBÖ) bekannt. HHHH sitzt auch in der VIBÖ.

JJJJ , Mitarbeiter der Auftraggeberin: Die ASFINAG lädt die VIBÖ mit ihren Vertretern regelmäßig zu Arbeitssitzungen ein, bei denen die Ausschreibungsunterlagen der ASFINAG besprochen/vorgestellt werden und die VIBÖ um Rückmeldung gebeten wird, um diverse Einsprüche zu Ausschreibungsbestimmungen zu vermeiden.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Wird auch über Lebenszyklusmodelle gesprochen und die diesbezüglichen Parameter?

FFFF : Wir übermittelt die Ausschreibungsunterlagen an die VIBÖ, die diese dann an ihre Mitglieder verteilt.

Dr. Florian NEUMAYR: Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin sitzt nicht in diesen Arbeitskreisen und hat dennoch ein Angebot gelegt, dass nun für den Zuschlag in Aussicht genommen ist.

FFFF : Man sieht auch, durch wen die RVS zustande kommen.

HHHH : Ich war bei keiner Sitzung anwesend, bei der die fraglichen Begriffe diskutiert wurden. Nach meiner Erinnerung wurden im Wesentlichen Zuschlagskriterien diskutiert.

Richter: Wer gibt das Wörterbuch „Verkehrswesen“ heraus?

DDDD : Auch die FSV.

Richter: Ist das auch allgemein im Bereich des Tiefbaus bekannt?

DDDD : Ja.

GGGG : Ja.

HHHH : Nein, ich kenne es nicht.

IIII : Ja.

Richter: Was sind die Gebrauchseigenschaften des zu errichtenden Bauwerks Schnellstraße? Finden sich diese in der Ausschreibung?

FFFF : Die konkreten Anforderungen an die Gebrauchseigenschaft ergeben sich aus den jeweiligen RVS. Dies betrifft etwa die Themen „Griffigkeit", „Ebenheit", „Spurrinnen", also die Mindestanforderung an die Schnellstraße. Ein Beispiel dafür ist die RVS 08.16.01 „Anforderungen an Asphaltschichten". Eine vergleichbare RVS gibt es auch für Beton.

Richter: Wo findet man, wann ein Alternativangebot technisch, wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig ist?

FFFF : Diese Anforderungen werden in weiterer Folge in den Einschränkungen und Mindestanforderungen für Alternativangebote näher konkretisiert bzw. unzulässige Alternativen festgelegt (siehe B.5).

Richter: Enthält die Ausschreibung ein ausdrückliches Verbot von Asphaltalternativen?

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Die gegenständliche Ausschreibung enthält in den projektspezifischen Mindestanforderungen kein ausdrückliches Verbot.

Richter: Wie ist die Angebotsprüfung abgelaufen?

FFFF : Der Vorgang der Angebotsprüfung ist im Detail im Vergabebericht dokumentiert. Kurz zusammengefasst, werden in einem ersten Schritt die formalen Aspekte des Angebots geprüft, in einem weiteren Schritt die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise: Bei den Alternativen wird von den Bietern ein technische Bericht vorgelegt, anhand dessen die Alternative in einem ersten Schritt geprüft wird, sofern sich diesbezüglich Unklarheiten oder die Notwendigkeit für Aufklärungen ergeben, stellt die Auftraggeberin entsprechende Ersuchen um Aufklärung an den jeweiligen Bieter. Dieses Prozedere ist im Vergabebericht dokumentiert, der auch weiterführende Beilagen enthält. So unter anderem auch die Prüfung der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der vorgelegten Alternative. Herr KKKK ist Projektleiter, LLLL ist Vertreter des externen Ziviltechnikers, der die Angebotsprüfung durchgeführt hat. Im konkreten Bauvorhaben hat das Ziviltechnikerbüro die Rolle der örtlichen Bauaufsicht.

Richter: Welchen Aspekt überprüft die Lebenszykluskostenberechnung?

FFFF : Die Lebenszykluskostenberechnung überprüft, ob die angebotene Alternative mit der Amtsvariante zumindest wirtschaftlich gleichwertig ist.

Richter: Hat die Auftraggeberin selbst die Übereinstimmung von Alternativangeboten mit behördlichen Bewilligungen oder deren Bewilligungsfähigkeit geprüft?

FFFF : Ja.

Richter: Wer ist MMMM ?

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Er ist an der Uni Innsbruck und an der ETH Zürich im Bereich Baubetrieb, Bauwirtschaft und Baumanagement beschäftigt.

Richter: Worin besteht, die von dem Zuschlag in Aussicht genommene, Alternative?

IIII : Wir verwenden den Bautyp AS4. Der wesentliche Unterschied zum Amtsentwurf besteht darin, dass anstelle der vorgesehenen Betonbefestigung, eine Asphaltbefestigung verwendet wird, wobei mit der angebotenen Alternative eine Lastklasse von 42 realisiert wird.

Dr. Florian NEUMAYR: Es handelt sich dabei um einen standardisierten Oberbau nach der RVS. Bautyp AS4 entstammt der RVS.

Richter: Wie ist die Prüfung dieser Alternative erfolgt?

FFFF : In einem ersten Schritt erfolgte die Prüfung der technischen Gleichwertigkeit der Alternative und ihre Übereinstimmung der RVS. In einem weiteren Schritt erfolgte die Prüfung der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit der Alternative.

Richter: Wurde zur Prüfung der wirtschaftlichen Gleichwertigkeit die Lebenszykluskostenberechnung angestellt?

FFFF : Ja.

Richter: Woraus ergibt sich die Gleichwertigkeit mit dem Amtsentwurf?

Dr. Florian NEUMAYR: Die Ausschreibung verlangt Lastklasse 40. Das Alternativangebot übererfüllt diese Anforderung, in dem es eine Lastklasse von 42 anbietet.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Das Thema „Lastklasse" fällt unter technische Gleichwertigkeit, nicht unter die wirtschaftliche.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Auf Basis welcher Angebotsunterlagen der Bieter wurde die wirtschaftliche Gleichwertigkeit geprüft?

FFFF : Auf Basis des vorliegenden technischen Berichts und des Leistungsverzeichnisses.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Das heißt, die eingeforderten technischen Berichte enthielten auch Angaben zur wirtschaftlichen Gleichwertigkeit?

FFFF : Nein. Der technische Bericht bezieht sich auf technische Aspekte.

Richter: Ist es bei der ASFINAG üblich, dass Sie bei vergleichbaren Straßenbauprojekten Lebenszykluskostenberechnungen vornimmt?

FFFF : Ja.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Ich bestreite das. Das ist für Bieter jedenfalls nicht erkennbar.

DDDD : Ich bin öfter Auftragnehmer für solche Berechnungen.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Beweisthema bei einer Einvernahme von Hr. DDDD ist, auf welcher Grundlage, mit welchen Mitteln und welcher Methodik die Prüfung erfolgt ist.

FFFF : Ich spreche mich dagegen aus, da eine Zeugeneinvernahme nicht erforderlich ist, da diese Fragestellungen bereits ausführlich im Gutachten dargestellt wurden.

Die Verhandlung wird um 15.58 Uhr unterbrochen und um 16.20 Uhr fortgesetzt.

DDDD wird um 16.20 Uhr als Zeuge einvernommen.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Sie haben in Ihrer Stellungnahme „Vergleich und Bewertung von Oberbauvarianten" vom 17.6.2020 Ihren Berechnungen eine Bemessungsperiode von 35 Jahren zugrunde gelegt, warum?

DDDD : Nein. Es gibt keine Bemessungsperiode von 35 Jahren. Ich habe eine Bemessungsperiode von 30 Jahren verwendet.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Woher kommen die 35 Jahre Betrachtungsperiode?

DDDD : Die Betrachtungsperiode von 35 Jahren stammt nicht aus der RVS, wie im Gutachten angeführt.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Ist diese Lebenszykluskostenrechnung in der RVS vorgesehen?

DDDD : Ja.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Wurden Sie mit der Prüfung beauftragt, ob die angebotenen Alternativen die projektspezifischen Mindestanforderungen der Ausschreibung erfüllen?

DDDD : Ja.

Ende der Befragung des Zeugen DDDD um 16:36 Uhr.

FFFF : Es gibt zur wirtschaftlichen Untersuchung von Oberbaukonstruktionen im Straßenbau seit dem Jahr 2001 eine RVS. Das Handbuch Pavement Management in Österreich 2009 stellt eine Weiterentwicklung dieser RVS im Sinne des

Standes der Technik dar und wurde von der FSV als Heft 584 publiziert.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Zu der Hochrechnung in 2.4.6.2, Seite 16: Warum wurden Fixpreise angenommen?

DDDD : Ich habe die Zahlen von der ASFINAG bekommen.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Hat dies eine Auswirkung auf die Berechnung der Lebenszykluskosten?

DDDD : Das kann ich nicht auf die Schnelle sagen. Ich müsste es durchrechnen.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Kann man ausschließen, dass dies Auswirkungen auf das Ergebnis aus?

DDDD : Aufgrund der großen Differenzen zwischen den Varianten ist es sehr unwahrscheinlich, dass sich das Ergebnis ändert.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Im Vergleich untereinander oder im Vergleich zur Amtsvariante?

DDDD : Beides.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Wurden die Kosten für Langsamfahrstellen, Umleitungen oder andere Verkehrsbehinderungen im Rahmen von Instantsetzungs- und Erhaltungsmaßnahmen im Gutachten berücksichtigt?

DDDD : Nein.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Zu Punkt 4. bei der Zusammenfassung, Seite 32: Wurde unsere Variante mit der Amtsvariante verglichen bzw. geprüft?

FFFF : Die Alternative wurde natürlich wirtschaftlich bewertet.

Mag. Manfred ESSLETZBICHLER: Das bloße Bekanntsein eines Begriffes bedeutet nicht, dass sämtliche bewertungsrelevanten Aspekte bekannt sind. Der Antragstellerin war jedenfalls nicht bekannt, wie die Begriffe „Gebrauchstauglichkeit“, „Standsicherheit“ und „Tragsicherheit“ letztlich in der Gleichwertigkeitsprüfung ausgelegt und verwendet werden. Die Mitgliedschaft in der VIBÖ führt auch nicht dazu, dass Lebenszyklusmodelle, die der Berechnung von projektspezifischen Mindestanforderungen zugrunde gelegt werden, bekannt sind. Der seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegte technische Bericht hat nach Ansicht der Antragstellerin keine Ausführungen zur wirtschaftlichen und rechtlichen Gleichwertigkeit enthalten, weshalb ein unvollständiges Angebot vorgelegen hat.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

Der vorsitzende Richter erklärt das Ermittlungsverfahren gemäß § 39 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG wegen Entscheidungsreife für geschlossen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft schreibt unter der Bezeichnung „S 7 Fürstenfelder Schnellstraße, Abschnitt West – Baulos 02, Erd- und Kunstbauten Großwilfersdorf – km 0,500 bis km 4,700“ einen Bauauftrag mit den CPV-Codes 45000000-7 – Bauarbeiten, 45221111-3 – Bau von Straßenbrücken und 45233110-3 – Bauarbeiten für Autobahn im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 34.587.846,61 ohne USt. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte in Österreich im Lieferanzeiger vom 30. Oktober 2019 zur Zahl L-707671-9a30 und unionsweit im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 31. Oktober 2019 zur Zahl 2019/S 211-514854. (Angaben der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Ausschreibung lautet nach vier Berichtigungen und der Beantwortung von Bieterfragen, von denen sich keine Einzige auf Alternativangebote oder den dabei zulässigen Oberbau bezog, am 15. November 2019, 12. Dezember 2019, 17. Jänner 2020 und 19. Jänner 2020 in der Letztfassung auszugsweise wie folgt:

„...

Angebot

...

Die Ausschreibung besteht aus:

Davon zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion!):

Angebotsdeckblatt und Formblätter

B.1 Allg. Ausschreibungsbestimmungen

B.2 Baubeschreibung/Pläne/Gutachten

B.3 Technische Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau

B.4 Allg. rechtliche Vertragsbestimmungen

B.5 Leistungsverzeichnis inkl. LB-B-013

B.6 Bietererklärung

Adresskleber

- Angebotsdeckblatt
- ausgepreistes Leistungsverzeichnis
- K7-Blätter für wesentliche Positionen
- Vadiumsnachweis (jedenfalls schriftlich!)

Formblätter:

- Subunternehmerverzeichnis
- Personenbezogene Referenzprojekte
- Ausbildung und Berufserfahrung
- Personalentwicklung

Bei Alternativen:

Deklarationsblatt für Alternativen

...

QUALITÄTSKRITERIEN

...

B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

Bauleistungen

Offenes Verfahren

...

B.1 Ausschreibungsbestimmungen

Die Ausschreibungsbestimmungen regeln alle Aspekte im Zusammenhang mit gegenständlichen Vergabeverfahren. Sie bestehen aus

1. den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen
2. den projektspezifischen Ausschreibungsbestimmungen (LG00, ULG 00B1)

...

1.1.11 Fragen zu den Ausschreibungsunterlagen / Hinweispflicht

Sollten sich bei der Prüfung der Ausschreibungsunterlagen Differenzen, Widersprüche oder sonstige Unklarheiten und/oder (vermutete) Verstöße gegen das BVergG ergeben, ist der Bieter verpflichtet, den Auftraggeber darüber umgehend schriftlich in Kenntnis zu setzen, indem er um Klarstellung und – falls notwendig – um entsprechende Korrekturen ersucht. Den Bieter trifft somit eine vorvertragliche Hinweispflicht.

Die entsprechenden Fragen sind bei der vergebenden Stelle bis spätestens 11 (bei Verfahren mit verkürzten Fristen und Verfahren in der Unterschwelle 7) Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet später eingehende Fragen zu berücksichtigen.

Die Fragen sind mit dem Hinweis ‚Bieteranfrage' und mit der Bezeichnung des Ausschreibungsgegenstandes zu kennzeichnen.

Fragen im Zuge der Angebotsfrist sind schriftlich an den Sachbearbeiter/Ansprechpartner des gegenständlichen Vergabeverfahrens zu richten. Bei Verfahren über ProVia können Sie im Register ‚Fragen und Antworten' eine Frage stellen. Bei konventionellen Verfahren senden Sie Ihre Anfrage an die im Feld ‚Informationsübermittlung' angegebenen Kontaktdaten. Mündlich gestellte Fragen (etwa per Telefon) sind unzulässig und gelten als nicht gestellt.

Der Auftraggeber wird bis spätestens 7 (bei Verfahren mit verkürzten Fristen und Verfahren in der Unterschwelle 4) Kalendertage vor Ablauf der Angebotsfrist Antworten zu den eingelangten Fragen erteilen. Der Auftraggeber behält sich vor, Fragen einzeln oder gesammelt zu beantworten.

Antworten auf Fragen sind bei der Ausarbeitung und Erstellung des Angebots mit gleicher Verbindlichkeit wie die Angaben in den Ausschreibungsunt

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at