

TE Verg Bescheid 2013/4/4 N/0013-BVA/14/2013-31

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.04.2013

Norm

BVergG 2006 §2 Z2

BVergG 2006 §81 Abs2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 81 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "A9 Phyrn Autobahn Vollausbau Bosrucktunnel Generalerneuerung Bestandsröhre" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 22.2.2013, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), betreffend die Auftragsvergabe "A9 Phyrn Autobahn Vollausbau Bosrucktunnel Generalerneuerung Bestandsröhre" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 22.2.2013, wie folgt entschieden:

Spruch

Irömisch eins

Dem Antrag, "die Entscheidung der Auftraggeberin vom 12.2.2013, der C*** den Zuschlag erteilen zu wollen, für nichtig zu erklären", wird stattgegeben.

Die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft

(ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, betreffend die Auftragsvergabe "A9 Phyrn Autobahn Vollausbau Bosrucktunnel Generalerneuerung Bestandsröhre" vom 12.2.2013 wird für nichtig erklärt.

II.römisch zwei.

Dem Antrag, "der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Nachprüfungsantrag und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu bezahlen", wird stattgegeben.

Der Auftraggeber Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, hat der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, den Betrag von Euro 27.000,-- für die für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichteten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen zu Händen ihres Rechtsvertreters bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde national sowie EU-weit bekannt gemacht.

Auftraggeber ist die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien. Vergebende Stelle ist die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien.

Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich als Bauauftrag (§ 4 BVergG) erfolgen. Die Vergabe soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich als Bauauftrag (Paragraph 4, BVergG) erfolgen.

Zuschlagskriterien sind der Preis: 98 % und die Qualität 2 % ("Verkürzung der Ausführungsdauer" und "Verlängerung der Gewährleistungsfrist").

Insgesamt gaben vier Bieter Angebote ab.

Die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** legte ein Hauptangebot (Preis: Euro 57.236.879,68) und zwei Alternativangebote.

Die C*** legte ein Hauptangebot sowie sieben Alternativangebote. Das Alternativangebot 7 (Preis: Euro 55.073.323,15) besteht aus einer Kombination des Alternativangebotes 1 (verstärkte Zwischendecke), des Alternativangebotes 2 (Änderung Stahlgüte der Hängestangen) und des Alternativangebotes 3 (Materialverwertung). Die Alternative 1 sieht eine Verstärkung der Zwischendecke im Haupttunnel an Stelle der in der Ausschreibung vorgesehenen Verankerung der Zwischendecke mit Hängestangen vor.

Weder die Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** noch die C*** boten eine Verkürzung der Ausführungsdauer oder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist an.

Die Angebotsöffnung fand am 12.11.2012 statt. Aus der Angebotsöffnung ging das Alternativangebot 7 der C*** als erstgereihtes Angebot, deren Alternativangebot 5 als zweitgereihtes Angebot und das Alternativangebot 2 der Bietergemeinschaft bestehend 1. A*** und 2. B***, als drittgereihtes Angebot hervor. Das Hauptangebot der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B*** wurde an sechster Stelle, das Hauptangebot der C*** an elfter Stelle gereiht.

Der Auftraggeber forderte die C*** zur Vorlage diverser Unterlagen und Nachweise zu ihrer Alternative 1 (verstärkte Zwischendecke) auf. Es fanden zwei Aufklärungsgespräche mit der C*** statt. Gegenstand des ersten Aufklärungsgespräches am 9.1.2013 war die Alternative 1 (Machbarkeit der Zwischendecke ohne Hängestangen).

Den Bietern wurde am 12.2.2013 über die elektronische Vergabepattform AVA-Online mitgeteilt, dass der Zuschlag dem Angebot der C*** zu einem Gesamtpreis von Euro 55,073.323,15 erteilt werden soll.

Mit Schriftsatz vom 22.2.2013 brachte die Bietergemeinschaft bestehend 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt I wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 1.3.2013, GZ: N/0013-BVA/14/2013-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Durchführung einer

mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt. Mit Schriftsatz vom 22.2.2013 brachte die Bietergemeinschaft bestehend 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie im Spruchpunkt römisch eins wiedergegeben. Gleichzeitig wurde ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, dem mit Bescheid des BVA vom 1.3.2013, GZ: N/0013-BVA/14/2013-EV8, stattgegeben und dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühren gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 22.2.2013 brachte der Antragsteller im Wesentlichen vor:

Er habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Hauptangebot sowie zwei Alternativangebote gelegt. Das Hauptangebot weise einen Preis von Euro 57.236.879,68, auf. Eine Bauzeitverkürzung, eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist oder ein Nachlass seien nicht angeboten worden.

Laut Angebotsöffnungsprotokoll habe die C*** folgendes Hauptangebot (sowie 7 Alternativangebote) abgegeben:
Preis: Euro 59.633.063,47,

Bauzeitverkürzung: 0 Kalendertage, Verlängerung der Gewährleistungsfrist: 0

Jahre, Nachlass: 0%.

Laut Angebotsübersicht auf der Plattform AVA-Online werde das Alternativangebot 7 der C*** an erster Stelle und deren Alternativangebot 5

an zweiter Stelle gereiht. Das Alternativangebot 2 des Antragstellers werde

an dritter Stelle gereiht. Das Hauptangebot des Antragstellers werde an sechster Stelle gereiht. Die davor gereihten Angebote seien Alternativangebote. Das Hauptangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers werde an elfter Stelle gereiht. Von den abgegebenen Hauptangeboten sei demnach jenes des Antragstellers das bestgereichte Hauptangebot.

Der Auftraggeber habe dem Antragsteller mit Schreiben vom 12.2.2013 mitgeteilt, dem Angebot der C*** mit einem Gesamtpreis von Euro 55.073.323,15 den Zuschlag erteilen zu wollen.

Der Antragsteller erachte sich durch die Zuschlagsentscheidung generell in seinem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in seinen Rechten auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung aller Bieter, auf Festlegung vergaberechtskonformer Mindestanforderungen für Alternativangebote, auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, auf Ausscheiden eines unzulässigen (Alternativ)angebotes, auf Inaussichtnahme für den Zuschlag, auf Zuschlagserteilung als Bestbieter sowie auf Nichtberücksichtigung des Angebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers, verletzt.

Gemäß § 131 Abs. 1 BVergG habe der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Der Auftraggeber habe in der Zuschlagsentscheidung jedoch nicht angegeben, dass es sich beim für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebot um ein Alternativangebot handle. Die Zuschlagsentscheidung enthalte insbesondere keine Informationen darüber, ob das Alternativangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die festgelegten Mindestanforderungen erfülle und aus welchen Gründen das Alternativangebot einem Hauptangebot gleichwertig sei. Dem Antragsteller sei daher keine Einschätzung möglich, ob das Alternativangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers tatsächlich ein wirtschaftlich und technisch günstigeres Angebot als ein Haupt- bzw. Alternativangebot des Antragstellers sei. Gemäß Paragraph 131, Absatz eins, BVergG habe der Auftraggeber in der Zuschlagsentscheidung auch die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben. Der Auftraggeber habe in der Zuschlagsentscheidung jedoch nicht angegeben, dass es sich beim für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebot um ein Alternativangebot handle. Die Zuschlagsentscheidung enthalte insbesondere keine Informationen darüber, ob das Alternativangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers die festgelegten Mindestanforderungen erfülle und aus welchen Gründen das Alternativangebot einem Hauptangebot gleichwertig sei. Dem Antragsteller sei daher keine Einschätzung möglich, ob das Alternativangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers tatsächlich ein wirtschaftlich und technisch günstigeres Angebot als ein Haupt- bzw. Alternativangebot des Antragstellers sei.

Gemäß § 81 Abs. 2 BVergG habe der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen jene Mindestanforderungen zu

erläutern und ausdrücklich festzulegen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssten. Der Auftraggeber habe es jedoch unterlassen, solche Mindestanforderungen für Alternativangebote ausdrücklich festzulegen und zu erläutern. Gemäß Paragraph 81, Absatz 2, BVergG habe der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen jene Mindestanforderungen zu erläutern und ausdrücklich festzulegen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssten. Der Auftraggeber habe es jedoch unterlassen, solche Mindestanforderungen für Alternativangebote ausdrücklich festzulegen und zu erläutern.

Nach der Rechtsprechung des EuGH seien die Mindestanforderungen zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten iSd Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatzes zwingend erforderlich (EuGH 16.10.2003, Rs C- 421/01, Traunfellner, RN 29).

Die Pflicht des Auftraggebers zur Erläuterung der Mindestanforderungen gemäß § 81 Abs. 2 BVergG werde durch eine bloße Verweisung auf eine nationale Rechtsvorschrift nicht erfüllt. Nach der Rechtsprechung würden lediglich formale Festlegungen zur Ausgestaltung von Alternativangeboten und Verweise auf Normen und andere allgemeine Regelungen keine Kriterien für die Vergleichbarkeit von Angeboten darstellen. Die Erfüllung des sich aus der Ausschreibung ergebenden Ziels und Zwecks der ausgeschriebenen Leistung genüge ebenfalls nicht den Mindestanforderungen iSd § 81 Abs. 2 BVergG. Die Mindestanforderungen hätten vielmehr Eigenschaften oder Ergebnisse zu betreffen, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen würden und denen die angebotene Leistung zu genügen habe. Die Pflicht des Auftraggebers zur Erläuterung der Mindestanforderungen gemäß Paragraph 81, Absatz 2, BVergG werde durch eine bloße Verweisung auf eine nationale Rechtsvorschrift nicht erfüllt. Nach der Rechtsprechung würden lediglich formale Festlegungen zur Ausgestaltung von Alternativangeboten und Verweise auf Normen und andere allgemeine Regelungen keine Kriterien für die Vergleichbarkeit von Angeboten darstellen. Die Erfüllung des sich aus der Ausschreibung ergebenden Ziels und Zwecks der ausgeschriebenen Leistung genüge ebenfalls nicht den Mindestanforderungen iSd Paragraph 81, Absatz 2, BVergG. Die Mindestanforderungen hätten vielmehr Eigenschaften oder Ergebnisse zu betreffen, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen würden und denen die angebotene Leistung zu genügen habe.

Im konkreten Fall hätten die Alternativangebote gemäß Pkt. 1.1.26.1, Teil B.1 "Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen" aber lediglich die "Formalerfordernisse eines ausschreibungskonformen Hauptangebotes" zu erfüllen.

In Pkt. 1.1.26.5, Teil B.1 werde unter der Überschrift "Allgemeine Mindestanforderungen" ergänzend festgelegt: Alternativangebote müssen das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Mindestanforderungen sind somit insbesondere:

- -Strichaufzählung
Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und UVP (...).
- -Strichaufzählung
ÖNORMEN und EN Normen (...).
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS.
- -Strichaufzählung
Technische Vorschriften aus Erlässen und Dienstsanweisungen des (...)

BMVIT".

- -Strichaufzählung
DIN-Normen.
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Merkblätter der österreichischen Vereinigung für Beton- und Bautechnik (...).
- -Strichaufzählung
Planungshandbücher der ASFINAG (...).

Die selben Mindestanforderungen würden auch in Pkt. 00B108A Teil B.5 festgelegt.

Der Auftraggeber habe als Mindestanforderungen in die Ausschreibungsunterlagen somit lediglich Verweise auf die

geltenden Rechtsvorschriften, Normen und andere allgemeine Regelungen sowie formale Regelungen über die Form von Alternativangeboten aufgenommen, die ohnedies auch für ausschreibungskonforme Hauptangebote gelten würden.

Die Verweise auf das Bau-Soll, den Leistungsumfang, auf sämtliche Funktionsanforderungen und die sonst aufgelisteten allgemeinen, auch für Hauptangebote gültigen Rechtsvorschriften und Normen, würden dazu führen, dass Alternativangebote die identen Anforderungen wie Hauptangebote zu erfüllen hätten. Gemäß Pkt. 00B108A, Teil B.5 halte der Auftraggeber ausdrücklich fest, dass für Alternativen keine projektspezifischen Einschränkungen gelten würden. Dies bedeute, dass Alternativangebote und Hauptangebote vor dem Hintergrund der Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen identisch sein, also auch Alternativangebote allen Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen entsprechen müssten und daher ebenfalls einen "Amtsentwurf" darstellen würden. Es würde daher kein Raum für echte Alternativen iSd BVergG verbleiben. Solche "Alternativangebote" seien als unzulässige zusätzliche Hauptangebote zu qualifizieren und demzufolge auszuschneiden. Alternativangebote würden im konkreten Fall aufgrund der Festlegungen des Auftraggebers nicht von der ausgeschriebenen Leistung abweichen.

Nach der Rechtsprechung dürften Alternativangebote bei fehlenden Mindestanforderungen nicht berücksichtigt werden. Mangels der gesetzlich erforderlichen Festlegung von Mindestanforderungen sei die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten nicht möglich. Daher seien sämtliche Alternativangebote auszuschneiden und die auf das Alternativangebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers lautende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Bei der Ermittlung des Zuschlagsempfängers dürfe der Auftraggeber daher ausschließlich Hauptangebote berücksichtigen. Laut dem festgelegten Bestbieterprinzip sei der Zuschlag somit dem Hauptangebot des Antragstellers zu erteilen.

Selbst wenn der Auftraggeber konkrete Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hätte, wären die Alternativangebote 7 und 5 des präsumtiven Zuschlagsempfängers, also alle Alternativangebote des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die vor dem Alternativangebot 2 des Antragstellers gereiht seien, immer noch zwingend auszuschneiden:

Gemäß Pkt. 1.1.26.5, Teil B.1 habe das Alternativangebot dem "in den technischen Teilen" (B.3, B.5) beschriebenen Bau-Soll zu entsprechen. In den Positionen 460806A, 460806B sowie 460807A, Teil B.5 Leistungsverzeichnis, werde die Verankerung der Zwischendecke mit Hängestangen festgelegt. Überdies würden auch die ausschreibungsgegenständlichen Pläne Nr. BA 651/0 "Zwischendeckentypen Teil1" und die Nr. BA 654/0 "Details Zwischendecken, Aufhängung und Auflager" die Verankerung mit Hängestangen vorsehen.

Daher gelte als Bau-Soll jedenfalls die Ausführung mit Hängestangen. Da das Alternativangebot gemäß Pkt. 1.1.26.5, Teil B.1 dem Bau-Soll zu entsprechen habe, sei die Ausführung ohne Hängestangen auch bei Alternativangeboten unzulässig.

Das Alternativangebot 1 des präsumtiven Zuschlagsempfängers sehe eine verstärkte Zwischendecke ohne Ausführung von Hängestangen vor. Die Alternativangebote 7 und 5 des präsumtiven Zuschlagsempfängers würden auf dessen Alternativangebot 1 aufbauen. Die Alternativangebote 7 und 5 würden dem festgelegten Bau-Soll widersprechen, da sie eine Ausführung ohne Hängestangen vorsehen würden. Die Alternativangebote 7 und 5 wären daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend auszuschneiden. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger keine Hängestangen in die Angebotspreise einkalkuliert habe, seien die Alternativangebote 7 und 5 auch gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuschneiden. Das Alternativangebot 1 des präsumtiven Zuschlagsempfängers sehe eine verstärkte Zwischendecke ohne Ausführung von Hängestangen vor. Die Alternativangebote 7 und 5 des präsumtiven Zuschlagsempfängers würden auf dessen Alternativangebot 1 aufbauen. Die Alternativangebote 7 und 5 würden dem festgelegten Bau-Soll widersprechen, da sie eine Ausführung ohne Hängestangen vorsehen würden. Die Alternativangebote 7 und 5 wären daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zwingend auszuschneiden. Da der präsumtive Zuschlagsempfänger keine Hängestangen in die Angebotspreise einkalkuliert habe, seien die Alternativangebote 7 und 5 auch gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden.

Gemäß Pkt. 1.1.26.5 Teil B.1 hätten Alternativangebote auch den Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau (RVS) zu entsprechen:

Gemäß RVS 09.01.23, Seite 10, Pkt. 7.2 dürfe die Breite von Auflagerkonsolen für Zwischendecken 15cm nicht unterschreiten. Da beim gegenständlichen Baulos (Bestandsröhre des Bosrucktunnels) die Auflagerbreite < 15cm sei, werde die RVS grundsätzlich nicht eingehalten. Der Auftraggeber habe daher als Ausgleich sowohl für Haupt- als auch

für Alternativangebote vorgesehen, dass jeweils Hängestangen auszuführen seien.

Gemäß Pkt. 1.1.26.5, Teil B.1 müssten im Alternativangebot "sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben". Daher habe das Alternativangebot auch die statische Standsicherheit zu gewährleisten.

Im konkreten Fall sei das Sicherheitsniveau der Alternativangebote 7 und 5 des präsumtiven Zuschlagsempfängers der ausgeschriebenen Leistung nicht gleichwertig. In den zitierten Alternativangeboten würden die erforderlichen Hängestangen fehlen. Das Eigengewicht der Zwischendecke sei - im Vergleich mit der ausgeschriebenen Leistung - um rund 50% höher. Dadurch würden die auf die Auflager im Auskleidungsbeton wirkenden Auflagerkräfte auf das fast Vierfache erhöht. Dies bedeute, dass das Sicherheitsniveau signifikant niedriger werde. Nach der technischen Stellungnahme des Z*** (ZT-GmbH) könne einer Ausführung ohne Hängestangen keine Gleichwertigkeit mit einer Ausführung mit Hängestangen attestiert werden. Die fehlenden Hängestangen würden insbesondere im Brandfall ein hohes Sicherheitsrisiko bergen.

Aus diesen Gründen seien die Alternativangebote 7 und 5 des präsumtiven Zuschlagsempfängers mit der ausgeschriebenen Leistung weder gleichwertig noch vergleichbar.

Selbst wenn der Auftraggeber konkrete Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt hätte, wäre der Zuschlag daher dem Alternativangebot 2 des Antragstellers (Optimierung der Materialbewirtschaftung) zu erteilen.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 5.3.2013 zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst Stellung wie folgt:

Die Zuschlagsentscheidung erfülle die formalen Voraussetzungen und habe alle gebotenen Informationen zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages enthalten. Eine Begründung dafür, aus welchen Gründen eine Alternative gleichwertig sei, erübrige sich. Die Gründe für die Gleichwertigkeit würden sich aus der Erfüllung der Mindestanforderungen ergeben. Es bedürfe hiezu keiner expliziten Begründung in der Zuschlagsentscheidung.

Die Mindestanforderungen für Alternativangebote seien ausreichend festgelegt worden. Der Auftraggeber habe die Mindestanforderungen an Alternativen in Teil B 1, Pkt. 1.1.26.5, geregelt. In Teil B 5 LG 00B108 würden sich zudem projektspezifische Anforderungen finden, die in der konkreten Ausschreibung zum Teil die allgemeinen Anforderungen wiederholen und Alternativen ausschließen würden, die die straßenbaulichen Anlagenverhältnisse ändern würden. Der Auftraggeber habe damit sämtliche Anforderungen an Alternativangebote festgelegt, die für die Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung zu erfüllen seien. Die Anforderungen seien sehr spezifisch (z.B. das beschriebene Bau-Soll und der dort beschriebene Leistungsumfang etc.). Der Antragsteller vertrete die Ansicht, dass Alternativen und Hauptangebote die gleichen Anforderungen erfüllen müssten, da auf das Bau-Soll bzw. den Leistungsumfang verwiesen werde und es keine projektspezifischen Einschränkungen gebe. Damit solle offenbar ein Abgehen von den spezifischen Anforderungen des Hauptangebotes auf Positionsebene und damit auch jegliche Alternative ausgeschlossen sein. Dieser Ansicht würde schon der Wortlaut in Teil B Pkt. 1.1.26.5 entgegenstehen. Die hier formulierten Anforderungen an die Alternative (Abdecken des Bau-Solls, Erhaltung der Funktionsanforderungen und deren Qualität) seien funktionale Anforderungen. Die Alternative müsse daher nicht auf Positionsebene mit dem Hauptangebot übereinstimmen. Die Alternative des präsumtiven Zuschlagsempfängers erfülle alle Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit. Die Ansicht des Antragstellers, dass alle Alternativen des präsumtiven Zuschlagsempfängers (die keine Hängestangen für die Verankerung der Zwischendecke vorsehen würden) auszuschneiden seien, weil die Alternativen unzulässigerweise das Bau-Soll bzw. den Leistungsumfang ändern würden, sei unzutreffend. Alternativangebote müssten gemäß B 1 Pkt. 1.1.26.6 u.a. das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang abdecken und nicht etwa mit diesem übereinstimmen. Alternativen müssten nicht auf Positionsebene mit dem Hauptangebot übereinstimmen.

Auch ansonsten würde kein Ausscheidungsgrund in Bezug auf das Angebot des präsumtiven Zuschlagsempfängers vorliegen. Die Behauptung des Antragstellers, dass die Mindestbreite von Auflagerkonsolen sowie statische Standsicherheit nicht den ausgeschriebenen Funktionsanforderungen entsprechen würden und auf Grund der fehlenden Hängestangen ein erhöhtes Risiko im Brandfall bestehe, würden nicht zutreffen.

Die C***, vertreten durch Y*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger), erstattete mit Schriftsatz vom 28.2.2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 1.3.2013, begründete Einwendungen gemäß § 324 Abs. 3

BVergG:Die C***, vertreten durch Y*** (im Folgenden präsumtiver Zuschlagsempfänger), erstattete mit Schriftsatz vom 28.2.2013, beim Bundesvergabeamt eingelangt am 1.3.2013, begründete Einwendungen gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG:

Es liege keine formal rechtswidrige Zuschlagsentscheidung vor. In den Ausschreibungsunterlagen seien die Mindestanforderungen an Alternativangebote nicht mangelhaft dargestellt gewesen. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe fristgerecht vollständige und formal richtige Angebote gelegt. Das Alternativangebot sei gleichwertig und erfülle die gesetzeskonform festgelegten Mindestanforderungen an Alternativangebote.

Mit Schriftsatz vom 22.3.2013 erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine weitere Stellungnahme:

Die Zuschlagsentscheidung sei formal richtig und enthalte die gesetzlich vorgeschriebenen Informationen.

Die Mindestanforderungen an Alternativangebote seien in den Ausschreibungsunterlagen rechtskonform festgelegt worden. Die Ausschreibungsunterlage einschließlich der Bestimmungen für Alternativangebote sei bestandfest geworden und vom Antragsteller mit Unterfertigung der Bietererklärung anerkannt worden.

In Pkt.1.1.26.5 , Teil B1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen werde nicht bloß auf eine nationale Rechtsvorschrift verwiesen, in der zum Ausdruck gebracht würde, dass ein Alternativangebot die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung sicherstellen müsse. Der Auftraggeber führe vielmehr inhaltlich aus, dass Alternativangebote das in den technischen Teilen (B3, B5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken und sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssten. Dadurch werde klar gestellt, dass das Bau-Soll und die Funktionsanforderungen qualitativ gleich bleiben müssten.

Zutreffend sei, dass in den Pos. 460806A, 460806B sowie 460807A des Teiles B5 Leistungsverzeichnis die Verankerung der Zwischendecke mit Hängestangen festgelegt sei. Bei diesen Positionen handle es sich jedoch nicht um das Bau-Soll, sondern um Detailpositionen, die einer Alternative zugänglich seien.

Die Alternativangebote 5 und 7 seien in den Aufklärungsgesprächen im Rahmen der Angebotsprüfung auf "Herz und Nieren" geprüft worden. Der präsumtive Zuschlagsempfänger habe mit fundierten und umfangreichen Stellungnahmen und Unterlagen, darunter auch wissenschaftliche Arbeiten und technische Gutachten, die Gleichwertigkeit des alternativen Lösungsansatzes nachgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 26.3.2013 erstattete der Antragsteller eine Replik zu den Stellungnahmen des Auftraggebers und des präsumtiven Zuschlagsempfängers vom 5.3.2013 und vom 22.3.2013:

Die den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Teil B.1) vorrangigen Regelungen der Pos. 00B108A des LV würden als projektspezifische Mindestanforderungen die Regelungen des Pkt. 1.1.26.5 Teil B.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen verdrängen. Es könne somit dahin gestellt bleiben, ob die in Pkt. 1.1.26.5 Teil B.1 festgelegten Mindestanforderungen an Alternativangebote ausreichend seien.

Gemäß Pos. 00B108A LV seien alle aktuell gültigen Normen, Vorschriften und Richtlinien einzuhalten. Aufgrund des fehlenden Bezuges zum konkreten Projekt könnten diese jedoch keine Kriterien für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten darstellen. Einem durchschnittlichen fachkundigen Bieter könne somit nicht klar sein, welche Vorgaben ein Alternativangebot zu erfüllen habe, um als technisch gleichwertig qualifiziert werden zu können.

Zudem seien gemäß Pos. 00B108A LV alle Vorgaben der Teile B.3 und B.5 einzuhalten, sodass auch alle Positionen des LV (Teil B.5) einzuhalten seien. Angebote, die Zwischendecken ohne Hängestanden vorsehen würden, seien somit auszuschneiden.

Der Auftraggeber habe aufgrund seiner eigenen Festlegungen die Legung von Alternativangeboten faktisch unmöglich gemacht.

Mit Schriftsatz vom 2.4.2013 erstattete der Auftraggeber eine weitere Stellungnahme:

Die projektspezifischen Mindestanforderungen in Pkt. 1.1.26.5, Teil B 1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen würden die projektspezifischen Mindestanforderungen in Pos. 00B108A nicht verdrängen, sondern präzisieren. Es werde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Alternativen entsprechend der aktuell gültigen Normenvorschriften, Richtlinien sowie aller ASFINAG-Planungshandbücher anzubieten seien. Bei den projektspezifischen Mindestanforderungen handle es sich um eine Ergänzung, in der klargestellt werde, dass die jeweils aktuellen

Vorschriften anzuwenden seien. Bei jedem Projekt würden entsprechend dem Leistungsgegenstand denkmöglich nur die jeweils einschlägigen Normen und Vorschriften gelten. Dies bedeute, dass bei einem Tunnelprojekt nur jene Normen und Vorschriften gelten würden, die auch für Tunnelprojekte beachtlich sein könnten. Üblicherweise sei eine Fachfirma in der Lage bzw. werde vorausgesetzt, dass diese alle einschlägigen Vorschriften kenne.

In den projektspezifischen Mindestanforderungen werde auch auf die Einhaltung der Vorgaben der B3 und B5 verwiesen. Gerade in diesen Vorschriften würden sich detaillierte Vorgaben zu den einzuhaltenden Normen und Vorschriften finden.

Sämtliche Alternativangebote, die für den Zuschlag in Betracht gekommen wären, seien an Hand der festgelegten Mindestanforderungen geprüft worden. Eine Prüfung der Alternativangebote nach allen erdenklichen Normen sei nicht notwendig.

Der Antragsteller verkenne Wortlaut und Zweck der Bestimmung, wonach alle Vorgaben der B3 und B5 einzuhalten seien. Nach dem Zweck der Bestimmung in 00B108 A und in Zusammenschau mit den anderen Bestimmungen für Alternativen könne nicht unterstellt werden, dass der Begriff "Vorgaben" so zu verstehen sei, dass alle beschriebenen Positionen des LV einzuhalten seien. Aus dem Kontext könne diese Bestimmung nur so verstanden werden, dass die Vorgaben der B3 und B5 als funktionale Vorgaben zu verstehen seien. Aus dem Kontext und dem Zweck der Alternativbestimmungen sei klar zu erkennen, dass der Auftraggeber Alternativangebote ausdrücklich zulassen wolle. Auf Grund des für einen objektiven Dritten klar erkennbaren Zwecks der Alternativbestimmungen, nämlich Alternativangebote zu erhalten, könnten die projektspezifischen Mindestanforderungen hinsichtlich der Einhaltung der Vorgaben B 3 und B 5 nur so verstanden werden, dass es sich hierbei um funktionale Vorgaben handle und Alternativen nicht jede einzelne Position des LV erfüllen müssten bzw. nicht davon abweichen dürften.

Am 3.4.2013 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien und Zeugen, soweit entscheidungsrelevant, vorbrachten:

Antragstellervertreter: Die Legung von Alternativen sei mit dem Ziel einer Auftragsakquisition erfolgt, unter Eingehung des Risikos der nicht erfolgreichen Angebotslegung. Die Alternativangebotslegung habe sich an den für Hauptangebote festgelegten Anforderungen orientiert.

Antragsteller (Herr D***): Die Legung der Alternativen sei an den Anforderungen für Hauptangebote orientiert worden. Worauf es speziell ankomme, sei nicht bekannt gewesen.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (Herr E***): Die Legung der Alternativen sei an den Funktionsanforderungen der Ausschreibung orientiert worden. Solange die Funktion einer Alternative gleich sei, würden Alternativen gelegt werden. Der Auftraggeber habe eine Zwischendecke gewünscht. Solange die Funktionalität erfüllt sei, könne eine Zwischendeckenlösung alternativ angeboten werden. Ein fachkundiger Bieter wisse, dass es hinsichtlich der Gleichwertigkeit auf Eigenschaften wie Statik und Dauerhaftigkeit ankomme. Der Bieter trage schließlich das Risiko für die Gleichwertigkeit seiner Alternative. Es sei Usus, dass der Bauherr ausschließe, was er nicht wünsche. Der Rest, also das was angeboten werden könne, sei einem Fachkundigen klar. Das Bau-Soll der ausgeschriebenen Zwischendecke, die Funktionalität, würden auch durch eine Zwischendecke ohne Hängestangen abgedeckt. Die Zwischendecke bleibe die Gleiche, nur die Auflagerungsbedingungen seien unterschiedlich.

Auftraggeber (Herr F***): Das LV sei Bestandteil des Baus-Solls laut ÖNORM-Definition. Hinzu würden jedoch insbesondere auch die rechtlichen Vertragsbestimmungen treten. Die rechtlichen Vertragsbestimmungen würden die Voraussetzungen an Alternativen funktional umschreiben.

Auftraggeber (G***): Die funktionale Umschreibung für Alternativen sei in den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen Pkt. 1.1.26.5 und in den projektspezifischen Mindestanforderungen B.5 LG00B108A enthalten. Die Obergruppe in den projektspezifischen Bestimmungen sei die Zwischendecke. Wie diese konkret ausgestaltet werde, sei der Kreativität des Bieters überlassen. Die Tatsache, dass in der Pos. 460806A die Voraussetzungen an die Verankerung der Zwischendecke (mit Hängestangen) konkret beschrieben seien, habe keinen Einfluss darauf, dass es sich um eine bloß funktionale Vorgabe handeln würde.

Zur Frage des Antragstellervertreters, wo in den projektspezifischen Bedingungen das Wort "funktional" vorkomme: Dieses komme explizit nicht vor, brauche aber auch nicht aufzuscheinen, da die projektspezifischen Mindestanforderungen die allgemeinen Mindestanforderungen ergänzen würden. In den allgemeinen

Mindestanforderungen sei festgehalten, dass u.a. sämtliche Funktionsanforderungen erhalten bleiben müssten.

Auftraggeber (Herr H***) zur Frage, ob auf den 979 Seiten des LV irgendwo eine funktionale Leistungsposition enthalten sei: Dies sei wohl nicht der Fall. Dies müsse jedoch im Zusammenhang mit der Baubeschreibung, Plänen und dem Leistungsverzeichnis gesehen werden. Der funktionale Charakter ergebe sich aus der Zusammenschau der genannten Regelungen und sämtlicher Vertragsbestandteile. Die Funktion sei eine gewünschte Zwischendecke, wobei der Verkehrsraum vom Lüftungsraum getrennt zu sein habe. Wie dies erreicht werde, werde dem Bieter überlassen. Es müssten lediglich die einschlägigen Normen eingehalten werden.

Antragstellervertreter: Der Auftraggeber sei laut Schriftsatz vom 2.4.2013 anfänglich selbst davon ausgegangen, dass eine Ausführung ohne Hängestangen nicht möglich sei. Der Auftraggeber habe daher die technischen Vorgaben des LV offenbar ganz bewusst auch für Alternativen vorgeschrieben. Aus den Vorgaben des LV ergebe sich eine Zwischendeckenverankerung mit Hängestangen, sodass eine Zwischendeckenlösung ohne Hängestangen nicht zulässig und bei der Ausschreibungserstellung auch nicht geplant gewesen sei.

Zeuge I***: Er sei mit der technischen Angebotsprüfung befasst gewesen. Es sei auch ein externer Sachverständiger, S***, beigezogen worden.

Für die technische Gleichwertigkeitsprüfung der Alternative des präsumtiven Zuschlagsempfängers einer verstärkten Zwischendecke seien die in Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen festgelegten allgemeinen Mindestanforderungen wie Bausoll etc. herangezogen worden.

Die technische Gleichwertigkeitsprüfung sei im Zuge der Angebotsprüfung erfolgt. Die Durchsicht des Angebotes habe ergeben, dass zur Gleichwertigkeitsprüfung nähere Angaben erforderlich wären. Zu diesem Zweck sei an den Bieter mit der Aufforderung zur Vorlage von Unterlagen, Berechnungen etc. heran getreten worden. In den Angebotsunterlagen seien etwa noch keine detailstatischen Aspekte nachgewiesen worden. Hierauf hätte ein Aufklärungsgespräch stattgefunden. Die Detailstatik der Alternative sei dann geprüft und mit einem anderen System nachgerechnet worden.

Kriterien wie Statik und die in der Prüfstellungnahme vom 29.1.2013 aufscheinenden Eigenschaften wie Tragsicherheit und Gebrauchstauglichkeit seien als Kriterien herangezogen und geprüft worden. Weiters die in der RVS definierten Funktionsanforderungen an die Zwischendecke und Lastansätze. Auf das Normenwerk und die RVS werde in der Ausschreibung verwiesen.

Er sei mit der Ausschreibungsplanung und Erstellung des LV befasst gewesen. Daher wisse er natürlich, ob eine angebotene Alternative der ausgeschriebenen Leistung als gleichwertig anzusehen sei.

Es sei geprüft worden, ob die Bereiche des Pkt. 1.1.26.5 (Allgemeine Mindestanforderungen) durch die Alternative eingehalten worden seien. Zusätzlich sei auch der Bereich der Statik geprüft worden.

Antragstellervertreter: Nach Pkt. 1.1.26.2 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen müssten Alternativangebote sämtliche Nachweise für die Einhaltung der Mindestanforderungen in nachprüfbarer Form enthalten. Offensichtlich sei es zu mehrfachen Nachreichungen, Aufklärungen und statischen Berechnungen durch den präsumtiven Zuschlagsempfänger gekommen. Dies widerspreche dem Gleichbehandlungsgrundsatz sowie den Ausschreibungsfestlegungen.

Präsumtiver Zuschlagsempfänger (Herr E***): Mit dem Angebot sei eine Kurzbeschreibung (10 Zeilen) der Zwischendeckenalternative abgegeben worden. Er sei davon ausgegangen, dass damit die Gleichwertigkeit nachgewiesen sei. Sonstige Unterlagen seien erst im Zuge von Nachreichungen und Aufklärungen vorgelegt worden.

Auftraggeber (Herr F***): In der Ausschreibung (B.6) seien die Unterlagen, die in Bezug auf Alternativen nachgereicht werden könnten, definiert.

Zeuge I***: Es seien von ihm die technische Vergleichbarkeit der Alternative und nicht die einzelnen LV-Positionen geprüft worden, sondern nur die statischen Berechnungen.

In der 1. nachgereichten Statik sei nur die Zwischendecke selber berechnet worden, in der 2. nachgereichten Statik sei zusätzlich der Detailnachweis der Auflagerung der Zwischendecke in der Konsole geführt worden.

In der Ausschreibung (LV) habe man sich aufgrund wirtschaftlicher Überlegungen und der Statik für Hängestangen entschieden.

Zeuge S***: Der Informationsfluss sei von der ASFINAG gekommen. Dann habe er selbstständig gearbeitet und es sei immer wieder zu Besprechungen mit den Projektanten des Auftraggebers und dem präsumentiven Zuschlagsempfänger gekommen.

Er habe seine technische Gleichwertigkeitsprüfung an den einschlägigen ÖNORMEN, der RVS für den Tunnelbau und dem Planungshandbuch der ASFINAG orientiert. Zur Nachrechnung der Statik seien zunächst nur die Pläne des Bieters zur Verfügung gestanden. In weiterer Folge seien vom Bieter insgesamt 3 Statikberechnungen vorgelegt worden. Gemeinsam mit den Projektanten seien auf Grundlage dieser Nachreichungen Parallelrechnungen erstellt worden. Die in seinem Prüfbericht genannten Eigenschaften wie Gebrauchstauglichkeit etc. würden sich aus den einschlägigen Normen wie der RVS ergeben. Er sei erst im Stadium der Prüfung der Alternative beigezogen worden. Im Stadium der LV-Erstellung habe er mit diesem Projekt noch nichts zu tun gehabt.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A) Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Bauauftrag gemäß § 4 BVergG, der EU-weit bekannt gemacht wurde. Es liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor, das in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt werden soll (Preis: 98 %, Qualität: 2 %: Verkürzung der Ausführungsdauer, Verlängerung der Gewährleistungsfrist). Es handelt sich um einen Bauauftrag gemäß Paragraph 4, BVergG, der EU-weit bekannt gemacht wurde. Es liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor, das in Form eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip abgewickelt werden soll (Preis: 98 %, Qualität: 2 %: Verkürzung der Ausführungsdauer, Verlängerung der Gewährleistungsfrist).

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt und das Vergabeverfahren nicht widerrufen.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sub.lit.aa BVergG stellt die Zuschlagsentscheidung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub.lit.aa BVergG stellt die Zuschlagsentscheidung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG. Der Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht und erfüllt die formalen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG.

B) Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a

Zu Spruchpunkt I:

- -Strichaufzählung

Zur mangelnden Festlegung von Mindestanforderungen an Alternativangebote in der Ausschreibung:

Beim für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebot des präsumentiven Zuschlagsempfängers handelt es sich um ein Alternativangebot [Alternativangebot 7, das eine Kombination aus der Alternative 1 (verstärkte Zwischendecke), der Alternative 2 (Änderung Stahlgüte der Hängestangen) und der Alternative 3 (Materialverwertung) darstellt].

Gemäß § 2 Z 2 BVergG ist ein Alternativangebot ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 2, BVergG ist ein Alternativangebot ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters.

Gemäß § 81 Abs. 1 BVergG kann der Auftraggeber bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen, Alternativangebote zulassen. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, sind Alternativangebote nicht

zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Gemäß Paragraph 81, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollen, Alternativangebote zulassen. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

Gemäß § 81 Abs. 2 BVergG hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind. Der Auftraggeber darf nur jene Alternativangebote im Verfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen. Gemäß Paragraph 81, Absatz 2, BVergG hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen, die Alternativangebote im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung erfüllen müssen, zu erläutern und zu bezeichnen, in welcher Art und Weise diese Angebote einzureichen sind. Der Auftraggeber darf nur jene Alternativangebote im Verfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Gemäß § 106 Abs. 4 BVergG haben Alternativangebote die Mindestanforderungen zu erfüllen und die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Gemäß Paragraph 106, Absatz 4, BVergG haben Alternativangebote die Mindestanforderungen zu erfüllen und die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen

[...].

Pkt. 1.1.26.1 (Zulassung von Alternativangeboten/Abänderungsangeboten), Teil B 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen lautet:

Alternativangebote § 81 BVergG Alternativangebote Paragraph 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.

Alternativangebote sind nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig [...].

Pkt. 1.1.26.5 (Mindestanforderungen für Alternativangebote), Teil B 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen lautet:

Alternativangebote, welche mit der Ausschreibung technisch wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig und vergleichbar sind, werden mit nachstehenden Einschränkungen zum gegenständlichen Vergabeverfahren zugelassen:

- -Strichaufzählung
Rechtliche Alternativen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Bauzeitverlängerungen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Bauzeitverkürzungen sind nicht zulässig, außer sie sind als Zuschlagskriterien vorgesehen.
- -Strichaufzählung
Nachlässe aus der Verknüpfung mit anderen Baulosen sind nicht zulässig.
- -Strichaufzählung
Alternativen zu deren Planung der AN Planer (Subunternehmer o.a.m.) heranzieht, welche mit der Erstellung des AG-Projektes oder wesentlicher Vorarbeiten zu diesem Projekt beschäftigt waren, sind nicht zulässig.

Die nachfolgenden Kriterien werden zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Alternativen als Mindestanforderungen definiert.

Allgemeine Mindestanforderungen

Alternativangebote müssen das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssen in der

ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Mindestanforderungen sind somit insbesondere:

- -Strichaufzählung
Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und UVP (liegt beim AG zur Einsicht auf).
- -Strichaufzählung
ÖNORMEN und EN Normen (soweit diese nicht bereits in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden).
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS.
- -Strichaufzählung
Technische Vorschriften aus Erlässen und Dienstanweisungen des - Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie - BMVIT, Radetzkystraße 2 1030 Wien.
- -Strichaufzählung
DIN-Normen.
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Merkblätter der österreichische Vereinigung für Beton- und Bautechnik - (VEB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes.
- -Strichaufzählung
Planungshandbücher der ASFINAG veröffentlicht unter asfinag.net

Unter Pos 00B108A (Einschränkungen/Mindestanforderungen Alternativangebote), Teil B.5 des Leistungsverzeichnisses lautet es:

[...]

Projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen:

Nachstehende zusätzliche Kriterien werden für das gegenständliche Projekt definiert: Alternativen sind entsprechend den aktuell gültigen Normen, Vorschriften, Richtlinien sowie allen ASFINAG - Planungshandbüchern anzubieten. Alle Vorgaben der B3 und B5 sind auch für die Alternativen einzuhalten. Änderungen der straßenbaulichen Anlageverhältnisse sind nicht zulässig.

Schon der Wortlaut der Bestimmung des § 81 Abs. 2 BVergG (arg. "Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen Schon der Wortlaut der Bestimmung des Paragraph 81, Absatz 2, BVergG (arg. "Der Auftraggeber hat in den Ausschreibungsunterlagen die Mindestanforderungen

... zu erläutern"), macht deutlich, dass der Auftraggeber die

Anforderungen, die Alternativangebote hinsichtlich ihrer Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Leistung zu erfüllen haben, zu konkretisieren hat.

Der Auftraggeber hat sich daher nicht mit der bloßen Anordnung zu begnügen, dass die Alternative mit der ausgeschriebenen Leistung vergleichbar zu sein hat, sondern hat vielmehr zu spezifizieren, welche Kriterien und Eigenschaften maßgeblich dafür sein sollen, dass ein alternativ angebotener Leistungsvorschlag als dem ausgeschriebenen Amtsentwurf vergleichbar anzusehen ist.

Die Notwendigkeit der Festlegung von Mindestanforderungen für Alternativangebote ergibt sich jedoch nicht allein aus dem Gesetzestext, sondern auch aus der Rechtsprechung des EuGH. Der EuGH spricht in seinem Urteil vom 16.10.2003 in der Rs C-421/01, Traunfellner, aus, dass nur eine Erläuterung der Mindestanforderungen in den Verdingungsunterlagen den Bieter in gleicher Weise die Kenntnis von den Mindestanforderungen ermöglicht, die ihre Änderungsvorschläge erfüllen müssen, um vom Auftraggeber berücksichtigt werden zu können. Es geht dabei um die Verpflichtung zur Transparenz, die die Beachtung des Grundsatzes der Gleichbehandlung der Bieter gewährleisten soll (Rn 29).

Der EuGH verlangt, dass die Mindestanforderungen ausdrücklich festgelegt werden und hält fest, dass es nicht genügt, dass der Zweck der ausgeschriebenen Leistung aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich ist. Die Bieter werden nur durch die ausdrückliche Festlegung von Mindestanforderungen in die Lage versetzt, zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat. Vgl. Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 81 Rz 52 sowie VwGH vom 21.12.2004, Zl. 2004/04/0161, wonach im bloßen

Umstand, dass aus den Ausschreibungsunterlagen der Zweck der ausgeschriebenen Leistung ersichtlich ist, was regelmäßig der Fall ist, noch keine Festlegung von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten gesehen werden kann, die die Bieter in der vom EuGH geforderten transparenten Weise in die Lage versetzt, zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat. Der EuGH verlangt, dass die Mindestanforderungen ausdrücklich festgelegt werden und hält fest, dass es nicht genügt, dass der Zweck der ausgeschriebenen Leistung aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich ist. Die Bieter werden nur durch die ausdrückliche Festlegung von Mindestanforderungen in die Lage versetzt, zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat. Vgl. Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 81, Rz 52 sowie VwGH vom 21.12.2004, Zl. 2004/04/0161, wonach im bloßen Umstand, dass aus den Ausschreibungsunterlagen der Zweck der ausgeschriebenen Leistung ersichtlich ist, was regelmäßig der Fall ist, noch keine Festlegung von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten gesehen werden kann, die die Bieter in der vom EuGH geforderten transparenten Weise in die Lage versetzt, zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat.

Laut EuGH in der Rs Traunfellner muss der Auftraggeber in der Lage sein, seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung und an die in den einzelnen Unterpunkten enthaltenen Leistungsbeschreibungen, beispielsweise die Tragfähigkeit einer Brücke oder die Belastbarkeit und Lebensdauer eines Straßenbelags, zu formulieren. Den möglichen Einwand, dass es mangels Kenntnis, zu welchen Punkten Alternativen angeboten würden, in der Praxis nicht möglich sei, im Vorhinein alle Kriterien anzugeben, erklärt der EuGH für unbeachtlich.

Der Auftraggeber legt in Pkt. 1.1.26.5 (Allgemeine Mindestanforderungen), Teil B 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, fest, dass Alternativangebote das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken müssen und sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen.

Dazu verweist der Auftraggeber beispielhaft auf Richtlinien und Normen.

Diese Anordnung erschöpft sich sinngemäß darin, dass Alternativangebote der ausgeschriebenen Leistung in technischer Hinsicht (Bau-Soll), wie auch in quantitativer und qualitativer Hinsicht gleichwertig zu sein haben. Damit wird lediglich "Selbstverständliches" wiedergegeben, da es sich andernfalls schon begrifflich um keine Alternative handeln kann. Der angebotene "Ersatz" muss naturgemäß den gleichen Umfang aufweisen (quantitative Gleichwertigkeit des Alternativangebotes) und qualitativ gleichwertig sein (vgl. Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 81, Rz 28, 89, 108). Diese Anordnung erschöpft sich sinngemäß darin, dass Alternativangebote der ausgeschriebenen Leistung in technischer Hinsicht (Bau-Soll), wie auch in quantitativer und qualitativer Hinsicht gleichwertig zu sein haben. Damit wird lediglich "Selbstverständliches" wiedergegeben, da es sich andernfalls schon begrifflich um keine Alternative handeln kann. Der angebotene "Ersatz" muss naturgemäß den gleichen Umfang aufweisen (quantitative Gleichwertigkeit des Alternativangebotes) und qualitativ gleichwertig sein (vergleiche Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 81, Rz 28, 89, 108).

Über diese bloße Umschreibung bzw. Definition der Gleichwertigkeit hinaus, werden vom Auftraggeber keine näheren Angaben zu den im Einzelnen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten relevanten Mindestanforderungen gemacht. Durch Pkt. 1.1.26.5 (Allgemeine Mindestanforderungen), Teil B 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, wie auch durch Pos 00B108A (Einschränkungen/Mindestanforderungen Alternativangebote), Teil B5 des Leistungsverzeichnisses, worin ergänzend normiert wird, dass alle Vorgaben des Teils B3 und des Teils B5 auch für die Alternativen einzuhalten sind, erfolgt lediglich eine Rückverweisung auf die auch für gemäß dem ausgeschriebenen Amtsentwurf erstellte (Haupt)Angebote geltenden Anforderungen. Konkrete Anhaltspunkte für die vom Bieter mit seinem Angebot nachzuweisende Gleichwertigkeit seiner Alternative (vgl. § 106 Abs. 4 BVergG) und für die vom Auftraggeber anzustellende Gleichwertigkeitsprüfung, sind diesen Regelungen hingegen nicht zu entnehmen. Der Auftraggeber beschränkt sich vielmehr auf die Statuierung des Gleichwertigkeitserfordernisses der Alternative als solches. Dementsprechend hält der präsumtive Zuschlagsempfänger auf Seite 7 seiner Stellungnahme vom 22.3.2013 zu Pkt. 1.1.26.5 Teil B1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen selbst fest: "Dadurch wird klargestellt, dass das Bau-Soll und die Funktionsanforderungen qualitativ gleichbleiben müssen". In der mündlichen Verhandlung erklärte der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr E***) überdies, dass ein fachkundiger Bieter wisse, dass es hinsichtlich der Gleichwertigkeit auf Eigenschaften wie Statik und Dauerhaftigkeit ankomme. Damit gesteht der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch selbst ein, dass sich ihm die möglichen Anforderungen an Alternativen jedenfalls nicht

unmittelbar aus der Ausschreibung, sondern vielmehr nur aufgrund seiner Fachkunde erschlossen haben. Über diese bloße Umschreibung bzw. Definition der Gleichwertigkeit hinaus, werden vom Auftraggeber keine näheren Angaben zu den im Einzelnen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten relevanten Mindestanforderungen gemacht. Durch Pkt. 1.1.26.5 (Allgemeine Mindestanforderungen), Teil B 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, wie auch durch Pos 00B108A (Einschränkungen/Mindestanforderungen Alternativangebote), Teil B5 des Leistungsverzeichnisses, worin ergänzend normiert wird, dass alle Vorgaben des Teils B3 und des Teils B5 auch für die Alternativen einzuhalten sind, erfolgt lediglich eine Rückverweisung auf die auch für gemäß dem ausgeschriebenen Amtsentwurf erstellte (Haupt)Angebote geltenden Anforderungen. Konkrete Anhaltspunkte für die vom Bieter mit seinem Angebot nachzuweisende Gleichwertigkeit seiner Alternative vergleiche Paragraph 106, Absatz 4, BVergG) und für die vom Auftraggeber anzustellende Gleichwertigkeitsprüfung, sind diesen Regelungen hingegen nicht zu entnehmen. Der Auftraggeber beschränkt sich vielmehr auf die Statuierung des Gleichwertigkeitserfordernisses der Alternative als solches. Dementsprechend hält der präsumtive Zuschlagsempfänger auf Seite 7 seiner Stellungnahme vom 22.3.2013 zu Pkt. 1.1.26.5 Teil B1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen selbst fest: "Dadurch wird klargestellt, dass das Bau-Soll und die Funktionsanforderungen qualitativ gleichbleiben müssen". In der mündlichen Verhandlung erklärte der präsumtive Zuschlagsempfänger (Herr E***) überdies, dass ein fachkundiger Bieter wisse, dass es hinsichtlich der Gleichwertigkeit auf Eigenschaften wie Statik und Dauerhaftigkeit ankomme. Damit gesteht der präsumtive Zuschlagsempfänger jedoch selbst ein, dass sich ihm die möglichen Anforderungen an Alternativen jedenfalls nicht unmittelbar aus der Ausschreibung, sondern vielmehr nur aufgrund seiner Fachkunde erschlossen haben.

Auch die technische Gleichwertigkeitsprüfung der Alternative der verstärkten Zwischendecke durch I*** und den beigezogenen externen Sachverständigen (S***) wurde allein auf die in Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen festgelegten allgemeinen Mindestanforderungen wie das Bau-Soll und das in diesen angeführte Normen- und Regelwerk gestützt (vgl. Zeugenaussagen I*** und S***). Wenn auch sich dementsprechend die in der Prüfstellungnahme des I*** vom 29.1.2013 wie auch im Prüfbericht des S*** vom 4.2.2013 aufscheinenden Kriterien wie etwa Tragsicherheit, Gebrauchstauglichkeit, Dauerhaftigkeit der Alternative aus den in der Ausschreibung auf Alternativen für anwendbar erklärten einschlägigen Normen bzw. der RVS ergeben mögen, so ändert dies nichts daran, dass damit ebenso nur auf die auch für Hauptangebote geltenden Regelungen zurückgegriffen wurde. Auch die technische Gleichwertigkeitsprüfung der Alternative der verstärkten Zwischendecke durch I*** und den beigezogenen externen Sachverständigen (S***) wurde allein auf die in Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen festgelegten allgemeinen Mindestanforderungen wie das Bau-Soll und das in diesen angeführte Normen- und Regelwerk gestützt vergleiche Zeugenaussagen I*** und S***). Wenn auch sich dementsprechend die in der Prüfstellungnahme des I*** vom 29.1.2013 wie auch im Prüfbericht des S*** vom 4.2.2013 aufscheinenden Kriterien wie etwa Tragsicherheit, Gebrauchstauglichkeit, Dauerhaftigkeit der Alternative aus den in der Ausschreibung auf Alternativen für anwendbar erklärten einschlägigen Normen bzw. der RVS ergeben mögen, so ändert dies nichts daran, dass damit ebenso nur auf die auch für Hauptangebote geltenden Regelungen zurückgegriffen wurde.

Das Kriterium der Gleichwertigkeit für sich allein gesehen ist keine Mindestanforderung. Die Gleichwertigkeit ist vielmehr das Ergebnis, das ein Änderungsvorschlag erreichen muss. Ob dieses Ergebnis erreicht wird, ist an Hand der Mindestanforderungen zu ermitteln, mit denen der Auftraggeber seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung gekennzeichnet hat. Die Gleichwertigkeit stellt für sich allein keinen Prüfmaßstab dar, sondern beschreibt nur das vom Änderungsvorschlag zu erreichende Niveau (vgl. EuGH in der Rs Traunfellner sowie VwGH 21.12.2004, Zl. 2004/04/0161). Das Kriterium der Gleichwertigkeit für sich allein gesehen ist keine Mindestanforderung. Die Gleichwertigkeit ist vielmehr das Ergebnis, das ein Änderungsvorschlag erreichen muss. Ob dieses Ergebnis erreicht wird, ist an Hand der Mindestanforderungen zu ermitteln, mit denen der Auftraggeber seine Erwartungen an die ausgeschriebene Leistung gekennzeichnet hat. Die Gleichwertigkeit stellt für sich allein keinen Prüfmaßstab dar, sondern beschreibt nur das vom Änderungsvorschlag zu erreichende Niveau vergleiche EuGH in der Rs Traunfellner sowie VwGH 21.12.2004, Zl. 2004/04/0161).

Überträgt man das zuvor erwähnte Gebot der ausdrücklichen Festschreibung von Mindestanforderungen für Alternativen auf den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt, wären in Bezug auf die im Amtsentwurf ausgeschriebene Verankerung der Zwischendecke mit Hängestangen die für die Vergleichbarkeit einer Alternativkonstruktion vorausgesetzten Eigenschaften, wie etwa Tragfähigkeit, Belastbarkeit, Standsicherheit, Lebensdauer, Dauerhaftigkeit etc. als Mindestanforderungen iSd § 81 Abs. 2 BVergG bereits explizit in der

Ausschreibung anzugeben gewesen. Überträgt man das zuvor erwähnte Gebot der ausdrücklichen Festschreibung von Mindestanforderungen für Alternativen auf den verfahrensgegenständlichen Sachverhalt, wären in Bezug auf die im Amtsentwurf ausgeschriebene Verankerung der Zwischendecke mit Hängestangen die für die Vergleichbarkeit einer Alternativkonstruktion vorausgesetzten Eigenschaften, wie etwa Tragfähigkeit, Belastbarkeit, Standsicherheit, Lebensdauer, Dauerhaftigkeit etc. als Mindestanforderungen iSd Paragraph 81, Absatz 2, BVergG bereits explizit in der Ausschreibung anzugeben gewesen.

Den Bieter trifft bei der Legung eines Alternativangebotes die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der Gleichwertigkeit. Die Erfüllung der Mindestanforderungen muss sich bei Alternativangeboten bereits aus dem abgegebenen Angebot ergeben. Auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe ist schon deshalb abzustellen, da andernfalls zu umfangreiche, gerade in offenen und nicht offenen Vergabeverfahren bedenkliche, Aufklärungsgespräche notwendig wären. Zudem würden dem Bieter - wie auch dem Auftraggeber - Manipulationsmöglichkeiten eröffnet (vgl. Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 81, Rz 87, 88). Dem Bieter ermöglichen Mindestanforderungen überhaupt erst die Beweisführung hinsichtlich der Gleichwertigkeit seines Alternativangebotes (Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 81 Rz 49). Sind die Gleichwertigkeitskriterien nicht im Vorhinein in der Ausschreibung festgesetzt, kann aber auch die Gleichwertigkeitsprüfung durch den Auftraggeber nur an Hand erst im Nachhinein definierter Kriterien erfolgen, womit sich die Beurteilung der objektiven Nachvollziehbarkeit entzieht. Den Bieter trifft bei der Legung eines Alternativangebotes die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der Gleichwertigkeit. Die Erfüllung der Mindestanforderungen muss sich bei Alternativangeboten bereits aus dem abgegebenen Angebot ergeben. Auf den Zeitpunkt der Angebotsabgabe ist schon deshalb abzustellen, da andernfalls zu umfangreiche, gerade in offenen und nicht offenen Vergabeverfahren bedenkliche, Aufklärungsgespräche notwendig wären. Zudem würden dem Bieter - wie auch dem Auftraggeber - Manipulationsmöglichkeiten eröffnet (vgl. Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 81, Rz 87, 88). Dem Bieter ermöglichen Mindestanforderungen überhaupt erst die Beweisführung hinsichtlich der Gleichwertigkeit seines Alternativangebotes (Schramm/Feuchtmüller in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 81, Rz 49). Sind die Gleichwertigkeitskriterien nicht im Vorhinein in der Ausschreibung festgesetzt, kann aber auch die Gleichwertigkeitsprüfung durch den Auftraggeber nur an Hand erst im Nachhinein definierter Kriterien erfolgen, womit sich die Beurteilung der objektiven Nachvollziehbarkeit entzieht.

Auch gegenständlich wurden zur Klärung der eventuellen Gleichwertigkeit des Alternativangebotes 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers umfassende Aufklärungen und Nachreichungen vorgenommen. Hinsichtlich der einen Bestandteil seines Alternativangebotes 7 bildenden Alternative 1 (verstärkte Zwischendecke), war dem Angebot nur eine 10-zeilige Kurzbeschreibung "Entfall der Hängestangenabhängung im Haupttunnel" angeschlossen. Zunächst forderte der Auftraggeber vom präsumtiven Zuschlagsempfänger zur Alternative der verstärkten Zwischendecke verschiedene Nachweise an. Am 9.1.2013 fand ein Aufklärungsgespräch statt, in dem der präsumtive Zuschlagsempfänger unter Vorlage weiterer Skizzen, Plänen und Berechnungen die "Machbarkeit" seiner alternativ angebotenen Zwischendeckenlösung erläuterte. Hierauf erstattete der präsumtive Zuschlagsempfänger eine schriftliche Stellungnahme zum Aufklärungsgespräch und nahm weitere Erläuterungen zu den im Aufklärungsgespräch aufgeworfenen Fragen vor. Die Stellungnahme des präsumtiven Zuschlagsempfängers warf neuerlich Fragestellungen auf, sodass sich der Auftraggeber zur abermaligen Einholung von Auskünften veranlasst sah (siehe dazu im Einzelnen Vergabeakt).

Diese Vorgangsweise verdeutlicht, dass die vom Auftraggeber als Vergleichsparameter mit dem ausgeschriebenen System offensichtlich gewünschten Eigenschaften, deren Festlegung in der Ausschreibung jedoch unterblieben ist, erst im Nachhinein, im Rahmen des Angebotsprüfungsverfahrens, thematisiert wurden. Etwa wurden statische Aspekte der Alternative der verstärkten Zwischendecke erstmals im Aufklärungsgespräch vom 9.1.2013 zur Sprache gebracht, nachdem der präsumtive Zuschlagsempfänger neben anderen Unterlagen aufforderungsgemäß statische Berechnungen seiner Alternative für den Bau- und Endzustand vorgelegt hatte. Im Aufklärungsgespräch erläuterte der präsumtive Zuschlagsempfänger sodann unter Vorlage weiterer Unterlagen unter dem "Themenblock Alternative verstärkte Zwischendecke" erstmalig die "Machbarkeit" der Zwischendecke ohne Hängestangen, das grundlegende Tragverhalten seiner Alternative und die Rissentwicklung bei Erreichen der Traglast. Nach der unwidersprochen gebliebenen Zeugenaussage des S*** wurden vom präsumtiven Zuschlagsempfänger insgesamt sogar drei Statikberechnungen nachgereicht. Dies bestätigen auch die Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in

seiner Stellungnahme vom 22.3.2013, wonach dieser die Gleichwertigkeit seines alternativen Lösungsansatzes in den Aufklärungsgesprächen im Rahmen der Angebotsprüfung unter Vorlage umfangreicher Stellungnahmen und Unterlagen, darunter wissenschaftliche Arbeiten und technische Gutachten, nachgewiesen habe. Im Zuge der Aufklärungen erwiesen sich zudem Angebotsanpassungen als erforderlich; vgl. geänderte Auflagerausbildung gemäß Nachreichung vom 16.1.2013 (siehe Protokoll 1. Aufklärungsgespräch, Vergabeakt). Diese Vorgangsweise verdeutlicht, dass die vom Auftraggeber als Vergleichsparameter mit dem ausgeschriebenen System offensichtlich gewünschten Eigenschaften, deren Festlegung in der Ausschreibung jedoch unterblieben ist, erst im Nachhinein, im Rahmen des Angebotsprüfungsverfahrens, thematisiert wurden. Etwa wurden statische Aspekte der Alternative der verstärkten Zwischendecke erstmals im Aufklärungsgespräch vom 9.1.2013 zur Sprache gebracht, nachdem der präsumtive Zuschlagsempfänger neben anderen Unterlagen aufforderungsgemäß statische Berechnungen seiner Alternative für den Bau- und Endzustand vorgelegt hatte. Im Aufklärungsgespräch erläuterte der präsumtive Zuschlagsempfänger sodann unter Vorlage weiterer Unterlagen unter dem "Themenblock Alternative verstärkte Zwischendecke" erstmalig die "Machbarkeit" der Zwischendecke ohne Hängestangen, das grundlegende Tragverhalten seiner Alternative und die Rissentwicklung bei Erreichen der Traglast. Nach der unwidersprochen gebliebenen Zeugenaussage des S*** wurden vom präsumtiven Zuschlagsempfänger insgesamt sogar drei Statikberechnungen nachgereicht. Dies bestätigen auch die Ausführungen des präsumtiven Zuschlagsempfängers in seiner Stellungnahme vom 22.3.2013, wonach dieser die Gleichwertigkeit seines alternativen Lösungsansatzes in den Aufklärungsgesprächen im Rahmen der Angebotsprüfung unter Vorlage umfangreicher Stellungnahmen und Unterlagen, darunter wissenschaftliche Arbeiten und technische Gutachten, nachgewiesen habe. Im Zuge der Aufklärungen erwiesen sich zudem Angebotsanpassungen als erforderlich; vergleiche geänderte Auflagerausbildung gemäß Nachreichung vom 16.1.2013 (siehe Protokoll 1. Aufklärungsgespräch, Vergabeakt).

Die für Alternativen tatsächlich maßgeblichen Parameter, anhand derer die Alternative im Hinblick auf ihre Vergleichbarkeit mit der ausgeschriebenen Lösung zu dieser in Beziehung zu setzen ist, wurden sohin erst nachträglich konkretisiert bzw. überhaupt erst im Rahmen von Aufklärungen gemeinsam mit dem Bieter "herausgearbeitet".

Bei Fehlen der Mindestanforderungen für Alternativangebote in der Ausschreibung ist dem Auftraggeber die nachträgliche Heranziehung von Gleichwertigkeitskriterien verwehrt. Eine in der Ausschreibung unterbliebene Spezifizierung von Mindestanforderungen kann nicht "nachgeholt" werden. Dies folgt e contrario schon aus § 81 Abs. 2 1. Satz BVergG, wonach der Auftraggeber die Mindestanforderungen für Alternativangebote in den Ausschreibungsunterlagen zu erläutern hat. Weiters wird in § 81 Abs. 2 2. Satz BVergG normiert, dass der Auftraggeber nur jene Alternativangebote im Vergabeverfahren berücksichtigen darf, die die (Anm.: Entsprechend dem 1. Satz des § 81 Abs. 2 BVergG in den Ausschreibungsunterlagen) festgelegten Mindestanforderungen erfüllen. Bei Fehlen der Mindestanforderungen für Alternativangebote in der Ausschreibung ist dem Auftraggeber die nachträgliche Heranziehung von Gleichwertigkeitskriterien verwehrt. Eine in der Ausschreibung unterbliebene Spezifizierung von Mindestanforderungen kann nicht "nachgeholt" werden. Dies folgt e contrario schon aus Paragraph 81, Absatz 2, 1. Satz BVergG, wonach der Auftraggeber die Mindestanforderungen für Alternativangebote in den Ausschreibungsunterlagen zu erläutern hat. Weiters wird in Paragraph 81, Absatz 2, 2. Satz BVergG normiert, dass der Auftraggeber nur jene Alternativangebote im Vergabeverfahren berücksichtigen darf, die die Anmerkung, Entsprechend dem 1. Satz des Paragraph 81, Absatz 2, BVergG in den Ausschreibungsunterlagen) festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Andernfalls können Alternativangebote - selbst wenn diese in der bestandfest gewordenen Ausschreibung für zulässig erklärt wurden - nicht berücksichtigt werden [vgl. EuGH in der Rs Traunfellner; weiters Pesendorfer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 106 Rz 21 sowie das auf das Urteil des EuGH in der Rs Traunfellner gestützte Erkenntnis des VwGH vom 21.12.2004, Zl. 2004/04/0161, und, dem folgend, die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (BVA vom 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36; BVA vom 10.8.2007, N/0067-BVA/02/2007-38 und BVA vom 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009- 35], wonach eine Berücksichtigung von Alternativangeboten ohne Festlegung von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten nicht in Betracht kommt. In Ermangelung korrekt aufgestellter Mindestanforderungen ist weder eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet, noch eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Transparenzgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung möglich. Auf Alternativangebote darf diesfalls nicht zugeschlagen werden. Andernfalls können Alternativangebote - selbst wenn diese in der bestandfest gewordenen Ausschreibung für zulässig erklärt wurden - nicht berücksichtigt werden [vgl.

EuGH in der Rs Traunfellner; weiters Pesendorfer in Schramm/Aicher/ Fruhmann/Thienel, Paragraph 106, Rz 21 sowie das auf das Urteil des EuGH in der Rs Traunfellner gestützte Erkenntnis des VwGH vom 21.12.2004, Zl. 2004/04/0161, und, dem folgend, die Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes (BVA vom 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36; BVA vom 10.8.2007, N/0067-BVA/02/2007-38 und BVA vom 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009- 35], wonach eine Berücksichtigung von Alternativangeboten ohne Festlegung von Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten nicht in Betracht kommt. In Ermangelung korrekt aufgestellter Mindestanforderungen ist weder eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet, noch eine dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Transparenzgrundsatz entsprechende Angebotsprüfung möglich. Auf Alternativangebote darf diesfalls nicht zugeschlagen werden.

Eine Zuschlagserteilung auf das Alternativangebot 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers ist nach dem Gesagten somit unzulässig, was die zu Gunsten dieses Angebotes ergangene Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit belastet.

Gemäß § 325 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Die dargestellte Rechtswidrigkeit ist von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd § 325 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die dargestellte Rechtswidrigkeit ist von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens iSd Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

- -Strichaufzählung

Zum gebotenen Ausscheiden des Alternativangebotes des präsumtiven Zuschlagsempfängers:

Selbst wenn man die Festlegung der Mindestanforderungen iSd gesetzlichen Vorgaben und der Judikatur als ausreichend erachten wollte - was, wie dargelegt, nicht der Fall ist - wäre für den präsumtiven Zuschlagsempfänger nichts gewonnen. Das Alternativangebot 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre auch dann nicht für die Zuschlagsentscheidung zu berücksichtigen, sondern vielmehr auszuschneiden gewesen.

Vorausgeschickt wird, dass die Ausschreibungsbestimmungen mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 Abs 4 BVergG bestandfest geworden sind, sodass Auftraggeber und Bieter daran gebunden sind (vgl. etwa VwGH 15.9.2004, Zl. 2004/04/0054). Vorausgeschickt wird, dass die Ausschreibungsbestimmungen mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG bestandfest geworden sind, sodass Auftraggeber und Bieter daran gebunden sind vergleiche etwa VwGH 15.9.2004, Zl. 2004/04/0054).

Im eingangs wiedergegebenen Pkt. 1.1.26.5, Teil B. 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, ist zunächst allgemein davon die Rede, dass Alternativangebote das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang abdecken müssen und sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen.

In Pos.00B1 des Leistungsverzeichnisses (B.5) wird darüber hinaus Folgendes normiert:

00B1 Ausschreibungsbestimmungen

Ständige Vorbemerkungen:

1. 1.Ziffer eins

Ausschreibungsbestimmungen - siehe B.1

Vorrangig zu den "Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen" (Teil B.1) gelten folgende projektspezifische Ausschreibungsbestimmungen.

Pos. 00B108A (Einschränkungen/Mindestanforderungen Alternativangebote) lautet:

Einschränkungen und Mindestanforderungen für Alternativangebote:

Projektspezifische Einschränkungen für Alternativen:

Projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen:

Nachstehende zusätzliche Kriterien werden für das gegenständliche Projekt definiert: Alternativen sind entsprechend den aktuell gültigen Normen, Vorschriften, Richtlinien sowie allen ASFINAG - Planungshandbüchern anzubieten. Alle Vorgaben der B3 und B5 sind auch für die Alternativen einzuhalten. Änderungen der straßenbaulichen Anlageverhältnisse sind nicht zulässig.

In den gemäß Pos.00B1 des Leistungsverzeichnisses (Teil B.5) den Regelungen der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Teil B.1) vorrangigen, spezielleren Bestimmungen der Pos. 00B108A Teil B.5 (Projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen), wird somit explizit normiert, dass alle Vorgaben der B.3 und B.5 auch für die Alternativen einzuhalten sind.

Der Auftraggeber meint, dass die Festlegung der Pos. 00B108A, Teil B.5, wonach alle Vorgaben der B.3 und B.5 auch für Alternativen einzuhalten sind, als Vorgabe im funktionalen Sinn zu verstehen sei. Diese Ansicht ist schon deshalb verfehlt, da diese Anordnung keineswegs bloß im Sinne der gebotenen Erreichung bestimmter Zielvorgaben formuliert ist. Nach dem ausdrücklichen und unmissverständlichen Wortlaut dieser Regelung werden vielmehr alle Vorgaben der B.3 und B.5 zu auch von Alternativangeboten einzuhaltenden Vorgaben erklärt, ohne dass der mit diesen Vorgaben angestrebte Zweck bzw. die Funktion angesprochen würden. Hinzu kommt, dass es sich auch bei den Vorgaben des Leistungsverzeichnisses (B.5), auf die in Pos 00B108A verwiesen wird, um keine funktionalen Vorgaben handelt. Der Auftraggeber bestreitet dies auch gar nicht, indem G*** in der mündlichen Verhandlung bestätigte, dass das Wort "funktional" in den projektspezifischen Bedingungen nicht vorkomme und Herr H*** erklärte, dass in dem 979 Seiten umfassenden Leistungsverzeichnis nirgendwo eine funktionale Leistungsposition enthalten sei. In Übereinstimmung mit diesen Aussagen des Auftraggebers werden auch in der verfahrensgegenständlich relevanten Pos. 460806A die Anforderungen an die Zwischendecke durch Vorschreibung einer Verankerung mit Hängestangen ganz konkret und detailliert und nicht lediglich zielgerichtet bzw. zweckorientiert beschrieben. Der Vollständigkeit halber wird angemerkt, dass die aus der Ausschreibung erkennbare Absicht, Alternativangebote erhalten zu wollen, der Regelung der Pos. 00B108A entgegen dem Dafürhalten des Auftraggebers ebenso nicht den Charakter einer funktionalen Vorgabe zu verleihen vermag.

Pos. 460806A des Leistungsverzeichnisses (B.5) lautet:

460806A Z Verankerung ZWD, TU-Bestand, Länge n.A.

Verankerung Zwischendecke mit Edelstahl-Hängestangen und beidseitig aufgerolltem Gewinde, Regelabstand von 1,25 - 1,40 m, im Bereich Tunnelröhre, Pannenbucht und Lüfternischen - Bestand

Länge: ca. 2,40 m

Bemessungslast/Gebrauchslast: 100 kN / 80 kN

Stahlgüten:

- -Strichaufzählung
Hängestange: Edelstahl (1.4529, 1.4547 oder 1.4565), Festigkeitsklasse S460 oder Festigkeitsklasse 70 in Anlehnung an DIN EN ISO 3506-1/2
- -Strichaufzählung
Ankerplatte sowie Ankerkopf inkl. Hülse für Gewindestange: Edelstahl (1.4529, 1.4547 oder 1.4565), Festigkeitsklasse S235

Lo

So

3.632,6 Stk EP

Pos. 460806A, Teil B. 5 (Leistungsverzeichnis) schreibt demnach die Verankerung der Zwischendecke mit Edelstahl-

Hängestangen vor. Bei der Verankerung der Zwischendecke mit Edelstahl-Hängestangen handelt es sich gemäß der Anordnung in Pos. 00B108A Teil B.5 des Leistungsverzeichnisses somit um eine Vorgabe, die auch für Alternativen einzuhalten ist.

Der Auftraggeber stellt dies letztlich selbst außer Zweifel, indem er in der "Prüfmatrix, Prüfung von Alternativangeboten" seines Vergabeberichtes betreffend die Alternative 1 (verstärkte Zwischendecke) des präsumtiven Zuschlagsempfängers festhält: "Projektspezifische Mindestanforderungen an Alternative ist definiert gem. 00B108A".

Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden (vgl. Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend (vgl. VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (vgl. VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vgl. auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, § 2 Z 3 Rz 8). Die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB sind auch im Vergaberecht anzuwenden vergleiche Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Die Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgebend vergleiche VwGH 29.3.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; ebenso BVA 11.1.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA 25.11.2009, N/0110-BVA/09/2009-28; BVA 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37 uva). Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste vergleiche VwGH 16.2.2005, 2004/04/0030; vergleiche auch Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraph 2, Ziffer 3, Rz 8).

Ein durchschnittlicher fachkundiger Bieter musste unter Anwendung der gebotenen Sorgfalt in Zusammenschau der Positionen 00B1, 00B108A und 460806A des Leistungsverzeichnisses (Teil B.5) im Sinne des oben Gesagten davon ausgehen, dass die ausgeschriebene Zwischendeckenverankerung mit Hängestangen auch bei Alternativangeboten angeboten werden muss.

Das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene, aus einer Kombination der Alternative 1 (verstärkte Zwischendecke), der Alternative 2 (Änderung Stahlgüte der Hängestangen) und der Alternative 3 (Materialverwertung) bestehende Alternativangebot 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers, sieht demgegenüber anstelle der Verankerung der Zwischendecke mit Edelstahl-Hängestangen eine verstärkte Zwischendeckenlösung ohne Hängestangenabhängung vor.

Da laut Pos. 00B108A, Teil B 5 des Leistungsverzeichnisses (Projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen), alle Vorgaben der B.3 und B.5 auch für Alternativen einzuhalten sind, wäre das Alternativangebot 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher - unter der (verfehlten) Annahme einer ordnungsgemäßen Festlegung der Mindestanforderungen - als ein die Mindestanforderungen nicht erfüllendes Alternativangebot iSd § 129 Abs.1 Z 7 BVergG zu qualifizieren. Da laut Pos. 00B108A, Teil B 5 des Leistungsverzeichnisses (Projektspezifische

Mindestanforderungen für Alternativen), alle Vorgaben der B.3 und B.5 auch für Alternativen einzuhalten sind, wäre das Alternativangebot 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers daher - unter der (verfehlten) Annahme einer ordnungsgemäßen Festlegung der Mindestanforderungen - als ein die Mindestanforderungen nicht erfüllendes Alternativangebot iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG zu qualifizieren.

Die Regelung des Pkt. 1.1.26.5, Teil B. 1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, wonach u.a. das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll abzudecken ist, führt im Übrigen zum selben Ergebnis.

Gemäß Pkt. 3.8. der ÖNORMEN B 2110 und B 2118 sind unter dem Begriff "Leistungsumfang, Bau-Soll" alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, zB bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden, zu verstehen.

Das Bau-Soll umschreibt demnach die vom Auftragnehmer vertraglich geschuldete Leistung.

Nach der oben wieder gegebenen ÖNORM-Definition des Bau-Solls ist u.a. das Leistungsverzeichnis - mit seinen Vorgaben - vom Bau-Soll erfasst.

Zum Bau-Soll zählt somit zweifellos auch die im Leistungsverzeichnis enthaltene Vorgabe der Zwischendeckenverankerung mit Hängestangen. Da die Vorgaben des Leistungsverzeichnisses auch von Alternativen einzuhalten sind, wird das im Leistungsverzeichnis - im Detail und nicht funktional - beschriebene Bau-Soll einer Zwischendeckenverankerung mit Hängestangen von einer Zwischendeckenkonstruktion ohne Hängestangen nicht "abgedeckt".

Das Alternativangebot 7 des präsumtiven Zuschlagsempfängers wäre somit vom Auftraggeber in Bindung an seine bestandfesten Ausschreibungsfestlegungen auszuschneiden gewesen, sodass die Zuschlagsentscheidung auch aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit belastet wäre.

1. b)Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 319 Abs. 2 leg.cit besteht, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. letzterer nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, leg.cit entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Ein Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 319, Absatz 2, leg.cit besteht, wenn dem Nachprüfungsantrag und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. letzterer nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, hat der Antragsteller im Sinne des § 319 Abs. 1 BVergG obsiegt, sodass der Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten und dem diesbezüglichen Antrag des Antragstellers stattzugeben war. Wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt, hat der Antragsteller im Sinne des Paragraph 319, Absatz eins, BVergG obsiegt, sodass der Auftraggeber zum Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten und dem diesbezüglichen Antrag des Antragstellers stattzugeben war.

Zuletzt aktualisiert am

27.05.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at