

TE Verg Bescheid 2012/7/17 N/0056-BVA/11/2012-28

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.07.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z1

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 § 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 11, Mag. Angela Schidlof, und DI Dr. Heinz Stiefelmeyer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 10/2012 (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "A02 Süd Autobahn, AB-km 133 - Errichtung Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, 1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22.05.2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.05.2012), wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 11, Mag. Angela Schidlof, und DI Dr. Heinz Stiefelmeyer als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Kurt Lang als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG) betreffend das Vergabeverfahren "A02 Süd Autobahn, AB-km 133 - Errichtung Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft,

1011 Wien, Rotenturmstraße 5-9, vertreten durch die vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, 1030 Wien, Modecenterstraße 16, über den Antrag der A***, vertreten durch X***, vom 22.05.2012 (beim Bundesvergabeamt eingelangt am 23.05.2012), wie folgt entschieden:

Spruch

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag „das Bundesvergabeamt möge die Zuschlagsentscheidung vom 15.05.2012 für nichtig erklären“, wird abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Ersatz der Pauschalkosten wird abgewiesen.

Begründung

Mit Bekanntmachung vom 04.04.2012 (im Internet unter www.ausschreibung.at) schrieb die Auftraggeberin im Rahmen eines offenen Verfahrens einen Bauauftrag nach dem Bestbieterprinzip im Unterschwellenbereich zur Errichtung der Rastplätze Bad Blumau und Hainersdorf aus.

Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Hauptangebot mit einer Netto-Angebotssumme von Euro XXX. Mit Zuschlagsentscheidung vom 15.05.2012 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige, dem Abänderungsangebot der B*** (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Antrag, in dem die Antragstellerin vorbringt, den Ausschreibungsunterlagen sei ein geotechnisches Gutachten des Mag. Alexander Barounig vom 15.06.2011 beigelegt. In Pkt. 5.4 dieses Gutachtens werde betreffend die Bodenauswechslung Folgendes festgelegt: Die Antragstellerin beteiligte sich an dem gegenständlichen Vergabeverfahren und legte ein Hauptangebot mit einer Netto-Angebotssumme von Euro römisch 30 . Mit Zuschlagsentscheidung vom 15.05.2012 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie beabsichtige, dem Abänderungsangebot der B*** (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Antrag, in dem die Antragstellerin vorbringt, den Ausschreibungsunterlagen sei ein geotechnisches Gutachten des Mag. Alexander Barounig vom 15.06.2011 beigelegt. In Pkt. 5.4 dieses Gutachtens werde betreffend die Bodenauswechslung Folgendes festgelegt:

"Aufgrund des einheitlichen bindigen Untergrundes sind im Bereich der neuen Verkehrs- und Parkflächen die anstehenden frostempfindlichen Lehmschichten durch ein gut verdichtungsfähiges und frostsicheres Korngemisch der Korngruppe RK oder KK 0/63 auszuwechseln. Die Mächtigkeit der Bodenauswechslung soll dabei 70cm nicht unterschreiten."

In Entsprechung dieser Vorgaben habe die Auftraggeberin in den Pos. 02.03.25.10A, 02.03.25.11C sowie Pos. 02.03.30.20E einen Bodenaustausch ausgeschrieben. Die Massenangaben vor allem in Pos. 02.03.30.20E des Leistungsverzeichnisses B5

("Schüttmaterial Steinbruch"), spiegelten die Angaben des geotechnischen Gutachtens wider, dem eine Auswechslung von mindestens 70cm zugrunde gelegen sei.

Gemäß Pkt. 1.1.26.1 der Ausschreibung seien Alternativangebote neben einem ausschreibungsgemäßen Hauptangebot zulässig. Zu Inhalt und Form von Alternativen lege Pkt. 1.1.26.3 der Ausschreibung Folgendes fest:

"[.....] Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. § 108 BVergG aufweisen. Hierfür sind, soweit möglich, Kopien der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies alles um die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen."[.....] Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. Paragraph 108, BVergG aufweisen. Hierfür sind, soweit möglich, Kopien der entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies alles um die Vergleichbarkeit der Angebote sicher zu stellen.

Wird durch ein Alternativangebot das der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liegende Gründungskonzept geändert, so muss diese Änderung, bei sonstiger Ausscheidung, durch ein geotechnisches (geomechanisches, hydrologisches) Gutachten des Bieters, im Hinblick auf den Nachweis der Gleichwertigkeit nachgewiesen werden. Dabei sind die Bodenkennwerte (Bohrprofile, geotechnische Laboruntersuchungen und Grundwasserstanddaten des AG-Entwurfes, soweit zweckmäßig und eigene Erkundungen des Bieters soweit erforderlich, zugrunde zu legen (vgl. Erlass des BMWA, GZ 800.040/35-VI/B/7a/97: Allgemeine bautechnische Angelegenheiten; geotechnische Maßnahmen

vom 18.11.1997). Wird durch ein Alternativangebot das der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liegende Gründungskonzept geändert, so muss diese Änderung, bei sonstiger Ausscheidung, durch ein geotechnisches (geomechanisches, hydrologisches) Gutachten des Bieters, im Hinblick auf den Nachweis der Gleichwertigkeit nachgewiesen werden. Dabei sind die Bodenkennwerte (Bohrprofile, geotechnische Laboruntersuchungen und Grundwasserstanddaten des AG-Entwurfes, soweit zweckmäßig und eigene Erkundungen des Bieters soweit erforderlich, zugrunde zu legen vergleiche Erlass des BMWA, GZ 800.040/35-VI/B/7a/97: Allgemeine bautechnische Angelegenheiten; geotechnische Maßnahmen vom 18.11.1997).

Haben Alternativangebote neue oder geänderte Behörden oder Grundeinlöseverfahren zur Voraussetzung, so ist bereits mit dem Angebot die Möglichkeit der Durchführbarkeit in geeigneter Form nachzuweisen.

Das Risiko ein ordnungsgemäßes, vergleichbares Anbot zu legen, trägt der Bieter, da jederzeit Anfragen zur Beurteilung der Vergleichbarkeit durch den Auftragnehmer bei der ausschreibenden Stelle im Rahmen der Fristen möglich sind. Auf weitere Bestimmungen bezüglich Haftung und Risikotragung wird auf den Teil B4 verwiesen."

Hinsichtlich der Mindestanforderungen für Alternativangebote enthalte Pkt.1.1.26.5 der Ausschreibung folgende Festlegungen:

"Alternativangebote, welche mit der Ausschreibung technisch, wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig sind, werden mit nachstehenden Einschränkungen zum gegenständlichen

Vergabeverfahren zugelassen:

- Rechtliche Alternativen sind nicht zulässig.

- Bauzeitverlängerungen sind nicht zulässig.

- Bauzeitverkürzungen sind nicht zulässig, außer sie sind als

Zuschlagskriterien vorgesehen.

- Nachlässe aus Verknüpfungen mit anderen Baulosen sind nicht zulässig.

- 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:

- Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und UVP (liegt beim AG zur Einsicht auf).

- ÖNORMEN und EN- Normen (soweit diese nicht bereits nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden).

- Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS. -Technische Vorschriften aus Erlassen und Dienstabweisungen des

Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie -

BMVIT,

Radetzkystraße 2, 1030 Wien.

- DIN- Normen.

- Richtlinien und Merkblätter der österreichischen Vereinigung für

Beton- und Bautechnik - ÖVBB und des österreichischen

Baustoffrecyclingverbandes.

-Planungshandbücher der ASFINAG veröffentlicht unter www.asfinag.net."

Neben dem Preis sei als einziges Qualitätskriterium die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 3% gewichtet worden. Die Angebotsfrist habe am 24.04.2012 geendet. Das günstigste Hauptangebot habe die Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro XXX gelegt. Dahinter folge an dritter Stelle das Hauptangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Euro XXX. Mit einer verlesenen Angebotssumme von Euro XXX habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch ein Abänderungsangebot 1 "Bodenverbesserung" gelegt. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist sei von keinem Bieter angeboten worden. Die Zuschlagsentscheidung sei mit dem billigeren Preis (Kriterienauswertung) begründet worden. Laut Bewertungsergebnis liege das Angebot der Antragstellerin nur an dritter Stelle, wobei an zweiter Stelle der ursprüngliche Auftragsschätzwert der Auftraggeberin angeführt werde. Neben dem Preis sei als einziges Qualitätskriterium die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 3% gewichtet worden. Die Angebotsfrist habe am 24.04.2012 geendet. Das günstigste Hauptangebot habe die Antragstellerin mit einer Nettoangebotssumme von Euro römisch 30 gelegt. Dahinter folge an dritter Stelle das Hauptangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Euro römisch 30. Mit einer verlesenen Angebotssumme von Euro römisch 30 habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin noch ein Abänderungsangebot 1 "Bodenverbesserung" gelegt. Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist sei von keinem Bieter angeboten worden. Die Zuschlagsentscheidung sei mit dem billigeren Preis (Kriterienauswertung) begründet worden. Laut Bewertungsergebnis liege das Angebot der Antragstellerin nur an dritter Stelle, wobei an zweiter Stelle der ursprüngliche Auftragsschätzwert der Auftraggeberin angeführt werde.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die Zuschlagsentscheidung vom 05.05.2012 in ihrem Recht auf Ausscheiden ausschreibungswidriger sowie nicht gleichwertiger Alternativangebote von Mitbewerbern, in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zugunsten ihres Angebotes sowie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren verletzt.

Im Einzelnen führte die Antragstellerin aus, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da das für den Zuschlag vorgesehene "Abänderungsangebot" der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gar kein ordnungsgemäßes Abänderungsangebot darstelle. Abänderungsangebote dürften gem. § 2 Z 1 BVergG im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialauswahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten. Das Angebot dürfe von der ausgeschriebenen Leistung nicht in einem so weit gehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweichen. Eine Bodenverbesserung stelle gegenüber einem Bodenaustausch eine wesentliche technische Änderung dar und betreffe mehrere Positionen. Im Einzelnen führte die Antragstellerin aus, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da das für den Zuschlag vorgesehene "Abänderungsangebot" der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gar kein ordnungsgemäßes Abänderungsangebot darstelle. Abänderungsangebote dürften gem. Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialauswahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhalten. Das Angebot dürfe von der ausgeschriebenen Leistung nicht in einem so weit gehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweichen. Eine Bodenverbesserung stelle gegenüber einem Bodenaustausch eine wesentliche technische Änderung dar und betreffe mehrere Positionen.

Gehe man davon aus, dass sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin nur in der Bezeichnung vergriffen habe und tatsächlich ein Alternativangebot vorliege, hätte dessen Gleichwertigkeit nachgewiesen werden müssen. Aufgrund ihrer Branchenkenntnis in Bezug auf die präsumtive Zuschlagsempfängerin gehe die Antragstellerin davon aus, dass das gegenständliche Abänderungsangebot eine Bodenverbesserung mittels Kalkstabilisierung im Baumischverfahren zum Inhalt habe. Bei dieser Technik werde anstehendes bindiges Material mittels Einfräsen von Kalk stabilisiert. Diese Art der Bodenstabilisierung sei aus technischen Gründen jedoch nur bis zu einer Stärke von 50cm möglich. Da jedoch ein Austausch von 70cm des Bodens vorgeschrieben sei, könne eine Stabilisierung nicht mit einem wirklichen Bodenaustausch gleichwertig sein. Die Ausschreibungsunterlagen würden die Einbringungen eines verdichtungsfähigen und frostsicheren Korngemisches in der Stärke von 70cm vorschreiben. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stelle weder qualitativ (Kalkstabilisierung gegenüber Korngemisch) noch quantitativ (oberste 50cm gegenüber 70cm) eine gleichwertige technische Lösung dar. Das Angebot hätte aus diesem

Grund ausgeschieden werden müssen. Das Ausscheiden des Abänderungsangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte zufolge gehabt, dass die Zuschlagsentscheidung zugunsten des Hauptangebotes der Antragstellerin erfolgen hätte müssen.

Zur Frage der mangelnden Festlegung von Mindestanforderungen führte die Antragstellerin aus, das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte auch deshalb ausgeschieden werden müssen, weil die Auftraggeberin es verabsäumt habe, die Vergleichbarkeit von Bodenverbesserungsalternativen durch geeignete Mindestanforderungen und dafür geeignete Zuschlagskriterien vergleich- und damit bewertbar zu machen. Die Ausschreibung bestimme auch eine Reihe von Mindestanforderungen für Alternativangebote (Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlage B1). Alternativen müssten das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bausoll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssten in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Die angeführten Mindestanforderungen erschöpften sich aber im Gebot, die Bestimmungen und Auflagen der Bescheide und der UVP, die ÖNORMEN und EN- Normen, die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS u.s.w. einzuhalten. Damit fehlten aber Mindestanforderungen, die Eigenschaften oder Ergebnisse betreffen, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen habe (EB 2006 zu § 81). Eine bloße Verweisung auf nationale und internationale Rechtsvorschriften und Normen, die auch von Alternativangeboten einzuhalten seien, entspreche nicht der Judikatur des EuGH. Für die Vergleichbarkeit einer Alternative mit Bodenstabilisierung wären Mindestanforderungen erforderlich gewesen, die die Frostepfindlichkeit, Festigkeit des Bodens (Verdichtungsfähigkeit) und Frostsicherheit festlegen. Solche Mindestanforderungen fehlten jedoch. Somit enthielten die Ausschreibungsunterlagen keine hinreichend bestimmten Mindestanforderungen, weshalb das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässig gewesen sei.

Zur Frage der mangelnden Festlegung von Mindestanforderungen führte die Antragstellerin aus, das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte auch deshalb ausgeschieden werden müssen, weil die Auftraggeberin es verabsäumt habe, die Vergleichbarkeit von Bodenverbesserungsalternativen durch geeignete Mindestanforderungen und dafür geeignete Zuschlagskriterien vergleich- und damit bewertbar zu machen. Die Ausschreibung bestimme auch eine Reihe von Mindestanforderungen für Alternativangebote (Pkt. 1.1.26.5 der Allgemeinen Ausschreibungsunterlage B1). Alternativen müssten das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bausoll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssten in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Die angeführten Mindestanforderungen erschöpften sich aber im Gebot, die Bestimmungen und Auflagen der Bescheide und der UVP, die ÖNORMEN und EN- Normen, die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS u.s.w. einzuhalten. Damit fehlten aber Mindestanforderungen, die Eigenschaften oder Ergebnisse betreffen, die die ausgeschriebene Leistung kennzeichnen und denen die angebotene Leistung zu genügen habe (EB 2006 zu Paragraph 81.). Eine bloße Verweisung auf nationale und internationale Rechtsvorschriften und Normen, die auch von Alternativangeboten einzuhalten seien, entspreche nicht der Judikatur des EuGH. Für die Vergleichbarkeit einer Alternative mit Bodenstabilisierung wären Mindestanforderungen erforderlich gewesen, die die Frostepfindlichkeit, Festigkeit des Bodens (Verdichtungsfähigkeit) und Frostsicherheit festlegen. Solche Mindestanforderungen fehlten jedoch. Somit enthielten die Ausschreibungsunterlagen keine hinreichend bestimmten Mindestanforderungen, weshalb das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unzulässig gewesen sei.

Darüber hinaus seien Alternativangebote nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben würden, zulässig. Die Verwendung von Qualitätskriterien sei deshalb so wichtig, weil Alternativangebote typischer Weise zwar die Mindestanforderungen erfüllten, qualitativ aber an ausschreibungskonforme Hauptangebote nicht ganz heranreichen würden. Die abweichende Qualität könne über die Verwendung geeigneter Qualitätskriterien bewertbar gemacht werden. Das einzige vorliegende Qualitätskriterium (Verlängerung der Gewährleistungsfrist) sei nicht geeignet, jenen Qualitätsunterschied bewertbar zu machen, der zwischen einer Bodenverbesserung und einem Bodenaustausch liege. Schon aus diesem Grund ließe die vorliegende Ausschreibung Alternativangebote, die alternativ eine Bodenverbesserung vorsehen, in Ermangelung geeigneter Zuschlagskriterien iSd § 81 Abs 1 BVergG nicht zu. Um häufigere Frostaufbrüche und daher häufigere und frühere Reparaturnotwendigkeiten bei Einsatz einer Bodenstabilisierung mit einem Bodenaustausch vergleichbar zu machen, hätten die Betriebskosten, insbesondere Reparaturkosten über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, als Qualitätskriterium abgefragt und bewertet werden müssen. Die Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist, die bei einem qualitativ schlechteren Alternativangebot naturgemäß nicht angeboten würde, sei nicht geeignet, höhere

Reparaturkosten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist in einer Gesamtbewertung angemessen berücksichtigen zu können. Auch aus diesem Grund hätte das Abänderungsangebot Bodenstabilisierung mangels Vergleichbarkeit ausgeschieden werden müssen. Darüber hinaus seien Alternativangebote nur bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben würden, zulässig. Die Verwendung von Qualitätskriterien sei deshalb so wichtig, weil Alternativangebote typischer Weise zwar die Mindestanforderungen erfüllten, qualitativ aber an ausschreibungskonforme Hauptangebote nicht ganz heranreichen würden. Die abweichende Qualität könne über die Verwendung geeigneter Qualitätskriterien bewertbar gemacht werden. Das einzige vorliegende Qualitätskriterium (Verlängerung der Gewährleistungsfrist) sei nicht geeignet, jenen Qualitätsunterschied bewertbar zu machen, der zwischen einer Bodenverbesserung und einem Bodenaustausch liege. Schon aus diesem Grund ließe die vorliegende Ausschreibung Alternativangebote, die alternativ eine Bodenverbesserung vorsehen, in Ermangelung geeigneter Zuschlagskriterien iSd Paragraph 81, Absatz eins, BVergG nicht zu. Um häufigere Frostaufbrüche und daher häufigere und frühere Reparaturnotwendigkeiten bei Einsatz einer Bodenstabilisierung mit einem Bodenaustausch vergleichbar zu machen, hätten die Betriebskosten, insbesondere Reparaturkosten über die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer, als Qualitätskriterium abgefragt und bewertet werden müssen. Die Verlängerung der gesetzlichen Gewährleistungsfrist, die bei einem qualitativ schlechteren Alternativangebot naturgemäß nicht angeboten würde, sei nicht geeignet, höhere Reparaturkosten nach Ablauf der Gewährleistungsfrist in einer Gesamtbewertung angemessen berücksichtigen zu können. Auch aus diesem Grund hätte das Abänderungsangebot Bodenstabilisierung mangels Vergleichbarkeit ausgeschieden werden müssen.

Darüber hinaus sei eine Kalkstabilisierung des Bodens im Baumischverfahren gegenüber einem Austausch des lehmigen Bodens durch verdichtungsfähiges und frostsicheres Korngemisch der Korngruppe RK oder KK 0/63 keinesfalls gleichwertig. Der Gleichwertigkeitsnachweis könne schon deshalb nicht erbracht worden sein, weil eine Stabilisierung, die mit dem

ausgeschriebenen Bodenaustausch objektiv gleichwertig sei, nicht möglich sei. Auch aus diesem Grund hätte das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mangels Gleichwertigkeit ausgeschieden werden müssen.

Mit Schriftsatz vom 30.05.2012 trat die Auftraggeberin dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen und führte aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe neben ihrem Hauptangebot das "Abänderungsangebot Bodenverbesserung" gelegt. Im Punkt

1.1.26.1 Teil B.1 der Ausschreibungsbestimmungen seien die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Abänderungsangeboten im Sinne des § 82 BVergG definiert wie folgt: 1.1.26.1 Teil B.1 der Ausschreibungsbestimmungen seien die Voraussetzungen für die Zulässigkeit von Abänderungsangeboten im Sinne des Paragraph 82, BVergG definiert wie folgt:

"Abänderungsangebote sind zulässig. Abänderungsangebote haben die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicher zustellen. Den Nachweis der Gleichwertigkeit hat der Bieter zu führen. Abänderungsangebote sind ausdrücklich mit der Bezeichnung "Abänderungsangebote" zu kennzeichnen. Jedes Abänderungsangebot hat einen gesonderten Gesamtpreis zu enthalten.

Abänderungsangebote sind nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig."

Die Angebotsprüfung der Auftraggeberin habe zweifelsfrei ergeben, dass das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diesen Voraussetzungen entspreche.

Für die Bewertung des Abänderungsangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien neben den Bestimmungen der Ausschreibung insbesondere die Begriffsbestimmungen des § 2 BVergG für Abänderungs- und Alternativangebote maßgebend. Die Abgrenzung zwischen einem Abänderungs- und einem Alternativangebot hänge gemäß den gesetzlichen Regelungen vor allem von der Frage der Geringfügigkeit der Abweichung der Ausschreibung ab. Nach den Gesetzesmaterialien handle es sich bei dieser Beurteilung um eine Einzelfallbetrachtung, in die sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien einzufließen hätten. Die gegenständliche Ausschreibung beinhalte Bauleistungen, insbesondere auch eine Bodenauswechslung, da der im Bereich der zu errichtenden Rastplätze bestehende Boden nicht der erforderlichen Qualität entspreche. Im Zuge der Erstellung der Ausschreibung sei das Ingenieurbüro C*** zur Durchführung einer Baugrunderkundung für die geplanten Bauleistungen beauftragt worden. Die Ergebnisse der durchgeführten Untersuchungen seien in einem geotechnischen Gutachten zusammengefasst

worden. Darin empfehle der Gutachter, die Bodenauswechslung mittels Austausch der forstempfindlichen Lehmschichten durch ein gut verdichtungsfähiges und frostsicheres Korngemisch vorzunehmen. Diese vom Gutachter empfohlene Methode zur Bodenauswechslung sei in die Ausschreibung übernommen worden und zwar in den Positionen 020318 ff ("Abtrag ungebundene und stab. Tragschichten"), 020325 ff ("Bodenabtrag, Seitenentnahmen"), 020330 ff ("Schüttungen, Bodenstabilisierung, bew. Erde") sowie 020331 ff Für die Bewertung des Abänderungsangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin seien neben den Bestimmungen der Ausschreibung insbesondere die Begriffsbestimmungen des Paragraph 2, BVergG für Abänderungs- und Alternativangebote maßgebend. Die Abgrenzung zwischen einem Abänderungs- und einem Alternativangebot hänge gemäß den gesetzlichen Regelungen vor allem von der Frage der Geringfügigkeit der Abweichung der Ausschreibung ab. Nach den Gesetzesmaterialien handle es sich bei dieser Beurteilung um eine Einzelfallbetrachtung, in die sowohl qualitative als auch quantitative Kriterien einzufließen hätten. Die gegenständliche Ausschreibung beinhalte Bauleistungen, insbesondere auch eine Bodenauswechslung, da der im Bereich der zu errichtenden Rastplätze bestehende Boden nicht der erforderlichen Qualität entspreche. Im Zuge der Erstellung der Ausschreibung sei das Ingenieurbüro C*** zur Durchführung einer Baugrunderkundung für die geplanten Bauleistungen beauftragt worden. Die Ergebnisse der durchgeführten Untersuchungen seien in einem geotechnischen Gutachten zusammengefasst worden. Darin empfehle der Gutachter, die Bodenauswechslung mittels Austausch der forstempfindlichen Lehmschichten durch ein gut verdichtungsfähiges und frostsicheres Korngemisch vorzunehmen. Diese vom Gutachter empfohlene Methode zur Bodenauswechslung sei in die Ausschreibung übernommen worden und zwar in den Positionen 020318 ff ("Abtrag ungebundene und stab. Tragschichten"), 020325 ff ("Bodenabtrag, Seitenentnahmen"), 020330 ff ("Schüttungen, Bodenstabilisierung, bew. Erde") sowie 020331 ff ("Geotextilien").

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Abänderungsangebot anstelle der ausgeschriebenen

Bodenverbesserung mittels Schüttmaterial eine Verbesserung des Untergrundes mittels Einfräsen von hydraulischem Bindemittel in die anstehenden Bodenschichten unter dem Unterbauplanum angeboten. Zusätzlich würden die abzutragenden bestehenden mechanisch stabilisierten Tragschichten sowie die ungebundenen Tragschichten, welche nach dem Amtsentwurf ebenfalls abzutragen und wegzuschaffen seien, im Baulos aufbereitet und als Dammschüttmaterial wieder verwendet. Die Änderung betreffe lediglich die Positionen 02031802B ("ungebundene Tragschicht Verfuhr im Baustellenbereich"), 02031804B ("mech. stab. Tragschicht Verfuhr Baustellenbereich") sowie 02032010B Z ("Bodenstabilisierung 30cm mit hydraulischen Bindemittel"). Die Positionen 02031802C ("ungebundene Tragschicht wegschaffen"), 02031804C (" mech. stab. Tragschicht wegschaffen"), 02032510A ("leichter-schwerer Boden 3 bis 5 abtragen und laden"), 02032511C ("leichter-schwerer Boden 3 bis 5 wegschaffen"), 02033020E Z ("Schüttmaterial Steinbruchmaterial"), 02033025 ("Dammkörnerschütten") sowie 02033105G ("Geotextil U1, LKL I-VI, Korngröße größer 62 mm") hätten Mengenänderungen erfahren.

Die im Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeführten Maßnahmen beträfen ausschließlich Positionen, die sich auf die Phase der Leistungsausführung bezögen. Auf das "Endprodukt", das von der Auftraggeberin abgenommen werde, habe das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine Auswirkung. Aus Sicht der Auftraggeberin seien die im Abänderungsangebot dargestellten Änderungen aus technischer Sicht als geringfügig einzustufen, da die in der Ausschreibung definierten Funktionsanforderungen an das Bauwerk und somit das Endprodukt jedenfalls ohne technische Änderungen hergestellt werden könnten.

Die in der Ausschreibung gewählte Art der Bodenauswechslung sei nur eine von vielen technischen Möglichkeiten, das in der Ausschreibung definierte Leistungsziel zu erreichen. Die Wahl der Bodenauswechslung habe keinen Einfluss auf und somit keine Relevanz für das Endprodukt. Die Änderung der Wahl der Methode zur Bodenauswechslung habe auch keine direkten oder indirekten Einflüsse auf Vorleistungen oder nachgelagerte Leistungen und bedeute keine Einschränkung in der Nutzung wie Nutzungsart, Erweiterungsmöglichkeit, Wartungsmöglichkeit oder

Dauerhaftigkeit der Rastplätze.

Vor diesem Hintergrund sei zum Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch festzuhalten, dass lediglich drei Positionen des rund 1.594 Positionen umfassenden Leistungsverzeichnisses von den angebotenen Änderungen Neupositionen seien (weniger als 0,18% aller Positionen), bzw dass es lediglich in sieben Positionen des

rund 1.594 Positionen Leistungsverzeichnisses zu Mengenänderungen komme (weniger als 0,44% aller Positionen). Die Änderungen im Abänderungsangebot seien sowohl in qualitativer als auch quantitativer Hinsicht als geringfügig zu qualifizieren.

Die technische Gleichwertigkeit des Abänderungsangebotes sei im Rahmen der Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin detailliert überprüft worden. Sämtliche Unterlagen, welche zur Beurteilung der Gleichwertigkeit erforderlich seien, seien im Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthalten bzw. lägen dem Vergabebericht als Anhang bei. Der Gutachter des Ingenieurbüros C***, welcher bereits mit der Erstellung des der Ausschreibung zugrunde gelegten

geotechnischen Gutachtens beauftragt gewesen sei, komme zum Prüfergebnis, dass die Gleichwertigkeit des Abänderungsangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben sei.

Auch das Argument der Antragstellerin, wonach das Abänderungsangebot die im Gutachten empfohlene Stärke der Bodenauswechslung von 70 cm nicht einhalten würde, gehe ins Leere. Die Antragstellerin verkenne nämlich, dass sich die ausgeschriebene Stärke der Bodenauswechslung von 70 cm ausschließlich auf die gewählte Amtsvariante beziehe. Jede andere Form der Bodenverbesserung müsse in einer dem Stand der Technik entsprechenden Stärke ausgeführt werden. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewählte Stärke habe der Gutachter eindeutig als technisch ausreichend und gleichwertig bezeichnet.

Zur Ausgestaltung der Ausschreibung hinsichtlich Alternativangeboten führt die Auftraggeberin aus, gemäß den Punkten 1.1.26.1 ff des Teiles B.1 der bestandsfest gewordenen Ausschreibungsunterlage würden die Anforderungen an Alternativangebote festgelegt. Dabei sei insbesondere auf Punkt

1.1.26.5 zu verweisen, in dem die allgemeinen Mindestanforderungen für Alternativangebote definiert seien. Der Vorwurf der Antragstellerin, dass in der Ausschreibungsunterlage keine ausreichenden Mindestanforderungen zur Vergleichbarkeit festgelegt worden seien, sei falsch. Aus der Rechtsprechung des BVA bzw des VwGH zu technischen Alternativen ergebe sich, dass der Auftraggeber für die Vergleichbarkeit von Alternativen mit der ausgeschriebenen Leistung Mindestanforderungen in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen habe. Dabei komme es darauf an, ob die Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit in den Ausschreibungsunterlagen erkennbar seien. In der

gegenständlichen Ausschreibung sei ausdrücklich festgelegt, welche Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Alternativen als Mindestanforderungen definiert würden. So sei hinsichtlich der Vergleichbarkeit insbesondere festgelegt worden, dass Alternativangebote "das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bausoll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken [müssen]", sowie "sämtliche Funktionsanforderungen... in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssten." Darüber hinaus seien ergänzend eine Reihe weiterer Mindestanforderungen definiert, wie etwa die Bezugnahme auf die Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und der UVP. Es handle sich bei den relevanten Mindestanforderungen also nicht bloß um allgemeine und formale Festlegungen, sondern sehr wohl um ausreichende inhaltliche Mindestanforderungen an Alternativangebote im Zusammenhang mit dem konkreten Projekt. Das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin gehe daher ins Leere.

Die von der Auftraggeberin gewählten Zuschlagskriterien (Preis und Verlängerung der Gewährleistung) seien entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin auch für Alternativangebote geeignet. Geeignete Zuschlagskriterien würden insbesondere solche sein, die gleichermaßen für alle Angebote, also sowohl für die ausschreibungsgemäßen Hauptangebote, als auch für Alternativangebote anwendbar seien. Die gewählten Zuschlagskriterien seien auch für Alternativangebote anwendbar.

Mit Schriftsatz vom 31.05.2012 erhob die B*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) rechtzeitig begründete Einwendungen und führte aus, die Auftraggeberin hätte in den antragsrelevanten Positionen 02032510, 02032510A, 02032511C sowie 02033020E keinen Bodenaustausch ausgeschrieben. Aufgrund der Ausschreibung sei nicht geplant, das durch die Abtragspositionen in der Geländeoberfläche entstandene Loch wieder aufzufüllen. Beim gegenständlichen Baulos handle es sich um einen größeren Parkplatz, der in den Hang hineingeschnitten werden solle. D.h. nach Durchführung aller Baumaßnahmen bleibe das "Loch" im Gelände als entsprechend modellierter Hanganschnitt weiter bestehen. Rein begrifflich könne es sich daher dabei nicht um eine Bodenauswechslung handeln. Bei einem Bodenaustausch sei für jeden m³ des entfernten Materials 1 m³ neuen Materials einzubauen. Bei einer Bodenauswechslung handle es sich im technischen Sinn um ein eigenes Bauverfahren, um einen Fachbegriff, der nicht in der vom Antrag entfremdeten Art gebraucht werden könne. Dies umso mehr, als die erforderlichen

Austauschmaterialien in der Position 033020C "Schüttmaterial Bodenverbesserung" beschrieben seien. Der Positionstext 033020C sei mit dem Positionstext 033020D zu vergleichen. Ein unmittelbarer Vergleich dieser beiden Textstellen erhele, dass das Schüttmaterial Steinbruchmaterial keinen spezifizierten Ungleichkörnigkeitsgrad $U \geq 5$ aufzuweisen habe. Laienhaft könne man sagen, je höher der Ungleichkörnigkeitsgrad U sei, desto besser seien die Verdichtungseigenschaften. Es sei unzulässig, das Schüttmaterial Bodenverbesserung, das einen bestimmten Ungleichkörnigkeitsgrad aufzuweisen habe und dessen Eignung vor dem Einbau jeweils im Einzelfall nachzuweisen sei, mit dem Schüttmaterial Steinbruchmaterial der ausgeschriebenen Position zu verwechseln.

Bodenauswechslungsmaterial werde mit dem Ziel eingebaut, die Verdichtbarkeit des anstehenden Baugrundes zu verbessern, hier sei ein Tragfähigkeitswert von 35 MN/m^2 zu erreichen. Material, das diesen Wert erreiche, könne, müsse aber keineswegs frostsicher sein. Die gesamte Argumentation des Antrages sei darauf aufgebaut, dass die Auftraggeberin in Pos.033020B Schüttmaterial frostsicher und verdichtbar liefern

ausgeschrieben hätte. Dies habe die Auftraggeberin jedoch nicht getan.

Hinsichtlich des Antragsvorbringens, dass für Alternativangebote in der Ausschreibung keine Mindestanforderungen enthalten seien, führt die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, die Ausschreibung richte sich einerseits nur an Fachleute, andererseits seien die Hinweise auf die Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau, RVS, sowie eine ganze Reihe von weiteren Querverweisen auf Ö-Normen, EN-Normen, technische

Vorschreibungen, Din-Normen und vor allem die Planungshandbücher der ASFIANG in der Ausschreibung enthalten.

Die Ausschreibung habe auch keinen Bodenaustausch im Wortsinn der Definitionen und der LB-VI/RVS festgelegt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Abänderungsangebot eine Bodenverbesserung mittels Kalkstabilisierung im Baumischverfahren angeboten. Zweck der Bodenstabilisierung im Sinne der Ausschreibung sei nicht die Frostsicherheit des Baukörpers herbei zu führen, sondern die Festigkeit im Sinne eines Lastabtragevermögens auf 35 MN/m^2 zu steigern. Zu diesem Zweck würden je nach anstehendem Material 10 bis 20 cm Kalkstabilisierung technisch ausreichen. Die Kalkstabilisierung werde auf eine ausreichende Tiefe durchgeführt bis der ausgeschriebene Wert erreicht werde. Die Anforderung finde sich in den Randziffern 94 ff in der ausschreibungsgegenständlichen RVS. Es lägen daher

Spezifikationen für die Anforderung in der Ausschreibung vor und seien diese auch durch den Angebotsinhalt erfüllt.

Die Ausschreibungsunterlage sehe auch nicht die Einbringung eines verdichtungsfähigen und frostsicheren Korngemisches in der Stärke von 70 cm vor. Als Maß für die Gleichwertigkeit sei auch aus dem Blickwinkel des Bauzieles, nur das Erreichen eines Tragfähigkeitswertes von 35 MN/m^2 am Unterbauplanum. Der Qualitätsmaßstab Frostsicherheit sei weder ausgeschrieben worden noch technisch notwendig.

Es liege bloß ein Abänderungsangebot vor, weil insgesamt nur drei Positionen neu hinzukämen. Frostempfindlichkeit und Frostsicherheit seien keine Mindestanforderungen und könnten daher nicht nachträglich der Ausschreibung unterstellt werden. Die "Festigkeit des Bodens" (Verdichtungsfähigkeit) sei spezifiziert.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 20.06.2012 führte die Auftraggeberin aus, das Leistungsverzeichnis (Teil B.5) gliedere sich in sechs Obergruppen. In der Obergruppe 02 Straßenbau/ Außenanlagen fänden sich alle Leistungen, die mit dem Boden- und Fahrbelag der Rastplätze zusammen hingen. Sie beinhalteten auch die sogenannten „Tiefbauarbeiten“. Zu diesen Leistungen zählten unter anderem auch die Errichtung des Unter- und Oberbaues. Als „Unterbau“ bezeichne man im Bauwesen die konstruktiven Elemente, die das eigentliche Bauwerk oder Bauteil, den „Oberbau“, tragen würden. Die technischen Vorschriften für die Errichtung des Unter- und Oberbaues seien in den RVS 03.08.63 geregelt. Diese bildeten auch den Stand der Technik ab. Die RVS seien unter anderem in Teil B.3.3.1 der Ausschreibung für verbindlich erklärt worden. Nach den RVS 03.08.63 habe das Unterbauplanum eine bestimmte Tragfähigkeit (35 MN/m^2) aufzuweisen. Um eine der RVS entsprechende Tragfähigkeit sicher zu stellen, habe die Auftraggeberin die Empfehlungen des Ingenieurbüros C*** berücksichtigt, wonach aufgrund des einheitlich vorzufindenden bindigen Untergrundes im Bereich der Park- und Verkehrsflächen ein Bodenaustausch mit gut verdichtbaren Materialien empfohlen werde. Der Empfehlung des Gutachters, wonach der Bodenaustausch mittels frostsicherem Korngemisch der Stärke 70cm durchzuführen sei, sei von der Auftraggeberin nicht gefolgt worden, da dies weder dem Stand der Technik entspreche noch gemäß der gültigen RVS gefordert werde. In die Ausschreibung sei lediglich die vom Gutachter empfohlene Methode zur Bodenauswechslung in Bezug auf die Tragfähigkeit (nicht jedoch

in Bezug auf das frostsichere Korngemisch der Stärke 70cm) übernommen worden, welche sich in den Unterleistungsgruppen Pos. 02.03.18f, Pos. 02.03.25f, Pos. 02.03.30f sowie Pos. 02.03.31f wiederfinde. Bei der gewählten Methode zur Bodenauswechslung sei sichergestellt, dass der Bodenaufbau gemäß den RVS 03.08.63 hergestellt werde, sodass die in der RVS geforderte Tragfähigkeit im Bereich des Unterbaues gewährleistet werde.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Abänderungsangebot anstelle der ausgeschriebenen

Bodenauswechslung mittels Schüttmaterial eine Verbesserung des Untergrundes mittels Einfräsen von hydraulischem Bindemittel in die anstehenden Bodenschichten unter dem Unterbauplanum angeboten. Eine solche Bodenverbesserung werde in der RVS 03.08.63 ausdrücklich als geeignete Maßnahme angeführt. Nach Pkt. 3.2 der RVS sei die Tragfähigkeit des Unterbauplanums erforderlichenfalls durch entsprechende Maßnahmen (Bodenverbesserung, Bodenauswechslung) sicher zu stellen. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewählte Methode der Bodenverbesserung sei nach der RVS ausdrücklich zugelassen. Gemäß der RVS sei für die Beurteilung der Gleichwertigkeit im Wesentlichen die Gewährleistung der geforderten Tragfähigkeit von 35 MN/m² ausschlaggebend. Die Tragfähigkeit könne wiederum durch verschiedene Methoden (Bodenverbesserung oder Bodenauswechslung) erzielt werden.

Das Änderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei in Pos. 02.03.30.10 B Z als gering zu bewerten, da die angebotene Bodenverbesserung eine von mehreren Möglichkeiten sei, um die in der RVS geforderte Tragfähigkeit zu gewährleisten und somit kein qualitativer Unterschied zum Amtsentwurf bestehe und es dadurch lediglich zu unerheblichen Mengenverschiebungen in Bezug auf den Abtrag und das Wegschaffen des Unterbaues komme. Auch in der Pos. 02.03.18.02 B handle es sich in qualitativer und quantitativer Hinsicht um eine als gering zu bewertende Änderung, da weder eine Auswirkung auf die Tragfähigkeit des Unterbaues, noch eine Auswirkung auf das in der Ausschreibung definierte Leistungsziel vorliege. Das Gleiche gelte für die Pos. 02.03.18.04 B.

Aufgrund der Änderungen ergäben sich in weiterer Folge geringfügige Auswirkungen auf die Massen der Abtrags- und Dammschüttpositionen, welche ebenfalls im Abänderungsangebot dargestellt worden seien. Hierbei handle es sich jedoch um bloße Mengenänderungen bzw. um den Entfall von einzelnen Positionen.

Wenn die Antragsstellerin vermeine, dass der Bodenaustausch nur mit frostsicherem Material mit einer Stärke von 70cm hergestellt werden könne, so sei ihr entgegen zu halten, dass gemäß dem Stand der Technik und der gültigen RVS (z.B. RVS 03.08.63) und vor allem auch nach den Bestimmungen der Ausschreibung es nicht erforderlich sei, den Bodenaustausch mit frostsicheren Materialien der Stärke 70cm herzustellen. Die Empfehlung des Gutachters sei in den Ausschreibungsunterlagen auch deswegen nicht zwingend vorgeschrieben worden, da sich der Bodenaustausch im Bereich des Unterbaues befinde und somit der technische Bezug auf die Frostsicherheit nicht von Bedeutung sei. Lediglich die Tragfähigkeit (35 MN/m²) sei gemäß RVS für die Errichtung des Unterbaues das entscheidende Kriterium.

Nach der RVS sei nur die ungebundene und obere Tragschicht aus frostsicherem Material mit der geeigneten Tragfähigkeit herzustellen. Dies werde auch in der Ausschreibung entsprechend berücksichtigt. Nachdem das Abänderungsangebot jedoch lediglich den Unterbau betreffe, sei die Vorgabe für das Abänderungsangebot unerheblich. Für die Auftraggeberin sei nicht relevant, ob der Unterbau mittels Bodenaustausch oder mittels Bodenverbesserung (z.B. Kalkstabilisierung) ordnungsgemäß hergestellt werde, solange die in der RVS geforderte Tragfähigkeit gewährleistet werde. Diese Herstellung des ordnungsgemäßen Unterbaues stelle nur eine Vorleistung für den frostsicheren Oberbau dar, welcher – im Gegensatz zum Unterbau, - frostsicher sein müsse. In Bezug auf das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei festzuhalten, dass die Abänderung zum Großteil lediglich den Unterbau betreffe und es sich somit um eine sehr geringfügige Änderung handle.

In ihrer Replik vom 29.06.2012 führte die Antragstellerin ergänzend aus, das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mache 12% des Gesamtauftragsvolumens aus und könne daher nicht als geringfügig bewertet werden. Das Abänderungsangebot beinhalte sehr wohl nicht nur geringfügige technische Änderungen, weshalb ein Alternativangebot vorliege. Zur Frage der Gleichwertigkeit verwies die Antragstellerin auf die Judikatur des EuGH, wonach die Zulassung von Alternativangeboten die Herstellung der Vergleichbarkeit erfordere. Für die Festlegung von Mindestanforderungen müsse ein Mindestqualitätsniveau definiert werden, das von allen Angeboten eingehalten werden müsse.

In der mündlichen Verhandlung vom 03.07.2012 gab D*** (Auftraggeberin) an, Intention der Position 020325 sei gewesen, zur Herstellung einer Bodenstabilisierung einen Bodenabtrag vornehmen zu lassen. Die Auftraggeberin habe

sich im Sinne der Vorgaben der RVS (35 MN/m²) entschlossen, einen Bodenaustausch im Leistungsverzeichnis auszuschreiben. Primär sei die Erreichung der Vorgaben der RVS im Vordergrund gestanden. Wie die Bieter im konkreten Fall diese Vorgaben erfüllen sollten, sei für die Auftraggeberin nicht wesentlich gewesen. Die Auftraggeberin habe die Ausschreibung nur im Sinne der Erreichung der Zielvorgaben der RVS aufgebaut. Entscheidend sei die Herstellung eines entsprechenden Unterbauplanums gewesen. Die Auftraggeberin sei den Empfehlungen des geotechnischen Gutachtens vom 15.06.2011 nur teilweise gefolgt. Die vom Gutachter empfohlenen 70 cm Bodenauswechslung seien in die Ausschreibung nicht übernommen worden. Gleichzeitig wies der Vertreter der Auftraggeberin darauf hin, dass das Fehlen von bindigen Anteilen nicht Frostsicherheit bedeute. Das Gutachten sei durch die Auftraggeberin der Ausschreibung angeschlossen worden, um den Bietern genaue Kenntnis über die Bodenverhältnisse geben zu können. Dies wäre auch für die Kalkulation der Angebote wesentlich.

E*** (präsumtive Zuschlagsempfängerin) führte aus, F*** von der Antragstellerin mache langjährige Berufserfahrung im Autobahn- und insbesondere im Erdbau geltend. Ihm müsse daher klar sein, dass er bisher noch keinen einzigen Autobahnkilometer mit frostsicherem Unterbau errichtet habe. Die von ihm ins Treffen geführten Bodenstabilisierungsmaßnahmen in diesem Bereich dienten ausschließlich der Erhöhung der Tragfähigkeit. Die irrtümliche Auslegung einer Ausschreibung falle in die Sphäre des Bieters. Zum Fehlen bindiger Anteile sei darauf hinzuweisen, dass es eine Vielzahl von grobkörnigen Steinbruchmaterialien gebe, die keine bindigen Anteile aufwiesen, ausreichend verdichtbar seien und trotzdem frostgefährdet blieben. Als Beispiele führte er Konglomerat, Marmor und Sandstein an.

Der Zeuge, G***, erklärte, er sei sowohl mit der Planung als auch mit der Ausschreibungserstellung befasst gewesen, nicht jedoch mit der Angebotsprüfung. Die als wesentlich

gekennzeichneten Positionen in der Ausschreibung seien sowohl für das Projekt als auch für die Kalkulation von wesentlicher Bedeutung. Das Abänderungsangebot betreffe ausschließlich die in den Schriftsätzen genannten sieben geänderten sowie drei neuen Positionen. Bei der Neuposition "Bodenstabilisierung" sowie den geänderten Positionen "Untere und obere Tragschicht im Baustellenbereich" habe eine Verführung, Aufbereitung sowie ein Wiedereinbau der Materialien stattzufinden. Dies werde zwar in einem Arbeitsgang erledigt, betreffe jedoch zwei getrennte Bereiche. Für die Durchführung einer Bodenverbesserung sei von den Neupositionen des Abänderungsangebotes lediglich die Position 02033010B Z notwendig. Die Mengen bei den Positionen 02032510A sowie 02032511C verringerten sich im Abänderungsangebot um knapp über 50%. Die technischen Änderungen zwischen einer Bodenauswechslung sowie einer Bodenverbesserung seien geringfügig. Die RVS würden lediglich vorschreiben, dass das Unterbauplanum eine Tragfähigkeit von 35 MN/m² aufweisen müsse. Wie diese Tragfähigkeit erreicht werden solle, obliege den Festlegungen in der jeweiligen Ausschreibung. Bei der Erstellung der vorliegenden Ausschreibung sei in Entsprechung der Empfehlungen des Gutachtens vom 15.06.2011 als Vorgabe eine Bodenauswechslung gewählt worden. Die Ausschreibung lege ausdrücklich die Bodenauswechslung fest. Bei der durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin angebotenen Bodenverbesserung handle es sich um eine "Änderung" der Vorgaben der Ausschreibung.

In der Ausschreibung sei nicht festgelegt, dass der Unterbau frostsicher auszuführen wäre. Die Position 02033020E schreibe ein Dammschüttmaterial vor, das dem üblichen Material für Bodenauswechslungen und Dämme entspreche. Die LB-VI behandle Schüttmaterial in vier unterschiedlichen Positionen. Das Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin biete eine andere technische Ausführung als eine Bodenauswechslung benötigen würde. Die gebotene technische Ausführung stünde jedoch im Einklang mit den RVS. Der Unterschied zwischen der technischen Ausführung einer Bodenauswechslung zu einer Bodenverbesserung bestehe darin, dass im Falle einer Bodenverbesserung das vorhandene Material aufbereitet und die notwendige Tragfähigkeit mit verschiedenen technischen Möglichkeiten hergestellt werde. Im Gegensatz dazu werde bei der Bodenauswechslung das vorhandene Material entfernt, verführt und anschließend neues Material eingebaut. Dies erkläre auch den Preisunterschied zwischen dem Hauptangebot und dem Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.

Der Zeuge führte weiters aus, die Abänderung betreffe nur den Unterbau. Die Tragschicht werde weiter verwendet. Es gebe auch Steinbruchmaterialien ohne bindige Anteile, die trotzdem frieren würden. Die Frostsicherheit werde nicht geprüft, sondern es werde lediglich das Unterbauplanum auf Basis der Vorgaben der RVS geprüft.

Frostsichere Unterbauten gebe es auf Autobahnen nicht, da dies zu teuer wäre. Das Unterbauplanum weise eine Neigung auf, um einsickernde Wässer abzuführen und dadurch ein Auffrieren zu verhindern. Diese Baumethode

widerspiegle sich in den einschlägigen Regelwerken. Die Kalkstabilisierung sei langjährig erprobt und gründe in den RVS. Für Abänderungsangebote sei in der Ausschreibung keine Grenze vorgesehen. Die von der RVS vorgegebene Standardbauweise sei für das Unterbauplanum in der Ausschreibung zur Gänze übernommen worden. Für den Oberbau seien in der Ausschreibung geringfügige Änderungen von den Standardbauweisen der RVS festgelegt worden.

Bei der Erstellung der Ausschreibung sei dem Gutachten vom 15.06.2011 nur teilweise gefolgt worden. So sei in der Ausschreibung ein Bodenaustausch mit gut verdichtbarem Material vorgeschrieben worden. Den anderen Inhalten des Gutachtens sei nicht gefolgt worden. Bezüglich der Mengen, Massen und Qualitäten des ausgeschriebenen Materials habe die Auftraggeberin aufbauend auf den Bodenschürfen, die dem Gutachten angeschlossen seien, ermittelt, wo mit Verbesserungen zu rechnen sein werde und diese Ermittlungen der Ausschreibung zu Grunde gelegt. Bei den Festlegungen in der Ausschreibung sei die Auftraggeberin ihrem eigenen Sachverstand gefolgt, da nirgendwo festgelegt sei, dass der Unterbau frostsicher ausgeführt werden müsste. Das in der Position 02033020E vorgeschriebene Material ohne bindige Anteile sei nach den LB-VI für Dammaufschüttungen durchaus üblich und gewählt worden, um eine gute Durchlässigkeit zu gewährleisten. Die Materialwahl stelle auch auf die technischen Anforderungen, nämlich die Festigkeit, ab und sei auch im Hinblick auf die LB-VI getroffen worden.

Die präsuntive Zuschlagsempfängerin führte aus, das Abänderungsangebot sei hinsichtlich des günstigeren Preises sowie auch der Umweltgerechtigkeit gelegt worden. Der günstigere Preis resultiere daraus, dass die Materialmengen vor Ort aufbereitet und danach wieder eingebaut würden. Das bedeute eine Verringerung des zu verführenden Materials. Das Material werde kaum bewegt, sondern lediglich mit einer leistungsfähigen Stabilisierungsfräse unter Beigabe des erforderlichen Bindemittels verbessert. Technisch handle es sich beim Unterschied zwischen den Methoden bei der Bodenauswechslung und dem Abänderungsangebot lediglich um einen Unterschied zwischen einem Bagger zum Bodenaushub und einer Fräse zur Einarbeitung des Bindemittels in die Bodenschichten. Aus dem der Ausschreibung beigelegten Gutachten sei ersichtlich gewesen, dass grundsätzlich eine Bodenverbesserung möglich sei. Die Kalkulation sei auf den allgemeinen Erfahrungswerten der präsuntiven Zuschlagsempfängerin basierend erstellt worden. Die exakte Bodenanalyse müsse jedoch vor Baubeginn stattfinden. Dieser Vorgang sei üblich und auch in der RVS vorgesehen. Der Stabilisierungsvorgang sei beliebig oft wiederholbar, um die ausgeschriebenen Qualitätskriterien einzuhalten. Das gewählte Bauverfahren sei auch im Hinblick auf die Bauzeit günstiger als die Bodenauswechslung.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Im vorliegenden Fall hat das Bundesvergabegesetz 2006 idF der NovelleBGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012 (BVergG) zur Anwendung zu kommen. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der §§ 52 Abs. 1 und 2, 55 Abs. 2 bis 6, 216 Abs. 1 und 2 und 219 Abs. 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches am 03.04.2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen. Im vorliegenden Fall hat das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012 (BVergG) zur Anwendung zu kommen. Die Bestimmungen der Novelle sind - mit Ausnahme der Paragraphen 52, Absatz eins und 2, 55 Absatz 2 bis 6, 216 Absatz eins und 2 und 219 Absatz 2 bis 6 - mit dem der Kundmachung zweitfolgenden Monatsersten, somit am 01.04.2012, in Kraft getreten. Das gegenständliche Vergabeverfahren, welches am 03.04.2012 bekannt gemacht wurde, ist demnach nach den Regelungen der Novelle zu führen.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30; 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010- 8EV u.a.). Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 23.3.2012, N/0027-BVA/04/2012-30; 30.6.2011, N/0033-BVA/09/2011-37; 16.9.2010, N/0077-BVA/04/2010- 8EV u.a.).

Das vorliegende Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG geführt. Das vorliegende Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, im Auftrag und im Namen der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG geführt.

Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gem. § 4 BVergG zu qualifizieren. Der dem Unterschwellenbereich

zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist über die elektronische Vergabeplattform am 15.05.2012 erfolgt. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag gem. Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Der dem Unterschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens vergeben werden. Die Bekanntgabe der nunmehr bekämpften Zuschlagsentscheidung ist über die elektronische Vergabeplattform am 15.05.2012 erfolgt.

Zu Spruchpunkt 1.)

Wie aus den Ausschreibungsunterlagen sowie den übereinstimmenden Aussagen des Vertreters der Auftraggeberin, D***, sowie des Zeugen, G***, hervorgeht, wurde in der Position 02 03 25ff zur Herstellung der Bodenstabilität im Leistungsverzeichnis ein Bodenaustausch ausgeschrieben. Wie auch der Zeuge, G***, bestätigte, handelt es sich daher bei der durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin angebotenen Bodenverbesserung um eine „Änderung“ gegenüber der Ausschreibung.

Gemäß § 2 Z 1 BVergG ist ein Abänderungsangebot ein Angebot, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht (J. Schramm/M. Öhler in Schramm/ Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz, § 2 Z 1 RZ5). Gemäß Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG ist ein Abänderungsangebot ein Angebot, das im Hinblick auf die ausgeschriebene Leistung eine lediglich geringfügige technische, jedoch gleichwertige Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene, beinhaltet, das von der ausgeschriebenen Leistung aber nicht in einem so weitgehenden Ausmaß wie ein Alternativangebot abweicht (J. Schramm/M. Öhler in Schramm/ Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz, § 2 Z 1 RZ5).

Abänderungsangebote betreffen im Unterschied zu Alternativangeboten nur Teile der Gesamtleistung und nur technische Parameter des Leistungsvertrages. Wird von einem Bieter ein Angebot gelegt, das in technischer Hinsicht von der Ausschreibung abweicht, hängt es von der Geringfügigkeit der Abweichung ab, ob noch ein Abänderungs-, oder bereits ein Alternativangebot vorliegt. Als Beispiel für eine geringfügige Abweichung nennt der Gesetzgeber "Änderung, etwa bei der Materialwahl, in der Regel auf Positionsebene." In quantitativer Hinsicht kommt es nach den Gesetzesmaterialien etwa auf die Anzahl der von der Änderung betroffenen Positionen an. In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Es ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, im Zweifel wird kein Abänderungs- sondern ein Alternativangebot anzunehmen sein. (J. Schramm/M. Öhler in Schramm/ Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz, § 2 Z 1 RZ20 ff). Nach den erläuternden Bemerkungen betreffen Abänderungsangebote typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl zum Beispiel bei Aufhängungen). Im vorliegenden Fall bot die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Rahmen ihres als Abänderungsangebot bezeichneten Angebotes anstelle der ausgeschriebenen Bodenauswechslung eine Bodenverbesserung des Untergrundes mittels Einfräsen von hydraulischem Bindemittel in die anstehenden Bodenschichten unter dem Unterbauplanum an. Zusätzlich werden laut dem Abänderungsangebot die abzutragenden bestehenden mechanisch stabilisierten Tragschichten sowie die ungebundenen Tragschichten, welche nach der Ausschreibung ebenfalls abzutragen und wegzuschaffen sind, im Baulos aufbereitet und als Dammschüttmaterial wiederverwendet (Die genaue technische Beschreibung dieses Vorganges beinhaltet der dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beige geschlossene technische Bericht vom 30.04.2012). Wie der Vertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung ausführte, ist beabsichtigt, die Materialmengen vor Ort aufzubereiten und danach wieder einzubauen. Das bedeutet eine Verringerung des zu verführenden Materials, welches kaum bewegt, sondern lediglich mit einer leistungsfähigen Stabilisierungsfräse unter Beigabe des erforderlichen Bindemittels verbessert wird. Bei der Bodenauswechslung wird der Bodenaushub mittels eines Baggers bewerkstelligt, bei der im Abänderungsangebote gewählten Methode wird hingegen durch eine Fräse das Bindemittel in die Bodenschichten eingearbeitet.

Das Abänderungsangebot bezüglich die Bodenverbesserung betrifft mehrere Positionen in der Ausschreibung, wobei drei Positionen überhaupt erst neu durch das Abänderungsangebot geschaffen werden (siehe Seite 6 der Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 10). Wie aus dem technischen Bericht vom 30.04.2012, welcher dem Abänderungsangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angeschlossen ist, sowie auch aus den Ausführungen

des Zeugen, G***, und des Vertreters der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, werden in jenen Positionen, die eine Änderung durch das Abänderungsangebot erfahren, massive Mengenveränderungen im Sinne einer Mengenreduktion schlagend. Wie auch der sachverständige (Ausbildung und Werdegang sind in der Beilage zu OZ 18 detailliert ausgewiesen) Zeuge, G***, in der mündlichen Verhandlung bestätigte, treten bei den Positionen 02032510A sowie 02032510C Mengenreduktionen von knapp über 50% ein. Eine Durchsicht des technischen Berichtes vom 30.04.2012 durch den erkennenden Senat ergab, dass durch sämtliche von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgenommenen Abänderungen eine Mengenreduktion um insgesamt 50% eintritt. Dies bewirkt, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von rund Euro XXX, sohin etwa 12%, ausmacht. Bei einer Gesamtauftragssumme von rund Euro XXX handelt es sich dabei allein schon preislich um eine erhebliche Abänderung. So hat das BVA bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10% der Gesamtangebotssumme führte, ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen (BVA 14.11.2007, N/0100- BVA/05/2007-36). Das Abänderungsangebot bezüglich der Bodenverbesserung betrifft mehrere Positionen in der Ausschreibung, wobei drei Positionen überhaupt erst neu durch das Abänderungsangebot geschaffen werden (siehe Seite 6 der Stellungnahme der Auftraggeberin OZ 10). Wie aus dem technischen Bericht vom 30.04.2012, welcher dem Abänderungsangebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angeschlossen ist, sowie auch aus den Ausführungen des Zeugen, G***, und des Vertreters der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung hervorgeht, werden in jenen Positionen, die eine Änderung durch das Abänderungsangebot erfahren, massive Mengenveränderungen im Sinne einer Mengenreduktion schlagend. Wie auch der sachverständige (Ausbildung und Werdegang sind in der Beilage zu OZ 18 detailliert ausgewiesen) Zeuge, G***, in der mündlichen Verhandlung bestätigte, treten bei den Positionen 02032510A sowie 02032510C Mengenreduktionen von knapp über 50% ein. Eine Durchsicht des technischen Berichtes vom 30.04.2012 durch den erkennenden Senat ergab, dass durch sämtliche von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin vorgenommenen Abänderungen eine Mengenreduktion um insgesamt 50% eintritt. Dies bewirkt, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von rund Euro römisch 30 , sohin etwa 12%, ausmacht. Bei einer Gesamtauftragssumme von rund Euro römisch 30 handelt es sich dabei allein schon preislich um eine erhebliche Abänderung. So hat das BVA bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10% der Gesamtangebotssumme führte, ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen (BVA 14.11.2007, N/0100- BVA/05/2007-36).

Auch die Anzahl der betroffenen Leistungspositionen und die aufgezeigten Mengenänderungen übersteigen die für ein Abänderungsangebot sprechende Geringfügigkeitsgrenze erheblich. Technisch gesehen ist die Ausführung der im Abänderungsangebot vorgesehenen Bodenverbesserung vor Ort eine wesentlich andere Vorgehensweise als die von der Auftraggeberin in der Ausschreibung vorgesehene Bodenauswechslung. Dies schlägt sich auch - wie sowohl der Zeuge, G***, als auch der Vertreter der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung bestätigten - in einer wesentlichen Kostenreduktion nieder.

In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Eine derartige Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung liegt im gegenständlichen Fall eindeutig vor. Bei der Prüfung, ob es sich um ein Abänderungs- oder um ein Alternativangebot handelt, ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen. Dies ist auch im Zusammenhang damit zu sehen, als das Bundesvergabegesetz bei Abänderungsangeboten keine Verpflichtung zur Festlegung von Mindestanforderungen vorsieht. Da Mindestanforderungen grundsätzlich zwei Ziele verfolgen, nämlich die Sicherstellung der Transparenz bei der Angebotsprüfung sowie die Gleichbehandlung aller Bieter zu gewährleisten, würde eine extensive Auslegung von Abänderungsangeboten zu einem Verstoß gegen die im §19 BVergG festgelegten Grundsätze des Vergaberechtes führen.

Aufgrund der Anzahl der betroffenen Positionen sowie der mit dem Abänderungsangebot verbundenen Mengenänderungen, der Kostenreduktion von rund 12% sowie des gänzlich anderen technischen Lösungskonzeptes, das die im Abänderungsangebot geplante Bodenverbesserung im Vergleich zum Bodenaustausch darstellt, ist eine Geringfügigkeit der Abweichung, wie durch das Gesetz gefordert, nicht mehr gegeben.

Da es sich bei dem von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin als „Abänderungsangebot“ bezeichneten Angebot um kein Abänderungsangebot handelt, das den gesetzlichen Vorgaben entspricht, ist daher zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges Alternativangebot handelt.

Die gegenständliche Ausschreibung lässt Alternativangebote ausdrücklich zu. In den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt B.1 ist unter Punkt 1.1.26.5 "Mindestanforderungen für Alternativangebote" wie folgt festgelegt:

B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

1.1.26 Alternativangebote und Abänderungsangebote

1.1.26.1 Zulassung von Alternativangeboten/Abänderungsangeboten Alternativangebote § 81 BVergG 1.1.26.1 Zulassung von Alternativangeboten/Abänderungsangeboten 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.

1.1.26.2 Nachweise für Alternativangebote und Abänderungsangebote

Wird keine eigene Erklärung abgegeben, so gelten die Angaben in den jeweiligen Formblättern des Hauptangebotes auch für das Alternativangebot bzw. das Abänderungsangebot (z.B. hinsichtlich der ordnungsgemäßen Unterfertigungen des Angebots, Subunternehmerverzeichnis, Qualitätskriterien, usw.).

Achtung: Insbesondere bei den Formblättern der Ausschreibung ist darauf zu achten, dass keine Widersprüche zur Alternative entstehen.

Alternativangebote und Abänderungsangebote müssen sämtliche Nachweise für die Einhaltung der obig genannten Mindestanforderungen in prüfbarer Form enthalten.

1.1.26.3 Inhalt und Form von Alternativangeboten Alternativangebote sind inhaltlich und formal, soweit möglich, in gleicher Weise wie das ausschreibungsgemäße Hauptangebot auszuarbeiten und vorzulegen.

Die Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. § 108 BVergG aufweisen. Hierfür sind soweit möglich Kopien der Alternativangebote müssen alle Inhalte gem. Paragraph 108, BVergG aufweisen. Hierfür sind soweit möglich Kopien der

entsprechenden Ausschreibungsunterlagen zu verwenden, dies

alles um die Vergleichbarkeit der Angebote

sicherzustellen.

Wird durch ein Alternativangebot das der gegenständlichen Ausschreibung zugrunde liegende Gründungskonzept geändert, so muss diese Änderung, bei sonstiger Ausscheidung, durch ein geotechnisches (geomechanisches, hydrologisches) Gutachten des Bieters, im Hinblick auf den Nachweis der Gleichwertigkeit nachgewiesen werden. Dabei sind die Bodenkennwerte

(Bohrprofile, geotechnische Laboruntersuchungen und Grundwasserstandsdaten des AG-Entwurfes, soweit zweckmäßig und eigene Erkundungen des Bieters soweit erforderlich, zu Grunde zu legen (vgl. Erlass des BMwA, GZ 800.040/35 - VI/B/7a/97);(Bohrprofile, geotechnische Laboruntersuchungen und Grundwasserstandsdaten des AG-Entwurfes, soweit zweckmäßig und eigene Erkundungen des Bieters soweit erforderlich, zu Grunde zu legen vergleiche Erlass des BMwA, GZ 800.040/35 - VI/B/7a/97:

Allgemeine bautechnische Angelegenheiten; geotechnische Maßnahmen vom 18. 11.1997)

Haben Alternativangebote neue oder geänderte Behörden- oder Grundeinlöseverfahren zur Voraussetzung, so ist bereits mit dem Angebot die Möglichkeit der Durchführbarkeit, in geeigneter Form, nachzuweisen.

Das Risiko ein ordnungsgemäßes, vergleichbares Angebot zu legen trägt der Bieter, da jederzeit Anfragen zur Beurteilung der Vergleichbarkeit durch den AN bei der ausschreibenden Stelle im Rahmen der Fristen möglich sind. Auf weitere Bestimmungen bezüglich Haftung und Risikotragung wird auf den Teil B 4 verwiesen.

1.1.26.4 Kostentragung bzw. Kalkulation bei Alternativangeboten

Die Kosten für die Erstellung eventuell erforderlicher Unterlagen für allfällig zusätzlich notwendige öffentlich- und privatrechtliche Bewilligungen und Zustimmungen werden nicht vergütet und sind vom Bieter zu tragen. Dies gilt auch für Kosten resultierend aus behördlichen Auflagen, sofern diese nicht auch bei Verwirklichung des AG-Entwurfes angefallen wären.

Die Kosten für die bei Ausführung eines Alternativangebotes notwendige Ausführungsplanung (Detailprojekt, Vermessung u.ä.) sind in eigenen Positionen je Anlagenteil anzubieten, wobei davon auszugehen ist, dass die gesamte Ausführungsplanung des betroffenen Anlagenteiles vom Bieter durchzuführen ist. (Werden solche Kosten nicht gesondert ausgewiesen gilt die Vermutung, dass die Kosten mit den Einheitspreisen abgegolten wurden.)

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

-Rechtliche Alternativen sind nicht zulässig.

-Bauzeitverlängerungen sind nicht zulässig.

-Bauzeitverkürzungen sind nicht zulässig, außer sie sind als Zuschlagskriterien vorgesehen.

-Nachlässe aus Verknüpfungen mit anderen Baulosen sind nicht zulässig. -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:

-Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden und UVP (liegt beim AG zur Einsicht auf).

-ÖNORMEN und EN Normen (soweit diese nicht bereits in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden).

-Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS. -Technische Vorschriften aus Erlässen und Dienstweisungen des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie - BMVIT, Radetzkystraße 2, 1030 Wien.

-DIN- Normen.

-Richtlinien und Merkblätter der österreichischen Vereinigung für Beton- und Bautechnik - ÖVBB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes.

-Planungshandbücher der ASFINAG veröffentlicht unter www.asfinag.net.

Weiters ist unter Punkt 00 00 B1 08 "Alternativ- /Abänderungsangebote im Leistungsverzeichnis" wie folgt festgelegt:

„00 00 B1 08 A "Einschränkungen/ Mindestanforderungen Alternativangebot.

Einschränkungen und Mindestanforderungen für Alternativangebote:

projektspezifische Einschränkungen für Alternativen:

Alternativangebote sind zulässig außer für die Obergruppen OG03

(IFZ)

projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen:

Nachstehende zusätzliche Kriterien werden für das

gegenständliche Projekt definiert:

technische Gleichwertigkeit"

Die Antragstellerin bringt vor, dass die Festlegungen in der Ausschreibung bezüglich der Mindestanforderungen nicht ausreichend seien, um Alternativangebote zu bewerten.

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 Vergabeverfahren 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 Vergabeverfahren berücksichtigen, die die festgelegten Mindestanforderungen erfüllen.

Das Bundesvergabegesetz legt somit fest, dass der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen Mindestanforderungen festzulegen hat. Die Notwendigkeit der Festlegung von Mindestanforderungen ergibt sich - neben dem Gesetzestext - auch aus der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache Traunfellner, C- 421/01 vom 16.10.2003. Der EuGH fordert in diesem Urteil, dass der Auftraggeber Mindestanforderungen ausdrücklich festlegen muss. Es genügt demnach nicht, wenn der Zweck der

ausgeschriebenen Leistung aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich ist. Bieter werden nur durch die ausdrückliche Festlegung von Mindestanforderungen in die Lage versetzt, zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat (J. Schramm/ S.Feuchtmüller in Schramm/ Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz, § 81 Rz 52ff). ausgeschriebenen Leistung aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich ist. Bieter werden nur durch die ausdrückliche Festlegung von Mindestanforderungen in die Lage versetzt, zu erkennen, welche Anforderungen ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat (J. Schramm/ S.Feuchtmüller in Schramm/ Aicher/ Fruhmann/ Thienel, Bundesvergabegesetz, Paragraph 81, Rz 52ff).

In seiner Entscheidung betreffend die Rechtssache Traunfellner führte der EuGH auch aus, dass nur dann die Verpflichtung zur Transparenz sowie die Gleichbehandlung der Bieter gewährleistet ist, wenn eine Erläuterung der Mindestanforderungen, die ein Alternativangebot erfüllen muss, in den Verdingungsunterlagen enthalten ist. Den Richtlinienvorgaben ist demnach nicht entsprochen, wenn ein Auftraggeber in Verdingungsunterlagen lediglich auf eine nationale Rechtsvorschrift (in dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war auf das Bundesvergabegesetz verwiesen worden) verweist, die das Kriterium aufstellt, dass mit dem Alternativvorschlag die Erbringung einer qualitativ gleichwertigen Leistung wie derjenigen sichergestellt ist, die Gegenstand der Ausschreibung ist.

Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin in Position 1.1.26.5 Mindestanforderungen für Alternativangebote und somit ausdrücklich jene Voraussetzungen festgelegt, unter welchen Alternativangebote einerseits zugelassen sind sowie andererseits, welchen Mindestanforderungen diese Alternativangebote zu entsprechen haben. Wie aus der Aufzählung unter der genannten Position hervorgeht, wurden durch die Auftraggeberin ÖNORMEN und EN Normen sowie Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS sowie auch DIN - Normen als Mindestanforderungen für verbindlich erklärt. Sowohl bei EN Normen als auch bei DIN - Normen handelt es sich um internationale Normen. Die Aufzählung entspricht darüber hinaus auch den vom Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 21.12.2004, 2004/04/0161, getroffenen Vorgaben, wonach die Festlegung der Mindestanforderungen überdies so erfolgen muss, dass sie ein durchschnittlich fachkundiger Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennt. Dies ist im vorliegenden Fall in angemessener Weise geschehen, da es sich bei den Adressaten der gegenständlichen Ausschreibung ausschließlich um im Baubereich tätige, technisch versierte Personen handelt.

Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, dass im gegenständlichen Fall keine ausreichenden Qualitätskriterien vorhanden seien, da die Verlängerung der Gewährleistungsfrist als einziges Qualitätskriterium nicht geeignet sei, jenen

Qualitätsunterschied bewertbar zu machen, der zwischen einer Bodenverbesserung und einem Bodenaustausch liege, ist ihr zu entgegnen, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die gegenständliche Ausschreibung zu bekämpfen. Da sie dies jedoch unterlassen hat, sind die von ihr nunmehr bekämpften Festlegungen präkludiert. Sobald die Ausschreibung präkludiert ist, darf auch bei Anwendung des Billigstbieterprinzips zugeschlagen werden (vgl. BVA 21.01.2005, 17N-133/04-16). Die technische Gleichwertigkeit einer Bodenverbesserung mit einem Bodenaustausch kann, wie aus den vorgelegten Unterlagen sowie den Aussagen in der mündlichen Verhandlung eindeutig hervorgeht, sehr wohl festgestellt werden. Dies wird im Folgenden noch näher ausgeführt werden. Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, dass im gegenständlichen Fall keine ausreichenden Qualitätskriterien vorhanden seien, da die Verlängerung der Gewährleistungsfrist als einziges Qualitätskriterium nicht geeignet sei, jenen Qualitätsunterschied bewertbar zu machen, der zwischen einer Bodenverbesserung und einem Bodenaustausch liege, ist ihr zu entgegnen, dass sie die Möglichkeit gehabt hätte, die gegenständliche Ausschreibung zu bekämpfen. Da sie dies jedoch unterlassen hat, sind die von ihr nunmehr bekämpften Festlegungen präkludiert. Sobald die Ausschreibung präkludiert ist, darf auch bei Anwendung des Billigstbieterprinzips zugeschlagen werden vergleiche BVA 21.01.2005, 17N-133/04-16). Die technische Gleichwertigkeit einer Bodenverbesserung mit einem Bodenaustausch kann, wie aus den vorgelegten Unterlagen sowie den Aussagen in der mündlichen Verhandlung eindeutig hervorgeht, sehr wohl festgestellt werden. Dies wird im Folgenden noch näher ausgeführt werden.

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.

Die Erläuterungen 1171 der Beilagen XXII GP zur Regierungsvorlage führen zu § 2 Z 1 aus, dass Voraussetzung für ein Abänderungsangebot die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung mit der vom Auftraggeber verlangten Leistung ist. Gleichwertig bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Abänderungsangebot in technischer Hinsicht zumindest die gleichen (Leistungs-) Anforderungen zu erfüllen hat wie die ausgeschriebene Leistung. In die Abgrenzung zu einem Alternativangebot haben qualitative und quantitative Kriterien einzufließen (etwa wie viele Positionen betroffen sind, ob das Angebot ein anderes technisches Lösungskonzept als die Amtsvariante beinhaltet, ob der Auftraggeber durch das Angebot zur Änderung in seiner Planung etwa bei Anschlüssen gezwungen würde (siehe im Einzelnen die zitierten Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage)). Die Erläuterungen 1171 der Beilagen römisch 22 Gesetzgebungsperiode zur Regierungsvorlage führen zu Paragraph 2, Ziffer eins, aus, dass Voraussetzung für ein Abänderungsangebot die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Leistung mit der vom Auftraggeber verlangten Leistung ist. Gleichwertig bedeutet in diesem Zusammenhang, dass das Abänderungsangebot in technischer Hinsicht zumindest die gleichen (Leistungs-) Anforderungen zu erfüllen hat wie die ausgeschriebene Leistung. In die Abgrenzung zu einem Alternativangebot haben qualitative und quantitative Kriterien einzufließen (etwa wie viele Positionen betroffen sind, ob das Angebot ein anderes technisches Lösungskonzept als die Amtsvariante beinhaltet, ob der Auftraggeber durch das Angebot zur Änderung in seiner Planung etwa bei Anschlüssen gezwungen würde (siehe im Einzelnen die zitierten Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage)).

Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte „Abänderungsangebot“ wurde von dieser zwar als solches bezeichnet, entspricht jedoch, wie bereits oben ausgeführt, nicht den Anforderungen, die das Bundesvergabegesetz an Abänderungsangebote stellt. Es handelt sich vielmehr um ein in der Ausschreibung ausdrücklich für zulässig erklärtes Alternativangebot. Es hat der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ zu gelten (vgl. VwGH 22.11.2011, 2007/04/0078; BVA 19.02.2007, N/0097-BVA/14/2006-44; BVA 05.03.2012, N/0011- BVA/04/2012-19). Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte „Abänderungsangebot“ wurde von dieser zwar als solches bezeichnet, entspricht jedoch, wie bereits oben ausgeführt, nicht den Anforderungen, die das Bundesvergabegesetz an Abänderungsangebote stellt. Es handelt sich vielmehr um ein in der Ausschreibung ausdrücklich für zulässig erklärtes Alternativangebot. Es hat der Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“ zu gelten vergleiche VwGH 22.11.2011, 2007/04/0078; BVA 19.02.2007, N/0097-BVA/14/2006-44; BVA 05.03.2012, N/0011- BVA/04/2012-19).

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gebotene Alternative wurde durch die Auftraggeberin einer genauen Prüfung unterzogen. Dabei stellte das von der Auftraggeberin mit der Prüfung der Angebote betraute Ingenieurbüro C*** ausdrücklich die technische Gleichwertigkeit der angebotenen Bodenstabilisierung mit der ausgeschriebenen Bodenauswechslung fest (Angebotsprüfung vom 07.05.2012). Die technische Gleichwertigkeit der gebotenen Alternative wurde auch vom Zeugen, G*** in der mündlichen Verhandlung unter

Wahrheitspflicht ausdrücklich bestätigt. G*** ist gerichtlich beeideter Sachverständiger auf dem Gebiet Tiefbau, Straßenbau, Wegebau, wassertechnische Bauten, abwassertechnische Anlagen, Brunnen sowie Wasserleitungen. Dass die technische

Gleichwertigkeit gegeben ist, wurde ebenso durch den dem Senat angehörenden fachkundigen Beisitzer, DI Dr. Stiefelmeyer, festgestellt. Durch die gebotene Alternative erfolgt lediglich eine Reduktion des abzutragenden Bodenvolumens, die Baumethode entspricht den einschlägigen Regelwerken.

Wie von den Vertretern der Auftraggeberin sowie dem Zeugen, G***, in der mündlichen Verhandlung mehrfach betont wurde, wurde in der Ausschreibung ein Bodenaustausch mit gut verdichtbarem Material vorgeschrieben. In Ermangelung entsprechender Vorschriften wurde auch, entgegen der Ansicht der Antragstellerin, keine frostsichere Ausführung des Unterbaus festgelegt. Der Zeuge erklärte hierzu nachvollziehbar, dass das Unterbauplanum eine Neigung aufweist, die einsickernde Wässer abfließen lässt, womit ein Auffrieren schon allein dadurch verhindert wird. Die Vorschreibung einer frostsicheren Herstellung des Unterbaus erübrigt sich daher. Abgesehen davon, dass aus technischen Gründen eine frostsichere Herstellung des Unterbaus nicht notwendig ist, sprechen auch Kostengründe gegen eine derartige Festlegung in der Ausschreibung. Der Rechtsvertreter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, E***, wies darauf hin, dass F*** von der Antragstellerin aufgrund seiner langjährigen Berufserfahrung bekannt sein müsse, dass er bislang noch keinen einzigen Autobahnkilometer mit frostsicherem Unterbau errichtet habe. Diesem Vorbringen trat die Antragstellerin nicht entgegen. Die von den RVS vorgegebene Standardbauweise wurde für das Unterbauplanum zur Gänze übernommen. Dies muss für die langjährig im Autobahnbau tätige Antragstellerin erkennbar gewesen sein.

Zum Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich der Vorschreibung eines Bodenaustausches bis 70 cm Tiefe ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin, wie aus den glaubwürdigen Aussagen der Vertreter der Auftraggeberin sowie des Zeugen, G***, eindeutig hervorgeht, den diesbezüglichen Empfehlungen des der Ausschreibung angeschlossenen Gutachtens nicht gefolgt ist.

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gebotene Alternative betrifft, wie eine Einsicht in das Angebot ergibt und wie auch vom Zeugen, G***, bestätigt wurde, lediglich den Unterbau. Wie aus dem gesamten schriftlichen sowie mündlichen Vorbringen der Auftraggeberin und auch den damit

übereinstimmenden Aussagen des Zeugen, G***, eindeutig hervorgeht, ist für die Auftraggeberin nur die Tragfähigkeit des Unterbaus, die gemäß den Vorgaben in den RVS 35 MN/m² zu betragen hat, das entscheidende Kriterium. Die Gleichwertigkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gebotenen Alternative wurde von den Prüfern als gegeben beurteilt.

Wenn die Antragstellerin nunmehr vorbringt, es könne nicht genügen, wenn die Auftraggeberin Zuschlagskriterien wähle, die sowohl für Hauptangebote als auch für mögliche Alternativangebote anwendbar seien, so ist sie darauf hinzuweisen, dass die diesbezüglichen Festlegungen in der Ausschreibung durch die Antragstellerin nicht bekämpft wurden und daher ebenfalls präkludiert sind (VwGH 07.09.2009, 2007/04/0090; 01.10.2008, 2005/04/2004).

Aufgrund des Ergebnisses des Beweisverfahrens war spruchgemäß zu entscheiden.

Zu Spruchpunkt 2.)

Gemäß § 319 Abs. 1 1.Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. 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, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt 1 ergibt, mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt.

Der Nachprüfungsantrag wurde abgewiesen. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

11.10.2012

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