

TE Verg Bescheid 2012/6/22 N/0052-BVA/07/2012-25

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.06.2012

Norm

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §2 Z2

BVergG 2006 §81

BVergG 2006 §106 Abs1

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 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
1. BVergG 2006 § 106 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 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), betreffend das Vergabeverfahren "A1 West Autobahn INSB Breitenmaier - Steinhäusl, Bauleistungen" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 14.5.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 7, Mag. Julia Stiefelmeyer, sowie Dr. Angelika Schätz als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Hagen Pleile 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 "A1 West Autobahn INSB

Brentenmais - Steinhäusl, Bauleistungen" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über den Antrag der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. A*** und 2. B***, vertreten durch X***, vom 14.5.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag, "das BVA möge die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 2.5.2012 für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Antrag, "das BVA möge den Auftraggeber verpflichten, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 9.000,00 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Händen des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen", wird abgewiesen.

Begründung

Mit EU-weiter Bekanntmachung, versendet am 5.3.2012, schrieb der Auftraggeber den gegenständlichen Bauauftrag in einem offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich aus. Das gegenständliche Verfahren sollte im Rahmen eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip [1.Preis (98 Punkte), 2. Verkürzung der Ausführungsdauer (0,05 Punkte pro Kalendertag - maximal 20 Kalendertage) und 3. Verlängerung der Gewährleistungsfrist (0,25 Punkte pro Jahr - maximal 4 Jahre)] vergeben werden. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 3.4.2012, 11:00 Uhr, fixiert.

Gemäß den Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Teil B.1, Punkt 1.1.26.1) sind Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung zulässig. Alternativangebote sind nur neben einem ausschreibungskonformen Angebot zulässig.

Neben weiteren Bietern hat die Antragstellerin fristgerecht ein Hauptangebot (Euro XXX) sowie ein Alternativangebot (Euro XXX - Ortbetonleitwand) gelegt. Ebenso hat die Bietergemeinschaft bestehend aus Neben weiteren Bietern hat die Antragstellerin fristgerecht ein Hauptangebot (Euro römisch 30) sowie ein Alternativangebot (Euro römisch 30 - Ortbetonleitwand) gelegt. Ebenso hat die Bietergemeinschaft bestehend aus

1. C***, 2. D*** und 3. E*** (in der Folge präsumtive Zuschlagsempfängerin), ein Hauptangebot (Euro XXX) und ein Alternativangebot (Euro XXX - Leitwand) abgegeben. Weder die Antragstellerin noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin haben eine Verkürzung der Ausführungsdauer oder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten. 1. C***, 2. D*** und 3. E*** (in der Folge präsumtive Zuschlagsempfängerin), ein Hauptangebot (Euro römisch 30) und ein Alternativangebot (Euro römisch 30 - Leitwand) abgegeben. Weder die Antragstellerin noch die präsumtive Zuschlagsempfängerin haben eine Verkürzung der Ausführungsdauer oder eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist angeboten.

Am 2.5.2012 erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem Gesamtpreis von Euro XXX (Leitwand). Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 14.5.2012 genannt. Am 2.5.2012 erfolgte die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten des Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem Gesamtpreis von Euro römisch 30 (Leitwand). Als Ende der Stillhaltefrist wurde der 14.5.2012 genannt.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der vorliegende Nachprüfungsantrag. In ihren Schriftsätzen vom 14.5.2012 und 30.5.2012 bringt die Antragstellerin vor, dass diese rechtswidrig sei, weil die in der Ausschreibung vorgesehenen Mindestanforderungen zur Bewertung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten unzureichend und ungeeignet seien und das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diese Mindestanforderungen - selbst wenn sie ausreichend und gesetzmäßig wären - nicht erfülle.

Die in Teil B.1 der Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen unter Punkt

1.1.26.5 enthaltenen Mindestanforderungen seien inhaltsleer und keiner inhaltlichen Bewertung oder Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zugänglich. Rechtliche Alternativen, Bauzeitverlängerungen oder Verknüpfungsnachlässe seien ohnehin aufgrund mangelnder Gleichwertigkeit (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0002) unzulässig. Schon aus dem in § 20 Abs. 5 BVergG festgelegten "Vorarbeitenverbot" ergebe sich, dass Alternativen unter

Heranziehung von Planern, die mit der Erstellung des ausgeschriebenen Projektes wesentlich beschäftigt gewesen seien, unzulässig seien. Die Einhaltung von Bescheiden, Richtlinien und Normen sei ohnehin Voraussetzung und könne keine geeignete Mindestanforderung darstellen (BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35). Die nachträgliche Vorgabe zur alternativen Verkehrsführung im Rahmen der 1. Berichtigung sei als Mindestanforderung ungeeignet, zumal die Vorgabe, in beiden Fahrtrichtungen jeweils zwei Spuren aufrechtzuerhalten, ohnehin mit Sicherheit auch eine Mindestvorgabe des zu erwartenden Verkehrsbescheides darstelle. 1.1.26.5 enthaltenen Mindestanforderungen seien inhaltsleer und keiner inhaltlichen Bewertung oder Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten zugänglich. Rechtliche Alternativen, Bauzeitverlängerungen oder Verknüpfungsnachlässe seien ohnehin aufgrund mangelnder Gleichwertigkeit (VwGH 27.9.2000, 2000/04/0002) unzulässig. Schon aus dem in Paragraph 20, Absatz 5, BVergG festgelegten "Vorarbeitenverbot" ergebe sich, dass Alternativen unter Heranziehung von Planern, die mit der Erstellung des ausgeschriebenen Projektes wesentlich beschäftigt gewesen seien, unzulässig seien. Die Einhaltung von Bescheiden, Richtlinien und Normen sei ohnehin Voraussetzung und könne keine geeignete Mindestanforderung darstellen (BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35). Die nachträgliche Vorgabe zur alternativen Verkehrsführung im Rahmen der 1. Berichtigung sei als Mindestanforderung ungeeignet, zumal die Vorgabe, in beiden Fahrtrichtungen jeweils zwei Spuren aufrechtzuerhalten, ohnehin mit Sicherheit auch eine Mindestvorgabe des zu erwartenden Verkehrsbescheides darstelle.

Aber auch die Mindestanforderung hinsichtlich der Ortbetonleitwände sei ungeeignet. Es ergebe sich daraus lediglich, dass der Auftraggeber - wie aus dem Leistungsumfang bereits ersichtlich - die Instandsetzung des Kanals im Mittelstreifen zu einem späteren Zeitpunkt beabsichtige und eine solche Instandsetzung möglich oder "gewährleistet" sein solle. Diese Mindestanforderung entbehre jeglicher inhaltlicher Aussagekraft, zumal selbst bei durchgehender Herstellung der gesamten 13.200 Laufmeter bei aus Ortbeton hergestellten Mittelleitwänden es auch ohne deren Abbruch technisch möglich wäre, den Kanal nachfolgend - zwar sehr aufwändig und teuer - instandzusetzen. Dies sei allerdings nicht ausschlaggebend, da die Frage der Eignung und Gesetzmäßigkeit von Mindestanforderungen an Alternativangebote ex ante bzw. unabhängig von den tatsächlich eingelangten Alternativangeboten zu beurteilen sei. Mangelnde Mindestanforderungen an Alternativangebote könnten nicht bestandfest werden, vielmehr seien Alternativangebote in einem solchen Fall nicht zuschlagsfähig. In Position 01 00B108A sei festgelegt, dass eine Alternative mit Ortbetonleitwand nur dann zulässig sei, "wenn eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet werden kann."

Die Worte "ohne Abbruch" legten gerade nicht offen, dass nur abschnittsweise eine Ortbetonleitwand errichtet werden dürfe, um immer den Zugang zum Mittelstreifen von zumindest einer Richtungsfahrbahn aus zu gewährleisten. Mindestanforderung sei nur gewesen, dass die Instandsetzung des Kanals ohne Abbruch der Ortbetonleitwand möglich sein solle. Dies sei auch dann möglich, wenn beidseitig und durchgehend Ortbetonleitwände stünden. Die Instandsetzungsarbeiten wären zwar dadurch erschwert, aber definitiv möglich.

Auf Basis der gegenständlichen Bestimmung solle lediglich die Kanalisierung möglich sein. Wirtschaftliche oder bautechnische Komponenten bzw. ein bestimmter Geräteeinsatz würden dabei keine Rolle spielen. Zwar ergebe sich bei Berücksichtigung des Preises des Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu jenem des billigsten Basisangebotes der Antragstellerin ein Preisvorteil auf Grund der Ortbetonausführung in Höhe von Euro XXX,--. Daraus würde jedoch auf Grund der dadurch bedingten Erschwernisse im Zuge einer Kanalisierung kein wirtschaftlicher Gesamtvorteil resultieren. Die sparsame Verwendung von öffentlichen Geldern würde auf diese Art und Weise nicht gefördert. Auf Basis der gegenständlichen Bestimmung solle lediglich die Kanalisierung möglich sein. Wirtschaftliche oder bautechnische Komponenten bzw. ein bestimmter Geräteeinsatz würden dabei keine Rolle spielen. Zwar ergebe sich bei Berücksichtigung des Preises des Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergleich zu jenem des billigsten Basisangebotes der Antragstellerin ein Preisvorteil auf Grund der Ortbetonausführung in Höhe von Euro römisch 30 ,--. Daraus würde jedoch auf Grund der dadurch bedingten Erschwernisse im Zuge einer Kanalisierung kein wirtschaftlicher Gesamtvorteil resultieren. Die sparsame Verwendung von öffentlichen Geldern würde auf diese Art und Weise nicht gefördert.

Die vorgesehenen Mindestanforderungen für Alternativangebote würden damit keine Parameter für die Feststellung der Gleichwertigkeit der alternativ angebotenen Leistung darstellen. Sie entsprächen weder dem in der EuGH-Judikatur vorgesehenen Grundsatz der Transparenz noch der Klarheit in dem Sinne, dass sich Bieter eindeutig danach richten könnten bzw. Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer Zulässigkeit hätten oder die Gleichwertigkeitsprüfung des

Auftraggebers nachträglich überprüfen bzw. nachvollziehen könnten. Solche fehlenden oder ungeeigneten Mindestanforderungen an Alternativangebote könnten daher nicht bestandfest werden. Ebenso wenig könnte auf deren Basis eine Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Sämtliche angebotenen Alternativangebote seien daher mangels Gleichwertigkeit gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuschneiden. Damit sei dem Basisangebot der Antragstellerin mit einem Preis von Euro XXX der Zuschlag zu erteilen. Die vorgesehenen Mindestanforderungen für Alternativangebote würden damit keine Parameter für die Feststellung der Gleichwertigkeit der alternativ angebotenen Leistung darstellen. Sie entsprächen weder dem in der EuGH-Judikatur vorgesehenen Grundsatz der Transparenz noch der Klarheit in dem Sinne, dass sich Bieter eindeutig danach richten könnten bzw. Rechtssicherheit hinsichtlich ihrer Zulässigkeit hätten oder die Gleichwertigkeitsprüfung des Auftraggebers nachträglich überprüfen bzw. nachvollziehen könnten. Solche fehlenden oder ungeeigneten Mindestanforderungen an Alternativangebote könnten daher nicht bestandfest werden. Ebenso wenig könnte auf deren Basis eine Zuschlagsentscheidung getroffen werden. Sämtliche angebotenen Alternativangebote seien daher mangels Gleichwertigkeit gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG auszuschneiden. Damit sei dem Basisangebot der Antragstellerin mit einem Preis von Euro römisch 30 der Zuschlag zu erteilen.

Sowohl das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch jenes der Antragstellerin würden für den Auftraggeber keinen wirtschaftlichen Vorteil bringen, sondern sogar die Sanierung inklusive nachfolgender Kanalisierung verteuern. Die beabsichtigte nachfolgende Kanalisierung sei Bestandteil des Leistungsbildes und daher bei der Bewertung, ob ein Alternativangebot gleichwertig sei, zu berücksichtigen. Die allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen (Teil B.1.) würden unter Punkt

1.1.26.5. nur Alternativangebote zulassen, die mit der Ausschreibung wirtschaftlich gleichwertig und vergleichbar seien. Aufgrund der Preisunterschiede zwischen dem Basis- und dem Alternativangebot der Antragstellerin im Vergleich zu den Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine deutlich größere Menge an Fertigteilleitwänden durch Ortbetonleitwände ersetzt habe als die Antragstellerin. Für die Mindestanforderungen an Alternativen mit Oberbetonleitwänden wäre Voraussetzung, diesen Mindestanforderungen einen sinnvollen Inhalt zu unterstellen. Dabei hätte die Instandsetzung des Kanals nicht nur gewährleistet sein, sondern zumindest auch eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen von einer Richtungsfahrbahn möglich sein müssen. Eine solche Interpretation könne jedoch nicht mit dem Wortlaut der Ausschreibungsbestimmungen in Einklang gebracht werden. Selbst wenn man davon ausginge, würde kein zuschlagsfähiges Alternativangebot vorliegen, da eine ungehinderte Zufahrt zumindest von einer Seite bei der Herstellung von mehr als 8.190 Laufmetern Betonleitwand in Ortbeton nicht möglich wäre. Da aufgrund der Preisdifferenz beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin davon auszugehen sei, dass diese deutlich mehr Laufmeter in Ortbeton angeboten habe, sei jedenfalls eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen und zum Zwecke der Kanalisierung nach dem Angebot nicht mehr möglich. Ein Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG liege somit wegen Nichteinhaltung der Mindestanforderungen beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls vor. Die Zuschlagsentscheidung hätte zu Gunsten des Alternativangebotes der Antragstellerin, im Fall des Ausscheidens ihres Alternativangebotes jedenfalls auf das Basisangebot der Antragstellerin zu lauten.

1.1.26.5. nur Alternativangebote zulassen, die mit der Ausschreibung wirtschaftlich gleichwertig und vergleichbar seien. Aufgrund der Preisunterschiede zwischen dem Basis- und dem Alternativangebot der Antragstellerin im Vergleich zu den Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei davon auszugehen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine deutlich größere Menge an Fertigteilleitwänden durch Ortbetonleitwände ersetzt habe als die Antragstellerin. Für die Mindestanforderungen an Alternativen mit Oberbetonleitwänden wäre Voraussetzung, diesen Mindestanforderungen einen sinnvollen Inhalt zu unterstellen. Dabei hätte die Instandsetzung des Kanals nicht nur gewährleistet sein, sondern zumindest auch eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen von einer Richtungsfahrbahn möglich sein müssen. Eine solche Interpretation könne jedoch nicht mit dem Wortlaut der Ausschreibungsbestimmungen in Einklang gebracht werden. Selbst wenn man davon ausginge, würde kein zuschlagsfähiges Alternativangebot vorliegen, da eine ungehinderte Zufahrt zumindest von einer Seite bei der Herstellung von mehr als 8.190 Laufmetern Betonleitwand in Ortbeton nicht möglich wäre. Da aufgrund der Preisdifferenz beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin davon auszugehen sei, dass diese deutlich mehr Laufmeter in Ortbeton angeboten habe, sei jedenfalls eine ungehinderte Zufahrt zum Mittelstreifen und zum Zwecke der Kanalisierung nach dem Angebot nicht mehr möglich. Ein Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG liege somit wegen Nichteinhaltung der Mindestanforderungen beim Alternativangebot der

präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls vor. Die Zuschlagsentscheidung hätte zu Gunsten des Alternativangebotes der Antragstellerin, im Fall des Ausscheidens ihres Alternativangebotes jedenfalls auf das Basisangebot der Antragstellerin zu lauten.

Bereits aufgrund der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin, zu der die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung zähle, ergebe sich das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des Auftrages und entstehe bzw. drohe ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden. Bereits zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in der Höhe von zumindest Euro XXX angelaufen. Dazu würden auch die zu entrichtenden Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 9.000,-- zählen. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und in der Folge auf Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten sowie eines angemessenen Gewinnes. Außerdem entginge ihr ein wichtiges Referenzprojekt. Bereits aufgrund der zentralen Geschäftstätigkeit der Antragstellerin, zu der die Ausführung der ausgeschriebenen Leistung zähle, ergebe sich das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des Auftrages und entstehe bzw. drohe ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden. Bereits zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in der Höhe von zumindest Euro römisch 30 angelaufen. Dazu würden auch die zu entrichtenden Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 9.000,-- zählen. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und in der Folge auf Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten sowie eines angemessenen Gewinnes. Außerdem entginge ihr ein wichtiges Referenzprojekt.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines Vergabeverfahrens nach den Bestimmungen des BVergG, insbesondere auf ordnungsgemäße Prüfung der Alternativangebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsbedingungen, auf Ausscheiden von Alternativangeboten und gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung sowie auf Gleichbehandlung der Bieter verletzt.

Mit Schriftsatz vom 15.5.2012 erteilte der Auftraggeber allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren. Der Auftragswert sei im Oberschwellenbereich gelegen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung sei über die elektronische Vergabepattform ava_online am 2.5.2012 an alle Bieter versandt worden. Es sei weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen worden. In einem weiteren Schriftsatz vom 23.5.2012 führte der Auftraggeber aus, dass es sich beim nunmehrigen "Wunsch" der Antragstellerin auf Ausscheiden auch des eigenen Alternativangebotes um eine prozesstaktische Schutzbehauptung handle: Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, wäre neben dem Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, welches an erster Stelle liege, auch das an zweiter Stelle liegende Alternativangebot der Antragstellerin auszuschneiden. Damit würde letztlich das an dritter Stelle liegende - und für den Auftraggeber teurere - Hauptangebot der Antragstellerin für den Zuschlag in Aussicht genommen werden. Diese Vorgangsweise werde von der Antragstellerin offenbar deshalb gewählt, da sie - nunmehr in Kenntnis der Reihung der Angebote - mit dem teureren Hauptangebot zum Zuge käme.

Der Vorwurf der Antragstellerin, dass in den Ausschreibungsunterlagen keine ausreichenden Mindestanforderungen zur Vergleichbarkeit (Gleichwertigkeit) festgelegt worden seien, sei schlichtweg falsch. Im Anschluss an das von der Antragstellerin zitierte Verfahren, BVA 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009- 35, seien die Ausschreibungsbestimmungen (insbesondere der Teil B.1) überarbeitet worden, um den Anforderungen der Rechtsprechung des BVA zu entsprechen. Im Vergabeverfahren zu GZ N/0003-BVA/02/2011 seien diese überarbeiteten Mindestanforderungen an Alternativangebote Grundlage des Nachprüfungsverfahrens gewesen. In diesem Verfahren seien die damals adaptierten und nunmehr auch dem gegenständlichen Verfahren zu Grunde liegenden Bestimmungen betreffend die Mindestanforderungen an Alternativangebote gerade nicht in Zweifel gezogen worden (BVA 23.2.2011, N/0003-BVA/02/2011-19). Die entsprechenden Bestimmungen seien vom BVA der Entscheidung sogar zu Grunde gelegt worden, um das Ausscheiden eines Bieters, der bestimmte Mindestanforderungen in der Ausschreibung nicht erfüllt habe, zu bestätigen.

In einer Zusammenschau der allgemeinen Mindestanforderungen in Punkt

1.1.26.5 des Teils B.1, der projektspezifischen Einschränkungen und Mindestanforderungen für Alternativangebote in Teil B.5 (Position 00B108A) sowie dem in Teil B.5 definierten und beschriebenen Bau-Soll und Leistungsumfang sowie der Vorgabe, dass sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen,

seien aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters die Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit von Alternativangeboten jedenfalls ausreichend definiert. Es sei somit für die Bieter eindeutig erkennbar gewesen, welchen Kriterien die Alternativangebote unterliegen müssten.

Der gegenständliche Auftrag umfasse die Instandsetzung der A1 West Autobahn im Abschnitt Breitenmaier - Steinhäusl im Westen Wiens. Ein Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung (Bau-Soll) sei die Erneuerung des Fahrzeugrückhaltesystems im Mittelstreifen. In der Ausschreibung sei vorgesehen, diese Mittelstreifenabsicherung durch die Errichtung von Fertigteilbetonleitwänden herzustellen. Im Leistungsverzeichnis sei dafür die Position "230305I FRS Beton-FT, beids., H3, B, W6 13.200,00m" vorgesehen. Um jedoch die Möglichkeit für potentielle Bieter, die Mittelstreifenabsicherung auch mit einer Ortbetonleitwand herzustellen, offen zulassen, sei dies explizit in der bestandfesten Ausschreibung (siehe Teil B.5, Pos. 00B108A) verankert worden. Sowohl die Antragstellerin als auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätten nahezu die gleiche Alternative angeboten. Lediglich im Massenvordersatz (8.190 lfm vs. 8.000 lfm) würden sich diese unterscheiden. Von beiden Bietern sei im Zuge ihres Alternativangebotes die Fertigteilbetonleitwand in Teilabschnitten durch eine Ortbetonleitwand ersetzt worden. Auf Basis des der Ausschreibung in der 2. Berichtigung beigelegten Bestandsquerschnitts sowie der den Ausschreibungsunterlagen beigefügten Plänen (Regelquerschnitt) sei die Ortbetonleitwand von beiden Bietern nur jeweils entlang der höheren Fahrbahn situiert worden. Im Bereich einer "Trogausbildung" (d.h. eine Leitwand entlang beider Richtungsfahrbahnen) sei die Ortbetonleitwand von beiden Bietern an die dem Kanal weiter entfernte Richtungsfahrbahn gestellt worden. Die ausgeschriebene Fertigteilwand hingegen sei im Bereich einer "Trogausbildung" entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung von beiden Bietern entlang der Asphalttrandleiste situiert worden. Sowohl das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch jenes der Antragstellerin hätten die inhaltlichen Anforderungen an ein Alternativangebot im Sinne der Ausschreibungsunterlagen erfüllt. Beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspreche die abschnittsweise vorgesehene Ortbetonleitwand hinsichtlich der geforderten Rückhaltstufe, der Anprallheftigkeit sowie der Klasse des Wirkungsbereiches den Anforderungen der Ausschreibung in technischer Hinsicht. Darüber hinaus würden die Alternativangebote auch das Mindestkriterium gemäß Teil B.5 Pos. 00B108A erfüllen. Im Zuge der Angebotsprüfung sei vom Auftraggeber ohne Zweifel festgestellt worden, dass in jenen Bereichen, in denen die Bieter vorsehen würden, die Fertigteilbetonleitwand durch eine Ortbetonleitwand zu ersetzen, eine künftige Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwand gewährleistet sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe in ihrem Alternativangebot eine Ortbetonleitwand von 8.000 lfm, die Antragstellerin eine solche von 8.190 lfm angeboten. Wie sich bereits aus der Bezeichnung des Vergabeverfahrens "A1 West Autobahn INSB Breitenmaier - Steinhäusl" ergebe, handle es sich bei der gegenständlichen Bauleistung um eine Instandsetzungs- bzw. Erneuerungsmaßnahme in einem Teilabschnitt der A1 West Autobahn. Bei einer "Instandsetzung" werde im Wesentlichen ein reparaturbedürftiges Objekt wieder in seinen ursprünglichen, funktionsfähigen Zustand versetzt. Demgegenüber stehe das viel weitergehende Konzept einer "Generalerneuerung" bzw. "Generalsanierung". Im Rahmen solcher Baumaßnahmen bleibe "kein Stein auf dem anderen" und es werde dabei etwa auch die Entwässerung neu erstellt. Im Vorfeld der Ausschreibungserstellung seien zur Abklärung der erforderlichen baulichen Instandsetzungsmaßnahmen umfangreiche Untersuchungen zum Zustand des Bestandes vorgenommen worden. So seien neben Fahrbahnkennwerten auch Bestandserhebungen zur Mittelstreifenentwässerung getätigt worden. Aus diesen Unterlagen, die jedoch nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen seien, sei für den Auftraggeber nachvollziehbar, dass eine künftige Instandhaltung bzw. Instandsetzung der Mittelstreifenentwässerung auch auf Basis der angebotenen Alternativen möglich und wirtschaftlich sei. Aus diesem Grund sei die alternative technische Ausführung in Form einer Ortbetonleitwand zugelassen bzw. in der Ausschreibung näher spezifiziert worden. Insofern könnten die pauschalen und unsubstantiierten Behauptungen der Antragstellerin, dass sich eine Kanalisierung für den Auftraggeber mit Sicherheit verteuern würde, nicht nachvollzogen werden. Die von der Antragstellerin erwähnte Gesamtsanierung bzw. Kanalsanierung würde einen massiven Eingriff in das bestehende Entwässerungssystem darstellen und gehe weit über die vom Auftraggeber der Ausschreibung zu Grunde gelegte zukünftige Instandsetzung hinaus. Eine Gesamtsanierung wäre mit umfangreichen Baumaßnahmen verbunden, von der nicht nur die Leitwände, sondern auch sonstige bauliche Anlagen entlang der A1 West Autobahn massiv betroffen wären. Eine solche Sanierung sei jedoch aufgrund des qualitativen Zustands der Bestandsanlage in den nächsten Jahren nicht vorgesehen. Es sei daher nicht notwendig, die Entwässerung in nächster Zeit zu sanieren, da sich diese in einem guten Zustand befinde. Insofern sei die Argumentation der Antragstellerin irreführend, da diese von einer baldigen Generalerneuerung der Entwässerung

ausgehe und die Begrifflichkeiten "Instandsetzung" und "Generalerneuerung" vermische. Eine Instandsetzung der Entwässerung sei hingegen jederzeit ohne große Behinderungen möglich. Gerade um solche Behinderungen hintanzuhalten, sei in der Ausschreibung festgelegt, dass bei möglichen Alternativen in Form einer Ortbetonleitwand die Zugänglichkeit ohne Abbruch der Betonleitwände möglich sein müsse. Diese Möglichkeit werde dadurch gewährleistet, dass jeweils nur eine Seite des Mittelstreifens mit einer Ortbetonleitwand errichtet, die andere Seite hingegen mit Fertigteilen bestückt werde. So sei es möglich, die Betonfertigteile ohne jegliche Zerstörung wegzuheben und den Mittelstreifen (Entwässerung) zugänglich zu machen. Gerade diesen Aspekt betone sogar die Antragstellerin, wenn sie vorbringt, dass eine ungehinderte Zufahrt zumindest von einer Seite dann nicht mehr möglich wäre, wenn mehr als 8.190 lfm Betonleitwand errichtet würde. Gerade dies sei aber bei den vorliegenden Alternativangeboten nicht der Fall.

Mit Schriftsatz vom 23.5.2012 erhob die präsumtive Zuschlagsempfängerin, vertreten durch Y***, begründete Einwendungen gegen den Nachprüfungsantrag und brachte vor, dass in den Ausschreibungsunterlagen für den Fall der einseitigen Anordnung von Betonleitwänden unmissverständlich dargestellt sei, dass der Bestandskanal nächst dem äußeren Rand des inneren befestigten Seitenstreifens der anderen Richtungsfahrbahn situiert sei. Ebenso ergebe sich, dass die Betonleitwand selbstverständlich weder auf dem Bestandskanal noch auf Schächten situiert und jedenfalls ausreichend weit entfernt sei, um Instandsetzungsarbeiten ohne Abbruch der Ortbetonleitwand zu gewährleisten. Der ungehinderte Zugang - wie die Antragstellerin vermeine - sei nicht gesondert als Mindestanforderung festzulegen gewesen, da sich dies bereits aus der Vorgabe, dass die Instandsetzung "ohne Abbruch" der Ortbetonleitwände möglich sein müsse, ergebe. Hervorzuheben sei auch, dass bei einer Kanalinstandsetzung keine Mehrkosten gegenüber der in der Ausschreibung geplanten Ausführung von Betonfertigteilen anfallen würden. Zulässigerweise dürften nur jene Längen in Ortbeton angeboten werden, die auch im Falle einer gesamten Ausführung in Fertigteil bei einer Kanalinstandsetzung nicht zu entfernen seien ("ohne Abbruch"). Die von der Antragstellerin aufgezeigten Kosten oder wesentlichen Behinderungen entstünden daher nicht. Zudem sei die Unterstellung der Antragstellerin, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe eine deutlich höhere Menge an Fertigteilleitwänden durch Ortbetonleitwände ersetzt, nicht nachvollziehbar. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich bei der Mengenermittlung exakt an die Vorgaben der Ausschreibung gehalten.

Mit Bescheid vom 21.5.2012, GZ N/0052-BVA/07/2012-EV8, wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

Am 13. Juni 2012 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabebeamten statt. Darin gab der Auftraggeber an, dass die im Schemaplan angeführten Betonleitwände nicht nur während der Bauphase aufgestellt würden, sondern dauerhaft vor Ort bleiben sollten. Es habe keine Bieteranfragen bezüglich der Vorgaben hinsichtlich der zulässigen Alternativangebote insbesondere in Teil B.5. gegeben.

Die Antragstellerin bestätigte, dass sie bei der Erstellung ihres Alternativangebotes keine Verständnisschwierigkeiten gehabt habe. Der Auftraggeber legte ein Schreiben der Antragstellerin vom 6.6.2012 vor, worin diese ausführt, dass sie zum Zeitpunkt der Angebotslegung davon ausgegangen ist, dass ihr Alternativangebot zuschlagsfähig wäre (siehe Beilage 1 zum Verhandlungsprotokoll).

Der Auftraggeber erläuterte, dass auf den Ausschreibungsunterlagen beiliegenden Lageplänen die genaue Lage des Bestandskanals ersichtlich sei. Sowohl beim Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch bei jenem der Antragstellerin werde bei einer einseitigen Anordnung von Betonleitwänden abschnittsweise die Leitwand in Ortbeton ausgeführt und zwar immer auf dem dem Kanal gegenüberliegenden Fahrbahnrand. Bei der zweiseitigen Anordnung liege die Betonleitwand in Ortbeton jedenfalls auf der dem Kanal gegenüber liegenden Fahrbahnseite. Die am Kanal liegende Seite sei mit Fertigbetonleitwänden ausgestattet. Beide Bieter bestätigten dies bezüglich ihres Alternativangebotes.

Die Antragstellerin (F*** und G***) gab an, dass bei beidseitiger Anordnung der Betonleitwände in ihrem Alternativangebot deshalb Ortbeton nur in einer Seite vorgesehen sei, weil der Ausschreibung zu entnehmen wäre, dass eine Sanierung des Bestandskanals, der schon mindestens 40 Jahre alt sei, in absehbarer Zeit durchgeführt werden müsse. Eine beidseitige Anordnung von Ortbetonleitwänden würde im Sanierungsfall einen erheblichen Aufwand in technischer Hinsicht darstellen und die Sanierung wesentlich verteuern. Der Auftraggeber erwiderte, dass in den nächsten Jahrzehnten keine Generalsanierung der Autobahn inklusive der Mittelstreifenentwässerung erforderlich sei.

Instandsetzungsarbeiten an der Entwässerung müssten ausgeschrieben werden. Es sei derzeit jedoch nichts Derartiges geplant oder ausgeschrieben. Die Instandsetzung des Kanals sei nicht Gegenstand dieser Ausschreibung und auch nicht Bestandteil des Leistungsbildes. Als Anforderung für die Alternativangebote sei lediglich gefordert, dass die Instandsetzung des Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ort betonleitwände gewährleistet sein müsse. Beide Alternativangebote würden diese Voraussetzungen erfüllen. Daher fielen diese "erheblichen finanziellen Aufwendungen" gar nicht an. Eine Instandsetzung der Entwässerung sei zwar auch im Fall der beidseitigen Anordnung von Ort betonleitwänden in technischer Hinsicht möglich, dies wäre aber mit enormen Folgekosten verbunden. Eine allfällige "Unterfangung" wäre sicherlich teurer als ein Abbruch der Ort betonleitwand. Der Auftraggeber führte weiters aus, dass sich durch das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nichts am Bau-Soll ändere. Dem wurde vom Antragstellervertreter widersprochen, der sodann ausführte, dass sich durch beide Alternativangebote selbstverständlich das Bau-Soll ändere, weil das Bau-Soll - und gleichbedeutend der Leistungsumfang iSd Ö-Norm B 2110 und B 2118 - auch durch sämtliche Positionen des Leistungsverzeichnisses beschrieben werde. Werde nun die Position der Fertigbetonleitwand ganz oder teilweise durch Ort betonleitwände ersetzt, bedeute dies auch eine Abweichung vom Bau-Soll.

Der Auftraggeber erwiderte, dass das Bau-Soll auch iSd Ö-Norm nicht allein auf den Wortlaut einer Leistungsposition beschränkt sei, sondern sich aus dem gesamten Vertrag bzw. der Ausschreibung, insbesondere z.B. aus Plänen, technischen Bestimmungen, Leistungsbeschreibungen ergebe. Die Vertreterin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergänzte, dass die Pos. 00B108 A Teil des Leistungsverzeichnisses (Teil B.5) und somit Vertragsbestandteil und Teil des Bau-Solls sei. Das K7-Blatt der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bezüglich der alternativ angebotenen Ort betonleitwände sei bereits dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beigelegt. Der Auftraggeber führte aus, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Ort betonleitwand auch beidseitig wirkend sei. Dies ergebe sich aus der Zulassung des BMVIT und zwar aufgrund der eingereichten Unterlagen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

I. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Nachprüfungsantragesrömis ch eins. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes, Rechtslage sowie Zulässigkeit des Antrages auf Nachprüfungsantrages

Das Bundesvergabegesetz 2006 idF der Novelle BGBl I Nr. 15/2010 (BVergG 2006) wurde mit BGBl I Nr. 10/2012, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. 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 1.4.2012, in Kraft getreten. Das Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG 2006) wurde mit Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012,, kundgemacht am 16.2.2012, novelliert. 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 1.4.2012, in Kraft getreten.

Gemäß § 345 Abs. 15 Z 3 BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes BGBl I Nr 10/2012 bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes BGBl I Nr 10/2012 beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage. Gemäß Paragraph 345, Absatz 15, Ziffer 3, BVergG sind die im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesvergabegesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, bereits eingeleiteten Vergabeverfahren nach der bisherigen Rechtslage zu Ende zu führen. Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des Bundesgesetzes Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, beim Bundesvergabeamt anhängige Verfahren sind nach der bisherigen Rechtslage fortzuführen. Hinsichtlich der Vergabeverfahren, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits beendet sind, richtet sich die Durchführung von Feststellungsverfahren nach der bisherigen Rechtslage.

Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das Anfang März 2012 und somit vor dem 1.4.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 15/2010 (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0052-BVA/07/2012 am 14.5.2012 protokollierte

Nachprüfungsantrag nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind für das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl I Nr 10/2012 (BVergG) maßgeblich. Dies hat zur Folge, dass das Bundesvergabeamt für die Prüfung des dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag zugrundeliegenden Vergabeverfahrens, das Anfang März 2012 und somit vor dem 1.4.2012 eingeleitet worden ist, die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 15 aus 2010, (BVergG 2006) heranzuziehen hat. Da der gegenständliche, beim Bundesvergabeamt unter der Aktenzahl N/0052-BVA/07/2012 am 14.5.2012 protokollierte Nachprüfungsantrag nach dem 1.4.2012 anhängig gemacht wurde, sind für das Nachprüfungsverfahren die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 10 aus 2012, (BVergG) maßgeblich.

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 (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 2006 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 gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, im Auftrag und im Namen des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd § 2 Z 41 BVergG 2006 geführt. Das gegenständliche Vergabeverfahren wird von der ASFINAG Bau Management GmbH mit Sitz in 1030 Wien, Modecenterstraße 16/3, im Auftrag und im Namen des Auftraggebers als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006 geführt.

Nach Angaben des Auftraggebers ist der gegenständliche Auftrag als Bauauftrag zu qualifizieren. Der dem Oberschwellenbereich zuzuordnende Auftrag soll nach dem Bestbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden. Laut Stellungnahme des Auftraggebers wurde weder der Zuschlag erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat fristgerecht begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher Parteistellung gemäß § 324 Abs. 3 BVergG zu. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat fristgerecht begründete Einwendungen erhoben. Ihr kommt daher Parteistellung gemäß Paragraph 324, Absatz 3, BVergG zu.

II. Inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrages II.1. Zu Spruchpunkt I. römisch zwei. Inhaltliche Beurteilung des Nachprüfungsantrages römisch zwei. 1. Zu Spruchpunkt römisch eins.:

Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen zu keinem Zeitpunkt angefochten wurden und somit bestandfest geworden sind (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 u. a.; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36 u.v.a.). Ebenso wurden keine Bieteranfragen bezüglich der Vorgaben hinsichtlich der zulässigen Alternativangebote insbesondere in Teil B.5. gestellt. Zunächst ist festzuhalten, dass die Ausschreibungsunterlagen zu keinem Zeitpunkt angefochten wurden und somit bestandfest geworden sind vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0054; 17.11.2004, 2002/04/0078; 1.3.2007, 2005/04/0239 u. a.; BVA 18.1.2008, N/0118-BVA//04/2007-36 u.v.a.). Ebenso wurden keine Bieteranfragen bezüglich der Vorgaben hinsichtlich der zulässigen Alternativangebote insbesondere in Teil B.5. gestellt.

In Teil B.1 (Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen), Punkt 1.1.26.5, ist Nachfolgendes ausgeführt:

"Mindestanforderungen für Alternativangebote 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 Erlassen 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 - ÖVBB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes.
- -Strichaufzählung
Planungshandbücher der ASFINAG veröffentlicht unter www.asfinag.net

Im Leistungsverzeichnis (Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen) wurde unter der Position OG01 00B108A (Einschränkungen/Mindestanforderungen Alternativangeb.) Nachfolgendes festgelegt:

"Einschränkungen und Mindestanforderungen für Alternativangebote:

Projektspezifische Einschränkungen für Alternativen Instandsetzung des 1.+2. Fahrstreifens gem. RVS 03.08.63 'Oberbaumessung' in Lastklasse I. Projektspezifische Einschränkungen für Alternativen Instandsetzung des 1.+2. Fahrstreifens gem. RVS 03.08.63 'Oberbaumessung' in Lastklasse römisch eins.

Eine Alternative mit Ortbetonleitwand ist nur dann zulässig, wenn eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet werden kann.

Projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen:

Nachstehende zusätzliche Kriterien werden für das gegenständliche Projekt definiert:

Die Instandsetzung für den 1. und 2. Fahrstreifen hat der RVS 03.08.63 'Oberbaumessung', Lastklasse I, zu entsprechen. Die Instandsetzung für den 1. und 2. Fahrstreifen hat der RVS 03.08.63 'Oberbaumessung', Lastklasse römisch eins, zu entsprechen.

Eine Alternative mit Ortbetonleitwand ist nur dann zulässig, wenn eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet werden kann."

Zu dieser Position wurde in der 1. Berichtigung der Ausschreibung vom 21.3.2012 Folgendes ergänzt:

"01.00B108A Einschränkungen und Mindestanforderungen für

Alternativangebote:

Zusätzlich zu den bestehenden Einschränkungen wird folgendes festgelegt:

Alternative Verkehrsführungen sind nur soweit zulässig, als dass in beide Fahrtrichtungen jeweils zwei Spuren entsprechend den zeitlichen Vorgaben aufrecht zu erhalten sind."

Mit der 2. Berichtigung vom 28.3.2012 wurde den Bietern ein Regelquerschnitt des Mittelstreifens (Bauprojekt 1960) zur Verfügung gestellt.

Pos. OG02 230305 des Teils B.5 lautet:

"230305 Fahrzeugrückhaltesystem aus Betonfertigteilen, beidseitig wirkend,

frei verschieblich, Aufhaltestufe X, Anprallheftigkeitsstufe x, Klasse des Wirkungsbereiches x herstellen. frei verschieblich, Aufhaltestufe römisch zehn, Anprallheftigkeitsstufe x, Klasse des Wirkungsbereiches x herstellen.

230305I FRS Beton-FT, beids., H3, B, W6 W

..... 13.200,00 m"

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 nur 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, so sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anderes festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Gemäß Paragraph 81, Absatz eins, BVergG kann der Auftraggeber nur 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, so sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, 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 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.

Gemäß § 106 Abs. 1 BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden. Gemäß Paragraph 106, Absatz eins, BVergG hat sich der Bieter bei offenen oder nicht offenen Verfahren bei der Erstellung des Angebotes an die Ausschreibungsunterlagen zu halten. Der vorgeschriebene Text der Ausschreibungsunterlagen darf weder geändert noch ergänzt werden.

Die Allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen lassen zunächst die Abgabe von Alternativangeboten für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung zu und stellen gleichzeitig allgemein die von diesen zu erfüllenden Mindestanforderungen, nämlich "mit der Ausschreibung technisch wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig und vergleichbar" auf. Zu den "zur Prüfung der Gleichwertigkeit der Alternativen als Mindestanforderungen definierten Kriterien" zählt, dass "Alternativangebote das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken" und dass "sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen."

Gemäß Pos. OG02 230305I des Teils B.5 ist ein Fahrzeugrückhaltesystem aus Betonfertigteilen, beidseitig wirkend, H3, B, W6 in 13.200 m anzubieten.

Gemäß Pos. OG01 00B108A des Teils B.5 ist eine Alternative mit Ortbetonleitwand nur dann zulässig, wenn eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet werden kann.

Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914ff ABGB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. 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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, 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 maßgeblich (vgl. VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u.v.a.). Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der Paragraphen 914 f, f, ABGB, sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Auszugehen ist zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung. 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 einer Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind nicht danach zu beurteilen, was der Erklärende sagen wollte oder was der Erklärungsempfänger darunter verstanden hat, sondern danach, 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 maßgeblich vergleiche VwGH vom 29.3.2006, Zlen. 2004/04/0144, 0156, 0157 und dem folgend in ständiger Rechtsprechung BVA 17.4.2009, N/0152-BVA/02/2008-31 u.v.a.).

Aus Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, so auch aus der Sicht der Antragstellerin, war bei Anwendung der üblichen Sorgfalt [vgl. EuGH 4.12.2003, Rs C-448/01 (EVN-AG Wien Strom GmbH gegen Republik Österreich); VwGH 17.11.2004, 2002/04/0078; 16.2.2005, 2004/04/0030; BVA 11.2.2008, N/0006-BVA/04/2008-24; 11.1.2008; N/0112-BVA/14/2007-20; u.a.] demnach davon auszugehen, dass ein Alternativangebot jedenfalls den in den Teilen B.3 und B.5 als Bau-Soll definierten Leistungsumfang abzudecken hat und dass bei einer alternativen Lösung sämtliche mit der ausgeschriebenen Qualität verbundenen Funktionsanforderungen erhalten bleiben müssen. Ein alternativ angebotenes Fahrzeugrückhaltesystem in Ortbeton hat daher ebenfalls die an eine Fertigbetonleitwand gestellten Mindestkriterien, nämlich beidseitig wirkend, H3, B, W6, in technischer Hinsicht zu erfüllen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat im K7-Blatt, welches dem Alternativangebot beigelegt wurde, dargestellt, dass sie 5.200 m Betonfertigteilleitwände (Pos. 02230305M) sowie 8.000 m Ortbetonleitwände anbietet. Unter der Pos. 02230305N wurde angemerkt: "Ortbetonleitwand H3, h= 1,00m". Auf Aufforderung des Auftraggebers vom 5.4.2012 übermittelte die Antragstellerin mit Schreiben vom 13.4.2012 u.a. hinsichtlich ihres Alternativangebotes den technischen Bericht, das Bauprogramm, den Bauzeitplan, die Massenermittlung, den "Nachweis der Gleichwertigkeit und Einhaltung der Mindestkriterien", sowie eine Referenzliste. In diesen Unterlagen ist ausdrücklich Folgendes festgehalten:

"Anstelle der im Amtsentwurf vorgesehenen Betonfertigteile werden abschnittsweise diese nunmehr durch eine Ortbetonleitwand ersetzt. Die betreffenden Abschnitte sind in einer Massenermittlung detailliert angeführt (siehe Anhang). (...) Die Errichtung erfolgt, ebenso wie beim Amtsentwurf, auf der im Regelquerschnitt dargestellten und in Position 02 151511A Z beschriebenen Aufstandsfläche. Die Lage im Regelquerschnitt bleibt unverändert. Durch die Anordnung am höheren Fahrbahnrand sind keine Entwässerungsmaßnahmen erforderlich. Die vorangeführten Ausführungen dokumentieren, dass sich keine diesbezüglichen Änderungen zum AG-Projekt ergeben. Durch die abschnittsweise Ausführung einer Ortbetonleitwand ergeben sich somit keine Eingriffe in das AG-Projekt." (siehe hierzu technischer Bericht)

"Die Herstellung der Ortbetonleitwand erfolgt im Gleitschalungsverfahren auf einer ebenen, stand- und frostsicheren

Aufstandsfläche unter Verwendung von durchgehenden Stahleinlagen. Der verwendete Beton wird von einem Transportbetonwerk bezogen. Bei der Herstellung der Ortbetonleitwand sowie der Verwendung sämtlicher Werkstoffe (Beton, Stahl, Verbindungen für die Fertigteilbauweise) werden die Anforderungen der RVS 08.23.06 eingehalten und erfüllt." (siehe hierzu Bauprogramm)

"Durch die abschnittsweise Ausführung einer Ortbetonleitwand anstelle von Betonfertigteilelementen ergeben sich hinsichtlich des zeitlichen Ablaufs und der Bauzeit keine Änderungen und Eingriffe in das AG-Projekt. Der Bauzeitplan des Amtsentwurfes bleibt davon unbeeinträchtigt. Aufgrund dieses Umstandes ist die Vorlage eines gesonderten Bauzeitplanes nicht erforderlich." (Siehe hierzu Bauzeitplan)

Im "Nachweis der Gleichwertigkeit sowie Einhaltung der Mindestkriterien" ist Folgendes festgehalten:

"Die abschnittsweise angebotene Ortbetonleitwand entspricht hinsichtlich der geforderten Aufhaltestufe, der Anprallheftigkeitsstufe sowie der Klasse des Wirkungsbereiches voll und ganz den Anforderungen der Ausschreibung. Zum Nachweis der Gleichwertigkeit und der Einhaltung der Mindestkriterien verweisen wir

- auf die gültigen Einsatzfreigaben des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (bmvit) mit den Geschäftszahlen (...) vom (...)

sowie

- -Strichaufzählung
(...) vom (...)

- -Strichaufzählung

auf die RVS 08.23.06, welche die Herstellung von Leitwänden in Ortbetonbauweise dezidiert vorsieht und regelt.

(...)."

Das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sieht lediglich die abschnittsweise Aufstellung von Betonleitwänden in Ortbeton anstelle von Fertigbeton vor. Weitere Änderungen zum Amtsentwurf sind im Alternativangebot nicht vorgesehen.

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zitierten Einsatzfreigaben des BMVIT beziehen sich auf Ortbetonleitwände mit einer Rückhaltestufe jedenfalls H3, einem ASI Wert von 1,44 und einem Wirkungsbereich W2 (siehe OZ 24, amtswegig erhoben).

Im Vergabebericht, Pkt. 4.1.5, ist bezüglich der Prüfung des Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Folgendes festgehalten:

"Die abschnittsweise Ortbetonleitwand entspricht hinsichtlich der geforderten Aufhaltestufe, der Anprallheftigkeit sowie der Klasse des Wirkungsbereiches den Anforderungen der Ausschreibung.

Anforderungen gemäß Ausschreibung:

Rückhaltesystem ASI Wirkungsbereich

Anforderungen Ausschreibung FTB H3 B W6

Alternativangebot Ortbeton H3 1,44 W2

B

Gemäß EN1317-1 ist der ASI-Wert auf mindestens 2 Dezimalstellen zu berechnen und mit einer Dezimalstelle mathematischer Rundungen anzugeben. D.h. 1,44=1,4.

Somit entspricht der ASI Wert von 1,44 der Anprallheftigkeitsstufe B. Im Zuge gegenständlicher Prüfung werden auch die oben angeführten Bereiche, in denen die BIGE vorsieht, die FTB durch eine OTB zu ersetzen, im Lageplan schematisch dargestellt und festgestellt, dass eine zukünftige Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwand funktioniert."

Gemäß EN 1317-2 (Ausgabe: 2011-07-15) Rückhaltesysteme an Straßen - Teil 2:

Leistungsklassen, Abnahmekriterien für Anprallprüfungen und Prüfverfahren für Schutzeinrichtungen und Fahrzeugbrüstungen, Punkt 3.3. Anprallheftigkeit, entspricht einer Anprallheftigkeitsstufe B ASI 1,4.

Gemäß Punkt 3.5 leg. cit., Verformung des Rückhaltesystems, muss die Messung in Meter (m) mindestens mit 2 Dezimalstellen aufgezeichnet und durch mathematische Rundung mit 1 Dezimalstelle angegeben werden, d.h. 0,64 = 0,6, 0,65 = 0,7. Somit entspricht der ASI Wert der alternativ angebotenen Ortbetonleitwand der präsuntiven Zuschlagsempfängerin [1,44 = (mathematisch gerundet) 1,4] der Anprallheftigkeitsstufe B.

Tabelle 4 (Stufen des normalisierten Wirkungsbereiches) der EN 1317-2 lautet:

Klassen der normalisierten	Stufen des normalisierten
Stufen des Wirkungsbereichs	Wirkungsbereichs m
W1	WN<0,6
W2	WN<0,8
W3	WN<1,0
W4	WN<1,3
W5	WN<1,7
W6	WN<2,1
W7	WN<2,5
W8	WN<3,5

ANMERKUNG 1 In Einzelfällen darf eine Klasse der Stufen des Wirkungsbereichs unter W1 festgelegt werden.

ANMERKUNG 2 Die dynamische Durchbiegung, der Wirkungsbereich und die Fahrzeugeindringung ermöglichen die Festlegung der Aufbaubedingungen für jede Schutzeinrichtung sowie die Bestimmung der Abstände, die vor Hindernissen zu berücksichtigen sind, damit das System zufrieden stellend funktioniert.

ANMERKUNG 3 Die Verformung hängt sowohl von der Art des Systems, als auch von den Kenngrößen der Anprallprüfung ab.

Aus dem Kontext der EN 1317-2 ergibt sich, dass ein Wirkungsbereich W2 jedenfalls einem Wirkungsbereich W6 gleichwertig ist.

Dass der von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin alternativ angebotene Ortbeton in technischer Hinsicht nicht dem ausgeschriebenen Fertigbeton entsprechen würde, wurde weder von der Antragstellerin vorgebracht, noch ergeben sich aus dem Vergabebericht bzw. aus den von Amts wegen durchgeführten Erhebungen diesbezüglich Anhaltspunkte. Dass die von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin angebotene Ortbetonleitwand auch beidseitig wirkend ist, wurde vom Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt. Darüber hinaus unterscheidet sich die Ortbetonleitwand von der ausgeschriebenen Fertigteilleitwand, wie der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 23.5.2012 ausführte, grundsätzlich nur durch die Art der Herstellung in situ anstatt im Werk.

Wie sich insbesondere aus Pos. OG01 00B108A des Teils B.5 und Punkt

1.1.26.5 des Teils B.1 ergibt, ist eine Alternative der Leitwand in Ortbeton nur zulässig, wenn eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet werden kann. Diese Feststellung stellt klar, dass statt der ausgeschriebenen Fertigbetonleitwände alternativ Ortbetonleitwände angeboten werden dürfen. Darüber hinaus müssen diese Alternativen eine Instandsetzung des bestehenden Kanals im Mittelstreifen gewährleisten, sodass diese ohne Abbruch der Ortbetonleitwände möglich sein muss. Nach den eindeutigen Festlegungen in der Ausschreibung handelt es sich hierbei um projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativen.

In dem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten "E_4_Schemaplan Bauphasen" sind die genaue Positionierung der Betonleitwände sowie deren einseitige bzw. beidseitige Anordnung eindeutig und klar dargestellt. Ebenso ist in dem den Ausschreibungsunterlagen beigelegten "E_2_Regelquerschnitt" unmissverständlich dargestellt, dass im Fall

der einseitigen Anordnung von Betonleitwänden der Bestandkanal nächst dem äußeren Rand des inneren befestigten Seitenstreifens der anderen Richtungsfahrbahn situiert ist. Darüber hinaus ist im Regelquerschnitt die Positionierung des Kanals bei beidseitiger Anordnung der Betonleitwände dargestellt. Aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, so auch aus der Sicht der Antragstellerin, war bei Anwendung der üblichen Sorgfalt demnach davon auszugehen, dass zulässigerweise nur jene Längen in Ortbeton angeboten werden dürfen, die auch bei einer gesamten Ausführung in Fertigteil im Falle einer Kanalinstandsetzung nicht zu entfernen sind (Argument: ohne Abbruch).

Wie der Auftraggeber und die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung übereinstimmend aussagten, wäre eine Kanalinstandsetzung grundsätzlich auch bei einer beidseitigen Anordnung von Ortbetonleitwänden technisch möglich.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowie die Antragstellerin haben in ihren Alternativangeboten die Fertigteilleitwand in Teilabschnitten durch eine Ortbetonleitwand ersetzt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat 8.000 Laufmeter Ortbetonleitwände angeboten, die Antragstellerin hingegen in ihrem Alternativangebot 8.187,00 Laufmeter in Ortbeton.

Aus den vom Auftraggeber aufgrund der alternativ angebotenen Ortbetonleitwände erstellten Lageplänen (siehe OZ 19) ergibt sich, dass sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch die Antragstellerin die angebotenen Ortbetonleitwände immer auf der Richtungsfahrbahn, auf der nicht der Bestandkanal liegt, situiert haben. Bei keinem der beiden Alternativangebote wurden Ortbetonleitwände in beiden Richtungsfahrbahnen im Falle der zweiseitig gebotenen Anordnung von Leitwänden angeboten. Dies wurde überdies sowohl von der Antragstellerin als auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bezüglich des jeweils eigenen Alternativangebotes in der mündlichen Verhandlung bestätigt.

Gemäß Pkt 1.1.26.5 des Teils B.1 sind Alternativangebote u.a. nur dann zugelassen, wenn sie mit der Ausschreibung technisch wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig und vergleichbar sind.

Im gegenständlichen Sachverhalt sollen die Betonleitwände, sohin gleich ob in Fertigbeton oder in Ortbeton, in den nächsten Jahren an Ort und Stelle situiert bleiben. Wie der Auftraggeber sowohl in seinem Schriftsatz vom 23.5.2012 als auch in der mündlichen Verhandlung vom 13.6.2012 glaubhaft vorbringt, ist an eine Generalsanierung des Bestandkanals in den nächsten Jahren nicht gedacht. Instandsetzungsarbeiten an der Entwässerung müssten ausgeschrieben werden, es ist derzeit jedoch nichts Derartiges ausgeschrieben oder auch nur geplant. Die Instandsetzung des Kanals ist auch nicht Gegenstand dieser Ausschreibung.

Im Falle der beidseitigen Anordnung von Betonleitwänden können die Fertigteilleitwände bei Notwendigkeit einer Kanalinstandsetzung jederzeit ohne jegliche Zerstörung weggehoben und damit der Mittelstreifen zugänglich gemacht werden. Im Fall der einseitigen Anordnung der Leitwände erfolgt der ungehinderte Zugang über die andere Richtungsfahrbahn. Die Kosten des "Weghebens" der Fertigteilleitwände sind somit immer - gleich ob nur Fertigbetonleitwände oder abschnittsweise auch Ortbetonleitwände vorgesehen sind - die gleichen. Es verbleiben somit auch bei der Errichtung von Ortbetonleitwänden keine zu berücksichtigenden Folgekosten, zumal die Betonqualität von Ortbetonleitwänden jener von Fertigteilleitwänden zu entsprechen hat und sich die beiden Arten von Betonleitwänden nur durch die Art ihrer Herstellung unterscheiden.

Aus der Sicht eines durchschnittlich fachkundigen Bieters, so auch aus der Sicht der Antragstellerin, war bei Anwendung der üblichen Sorgfalt demnach davon auszugehen, dass Kriterien für die wirtschaftliche Gleichwertigkeit von Alternativangeboten und Hauptangeboten neben den Kosten der erstmaligen Errichtung der Betonleitwände allein die Kosten für die Instandsetzung des Kanals sind. Zulässigerweise durften sohin nur jene Längen in Ortbeton angeboten werden, die auch bei einer gesamten Ausführung in Fertigteil bei einer Kanalinstandsetzung nicht zu entfernen sind und somit keinen Einfluss auf die Kosten der Instandsetzung des Kanals haben.

Dies bestätigte die Antragstellerin bereits in ihrem Schriftsatz vom 14.5.2012, indem sie ausführte, dass die Kosten der Kanalsanierung bei der Bewertung, ob die angebotenen Alternativen gleichwertig seien, zu berücksichtigen seien. Ebenso führte die Antragstellerin (F*** und G***) in der mündlichen Verhandlung aus, sie habe bei beidseitiger Anordnung der Betonleitwände in ihrem Alternativangebot deshalb Ortbeton nur an einer Seite vorgesehen, weil der Ausschreibung zu entnehmen wäre, dass eine Sanierung des Bestandkanals, der schon mindestens 40 Jahre alt sei, in absehbarer Zeit durchgeführt werden müsse. Eine beidseitige Anordnung von Ortbetonleitwänden würde im Sanierungsfall einen erheblichen Aufwand in technischer Hinsicht darstellen und die Sanierung wesentlich verteuern.

Auch der Auftraggeber bestätigte in der mündlichen Verhandlung, dass eine Instandsetzung der Entwässerung zwar auch im Fall der beidseitigen Anordnung von Ortbetonleitwänden in technischer Hinsicht möglich ist, dies aber mit enormen Folgekosten verbunden wäre.

Da Alternativangebote nur zulässig sind, sofern eine Instandsetzung des Kanals im Mittelstreifen ohne Abbruch der Ortbetonleitwände gewährleistet ist, sind somit Alternativangebote, die eine Kanalinstandsetzung nur unter Abbruch der Ortbetonleitwände ermöglichen, unzulässig. Wie der Auftraggeber in der mündlichen Verhandlung ausführte, ist eine allfällige "Unterfangung" teurer als ein Abbruch der Ortbetonleitwand. Ein nach den Ausschreibungsunterlagen nicht zulässiger Abbruch wäre sohin billiger als eine "Unterfangung". Damit ist eine "Unterfangung" als wirtschaftlich nicht gleichwertig jedenfalls ausgeschlossen.

Wenn nun die Antragstellerin vermeint, dass Instandsetzungsarbeiten des Kanals auch dann - wenn auch erschwert und dadurch erheblich teurer - möglich seien, wenn beidseitig und durchgehend Ortbetonleitwände stünden, versucht sie nun nachträglich die Ausschreibungsbestimmungen in einer Weise zu interpretieren, die ihrem eigenen Verständnis im Zeitpunkt der Erstellung des Alternativangebotes widerspricht und ist dies als bloße Schutzbehauptung zu werten.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat um rund 190 Laufmeter weniger Ortbetonleitwände als die Antragstellerin, nämlich nur 8.000 lfm, angeboten. Das Argument der Antragstellerin, eine ungehinderte Zufahrt von zumindest einer Seite sei bei der Herstellung von mehr als 8.190 Laufmetern Betonwand in Ortbeton nicht mehr möglich, geht sohin ins Leere.

Da die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihrem Alternativangebot bei beidseitiger Anordnung der Betonleitwände diese in Ortbeton auf der dem Kanal gegenüber liegenden Fahrbahnseite angeboten hat, fallen somit für den Auftraggeber im Falle der Kanalinstandsetzung keine Folgekosten an.

Das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lautet auf Euro XXX, ihr Hauptangebot auf Euro XXX. Der Preisunterschied beträgt somit lediglich rund Euro XXX,-- bzw. 2,7%. Das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin lautet auf Euro römisch 30, ihr Hauptangebot auf Euro römisch 30. Der Preisunterschied beträgt somit lediglich rund Euro römisch 30,-- bzw. 2,7%.

Dass ein Hauptangebot und ein Alternativangebot, das ein Angebot über einen alternativen Leistungsvorschlag des Bieters darstellt, "nicht auf den Cent genau" den gleichen Preis aufweisen können, liegt in der Natur der Sache. Dies wird schließlich auch in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt, da keine "gleichen" Preise gefordert sind. Die eng zusammenliegenden Angebotspreise des Haupt- und Alternativangebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin belegen die praktisch kostenmäßige Neutralität der beiden, weshalb auch insofern von der geforderten wirtschaftlichen Gleichwertigkeit auszugehen ist.

Das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist somit mit dem Amtsentwurf wirtschaftlich gleichwertig.

Wenn die Antragstellerin vermeint, dass sich durch die alternativ angebotenen Leitwände in Ortbeton das Bau-Soll ändere, so ist auf Folgendes hinzuweisen:

Gemäß Pkt. 3.8 der ÖNORM B 2110 sowie Pkt. 3.8. der ÖNORM B 2118 sind unter dem Begriff "Leistungsumfang; Bau-Soll" alle Leistungen des Auftragnehmers (AN), die durch den Vertrag, z.B. bestehend aus Leistungsverzeichnis, Plänen, Baubeschreibung, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen, unter den daraus abzuleitenden, objektiv zu erwartenden Umständen der Leistungserbringung, festgelegt werden, zu verstehen. Der Leistungsumfang, bzw. das Bau-Soll ist somit auch in dieser ÖNORMEN nicht allein auf den Wortlaut einer Leistungsposition beschränkt, sondern ergibt sich aus dem gesamten Vertrag, der u.a. aus dem Leistungsverzeichnis, Plänen, technischen und rechtlichen Vertragsbestimmungen und den Leistungsbeschreibungen besteht. Pos. 00B108 A, welche die projektspezifischen Mindestanforderungen für Alternativen regelt, ist in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen und somit im Leistungsverzeichnis positioniert, damit sohin Vertragsbestandteil und Teil des Bau-Solls. Weshalb sich durch die alternativ angebotenen Leitwände in Ortbeton das Bau-Soll ändern sollte, ist daher für den erkennenden Senat nicht nachvollziehbar.

Das Alternativangebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspricht somit den Ausschreibungsbestimmungen, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

II.2. Zu Spruchpunkt II.:römisch zwei.2. Zu Spruchpunkt römisch zwei.:

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 I. 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. Die Antragstellerin hat, wie sich aus Spruchpunkt römisch eins. 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

24.08.2012

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