

TE Verg Bescheid 2012/2/6 N/0010-BVA/03/2012-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 06.02.2012

Norm

BVergG 2006 §2 Z41

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §328 Abs1

BVergG 2006 §328 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs1

BVergG 2006 §329 Abs2

BVergG 2006 §329 Abs3

B-VG Art14b Abs2 Z1 lita

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 328 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 328 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 329 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 329 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. B-VG Art. 14b heute
 2. B-VG Art. 14b gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 3. B-VG Art. 14b gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 4. B-VG Art. 14b gültig von 01.01.2003 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 99/2002

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006, idF der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sybill Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A1 West Autobahn, Rastplätze Enns Nord/Süd " der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH Modecenterstraße 16, 1030 Wien, eingeleitet über Antrag der A*** GesmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 312 Abs 2 Z 1 vom 30. Jänner 2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVergG) durch die Vorsitzende des Senates 3, Dr. Sybill Andrea Böck, im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A1 West Autobahn, Rastplätze Enns Nord/Süd " der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH Modecenterstraße 16, 1030 Wien, eingeleitet über Antrag der A*** GesmbH, vertreten durch X*** Rechtsanwälte OG, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer eins, vom 30. Jänner 2012, wie folgt entschieden:

SPRUCH

Dem Antrag, "auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, mit der der Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung untersagt wird und die Zuschlagsentscheidung ausgesetzt wird", wird insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber im Vergabeverfahren "A1 West Autobahn, Rastplätze Enns Nord/Süd" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: §§ 328 Abs 1, 329 Abs 1, 2 und 3 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraphen 328, Absatz eins, 329, Absatz eins, 2 und 3 BVergG

BEGRÜNDUNG

Die Antragstellerin stellte am 30.1.2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Die Antragstellerin stellte am 30.1.2012, neben dem im Spruch ersichtlichen Begehren Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Gebührenersatz, auf Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG und auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung.

1. 1. Ziffer eins
Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin brachte im Wesentlichen vor, die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, da die Auftraggeberin beabsichtige, dem von der präsumptiven Zuschlagsempfängerin als "Abänderungsangebot" titulierten Angebot den

Zuschlag zu erteilen, dieses jedoch technische Alternativen zum Amtsentwurf enthalte, die das Ausmaß lediglich eines Abänderungsangebotes bei weitem übersteigen würden. Da die präsumptiven Zuschlagsempfängerin jedoch die in den Ausschreibungsunterlagen für Alternativangebote zwingend auszufüllenden Formalkriterien nicht erfüllt habe und die Gleichwertigkeit des Alternativangebotes zum Zeitpunkt der Angebotslegung nicht nachgewiesen worden sei, zudem eine spekulative Preisgestaltung bzw. nicht plausible Zusammensetzung des Preises des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Angebotes vorliege, wäre dieses Angebot von der Auftraggeberin auszuschneiden gewesen. Vielmehr wäre dem Angebot der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Ergänzend führte die Antragstellerin aus, sie habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die präsumptive Zuschlagsempfängerin habe ein Hauptangebot sowie ein als "Abänderungsangebot" bezeichnetes weiteres Angebot gelegt und habe in beiden Angeboten eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 3 Jahre angeboten. Die Antragstellerin habe keine Gewährleistungsfristverlängerung angeboten. Unter Berücksichtigung dieses Qualitätskriteriums (Verlängerung der Gewährleistungsfrist - 1 Pkt pro Jahr Verlängerung bis max 3 Pkt) habe sich daher nach Anwendung der ausschreibungsgegenständlichen Zuschlagskriterien folgende Reihung ergeben: 1. B*** (Alternativangebot): 98,68 Pkt, 2.

Antragstellerin (Hauptangebot): 97 Pkt und 3. B*** (Hauptangebot): 96,17 Pkt.

Am 20.1.2012 sei der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** mitgeteilt und als Grund für die Ablehnung die höhere Punktezahl des Alternativangebots von B*** genannt worden.

Zur Qualifikation des Angebotes als Alternativangebot werde ausgeführt, dass laut Ausschreibungsunterlage sowohl Alternativangebote als auch Abänderungsangebote neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot zulässig seien. B*** habe neben dem Hauptangebot ein "Abänderungsangebot" gelegt. Es bestehe allerdings der Verdacht, dass das als "Abänderungsangebot" titulierte Angebot technische Alternativen zum Amtsentwurf enthalte, die das Ausmaß lediglich eines Abänderungsangebotes bei weitem übersteigen, da eine andere Ausführung des Straßenoberbaus als im AG-Entwurf gefordert, angeboten worden sei.

Ausschreibungsgegenständlich sei die Herstellung von ca 26.200m² befestigter Fläche. Davon seien etwa 20.000m² als bituminös zu befestigende Asphaltdecke, 6.200m² als Betondecke auszuführen. Für den bituminös zu befestigenden Asphalt-Oberbau sei im AG-Entwurf die Ausführung zu einem Großteil in Bautype 1 der Lastklasse S und 1 laut Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen ("RVS") 03.08.63 vorgesehen. Etwa 20 % der asphaltierten Gesamtfläche (rund 4000 m²) seien im AG-Entwurf mit einem von den Standardbauweisen der RVS abweichenden, aber im AG-Entwurf spezifizierten Oberbau zu versehen. Die rund 6.200m² Betondecke seien zur Gänze mit einem von den Standardbauweisen der RVS abweichenden, aber ebenfalls im AG-Entwurf spezifizierten Oberbau zu versehen. Insgesamt würden im AG-Entwurf etwa 40% der befestigten Gesamtfläche von den Standardbauweisen der RVS abweichen.

Aufgrund des angebotenen Preises schließe die Antragstellerin, dass für den Asphalt-Oberbau eine andere Bautype als Bautype 1, nämlich Bautype 2 bzw 4 laut RVS sowie für die Ausführung der von den Standardbauweisen der RVS abweichend auszuführenden Flächen (rund 40% der befestigten Gesamtfläche) ebenfalls eine andere als die im AG-Entwurf spezifizierte Ausführung angeboten worden sei. Änderungen des Oberbaues von einer Bautype zu einer anderen (insbesondere die Änderung von Bautype 1 hin zu Bautype 2 bzw 4) würden eine wesentliche Änderung der Oberbaustärke bedingen und daher im gegenständlichen Fall umfassende Auswirkungen auch auf andere Leistungspositionen (wie zum Beispiel den Abtrag, Dammschüttung, Künettenaushub etc.) des AG-Entwurfes haben. Bei der Herstellung eines anderen als des ausgeschriebenen Oberbaues der Bautype 1 seien darüber hinaus gänzlich andere Bauverfahren (z.B Herstellung von Zementstabilisierungen mittels Bodenfräsen, Einbau von zentralgemischtem Kantkorn mittels Fertiger) notwendig. Auch die Prüfroutinen der Abnahmeprüfung ändere sich bei Verwendung eines anderen Bautypes als Bautyp 1 erheblich, da der Umfang der vom AG durchzuführenden Abnahmeprüfungen im Vergleich zu dem im AG-Entwurf vorgesehenen Bautyp 1 qualitativ und quantitativ wesentlich umfangreicher seien. Gleiches gelte für Änderungen in der Ausführung der im AG-Entwurf spezifizierten, aber von den Standardbauweisen in der RVS abweichenden Oberbauten für rund 40% der befestigten Gesamtfläche.

Diese technischen Änderungen der Leistung würden über die im Gesetz angesprochenen lediglich geringfügigen Änderungen in einzelnen Positionen weit hinaus gehen. Sowohl aus qualitativer Sicht (Änderung der Art des Oberbaus

von einer Bautype auf eine andere) als auch aus quantitativer Sicht (Änderungen in zahlreichen Positionen) ergebe sich, dass die Änderungen eben nicht nur "einzelne Positionen" betreffen, sondern vielmehr ein alternatives Lösungskonzept im Bereich der Ausführung des Oberbaus darstelle. Aus den oben angeführten Gründen ergebe sich daher, dass die von B*** vorgenommenen Änderungen keinesfalls geringfügig im Sinne des § 2 Z 1 BVergG, sondern vielmehr erheblich und umfassend seien und daher jedenfalls ein Alternativangebot vorliege. Diese technischen Änderungen der Leistung würden über die im Gesetz angesprochenen lediglich geringfügigen Änderungen in einzelnen Positionen weit hinaus gehen. Sowohl aus qualitativer Sicht (Änderung der Art des Oberbaus von einer Bautype auf eine andere) als auch aus quantitativer Sicht (Änderungen in zahlreichen Positionen) ergebe sich, dass die Änderungen eben nicht nur "einzelne Positionen" betreffen, sondern vielmehr ein alternatives Lösungskonzept im Bereich der Ausführung des Oberbaus darstelle. Aus den oben angeführten Gründen ergebe sich daher, dass die von B*** vorgenommenen Änderungen keinesfalls geringfügig im Sinne des Paragraph 2, Ziffer eins, BVergG, sondern vielmehr erheblich und umfassend seien und daher jedenfalls ein Alternativangebot vorliege.

Auch die Reduktion des Angebotspreises um über EUR 142.000 veranschauliche den Umfang der Änderungen im Vergleich zum AG-Entwurf. Der relative Anteil der Änderungen (die Differenz zwischen Hauptangebot von B*** und Alternativangebot) betreffe ca 2,7%. Vergleiche man dies mit den bei Bauleistungen aufgeschlagenen schmalen Gewinnspannen (inkl Deckungsbeitrag sind das meist lediglich 3%) und den sich auch daraus ergebenden geringen Abständen der Bieter zueinander (die ersten vier Angebote seien durch lediglich ca 4,5% getrennt, die Plätze zwei bis vier würden überhaupt nur 0,5% auseinanderliegen), so ergebe sich, dass eine Angebotspreisänderung von rund 2,7% bei Bauleistungen jedenfalls eine wesentliche Verringerung des Angebotspreises darstelle und das Abänderungsangebot eine Alternative im Sinne des § 2 Z 2 BVergG darstellte. Auch die Reduktion des Angebotspreises um über EUR 142.000 veranschauliche den Umfang der Änderungen im Vergleich zum AG-Entwurf. Der relative Anteil der Änderungen (die Differenz zwischen Hauptangebot von B*** und Alternativangebot) betreffe ca 2,7%. Vergleiche man dies mit den bei Bauleistungen aufgeschlagenen schmalen Gewinnspannen (inkl Deckungsbeitrag sind das meist lediglich 3%) und den sich auch daraus ergebenden geringen Abständen der Bieter zueinander (die ersten vier Angebote seien durch lediglich ca 4,5% getrennt, die Plätze zwei bis vier würden überhaupt nur 0,5% auseinanderliegen), so ergebe sich, dass eine Angebotspreisänderung von rund 2,7% bei Bauleistungen jedenfalls eine wesentliche Verringerung des Angebotspreises darstelle und das Abänderungsangebot eine Alternative im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 2, BVergG darstellte.

Zur verpflichtenden Nichtberücksichtigung bzw zum Ausscheiden des Alternativangebotes werde ausgeführt, dass die Formalkriterien nicht erfüllt worden seien. Entsprechend Punkt B5.00 00 81 08 A sei Alternativangeboten zwingend ein "Nachweis, dass keine höheren Wartungs- bzw Betriebskosten entstehen" beizulegen. Aufgrund der Tatsache, dass B*** ihr Alternativangebot als Abänderungsangebot titulierte, habe, für die diese zwingenden Formalvorgaben nicht gegolten habe, sei davon auszugehen, dass B*** für ihr Alternativangebot einen derartigen Nachweis nicht erbracht habe und auch nicht erbringen könne. Auch sei davon auszugehen, dass das zwingend (bei sonstigem Ausscheiden) auszufüllende "Deklarationsblatt für Alternativangebote" nicht ausgefüllt worden sei. Bereits aus diesem Grund wäre das Alternativangebot von B*** auszuschneiden gewesen. Darüber hinaus seien Alternativangebote gemäß § 106 Abs 4 BVergG als solche zu bezeichnen. Das Alternativangebot von B*** sei jedoch fälschlich als "Abänderungsangebot" bezeichnet worden und erfülle somit die zwingenden gesetzlichen Formvorschriften des § 106 Abs 4 BVergG für Alternativangebote nicht. Auch aus diesem Grund wäre das Angebot von B*** auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin lauten müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** sei daher für nichtig zu erklären. Zur verpflichtenden Nichtberücksichtigung bzw zum Ausscheiden des Alternativangebotes werde ausgeführt, dass die Formalkriterien nicht erfüllt worden seien. Entsprechend Punkt B5.00 00 81 08 A sei Alternativangeboten zwingend ein "Nachweis, dass keine höheren Wartungs- bzw Betriebskosten entstehen" beizulegen. Aufgrund der Tatsache, dass B*** ihr Alternativangebot als Abänderungsangebot titulierte, habe, für die diese zwingenden Formalvorgaben nicht gegolten habe, sei davon auszugehen, dass B*** für ihr Alternativangebot einen derartigen Nachweis nicht erbracht habe und auch nicht erbringen könne. Auch sei davon auszugehen, dass das zwingend (bei sonstigem Ausscheiden) auszufüllende "Deklarationsblatt für Alternativangebote" nicht ausgefüllt worden sei. Bereits aus diesem Grund wäre das Alternativangebot von B*** auszuschneiden gewesen. Darüber hinaus seien Alternativangebote gemäß Paragraph 106, Absatz 4, BVergG als solche zu bezeichnen. Das Alternativangebot von B*** sei jedoch fälschlich als "Abänderungsangebot" bezeichnet worden und erfülle somit die zwingenden gesetzlichen Formvorschriften des Paragraph 106, Absatz 4, BVergG für Alternativangebote nicht. Auch

aus diesem Grund wäre das Angebot von B*** auszuschneiden gewesen. Die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin lauten müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** sei daher für nichtig zu erklären.

Zur mangelnden Gleichwertigkeit des Alternativangebots werde ausgeführt, dass entsprechend Punkt B.1.1.26.1 der Ausschreibungsunterlagen Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot (in Übereinstimmung mit dem Auftraggeber-Entwurf) zulässig seien. Dabei sei vom Bieter aber die Gleichwertigkeit nachzuweisen und sämtliche Nachweise für die Einhaltung der genannten Mindestanforderungen in prüfbarer Form vorzulegen. In diesem Sinne sehe Punkt B.1.1.26.5 als Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten lediglich vor, dass diese das in den Teilen B.3. und B.5. enthaltene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken und sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen. Die von B*** angebotene Alternative bedinge eine wesentliche Änderung der Oberbaustärke mit umfassenden Auswirkungen auf andere Leistungspositionen des AG-Entwurfes. Bei der Ausführung in einer anderen Bautype als der ausgeschriebenen Bautype 1 seien gänzlich andere Bauverfahren notwendig und führen vor allem aufgrund geänderter Prüfroutinen der Abnahmeprüfung zu sowohl qualitativ als auch quantitativ umfangreicheren Abnahmeprüfungen im Vergleich zu dem im AG-Entwurf vorgesehenen Bautyp 1. Dies gelte umso mehr für die 40% der befestigten Gesamtfläche, die nicht in einer Standardbauweise der RVS auszuführen seien. Insbesondere in diesem Bereich - in dem seitens der Auftraggeberin von vorgegebenen Standards abgewichen worden sei - führen Abweichungen von der angegebenen spezifizierten Ausführungsart des Oberbaus weiters dazu, dass die Gleichwertigkeit zwingend nur durch ein entsprechendes Sachverständigengutachten nachgewiesen werden könne. Das Alternativangebot von B*** sei daher sowohl technisch als auch wirtschaftlich nicht gleichwertig mit dem AG-Entwurf bzw habe es B*** zumindest unterlassen die Gleichwertigkeit zum Zeitpunkt der Angebotslegung nachzuweisen. B*** wäre daher verpflichtet gewesen, den Nachweis der Gleichwertigkeit des von ihr vorgelegten Alternativangebotes bereits im Angebot zu erbringen. Bei Fehlen dieses Nachweises sei das Alternativangebot von B*** aber auch aus diesem Grund als nicht gleichwertig anzusehen. Bei der Feststellung der mangelnden Gleichwertigkeit des Alternativangebots von B*** seien im Übrigen auch nur solche Unterlagen zu berücksichtigen, die bereits dem Angebot selbst beigelegt worden seien. Aus diesen Gründen wäre das Alternativangebot von B*** gemäß § 129 Abs 1 Z 7 BVergG aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuschneiden gewesen und die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin lauten müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** sei daher für nichtig zu erklären. Zur mangelnden Gleichwertigkeit des Alternativangebots werde ausgeführt, dass entsprechend Punkt B.1.1.26.1 der Ausschreibungsunterlagen Alternativangebote für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot (in Übereinstimmung mit dem Auftraggeber-Entwurf) zulässig seien. Dabei sei vom Bieter aber die Gleichwertigkeit nachzuweisen und sämtliche Nachweise für die Einhaltung der genannten Mindestanforderungen in prüfbarer Form vorzulegen. In diesem Sinne sehe Punkt B.1.1.26.5 als Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten lediglich vor, dass diese das in den Teilen B.3. und B.5. enthaltene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken und sämtliche Funktionsanforderungen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen. Die von B*** angebotene Alternative bedinge eine wesentliche Änderung der Oberbaustärke mit umfassenden Auswirkungen auf andere Leistungspositionen des AG-Entwurfes. Bei der Ausführung in einer anderen Bautype als der ausgeschriebenen Bautype 1 seien gänzlich andere Bauverfahren notwendig und führen vor allem aufgrund geänderter Prüfroutinen der Abnahmeprüfung zu sowohl qualitativ als auch quantitativ umfangreicheren Abnahmeprüfungen im Vergleich zu dem im AG-Entwurf vorgesehenen Bautyp 1. Dies gelte umso mehr für die 40% der befestigten Gesamtfläche, die nicht in einer Standardbauweise der RVS auszuführen seien. Insbesondere in diesem Bereich - in dem seitens der Auftraggeberin von vorgegebenen Standards abgewichen worden sei - führen Abweichungen von der angegebenen spezifizierten Ausführungsart des Oberbaus weiters dazu, dass die Gleichwertigkeit zwingend nur durch ein entsprechendes Sachverständigengutachten nachgewiesen werden könne. Das Alternativangebot von B*** sei daher sowohl technisch als auch wirtschaftlich nicht gleichwertig mit dem AG-Entwurf bzw habe es B*** zumindest unterlassen die Gleichwertigkeit zum Zeitpunkt der Angebotslegung nachzuweisen. B*** wäre daher verpflichtet gewesen, den Nachweis der Gleichwertigkeit des von ihr vorgelegten Alternativangebotes bereits im Angebot zu erbringen. Bei Fehlen dieses Nachweises sei das Alternativangebot von B*** aber auch aus diesem Grund als nicht gleichwertig anzusehen. Bei der Feststellung der mangelnden Gleichwertigkeit des Alternativangebots von B*** seien im Übrigen auch nur solche Unterlagen zu berücksichtigen, die bereits dem Angebot selbst beigelegt worden seien. Aus diesen Gründen wäre das Alternativangebot von B*** gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG

aufgrund mangelnder technischer Gleichwertigkeit auszuscheiden gewesen und die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin lauten müssen. Die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** sei daher für nichtig zu erklären.

Gemäß Pkt. 5.1.1.26.2. müssten auch Abänderungsangebote die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen; den Nachweis der Gleichwertigkeit habe der Bieter zu führen. Selbst wenn sohin - was ausdrücklich bestritten werde - das Angebot von B*** ein Abänderungsangebot darstellen sollte, wäre das Angebot auch in diesem Fall aus den oben genannten Gründen mit dem AG-Entwurf nicht gleichwertig und damit zwingend auszuscheiden gewesen.

Zur spekulativen Preisgestaltung bzw nicht plausible Zusammensetzung des Preises des Alternativangebots werde ausgeführt, dass aufgrund des angebotenen Preises der Verdacht bestehe, dass B*** in diesem Alternativangebot trotz massiver Änderungen in verschiedenen Positionen des AG-Entwurfes exakt jene Mengenvordersätze verwendet haben, die im Leistungsverzeichnis des AG-Entwurfes enthalten seien.

Diese Vordersätze seien aber von der Auftraggeberin nach

sachverständiger Schätzung auf Basis des ausgeschriebenen Leistungsverzeichnisses des AG-Entwurfes ermittelt worden. Die von B*** nun angebotene Alternative würden vom AG-Entwurf allerdings in einem derartigen Ausmaß abweichen, dass die Mengenvordersätze des AG-Entwurfes in Verbindung mit den geänderten Positionen nicht übereinstimmen bzw nicht der Realität entsprechen können. Die Mengenvordersätze würden für andere Leistungen in einzelnen Positionen gelten als jenen des Alternativangebotes. Die nunmehr im Alternativangebot von B*** ausgewiesenen Mengenvordersätze würden daher rein mengenmäßig nicht zur angebotenen Leistung passen. Insbesondere sei aufgrund der angebotenen Alternativen im Bereich des Oberbaus davon auszugehen, dass in einzelnen Positionen weit höhere oder weit geringere Mengen zur Ausführung gelangen als in dem von B*** übernommenen Mengengerüst des AG-Entwurfes enthalten seien. Daraus ergebe sich aber, dass die Preiszusammensetzung des Gesamtpreises des Alternativangebots von B*** durch die Auftraggeberin nicht mehr plausibel und nachvollziehbar sei. Insbesondere müsse in der nicht vorgegebenen, sondern offenbar willkürlich von B*** vorgenommenen Heranziehung des unpassenden Mengengerüsts des AG-Entwurfes eine spekulative Preisgestaltung gesehen werden. Demgemäß wäre auch aus diesem Grund das Alternativangebot von B*** auszuscheiden gewesen, vielmehr hätte die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin lauten müssen.

Zu den fehlende Mindestanforderungen für Alternativangebote werde ausgeführt, dass zu den Kriterien zur Prüfung der Gleichwertigkeit ist in den Ausschreibungsunterlagen folgendes festgehalten sei:

"Alternativangebote müssen das in den technischen Teilen (B.3, 8.5) 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 Norme (soweit diese nicht bereits in innerstaatliches Recht umgesetzt wurden).
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Vorschriften für den Straßenbau RVS.
- -Strichaufzählung
Technische Vorschriften aus Erlässen und Dienstanweisungen des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie - BMVIT, Radetzkystraße 2, 1030 Wien.
- -Strichaufzählung
DIN-Normen.
- -Strichaufzählung
Richtlinien und Merkblätter der österreichische Vereinigung für Beton- und Bautechnik - ÖVBB und des österreichischen Baustoffrecyclingverbandes.
- -Strichaufzählung

Daneben sei in Punkt B5.00 00 B1 08 A festgelegt, dass der "Nachweis, dass keine höheren Wartungs- bzw Betriebskosten entstehen" bei Alternativen erbracht werden müsse. Die bestandfesten Ausschreibungsunterlagen würden weder in Teil B.3 noch in Teil B.5 spezifische Anforderungen hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthalten. B.5 enthalte das konstruktive Leistungsverzeichnis. Auch in den allgemeinen Bestimmungen des Teils B.5 seien - abgesehen von der nachzuweisenden Kostengleichheit bei Wartungs- und Betriebskosten - keine Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit festgelegt. Teil B.3 enthalte dagegen lediglich allgemeine technische Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau sowie für E&M-Einrichtungen (im Sinne von AGBs der Auftraggeberin). Der Hinweis, dass das in den technischen Teilen beschriebene Bau-Soll bzw der beschriebene Leistungsumfang abgedeckt werden müsse, sei ebenfalls lediglich allgemeiner Natur: Das Bau-Soll umfasse definitionsgemäß alle Leistungen, die durch den Vertrag festgelegt werden, also den gesamten vom Vertrag umfassten Leistungsumfang (vgl Pkt 3.8 der dem Vertrag zu Grunde liegenden ÖNORM B 2118) und demgemäß - wie in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt - alle im Leistungsumfang enthaltenen Leistungen. Damit werde aber keine konkrete Mindestanforderung definiert, sondern werde lediglich auf den Vertragszweck und - inhalt abgestellt. Auch mit der Festlegung, dass sämtliche Funktionsanforderungen [...] in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen, definiere die Auftraggeberin keine konkreten Kriterien, sondern verweise pauschal auf die für den AG-Entwurf geltenden Regelungen. Mit Abstellen der Auftraggeberin auf das Bau-Soll und die Funktionsanforderungen ergebe sich lediglich die Festlegung, dass die Alternative dem Ziel und Zweck der ausgeschriebenen Leistung entsprechen soll. Aus dem objektiven Erklärungswert der Regelung und mangels einer spezifischeren Festlegung ergebe sich vielmehr, dass alle in den genannten Teilen der Ausschreibung festgelegten Spezifikationen (insbesondere das gesamte Leistungsverzeichnis) Mindestanforderungen darstellen, die es für Alternativen zu erfüllen gelte. Daran ändert auch die allgemeine Formulierung, dass Alternativen keine höheren Betriebs- und Wartungskosten aufweisen dürfen, nichts. Ebenso wenig genüge der Verweis auf ÖNORMEN, Planungshandbücher, Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden oder auf andere dargestellte allgemeine Normen. Denn iSd Rechtsprechung des EuGH (Rs Traunfellner) würden nur ausdrücklich festgelegte Mindestanforderungen gelten und es genüge nicht, wenn der Zweck der ausgeschriebenen Leistung aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei. Habe es der Auftraggeber unterlassen, Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten in der Ausschreibung festzulegen, so seien - auch bei Bestandfestigkeit dieser Festlegungen - allfällige Alternativangebote mangels Möglichkeit des Nachweises der Gleichwertigkeit anhand von Mindestanforderungen bei der Angebotsprüfung nicht zu berücksichtigen (BVA 10.9.2004, 13N-71/04-38; Daneben sei in Punkt B5.00 00 B1 08 A festgelegt, dass der "Nachweis, dass keine höheren Wartungs- bzw Betriebskosten entstehen" bei Alternativen erbracht werden müsse. Die bestandfesten Ausschreibungsunterlagen würden weder in Teil B.3 noch in Teil B.5 spezifische Anforderungen hinsichtlich der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten enthalten. B.5 enthalte das konstruktive Leistungsverzeichnis. Auch in den allgemeinen Bestimmungen des Teils B.5 seien - abgesehen von der nachzuweisenden Kostengleichheit bei Wartungs- und Betriebskosten - keine Mindestanforderungen an die Gleichwertigkeit festgelegt. Teil B.3 enthalte dagegen lediglich allgemeine technische Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau sowie für E&M-Einrichtungen (im Sinne von AGBs der Auftraggeberin). Der Hinweis, dass das in den technischen Teilen beschriebene Bau-Soll bzw der beschriebene Leistungsumfang abgedeckt werden müsse, sei ebenfalls lediglich allgemeiner Natur: Das Bau-Soll umfasse definitionsgemäß alle Leistungen, die durch den Vertrag festgelegt werden, also den gesamten vom Vertrag umfassten Leistungsumfang vergleiche Pkt 3.8 der dem Vertrag zu Grunde liegenden ÖNORM B 2118) und demgemäß - wie in den Ausschreibungsunterlagen ausgeführt - alle im Leistungsumfang enthaltenen Leistungen. Damit werde aber keine konkrete Mindestanforderung definiert, sondern werde lediglich auf den Vertragszweck und - inhalt abgestellt. Auch mit der Festlegung, dass sämtliche Funktionsanforderungen [...] in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben müssen, definiere die Auftraggeberin keine konkreten Kriterien, sondern verweise pauschal auf die für den AG-Entwurf geltenden Regelungen. Mit Abstellen der Auftraggeberin auf das Bau-Soll und die Funktionsanforderungen ergebe sich lediglich die Festlegung, dass die Alternative dem Ziel und Zweck der ausgeschriebenen Leistung entsprechen soll. Aus dem objektiven Erklärungswert der Regelung und mangels einer spezifischeren Festlegung ergebe sich vielmehr, dass alle in den genannten Teilen der Ausschreibung festgelegten Spezifikationen (insbesondere das gesamte Leistungsverzeichnis) Mindestanforderungen darstellen, die es für Alternativen zu erfüllen gelte. Daran ändert auch die allgemeine Formulierung, dass Alternativen keine höheren Betriebs- und Wartungskosten aufweisen dürfen, nichts. Ebenso wenig genüge der Verweis auf ÖNORMEN,

Planungshandbücher, Bestimmungen und Auflagen aus Bescheiden oder auf andere dargestellte allgemeine Normen. Denn iSd Rechtsprechung des EuGH (Rs Traunfellner) würden nur ausdrücklich festgelegte Mindestanforderungen gelten und es genüge nicht, wenn der Zweck der ausgeschriebenen Leistung aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlich sei. Habe es der Auftraggeber unterlassen, Mindestanforderungen für die Vergleichbarkeit von Alternativangeboten in der Ausschreibung festzulegen, so seien - auch bei Bestandfestigkeit dieser Festlegungen - allfällige Alternativangebote mangels Möglichkeit des Nachweises der Gleichwertigkeit anhand von Mindestanforderungen bei der Angebotsprüfung nicht zu berücksichtigen (BVA 10.9.2004, 13N-71/04-38;

21.1.2005, 17N-133/04-16; BVA 10.8.2007, 17F-5/05-23; 17F-4/05-26;

BVA 10.8.2007, N/0067-BVA/02/2007-038; BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/- 05/2007-36; 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35). Daran ändere auch die Festlegungen in Pkt 12.7. Abs 2 Teil B.4 - Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen, wonach der Bieter bei Abgabe eines Alternativ- oder Abänderungsangebotes das Mengen- und Vollständigkeitsrisiko trage, nichts. Auch aus diesem Grund wäre das Alternativangebot von B*** zwingend auszuschneiden bzw bei der Bestbieterermittlung nicht zu berücksichtigen gewesen. Die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin lauten müssen; die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** sei daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären. BVA 10.8.2007, N/0067-BVA/02/2007-038; BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/- 05/2007-36; 20.7.2009, N/0060-BVA/03/2009-35). Daran ändere auch die Festlegungen in Pkt 12.7. Absatz 2, Teil B.4 - Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen, wonach der Bieter bei Abgabe eines Alternativ- oder Abänderungsangebotes das Mengen- und Vollständigkeitsrisiko trage, nichts. Auch aus diesem Grund wäre das Alternativangebot von B*** zwingend auszuschneiden bzw bei der Bestbieterermittlung nicht zu berücksichtigen gewesen. Die Zuschlagsentscheidung hätte zugunsten der Antragstellerin lauten müssen; die Zuschlagsentscheidung zugunsten B*** sei daher auch aus diesem Grund für nichtig zu erklären.

Zum Interesse am Vertragsabschluss führte die Antragstellerin aus, dass diese ein österreichisches Unternehmen sei, welches seit vielen Jahren erfolgreich unter anderem im Hoch- und Tiefbau sowie im Straßenbau tätig sei. Im Zuge ihrer Tätigkeit bearbeite sie neben internationalen Märkten vor allem den österreichischen Markt. Die Durchführung von Baumaßnahmen wie des ausschreibungsgegenständlichen Auftrages sei ein wesentlicher Geschäftszweig der Antragstellerin. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren daher auch ein Angebot gelegt. Daraus ergebe sich unzweifelhaft das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss; dieses sei aber auch schon allein durch die Stellung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages evident. Zum drohenden Schaden führte die Antragstellerin aus, dass im Falle einer rechtswidrigen Zuschlagserteilung an B*** ihr der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn in der Höhe von zumindest Euro 288.208,- entgehe würde. Weiters drohe der Antragstellerin auch ein Schaden aus den im Falle einer mangelnden Nichtigerklärung frustrierten Kosten der Angebotslegung. Darüber hinaus seien der Antragstellerin bisher Kosten für die Rechtsvertretung erwachsen, die in der Höhe von Euro 5.000,- vom Rechtsvertreter bescheinigt werden. Hinzukommen die für den gegenständlichen Antrag entrichteten Pauschalgebühren. Daneben drohe der Antragstellerin durch eine rechtswidrige Verfahrensfortführung und Vergabe des gegenständlichen Auftrages auch der Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden erfasst der Begriff des Schadens nicht nur bloße Vermögensschäden im Sinne des Zivilrechts, sondern ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen (BVA 26.4.2004, 12N-2/04-55).

Zur bestimmten Bezeichnung des verletzten Rechts bzw der Beschwerdepunkte führte die Antragstellerin aus, dass sie sich durch die Zuschlagsentscheidung generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt erachte, sowie insbesondere

- -Strichaufzählung
im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauten Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,
- -Strichaufzählung
im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,
- -Strichaufzählung
im Recht auf eine vergaberechtskonforme Prüfung der Gleichwertigkeit von Alternativangeboten,

- -Strichaufzählung
im Recht auf eine vergaberechtskonforme Prüfung der Gleichwertigkeit von Abänderungsangeboten,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Ausscheiden eines technisch nicht gleichwertigen Alternativangebotes,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Ausscheiden eines technisch nicht gleichwertigen Abänderungsangebotes,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Durchführung einer vergaberechtskonformen vertieften Angebotsprüfung,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Ausscheiden eines Angebots, das eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Nichtabweichen von den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter,
- -Strichaufzählung
im Recht, für den Zuschlag in Aussicht genommen zu werden,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Zuschlagserteilung als Bestbieterin,
- -Strichaufzählung
im Recht auf Nichtberücksichtigung des Angebotes des in Aussicht genommen Zuschlagsempfängers,
- -Strichaufzählung
im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß § 131 BVergG. im Recht auf gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung gemäß Paragraph 131, BVergG.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf das gesamte bisher erstattete Vorbringen und die angebotenen Beweismittel und erhob diese zum Vorbringen bzw zu Bescheinigungsmitteln des gegenständlichen Antrages. Zur unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin führte diese ergänzend aus, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch die rechtswidrige Erteilung des Zuschlages vor Beendigung des Nachprüfungsverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden können; dies obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren bzw die Bestbieterermittlung aufgrund der oben geschilderten Vergabeverstöße mit gravierenden Mängeln behaftet sei. Bei einer Nichterlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohe insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn in dem in Beilage ./3 dargestellten Ausmaß. Hinsichtlich der sonstigen unmittelbar drohenden Schäden wurde auf die Ausführungen des Nachprüfungsantrages verwiesen. Eine einstweilige Verfügung stehe, so die Antragstellerin, für die Auftraggeberin und die Mitbieter keine unverhältnismäßige Belastung dar.

Die Auftraggeberin erteilte in ihrer Stellungnahme vom 1. 2.2012 allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und teilte zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit, kein Vorbringen zu erstatten. Am selbnen Tag legte die Auftraggeberin die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens vor.

1. 2.Ziffer 2

Entscheidungsrelevanter, festgestellter Sachverhalt

Im Juli 2011 schrieb die Auftraggeberin den Umbau der bestehenden Parkplätze Enns (RFB Wien wird zum Rastplatz Enns Süd) und Lorch (RFB Salzburg wird zum Pastplatz Enns Nord) der A1 West Autobahn (Enns Nord und Süd ca. AB-km 156, 500), CPV-Code 45233110, laut Angaben der Auftraggeberin im offenen Verfahren als Bauauftrag mit einem geschätzten Auftragswert von Euro 5.819.800.- im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip aus. Die EU-weite Bekanntmachung erfolgte durch Vorinformation (2011/S 143-237227 v 28/07/2011) am 21.7.2011 (Tag der Absendung), die Bekanntmachung am 16.11.2011 (L-498579-1b16). Gegenstand des Auftrags sind im Wesentlichen Bauleistungen für den Umbau der bestehenden Parkplätze Enns und Lorch, wobei neben den LKW und PKW Stellflächen noch je eine Infrastrukturzeile errichtet werden soll und entsprechend den Bestimmungen des WR-Gesetzes die Entwässerungsanlagen dem Stand der Technik anzupassen sind. Demnach sind je Rastplatz entsprechende

Gewässerschutzanlagen zu errichten. Zudem sollen die Parkplätze u.a. mit Beleuchtung, Schrankenanlagen, W-LAN, Videoüberwachungs- und Notruffeinrichtungen ausgestattet werden und eine Anbindung an die Überwachungszentrale Wels erfolgen.

Eine Aufteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Das Vergabeverfahren ist im Wesentlichen in folgenden Dokumenten geregelt: B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen, B.2 Baubeschreibung, Pläne, Gutachten, B.3 Technische Vertragsbestimmungen, B.4 Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen, B.5 Leistungsverzeichnis und B.6 Bietererklärung. Die Vergabe der ausschreibungsgegenständlichen Leistung erfolgt gemäß Pkt. B.5.00 00 B1 05 A der Ausschreibungsunterlage nach dem Bestbieterprinzip, wobei der Gesamtpreis mit 97% und die Qualität (d.h. eine etwaige Verlängerung der Gewährleistungsfrist) mit 3% gewichtet werden.

Gemäß Punkt B.1.1.26.1 der Ausschreibungsunterlagen sind sowohl Abänderungs- als auch Alternativangebote (neben einem ausschreibungskonformen Hauptangebot) für die Gesamtleistung oder für Teile der Leistung zugelassen.

Punkt B.1.1.26.3 legt Regelungen allgemeiner Natur für "Inhalt und Form von Alternativangeboten" fest.

Punkt B.1.1.26.5 regelt unter dem Titel "Mindestanforderungen für Alternativangebote" zuerst die formalen Einschränkungen für Alternativangebote (Unzulässigkeit von rechtlichen Alternativangeboten, Bauzeitverkürzungen oder -verlängerungen, Koppelungsangebote, etc). Zu den Kriterien für die Gleichwertigkeit der Alternativen ist in Pkt. B1.1.26.5 weiters festgelegt:

"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 Dienstanweisungen 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"

Punkt B5.00 00 B1 08 A legt fest, dass für die Obergruppen 01, 03, 05 und 06 keine Alternativen zulässig sind. Als Mindestanforderung für Alternativen wird weiters festgelegt: "Nachweis, dass keine höheren Wartungs- bzw Betriebskosten entstehen".

Punkt 12.7. Abs 2 Teil B.4 - Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen - sieht vor, dass der AN "bei seinem Alternativangeboten bzw seinem Abänderungsangeboten eine Mengen- und Vollständigkeitsgarantie (u.a. im Hinblick auf LV und technischen Entwurf, iSd § 1170a ABGB) für jene Bauteile oder Bauabschnitte, die vorn AG-Ausschreibungsentwurf abweichen oder von der Alternative bzw dem Abänderungsangebot beeinflusst werden (z.B.: Gründung)" übernimmt. Abs 3 sieht vor, dass bei Auswirkung eines Alternativ- oder Abänderungsangebots für Teile der Leistung auf Positionen des AG-Entwurfes diese Positionen unabhängig von der Vollständigkeitsgarantie einer Deckelung der Menge mit dem (im AG-Entwurf angegebenen) Vordersatz unterworfen sind. Bei Abgabe eines Alternativangebots ist darüber hinaus laut Angebotsdeckblatt zwingend (bei sonstiger ausdrücklicher Ausscheidenssanktion) das Formblatt "Deklarationsblatt für Alternativangebote" auszufüllen. Nach zwei unter www.asfinag.net bekanntgemachten Berichtigungen der Ausschreibung vom 1. und 2. 12. 2011 durch die Auftraggeberin erfolgte am 14.12.2011 die Angebotsöffnung mit folgender Reihung der 4 billigsten Bieter: Punkt 12.7. Absatz 2, Teil B.4 - Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen - sieht vor, dass der AN "bei seinem Alternativangeboten bzw seinem Abänderungsangeboten eine Mengen- und Vollständigkeitsgarantie (u.a. im Hinblick auf LV und technischen Entwurf, iSd Paragraph 1170 a, ABGB) für jene Bauteile oder Bauabschnitte, die vorn AG-Ausschreibungsentwurf abweichen

oder von der Alternative bzw dem Abänderungsangebot beeinflusst werden (z.B.: Gründung)" übernimmt. Absatz 3, sieht vor, dass bei Auswirkung eines Alternativ- oder Abänderungsangebots für Teile der Leistung auf Positionen des AG-Entwurfes diese Positionen unabhängig von der Vollständigkeitsgarantie einer Deckelung der Menge mit dem (im AG-Entwurf angegebenen) Vordersatz unterworfen sind. Bei Abgabe eines Alternativangebots ist darüber hinaus laut Angebotsdeckblatt zwingend (bei sonstiger ausdrücklicher Ausscheidenssanktion) das Formblatt "Deklarationsblatt für Alternativangebote" auszufüllen. Nach zwei unter ava-online bekanntgemachten Berichtigungen der Ausschreibung vom 1. und 2. 12. 2011 durch die Auftraggeberin erfolgte am 14.12.2011 die Angebotsöffnung mit folgender Reihung der 4 billigsten Bieter:

A*** Euro 5.224.741,24

B*** „Abänderungsangebot 01

geänderter Oberbau" Euro 5.296.998,68

B*** Euro 5.439.380,77

C*** Euro 5.462.441,59

Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zugunsten des Abänderungsangebotes der B*** GesmbH erfolgte über die elektronische Vergabeplattform aya_online am 20. 01. 2012. Den nichterfolgreichen Bietern wurde u.e. unter Anführung der Punkte für Preis und Qualität mitgeteilt, dass aufgrund der Bewertung das Angebot eine Zuschlagserteilung an diese nicht in Betracht kommt.

Der Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren wurde noch nicht erteilt, ein Widerruf hat nicht stattgefunden.

1. 3.Ziffer 3

Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Bei der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (vgl. BVA 7.4.2010, N/0012- BVA/12/2010-16 u.v.a.).Bei der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs Aktiengesellschaft (ASFINAG) handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG vergleiche BVA 7.4.2010, N/0012- BVA/12/2010-16 u.v.a.).

Das gegenständliche 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 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 der Auftraggeberin als vergebende Stelle iSd Paragraph 2, Ziffer 41, BVergG 2006 geführt.

Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 5,819.800,00 Mio, ohne Ust. Das gegenständliche Verfahren ist daher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wurde über die elektronische Vergabeplattform ava_online am 20.01.2012 an alle Bieter versendet. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd § 4 BVergG zu qualifizieren. Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben.Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens beträgt laut Angaben des Auftraggebers Euro 5,819.800,00 Mio, ohne Ust. Das gegenständliche Verfahren ist daher dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung wurde über die elektronische Vergabeplattform ava_online am 20.01.2012 an alle Bieter versendet. Der gegenständliche Auftrag ist als Bauauftrag iSd Paragraph 4, BVergG zu qualifizieren. Eine Einteilung in Lose ist nicht vorgesehen. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 1.2.2012, OZ 4, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers vom 1.2.2012, OZ 4, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Schließlich ist festzuhalten, dass dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen.

Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des § 328 Abs 2 BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Im Ergebnis ist daher der Antrag auf Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zulässig, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 328, Absatz 2, BVergG vorliegen. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 329 Abs 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. Gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 329 Abs 2 BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. Gemäß Paragraph 329, Absatz 2, BVergG können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesvergabeamtes über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Nach § 329 Abs 3 BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts

wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen. Nach Paragraph 329, Absatz 3, BVergG ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Bundesvergabeamtes über den Antrag auf Nichtigerklärung außer Kraft, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Bundesvergabeamt hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Im Rahmen der Interessenabwägung nach § 329 Abs 1 BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Vergabe an die B*** GesmbH beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht. Im Rahmen der Interessenabwägung nach Paragraph 329, Absatz eins, BVergG (sowie auch im Hinblick auf die zu verfügende einstweilige Maßnahme) ist zunächst darauf Bedacht zu nehmen, dass von Seiten der Auftraggeberin die Vergabe an die B*** GesmbH beabsichtigt ist, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen der Antragstellerin rechtswidrig wäre. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht kommen würde, wodurch ihr auf Grund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht. Diese Nachteile können aber nur durch vorläufiges Untersagen der Zuschlagserteilung abgewendet werden, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesvergabeamt in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermöglicht.

Der Auftraggeber erhob keine Einwendungen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Dem Bundesvergabeamt sind auch keine Interessen ersichtlich, die gegen die Erlassung der einstweiligen Verfügung sprechen würden. Die Auftraggeberin hat bei der Erstellung des Zeitplanes des Vergabeverfahrens offensichtlich auf die Möglichkeit der Einleitung eines Verfahrens auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw. eines Nachprüfungsverfahrens und daraus folgend auf mögliche Zeitverzögerungen Bedacht genommen (VfGH 1.8.2002, B1194/02; ebenso BVA 10.4.2008, N/0042-BVA/07/2008-EV14; 2.11.2007, N/0098-BVA/11/2007-7EV u.v.a.).

Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (vgl. VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008- EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist (vgl. BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß § 329 Abs 1 BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten. Darüber hinaus besteht auch ein öffentliches Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter vergleiche VfGH 25.10.2002, B 1369/01; BVA 11.3.2008, N/0026-BVA/07/2008- EV9; 16.5.2007, N/0050-BVA/04/2007-EV11; 10.02.2006, N/0001- BVA/02/2006-EV10 u.v.a.). Unter weiterer Berücksichtigung des Aspektes des Gemeinschaftsrechtes, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist vergleiche BVA 24.7.2008, N/0103-BVA/14/2008-10EV; 29.8.2006, N/0071-BVA/04/2006- EV15; 21.2.2006, N/0008-BVA/08/2006-EV30 u.v.a.), ist von einem Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 329, Absatz eins, BVergG nicht auszugehen. Vielmehr ist das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung als überwiegend zu werten.

Bei Untersagung der Zuschlagserteilung handelt es insgesamt um die gelindesten noch zum Ziel führende Maßnahmen. Die Dauer der vorläufigen Maßnahmen war - dem Antrag entsprechend - mit der Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu bemessen.

Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war nach der Rechtslage vor der Novelle 2009 zum BVergG notwendig, um eine Zuschlagserteilung auf ihrer Grundlage zu verhindern, da das BVergG keine Nichtigkeit für derart abgeschlossene Verträge vorsah (zB BVA 10. 6. 2009, N/0021- BVA/10/2009-EV10; 10. 8. 2009, N/0081-BVA/10/2009-EV17). § 329 Abs 2 BVergG sieht nunmehr die Unwirksamkeit eines gegen die Untersagung der Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrags vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich (vgl. BVA 29.3.2011, N/0021/10-BVA/10/2011-EV11). Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung war nach der Rechtslage vor der Novelle 2009 zum BVergG notwendig, um eine Zuschlagserteilung auf ihrer Grundlage zu verhindern, da das BVergG keine Nichtigkeit für derart abgeschlossene Verträge vorsah (zB BVA 10. 6. 2009, N/0021- BVA/10/2009-EV10; 10. 8. 2009, N/0081-BVA/10/2009-EV17). Paragraph 329, Absatz 2, BVergG sieht nunmehr die Unwirksamkeit eines gegen die Untersagung der Zuschlagserteilung abgeschlossenen Vertrags vor. Die Aussetzung der Zuschlagsentscheidung ist daher nach der nunmehrigen Rechtslage zur Wahrung der Rechtsposition der Antragstellerin nicht mehr erforderlich vergleiche BVA 29.3.2011, N/0021/10-BVA/10/2011-EV11).

Es war somit spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Erlassung einer einstweiligen Verfügung;

Zuletzt aktualisiert am

14.03.2012

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