

TE Bvwg Erkenntnis 2014/7/25 W138 2008703-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 25.07.2014

Entscheidungsdatum

25.07.2014

Norm

BVergG 2006 §100

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §126

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7

BVergG 2006 §2 Z16 lit a

BVergG 2006 §2 Z20 lit c

BVergG 2006 §2 Z20 lit d

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs1

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §320

BVergG 2006 §322 Abs1

BVergG 2006 §322 Abs2

BVergG 2006 §75 Abs6

BVergG 2006 §75 Abs6 Z5

BVergG 2006 §97 Abs2

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

1. BVergG 2006 § 100 gültig von 01.01.2008 bis 29.02.2016 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 7/2016

2. BVergG 2006 § 100 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 322 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 322 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 75 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 97 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W138 2008703-2/14E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden, sowie den fachkundigen Laienrichtern Dr. Theodor THANNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "B106 Mölltalstraße, Kilometer 2,86, Baulosbezeichnung: Darborgrabenbrücke KS 106.009" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstrasse 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der XXXX, vertreten durch: Fink Bernhart, Haslinglehner, Peck, Rechtsanwälte, Bahnhofstr. 5, 9020 Klagenfurt/Wörthersee vom 13.06.2014 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden, sowie den fachkundigen Laienrichtern Dr. Theodor THANNER als Mitglied der Auftraggeberseite und Mag. Matthias WOHLGEMUTH als Mitglied der Auftragnehmerseite betreffend das Vergabeverfahren "B106 Mölltalstraße, Kilometer 2,86, Baulosbezeichnung: Darborgrabenbrücke KS 106.009" des Auftraggebers Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstrasse 17-19, 1011 Wien, über die Anträge der römisch 40, vertreten durch: Fink Bernhart, Haslinglehner, Peck, Rechtsanwälte, Bahnhofstr. 5, 9020 Klagenfurt/Wörthersee vom 13.06.2014 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Ausschreibung B106 Mölltal-Straße, Daborgrabenbrücke" der Auftraggeberin für nichtig erklären" wird abgewiesen.römisch eins. Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Ausschreibung B106 Mölltal-Straße, Daborgrabenbrücke" der Auftraggeberin für nichtig erklären" wird abgewiesen.

II. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge in eventu folgende Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig erklären:römisch zwei. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge in eventu folgende Bestimmungen der Ausschreibung für nichtig erklären:

Pkt. I. 6.1.2 der AusschreibungsunterlagenPkt. römisch eins. 6.1.2 der Ausschreibungsunterlagen

Pkt. I. 6.1.3. der AusschreibungsunterlagenPkt. römisch eins. 6.1.3. der Ausschreibungsunterlagen

Pkt. I. 28.2.5 lit. b der Ausschreibungsunterlagen wird abgewiesenPkt. römisch eins. 28.2.5 Litera b, der Ausschreibungsunterlagen wird abgewiesen

III.römisch drei.

Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die Auftraggeberin um Ersatz der Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten" wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgangrömisch eins. Verfahrensgang

Die Antragstellerin stellte mit Schriftsatz vom 13.06.2014 das im Spruch ersichtliche Begehren, verbunden mit Anträgen auf Akteneinsicht, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend führte die Antragstellerin zusammengefasst im Wesentlichen aus:

Die Auftraggeberin habe das Baulos: "B106 Mölltalstraße, Daborgrabenbrücke" im Rahmen eines offenen Verfahrens im Unterschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben.

Als vergebende Stelle fungiere das Land Kärnten, Abteilung 9, Kompetenzzentrum Straßen und Brücken, Straßenbau Spital/Drau. Die Angebotsfrist ende am 24.06.2014.

Bezüglich bedenklicher Festlegungen der Zuschlags- und Eignungskriterien wird im Wesentlichen ausgeführt, dass in Punkt I.6. der Ausschreibungsunterlagen die Auftraggeberin das Zuschlagssystem festlege, wonach der Preis mit 93%, die Qualitätssicherung mit 5% und das Recycling mit 2% gewichtet sei. Der Wert des Auftragsgegenstandes belaufe sich auf Euro 120.000 netto. Der Anteil der Asphaltarbeiten betrage maximal 10% des gesamten Auftragswertes. Die Antragstellerin betreibe kein Asphaltmischwerk, da sie im Brückenbau tätig sei. Asphalteinbau spiele im Brückenbau eine vernachlässigbare und untergeordnete Rolle. Die Antragstellerin stehe in keinem gesellschaftsrechtlichen oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zu Eigentümern oder Betreibern eines Asphaltmischwerks. Eigentümer oder Betreiber von Asphaltmischwerken, die im Umkreis von maximal 80 Kilometer des gegenständlichen Bauvorhabens liegen würden, würden vor Erteilung von öffentlichen Aufträgen Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt seien oder zu denen sie in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Bestätigung im Sinne des Punktes I.6.1.2. und I.6.1.3 der Ausschreibung ausstellen. Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugter Unternehmer und in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig. Sie habe daher ein Interesse am Vertragsabschluss. Mit den bekämpften Festlegungen der Auftraggeberin wäre die Antragstellerin nicht in der Lage, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten und würde ihr dadurch auf Grund des Gewinnentgangs ein erheblicher Schaden erwachsen. Hinsichtlich der Beschwerdegründe werde ausgeführt, dass bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ein öffentlicher Auftraggeber das in der Privatwirtschaftsverwaltung geltende Sachlichkeitsgebot des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes zu beachten habe. Die festgelegten Zuschlagskriterien müssten gewährleisten, dass der Auftraggeber nach objektiven Gesichtspunkten das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittle und somit kein willkürliches Auswahllement enthalten. Die Auftraggeberin habe Zuschlagskriterien

festzulegen, die sich konkret auf den ausgeschriebenen Leistungsgegenstand beziehen würden. Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien habe die Auftraggeberin zu beachten, dass diese streng auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen seien. Eignungskriterien seien unternehmensbezogene Kriterien bzw. unternehmensbezogene Mindestanforderung. Sie müssten auf den Leistungsinhalt abgestimmt und sachlich gerechtfertigt sein. Die Festlegung einer maximalen Transportweite von Asphalt auf öffentlichen Straßen (80km) sei durch den Wert des Auftragsgegenstandes nicht gerechtfertigt und diene ausschließlich dazu Unternehmen, die selbst Eigentümer oder Betreiber eines Asphaltmischwerkes in oder um Kärnten seien, zu bevorzugen. Es sei in Ansehung des Auftragsgegenstandes nicht notwendig, eine maximale Transportweite von Asphalt auf öffentlichen Straßen festzulegen. Die Festlegung, dass die Verfügbarkeit von Geräten und Materialien im Sinne der Punkte I.6.2.3. und I.28.2.5. lit. b der Ausschreibung nachzuweisen bzw. durch Eigenerklärung zu bescheinigen wären, sei durch den Auftragsgegenstand nicht sachlich gerechtfertigt. Dass insbesondere Ausbauasphalt und ein Asphaltfertiger für die Ausführung des gegenständlichen Auftrages zwingend erforderlich wären, sei nicht verhältnismäßig. Solche Festlegungen würden in unzulässiger Weise nur jene Unternehmer begünstigen, die Eigentümer oder Betreiber von Asphaltmischwerken seien oder die ausschließlich im Straßenbau tätig seien. Die Antragstellerin sei Spezialist mit langjähriger Erfahrung im Brückenbau und würde durch die Festlegungen im erheblichen Ausmaß unsachlich benachteiligt. Auf den konkreten Leistungsinhalt (Brückenbau) seien die bekämpften Festlegungen gerade nicht abgestimmt. Die geforderten Nachweise stünden in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag. Die Zuschlags- und Eignungskriterien der gegenständlichen Ausschreibung würden nicht dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes entsprechen und seien dementsprechend vergaberechtswidrig. Bezüglich bedenklicher Festlegungen der Zuschlags- und Eignungskriterien wird im Wesentlichen ausgeführt, dass in Punkt römisch eins.6. der Ausschreibungsunterlagen die Auftraggeberin das Zuschlagssystem festlege, wonach der Preis mit 93%, die Qualitätssicherung mit 5% und das Recycling mit 2% gewichtet sei. Der Wert des Auftragsgegenstandes belaufe sich auf Euro 120.000 netto. Der Anteil der Asphaltarbeiten betrage maximal 10% des gesamten Auftragswertes. Die Antragstellerin betreibe kein Asphaltmischwerk, da sie im Brückenbau tätig sei. Asphalteinbau spiele im Brückenbau eine vernachlässigbare und untergeordnete Rolle. Die Antragstellerin stehe in keinem gesellschaftsrechtlichen oder wirtschaftlichen Naheverhältnis zu Eigentümern oder Betreibern eines Asphaltmischwerkes. Eigentümer oder Betreiber von Asphaltmischwerken, die im Umkreis von maximal 80 Kilometer des gegenständlichen Bauvorhabens liegen würden, würden vor Erteilung von öffentlichen Aufträgen Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt seien oder zu denen sie in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Bestätigung im Sinne des Punktes römisch eins.6.1.2. und römisch eins.6.1.3 der Ausschreibung ausstellen. Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugter Unternehmer und in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig. Sie habe daher ein Interesse am Vertragsabschluss. Mit den bekämpften Festlegungen der Auftraggeberin wäre die Antragstellerin nicht in der Lage, den gegenständlichen Auftrag zu erhalten und würde ihr dadurch auf Grund des Gewinnentgangs ein erheblicher Schaden erwachsen. Hinsichtlich der Beschwerdegründe werde ausgeführt, dass bei der Festlegung von Zuschlagskriterien ein öffentlicher Auftraggeber das in der Privatwirtschaftsverwaltung geltende Sachlichkeitsgebot des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes zu beachten habe. Die festgelegten Zuschlagskriterien müssten gewährleisten, dass der Auftraggeber nach objektiven Gesichtspunkten das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittle und somit kein willkürliches Auswahllement enthalten. Die Auftraggeberin habe Zuschlagskriterien festzulegen, die sich konkret auf den ausgeschriebenen Leistungsgegenstand beziehen würden. Bei der Festlegung von Zuschlagskriterien habe die Auftraggeberin zu beachten, dass diese streng auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen seien. Eignungskriterien seien unternehmensbezogene Kriterien bzw. unternehmensbezogene Mindestanforderung. Sie müssten auf den Leistungsinhalt abgestimmt und sachlich gerechtfertigt sein. Die Festlegung einer maximalen Transportweite von Asphalt auf öffentlichen Straßen (80km) sei durch den Wert des Auftragsgegenstandes nicht gerechtfertigt und diene ausschließlich dazu Unternehmen, die selbst Eigentümer oder Betreiber eines Asphaltmischwerkes in oder um Kärnten seien, zu bevorzugen. Es sei in Ansehung des Auftragsgegenstandes nicht notwendig, eine maximale Transportweite von Asphalt auf öffentlichen Straßen festzulegen. Die Festlegung, dass die Verfügbarkeit von Geräten und Materialien im Sinne der Punkte römisch eins.6.2.3. und römisch eins.28.2.5. Litera b, der Ausschreibung nachzuweisen bzw. durch Eigenerklärung zu bescheinigen wären, sei durch den Auftragsgegenstand nicht sachlich gerechtfertigt. Dass insbesondere Ausbauasphalt und ein Asphaltfertiger für die Ausführung des gegenständlichen Auftrages zwingend erforderlich wären, sei nicht verhältnismäßig. Solche Festlegungen würden in unzulässiger Weise nur jene Unternehmer

begünstigen, die Eigentümer oder Betreiber von Asphaltmischwerken seien oder die ausschließlich im Straßenbau tätig seien. Die Antragstellerin sei Spezialist mit langjähriger Erfahrung im Brückenbau und würde durch die Festlegungen im erheblichen Ausmaß unsachlich benachteiligt. Auf den konkreten Leistungsinhalt (Brückenbau) seien die bekämpften Festlegungen gerade nicht abgestimmt. Die geforderten Nachweise stünden in keinem Zusammenhang mit dem Auftrag. Die Zuschlags- und Eignungskriterien der gegenständlichen Ausschreibung würden nicht dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitssatzes entsprechen und seien dementsprechend vergaberechtswidrig.

Mit Schriftsatz vom 15.07.2014 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass in Punkt I.6.1.2 der Ausschreibung darauf abgestellt werde, ob der Bieter in der Lage sei, Asphalt im Umkreis von maximal 80 km der Baustellenmitte zu beziehen und zu liefern, oder nicht. Die Nichteinhaltung bzw. das Überschreiten der maximalen Transportweite für Asphalt führe, anders als die Nichteinhaltung der der maximalen Transportweite für Beton, zwingend zum Ausscheiden des Angebotes. Damit werde eine unternehmensbezogene Mindestanforderung als K.O.-Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters festgelegt. Als Asphaltmischwerke im Umkreis von 80 km der gegenständlichen Baustellenmitte würden nur solchen in Kärnten in Frage kommen. Eigentümer/Betreiber von Asphaltmischwerken in Kärnten würden vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen mit Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt seien und/oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Bietergemeinschaft eingehen und würden sich auch weigern, vor Erteilung von öffentlichen Aufträgen als Subunternehmer für Unternehmen, die an ihnen nicht Beteiligte wären und/oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, tätig zu sein und die notwendigen Bestätigungen gemäß Punkt I.13.2. der Ausschreibung auszustellen. Erst nach Auftragserteilung sei es in Kärnten möglich, mit Eigentümern/Betreibern von Asphaltmischwerken eine Bietergemeinschaft einzugehen, diese als Subunternehmer zu beauftragen und/oder von diesen eine verbindliche Bestätigung, dass Asphalt bezogen werden könne, zu erlangen (Verfügbarkeitsbestätigung).

Mit Schriftsatz vom 15.07.2014 brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass in Punkt römisch eins.6.1.2 der Ausschreibung darauf abgestellt werde, ob der Bieter in der Lage sei, Asphalt im Umkreis von maximal 80 km der Baustellenmitte zu beziehen und zu liefern, oder nicht. Die Nichteinhaltung bzw. das Überschreiten der maximalen Transportweite für Asphalt führe, anders als die Nichteinhaltung der der maximalen Transportweite für Beton, zwingend zum Ausscheiden des Angebotes. Damit werde eine unternehmensbezogene Mindestanforderung als K.O.-Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters festgelegt. Als Asphaltmischwerke im Umkreis von 80 km der gegenständlichen Baustellenmitte würden nur solchen in Kärnten in Frage kommen. Eigentümer/Betreiber von Asphaltmischwerken in Kärnten würden vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen mit Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt seien und/oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Bietergemeinschaft eingehen und würden sich auch weigern, vor Erteilung von öffentlichen Aufträgen als Subunternehmer für Unternehmen, die an ihnen nicht Beteiligte wären und/oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, tätig zu sein und die notwendigen Bestätigungen gemäß Punkt römisch eins.13.2. der Ausschreibung auszustellen. Erst nach Auftragserteilung sei es in Kärnten möglich, mit Eigentümern/Betreibern von Asphaltmischwerken eine Bietergemeinschaft einzugehen, diese als Subunternehmer zu beauftragen und/oder von diesen eine verbindliche Bestätigung, dass Asphalt bezogen werden könne, zu erlangen (Verfügbarkeitsbestätigung).

Zweck dieser Vorgehensweise wäre es, Unternehmen, die an Asphaltwerken beteiligt seien, oder diese betreiben würden, öffentliche Aufträge, insbesondere im Bereich Straßenbau zu sichern und Konkurrenten aus anderen Branchen damit zu benachteiligen. Diese notorische und branchenübliche Tatsache sei der Auftraggeberin bekannt, sowie dem Amt der Kärntner Landesregierung und würden von ihr auch gar nicht in Abrede gestellt. Zweck der Festlegung einer maximalen Transportweite solle, nach den RVS 08.16.01, Punkt 4.6 und dem Vorbringen der Auftraggeberin die Einhaltung einer Mindesteinbautemperatur in Abhängigkeit der Bindemittelqualität des Asphaltmischgutes sein. Die Mindesteinbautemperatur selbst und auch die Kontrolle für deren Einhaltung sei nach dem Einbau in anderen RVS geregelt. Es sei technisch möglich und auch branchenüblich, die Einhaltung der Mindesteinbautemperatur des Asphaltmischgutes durch andere Maßnahmen als die Festlegung einer maximalen Transportweite sicherzustellen. Die Einhaltung der Mindesteinbautemperatur könne auch dadurch gewährleistet werden, dass beheizte Behälter für den Transport verwendet würden, die das Auskühlen des Asphaltmischgutes verhindern würden. Die Festlegung einer von der maximalen Transportweite abweichenden Regelung sei nach den RVS 08.16.01, Punkt 4.6 sogar zulässig. Die Festlegung einer maximalen Transportweite sei sachlich nicht gerechtfertigt und diskriminierend. Der Auftraggeberin wäre es leicht möglich, die maximale Transportweite beispielsweise im

Rahmen der Vertragsbestimmungen festzulegen. Für Betonarbeiten, die den Hauptanteil des gegenständlichen Brückenbauvorhabens bilden würden und für die ÖNORMEN ebenfalls einzuhaltenden Qualitätsmerkmale festlegen würden, habe die Auftraggeberin bezeichnenderweise in den Kriterien keine vergleichbar strengen Regeln und Rechtsfolgen festgelegt wie für Asphaltarbeiten.

Die objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setze voraus, dass der öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung in der Lage sei, an Hand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu prüfen, ob die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen würden. Ein Zuschlagskriterium, das nicht mit Anforderungen verbunden wäre, die eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Angaben der Bieter ermöglichen würden, würde nach ständiger Rechtsprechung gegen die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechtes verstoßen. Die Erfüllung bzw. Einhaltung der von den Bietern angebotenen Transportweiten sei für die Auftraggeberin nicht effektiv überprüfbar.

Die Rechtsprechung des EuGH und die Bestimmungen der Vergaberichtlinien würden eine klare Verpflichtung zur Trennung zwischen Eignungsprüfung der Bieter einerseits und der Anwendung der Zuschlagskriterien zur Bewertung der Angebote für die Zuschlagserteilung andererseits gebieten. Die Prüfung der Eignung und die Anwendung der Zuschlagskriterien müssten zwei getrennte Vorgänge sein. Es sei unzulässig, Zuschlagskriterien vorzusehen, die in Wahrheit der Eignungsprüfung dienen würden. In Punkt I.6.1.2 der Ausschreibung würde die Auftraggeberin die Transportweite gleichzeitig als unternehmensbezogenes K.O.- Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters und als vermeintlich auftragsbezogenes Zuschlagskriterium festlegen. Auf Grund der konkreten Gegebenheiten in Kärnten sei der Auftraggeberin bekannt, dass alle jene Bieter, die an einem Asphaltmischwerk beteiligt sind und/oder zum Eigentümer/Betreiber eines Asphaltmischwerkes in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, das Kriterium gemäß Punkt I.6.1.2 erfüllen würden, während die Antragstellerin, wie auch alle anderen Bieter, die an einem Asphaltwerk nicht beteiligt seien und/oder zum Eigentümer/Betreiber eines Asphaltmischwerkes nicht in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, das Kriterium gemäß Punkt I.6.1.2 eben nicht erfüllen würden und dementsprechend aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden wären. Die Rechtsprechung des EuGH und die Bestimmungen der Vergaberichtlinien würden eine klare Verpflichtung zur Trennung zwischen Eignungsprüfung der Bieter einerseits und der Anwendung der Zuschlagskriterien zur Bewertung der Angebote für die Zuschlagserteilung andererseits gebieten. Die Prüfung der Eignung und die Anwendung der Zuschlagskriterien müssten zwei getrennte Vorgänge sein. Es sei unzulässig, Zuschlagskriterien vorzusehen, die in Wahrheit der Eignungsprüfung dienen würden. In Punkt römisch eins.6.1.2 der Ausschreibung würde die Auftraggeberin die Transportweite gleichzeitig als unternehmensbezogenes K.O.- Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters und als vermeintlich auftragsbezogenes Zuschlagskriterium festlegen. Auf Grund der konkreten Gegebenheiten in Kärnten sei der Auftraggeberin bekannt, dass alle jene Bieter, die an einem Asphaltmischwerk beteiligt sind und/oder zum Eigentümer/Betreiber eines Asphaltmischwerkes in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, das Kriterium gemäß Punkt römisch eins.6.1.2 erfüllen würden, während die Antragstellerin, wie auch alle anderen Bieter, die an einem Asphaltwerk nicht beteiligt seien und/oder zum Eigentümer/Betreiber eines Asphaltmischwerkes nicht in einem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, das Kriterium gemäß Punkt römisch eins.6.1.2 eben nicht erfüllen würden und dementsprechend aus dem Vergabeverfahren auszuschneiden wären.

In Punkt I.6.1.3 der Ausschreibung werde darauf abgestellt, ob der Bieter in der Lage sei, Asphalt mit Recyclingmaterial herzustellen, zu beziehen, zu liefern und zu verwenden, oder nicht. Für den Fall, dass der Bieter die Nachweise oder Unterlagen über die Verwendung des angebotenen Prozentsatzes von Asphalt mit Recyclingmaterial über Aufforderung der Auftraggeberin nicht vorlegen könne bzw. eine Überprüfung ergäbe, dass die gemachten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen würden, würde das Angebot zwingend ausgeschieden. Damit werde eine unternehmensbezogene Mindestanforderung als K.O.- Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters festgelegt. In Punkt römisch eins.6.1.3 der Ausschreibung werde darauf abgestellt, ob der Bieter in der Lage sei, Asphalt mit Recyclingmaterial herzustellen, zu beziehen, zu liefern und zu verwenden, oder nicht. Für den Fall, dass der Bieter die Nachweise oder Unterlagen über die Verwendung des angebotenen Prozentsatzes von Asphalt mit Recyclingmaterial über Aufforderung der Auftraggeberin nicht vorlegen könne bzw. eine Überprüfung ergäbe, dass die gemachten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen würden, würde das Angebot zwingend ausgeschieden. Damit werde eine unternehmensbezogene Mindestanforderung als K.O.- Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters festgelegt.

Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sei die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial somit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu erfüllen. Die Festlegungen gemäß Punkt I.6.1.2 und Punkt I.6.1.3 der Ausschreibung stünden in einem untrennbaren Zusammenhang, jedenfalls aber in einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit zu einander. Als Asphaltmischwerke für die Herstellung, den Bezug und die Lieferung von Asphalt mit Recyclingmaterial würden fallkonkret nur solche in Kärnten in Frage kommen, welche vor Auftragserteilung keine Verfügbarkeitsbestätigung ausstellen würden. Da es sich bei Asphaltierungsarbeiten um wesentliche Leistungen im Sinne des BVergG handle, müsse der Bieter über Aufforderung der Auftraggeberin hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit belegen, über welche für den Auftrag geeigneten Geräte er verfüge oder für den Fall, dass der Bieter selbst teilweise nicht in der Lage sei den Auftrag auszuführen, eine Verfügbarkeitsbestätigung eines notwendigen Subunternehmers vorlegen. In der Ausschreibung sähe die Auftraggeberin die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial vor. Die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial sei zweifelsohne unter den Begriff Asphaltarbeiten zu subsumieren. Zu den für den Auftrag geeigneten Geräten würden dementsprechend auch jene zählen, mit welchen Recyclingmaterial hergestellt, verarbeitet, geliefert und eingebaut würde. Gemäß der Festlegung in Punkt I.28.2.5 lit. b der Ausschreibung müsse der Bieter im Zeitpunkt der Angebotsöffnung unter anderem über alle für den Straßenbau, insbesondere für Asphaltarbeiten geeigneten Geräte verfügen. Soweit ein Bieter nicht über alle diese Geräte selbst verfügen würde, habe er über Aufforderung des Auftraggebers durch Vorlage eines Vorvertrages zu belegen, dass ihm die nicht in seinem Eigentum befindlichen, für Asphaltarbeiten geeigneten weiteren Geräte von einem Dritten zur Verfügung gestellt würden, ansonsten das Angebot mit einem unbehebbareren Mangel behaftet sei, was das Ausscheiden des Angebotes zur Folge hätte.

Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sei die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial somit schon im Zeitpunkt der Angebotsöffnung zu erfüllen. Die Festlegungen gemäß Punkt römisch eins.6.1.2 und Punkt römisch eins.6.1.3 der Ausschreibung stünden in einem untrennbaren Zusammenhang, jedenfalls aber in einem Verhältnis wechselseitiger Abhängigkeit zu einander. Als Asphaltmischwerke für die Herstellung, den Bezug und die Lieferung von Asphalt mit Recyclingmaterial würden fallkonkret nur solche in Kärnten in Frage kommen, welche vor Auftragserteilung keine Verfügbarkeitsbestätigung ausstellen würden. Da es sich bei Asphaltierungsarbeiten um wesentliche Leistungen im Sinne des BVergG handle, müsse der Bieter über Aufforderung der Auftraggeberin hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit belegen, über welche für den Auftrag geeigneten Geräte er verfüge oder für den Fall, dass der Bieter selbst teilweise nicht in der Lage sei den Auftrag auszuführen, eine Verfügbarkeitsbestätigung eines notwendigen Subunternehmers vorlegen. In der Ausschreibung sähe die Auftraggeberin die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial vor. Die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial sei zweifelsohne unter den Begriff Asphaltarbeiten zu subsumieren. Zu den für den Auftrag geeigneten Geräten würden dementsprechend auch jene zählen, mit welchen Recyclingmaterial hergestellt, verarbeitet, geliefert und eingebaut würde. Gemäß der Festlegung in Punkt römisch eins.28.2.5 Litera b, der Ausschreibung müsse der Bieter im Zeitpunkt der Angebotsöffnung unter anderem über alle für den Straßenbau, insbesondere für Asphaltarbeiten geeigneten Geräte verfügen. Soweit ein Bieter nicht über alle diese Geräte selbst verfügen würde, habe er über Aufforderung des Auftraggebers durch Vorlage eines Vorvertrages zu belegen, dass ihm die nicht in seinem Eigentum befindlichen, für Asphaltarbeiten geeigneten weiteren Geräte von einem Dritten zur Verfügung gestellt würden, ansonsten das Angebot mit einem unbehebbareren Mangel behaftet sei, was das Ausscheiden des Angebotes zur Folge hätte.

Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sei die im Klammerzitat auf Seite 38 der Ausschreibungsunterlagen enthaltene Aufzählung "Asphaltfertiger und zwei Walzen" keinesfalls eine abschließende Aufzählung aller entsprechend geeigneten Geräte, die für Asphaltarbeiten in Frage kommen würden. Zu den auftragsgegenständlichen Asphaltarbeiten würden neben der Verdichtung des Mischgutes im Zuge des Einbaus unter anderem auch die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial zählen. Hinsichtlich der weiteren für Asphaltarbeiten notwendigen Geräte sei es branchenüblich, Rahmenvereinbarungen auf unbestimmte Zeit abzuschließen, in welchen sich der Vermieter lediglich verpflichten würde, die Gerätschaften bei Abruf durch den Bieter zur Verfügung zu stellen. Dabei würden die Rabatte schon im Vorhinein vereinbart, die marktüblichen Preise würden von den jeweiligen Gerätschaften abhängen und seien für jedermann gleich. Die Preise vorher fest zu legen sei nicht üblich. Das Verbot der Doppelverwertung mache auch den gesamten Punkt I.28.2.5 lit b der Ausschreibung rechtswidrig, da hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit undifferenziert festgelegt werde, dass Bieter über alle für Asphaltierungsarbeiten geeigneten Geräte verfügen müssen. Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sei die im Klammerzitat enthaltene Aufzählung "Asphaltfertiger und zwei Walzen" keinesfalls eine abschließende Aufzählung aller Geräte, die

für Asphaltarbeiten in Frage kommen würden. Asphaltfertiger und Walzen würden lediglich der Verdichtung des Asphaltmischgutes dienen. Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sei die im Klammerzitat auf Seite 38 der Ausschreibungsunterlagen enthaltene Aufzählung "Asphaltfertiger und zwei Walzen" keinesfalls eine abschließende Aufzählung aller entsprechend geeigneten Geräte, die für Asphaltarbeiten in Frage kommen würden. Zu den auftragsgegenständlichen Asphaltarbeiten würden neben der Verdichtung des Mischgutes im Zuge des Einbaus unter anderem auch die Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial zählen. Hinsichtlich der weiteren für Asphaltarbeiten notwendigen Geräte sei es branchenüblich, Rahmenvereinbarungen auf unbestimmte Zeit abzuschließen, in welchen sich der Vermieter lediglich verpflichten würde, die Gerätschaften bei Abruf durch den Bieter zur Verfügung zu stellen. Dabei würden die Rabatte schon im Vorhinein vereinbart, die marktüblichen Preise würden von den jeweiligen Gerätschaften abhängen und seien für jedermann gleich. Die Preise vorher fest zu legen sei nicht üblich. Das Verbot der Doppelverwertung mache auch den gesamten Punkt römisch eins.28.2.5 Litera b, der Ausschreibung rechtswidrig, da hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit undifferenziert festgelegt werde, dass Bieter über alle für Asphaltierungsarbeiten geeigneten Geräte verfügen müssen. Nach dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung sei die im Klammerzitat enthaltene Aufzählung "Asphaltfertiger und zwei Walzen" keinesfalls eine abschließende Aufzählung aller Geräte, die für Asphaltarbeiten in Frage kommen würden. Asphaltfertiger und Walzen würden lediglich der Verdichtung des Asphaltmischgutes dienen.

Mit Schriftsatz vom 18.06.2014 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren.

Mit Schriftsatz vom 23.06.2014 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und erstattete im Wesentlichen nachfolgendes Vorbringen:

Laut Pkt. III.1.6. der Ausschreibungsvorbemerkungen (S 56) würden "die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen technischen Inhalts" als Vertragsbestandteil der Ausschreibung gelten. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass eine Transportweitenbeschränkung durch den Wert des Auftragsgegenstandes nicht gerechtfertigt wäre, sei fachlich unrichtig, weil dies die RVS 08.16.01. unter Punkt 4.6. wie folgt beschreibt: "Um Qualitätseinbußen (Entmischen, Verhärten, unzulässige Abkühlung usw.) unter üblichen Transportbedingungen zu vermeiden, ist die Transportweite von Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle mit 80 Kilometer begrenzt". Dies gelte unabhängig von der Größe des Asphaltanteiles. Bei Baustellen mit geringen Asphalteinbaumengen sei die Einhaltung der in der RVS geforderten Mindesteinbautemperatur sogar noch schwieriger zu gewährleisten und daher umso wichtiger. Laut Pkt. römisch drei.1.6. der Ausschreibungsvorbemerkungen (S 56) würden "die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen technischen Inhalts" als Vertragsbestandteil der Ausschreibung gelten. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass eine Transportweitenbeschränkung durch den Wert des Auftragsgegenstandes nicht gerechtfertigt wäre, sei fachlich unrichtig, weil dies die RVS 08.16.01. unter Punkt 4.6. wie folgt beschreibt: "Um Qualitätseinbußen (Entmischen, Verhärten, unzulässige Abkühlung usw.) unter üblichen Transportbedingungen zu vermeiden, ist die Transportweite von Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle mit 80 Kilometer begrenzt". Dies gelte unabhängig von der Größe des Asphaltanteiles. Bei Baustellen mit geringen Asphalteinbaumengen sei die Einhaltung der in der RVS geforderten Mindesteinbautemperatur sogar noch schwieriger zu gewährleisten und daher umso wichtiger.

Somit entspreche die Transportweitenregelung dem anerkannten Stand der Technik im Sinne der geforderten Asphaltqualität. Hinsichtlich des Punktes Recycling werde der zeitgemäße Umweltgedanke unterstützt, da dieses Kriterium die Wiederverwendung und Verwertung von Altbaustoffen im Sinne der gebotenen Nachhaltigkeit fördere. Die zwingende Verfügbarkeit von Asphaltfertiger und -Walzen sei nicht unverhältnismäßig, da für Asphaltierungen die geforderten Geräte unabdingbar sind und dies unabhängig von der Höhe des Asphaltanteiles. Die Zuschlagskriterien in der gegenständlichen Ausschreibung seien sehr wohl auf das Brückenbauwerk abgestimmt, zumal die Gewichtung des Asphaltes entsprechend dem Leistungsanteil nur 20% betrage.

Mit Schriftsatz vom 04. Juli 2014 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass der Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft unter anderem für die Angelegenheit der Wildbach- und Lawinenverbauung zuständig sei. Diese Aufgaben würden für den Bundesminister in den Bundesländern bzw. den betroffenen Gefahrengebieten durch die Wildbach- und Lawinenverbauung, die als nachgeordnete Dienststelle des BMLFUW eingerichtet sei, wahrgenommen. Gemäß Punkt III.1.6. der gegenständlichen Ausschreibungsbedingungen seien die "Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) technischen Inhalts" Vertragsbestandteil dieser Ausschreibung. Mit Schriftsatz vom 04. Juli 2014 brachte die Auftraggeberin im Wesentlichen vor, dass der

Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft unter anderem für die Angelegenheit der Wildbach- und Lawinenverbauung zuständig sei. Diese Aufgaben würden für den Bundesminister in den Bundesländern bzw. den betroffenen Gefahrengeländen durch die Wildbach- und Lawinenverbauung, die als nachgeordnete Dienststelle des BMLFUW eingerichtet sei, wahrgenommen. Gemäß Punkt römisch drei.1.6. der gegenständlichen Ausschreibungsbedingungen seien die "Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) technischen Inhalts" Vertragsbestandteil dieser Ausschreibung.

Seien für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen geeignete Leitlinien, wie Ö-Normen oder standardisierte Leistungsbeschreibungen vorhanden, so seien diese vom Auftraggeber heranzuziehen. Genau um eine solche Leitlinie handle es sich bei der RVS 08.16.01. Diese RVS sei unter Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, welches das Verfahren nach der Richtlinie 98/48/EG kodifiziere unter der Notifikationsnummer 2009/329/A notifiziert.

Die Transportweitenregelung der gegenständlichen Ausschreibung entspreche dem anerkannten Stand der Technik im Sinne der geforderten Asphaltqualität. Der Auftraggeber könne bei der Wahl der Zuschlagskriterien prinzipiell frei agieren bzw. verfüge über einen sehr weiten Ermessensspielraum. Es könne durchaus Kriterien geben, die sich zunächst auf das Unternehmen des Bieters beziehen, dennoch zur Ermittlung des wirtschaftlichst günstigsten Angebotes dienen können, indem sie die unterschiedliche Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen überhaupt nachprüfbar mache. Sowohl in Punkt 1.6.1.2. als auch in Punkt 1.6.1.3. der Ausschreibungsbedingungen werde festgelegt, dass je nach Transportweite bzw. Prozentsatz an Asphalt mit Recyclingmaterial eine unterschiedlich hohe Punkteanzahl zu erreichen sei. Die Transportweitenregelung der gegenständlichen Ausschreibung entspreche dem anerkannten Stand der Technik im Sinne der geforderten Asphaltqualität. Der Auftraggeber könne bei der Wahl der Zuschlagskriterien prinzipiell frei agieren bzw. verfüge über einen sehr weiten Ermessensspielraum. Es könne durchaus Kriterien geben, die sich zunächst auf das Unternehmen des Bieters beziehen, dennoch zur Ermittlung des wirtschaftlichst günstigsten Angebotes dienen können, indem sie die unterschiedliche Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen überhaupt nachprüfbar mache. Sowohl in Punkt römisch eins.6.1.2. als auch in Punkt römisch eins.6.1.3. der Ausschreibungsbedingungen werde festgelegt, dass je nach Transportweite bzw. Prozentsatz an Asphalt mit Recyclingmaterial eine unterschiedlich hohe Punkteanzahl zu erreichen sei.

Beide Nachweise könnten miteinander verglichen werden und sei in unterschiedlicher Qualität der jeweiligen Leistungserbringung ableitbar. Die Kriterien seien damit nicht nur auftragsbezogen, sondern würden auch objektiv der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes dienen. Zudem seien die Zuschlagskriterien in der gegenständlichen Ausschreibung sehr wohl auf das Brückenbauwerk abgestimmt, da gemäß Punkt VII.4. der Ausschreibungsbedingungen Asphalt entsprechend dem Leistungsanteil mit nur knapp 20% gewichtet werde. Der Auftraggeber verfüge bei der Festlegung der Gewichtung ebenso wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien über einen weiten Ermessensspielraum. Beide Nachweise könnten miteinander verglichen werden und sei in unterschiedlicher Qualität der jeweiligen Leistungserbringung ableitbar. Die Kriterien seien damit nicht nur auftragsbezogen, sondern würden auch objektiv der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes dienen. Zudem seien die Zuschlagskriterien in der gegenständlichen Ausschreibung sehr wohl auf das Brückenbauwerk abgestimmt, da gemäß Punkt römisch sieben.4. der Ausschreibungsbedingungen Asphalt entsprechend dem Leistungsanteil mit nur knapp 20% gewichtet werde. Der Auftraggeber verfüge bei der Festlegung der Gewichtung ebenso wie bei der Festlegung der Zuschlagskriterien über einen weiten Ermessensspielraum.

Hinsichtlich der vom Auftraggeber gewählten Eignungskriterien werde ausgeführt, dass es dem Auftraggeber frei stehe, das Ausmaß bzw. den Standard, den er für die ordnungsgemäße Erbringung der nachgefragten Leistung für erforderlich erachte, festzulegen. Die Eignungskriterien seien jedenfalls vom Auftraggeber selbst festzulegen. Dementsprechend sei es im Rahmen der technischen Leistungsfähigkeit zulässig und liege es im Ermessen des Auftraggebers, eine bestimmte Geräteausstattung zu verlangen und damit als Eignungskriterium festzulegen. Sämtliche Forderungen der Auftraggeberin in den Ausschreibungsbedingungen seien durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt. Die gegenständliche Leistung und deren sachgemäße Erfüllung würden eben die Verfügbarkeit von bestimmten Geräten und Materialien, im konkreten Fall Asphaltfertiger und -Walzen erfordern. Unabhängig vom Auftragswert der Asphaltarbeiten stehe jedenfalls fest, dass diese im Zuge des gegenständlichen Auftrages durchgeführt werden müssten und dass der Auftraggeber verpflichtet sei, die Bauleistung ausschließlich an hierfür geeignete Unternehmer zu vergeben. Überdies stehe es der Antragstellerin frei, dieses Eignungskriterium durch

Nachweis eines Subunternehmers zu erfüllen. Die Antragstellerin müsse diese Eignungskriterien also gar nicht in eigener Person erfüllen. Zusammenfassend werde festgehalten, dass sowohl die geforderten Muss-Kriterien, als auch die Zuschlags- und Eignungskriterien dem Sachlichkeitsgebot des Gleichheitsgrundsatzes entsprechen würden, da es unabhängig von der Höhe des Asphaltanteiles an einem Brückenauftrag notwendig sei, die in der Ausschreibung enthaltenen Nachweise und Festlegungen entsprechend dem Stand der Technik und den geeigneten Leitlinien vorzugeben.

Am 24.06.2014 erließ das Bundesverwaltungsgericht zu GZ W138 2008703-1/8E eine einstweilige Verfügung, mit welcher das Vergabeverfahren "B106 Mölltal Straße, Km 2,86 Baulosbezeichnung:

Taborgabenbrücke KS 106.009" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ausgesetzt wurde.

Am 22.07.2014 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt, in welcher im Wesentlichen wie folgt ausgeführt wurde:

Die Auftraggeberin brachte im Wesentlichen vor, dass die Transportweite von 80 km für Asphalt kein Eignungskriterium, wie von der Antragstellerin behauptet, wäre, sondern eine Musskriterium, also ein Merkmal der Leistungsbeschreibung. Dies ergäbe sich bereits aus dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen deren Punkt I.28.2.5 nicht ein einziges Mal diese Transportweite erwähnen würde. Der Sinn dieser Bestimmung liege darin, die Qualität des Asphaltes für die gegenständliche Leistung zu sichern. Sowohl Osttirol und die Steiermark, als auch Salzburger Gebiete würden im Umkreis von 80 km von der gegenständlichen Baustelle liegen. In diesem Umkreis würden jedenfalls noch zwei Asphaltmischwerke in Osttirol liegen. Die Behauptung der Antragstellerin, dass nur Kärntner Asphaltmischwerke in Frage kämen, sei daher unrichtig. Die Auftraggeberin brachte im Wesentlichen vor, dass die Transportweite von 80 km für Asphalt kein Eignungskriterium, wie von der Antragstellerin behauptet, wäre, sondern eine Musskriterium, also ein Merkmal der Leistungsbeschreibung. Dies ergäbe sich bereits aus dem Wortlaut der Ausschreibungsunterlagen deren Punkt römisch eins.28.2.5 nicht ein einziges Mal diese Transportweite erwähnen würde. Der Sinn dieser Bestimmung liege darin, die Qualität des Asphaltes für die gegenständliche Leistung zu sichern. Sowohl Osttirol und die Steiermark, als auch Salzburger Gebiete würden im Umkreis von 80 km von der gegenständlichen Baustelle liegen. In diesem Umkreis würden jedenfalls noch zwei Asphaltmischwerke in Osttirol liegen. Die Behauptung der Antragstellerin, dass nur Kärntner Asphaltmischwerke in Frage kämen, sei daher unrichtig.

Die von der Antragstellerin geäußerte Vermutung, wonach Betreiber von Asphaltmischwerken in Kärnten vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen mit Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt seien, oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Kooperation eingehen würden, sei als reine Mutmaßung und Schutzbehauptung zu qualifizieren. Die Auftraggeberin sei ihrer Verpflichtung zur Nutzung geeigneter Leitlinien durch die Zugrundelegung der RVS nachgekommen. Es würde eine Diskriminierung von Bietern darstellen, wenn die Auftraggeberin zu Gunsten eines Bieters von einer normativen Leitlinie abweichen würde.

Die Auftraggeberin sei in der Auswahl ihrer Leistungen und der entsprechenden Musskriterien frei. Zur Überprüfbarkeit der Angebote werde festgehalten, dass die Bieter jedenfalls verpflichtet seien, wahrheitsgemäße Angaben zu erstatten, widrigenfalls ihr Angebot ausgeschieden werden könne. Bei jeder Angebotsbewertung habe sich der Auftraggeber auf die Angaben der Bieter zu verlassen. Im Falle von Unklarheiten sehe das Bundesvergabegesetz Aufklärungsverfahren wie in § 126 BVergG vor. Bei unvollständigen oder unklaren Aufklärungen gelte die Ausscheidensbestimmung des § 129 Abs. 2 BVergG. Die Auftraggeberin könne zudem die Angabe des Asphaltmischwerkes verlangen und entsprechende Nachforschungen anstellen. Das Vorbringen der Antragstellerin zur Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien gehe jedenfalls ins Leere, da es sich bei der maximalen Transportweite des Asphalts nicht um ein Eignungs- sondern um ein Musskriterium handle. Im konkreten Fall würde lediglich ein Musskriterium, welches übererfüllt werde, graduell und abgestuft bei den Zuschlagskriterien höher bewertet. Die Auftraggeberin sei in der Auswahl ihrer Leistungen und der entsprechenden Musskriterien frei. Zur Überprüfbarkeit der Angebote werde festgehalten, dass die Bieter jedenfalls verpflichtet seien, wahrheitsgemäße Angaben zu erstatten, widrigenfalls ihr Angebot ausgeschieden werden könne. Bei jeder Angebotsbewertung habe sich der Auftraggeber auf die Angaben der Bieter zu verlassen. Im Falle von Unklarheiten sehe das Bundesvergabegesetz Aufklärungsverfahren wie in Paragraph 126, BVergG vor. Bei unvollständigen oder unklaren Aufklärungen gelte die Ausscheidensbestimmung des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG. Die Auftraggeberin könne zudem die Angabe des Asphaltmischwerkes verlangen und entsprechende Nachforschungen anstellen. Das Vorbringen der Antragstellerin zur

Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien gehe jedenfalls ins Leere, da es sich bei der maximalen Transportweite des Asphalts nicht um ein Eignungs- sondern um ein Musskriterium handle. Im konkreten Fall würde lediglich ein Musskriterium, welches übererfüllt werde, graduell und abgestuft bei den Zuschlagskriterien höher bewertet.

Werde das Musskriterium jedoch nicht erfüllt, so führe dies klassischerweise zwingend zum Ausscheiden des Angebotes gemäß § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG. Die Ausführungen würden auch für I.6.1.3 der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial gelten. Auch dieses Kriterium sei jedenfalls kein Eignungskriterium. Zusätzlich handle es sich hierbei auch nicht um ein Musskriterium sondern ausschließlich um ein Zuschlagskriterium. Werde vom Bieter ein Anteil von Asphalt Recyclingmaterial mit 0 Prozent angegeben, so erhalte er schlichtweg 0 Punkte für dieses Zuschlagskriterium. Dieser Punkt halte eindeutig fest, dass die Nachweise nur dann zu erbringen wären, wenn der Bieter im Angebot angäbe, dass ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet werde. Werde das Musskriterium jedoch nicht erfüllt, so führe dies klassischerweise zwingend zum Ausscheiden des Angebotes gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG. Die Ausführungen würden auch für römisch eins.6.1.3 der Ausschreibungsunterlagen hinsichtlich der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial gelten. Auch dieses Kriterium sei jedenfalls kein Eignungskriterium. Zusätzlich handle es sich hierbei auch nicht um ein Musskriterium sondern ausschließlich um ein Zuschlagskriterium. Werde vom Bieter ein Anteil von Asphalt Recyclingmaterial mit 0 Prozent angegeben, so erhalte er schlichtweg 0 Punkte für dieses Zuschlagskriterium. Dieser Punkt halte eindeutig fest, dass die Nachweise nur dann zu erbringen wären, wenn der Bieter im Angebot angäbe, dass ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet werde.

Würden vom Bieter 0 Prozent an Recyclingmaterial angegeben, so entfalle dieser Nachweis. Der Bieter müsse zur Erfüllung der Musskriterien dieses Auftrages also nicht Asphalt mit Recyclingmaterial verwenden. Einzige Sanktion der Nichtverwendung solchen Asphalts bilde die Bewertung mit 0 Punkten bei einem mit zwei Prozent gewichteten Zuschlagkriterium und nicht das vom Bieter behauptete Ausscheiden des Angebots. Damit sei auch klargestellt, dass der Bieter auch nicht über spezielle Geräte zur Verwendung oder Herstellung von Asphalt mit Recyclingmaterial verfügen müsse. Der objektive Erklärungswert gemäß § 914 ABGB hinsichtlich der Regelung in Punkt I.28.2.5 lit. b der Ausschreibung spreche jedenfalls dafür, dass hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit ausschließlich die genannten Geräte gefordert würden. Die entsprechenden Anforderungen von Vorverträgen seien jedenfalls üblich, allgemein gehalten und sachlich gerechtfertigt. Es sei einem Bieter zumutbar, mit dem Angebot solch einen Mietvertrag vorzulegen. Schließlich sei festzuhalten, dass die umfangreichen Vorschriften der der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde gelegten RVS auch den Betonbau und den konstruktiven Ingenieurbau betreffen würden, doch würden die strengen Transportweitenregelungen ausschließlich hinsichtlich Asphalt und nicht für Beton gelten. Würden vom Bieter 0 Prozent an Recyclingmaterial angegeben, so entfalle dieser Nachweis. Der Bieter müsse zur Erfüllung der Musskriterien dieses Auftrages also nicht Asphalt mit Recyclingmaterial verwenden. Einzige Sanktion der Nichtverwendung solchen Asphalts bilde die Bewertung mit 0 Punkten bei einem mit zwei Prozent gewichteten Zuschlagkriterium und nicht das vom Bieter behauptete Ausscheiden des Angebots. Damit sei auch klargestellt, dass der Bieter auch nicht über spezielle Geräte zur Verwendung oder Herstellung von Asphalt mit Recyclingmaterial verfügen müsse. Der objektive Erklärungswert gemäß Paragraph 914, ABGB hinsichtlich der Regelung in Punkt römisch eins.28.2.5 Litera b, der Ausschreibung spreche jedenfalls dafür, dass hinsichtlich der technischen Leistungsfähigkeit ausschließlich die genannten Geräte gefordert würden. Die entsprechenden Anforderungen von Vorverträgen seien jedenfalls üblich, allgemein gehalten und sachlich gerechtfertigt. Es sei einem Bieter zumutbar, mit dem Angebot solch einen Mietvertrag vorzulegen. Schließlich sei festzuhalten, dass die umfangreichen Vorschriften der der gegenständlichen Ausschreibung zu Grunde gelegten RVS auch den Betonbau und den konstruktiven Ingenieurbau betreffen würden, doch würden die strengen Transportweitenregelungen ausschließlich hinsichtlich Asphalt und nicht für Beton gelten.

Die Antragstellerin verwies auf ihr bisheriges Vorbringen und führte aus, dass sofern im Umkreis von 80 km der Baustelle tatsächlich zwei Asphaltmischwerke in Osttirol verfügbar wären, festzuhalten sei, dass auch diese Asphaltmischwerke entsprechende Bestätigungen nicht ausstellen würden, weil sie selbst oder die mit ihnen verbundenen Unternehmen ein wirtschaftliches Interesse an einem solchen Auftrag hätten.

Hinsichtlich der Frage des Gerichtes, worin die unterschiedliche Qualität bei Asphalt bei einer Anlieferungsstrecke zwischen 0 und 80 km liegt, führte die Auftraggeberin aus, dass der Asphalt grundsätzlich beim Transport abkühle und man auf der anderen Seite keine übergebührende Umweltbelastung verursachen wolle. Zwischen 0 und 60 km werde

die volle Punkteanzahl bei dem Zuschlagskriterium vergeben und erst ab 60 km gäbe es eine Reduktion. Zwischen 0 und 60 km sei jedenfalls die Asphalttemperatur, somit die zu vermeidende Abkühlung, sichergestellt.

Hinsichtlich der Frage des Gerichtes, wie die in Punkt I.6.1.2 vom Bieter zu machenden Angaben überprüft werden, führte die Auftraggeberin aus, dass sich dies einfach bewerkstelligen ließe, wenn man die Firma um Aufklärung ersuche. Zudem lasse es sich z.B. mit Google Maps leicht überprüfen. Dies werde auch immer wieder in dieser Form gemacht und sei dies kein Problem. Hinsichtlich der Frage des Gerichtes, wie die in Punkt römisch eins.6.1.2 vom Bieter zu machenden Angaben überprüft werden, führte die Auftraggeberin aus, dass sich dies einfach bewerkstelligen ließe, wenn man die Firma um Aufklärung ersuche. Zudem lasse es sich z.B. mit Google Maps leicht überprüfen. Dies werde auch immer wieder in dieser Form gemacht und sei dies kein Problem.

Auf die Frage des Gerichtes, ob die von der Antragstellerin behauptete Vorgehensweise, dass eine Verfügungsbestätigung über Asphalt vor Auftragserteilung von den relevanten Unternehmen nicht ausgestellt würde, führte die Auftraggeberin aus, dass ihr dies nicht bekannt sei, bzw. sie dies nicht wisse.

Auf die Frage des Gerichtes, gerichtet an den Geschäftsführer der XXXX, Herrn XXXX, woher er wisse, dass vor Auftragserteilung Asphaltwerke in Kärnten und Umgebung keine Verfügbarkeitsbestätigung ausstellen würden, führte dieser aus, dass er dies aus seiner langjährigen Erfahrung als Prokurist und Geschäftsführer der XXXX wisse. Man bekomme für Baustellen in Kärnten, die Betonung liege auf Kärnten, keine derartigen Bestätigungen von Asphaltlieferanten oder Asphalteinbauern in der Angebotsphase. Nach Erteilung eines Bauauftrages, als Generalunternehmer erhalte man selbstverständlich ein Angebot von diesen Lieferanten oder Firmen, die vorher kein Angebot ausgestellt hätten, weil der öffentliche Auftrag noch nicht vergeben wäre. Auf die Frage des Gerichtes, gerichtet an den Geschäftsführer der römisch 40, Herrn römisch 40, woher er wisse, dass vor Auftragserteilung Asphaltwerke in Kärnten und Umgebung keine Verfügbarkeitsbestätigung ausstellen würden, führte dieser aus, dass er dies aus seiner langjährigen Erfahrung als Prokurist und Geschäftsführer der römisch 40 wisse. Man bekomme für Baustellen in Kärnten, die Betonung liege auf Kärnten, keine derartigen Bestätigungen von Asphaltlieferanten oder Asphalteinbauern in der Angebotsphase. Nach Erteilung eines Bauauftrages, als Generalunternehmer erhalte man selbstverständlich ein Angebot von diesen Lieferanten oder Firmen, die vorher kein Angebot ausgestellt hätten, weil der öffentliche Auftrag noch nicht vergeben wäre.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Der Auftraggeber hat den gegenständlichen Bauauftrag, welcher dem Unterschwellenbereich zuzuordnen ist, im Publikationsmedium des Landes Kärnten unter der Adresse www.ktn.gv.at am 26.05.2014, im amtlichen Lieferanzeiger und im Supplements zu Amtsblatt der europäischen Union veröffentlicht.

Punkt III.1.6. der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - erklärt die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) technischen Inhalts zu einem Vertragsbestandteil, der für den Bieter maßgeblich ist und welche von ihm als verbindlich anzuerkennen sind. Die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) technischen Inhalts wurden durch die österreichische Forschungsgesellschaft Straße - Schiene - Verkehr im Zusammenwirken mit dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, der ASFINAG und den Landesbaudirektionen der Bundesländer ausgearbeitet. Diese sind im Bereich der Bundesstraßen anzuwenden. Die RVS stellt den Stand der Technik in dem von ihr betroffenen Fachbereich dar. Die RVS 08.16.01 wurde unter Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, welches das Verfahren nach der Richtlinie 98/48/EG kodifiziert, unter der Notifikationsnummer 2009/329/A, notifiziert. Punkt römisch drei.1.6. der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - erklärt die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) technischen Inhalts zu einem Vertragsbestandteil, der für den Bieter maßgeblich ist und welche von ihm als verbindlich anzuerkennen sind. Die Richtlinien und Vorschriften für das Straßenwesen (RVS) technischen Inhalts wurden durch die österreichische Forschungsgesellschaft Straße - Schiene - Verkehr im Zusammenwirken mit dem Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, der ASFINAG und den Landesbaudirektionen der Bundesländer ausgearbeitet. Diese sind im Bereich der Bundesstraßen anzuwenden. Die RVS stellt den Stand der Technik in dem von ihr betroffenen Fachbereich dar. Die RVS 08.16.01 wurde unter

Einhaltung der Bestimmungen der Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, welches das Verfahren nach der Richtlinie 98/48/EG kodifiziert, unter der Notifikationsnummer 2009/329/A, notifiziert.

Punkt 4.6. Transport der RVS bestimmt, "Das Mischgut ist während des Transportes (Fahrzeit samt allfälligen Stehzeiten) vor Nässe, Fahrtwind, Verschmutzung und unzulässiger Abkühlung zu schützen und daher während des Transportes ausnahmslos vollflächig abzudecken. Die Transportzeit ist so zu begrenzen, dass die Mindesteinbautemperatur in Abhängigkeit der Bindemittelqualität (s.Tab. 4) eingehalten werden kann. Diese Vorgabe kann den Einsatz von geschlossenen Transportfahrzeugen erforderlich machen.

Um Qualitätseinbußen (Entmischung, Verhärtung, unzulässige Abkühlung usw.) unter üblichen Transportbedingungen zu vermeiden, ist die Transportweite von der Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle mit 80 km begrenzt. Abweichende Regelungen sind, sofern in der Ausschreibung festgelegt, zulässig..."

Punkt I.6.1.2.: Zuschlagskriterium "Qualitätssicherung" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - legt fest: "Für die Berechnung der Punktzahl werden die Transportweite von Asphalt und die Transportweite von Beton auf öffentlichen Straßen herangezogen. Vom Bieter ist daher in Punkt VII.4 "Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Recyclingmaterial" die Transportweite vom Bezugsort des Asphalts bzw. Beton bis zur vom AG festgelegten Baulosmitte bekannt zu geben. Punkt römisch eins.6.1.2.: Zuschlagskriterium "Qualitätssicherung" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - legt fest: "Für die Berechnung der Punktzahl werden die Transportweite von Asphalt und die Transportweite von Beton auf öffentlichen Straßen herangezogen. Vom Bieter ist daher in Punkt römisch sieben.4 "Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Recyclingmaterial" die Transportweite vom Bezugsort des Asphalts bzw. Beton bis zur vom AG festgelegten Baulosmitte bekannt zu geben.

Vom AG wird für den Asphalt und den Beton ein Anteil in Prozenten festgelegt.

...

Wird vom Bieter die Transportweite für Asphalt, wenn der Asphalt in Punkt VII.4. "Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial" eine Gewichtung > 0 aufweist, nicht angegeben, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden. Wird vom Bieter die Transportweite für Asphalt, wenn der Asphalt in Punkt römisch sieben.4. "Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial" eine Gewichtung > 0 aufweist, nicht angegeben, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden.

...

Wenn in den "Besonderen Vorbemerkungen" des AG's in Punkt IV.1.1. "sonstige Festlegungen" die maximale Transportweite für Asphalt gemäß VRS 08.16.01 Pkt. 4.5 von 80 km nicht aufgehoben wird, so wird das Angebot bei einer Transportweite über 80 km zwingend ausgeschieden. Wenn in den "Besonderen Vorbemerkungen" des AG's in Punkt römisch vier.1.1. "sonstige Festlegungen" die maximale Transportweite für Asphalt gemäß VRS 08.16.01 Pkt. 4.5 von 80 km nicht aufgehoben wird, so wird das Angebot bei einer Transportweite über 80 km zwingend ausgeschieden.

In Punkt IV.1.1 "Besondere Vormerkungen" der gegenständlichen Ausschreibung wurde die maximale Transportweite für Asphalt nicht aufgehoben. In Punkt römisch vier.1.1 "Besondere Vormerkungen" der gegenständlichen Ausschreibung wurde die maximale Transportweite für Asphalt nicht aufgehoben.

Punkt I.6.1.3 Zuschlagskriterien "Recycling" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - legt fest "Für das Zuschlagskriterium "Recycling" gibt der Bieter in Punkt VII.4. "Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial" bekannt, für wie viele Prozent von der ausgeschriebenen, bzw. im Abänderungs- oder Alternativangebot enthaltene Menge Asphalt, ein Asphalt mit Recyclingmaterial verwendet wird. Punkt römisch eins.6.1.3 Zuschlagskriterien "Recycling" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - legt fest "Für das Zuschlagskriterium "Recycling" gibt der Bieter in Punkt römisch sieben.4. "Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial" bekannt, für wie viele Prozent von der ausgeschriebenen, bzw. im Abänderungs- oder Alternativangebot enthaltene Menge Asphalt, ein Asphalt mit Recyclingmaterial verwendet wird.

Dabei ist zu beachten, dass nur jene Position bzw. Asphaltmengen zu berücksichtigen sind, deren Mischguttypen lt.

RVS 08.97.05 zulässigerweise mit Ausbauasphalt versetzt werden dürfen.

Sind nur Asphaltmischgutsorten ausgeschrieben, deren Mischguttyp lt RVS 08.97.05. nicht mit Ausbauasphalt versetzt werden dürfen, so werden für das Zuschlagskriterium "Recycling", keine Punkte vergeben.

...

Gibt der Bieter in Punkt VII.4. der Ausschreibungsvorbemerkungen an, dass von dem im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben, bzw. im Abänderungsgebot oder Alternativangebot enthaltenen Mengen Asphalt ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet wird, so sind im Zuge der Angebotsprüfung folgende Unterlagen auf Aufforderung vorzulegen: Gibt der Bieter in Punkt römisch sieben.4. der Ausschreibungsvorbemerkungen an, dass von dem im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben, bzw. im Abänderungsgebot oder Alternativangebot enthaltenen Mengen Asphalt ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet wird, so sind im Zuge der Angebotsprüfung folgende Unterlagen auf Aufforderung vorzulegen:

Angabe des Mischwerkes bei welchem das Heißmischgut mit Ausbauasphalt bezogen wird.

CE-Zertifikate, der Erstprüfungsbericht und Konformitätserklärungen (WPK) des Mischwerkes für das angebotene Heißmischwerk mit Ausbauasphalt.

Nachweis über die Verfügbarkeit des Ausbauasphaltes.

Werden die unter Punkt a) b) und c) verlangten Nachweise und Unterlagen nicht vorgelegt bzw. ergibt eine Überprüfung, dass die gemachten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden.

...

Für das Zuschlagskriterium "Recycling" werden maximal 2 Punkte vergeben.

Gemäß Punkt VII.4. Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - wird der Asphalt mit 20% und der Beton mit 80% gewichtet. Wird vom Bieter die Transportweite für Asphalt, wenn der Asphalt eine Gewichtung > 0 aufweist, nicht angegeben, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden. Gemäß Punkt römisch sieben.4. Angebotssummen und Bekanntgabe der Transportweiten bzw. der Verwendung von Asphalt mit Recyclingmaterial der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren - wird der Asphalt mit 20% und der Beton mit 80% gewichtet. Wird vom Bieter die Transportweite für Asphalt, wenn der Asphalt eine Gewichtung > 0 aufweist, nicht angegeben, so wird das Angebot zwingend ausgeschieden.

Punkt I.28.2.5 b) zur technischen Leistungsfähigkeit der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren lautet: "Der Bieter/die Bietergemeinschaft hat auf Aufforderung des AG's zu belegen, dass er/sie, während der gesamten Vertragslaufzeit, zumindest über folgende technische Geräteausstattung verfügen: Punkt römisch eins.28.2.5 b) zur technischen Leistungsfähigkeit der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren lautet: "Der Bieter/die Bietergemeinschaft hat auf Aufforderung des AG's zu belegen, dass er/sie, während der gesamten Vertragslaufzeit, zumindest über folgende technische Geräteausstattung verfügen:

...

Für Straßenbau: Auf Grund der Tatsache, dass es sich beim Straßenbau, insbesondere bei Asphaltierungsarbeiten um wesentliche Leistungen lt. Bundesvergabegesetz handelt, müssen die entsprechenden geeigneten Geräte (Asphaltfertiger und 2 Walzen) nachgewiesen werden.

beim Bieter/Mitglied der Bietergemeinschaft selbst vorhanden und verfügbar (Eigengeräteausstattung) oder

gegebenenfalls, beim hierfür beigezogenen Subunternehmer nachweislich, während der gesamten Vertragslaufzeit vorhanden und verfügbar (eigene Geräteausstattung des beigezogenen Subunternehmers), oder

wenn diese Arbeiten ohne Subunternehmer durchgeführt werden und Eigengeräteausstattung nicht vorhanden/verfügbar ist, für den Bieter/das Mitglied der Bietergemeinschaft gesichert jederzeit auf Grund verbindlicher Vereinbarung mit einem Dritten, während der gesamten Vertragslaufzeit, zum Beispiel Anmietung

dergleichen (Vorlage eines gültigen Vorvertrages, (Mietvertrages), ansonsten das Angebot mit einem unbeheblichen Mangel behaftet ist, was die Ausscheidung des Angebotes zur Folge hat) verfügbar sein.

Der Mietvertrag muss zumindest folgenden Inhalt aufweisen:

Mietgegenstand, Mietpreis, Mietbeginn und Mietdauer."

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass Eigentümer von Asphaltmischwerken in Kärnten vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen mit Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt sind oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Bietergemeinschaft eingehen würden und sich weigern würden Verfügbarkeitsbestätigungen gem. Punkt I.13.2 der Ausschreibung auszustellen, wurde in der mündlichen Verhandlung thematisiert und widersprachen sich die Aussagen der Parteien. So gab der Geschäftsführer der XXXX, Herr XXXX an, dass solche Bestätigungen bei Aufträgen in Kärnten nicht ausgestellt würden. Auf Seiten der Auftraggeberin führten Herr XXXX, Herr XXXX und Herr XXXX aus, dass ihnen diese von der Antragstellerin beschriebene Vorgehensweise von Asphaltlieferanten nicht bekannt wäre bzw. sie darüber nichts wüssten. Der Antragstellerin ist es daher nicht gelungen objektiv nachvollziehbar darzulegen, dass die Auftraggeberin in Kenntnis dieser angeblichen Praxis in Kärnten wäre und damit die Festlegung der maximalen Anlieferungsstrecke von Asphalt von 80 km von der Auftraggeberin sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Verfahrensakt bzw. den Stellungnahmen der Parteien. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Das Vorbringen der Antragstellerin, dass Eigentümer von Asphaltmischwerken in Kärnten vor der Erteilung von öffentlichen Aufträgen mit Unternehmen, die an ihnen nicht beteiligt sind oder zu ihnen in keinem wirtschaftlichen Naheverhältnis stünden, keine Bietergemeinschaft eingehen würden und sich weigern würden Verfügbarkeitsbestätigungen gem. Punkt römisch eins.13.2 der Ausschreibung auszustellen, wurde in der mündlichen Verhandlung thematisiert und widersprachen sich die Aussagen der Parteien. So gab der Geschäftsführer der römisch 40, Herr römisch 40 an, dass solche Bestätigungen bei Aufträgen in Kärnten nicht ausgestellt würden. Auf Seiten der Auftraggeberin führten Herr römisch 40, Herr römisch 40 und Herr römisch 40 aus, dass ihnen diese von der Antragstellerin beschriebene Vorgehensweise von Asphaltlieferanten nicht bekannt wäre bzw. sie darüber nichts wüssten. Der Antragstellerin ist es daher nicht gelungen objektiv nachvollziehbar darzulegen, dass die Auftraggeberin in Kenntnis dieser angeblichen Praxis in Kärnten wäre und damit die Festlegung der maximalen Anlieferungsstrecke von Asphalt von 80 km von der Auftraggeberin sachlich nicht gerechtfertigt wäre.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes und Zulässigkeit des Antrages.

Auftraggeberin iSd. § 2 Z 8 BVergG ist die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Wildbach- und Lawinenverbauung. Als vergebende Stelle tritt das Amt der Kärntner Landesregierung auf. Darauf hinzuweisen ist, dass trotz Benennung des öffentlichen Auftraggebers mit Wildbach- und Lawinenverbauung in den Bekanntmachungen gemäß einer objektiven ex ante Betrachtung den vergaberelevanten Willen zur Ausschreibung die Republik Österreich gefasst hat, zumal es sich bei der Wildbach- und Lawinenverbauung um eine nachgeordnete Dienststelle des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft handelt. Auftraggeberin iSd. Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft, dieser vertreten durch die Wildbach- und Lawinenverbauung. Als vergebende Stelle tritt das Amt der Kärntner Landesregierung auf. Darauf hinzuweisen ist, dass trotz Benennung des öffentlichen Auftraggebers mit Wildbach- und Lawinenverbauung in den Bekanntmachungen gemäß einer objektiven ex ante Betrachtung den vergaberelevanten Willen zur Ausschreibung die Republik Österreich gefasst hat, zumal es sich bei der Wildbach- und Lawinenverbauung um eine nachgeordnete Dienststelle des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft handelt.

Für das gegenständliche, beim Bundesverwaltungsgericht am 13.06.2014 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahrens sind die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 128/2013 maßgeblich, sodass sich das Rechtsschutzverfahren nach den mit 01.01.2014 novellierten Bestimmungen des vierten Teiles des BVergG richtet (§

345 Abs. 17 Z. 3 und 4 BVergG). Für das gegenständliche, beim Bundesverwaltungsgericht am 13.06.2014 anhängig gemachte Nachprüfungsverfahren sind die Bestimmungen des BVergG in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013, maßgeblich, sodass sich das Rechtsschutzverfahren nach den mit 01.01.2014 novellierten Bestimmungen des vierten Teiles des BVergG richtet (Paragraph 345, Absatz 17, Ziffer 3 und 4 BVergG).

Gemäß Art. 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Gemäß Artikel 135, Absatz eins, B-VG in Verbindung mit Paragraph 2, VwGVG und Paragraph 6, BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß Paragraph 292, Absatz eins, BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des Paragraph 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten.

Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Entsprechend den unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag, der in Form eines offenen Verfahrens an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z. 3 BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich auszugehen ist. Entsprechend den unbestrittenen Angaben handelt es sich bei der gegenständlichen Ausschreibung um einen Bauauftrag, der in Form eines offenen Verfahrens an den Bestbieter vergeben werden soll. Der geschätzte Auftragswert liegt unter dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG, sodass von einem Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich auszugehen ist.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend § 312 Abs. 1 und 2 BVergG iVm Art. 14 b Abs. 2 Z 1 lit. a BVergG gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen, noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs. 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren ist entsprechend Paragraph 312, Absatz eins und 2 BVergG in Verbindung mit Artikel 14, b Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, BVergG gegeben. Da laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren weder widerrufen, noch ein Zuschlag erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. I 2013/33 i.d.F. BGBl. I 2013/122, geregelt (§ 1 leg.cit.). Gemäß § 58 Abs. 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist durch das VwGVG, BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2013/122, geregelt (Paragraph eins, leg.cit.). Gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft.

Gemäß § 17 VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, BGBl. Nr. 194/1961, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, BGBl. Nr. 173/1950, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, BGBl. Nr. 29/1984, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden

gehabt hätte. Gemäß Paragraph 17, VwGVG sind, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, auf das Verfahren über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, B-VG die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles, die Bestimmungen der Bundesabgabenordnung - BAO, Bundesgesetzblatt Nr. 194 aus 1961,, des Agrarverfahrensgesetzes - AgrVG, Bundesgesetzblatt Nr. 173 aus 1950,, und des Dienstrechtsverfahrensgesetzes 1984 - DVG, Bundesgesetzblatt Nr. 29 aus 1984,, und im Übrigen jene verfahrensrechtlichen Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen sinngemäß anzuwenden, die die Behörde in dem dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht vorangegangenen Verfahren angewendet hat oder anzuwenden gehabt hätte.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag langte am 13.06.2014 per Mail im Bundesverwaltungsgericht ein. Die Angebotsfrist endete am 24.06.2014. Der Nachprüfungsantrag vom 13.06.2014 ist daher rechtzeitig.

Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des § 322 Abs. 1 BVergG vorliegen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühren. Ein sonstiger Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs. 2 BVergG ist nicht hervorgekommen. Das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG zukommen. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG zulässig ist, wobei auch die Voraussetzungen des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG vorliegen. Die Antragstellerin bezahlte die Pauschalgebühren. Ein sonstiger Grund für seine Unzulässigkeit gemäß Paragraph 322, Absatz 2, BVergG ist nicht hervorgekommen.

Zu A) I und II Zu A) römisch eins und römisch zwei

Zu Punkt I.6.1.2 der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren Zu Punkt römisch eins. 6.1.2 der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren

Gemäß § 2 Z 20 lit c BVergG sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG sind Eignungskriterien die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

Die Eignung der Bieter ist zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren. Eine unzureichende Eignung führt dem zu Folge zum Ausscheiden des Bewerbers oder Bieters. Dem Wortlaut des § 2 Z 20 lit c BVergG können insbesondere nachfolgende Merkmale entnommen werden: Die Eignung der Bieter ist zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren. Eine unzureichende Eignung führt dem zu Folge zum Ausscheiden des Bewerbers oder Bieters. Dem Wortlaut des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG können insbesondere nachfolgende Merkmale entnommen werden:

Festlegung durch den Auftraggeber

B) Mindestanforderungen an den Unternehmer

C) Nichtdiskriminierung

D) Abstimmung auf den Leistungsinhalt

E) Nachweiserfüllung gemäß BVergG

Schon der Wortlaut Mindestanforderungen stellt klar, dass Eignungskriterien, im Gegensatz zu Zuschlagskriterien, per definitionem sogenannte K.O.-Kriterien sind. Ein Bewerber oder Bieter kann sie nur erfüllen oder nicht erfüllen. Eignungskriterien sind einer qualitativ-quantitativen Wertung nicht zugänglich. Darüber hinaus sind Eignungskriterien, anders als Zuschlagskriterien, unternehmer- und nicht auftragsbezogen. Die Unternehmensbezogenheit stellt das entscheidende Unterscheidungskriterium zu den Zuschlagskriterien dar. Der EuGH hat bereits im Jahre 1988 darauf hingewiesen, dass nach der Systematik der Richtlinie die Prüfung der Eignung der Unternehmer für die Ausführung der zu vergebenden Arbeiten einerseits und der Zuschlag des Auftrages andererseits zwei verschiedene Vorgänge

darstellen (EuGH 20.09.1988, Rs 31/87, Beentjes). Dem zufolge betonen die Vergabekontrollorgane in ständiger Rechtsprechung, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht miteinander vermischt werden dürfen (VwGH 01.03.2005, 2002/04/0125). Durch die Formulierung "auf den Leistungsinhalt abgestimmt" soll das sogenannte Übermaßverbot verdeutlicht werden, das heißt die Eignung darf von einem Unternehmen nur in einem Ausmaß verlangt werden, wie dies durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Die geforderten Nachweise müssen somit in einem ausgewogenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen und zudem sachlich gerechtfertigt sein.

Gemäß § 2 Z 20 lit d BVergG sind Zuschlagskriterien die bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist [...] Gemäß Paragraph 2, Ziffer 20, Litera d, BVergG sind Zuschlagskriterien die bei der Wahl des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots vom Auftraggeber im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien, nach welchen das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird, wie z. B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- bzw. Ausführungsfrist [...]

Das BVergG enthält eine demonstrative Aufzählung von Zuschlagskriterien, die der Auftraggeber verwenden kann, nicht aber verwenden muss. Der Auftraggeber ist bei der Wahl der Zuschlagskriterien prinzipiell frei (EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99, Concordia Bus Finland). Der Ermessensspielraum muss vom Auftraggeber nach objektiven Gesichtspunkten zu handhaben sein und darf kein willkürliches Auswahllement enthalten (BVA 12.02.2001, F-13/00-16).

Zuschlagskriterien werden wie folgt charakterisiert:

Sie müssen den allgemeinen Grundsätzen des Vergabeverfahrens entsprechen

Sie müssen mit dem Gegenstand des Auftrages eng zusammenhängen

Sie müssen eine Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen

Sie müssen der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes dienen

Sie dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen

Nicht jedes Zuschlagskriterium muss notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein

Die Zuschlagskriterien müssen so gefasst sein, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der Anwendung der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können

Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt werden, dass es den Bietern objektiv möglich ist zu erkennen, worauf es dem Auftraggeber ankommt

Anhand der Zuschlagskriterien muss eine im Nachhinein objektiv nachvollziehbare, plausible Ermittlung des besten Angebots unter Zugrundelegung der allgemeinen Grundsätze des Vergabeverfahrens möglich bleiben

Die Zuschlagskriterien sind gemäß § 100 BVergG im Verhältnis ihrer Bedeutung festzulegen, das heißt in Form einer Gewichtung oder Marsch, ausnahmsweise in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung Die Zuschlagskriterien sind gemäß Paragraph 100, BVergG im Verhältnis ihrer Bedeutung festzulegen, das heißt in Form einer Gewichtung oder Marsch, ausnahmsweise in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung

Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien kann nur dann erfolgen, sofern diese Kriterien:

mit dem Gegenstand des Auftrages eng zusammenhängen

dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen

im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntgabe des Auftrages ausdrücklich genannt sind und

alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts vor allem das Diskriminierungsverbot erfüllen.

Die konkrete Auswahl der Zuschlagskriterien ist dem Auftraggeber überlassen (EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01, EVN AG

- Wienstrom GmbH). Alle Zuschlagskriterien müssen den Leistungsgegenstand oder den Modalitäten ihrer Ausführung betreffen, was bedeutet, dass sie sich auf den zu vergebenden Auftrag beziehen müssen (EuGH 04.05.1988, Rs 31/87, Beentjes). Die Zuschlagskriterien müssen eine Vergleichbarkeit der Angebote ermöglichen. Der Auftraggeber soll mittels Zuschlagskriterien in der Lage sein, einzelne Angebote objektiv miteinander zu vergleichen und das für ihn günstigste Angebot auf Grundlage objektiver Kriterien auszuwählen. Sie müssen somit sicherstellen, dass der Zuschlag an jenen Bieter erteilt wird, der tatsächlich die beste Leistung erbringt bzw. das beste Verhältnis zwischen Qualität und Kosten anbietet. Die Ermittlung des besten Angebotes muss demnach auch nachvollziehbar und überprüfbar sein und darf dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.

§ 19 Abs. 5 BVergG regelt, dass bei Bedachtnahme auf eine umweltgerechte Leistung konkrete Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug festgelegt werden können. Paragraph 19, Absatz 5, BVergG regelt, dass bei Bedachtnahme auf eine umweltgerechte Leistung konkrete Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug festgelegt werden können.

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der § 914 ff ABGB zu erfolgen (siehe unter anderem BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1996, 1). Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der Paragraph 914, ff ABGB zu erfolgen (siehe unter anderem BVA vom 18.01.2008, N/0118-BVA/04/2007-36; BVA vom 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; BVA vom 28.06.2007, N/0057-BVA/11/2007-25; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechtes, ÖZW 1996, 1).

Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es ist daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei ist die Absicht der Parteien zu erforschen und sind rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspricht. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen sind danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen war und somit wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei kommt es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich (siehe VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157 ebenso unter anderem BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mit weiteren Nachweisen).

Die Bedeutung der Ausschreibung richtet sich weder nach den Motiven des Auftraggebers, noch danach, wie diese der Erklärungsempfänger (Bieter) subjektiv verstanden hat, sondern allein danach, wie der Text der Ausschreibung unter Berücksichtigung aller Umstände objektiv verstanden werden musste (BVA vom 04.06.2012, N/0045-BVA/07/2012-23 unter Verweis auf VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030). Ebenso ist für die Interpretation von Willenserklärungen der Bieter und damit für das Angebot der Antragstellerin der objektive Erklärungswert maßgeblich.

Umgelegt auf die gegenständlich angefochtene Bestimmung des Punktes I.6.1.2 der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren bedeutet dies, dass es sich bei den unter diesem Punkt aufgezählten Bedingungen nicht um Eignungskriterien im Sinne des § 2 Z 20 lit c BVergG handelt, zumal es sich gegenständlich nicht um Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter handelt. Umgelegt auf die gegenständlich angefochtene Bestimmung des Punktes römisch eins.6.1.2 der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren bedeutet dies, dass es sich bei den unter diesem Punkt aufgezählten Bedingungen nicht um Eignungskriterien im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 20, Litera c, BVergG handelt, zumal es sich gegenständlich nicht um Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter handelt.

Dieser Umstand wird bereits dadurch untermauert, dass sich die in Punkt I.6.1.2 angeführten Bestimmungen der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren nicht in Punkt I.28 "Eignungsanforderung, vorzulegende Eignungsnachweise, Eigenerklärung (§ 70 BVergG 2006)" der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren finden. Dieser Umstand wird bereits dadurch untermauert, dass sich die in Punkt römisch eins.6.1.2 angeführten Bestimmungen der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren nicht in Punkt römisch eins.28 "Eignungsanforderung, vorzulegende Eignungsnachweise, Eigenerklärung (Paragraph 70, BVergG 2006)" der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren finden.

Es ist für den erkennenden Senat auch nicht nachvollziehbar, worin die Bieterbezogenheit dieser Bestimmungen liegen

sollte, zumal dem objektiven Erklärungswert des Punktes I.6.1.2 zu entnehmen ist, dass das in Punkt I.6.1.2 unter Punkt 1. Asphalt genannte Zuschlagskriterium sich auf die Leistung des zu liefernden Asphaltes bezieht, welche in Punkt 16 des Leistungsverzeichnisses näher beschrieben ist. Das vom Auftraggeber gewählte Zuschlagskriterium bezüglich der Transportweite von Asphalt hängt somit mit dem Gegenstand des Auftrages eng zusammen, ermöglicht eine nachprüfbare Vergleichbarkeit der Angebote, dient der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes und räumt dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit ein (zumal dieses Zuschlagskriterium gewichtete ist, eine höhere Qualität des Asphalts bei geringerer Transportweite nachvollziehbar ist und die Angaben der Bieter im Zuge der Angebotsprüfung objektiv nachvollziehbar überprüft werden können). Überdies ist dieses Zuschlagskriterium so gefasst, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dieses in gleicher Weise auslegen können. Auch hat der Auftraggeber in Punkt I.6.1 "Das Zuschlagssystem" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren alle Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorgesehen. Es ist für den erkennenden Senat auch nicht nachvollziehbar, worin die Bieterbezogenheit dieser Bestimmungen liegen sollte, zumal dem objektiven Erklärungswert des Punktes römisch eins.6.1.2 zu entnehmen ist, dass das in Punkt römisch eins.6.1.2 unter Punkt 1. Asphalt genannte Zuschlagskriterium sich auf die Leistung des zu liefernden Asphaltes bezieht, welche in Punkt 16 des Leistungsverzeichnisses näher beschrieben ist. Das vom Auftraggeber gewählte Zuschlagskriterium bezüglich der Transportweite von Asphalt hängt somit mit dem Gegenstand des Auftrages eng zusammen, ermöglicht eine nachprüfbare Vergleichbarkeit der Angebote, dient der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich besten Angebotes und räumt dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit ein (zumal dieses Zuschlagskriterium gewichtete ist, eine höhere Qualität des Asphalts bei geringerer Transportweite nachvollziehbar ist und die Angaben der Bieter im Zuge der Angebotsprüfung objektiv nachvollziehbar überprüft werden können). Überdies ist dieses Zuschlagskriterium so gefasst, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt dieses in gleicher Weise auslegen können. Auch hat der Auftraggeber in Punkt römisch eins.6.1 "Das Zuschlagssystem" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren alle Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorgesehen.

Unter Punkt I.6.1.2 der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren findet sich der Hinweis, dass Angebote bei einer Transportweite von Asphalt über 80 km zwingend ausgeschieden werden. Diesbezüglich handelt es sich um ein Musskriterium. Aus vergaberechtlicher Sicht spricht nichts dagegen, dass der Auftraggeber Musskriterien definiert, sofern deren Festlegung sachlich gerechtfertigt ist. Es ist grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen (VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149). Diesbezüglich ist auf die Vorgaben der technischen Vertragsbedingungen bituminöse Trag- und Deckschichten (RVS 08.16.01) zu verweisen, welche gemäß Punkt III.1.6 der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren zum Vertragsbestandteil erklärt wurden. Die RVS 08.16.01 legt, soweit gegenständlich von Relevanz, fest, dass die Transportweite von der Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle mit 80 km begrenzt ist, damit Qualitätseinbußen unter üblichen Transportbedingungen vermieden werden. Unter Punkt römisch eins.6.1.2 der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren findet sich der Hinweis, dass Angebote bei einer Transportweite von Asphalt über 80 km zwingend ausgeschieden werden. Diesbezüglich handelt es sich um ein Musskriterium. Aus vergaberechtlicher Sicht spricht nichts dagegen, dass der Auftraggeber Musskriterien definiert, sofern deren Festlegung sachlich gerechtfertigt ist. Es ist grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen will, festzulegen (VwGH 20.12.2005, 2003/04/0149). Diesbezüglich ist auf die Vorgaben der technischen Vertragsbedingungen bituminöse Trag- und Deckschichten (RVS 08.16.01) zu verweisen, welche gemäß Punkt römisch drei.1.6 der Angebotsvorbemerkungen - offenes Verfahren zum Vertragsbestandteil erklärt wurden. Die RVS 08.16.01 legt, soweit gegenständlich von Relevanz, fest, dass die Transportweite von der Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle mit 80 km begrenzt ist, damit Qualitätseinbußen unter üblichen Transportbedingungen vermieden werden.

Die RVS 08.16.01 gilt für ganz Österreich und ist in ihrer Anwendung nicht auf ein bestimmtes Bundesland eingeschränkt. Die RVS 08.16.01 wurden unter der Notifikationsnummer 2009/329/A notifiziert. Bei diesen technischen Vertragsbedingungen handelt es sich nach Ansicht des erkennenden Senates um eine geeignete Leitlinie im Sinne des § 97 Abs. 2 BVergG (vgl. VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189). Dafür spricht auch, dass die RVS 08.16.01 ein Notifizierungsverfahren durchlaufen hat und durch die RVS 08.16.01 keine Handelshemmnisse festgelegt wurden, weshalb von der sachlichen Rechtfertigung der vorgenannten Bestimmungen der RVS 08.16.01 auszugehen ist. Die RVS 08.16.01 gilt für ganz Österreich und ist in ihrer Anwendung nicht auf ein bestimmtes Bundesland eingeschränkt. Die

RVS 08.16.01 wurden unter der Notifikationsnummer 2009/329/A notifiziert. Bei diesen technischen Vertragsbedingungen handelt es sich nach Ansicht des erkennenden Senates um eine geeignete Leitlinie im Sinne des Paragraph 97, Absatz 2, BVergG (vergleiche VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189). Dafür spricht auch, dass die RVS 08.16.01 ein Notifizierungsverfahren durchlaufen hat und durch die RVS 08.16.01 keine Handelshemmnisse festgelegt wurden, weshalb von der sachlichen Rechtfertigung der vorgenannten Bestimmungen der RVS 08.16.01 auszugehen ist.

Auf Grund des Umstandes, dass die RVS 08.16.01 sich in ihrem räumlichen Anwendungsbereich auf ganz Österreich erstreckt und auf Grund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens (kein objektiv nachvollziehbarer Hinweis darauf, dass die Auftraggeberin das Musskriterium von 80 km aus sachlich nicht gerechtfertigten Gründen zum Zwecke der Bevorzugung von Kärntner Firmen gewählt hat) ist der Vorgabe des Auftraggebers, dass Angebote bei einer Transportweite über 80 km zwingend ausgeschieden werden (Musskriterium) die sachliche Rechtfertigung nicht abzusprechen, zumal die Auftraggeberin nachvollziehbar darlegen konnte, insbesondere unter Verweis auf die RVS 08.16.01, dass die Qualität des Asphaltes leide, je länger die Transportweite ist.

Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistungen oder Mengen dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet sind, dem Auftraggeber überlassen bleiben muss. Grenze für diese Auswahl ist nur das Gebot der Neutralität der Ausschreibung. (vgl. BVA 24.11.2005, 03N-97/05-22). Es ist nochmals darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistungen oder Mengen dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet sind, dem Auftraggeber überlassen bleiben muss. Grenze für diese Auswahl ist nur das Gebot der Neutralität der Ausschreibung. (vergleiche BVA 24.11.2005, 03N-97/05-22).

Die Grenze der Freiheit des Auftraggebers für die Formulierung von zwingend zu erfüllenden Anforderungen (sogenannten Muss-Anforderungen) wird dann erreicht, wenn sie ungerechtfertigte Bedingungen ergeben, die den Grundsätzen des Vergaberechtes entgegenstehen. Zumal sich das vom Auftraggeber gewählte Musskriterium einer Transportweite von maximal 80 km aus Punkt 4.6 der RVS 08.16.01 ergibt, welche, sofern in der Ausschreibung nicht Abweichendes festgelegt ist, die Transportweite von der Asphaltmischanlage bis zur Einbaustelle mit 80 km begrenzt ([...] "ist die Transportweite von der Asphaltmischanlage zur Einbaustelle mit 80 km begrenzt" [...]), spricht aus vergaberechtlicher Sicht auch nichts dagegen, eine Mindestanforderung als Musskriterium festzulegen und eine Übererfüllung der Kriterien im Rahmen der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen.

Eine unzulässige Berücksichtigung von Musskriterien im Rahmen der Zuschlagsentscheidung findet damit nicht statt.

Die Angaben der Bieter im Zusammenhang mit der Transportweite des Asphaltes ist für den Auftraggeber im Rahmen der Prüfung der Angebote auch objektiv nachprüfbar, zumal dem Auftraggeber gemäß § 126 BVergG die Möglichkeit eingeräumt wird, bei der Prüfung der Angebote eine schriftliche Auskunft der Bieter zu verlangen. Sollte eine solche Aufklärung nicht nachvollziehbar begründet werden, müsste das jeweilige Angebot gemäß § 129 Abs. 2 BVergG aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werden. Die Angaben der Bieter im Zusammenhang mit der Transportweite des Asphaltes ist für den Auftraggeber im Rahmen der Prüfung der Angebote auch objektiv nachprüfbar, zumal dem Auftraggeber gemäß Paragraph 126, BVergG die Möglichkeit eingeräumt wird, bei der Prüfung der Angebote eine schriftliche Auskunft der Bieter zu verlangen. Sollte eine solche Aufklärung nicht nachvollziehbar begründet werden, müsste das jeweilige Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werden.

Sollten weitere am Vergabeverfahren beteiligte Bieter Zweifel an der Rechtmäßigkeit der Bestbieterermittlung haben, könnten sie diese im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens bezüglich der Zuschlagsentscheidung anfechten, sodass der Rechtsschutz der Bieter jedenfalls gewahrt ist und die objektive Überprüfbarkeit der Angaben der jeweiligen Bieter möglich ist. Überdies wird vom BVergG entgegen den Vorgaben im zweiten Unterabschnitt, Eignungsanforderungen und Eignungsnachweise des BVergG, eine Nachweiserbringung der Bieter bezüglich ihrer Angaben bei Zuschlagskriterien nicht zwingend gefordert.

Zu Punkt I.6.1.3. Zuschlagskriterium "Recycling" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren
Zu Punkt römisch eins.6.1.3. Zuschlagskriterium "Recycling" der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren.

Die Ausführungen zu Punkt I.6.1.2. Zuschlagskriterium "Qualitätssicherung" lassen sich auch zur Beurteilung des gegenständlichen Zuschlagskriteriums "Recycling" heranziehen. Auch in diesem Fall wird keine

unternehmensbezogene Mindestanforderung als K.O.-Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters festgelegt. Nur für den Fall, dass der Bieter im Punkt VII.4. der Ausschreibungsvorbemerkung - offenes Verfahren angibt, dass für die von ihm im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Mengen an Asphalt ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet wird, hat er die geforderten Unterlagen auf Aufforderung vorzulegen. Lediglich für diesen Fall wird in der Ausschreibung festgehalten, dass das Angebot zwingend auszuschneiden ist, wenn die Unterlagen nicht vorgelegt werden, beziehungsweise deren Überprüfung ergibt, dass die gemachten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen. Dem diesbezüglichen Vorbringen der Antragstellerin, dass diese im Zeitpunkt der Angebotsöffnung selbst Eigentümer eines Asphaltmischwerkes sein müsste, beziehungsweise daran beteiligt sein müsste, mit Eigentümern eines Asphaltmischwerkes eine Bietergemeinschaft bilden müsste, beziehungsweise Eigentümer eines Asphaltmischwerkes als Subunternehmer beauftragen müsste und von diesem eine verbindliche Bestätigung, dass Asphalt bezogen werden könne, erlangen müsse, kann aufgrund des objektiven Erklärungswertes der Bestimmung des Punktes I.6.1.3. Zuschlagskriterien "Recycling" nicht gefolgt werden, zumal es in der Ausschreibung keinerlei Einschränkung hinsichtlich des vom Bieters allfällig ausgewählten Lieferanten des Heißmischgutes mit Ausbauasphalt ergibt. Die Ausführungen zu Punkt römisch eins.6.1.2. Zuschlagskriterium "Qualitätssicherung" lassen sich auch zur Beurteilung des gegenständlichen Zuschlagskriteriums "Recycling" heranziehen. Auch in diesem Fall wird keine unternehmensbezogene Mindestanforderung als K.O.-Kriterium in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters festgelegt. Nur für den Fall, dass der Bieter im Punkt römisch sieben.4. der Ausschreibungsvorbemerkung - offenes Verfahren angibt, dass für die von ihm im Leistungsverzeichnis ausgeschriebenen Mengen an Asphalt ein bestimmter Prozentsatz Heißmischgut mit Ausbauasphalt verwendet wird, hat er die geforderten Unterlagen auf Aufforderung vorzulegen. Lediglich für diesen Fall wird in der Ausschreibung festgehalten, dass das Angebot zwingend auszuschneiden ist, wenn die Unterlagen nicht vorgelegt werden, beziehungsweise deren Überprüfung ergibt, dass die gemachten Angaben nicht den Tatsachen entsprechen. Dem diesbezüglichen Vorbringen der Antragstellerin, dass diese im Zeitpunkt der Angebotsöffnung selbst Eigentümer eines Asphaltmischwerkes sein müsste, beziehungsweise daran beteiligt sein müsste, mit Eigentümern eines Asphaltmischwerkes eine Bietergemeinschaft bilden müsste, beziehungsweise Eigentümer eines Asphaltmischwerkes als Subunternehmer beauftragen müsste und von diesem eine verbindliche Bestätigung, dass Asphalt bezogen werden könne, erlangen müsse, kann aufgrund des objektiven Erklärungswertes der Bestimmung des Punktes römisch eins.6.1.3. Zuschlagskriterien "Recycling" nicht gefolgt werden, zumal es in der Ausschreibung keinerlei Einschränkung hinsichtlich des vom Bieters allfällig ausgewählten Lieferanten des Heißmischgutes mit Ausbauasphalt ergibt.

Dieses Zuschlagskriterium steht jedenfalls in direktem Zusammenhang mit dem ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbild, zumal die Lieferung von bituminösen Trag- und Deckenschichten gemäß Punkt 16 des Leistungsverzeichnis auftragsgegenständlich ist. Den Vorgaben des § 19 Abs. 5 BVergG entsprechend, kann der Grundsatz der Umweltgerechtigkeit auch im Rahmen der Zuschlagserteilung auf Basis konkreter Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Gegen die Wahl eines solchen Zuschlagskriteriums mit ökologischem Bezug spricht aus vergaberechtlicher Sicht nichts. Dieses Zuschlagskriterium steht jedenfalls in direktem Zusammenhang mit dem ausschreibungsgegenständlichen Leistungsbild, zumal die Lieferung von bituminösen Trag- und Deckenschichten gemäß Punkt 16 des Leistungsverzeichnis auftragsgegenständlich ist. Den Vorgaben des Paragraph 19, Absatz 5, BVergG entsprechend, kann der Grundsatz der Umweltgerechtigkeit auch im Rahmen der Zuschlagserteilung auf Basis konkreter Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Gegen die Wahl eines solchen Zuschlagskriteriums mit ökologischem Bezug spricht aus vergaberechtlicher Sicht nichts.

Bereits § 1 Abs. 2 AWG erklärt, dass dem Recycling vor der Beseitigung der Vorzug zu geben ist. Unter Recycling wird gemäß § 2 Abs. 5 Z 7 AWG insbesondere jedes Verwertungsverfahren verstanden, durch das Abfallmaterialien zu Produkten, Sachen oder Stoffen entweder für den ursprünglichen Zweck oder für andere Zwecke aufbereitet werden [...]. Bereits Paragraph eins, Absatz 2, AWG erklärt, dass dem Recycling vor der Beseitigung der Vorzug zu geben ist. Unter Recycling wird gemäß Paragraph 2, Absatz 5, Ziffer 7, AWG insbesondere jedes Verwertungsverfahren verstanden, durch das Abfallmaterialien zu Produkten, Sachen oder Stoffen entweder für den ursprünglichen Zweck oder für andere Zwecke aufbereitet werden [...].

Mit der Vorgabe in Punkt I.6.1.3. Zuschlagskriterium "Recycling" wird somit auf die im Vergabeverfahren Bedacht zu nehmende Umweltgerechtigkeit der Leistung gemäß § 19 Abs. 5 BVergG Bezug genommen. Die Wahl des Zuschlagskriteriums und dessen Ausgestaltung kann nicht als vergaberechtswidrig angesehen werden. Mit der Vorgabe

in Punkt römisch eins.6.1.3. Zuschlagskriterium "Recycling" wird somit auf die im Vergabeverfahren Bedacht zu nehmende Umweltgerechtigkeit der Leistung gemäß Paragraph 19, Absatz 5, BVergG Bezug genommen. Die Wahl des Zuschlagskriteriums und dessen Ausgestaltung kann nicht als vergaberechtswidrig angesehen werden.

Zu Punkt I.28.2.4. zur finanziellen/wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit lit. b der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren: Zu Punkt römisch eins.28.2.4. zur finanziellen/wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Litera b, der Angebotsvorbemerkung - offenes Verfahren:

Dem objektiven Erklärungswert dieser Vorgaben der Ausschreibung ist zu entnehmen, dass für den Straßenbau vom Bieter die Verfügbarkeit von einem Asphaltfertiger und zwei Walzen ("[...] Asphaltfertiger und zwei Walzen[...]") nachgewiesen werden muss. Zumal sich kein Hinweis darauf findet, dass die Verfügbarkeit auch weiterer Geräte nachgewiesen werden muss, ist dem diesbezüglichen Vorbringen der Antragstellerin nicht zu folgen. Da die Herstellung bituminöser Schichten leistungsgegenständlich ist und schon Punkt 16 des Leistungsverzeichnisses festlegt, dass das Mischgut mittels Fertigern einzubauen ist und auch der Einsatz von Verdichtungsgeräten (Walzen) vorgesehen ist, kann nicht davon gesprochen werden, dass diese Forderung nicht auf den Leistungsinhalt abgestimmt wäre.

Diese Vorgabe des Auftraggebers entspricht auch § 75 Abs. 6 Z 5 BVergG, wonach der Auftraggeber eine Erklärung verlangen kann, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftraggebers verfügen wird. Dem Bieter wird die Möglichkeit eingeräumt, die Verfügbarkeit über einen Asphaltfertiger und zwei Walzen der Gestalt nachzuweisen. Diese Vorgabe des Auftraggebers entspricht auch Paragraph 75, Absatz 6, Ziffer 5, BVergG, wonach der Auftraggeber eine Erklärung verlangen kann, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftraggebers verfügen wird. Dem Bieter wird die Möglichkeit eingeräumt, die Verfügbarkeit über einen Asphaltfertiger und zwei Walzen der Gestalt nachzuweisen,

ob diese Geräte bei ihm selbst vorhanden sind (Eigengeräteausstattung) oder

beim hierfür beigezogenen Subunternehmer nachweislich während der gesamten Vertragslaufzeit vorhanden und verfügbar sind

oder wenn die Arbeiten ohne Subunternehmer durchgeführt werden und Eigengeräteausstattung nicht vorhanden ist, diese gesichert jederzeit aufgrund verbindlicher Vereinbarungen mit einem Dritten während der gesamten Vertragslaufzeit verfügbar sind. Es kann daher nicht davon ausgegangen werden, dass diese Forderungen unsachlich wären, beziehungsweise einen Bieter über Maß belasten würden. Eine Bevorzugung einer bestimmten Art von Bietern ist durch dieses neutral formulierte Eignungskriterium nicht ersichtlich.

Obiges vorausgeschickt und zusammengefasst, geht der Senat davon aus, die notwendige Trennung zwischen Eignungs-, Muss- und Zuschlagskriterien und die gesetzlichen Rahmenbedingungen für die Anforderungen an diese Kriterien vom Auftraggeber eingehalten wurde, die Ausschreibung selbst diesbezüglich keine Rechtswidrigkeit beinhaltet.

Da keine Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung festgestellt wurde, war zu A) I und II spruchgemäß zu erkennen. Da keine Vergaberechtswidrigkeit der Ausschreibung festgestellt wurde, war zu A) römisch eins und römisch zwei spruchgemäß zu erkennen.

Zu A) III. Zu A) römisch drei.

§ 319 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 lauten: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lauten:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht, wenn auch nur teilweise obsiegende Antragssteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da dem Nachprüfungsantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren.

Zu B) Unzulässigkeit der Revision:

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung (VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189; 20.12.2005, 2003/04/0149) des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung (VwGH vom 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; VwGH vom 29.03.2006, 2004/04/0144, 0156, 0157; VwGH 26.04.2007, 2005/04/0189; 20.12.2005, 2003/04/0149) des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Angebotsbewertung, Auslegung der Ausschreibung, Bauauftrag, Eignung, Eignungskriterien, Ermessen, Ermessensspielraum, maximale Transportweite, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Ausschreibung, objektiver Erklärungswert, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Recycling, Sachlichkeitsprüfung, technische Leistungsfähigkeit, Verfügbarkeitsbestätigung, Vergabeverfahren, Vergleichbarkeit der Angebote, Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2014:W138.2008703.2.00

Zuletzt aktualisiert am

13.08.2014

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at