

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

26.03.2014

Geschäftszahl

W187 2001000-1

Spruch

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzender und die fachkundige Laienrichterin Sabine PREWEIN, MAS als Beisitzerin der Auftraggeberseite und Mag. Corinna GREGER als Beisitzerin der Auftragnehmerseite über den Antrag der Bietergemeinschaft A und B, Ortenburgerstraße 27, 9800 Spittal/Drau, vertreten durch Dr. Rainer KURBOS, Rechtsanwalt, xxxx, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung in dem Vergabeverfahren "A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West" der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), xxxx, vertreten durch ASFINAG Baumanagement GmbH, xxxx vom 5. Februar 2014, zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag der Bietergemeinschaft A und B, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GesmbH im Vergabeverfahren um die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), den Auftrag an die C vergeben zu wollen, vom 27.01.2014 für nichtig erklären", wird abgewiesen.

B)

Der Antrag der Bietergemeinschaft A und B, "dem AG den Ersatz von EUR 9.234,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang an die A aufzuerlegen", wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen.

C)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Text**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE****I. Verfahrensgang**

Am 5. Februar 2014 nach Ende der Amtsstunden, beim Bundesverwaltungsgericht daher am 6. Februar 2014 eingelangt, beantragte die Bietergemeinschaft A und B, vertreten durch Dr. Rainer KURBOS, Rechtsanwalt, xxxx, "dem Auftraggeber, ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, wird in dem Vergabeverfahren um den Bauauftrag für die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Vergabekontrollverfahrens untersagt", "das Bundesverwaltungsgericht möge die

Zuschlagsentscheidung der ASFINAG Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GesmbH im Vergabeverfahren um die Baumeisterarbeiten A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West, (Deckensanierung und Lastklassenerhöhung der A2 zwischen den Anschlussstelle Völkermarkt Ost - West, samt Ertüchtigung der Autobahnstrukturen, Randbalken, Lärmschutzwand, Abdichtung etc. sowie die Erneuerung einiger Fahrbahnübergänge, Brückenlagertausch etc.), den Auftrag an die C vergeben zu wollen, vom 27.01.2014 für nichtig erklären", "dem AG den Ersatz von EUR 9.234,00 Antragsgebühren binnen 14 Tagen bei sonstigem Zwang an die Ast aufzuerlegen" und "auf Gewährung von umfassender Akteneinsicht und Anberaumung einer mündlichen Verhandlung". Nach Bezeichnung der angefochtenen Entscheidung, des Auftraggebers und Darstellung des Sachverhalts bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, dass das Angebot der C als ausschreibungswidrig auszuschneiden sei. Nach den - beigelegten - Jahresabschlüssen verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin entgegen Position 00B1404C des Leistungsverzeichnisses kontinuierlich unter 50 Mitarbeiter, sodass die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben sei. Sie habe einen durchschnittlichen Jahresumsatz von etwa € 13 Mio. Deshalb habe sie nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit. Das Projektrisiko sei zu hoch, weil der Auftrag nicht mehr als ein Drittel des Jahresumsatzes ausmachen solle. Bei einer Baudauer von einem Vierteljahr solle der gesamte Jahresumsatz erzielt werden. Die Antragstellerin beantragt die Beischaffung der vollständigen Jahresabschlüsse 2013, 2012 und 2011. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehle für Markierungsarbeiten, Vermessungsarbeiten laut Positionen 010301 "Aufnahme und Auswertung der Fräsflächen" und 0130302 "Pinnensystem für Fräs- und Asphaltierungsarbeiten", die Herstellung von elastischen Belagsdehnfügen, die Durchführung von Betoninstandsetzungsarbeiten und die Durchführung von Brückenlagerwechseln bei dem Objekt G44.1 die Befugnis und andererseits mangels geeigneter Mitarbeiter und entsprechender Praxis die Eignung. Für eine Asphaltfräse sei eine Befugnis eine Abfallbehandlungsanlage und für den Betrieb eine Konzession als Abfallsammler und Abfallbehandler nach dem AWG erforderlich. In Analogie zu einer Brecheranlage sei eine Betriebsanlagenbewilligung gemäß §§ 52 und 53 AWG erforderlich. Darüber verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht. Die geforderten Referenzen für den Asphalteinbau von circa 100.000 t in circa fünf Monaten, das Fräsen nach Deckenbuch, den Asphalteinbau nach Deckenbuch, die Herstellung eines Pinnensystems, die Durchführung eines Lagertausches und die Bestandsplanung nach PlaDok fehlten der Antragstellerin. Die Auftraggeberin habe diese Sachverhalte nicht geprüft, weil sie offenkundig von keinem Bieter die entsprechenden Unterlagen eingeholt habe. Die Auftraggeberin habe offensichtlich weder den in Punkt 6.3.21 in B6 geforderten Bauzeitplan inklusive Darstellung des kritischen Weges, noch die Geräteliste des Punktes 6.3.17 oder den technischen Bericht zur Bauausführung in Punkt 6.3.18 verlangt. Für den gegenständlichen Auftrag sei die Vorhaltung von zwei Mischanlagen erforderlich, weil eine Mischanlage im Jahr ungefähr 100.000 t wirtschaftlich mischen könne und im gegenständlichen Auftrag binnen weniger Wochen 50.000 t gemischt werden müssten. Es könnten auch wenige Mischanlagen Recyclingmaterial zumischen. Über diese verfüge die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht. Der Baubeginn könne auch nicht vorverlegt werden. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wäre auch wegen nicht plausibler Preiszusammensetzung auszuschneiden. Die Mischanlage der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin befinde sich in D, die Baustelle in Völkermarkt. Der Transport wäre über 200 km zu bewerkstelligen. Diese Transportkosten seien nicht ausreichend berücksichtigt worden. Die Verkürzung der Bauzeit um 15 Tage bewirke Forcierungskosten von circa 11 %, sodass der angebotene Preis nicht plausibel sein könne. Zu berücksichtigen sei Nacharbeit. Die Transportkapazität entspreche nicht der Einbauleistung. In Kärnten und der Steiermark gebe es die erforderlichen geheizten Ladebrücken in der nötigen Anzahl nicht einmal. Die Strecke von 120 km zwischen der Mischanlage und der Baustelle erfordere den Einsatz von mindestens 40 LKW und müsse kalkulatorisch berücksichtigt werden. Ein einzelner Fertiger könne bei entsprechender Belieferung ohne weiteres 3000 t pro Tag einbauen. Zu den angebotenen Preisen ließen sich die Arbeiten nicht durchführen. Die Subunternehmer seien zu benennen, insbesondere für alle Leistungen, die die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht selbst erbringen könne. Dies seien beispielsweise Ingenieurleistungen, Vermessungsleistungen, elektrotechnische Leistungen, Schlosserarbeiten, Leitschienen- und Lärmschutzwanderrichtung sowie der Lagertausch. Für den letztgenannten sei ein sogenannter "Lagerführerschein" erforderlich. Bei der Berechnung der Kosten für die Reststoffdeponie sei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wahrscheinlich ein Kalkulationsfehler hinsichtlich der Deponiegebühren und der mit LKW zu fahrenden Strecken unterlaufen. Aus Marktbeobachten sei der Antragstellerin bekannt, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine Referenzen im Straßenbau im übergeordneten Straßennetz mit einem Umsatzvolumen von mehr als €

1.000.000 und Auftragserteilung ab dem 1. Jänner 2002 und insbesondere beim Lagertausch aufweise. Als drohenden Schaden macht die Antragstellerin den Entgang einer Referenz, die Kosten der Angebotserstellung, der Rechtsvertretung und der Vorhaltung von Ressourcen sowie das Erfüllungsinteresse geltend. Sie erachtet sich in dem Recht auf Ausscheiden eines spekulativen Angebots, dem Recht auf fairen und lauterem Wettbewerb, dem Recht auf Gleichbehandlung, dem Recht auf Einhaltung der Selbstbindung der Ausschreibungsbedingungen durch den Auftraggeber, dem Recht auf ein gesetzmäßiges Vergabeverfahren, dem Recht auf eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung, dem Recht auf Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes und der Beachtung der Grundsätze des freien und lauterem Wettbewerbes, dem Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter und dem Recht auf den Zuschlag, im Speziellen dem Recht auf das Ausscheiden spekulativer Konkurrenzofferte, dem Recht auf das Ausscheiden von

Angeboten, die nur durch Wertung nicht ausgeschriebener Zuschlagskriterien vorgereicht werden, dem Recht auf das Ausscheiden von Angeboten nicht geeigneter Bieter, denen insbesondere die technische Leistungsfähigkeit mangelt, dem Recht auf eingehende Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit und der Preisplausibilität und dem Recht auf Ausscheiden von Angeboten von Bietern, die nicht mindestens 50 Mitarbeiter beschäftigen und/oder einen so geringen bauspezifischen Jahresumsatz aufweisen, dass ein zulässig hohes Projektrisiko entsteht, verletzt. Als Gründe für die Rechtswidrigkeit nennt die Antragstellerin das Fehlen der geforderten 50 Mitarbeiter, das zu hohe Projektrisiko, den Mangel an technischer Leistungsfähigkeit, das Unterbleiben der Prüfung der Eignung durch die Auftraggeberin und einer vertieften Angebotsprüfung.

Am 7. Februar 2014, beim Bundesverwaltungsgericht am 10. Februar 2014 eingelangt, erhob die C vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt, Mariahilferstraße 1b/17, 1060 Wien, begründete Einwendungen. Darin bestritt sie das Vorbringen der Antragstellerin zur Gänze. Sie habe ein fristgerecht ausschreibungskonformes Angebot gelegt, das zweifellos das Bestangebot sei. Sie verfüge über die geforderte Eignung. Ihr Angebot sei plausibel kalkuliert. Dem Vergabeakt sei dies zu entnehmen. Durch die Abgabe ihres Angebots habe sie das Interesse am Auftrag nachgewiesen. Sie verwies auf den Grundsatz der Vertraulichkeit ihrer Angaben und der diesbezüglichen Kalkulation und sprach sich gegen eine Einsichtnahme der Antragstellerin in ihr Angebot aus.

Am 10. Februar 2014, beim Bundesverwaltungsgericht am 11. Februar 2014 eingelangt, erteilte die Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG), xxxx vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, xxxx, allgemeine Auskünfte, teilte mit, dass sie zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kein Vorbringen erstatte, und nahm zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

Am 11. Februar 2014 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

Am 13. Februar 2014 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme zu den begründeten Einwendungen ein. Darin brachte sie im Wesentlichen vor, dass sich die begründeten Einwendungen inhaltlich zunächst in der bloßen Bestreitung des Vorbringens der Antragstellerin erschöpften. Wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin den zugestehe, nicht über die nach der Ausschreibung erforderliche Mindestbeschäftigtenzahl verfügt zu haben, fehle ihr die Eignung. Die Bilanzen seien eine taugliche Grundlage für Tatsachenfeststellungen. Zwischen der Kalkulation der Antragstellerin und der Kalkulation der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bestehe überhaupt kein Sachzusammenhang. Dies trotz der Ähnlichkeit der Gesamtsummen. Eine Verkürzung der Bauzeit um 15 Tage führe zu beträchtlichen Mehrkosten. Es sei daher nicht plausibel, wieso eine Bauzeitverkürzung um 15 Tage zu einem niedrigeren Preis führen könne. Es werde bestritten, dass das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ausschreibungskonform sei. Kreationen von Schriftsätzen führten zu einem Konflikt mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach der Menschenrechtskonvention, weil es dann einen Kognitionsgegenstand gebe, von dem die Antragstellerin nicht erfahren solle. Und wenn die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin davon ausgehe, dass sie den Auftrag abarbeiten könne, dann müssen Sie damit rechnen, dass sie von ihren Mitbewerbern dabei beobachtet werde. Zutreffend sei allerdings, dass dieses Betriebs- und Geschäftsgeheimnis solange schutzwürdig sei, als auf dieses Angebot kein Auftrag erteilt werde, weil dann die Gelegenheit bestehe, diesen Themenkreis bei weiteren Vergabeverfahren neuerlich zu thematisieren. Kalkulationsunterlagen seien durchaus von der Akteneinsicht auszunehmen, allerdings seien die dadurch entstehenden Verfahrensdefizite und Nachteile von Bundesverwaltungsgericht zu kompensieren.

Mit Beschluss vom 13. Februar 2014, W187 2001000-1/13Z, untersagte das Bundesverwaltungsgericht der Antragstellerin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Am 14. Februar 2014 nahm die Auftraggeberin Bestellung. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass der Nachprüfungsantrag unbegründet sei. Die Auftraggeberin habe die Befugnisse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin geprüft und sei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Befugnisse vorlägen. Sie verfüge über die gewerberechtliche Befugnis als Baumeister. Darüber hinaus habe sie eine Reihe von Unternehmen namhaft gemacht, die für ihre jeweiligen Subunternehmerleistungen ebenfalls über die erforderlichen Befugnisse verfügten. So habe sie für Markierungsarbeiten, Vermessungsarbeiten, die Herstellung von elastischen Belagsdehnfugen und die Durchführung von Betoninstandsetzungsarbeiten, Brückenlagerwechseln und Fahrzeugrückhaltesystemen entsprechend befugte Subunternehmer namhaft gemacht. Elektrotechnische Leistungen, Schlosserarbeiten und die Errichtung von Lärmschutzwänden könne die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Rahmen der gewerberechtlichen Nebenrechte gemäß § 32 GewO durchführen, da es sich um geringfügige Positionen handle. Im Abfallrecht sei grundlegend zwischen dem Abfallbesitzer und einem berechtigten Abfallsammler und/oder Abfallbehandler zu unterscheiden. Im Fall des gegenständlichen Bauvorhabens werde der Auftragnehmer Abfallbesitzer, weil er die Abfälle innehatte. Dies deckte sich mit der Vorgabe in der Ausschreibung in Teil B.5, Position 00B405E, wonach der Auftragnehmer ab dem Zeitpunkt des

Abbruchs oder Aushub von Abfall zum Abfallbesitzer werde. Gemäß § 15 Abs 5 AWG habe der Abfallbesitzer die Abfälle einem zur Sammlung oder Behandlung Berechtigten zu übergeben, wenn er zu einer entsprechenden Behandlung nicht berechtigt oder im Stande sei. Nicht jeder Abfallbesitzer müsste zwingend ein berechtigter Abfallsammler und oder Behandler sein. Sei er dies nicht, müsste er die Abfälle einem Berechtigten übergeben. In der vorgenannten Position fordere die Ausschreibung, dass ein Bieter, der nicht selbst zur Sammlung oder Behandlung der jeweiligen Abfallarten berechtigt sei, diese einem für die Sammlung oder Behandlung der jeweiligen abfallartenberechtigten Abfallsammler oder Behandler übergeben müsse. Dies deckte sich mit den einschlägigen abfallrechtlichen Vorgaben. Diese Ausschreibungsbestimmung sei intensiv mit der Interessenvertretung der Bauunternehmungen Österreichs (VIBÖ) abgestimmt worden. Die Qualifikation einer Asphaltfräse als Abfallbehandlungsanlage sei nicht nachvollziehbar. Da mit einer Asphaltfräse Abfall hergestellt werde, sei sie als mobile Behandlungsanlage zu qualifizieren. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin stehe als Baumeister ohnedies das Recht zum Sammeln und Behandeln von Abfällen gemäß § 32 Abs 1 Z 7 GewO zu. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin selbst verfüge nicht über eine abfallrechtliche Sammler und/oder Behandlererlaubnis. Sie könne sich jedoch auf ein mit ihm verbundenes Unternehmen stützen. Ein Bieter könne sich zum Nachweis der Eignung gemäß §§ 76 und 83 BVergG auf die Eignung anderer Unternehmen stützen. Der Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sei Teil B.1, Punkt 1.25.5 und in Teil B.5, Punkt 00B104C der gegenständlichen Ausschreibung definiert. Der Bieter müsste den Nachweis über mindestens 50 Mitarbeiter für den Zeitraum der letzten drei Jahre erbringen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe so 1011 39 Mitarbeiter, 2012 44 Mitarbeiter und 2013 40 Mitarbeiter gehabt. Darüber hinaus lägen der Auftraggeberin Patronatsklärungen verbundener Unternehmen vor, aus denen hervorgeht, dass diese im Auftragsfall ihre Kapazitäten zur Verfügung stellten. Mit diesen Erklärungen habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin den Nachweis der erforderlichen Personalausstattung abgegeben. Die Unternehmen hätten 45/41/45,57/48/42,2/10/12 und 49/48/46 Mitarbeiter. In Summe habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin damit genügend Mitarbeiter nachgewiesen. Aus den Anforderungen an geforderte Referenzprojekte in Teil B.5, Punkt 00B104E der Ausschreibung ergebe sich das Referenzen im Straßenbau (Asphalt, Beton) mit einem Umsatzvolumen von mehr als € 1.000.000 gefordert seien dass die Referenzprojekte - wie von der Antragstellerin gefordert - Asphalteinbau von circa 100 000 t in etwa fünf Monaten, Fräsen und Asphalteinbau nach Decken hoch, Lagertausch etc erfüllen müssten, sei in der Ausschreibung nirgends festgelegt. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin vorgelegten Referenzprojekte erfüllten die Vorgaben der Ausschreibung. In Teil B.5, Punkt 00B104A sei festgelegt, dass der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters ausschließlich über ein Rating zu erfolgen habe. Das Rating des KSV müsse bei einem Wert von kleiner als 400 liegen. Somit sei das Vorbringen der Antragstellerin, wonach ein Bieter einen angeblichen Mindestumsatz von € 40.000.000 aufweisen müsste, mit dem klaren Wortlaut der Ausschreibung und unter Verweis auf den § 74 BVergG zurückzuweisen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin wurde gegenüber der Antragstellerin aufgrund eines flexibleren Bauzeitmodells im Hinblick auf Überstunden und intensiven Personaleinsatz Bauzeit ein. Die vertiefte Angebotsprüfung habe ergeben, dass diese Bauzeitverkürzung in wirtschaftlicher und technischer Hinsicht plausibel sei. Im Detail habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Gegensatz zur Antragstellerin in Ihrer Kalkulation insbesondere eine höhere Anzahl an Überstunden ausgewiesen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Kohle die 15 Tage Bauzeit Verkürzung insbesondere durch längere Tagesarbeitszeit, Samstag und Sonntagsarbeit ein. Die diesbezüglichen Kalkulationen und Angaben der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sein von der Auftraggeberin im Detail überprüft worden. Sie seien plausibel und nachvollziehbar. Das Zuschlagskriterium Verkürzung Ausführungsdauer habe die Auftraggeberin im Hinblick auf verkehrstechnische Randbedingungen bewusst gewählt. In einem sinnvollen Transportradius von 120 km stillenden eine Reihe von Mischanlagen zur Verfügung, die Asphaltmischgut mit Zugabe von Recyclingmaterial herstellen könnten. Da in letzter Zeit die Auslastung der Mischanlagen rückläufig sei, sei es plausibel und nachvollziehbar, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zusätzlich zu ihrer Mischanlage im Bedarfsfall auf eine dieser Mischanlagen als kurzfristigen Ersatz zurückkommen greifen könne. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe mit rund vier Stunden Umlaufzeit von der Mischanlage zum Einbauort und wieder zur Mischanlage der Transportfahrzeuge bei einer Entfernung von circa 120 km zwischen Mischanlage und Einbauort kalkuliert. Dies entspräche einer Durchschnittsgeschwindigkeit von rund 70 km/h. Dieser Ansatz sei plausibel und nachvollziehbar, da das Mischgut innerhalb von eineinhalb bis zwei Stunden am Einbauort sei. Der Bieter habe alle Maßnahmen, wie sie die RVS fordere, durchzuführen, um das auskühlen des Asphaltmischgut zu verhindern, damit die erforderliche Einbautemperatur gewährleistet sei. Das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei vertieft geprüft worden. Gegenstand der Prüfung sei insbesondere gewesen, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Auffällig niedrige Preise seien im Zuge des Aufklärungsgesprächs vollständig aufgeklärt worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe mit Kosten in der Höhe von € 12 116 030,30 und die Antragstellerin mit Kosten in der Höhe von € 11 591 832,75 kalkuliert. Dies ergebe sich bei einer Reduktion des Preises um den Gesamtzuschlag. Der Gesamtzuschlag der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin weise eine für die Betriebsstruktur und -größe plausible Höhe auf. Die Versicherungskosten von 11 % für eine 15-tägige Bauzeitverkürzung seien nicht plausibel und deutlich zu hoch. Der Gesamtpreis der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin liege rund 5,7 % über der von der Auftraggeberin erstellten Kostenschätzung. Er sei daher nicht als unterpreisig anzusehen. Eine Spekulation im Angebot der in Aussicht

genommenen Zuschlagsempfängerin sei nicht festzustellen gewesen. Der Preis in der Position Feststoffdeponie sei im Vergleich zu den anderen Bietern unauffällig. Der Preis für Asphaltpositionen enthalte alle Kosten, vor allem Transport- und Materialkosten. Die Aufwands- und Verbrauchsansätze seien nachvollziehbar. Die Auftraggeberin beantragte, das Bundesverwaltungsgericht möge den Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abweisen.

Am 25. Februar 2014 brachte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme ein. Darin führte sie im Wesentlichen aus, dass es der Antragstellerin an der Antragslegitimation und am Rechtsschutzinteresse fehle, wenn ihr Angebot bei richtiger Betrachtung auszuschneiden sei. A sei mit circa 431 Mitarbeitern nach der B das zweitgrößte Bauunternehmen in Kärnten. A werde in dem hier maßgeblichen räumlichen Markt Kärnten als größte private Bauunternehmung geführt. Die B beschäftige allein in Österreich circa 7000 Mitarbeiter und erwirtschaftete einen Umsatz von rund € 2,2 Milliarden. Sie sei Teil des Konzerns B. Sie beherrsche zahlreiche im historischen Baumarkt tätige Unternehmen, wie insbesondere die hier maßgebliche E. Allein die B halte am österreichischen Baumarkt einen Marktanteil von circa 15 % und sei das bei weitem größte Bauunternehmen in Österreich. Weltweit beschäftige sie 74 000 Mitarbeiter und erwirtschaftete nunmehr fast € 13 Milliarden. Eine bloße wettbewerbsrechtliche Grobprüfung zeige, dass die Wettbewerbsbehörde den Erwerb sämtlicher Anteile an der FbH der B untersagt habe, was letztere akzeptierte. Dies betreffe den Markt der Bitumenemulsionsproduktionen. Die B habe in Österreich einen Umsatz von ca. € 12 983 000 000 und sei erstgereiht. A habe im Mittel der letzten drei Jahre einen Umsatz von circa € 103.000.000, circa 430 Mitarbeiter und sei in den letzten Jahren zweitgereichte Bauunternehmung in Kärnten gewesen. Der räumliche Markt im Bereich Völkermarkt in Kärnten sei durch die Nähe von Asphaltmischanlagen bestimmt. Die Entfernung der Asphaltmischanlage sei für die Kalkulation relevant. Der Zugang zu einer Asphaltmischanlage sei erforderlich, um überhaupt ein Angebot legen zu können. In der unmittelbaren Nähe zur ausgeschriebenen Baustelle Völkermarkt seien lediglich zwei Asphaltmischanlage, die alle in der Verfügungsmacht entweder von A oder der B seien. Ein Zusammenschluss der beiden antragstellenden Unternehmen sei nicht erforderlich. Sie könnten beide den Auftrag auch alleine ausführen. Auch vier andere, wesentlich kleinere Baufirmen hätten eigenständige Angebote liegen können. Die Zulässigkeit von Bietergemeinschaften ändere nichts an dem gesetzlichen Kartellverbot des § 1 KartG. Eine Bietergemeinschaft könne eine solche wettbewerbsbeschränkende Vereinbarung darstellen. Bietergemeinschaften, die von mehreren Mitbewerbern abgeschlossen würden und deren Marktanteile 5 % österreichweit oder 25 % an einem Teilmarkt überschritten, müssten ausgeschieden werden. Sie verstießen gegen das gesetzliche Kartellverbot. Es läge an der Antragstellerin, das Vorliegen einer Ausnahme gemäß § 2 Abs 1 KartG nachzuweisen.

Ausschreibungsgegenstand sei ein normaler Straßenbauauftrag mit einem Gesamtpreis von circa € 12 600 000 netto. Diesen Bauauftrag hätten sowohl A als auch B als Einzelbieter ausführen können. Sie verfügten beide über zwei in der Nähe gelegene Mischanlage. Die Bietergemeinschaft habe keinen Vorteil für den Auftraggeber, der nicht durch jeden einzelnen Teilnehmer der Bietergemeinschaft erzielt werden könnte. Der Zusammenschluss habe eine Einschränkung des Angebots und des Bieterkreises zur Folge. Die Antragstellerin wolle den Markt künstlich einschränken. Im Ergebnis sei das Angebot der Antragstellerin wegen der Bildung einer unzulässigen Bietergemeinschaft auszuschneiden. Der Nachprüfungsantrag sei zurückzuweisen. Das Vorbringen der Antragstellerin zu den erforderlichen Referenzen findet in den Festlegungen der Ausschreibung keine Deckung. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe entsprechend geeignete Referenzen genannt. Die Regelungen über die Abfallbehandlung seien nicht als eigene Anforderungen sondern als Ausführungsvorschriften formuliert. Die Eignungsanforderungen seien gesondert unter der Leistungsposition Eignung erfasst. Sie sähen keine Anforderungen an entsprechende Abfallnachweise oder Abfallsammlerbefugnisse vor. Die Ausschreibungsfehler sähen nicht vor, dass der Nachweis der ordnungsgemäßen Abfallsammlung und -behandlung bei der Angebotsabgabe zu erbringen sei und dies auch nicht von der Auftraggeberin im Zuge der Angebotsprüfung nachzuprüfen sei, sondern dies eine vertragliche Verpflichtung des Auftragnehmers sei. Die Antragstellerin setzte sich über die ausdrücklichen Festlegungen der Ausschreibung hinweg, die ausdrücklich die Möglichkeit vorsähen, dass die Abfälle gesetzeskonform an einem berechtigten Abfallsammler oder -behandler weitergegeben werden dürften. Im Zuge der Angebotserstellung seien keine Fragen zu den von der Antragstellerin als unklar oder widersprüchlich georteten Themen gestellt worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe ihre Eignung unter Verweis auf Subunternehmer nachgewiesen. Die Subunternehmerliste liege dem Angebot bei. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe durch die Heranziehung von Subunternehmern und verbundenen Unternehmen die notwendige Mitarbeiterzahl weit mehr als die geforderten 50 Mitarbeiter, nämlich 430 Mitarbeiter. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei ausschließlich durch das KSV-Rating < 400 nachzuweisen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin weise eines von 304 auf. Darüber hinaus verfüge sie mit den genannten Subunternehmern und verbundenen Unternehmen einen Jahresumsatz von € 96,6 Millionen. Sie habe die nötigen Referenzen erbracht. Bei dem Referenzprojekt A9 Schoberpass habe sie in 21 Kalendertagen 91.000 m² Asphalt gefräst und 32.000 t Asphalt eingebaut. Es seien rund 100.000 t in fünf Monaten einzubauen. Es ergäben sich 940 t pro Tag einzubauen. Auch bei den Bauvorhaben der Landesregierung seien etwa 2000 t pro Tag einzubauen. Eine Mischanlage stehe zur Verfügung, mit der auch die Beimengung von Recyclingmaterial möglich sei. Das Material sei vorhanden. Für die Bestandsplanung nach PlaDok habe sie einen Subunternehmer genannt. Der Tausch der Lager erfordere umfassende Vorarbeiten, die die in Aussicht genommene

Zuschlagsempfängerin selbst vornehmen wolle. Für den Tausch selbst stünden entsprechende Mitarbeiter mit Lagerführerschein zur Verfügung. Sie verfüge über Asphaltmischanlagen in D, die für die Beimengung von Recyclinggut geeignet und im Mittel 115 km von der Baustelle entfernt sei, und in G. Sie verfüge schon jetzt über 40 LKW. Die verbundenen Unternehmen H und die I verfügten ua über die geforderten Genehmigungen als Abfallsammler und -behandler nach dem AWG. Es stellten weitere Subunternehmer Deponien zur Verfügung. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe ausreichend Erfahrung mit der Betonsanierung. Überdies habe sie ein Betonsanierungsunternehmen als Subunternehmer namhaft gemacht. Sie verfüge über eine uneingeschränkte Befugnis als Baumeister gemäß § 99 GewO. Darüber hinaus habe sie für Markierungsarbeiten, Vermessungsleistungen, Leitschienenarbeiten, Belagsdehnfugen und Betoninstandsetzungen befugte Subunternehmer genannt. Zu den von der Antragstellerin genannten Elektrotechnik- oder Schlosserarbeiten sei sie aufgrund des geringen Umfangs gemäß § 32 GewO befugt. Die Leistungen betrügen für Sonden € 44.995,40 oder 0,36 % der Angebotssumme für Bleche und Geländer und € 12.781,09 oder 0,1 % der Auftragssumme. Als Baumeister verfüge sie über das Nebenrecht zum Sammeln und Behandeln von Abfällen unbeschadet der abfallrechtlichen Vorschriften gemäß § 32 Abs 1 Z 7 GewO. Mit den Subunternehmern und den verbundenen Unternehmen verfüge sie über die abfallwirtschaftsrechtlichen Befugnisse. Der "Lagerführerschein" sei keine Befugnis. Bei den CN.as Leitungen seien lediglich Asphaltierungsarbeiten, keinesfalls jedoch elektrotechnische Arbeiten zu machen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe eine Bauzeitverkürzung um 15 Tage angeboten. Die Bauleistungen gliederten sich in zwei Bauabschnitte von 64 Arbeitstagen und elf Samstagen in Abschnitt 1 und 50 Arbeitstagen und acht Samstagen. Unter Berücksichtigung der angebotenen Bauzeitverkürzung reduziere sich die Bauzeit auf 56 Arbeitstage und zehn Samstage. Eine gleichartige Leistung wie in Abschnitt 1 werde in Abschnitt 2 in 50 Tagen erbracht. Bei einer Fahrzeit von 11/2 Stunden seien beheizte Ladebrücken nicht erforderlich. Dies hätte auch A ohne qualitative Einschränkungen gemacht. Asphalt könne auch von anderen Asphaltmischanlagen bezogen werden, weil 24.500 t ohne Beimischung von Recyclingmaterial zu liefern sei. Der Gesamtangebotspreis liege geringfügig über der Schätzung der Auftraggeberin. Das Angebot der Antragstellerin sei sogar geringfügig niedriger. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung lägen nicht vor. Die von der Antragstellerin als "nicht plausibler Preis" bekämpfte Position sei keine wesentliche Position. Die Entfernung zur Mischanlage betrage 115 km. Der Transport sei mit 24.205,30 LKW-Stunden kalkuliert. Dies ermögliche eine ausreichende Fahrzeit von zwei Stunden pro Transport. Die Forcierungskosten von 11 % habe die Antragstellerin nicht näher dargelegt. Die Bauzeitverkürzung finde auch in den Überstundensätzen im K3-Blatt und dem Bau in einer auftragsschwachen Zeit Niederschlag. Nachtarbeiten oder beheizte Ladebrücken seien nicht erforderlich. Das Gewicht bei der Berechnung der Deponientgelte einschließlich ALSAG-Beiträge für das Abtragsmaterial sei richtig kalkuliert. Es sei ein spezialisiertes Unternehmen eingebunden. Die Auftraggeberin habe - ohne dazu verpflichtet zu sein - eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen. Auch habe die Auftraggeberin die Eignung besonders geprüft. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beantragt, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen und genau bezeichnete Aktenteile von der Einsicht durch die Antragstellerin auszunehmen.

Am 10. März 2014 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin brachte Sie im Wesentlichen vor, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin den Einbau von 630 t je Kalendertag kalkuliert habe. Bei ausschreibungsgemäßen Abarbeitung sei ein Einbau von 1800 t pro 10 Stunden erforderlich, bei der angebotenen Bauzeitverkürzung um 15 Tage eine solche von 3000 t pro 10 Stunden. Mit der angebotenen Bauleistung sei die Bauzeitverkürzung nicht realisierbar. Schon die zu erbringende Leistung von 1800 t pro 10 Stunden könne nicht von einer einzigen Asphaltmischanlage hergestellt werden nicht jede Mischanlage könne Asphalt unter Zugabe von Ausbauasphalt einbringen. Nur die Mischanlage in J und die Mischanlage im Leibniz sowie Anlagen in K könnten Ausbauasphalt beimischen. Damit sei das Argument, dass der Zusammenschluss gegen das Kartellgesetz verstoße, widerlegt. Subunternehmer und verbundene Unternehmen könnten keineswegs gleichgesetzt werden. Jedes Unternehmen, auf dessen Kapazitäten sich ein Bieter berufen wolle, müsse zwingend als Subunternehmer genannt werden. Dies gelte auch für verbundene Unternehmen. Die Eignung müsse bereits zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen. Ein Nachschieben von Subunternehmern komme nicht infrage. Dies betreffe vor allem Subunternehmer, die ein Bieter zum Nachweis der Leistungsfähigkeit benötige. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin müsse daher bereits in Ihrem Angebot alle Unternehmer genannt haben. Dies ergebe sich auch aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und dem Grundsatz der Transparenz. Die Ausschreibung könne nicht so ausgelegt werden, dass sämtliche im ANKÖ unspezifisch benannten verbundenen Unternehmen automatisch auch als Subunternehmer ohne Zuordnung zu einem bestimmten Leistungsteil verfügbar sein sollten. Sollten Subunternehmer zur Erlangung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden, müsse eine verbindliche Erklärung des Subunternehmers hinsichtlich der Solidarhaftung vorliegen. Bei der Beurteilung des Jahresumsatzes und der technischen Leistungsfähigkeit seien daher ausschließlich die Kapazitäten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin heranzuziehen. Zum Jahresumsatz verwies die Antragstellerin auf das Gutachten von L vom 4. Februar 2014 zum Beweis dafür, dass bei Beauftragung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein erhöhtes Projektrisiko gegeben sei und ein nicht mehr vertretbares Verhältnis zwischen Unternehmensumsatz und Projektumsatz vorliege. Ergänzend beantragt die Antragstellerin die Beiziehung eines Sachverständigen für Bauwesen und Bauwirtschaft. Das Projektrisiko solle bei 0,2 liegen. Angaben über die Anzahl der Beschäftigten Dienstnehmer und über den Gesamtumsatz der letzten drei

Geschäftsjahre sollten die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nachweisen und seien von umso größerer Bedeutung, je größer das Projektrisiko des Unternehmers sei. Wenn man davon ausgehe, dass die Mischanlage der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin im Mittel 150 km von der Baustelle entfernt sei, führe das zu einer enormen Kostenbelastung im Verhältnis zu einer Entfernung der Mischanlage der Antragstellerin von lediglich 18 km. Umweltaspekte sprächen gegen eine derartig weite Asphaltverfuhr. Die Anlagen, die die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aus einer Konkursmasse erworben habe, könnten nicht für den gegenständlichen Auftrag herangezogen werden. Die Lagerwiesen im Verhältnis zum gesamten Auftragswert einen geringen Positionspreis auf. Ein Versagen der Lagerzeit durchaus geeignet, schwere Schäden an der Brücke zu bewerten, so dass es sich um eine wesentliche Leistung handle, die nur von normgemäß geeignetem Personal durchgeführt werden dürfe. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin fehle die Befugnis und technische Leistungsfähigkeit für die Abfallsammlung. Diese müsse sie nach Position 00B405F "Nachweiserbringung" selbst haben. Sie könne sich nicht auf ein mit ihm verbundenes Unternehmen stützen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin könne sich nicht auf eine Referenz zur Betoninstandsetzung stützen, dass Sie diese arbeiten nie selbst durchgeführt habe. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin benötige eine Genehmigung sowohl für das Sammeln von Abfällen, das sei das Abfräsen, als auch für das Behandeln, das sei das Zumischen von Recyclingmaterial. Gleiches gelte auch für den Lagerführerschein. Zum Asphalteinbau im verkürzten Bauteil 1 stünden unter normgemäß der Berücksichtigung der einzukalkulierenden Schlechtwettertage nur 16 Arbeitstage zur Verfügung. Kalkulatorisch müssten die Transportkosten des Asphalt berücksichtigt sein. Die ausschreibungsgemäßen 94 500 t verstünden sich zuzüglich einer Menge von 5 %. Es müsse daher mit zumindest 100 000 t Asphalt kalkuliert werden. Es sei daher unplausibel, dass mit einerseits 15 Tagen weniger Bauzeit und andererseits rund 100 km mehr Verfuhrweite annähernd derselbe Preis resultieren könne. Eine Gleichsetzung von Subunternehmern und verbundenen Unternehmen sei unzulässig. Die Antragstellerin lege das Gutachten von Herrn Prof.L vom 4. Februar 2014 zur Frage "Ab welchem Verhältnis zwischen Angebotssumme und Umsatz ist mit einem erhöhten Projektrisiko für den Auftraggeber zu rechnen?" vor.

Am 10. März 2014 erstattete die Antragstellerin noch eine Stellungnahme und führte darin im Wesentlichen aus, dass eine Bezugnahme auf den ANKO zum bloßen Nachweis der Befugnis des benannten Subunternehmers nicht zu beanstanden sei. Der Baumeister müsse sich bei der Durchführung von Arbeiten, die er übernommen habe und für die er keine Gewerbeberechtigung besitze, eines befugten Gewerbetreibenden bedienen. Das müsse insbesondere für reglementierte Gewerbe wie das Schlosserhandwerk und das Elektrotechnikgewerbe gelten. Daher müsse ein Subunternehmer namhaft gemacht werden. Dabei spiele es keine Rolle, ob es sich bei diesen Leistungsteilen um bloß 0,7 % der Gesamtleistung handle. Bei Fehlen eines entsprechenden Subunternehmers sei das Angebot auszuschneiden. Beton Instandsetzungsarbeiten dürften nur durch entsprechende Betriebe mit entsprechend geschulten Personal ausgeführt werden. Die Auftraggeberin habe offensichtlich nicht geprüft, ob die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin darüber verfüge. Wer Asphalt von öffentlichen Straßenflächen abtrenne, werde damit zum Abfallerzeuger. Das Fräsen sei nämlich nicht bloß der Lesevorgang, sondern auch der eigentliche erste Abfallbehandlungsschritt, indem aus den schlecht transportiert dann Asphaltchollen gut manipulierbares Prescott werde. Wegen des hohen Feinteilgehalts und des Wissens um den Betrieb sei dies eine Abfallbehandlungsanlage. Es sei nötig, dass der Auftragnehmer eine Befugnis zum Betrieb der mobilen Abfallbehandlungsanlage und eine Befugnis als Baumeister habe. Er müsse seine Befugnis mittels EDM-Portal nachweisen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin könne sich gerade nicht auf ein mit ihm verbundenes Unternehmen stützen. Sie hätte eine entsprechende Subunternehmererklärung vorliegen müssen. Die Referenzen müssten vergleichbare Leistungen umfassen. Zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verwies die Antragstellerin auf das bisher gesagte. Die Antragstellerin lege Unterlagen aus einem anderen Vergabeverfahren vor, die in der Beilage das wortgleiche Gutachten von Herrn Professor L enthielt. Es bezog sich auf einem vom Bundesvergabeamt nicht entschiedenes Verfahren. Weiters lege die Antragstellerin das Gutachten von Professor L vom 10. März 2014 zur Leistungsfähigkeit des Asphalteinbau für das "BVH A2 INS Völkermarkt Ost-West" vor, dass auf statistische Art und Weise nachzuweisen versucht sucht, welche Leistungen erzielt werden müssen, um eine ein Bauzeit von 15, 20, 25 usw. Tagen zu erreichen, welches Risiko für den Bieter bei einer unterschiedlichen Anzahl von Bezugsquellen besteht und wie groß das Risiko der kontinuierlichen Mischgut Versorgung in Abhängigkeit der Entfernung unter Berücksichtigung bekannter Störstellen ist.

Am 13. März 2014, beim Bundesvergabeamt am 14. März 2014 eingelangt, erstattete die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine weitere Stellungnahme. Darin führte Sie im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin trotz umfangreichen Vorbringens ihre Antragslegitimation nicht substantiiert begründet habe. Das Bundesverwaltungsgericht könne den Nachprüfungsantrag zurückweisen. Trotz der Baustelle bei der Umfahrung Klagenfurt sei ein Lkw Verkehr möglich. Der Zusammenschluss sei offenkundig gemäß § 1 KartG unzulässig. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe keine Subunternehmer oder verbundene Unternehmen nachgeschoben. Es könnten nicht ausschließlich Subunternehmer zum Nachweis der Eignung herangezogen werden. Der Begriff verbundene Unternehmen sei nicht mit dem Begriff Subunternehmer gleichzusetzen. Die Festlegungen der Auftraggeberin unter Punkt 1.1.24 "Subunternehmer" gelte nicht für verbundene Unternehmen. Unter gebotener Berücksichtigung der verbundenen Unternehmen und der genannten

Subunternehmer verfüge Sie über die geforderten Mitarbeiter und den geforderten Jahresumsatz. Bei dem Gutachten von Prof. L vom 4. Februar 2014 handle es sich um ein Rechtsgutachten und es sei nach dem Grundsatz "iura novit curia" davon auszugehen, dass das Bundesverwaltungsgericht diese Frage auch ohne Gutachter beurteilen könne. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe bloß vorgerechnet, dass bei einer Bauzeit von etwa fünf Monaten sich rechnerisch eine Einbauleistung von 630 t je Kalendertag ergebe. Die Antragstellerin habe selbst in ihrer Stellungnahme vom 5. Februar 2014 den Asphalteinbau von 100 000 t in fünf Monaten als erforderliche Referenz vorgebracht. Dies sage aus, dass bei einer Bauzeit von rund fünf Monaten im Schnitt 667 t Asphalt pro Kalendertag einzubauen seien. Der Bauzeitplan der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin komme den Anforderungen der Ausschreibung auch unter Berücksichtigung der Bauzeitverkürzung nach. Es sei eine Asphaltierdauer von 34 Arbeitstagen ohne Berücksichtigung von Samstagen, Sonn- und Feiertagen für die Herstellung der Haupttrasse berücksichtigt worden. Rampen sowie Auf- und Abfahrten seien an Wochenenden herzustellen. Alle erforderlichen vorgesehenen Maßnahmen zur Verkehrsumlegung, wenn erforderlichen Vorleistungen bis zum Asphaltieren und der Asphalteinbau selbst seien im Bauzeitplan berücksichtigt. Unter Wahrung der 30-tägigen Dispositionsfrist für die vom Auftraggeber durchzuführenden Leistungen ergebe sich auch für diesen selbst ein ausreichendes Zeitfenster zur Abarbeitung dieser. Die Annahmen der Antragstellerin zu Recyclingasphalt, den technischen Auswirkungen bei der Herstellung desselben seien an dieser Stelle unerheblich. Wesentlich sei, dass das heißt Mischgut in der vom Bauherrn und im Einklang mit den gültigen RVS stehenden Qualitäten auf die Baustelle transportiert und eingebaut werden. Etwa 38 % des Gesamtbedarfs an Asphalt für Bauphase eins sei ohne Recyclingzugabe. Diese Menge könne von beliebigen Mischanlagen bezogen werden. Es werde zur Einhaltung der von der Antragstellerin angebotenen Bauzeit eine mittlere Mischleistung von 1285 t von Nöten sein. Die Asphalt mit Mischanlage in Cleveland sei von der Baustelle im Mittel 115 km und nicht 150 km entfernt. Asphalt sei eine Lieferleistung und neben der Anlage in D stehenden der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin noch weitere Anlagen für den Bezug von Asphalt zur Verfügung. Diese seien nicht einmal bei Angebotsabgabe bekannt zu geben. Schon im Hinblick darauf, dass Asphaltmischgut eine sukzessive Leistungsteil und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin entsprechende Bezugsquellen zur Verfügung stünden, könne eine weitere Erörterung des Gutachtens von Prof. Hofstadler vom 10. März 2014 dahingestellt bleiben. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge über zwei Asphaltmischanlage. Sie verfüge auch über eine so genannte Mobile Asphaltmischanlage, die sich auf der Baustelle schnell aufbauen ließe. Sie verfüge über einen rechtsgültigen Genehmigungsbescheid. Die Ergebnisse des Gutachtens sein von der Auftraggeberin nicht gefordert worden. Den Ausschreibungsunterlagen sei nicht zu entnehmen, dass Sie über zwei Asphaltmischanlage verfügen müsse. Das Gutachten zeige auch, dass eine einzige Asphalt Bezugsquelle ausreiche, wenn dies auch mit einem bestimmten Risiko verbunden sei. Die Leistung ließe sich auch über die Mischanlage in alleine erbringen. Der Lagerführerschein und die Abfallsammler Erlaubnisse zählten nicht zum Begriff der Befugnis. Führerscheine und sonstige Genehmigungen seien Teil der technischen Leistungsfähigkeit, die der Auftraggeber fordern könne aber nicht müsse. Wenn Sie nicht gefordert werden, seien sie bei der Eignungsprüfung nicht zu berücksichtigen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfüge gemeinsam mit ihren Subunternehmern und verbundenen Unternehmen über diese Nachweise und Mitarbeiter und werde die Leistung entsprechend erbringen. Die von der Antragstellerin angesprochene Zusammenarbeit sei nicht als Referenz herangezogen worden. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe bereits mehrfach Betoninstandsetzungen bei Brückensanierungen des Landes Steiermark selbst ordnungsgemäß ausgeführt. Dafür habe Sie eine anerkannte Fachfirma namhaft gemacht. Die vorgebrachten 16 Arbeitstage zum Asphalteinbau bei einer Bauzeitverkürzung von 15 Tagen seien weder belegt noch nachvollziehbar. Die Auftraggeberin habe sogar eine Bauzeitverkürzung von 30 Tagen vorgesehen. Insgesamt stünden ohne Bauzeitverkürzung 64 Arbeitstagen und elf Samstagen zur Verfügung. In Bauphase zwei habe selbst die Antragstellerin kein Problem, die gleiche Leistung innerhalb von 50 Arbeitstagen und acht Samstagen durchzuführen. Die Bauvorhaben, die ein Mitglied der Antragstellerin durchgeführt habe, belegten, dass vergleichbare Bauvorhaben auch dann erbracht werden könnten, wenn in einem Umkreis von 80 km keine Asphaltmischanlage zur Verfügung stünde. Die Transportkosten seien selbstverständlich im Angebotspreis berücksichtigt worden. Bei einer sachgemäßen Bauausführung sei von 94 500 t Asphalt auszugehen. Es sei nicht jedenfalls Mehrmengen von 5 % zu verbauen. Die maßgeblichen Regelwerke der RVS sehen vor, Mehrmengen bis zu 5 % zu vergüten, aber auch Mindermengen in Abzug zu bringen. Zur Beurteilung der Nebenrechte nach der Gewerbeordnung sei ausschließlich auf den Wert der Arbeiten abzustellen. Eine Berufung darauf sei möglich, wenn sie bloß 0,7 % der Gesamtleistung ausmachten. Im Übrigen seien auch keine wesentlichen Elektrotechnikerleistungen und Schlosserleistungen ausgeschrieben. Die Angaben der Antragstellerin über den vollflächigen Einbau von 18,5 cm Asphalt in drei Lagen entsprächen nicht den Vorgaben und Plänen der Ausschreibung. Die Ausschreibungsfehler einen Zweilagenaufbau von 7 cm und 3,5 cm sowie die als Vollziehung von mehr Tiefen gemäß den der Ausschreibung bei gelegten Plänen und Gutachten vor. Somit ergeben sich zweifelsfrei andere Tonnage als die im Gutachten angesetzt. Auch sein die gewählten Einsatztage eher im oberen Bereich der Hilfsprogramme anzusetzen, da auch bei einer Bauzeitverkürzung von 15 Tagen zumindest 30 Tage für den Asphalteinbau zur Verfügung stünden. Den Ausführungen über die Zwangspunkte fertiger, Lkw spielt, Leistungsfähigkeit der Mischanlage sei nahe liegend und nachvollziehbar, wenn auch aufgrund der bereits angesprochenen und präzisen Angaben nicht zur Gänze heranzieht dar. Zusammenfassend attestierte das Gutachten bei Einsatz von zwei Mischanlagen und einer Bauzeit von zumindest 25 Tagen

jedenfalls ein vertretbares Risiko. Das Ausführungskonzept sehe den Einsatz von zwei Asphaltmischanlagen vor, deren Einsatz auf die unterschiedlichen Mischgut Sorten des Bauvorhabens abgestimmt sei. Dies ermögliche ein kontinuierliches Vortreiben der Binderschichten bis zu deren Fertigstellung und es ermögliche einen so zeitigen Nachlauf der SMA-Schicht, so dass diese kurz nach Fertigstellen der Binderschichten, zwei Arbeitstage später, ebenfalls vollständig eingebaut sei. In Analogie zu den Annahmen des Gutachtens und des Mittelstreifens ergebe sich bei den zur Verfügung stehenden 32 Arbeitstagen eine Mischgut Produktionssein 1256,25 t pro Tag. Bei Einsatz von im Unternehmen vorhandenen mehreren geeigneten Asphaltmischanlagen sei auch diese gestaffelte parallel laufende Arbeitsbewältigung ohne größere Risiken bewältigbar. Aus den bereits übergebenen Unterlagen sei ersichtlich das ausreichend Lkw zum ausreichenden Mischgut Transport auf die Baustelle zur Verfügung stünden. Ausgehend von einem 2013 abgewickelten Bauvorhaben der als Senat auf Höhe Klagenfurt könne man aufgrund von nach Kalkulationen und beispielhaften Auszügen der Go-Maut Abrechnungen eine Durchschnittsgeschwindigkeit von 70 km/h heranziehen. Der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei aus dem vorliegenden Gutachten kein Widerspruch zu der von ihr vorgesehenen Bauweise und Projektabwicklung zu erkennen, vielmehr eine Bestärkung des von ihr angedachten Konzepts. Sie beantragt den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen in eventu abzuweisen.

Am 14. März 2014 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Darin hielt der Verhandlungsleiter fest, dass sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin bereits in ihrem Angebot auf die Mittel Dritter berufen habe. Die entsprechenden Patronatserklärungen seien im ANKÖ abrufbar. Darüber hinaus habe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin Unterstützungserklärungen vorgelegt. Dies habe sie bereit im Angebot getan. Im Zuge der Angebotsprüfung habe sich die ASFINAG diese bestätigen lassen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin habe vier Referenzen im Straßenbau mit einem Auftragswert von mehr als € 1 Million vorgelegt. Eine davon habe auf einer Autobahn stattgefunden. Eine andere habe Leistungen der Brückensanierung umfasst. In der Subunternehmererklärung der im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei kein Subunternehmer für den Lagertausch genannt. Herr Dr. Claus Casati, Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, brachte vor, dass die zu tauschenden Lager geliefert und von einem Mitarbeiter des Lieferanten unter Anleitung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin eingebaut werden sollten. Es handle sich nur um die Montage eines zu liefernden Bauteils. Die übrigen Leistungen in dieser Position würden von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erbracht. Die sechs Elastomerlager samt Einbau durch eine Fachkraft mit "Lagerführerschein" nach ÖNORM 4022 und Versand machten nach dem Angebot, das die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eingeholt habe, zwischen € 4.000 und € 5.000 inklusive USt aus. Die Montage alleine mache weniger als € 900 aus. Nach Einsichtnahme in das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin stellte der Verhandlungsleiter fest, dass ein Subunternehmer in der Subunternehmererklärung genannt sei, der in seiner Subunternehmererklärung für die Betonsanierung zur Verfügung stehe. Im Subunternehmerverzeichnis sei er dafür nicht namhaft gemacht worden. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gibt an, dass für Hochdruckwasserstrahlarbeiten kein Subunternehmer namhaft gemacht ist. Herr Ing. M, Mitarbeiter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin, gibt an, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Hochdruckwasserstrahlarbeiten selbst durchführe und dies in geringem Ausmaß bereits auf anderen Baustellen gemacht habe. Die Gerätschaften dazu würden angemietet. Herr Dr. Rainer Kurbos, Rechtsvertreter der Antragstellerin, gab dazu an, dass beim Hochdruckwasserstrahlen Beton mit 2000 bar Wasserdruck abgetragen werde. Dies erfordere ein Spezialgerät und eine speziell eingeschulte und eingespielte Mannschaft. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wies darauf hin, dass diese Leistung etwa € 10.000 insgesamt ausmache. Herr DI N, Mitarbeiter der Auftraggeberin, gab an, dass es sich bei dem gegenständlichen Autobahnabschnitt um eine Asphaltkonstruktion handle. Im Zuge des gegenständlichen Auftrages sollten die obersten 6 cm abgefräst und durch eine 12 cm dicke Asphaltsschicht ersetzt werden. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gab an, dass ein verbundenes Unternehmen die Fräsarbeiten durchführen solle. Es habe eine Patronatserklärung abgegeben. Der Verhandlungsleiter hielt fest, dass dieses Unternehmen nicht in der Subunternehmerliste namhaft gemacht sei. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass die Antragstellerin zur Frage der Antragslegitimation, wie sie von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bezweifelt worden sei, Vorbringen erstattet habe. Die B alleine hätte keine ausreichenden Ressourcen. Angesichts der kurzen Bauzeit und der Verwendung von Recyclingmaterial wäre mit einer Mischanlage alleine nicht das Auslangen zu finden. Zum Nachweis diene auch das Gutachten Prof. Hofstadler. Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wäre das Formblatt Solidarhaftung des Subunternehmers auszufüllen. Eine reine Patronatserklärung genüge nicht. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gab an, dass eine stationäre Mischanlage mit einer durchschnittlichen Entfernung von 115 km zur Baustelle zur Verfügung stehe. Die Fahrzeit betrage etwa 1,5 h bei einer Durchschnittsgeschwindigkeit von 70 km/h. Eine semimobile Mischanlage solle für andere Bauaufträge zur Verfügung stehen. Sie werde gerade aufgebaut. Ein Sublieferant in einer Entfernung von 80 km und einer Fahrzeit von 1 h 20 stehe ebenfalls zur Verfügung. Recyclingmaterial könne nur die erstgenannte Mischanlage verarbeiten. Jene Teile des Mischgutes, die keine Beimengung von Recyclingmaterial erforderten, sollten aus der drittgenannten Mischanlage angeliefert werden. Die erstgenannte Mischanlage habe eine Tageskapazität von etwa 1.600 t bei Verwendung von Recyclingmaterial. Die drittgenannte Mischanlage habe

eine Tageskapazität von etwa 1.400 t. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin gab an, dass der Antragstellerin die Mischanlage Mittertrixen in einer Entfernung von 15 km mit einer Fahrzeit von 15 Minuten und einer Tageskapazität von 1.300 t sowie die Mischanlage J in einer Entfernung von 18 km mit einer Fahrzeit von 20 Minuten und einer Tageskapazität von 2.000 t bei Beigabe von Recyclingmaterial zur Verfügung stehe. Die erstgenannte Anlage könne kein Recyclingmaterial verarbeiten, die zweite schon. Herr DI N gab an, dass die Auftraggeberin keine Bauzeitpläne von den Bietern verlangt habe. Auf Grund der Erfahrung mit vorherigen Baulosen sei klar gewesen, wie der Bauablauf zu gestalten sei. Festgehalten wurde, dass die Auftraggeberin und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin von einer Arbeitszeit von 10 Stunden/Tag an 5 Tagen der Woche ausgingen. Die Antragstellerin gehe von einer Normalarbeitszeit von 39 Stunden pro Woche und einer Stunde Mehrarbeit aus. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gehe von 35 Mitarbeitern aus, die auf der Baustelle beschäftigt seien. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin gab an, dass zum Betrieb eines Fertigers 6 Mitarbeiter notwendig seien. Herr DIN gab an, dass in der 1. Phase 102 Kalendertage und in der 2. Phase 67 Kalendertage zur Verfügung stünden. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin brachte vor, dass in der 1. Phase auch der Mittelstreifen zu asphaltieren sei, da andernfalls keine uneingeschränkte Verkehrsfreigabe erreicht werden könne. Herr DI N gab an, dass nach Ende der 1. Phase die Zugbandwirkung gegeben sein müsse. Herr DI P gab an, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit Überstunden kalkuliert habe. Er habe dies nachgerechnet und für plausibel erachtet. Nach Einsicht in die Überprüfung gab der Senat die Berechnungstabelle von DI P zurück. Festgehalten wurde, dass sich diese Kalkulation nachvollziehen lasse. Herr DI N gab an, dass die Bauzeitverkürzung 15 Kalendertage betrage. Herr Ing. Stross gab an, dass die Bauzeitverkürzung effektiv 8 oder 9 Arbeitstage betreffe. Es sei auch ein verlängertes Wochenende, an dem nicht gearbeitet werden dürfe, in dieser Verkürzung enthalten. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin gab an, dass an Sonn- und Feiertagen sowie in der Nacht Mischanlagen in der Regel nicht zur Verfügung stünden und daher keine Asphaltierungsarbeiten vorgenommen werden könnten. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wies darauf hin, dass die Rampen zwingend an Samstagen und Sonntagen zu asphaltieren seien. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin legte zum Nachweis, dass eine Asphaltierungsdauer von 16 Tagen unmöglich sei, einen Bauzeitplan vor. Herr DI N gab an, dass circa 50.000 t Asphalt in der 1. Phase einzubauen seien. Unabhängig von der Bauzeitverkürzung müssten 45.000 t bis Ende Mai eingebaut werden. Im Mittelstreifen seien etwa 3.000 t zu verbauen. Der Mittelstreifen müsse bei der angebotenen Bauzeitverkürzung 8 Tage früher fertig sein. Überdies könnten Arbeiten parallel ausgeführt werden. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin führte aus, dass das Vorbringen, dass eine Bauzeitverkürzung von 15 Tagen nur unter Missachtung der Festlegungen der Ausschreibung möglich sei, durch ein Gutachten eines Sachverständigen für Bauwesen zu untermauern sei. Insbesondere mit der technischen Ausstattung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin sei dies nicht möglich, sodass ihr die technische Leistungsfähigkeit für die verkürzte Bauzeit fehle. Herr R, Mitarbeiter der Rechtsabteilung der Auftraggeberin, brachte vor, dass der von der Antragstellerin vorgelegte Bauzeitplan erhebliches Forcierungspotential und Reserven zeige. Im Übrigen gehe die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin von 32 bis 35 Tagen für den Asphalteinbau aus. Samstage stellen eine Reserve für Schlechtwettertage dar. Der Rechtsvertreter der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gab an, dass Forcierungspotential auch für ihn erkennbar sei. Fräsarbeiten und Asphaltierungsarbeiten müssten nicht hintereinander, sondern können parallel ausgeführt werden. Der Rechtsvertreter der Antragstellerin bestritt, dass 32 Tage für das Asphaltieren bei der angebotenen Bauzeitverkürzung möglich seien, bis 29. März 2014 müssten alle Vorarbeiten fertig sein. Fräsarbeiten parallel zu Asphaltierungsarbeiten durchzuführen sei deshalb nicht möglich, weil das Fräsplanum von einem Zivilingenieur abgenommen werden müsse. Zum Beweis beantragte er ein Sachverständigengutachten.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH führt unter der Bezeichnung "A2 Süd Autobahn INS und INB Völkermarkt Ost - West" ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip durch. Ausschreibungsgegenstand sind Generalplanerleistungen. Der CPV-Code ist 45233110 - Bauarbeiten für Autobahnen. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 11.925.000 ohne USt. Dazu veröffentlichte die Auftraggeberin eine Vorinformation und die Bekanntmachung der Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der EU vom und im Amtlichen Lieferungsanzeiger. Am 25. November 2013 berichtigte die Auftraggeberin die Ausschreibung. Am 3. Dezember 2013 berichtigte die Auftraggeberin die Ausschreibung und änderte die Auftraggeberin den Termin für die Angebotsabgabe und den Zeitpunkt der Angebotsöffnung. (Auskunft der Auftraggeberin; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Ausschreibungsunterlagen lauten auszugsweise wie folgt:

"B.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

Bauleistungen

Offenes Verfahren

...

B.1 Ausschreibungsbestimmungen

Die Ausschreibungsbestimmungen regeln alle Fragen im Zusammenhang mit der Vergabe der gegenständlichen Leistungen. Sie bestehen aus

1. den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen
2. den projektspezifischen Ausschreibungsbestimmungen (LG00, ULG 00B1)

1.1 Allgemeine Ausschreibungsbestimmungen

...

1.1.5 Vergabeverfahren und Art des Auftrages

Das Vergabeverfahren wird als offenes Verfahren gemäß § 25 Abs 2 Bundesvergabegesetz 2006 idgF (in der Folge BVergG) geführt.

...

Der Auftrag ist ein Bauauftrag gemäß § 4 BVergG.

...

1.1.12 Form und Einreichung der Angebote

Der Bieter ist - bei sonstigem Ausscheiden - verpflichtet, die im Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebende Unterlagen (Ausscheidenssanktion)" angeführten Teile mit dem Angebot abzugeben.

Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen verlangte Unterlagen sind - sofern ein behebbarer Mangel vorliegt - über Aufforderung binnen der im Aufforderungsschreiben genannten Frist bei der vergebenden Stelle nachzureichen.

Dem Angebotsdeckblatt sind sämtliche Formblätter angeschlossen. Klarstellend wird festgehalten, dass sich die oa. Verpflichtung zur zwingenden Abgabe von Unterlagen nur auf jene Formblätter des Angebotsdeckblattes bezieht, welche dort (auf dem Angebotsdeckblatt unter "zwingend mit dem Angebot abzugebenden Unterlagen "Ausscheidenssanktion") ausdrücklich angeführt sind. Alle übrigen Formblätter sind nachforderbare Unterlagen gemäß Teil B.6 der Ausschreibung.

Die Angebote sind vollständig und mit den vorgesehenen Textvordrucken und Formblättern auszufüllen. Es können auch Ergänzungsblätter verwendet werden, wenn die Formblätter bzw. die darin enthaltenen Felder für die Angaben des Bieters nicht ausreichend sind.

Das Angebot hat bis spätestens zu der am Angebotsdeckblatt festgelegten Frist (siehe Angebotsdeckblatt) einzugehen. Im Falle einer Berichtigung mit Fristverlängerung gilt als Ende der Angebotsfrist der in der Berichtigung angegebene Termin.

Die Angebote sind so rechtzeitig hochzuladen, abzugeben oder per Post abzuschicken, dass sie spätestens bis zum Ende der Angebotsfrist auf der Plattform @-AVA-Online oder am Ort der Angebotsöffnung (siehe Angebotsdeckblatt) vorliegen. Das Risiko des rechtzeitigen Eingangs trägt der Bieter. Später einlangende Angebote werden nicht berücksichtigt.

Im Angebotsdeckblatt wird unter "Angebotsabgabe und Ort der Angebotsöffnung" festgelegt, ob die Angebote in elektronischer oder schriftlicher Form (Papier) einzureichen sind. Auf Basis dieser Festlegung sind die zugehörigen Kapitel weiter unten zu beachten.

Stimmen die Preise gemäß Angebotshauptteil (elektronisches Angebot) mit denen im Angebotsdeckblatt nicht überein, so gelten vorrangig die Angaben gemäß Angebotshauptteil.

Ein allfällig verlangtes Vadium ist unabhängig von der Art der Angebotseinreichung jedenfalls schriftlich als Original innerhalb der Angebotsfrist am Ort der Angebotsöffnung gemäß Angebotsdeckblatt abzugeben.

...

1.1.17 Angebotsprüfung

Die Prüfung der Angebote erfolgt nach den Bestimmungen der gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen.

Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot selbst, oder über die geplante Art der Durchführung oder werden Mängel festgestellt, die das Angebot mit einer Ausscheidung bedrohen, so hat der Bieter die Möglichkeit innerhalb einer angemessenen Frist eine verbindliche schriftliche Aufklärung abzugeben. Erfolgt seitens des Bieters keine fristgerechte Aufklärung, so wird das Angebot ausgeschieden.

Die Wahl des Angebotes für den Zuschlag wird nach den hierfür in den vorstehenden Vergabegrundlagen enthaltenen Kriterien und Bestimmungen getroffen.

...

1.1.23 Bietergemeinschaften / Arbeitsgemeinschaften

Bietergemeinschaften sind zulässig.

...

1.1.24 Subunternehmer

Die Weitergabe von Teilen der Leistung an Subunternehmer ist zulässig. Die Weitergabe des gesamten Auftrages ist unzulässig.

Der Bieter hat nur hinsichtlich wesentlicher Teile des Auftrages die beabsichtigte Vergabe von Subaufträgen bekannt zu geben.

Auftragsteile sind dann wesentlich, wenn der Bieter für diese nicht selbst über die erforderliche Befugnis, technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit verfügt und aus diesem Grund einen entsprechend geeigneten Subunternehmer namhaft macht.

Insbesondere wird auch auf Leistungen kleineren Umfanges hingewiesen. Auch für solche Leistungen muss die notwendige Befugnis nachgewiesen und gegebenenfalls im Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" angeführt werden, soweit der Bieter zur Ausführung dieser Leistungen nicht gemäß den Bestimmungen des § 32 bzw. § 99 GewO befugt ist.

Für die in den Ausschreibungsunterlagen als wesentlich definierten Teile des Auftrages (siehe auch ULG 00B1) sind die vorgesehenen Subunternehmer zu nennen und in der entsprechenden Liste (Formblatt "Subunternehmerverzeichnis") vollständig anzuführen.

Für diese Subunternehmer sind folgende Nachweise vorzulegen:

Sämtliche Eignungsnachweise, die vom Bieter gefordert sind, soweit sie für den Leistungsteil des Subunternehmers relevant sind.

Nachweis über die Verfügungsmöglichkeit des Subunternehmers (Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers").

Sollte der Subunternehmer zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters genannt werden, ist eine Erklärung des Subunternehmers vorzulegen, wonach dieser sich verpflichtet, im Auftragsfall mit dem Bieter solidarisch zu haften.

Erklärung über die solidarische Haftung des Subunternehmers gegenüber dem AG, falls sich der Bieter zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten des Subunternehmers stützt.

1.1.25 Eignungskriterien

1.1.25.1 Allgemeines

Es reicht vorerst aus, dass der Bieter/die Bietergemeinschaft erklärt, dass er/sie das Vorliegen der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Eignungsanforderungen bestätigt (Erklärung des Bieters) und seine/ihre Befugnisse im Formblatt "Eigenerklärung des Bieters" anführt.

Auf Verlangen des AG sind die geforderten Eignungsnachweise jedoch unverzüglich, spätestens binnen 7 Tagen vorzulegen. Von jenen Bieter, die für den Zuschlag in Frage kommen, wird der AG den Nachweis der Eignung jedenfalls verlangen.

Das Alter der geforderten Nachweise darf 12 Monate nicht überschreiten. Stichtag ist das Ende der Angebotsfrist. Für den Nachweis der Eignung ist die Abgabe einer Kopie ausreichend. Über Verlangen des AG ist der Nachweis mittels einer beglaubigten Abschrift zu führen.

Ausdrücklich wird darauf hingewiesen, dass die mögliche Nachweiserbringung durch den Bieter betreffend die Eignung Befugnis, die Zuverlässigkeit und die Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 4 BVergG im Wege des Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) möglich ist. Dafür sind seitens des Bieters der beim ANKÖ gelistete Firmencode und die Firmenbuchnummer bekannt zu geben.

Sollten im ANKÖ die vom AG geforderten Nachweise nicht vollständig verfügbar sein bzw. die Inhalte dieser Nachweise nicht den Ausschreibungsbestimmungen entsprechen, so hat der Bieter die fehlenden bzw. unvollständigen Nachweise dem AG (nach Aufforderung) zu übermitteln.

Die Möglichkeit der Nachweiserbringung im Sinne des § 76 BVergG wird durch diese Bestimmungen nicht berührt.

Folgende Nachweise gemäß §§ 70 ff BVergG werden vom AG verlangt:

1.1.25.2 Nachweis der Befugnis

Der Bieter muss nachweisen, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderliche Berechtigung besitzt.

Dieser Nachweis ist vom Bieter (jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft und jedem genannten Subunternehmer) zu führen durch

die Vorlage der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

1.1.25.3 Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit

...

1.1.25.4 Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist.

1.1.25.5 Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist.

...

B.2 Baubeschreibung/Pläne/Gutachten

Bauleistungen

...

B.3 Technische Vertragsbestimmungen für den Straßen- und Brückenbau

Bauleistungen

Offenes Verfahren

...

3.2 Projektsspezifische technische Bestimmungen

Die projektsspezifischen Bestimmungen sind in der LG00 der B5 (LV) zu finden.

...

B.4 Allgemeine rechtliche Vertragsbestimmungen

Bauleistungen

...

5. Vertrag

5.1 Vertragsbestandteile

...

5.1.3 Reihenfolge der Vertragsbestandteile (Punkt 5.1.3 der ÖNORM gilt nicht und wird wie folgt geändert)

Ergeben sich aus dem Vertrag Widersprüche, gelten die Vertragsbestandteile in nachfolgender Reihenfolge:

1. Schlussbrief;

2. Angebotsdeckblatt;

3. B.6 [inkl. LG00B6];

4. B.5 [inkl. LG00B5] (Ergänzend zum LV sind sämtliche Bestimmungen des Vertrages, insbesondere die Ergänzungen des Teiles B 3, bei der Kalkulation und Ausführung zu berücksichtigen. Klarstellend wird festgehalten, dass Ergänzungen keinen Widerspruch im Sinne der vertraglichen Widerspruchsregel darstellen. Verweise auf Dokumente außerhalb des Vertrages (z.B. Richtlinien, Normen, RVS), insbesondere aus dem LV, sind stets nachrangig zu sämtlichen Vertragsbestandteilen);

5. B.4 [inkl. LG00B4];

- 6. B.3 [inkl. LG00B3];
- 7. B.2 [inkl. LG00B2] (Pläne vor Gutachten, beide vor der Baubeschreibung);
- 8. B.1 [inkl. LG00B1];
- 9. Normen technischen Inhalts (auch dann, wenn in den vorgenannten Bestimmungen hierauf verwiesen wird);
- 10. die ÖNORMEN (Werkvertragsnormen der Serien B 22xx und H 22xx) mit vornormierten Vertragsinhalten, die für einzelne Sachgebiete gelten;
- 11. die ÖNORM B 2118 sowie die ÖNORMEN B 2111;
- 12. Richtlinien technischen Inhalts.
- 13. Allgemeine gesetzliche Bestimmungen (UGB und ABGB)

Innerhalb der jeweiligen Ausschreibungsteile gelten die projektspezifischen Bestimmungen für den Einzelfall vorrangig zu den allgemeinen Bestimmungen. Die projektspezifischen Bestimmungen der LG00 gelten auf gleicher Ebene wie die dazugehörigen B-Teile.

5.2 Vertragspartner

5.2.1 Vertretung (es gilt Punkt 5.2.1 der ÖNORM mit folgenden Ergänzungen)

5.2.1.1 Vertretung des AG

Der AG wird durch den Projektleiter vertreten.

Die vom AG bestellte örtliche Bauaufsicht (ÖBA) vertritt den AG bei der Abwicklung des Bauvertrages, deren Weisungen vom AN und seinen Leuten, aber auch von seinen Subunternehmern und Zulieferanten sowie deren Leuten stets unverzüglich zu befolgen sind. Die ÖBA ist auch zur Zustimmung betreffend der Fortführung der Leistung (gem. B 2118 7.5.1 bzw. 7.4.4. Abs 2) bei Störung der Leistungserbringung berechtigt. Zu Vertragsanpassungen, Anordnung von Leistungsänderungen sowie zur Vertretung des AG in der Partnerschaftssitzung ist die ÖBA nicht berechtigt.

...

(es gilt Punkt 5 der ÖNORM mit folgenden Ergänzungen/Änderungen)

B.5 Leistungsverzeichnis

Bauleistungen

Offenes Verfahren

00 Projektspezifische Bestimmungen

Die Bestimmungen der LG 00 gelten für das gesamte Leistungsverzeichnis (LV).

00B1 Ausschreibungsbestimmungen

Ständige Vorbemerkungen:

- 1. Ausschreibungsbestimmungen - siehe B.1

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

00B102 Bietergemeinschaften

Die Anzahl der Mitglieder einer Bieter/Arbeitsgemeinschaft ist jedoch mit 3 beschränkt.

00B103 Subunternehmer

00B103B Subunternehmer %-Satz

Über die in der B.1 als wesentlich definierten Auftragsteile sind auch folgende Auftragsteile wesentlich im Sinne der B.1.

Leistungssteile von mehr als 20% der Gesamtangebotssumme, die an Subunternehmer vergeben werden. Dieser %-Satz gilt je Subunternehmer.

00B104 Eignung

00B104A KSV Rating

Zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zumindest folgendes nachzuweisen:

Die aktuelle Bonität mit einem Rating (Gesamtbewertung) des Kreditschutzverbandes von 1870 mit einem Wert von < 400 bzw. Vorlage eines vergleichbaren Ratings einer vergleichbaren Ratingagentur.

Dieser Nachweis ist durch Beilage folgender Unterlagen zu führen:

Aktuelle Bonitätsauskunft des Kreditschutzverbandes von 1870 oder einer gleichwertigen Einrichtung

00B104C Personalausstattung

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur B.1 zumindest folgendes nachzuweisen:

Der Bieter muss nachweisen, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt.

Es ist gemäß Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" der Nachweis des jährlichen Mittels der Mitarbeiter in den letzten 3 Jahren (bzw. für den seit Unternehmensgründung bestehenden Zeitraum bei Unternehmen, die jünger als drei Jahre sind) zu erbringen.

Als Mindestanforderung wird festgelegt, dass der Bieter den Nachweis über mindestens 50 Mitarbeiter im oben genannten Zeitraum erbringen muss. Bei Bietergemeinschaften kann die Personalausstattung der einzelnen Mitglieder aufaddiert werden.

Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest 12 Monaten (Hinweis: freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen sind im Subunternehmerverzeichnis anzuführen, falls diese als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit oder für die Zuschlagskriterien herangezogen werden).

00B104E Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters ist ergänzend zur B.1 zumindest folgendes nachzuweisen:

Referenzprojekte

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit sind mindestens 2 Referenzprojekte anzugeben, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind. Letzteres ist dann der Fall, wenn folgende

Kriterien erfüllt sind:

a) Kriterien:

2 Referenzen_Straßenbau (Asphalt, Beton) Umsatzvolumen > 1,0 Mio €

b) Beschränkung des Alters von Referenzen:

Es werden grundsätzlich nur Referenzprojekte mit einer Auftragserteilung ab dem 01.01.2002 anerkannt und gewertet.

c) Selbstdeklaration und Referenzzuordnung:

Im Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" sind Referenzprojekte anzugeben, die in weiterer Folge für die Auswertung der Eignungskriterien herangezogen werden.

Die Referenzprojekte nach Wahl des Bieters sind unter Angabe von

Projektsbezeichnung

AG

Kontaktaufnahmemöglichkeit

Datum der Auftragserteilung

Zeit und Ort der Bauführung

ursprüngliche Auftragssumme

ob die Arbeiten den anerkannten Regeln der Technik entsprachen, und ob sie ordnungsgemäß durchgeführt wurden

anzuführen.

Die vergebende Stelle behält sich vor, Auftraggeber-Bestätigungen über die ordnungsgemäße Ausführung der erbrachten Leistung (nicht jedoch für ASFINAG-Projekte) nachzufordern.

00B105 Zuschlagsprinzip und Angebotsbewertung

00B105A Bestbieter (ohne opt. Leistungen)

Von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden zufolge Paragraph 129 BVergG übrig bleiben, wird der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt.

Ermittlung der Punkte Qualität:

Punkte Qualität = 3

Ermittlung der Punkte Preis:

Die Preispunkte der Bieter errechnen sich aus folgender Formel:

$$\text{Punkte Preis} = (\text{Preis des Billigstbieters} / \text{Preis des Bieters}) * 97$$

Ermittlung der Gesamtpunkte:

Gesamtpunkte = Punkte Preis + Punkte Qualität

Der Bieter mit den höchsten Gesamtpunkten ist Bestbieter.

00B106 Zuschlagskriterien/-kriterium

00B106G Z

Zuschlagskrit.: Verkürzung Ausführungsdauer

Die Errechnung der Punkte "Verkürzung der Ausführungsdauer" erfolgt nach folgendem Schema:

Für die Verkürzung der im Teil B.4 vorgesehenen Ausführungsdauer, wenn dadurch eine frühere Verkehrsfreigabe möglich wird, wird pro Kalendertag nur für die Verkürzung der Ausführungsdauer der Bauphase 1, für die Verkürzung von 26.6. auf max. 27.5.2014 (=30 KT) 0,1 Prozentpunkte angerechnet. Werte dazwischen werden interpoliert.

In die Bestbieterermittlung gehen jedoch maximal 30 (nur für die Verkürzung der Ausführungsdauer der Bauphase 1, für die Verkürzung von 26.6. auf max. 27.5.2014 (=30 KT)) Kalendertage ein.

Für die Verkürzung der Ausführungsdauer ist folgender Termin maßgeblich: nur für die Verkürzung der Ausführungsdauer der Bauphase 1, für die Verkürzung von 26.6. auf max. 27.5.2014 (=30 KT) (Bezeichnung des ursprünglichen Termins, z.B. Montagebereitschaft BuS)

Eine Vorverlegung von Zwischenterminen ist im Ermessen des Bieters, wobei hiervon folgende unverschiebliche Zwischentermine

Sperren der Rampen

ausgenommen sind.

Die verschobenen Termine sind in gleicher Weise pönalisiert wie die ursprünglichen.

Die gem. ULG 00B4 festgelegten Vertragsstrafen für Termine und Stichtagspönalen beziehen sich

im Falle einer angebotenen Bauzeitverkürzung auf die sich dadurch neu ergebenden Termine.

...

00B108 Alternativ-/Abänderungsangebote

00B108F Z Einschränkungen/Mindestanforderungen für Alternativangebote

Projektspezifische Einschränkungen für Alternativangebote:

Alternativen mit RA Zugabe gemäß RVS sind zulässig.

Projektspezifische Mindestanforderungen für Alternativangebote:

Alternativen mit RA Zugabe gemäß RVS sind zulässig.

...

00B3 Technische Vertragsbestimmungen

Ständige Vorbemerkungen:

1. Technische Vertragsbestimmung - siehe B.3

Vorrangig zu den "Allgemeinen Technischen Vertragsbestimmungen" (Teil B.3) gelten folgende projektspezifische technische Vertragsbestimmungen.

00B301 Technische Vertragsbestimmungen - siehe B.3

...

00B301S Z Verwendung von Ausbauasphalt im Mischgut

Für die "Verwendung von Ausbauasphalt im Mischgut" werden folgende Punkte Vertragsbestandteil:

Die ASFiNAG ist bestrebt, im Sinne der Wirtschaftlichkeit und des Umweltgedankens das Recycling von hochwertigen Baustoffen zu fördern. Aus diesem Grund wurde beim gegenständlichen Bauvorhaben die Verwendung von Ausbauasphalt festgelegt.

Im Leistungsverzeichnis des Hauptangebotes sind einige Asphaltpositionen mit "RA20" ausgeschrieben. RA20 bedeutet, dass ein Anteil von 20% Recyclingasphalt (in Masse Prozent) bei der Mischgutherstellung beigemischt werden muss.

Alternativen mit RA Zugabe gemäß RVS abweichend von den ausgeschriebenen 20% RA Material Beimengung sind zulässig. Zugaben bis 10 Prozent werden analog Mischgut ohne RA Material behandelt und sind nicht zu definieren. Die Pönalregelung gilt analog zum angebotenen RA Anteil. D.h. z. B. AC22binder, PmB25/55-65, H1, G4, RA20, hier ist die Ausgangsbasis 20% RA Material zur Berechnung der Pönalen. Die Berechnung der Pönalen wird in Position 00B406W geregelt.

Herstellung von Asphalt unter Zugabe von Ausbauasphalt:

Die Herstellung des Mischgutes erfolgt nach den derzeit gültigen Richtlinien und Vorschriften.

Das Fräsgut des AN ist so trocken wie möglich zu lagern und einzubringen. Es ist zu berücksichtigen, dass durch die Kaltzugabe des trockenen Ausbauasphaltes in den Mischer die Asphaltmischguttemperatur abfällt. Für Anhaltspunkte bzw. Werte, die nicht in der gültigen RVS abgebildet sind, kann auf das aktuelle Merkblatt der deutschen FGSV "M WA - Merkblatt für die Wiederverwendung von Asphalt" zurückgegriffen werden. Erhältlich ist dieses unter:

(http://www.fgsv-verlag.de/catalog/product_info.php?products_id=2657&osCsid=93753d767424b8534cc2adce0a467f64).

Ebenfalls zu berücksichtigen sind die verlängerten Nachmischzeiten gegenüber Standardmischgut.

Die Gesteinstemperatur ist jedenfalls so zu wählen, dass eventuell nach einer entsprechenden Vormischzeit, die Mischguttemperatur zum Zeitpunkt der Auslieferung = 170°C beträgt.

Entstehender Wasserdampf ist durch geeignete maschinentechnische Maßnahmen schadlos abzuführen.

Alle Aufwendungen und Erschwernisse, welche sich durch die Produktion und den Einbau von Asphalt unter Zugabe von Ausbauasphalt ergeben, sind in die Einheitspreise einzukalkulieren und werden damit auch abgegolten.

Erweitertes Qualitätskriterium

Bei Ausführung "Verwendung von Ausbauasphalt im Mischgut" gilt als Qualitätskriterium zur Prüfung des Baustoffes Tcrack bei -25° als vereinbart.

Prüfung Anteil Ausbauasphalt

Die Prüfung betreffend des Anteils Ausbauasphalt wird direkt bei der Mischanlage durchgeführt. Der Nachweis erfolgt über die Chargenprotokolle bzw. das genehmigte Konzept der Nachweisführung.

Der AG behält sich vor die Mengen während der Herstellung zu prüfen. Jedenfalls sind die Chargenprotokolle inklusive einer Zusammenfassung in Excel nach dem Einbau oder durch Aufforderung durch den AG (oder dessen bevollmächtigten Vertreter) zu übergeben.

Die Lagerfläche ist dem AG (oder dessen bevollmächtigten Vertreter) jederzeit zugänglich zu halten.

Erstprüfungen für die Mischgutherstellung

Die Erstprüfung des Mischgutes bei Zugabe von Ausbaupasphalt muss spätestens 14 KT vor Einbaubeginn beim AG (oder dessen bevollmächtigten Vertreter) vorliegen.

Erweiterte Abnahmeprüfungen für die "Verwendung von Ausbaupasphalt im Mischgut"

Die Prüfung des Mischgutes erfolgt nach den derzeit gültigen Richtlinien und Vorschriften. Der AG behält sich vor bei Ausführung "Verwendung von Ausbaupasphalt im Mischgut" zusätzlich eine Prüfung nach GVO-Ansatz durchzuführen. Hierbei wird insbesondere auf das erweiterte Qualitätskriterium bei der Mischgutherstellung (Tcrack -25°) hingewiesen.

Der AG behält sich vor bei der Ausführung "Verwendung von Ausbaupasphalt im Mischgut" zusätzliche Abnahmeprüfungen am Asphaltmischgut nach GVO-Ansatz gem. RVS 08.16.06, Pkt. 7.5 bzw. Tab. 11 und 12 (sinngemäß) zur Beurteilung der Gebrauchseigenschaften durchzuführen.

Bei Prüfung nach dem GVO Ansatz ist mit einer höheren Anzahl von Einzelproben zu rechnen bzw. sind diese sicherzustellen. Ein Beispiel für einen Probenahmeplan ist in der RVS 08.16.06 Tabelle 6:

"Probenahmeschema für die Abnahmeprüfung" (Zeile "GVO Anforderungen") angeführt. Die RVS 08.16.06 befindet sich derzeit im Freigabelauf. Bis zur Veröffentlichung der RVS 08.16.06 durch das FSV gilt der "Gründruck" Stand 24.09.2012 als vertraglich vereinbart.

In Ergänzung der RVS 11.03.21, Tab. 3, erfolgt im Zuge der Abnahmeprüfung die Bestimmung der Kennwerte der Gesteinskörnungen, des Bindemittels und des Asphaltmischgutes (Kornform, Spurbildungsversuch, Eindringversuch) mind. 1 x auch für Flächen < 20.000 m². Bei Nichterreichen der geforderten Tcrack Werte wird auf die Regelung der RVS 08.16.06 "Gründruck" Stand 24.09.2012 Tabelle 11 und 12 verwiesen bzw. diese vertraglich vereinbart.

00B4 Rechtliche Vertragsbestimmungen

Ständige Vorbemerkungen:

1. Rechtliche Vertragsbestimmungen - siehe B.4

Vorrangig zu den "Allgemeinen rechtlichen Vertragsbestimmungen für Bauaufträge" (Teil B.4) gelten folgende projektspezifische rechtliche Vertragsbestimmungen.

...

00B405D Grundsätze der Materialdisposition

Generell gilt, dass vom AN sämtliche geltenden gesetzlichen Bestimmungen (z.B. AWG 2002, ALSAG, Deponieverordnung 2008, Bundesabfallwirtschaftsplan, landesrechtliche Bestimmungen, WRG 1959, Elektroaltgeräteverordnung - EAG VO idgF, usw.) im Zuge der Materialdisposition einzuhalten sind.

Wenn in der Ausschreibung keine eigenen Leistungspositionen für eine bestimmte Art der Entsorgung oder Verwertung/Wiederverwendung enthalten sind, ist das Material vom AN wegzuschaffen. Soweit die tatsächliche Materialbeschaffenheit den Ausschreibungsunterlagen (z.B. Baugrunderkundung, Voruntersuchungen etc.) entspricht, ist in diesem Fall ein gegebenenfalls abzuführender Altlastenbeitrag unabhängig von der Frage, wer in öffentlich-rechtlicher Hinsicht nach § 4 ALSAG Beitragsschuldner ist, vom AN zu tragen.

Im Fall von Mehrkostenforderungen des AN sind die geltend gemachten Ansprüche durch Verfuhrkarten auf Basis von Tagesmengen und Wiegescheinen (bei Bodenaushub: Verfuhrkarten und Lieferscheine) nachzuweisen.

Im Fall einer Abweichung der tatsächlichen Materialbeschaffenheit von der Dokumentation in der Ausschreibungsunterlage oder wenn in der Ausschreibung eine bestimmte Art der Entsorgung bzw. Verwertung/Wiederverwendung vorgesehen ist, ist ein gegebenenfalls anfallender ALSAG-Beitrag grundsätzlich vom AG zu tragen.

Ein Muster der Verfuhrkarten ist dem Anhang im Teil B.4 zu entnehmen.

00B405E Abfall

Sofern in den einzelnen Leistungspositionen nichts anderes bestimmt ist, geht das Eigentum an den Abfällen zum Zeitpunkt des Abbruchs bzw. Aushubs auf den AN über. Der AN ist ab diesem Zeitpunkt auch Abfallbesitzer iSd AWG.

Soweit der AN selbst zur Sammlung oder Behandlung der jeweiligen Abfallarten berechtigt ist, sind die Abfälle damit im Sinne des § 15 Abs 5a AWG übergeben und der AN ist gemäß § 15 Abs 5b AWG explizit mit der umweltgerechten Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle beauftragt.

Soweit der AN im Hinblick auf die jeweiligen Abfallarten selbst kein berechtigter Abfallsammler oder -behandler ist, oder als

berechtigter Abfallsammler oder -behandler die Sammlung bzw. die Behandlung nicht selbst durchführt, hat er zur Erfüllung der in § 15 Abs 5a und 5b AWG geregelten Vorgaben sicher zu stellen, dass die Abfälle an einen in Bezug auf die Sammlung oder Behandlung der jeweiligen Abfallart berechtigten Abfallsammler oder -behandler übergeben werden und die umweltgerechte Verwertung oder Beseitigung dieser Abfälle explizit (dh nachweislich; zB durch schriftlichen Vertrag oder durch Rechnung mit Ausweisung) beauftragt wird. Der AN muss sich vor der tatsächlichen Übergabe von Abfällen an einen Abfallsammler oder -behandler vergewissern, dass die Behandlung der Abfallart vom Umfang der Berechtigung des Abfallsammlers oder -behandlers umfasst ist.

Alle Verwiegunen (Vollverwiegunen und Leerverwiegunen) haben nur auf geeichten Wiegevorrichtungen zu erfolgen. Sie sind mittels Wiegescheinen zu dokumentieren. Verpackungs- und Fahrzeuggewichte sind gesondert auszuweisen. Die Angabe der Verwiegungsdaten hat in "Tonnen" zu erfolgen.

Auf die Verordnung über die Trennung von Baurestmassen, BGBl 1991/259, wird ausdrücklich hingewiesen; die in dieser Verordnung normierten Verpflichtungen sind vom AN einzuhalten.

00B405F Nachweiserbringung

Der AN hat dem AG entweder nachzuweisen, dass er selbst zur Sammlung oder Behandlung der jeweiligen Abfallarten berechtigt ist, oder aber eine gesetzeskonforme Weitergabe der Abfälle an einen berechtigten Abfallsammler oder -behandler erfolgt.

Der Nachweis der Berechtigung hat durch einen entsprechenden Auszug aus dem elektronischen Register der Abfallsammler- und Behandler des Umweltbundesamtes (EDM-Portal - ERAS) zu erfolgen. Sofern dies nicht möglich ist, ist der Nachweis durch Vorlage der für die Sammlung bzw. Behandlung der Abfälle notwendigen behördlichen Genehmigungen, Bewilligungen, Zurkenntnisnahmen und Nichtuntersagungen (anlagenrechtliche Genehmigungen, Gewerbeberechtigung, § 24 AWG-Berechtigung, § 25 bzw § 24a AWG-Erlaubnis) zu erbringen.

Die vorgeschriebenen Aufzeichnungen gemäß Abfallnachweisverordnung und/oder Abfallbilanzverordnung sind dem AG jedenfalls einmal jährlich sowie am Bauende, über Aufforderung des AG jedoch zusätzlich binnen 10 Werktagen, vorzulegen.

Die zu führenden Unterlagen (Dokumentationspflicht) müssen so detailliert sein, dass bei einer (auch unangemeldeten) Überprüfung durch die Abfall- oder Altlastenbehörde sofort mitgeteilt werden kann, wie Materialien entsorgt wurden, woher zwischengelagerte Materialien stammen, seit wann sie zwischengelagert werden und wofür diese verwendet werden.

...

00B405J Begleitscheine / gefährlicher Abfall

Der AN als Übernehmer von gefährlichem Abfall hat den Begleitschein vorzubereiten, insbesondere hat er die laufende Nummer am Begleitschein einzutragen. Falls sich der AN für die Beförderung eines Subunternehmers bedient, ist dieser am Begleitschein vom AN einzutragen bzw. diese Eintragung vom AN zu veranlassen.

Der AG deklariert nach Übergabe des vorbereiteten Begleitscheins Art, Menge, Herkunft und Verbleib und die Identifikationsnummer im Begleitschein. Im Anschluss daran wird der Begleitschein im Original dem AN oder dessen Subunternehmer übergeben. Eine Kopie des Begleitscheins ist dem AG sofort zu übergeben (Nachweisführung). Die vollständige Kopie ist dem AG nach Übergabe des Abfalls am Zielort (Sammler oder Behandler) zu übergeben.

00B405K Auftreten von kontaminiertem Material

Für die grundlegende Charakterisierung des Aushub-, Abtrag-, Ausbruch- und Abbruchmaterials gemäß ÖNORM S 2126 bzw. Deponieverordnung 2008 sind die entsprechenden Untersuchungen des AG, welche von diesem im Vorfeld der Ausschreibung veranlasst wurden, maßgeblich.

Wird im Zuge der Aushub-, Abtrag-, Ausbruch- oder Abbrucharbeiten Material angetroffen, welches augenscheinlich aufgrund organoleptischer Beurteilung nicht der grundlegenden Charakterisierung entspricht, ist ehestens der AG zu verständigen. Dem AG ist ein angemessener Zeitraum einzuräumen, um eine Überprüfung durch eine gemäß AWG befugte Fachperson oder Fachanstalt durchführen zu können.

Verwiesen wird darauf, dass bei allen Abbruchpositionen, aber auch bei Abbrucharbeiten, die als Nebenleistung in Positionen inkludiert sind, auch der vom AN gegebenenfalls abzuführende Altlastensanierungsbeitrag mit den jeweiligen Einheitspreisen abgegolten ist.

Das Wegschaffen des angetroffenen kontaminierten Materials, dessen Verunreinigung nicht durch den AN im Zuge des Baugeschehens verursacht wurde, wird vom AG vergütet.

00B405N Verwertung/Wiederverwendung und vorgegebene Entsorgung

Wenn in der Ausschreibung eigene Leistungspositionen für eine bestimmte Art der Entsorgung oder Verwertung/Wiederverwendung enthalten sind, ist vom AN gemäß den Grundsätzen des AWG mit Materialien aus Bauarbeiten so zu disponieren, dass soweit rechtlich möglich, kein Abfall anfällt.

Die vorgesehene Verwertung/Wiederverwendung ist insbesondere auch durch gezielte Erfassung, Qualitätssicherung, sortenreine Trennung bzw. Sortierungen/Behandlungen, (getrennte/zeitlich beschränkte) Zwischenlagerung zu ermöglichen.

Lässt sich aufgrund des Zustands der anfallenden Materialien (zB Schadstoffbelastung, Inhomogenität) die Abfalleigenschaft nicht vermeiden, so hat eine Zwischenlagerung und Behandlung/Aufbereitung nach Möglichkeit so zu erfolgen, dass keine Altlastenbeitragspflicht für den AG entsteht (z.B. Lagerzeit < 1 Jahr vor Beseitigung bzw 3 Jahre vor Verwertung gemäß AISAG).

Eine etwaige Zwischenlagerung und Aufbereitung hat an den vom AG zur Verfügung gestellten Flächen zu erfolgen.

Ein im Fall einer vertragswidrigen Disposition mit Abfällen durch den AN gegebenenfalls anfallender AISAG-Beitrag ist vom AN zu tragen.

...

00B406W Leistung - Vertragsstrafe (Anteil Ausbauasphalt im Mischgut)

Der Anteil an Ausbauasphalt hat mit einer Genauigkeit von ± 10 rel.-% zu erfolgen.

Die Abweichung ist immer in Bezug auf die Gesamteinbaumenge (=Summe an beigemengtem RA Material laut Chargenprotokollen) je Mischguttyp mit RA Beimengung zu betrachten.

Durch diese Regelung ergeben sich die folgenden Bandbreiten für die Produktion:

Sollmenge Ausbauasphalt gemäß angebotenen Prozentanteil: z.B.: 20 M.-% , Bandbreite: 18,0 bis 22,0 M.-%

Sollte die zulässige Bandbreite von ± 10 rel.-% überschritten werden, der Nachweis erfolgt über die Chargenprotokolle bzw. das genehmigte Konzept der Nachweisführung, tritt die folgende

Pönalregelung in Kraft:

Bandbreite: 0 bis ± 10 rel.-%

keine Pönale

Bandbreite: $> (10 \text{ rel.-% bis } 20 \text{ rel.-%})$ und $< (10 \text{ rel.-% bis } 20 \text{ rel.-%})$

Pönale von 10 % des Positionspreises der betroffenen Schicht bzw. Schichten (abgerechnete Menge mal Einheitspreis(en))

Abweichungen $> 20 \text{ rel.-%}$ und $< 20 \text{ rel.-%}$

Pönale von 20 % des Positionspreises der betroffenen Schicht bzw. Schichten (abgerechnete Menge mal Einheitspreis(en))

...

00B602 Beschleunigung der Angebotsprüfung

Um die Angebotsprüfung zu beschleunigen, wird der Bieter ersucht, alle nachstehende Unterlagen bereits mit dem Angebot vorzulegen:

K3- und K4-Blätter, K7-Blätter über alle Positionen

...

B.6 Bietererklärung

Bauleistungen

...

6.3 Auf Anforderung nachzureichende Unterlagen

Die folgenden Unterlagen sind, als integrierender Bestandteil des Angebotes soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, innerhalb binnen der im Aufforderungsschreiben angeführten Frist nachzureichen.

6.3.1. Formblatt "Verpflichtungserklärung des Subunternehmers"

6.3.2. Formblatt "Eigenerklärung des Bieters" sofern nicht bereits im Angebotsdeckblatt als zwingend abzugeben gefordert

6.3.3. Formblatt "Verbindlicher Personaleinsatzplan"

6.3.4. Formblatt "Beziehungen des Bieters bzw. der Mitglieder der Bietergemeinschaft zu am gegenständlichen Projekt beteiligten Auftragnehmern des AG"

- 6.3.5. Formblatt "Erklärung Mindestumsatz"
- 6.3.6. Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung"
- 6.3.7. Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten"
- 6.3.8. Datenträger gemäß ÖNORM A 2063 bzw. B 2063
- 6.3.9. Kalkulationsformblätter K3 sofern nicht im Angebotsdeckblatt verlangt
- 6.3.10. Kalkulationsformblätter K4 sofern nicht im Angebotsdeckblatt verlangt
- 6.3.11. Kalkulationsformblätter K7 für im Angebotsdeckblatt geforderte und zusätzliche Positionen als PDF-Datei, zwecks Aktivierbarkeit der Suchfunktion
- 6.3.12. entfällt
- 6.3.13. Zusätzliche Kalkulationsformblätter K5 und K6
- 6.3.14. Bieterlückenverzeichnis sofern nicht bereits im Angebotsdeckblatt als zwingend abzugeben gefordert
- 6.3.15. Auflistung der angebotenen Materialien mit Angabe des Fabrikates und Type und Produktdeklarationslisten
- 6.3.16. Sämtliche Material- und Systemeignungsnachweise bzw. Prüfzeugnisse
- 6.3.17. Personaleinsatz und Geräteeinsatzliste
- 6.3.18. Technischer Bericht zur Bauausführung
- 6.3.19. Planunterlagen als Ergänzung zum technischen Bericht mit jenen Angaben, die durch planliche Darstellungen besser erläutert werden können
- 6.3.20. Bauprogramm (schriftliche Darstellung und Beschreibung der einzelnen Bauabläufe)
- 6.3.21. Bauzeitplan (Balken- oder Weg/Zeit-Diagramm) inkl. Darstellung des kritischen Weges
- 6.3.22. Baustelleneinrichtungsplan
- 6.3.23. Sonstige in den Ausschreibungsunterlagen geforderte Unterlagen

Bei Alternativangeboten bzw. Abänderungsangeboten

..."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin öffnete die Angebote am 16. Dezember 2013, 14.00 Uhr. Die vier billigsten Bieter waren die Antragstellerin mit einer Angebotssumme von € 12.595.343,60, die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit einer Angebotssumme von € 12.600.671,51, und zwei weitere Bieter mit Angebotssummen von € 13.132.628,07 und €

13.331.839,90 jeweils ohne USt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte ihrem Angebot ein Begleitschreiben und eine Eigenerklärung bei. Sie gab darin fünf Subunternehmer für die Leistungsteile Bodenmarkierungen, Verkehrsführung und Verkehrssicherheit, Vermessung, Abdichtungsarbeiten und elastische Belagsfugen sowie Fahrzeugrückhaltesysteme und Stahlleitschienen an. Zusammen machen die Leistungen etwa 10 % des Auftrags aus. Dazu füllt sie das Formblatt "Subunternehmerverzeichnis" aus. Nur ein Subunternehmer legte eine

Subunternehmererklärung bei. Sie legte dem Angebot eine ANKÖ-Führungsbestätigung bei. Sie gab in der Eigenerklärung die Befugnis als Baumeister an. Schlosser- und Elektrotechnikleistungen machen im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin 0,7 % des Angebotspreises aus. die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab mit ihrem Angebot eine Eigenerklärung auf dem Formblatt der Auftraggeberin ab, in der sie die Befugnis als Baumeister und ihren Firmencode im ANKÖ angab. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Antragstellerin legte ihrem Angebot ein Begleitschreiben und eine Eigenerklärung bei. Sie verwies in ihrem Angebot auch hinsichtlich der Befugnis auf den ANKÖ. Die Antragstellerin legte Führungszeugnisse beim ANKÖ, Erklärungen über den Gesamtumsatz, der Mitarbeiter und der Referenzen bei. Sie nannte zwölf Subunternehmer mit einem Anteil von 16,7 % an der Leistung. Die Arbeiten betreffen Bodenmarkierung und Verkehrsabsicherung, den Abtrag bituminöser Schichten, Oberflächenschutz, Abdichtung von Beton, Schneiden, Beton- und Asphaltbohren, Betonsanierung, elastische Belagsdehnfugen, FRS Stahlleitschienen, Hochdruckwasserstrahlen, CN.as, Wasserableitungen, Schlosser, Geländer, PlaDOK und Vermessung sowie Spritzschutz. Die Subunternehmererklärungen liegen bei. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 16. Dezember 2013 lud die Auftraggeberin die Antragstellerin zu einem Bietergespräch am 8. Jänner 2014, 8.00 Uhr, ein und forderte die Nachreichung von Unterlagen. Am 19. Dezember 2013 reichte die Antragstellerin ein Begleitschreiben, K3-, K4-, K5- K6- und K7-Blätter sowie eine Materialliste nach. Am 8. Jänner 2014, 8.00 Uhr bis 9.30 Uhr, fand ein Aufklärungsgespräch mit der Antragstellerin statt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 16. Dezember 2013 lud die Auftraggeberin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu einem Bietergespräch am 10. Jänner 2014, 8.00 Uhr, ein und forderte sie auf, K3-, K4-, K5-, K6- und K7-Blätter sowie Referenzprojekte und die Personalausstattung nachzureichen. Am 23. Dezember 2013 reichte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ANKÖ-Führungszertifikate, ein Begleitschreiben, ein E-Mail, K3-, K4-, K5-, K6- und K7-Blätter, Patronatserklärungen, Unterstützungserklärungen, Referenzbescheinigungen und Umsatzerklärungen verbundener Unternehmen ein. Alle Patronatserklärungen stammen von konzernverbundenen Unternehmen und sind mit 17. April 2013 datiert. Darin erklären fünf Unternehmen, unwiderruflich die uneingeschränkte Verpflichtung zu übernehmen und dafür Sorge zu tragen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre aus der Zuschlagserteilung abzuleitenden Verpflichtungen zu jeder Zeit erfüllt. Insbesondere werden sie dazu die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit den erforderlichen technischen, personellen, geistigen und finanziellen Mitteln ausstatten und erklären hiermit ausdrücklich, dass diese Verpflichtung auch der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gegenüber besteht. Die gleichlautenden Unterstützungserklärungen stammen von sechs Unternehmen und sind mit 20. Dezember 2013 datiert. Sie sagen die Unterstützung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin bei dem gegenständlichen Projekt zu und sichern zu, dafür Sorge zu tragen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die ihr übertragenen Leistungen zu verlässlich erfüllen wird. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte vier Referenzen, davon eine auf der Autobahn, vor. Jedes Projekt hat eine Bruttoabrechnungssumme von mehr als € 1.000.000, die ausschließlich auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin entfällt. Die Arbeiten enthalten Straßensanierungen und Brückeninstandsetzungen. Das E-Mail enthält die Zusage einer straßenbautechnologischen Prüfanstalt, Konformitätsprüfung Asphaltmischgut und baustellenbezogene Kontrollprüfung Asphaltmischgut und Asphaltsschichten gemäß RVS 11.03.21 durchzuführen. Am 10. Jänner 2014, 8.00 Uhr bis 9.00 Uhr, fand ein Aufklärungsgespräch mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin statt. Darin verwies sie auf ihr Schreiben vom 9. Jänner 2013. In diesem Schreiben gab sie die Durchführung mit eigenen Mitteln und das zum Einsatz kommende Personal namentlich, den Erhalt und die Berücksichtigung der Berichtigung 1 und 2, der Ausschreibungsteile B.1 bis B.6, die Besichtigung der Baustelle, die Kenntnis der Komplexität der Verkehrsführung und der Baustellenlogistik, auf die Notwendigkeit der Erwirkung einer Bewilligung gemäß § 90 StVO, die Bestätigung der Eignung der zum Einsatz kommenden Produkte, die Verkehrsführung und deren Kalkulation, die Umsetzbarkeit der Bauzeitverkürzung, die Kenntnis der Ruhe der Bauarbeiten zwischen 28. Juni 2014 und 8. September 2014, die Bestätigung aller in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Toleranzen, die Kenntnis und Kalkulation der Art und Weise des Asphaltabtrags, die Beimengung von Ausbauphosphat, dass sie nicht beabsichtige, eine mobile Mischanlage im Baustellenbereich aufzustellen, die Kalkulation des Abtransports des Fräsgutes und der Anlieferung des Asphalts, die Art der Deponierung oder Verwertung des Bodenaushubs, dass sie nicht beabsichtige, eine Brech- und Siebanlage im Baustellenbereich aufzustellen, die Art der Herstellung der Asphalttrandleiste sowie die Herleitung, Kalkulation und Erklärung der Preise einzelner Positionen an. Dabei wurden sowohl Fragen der Baudurchführung als auch der Kalkulation erörtert und zur Zufriedenheit der Auftraggeberin aufgeklärt. Die Erklärungen für die Kalkulation der Positionen im Leistungsverzeichnis sind nachvollziehbar. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Am 13. Jänner 2014 forderte die Auftraggeberin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf, den Nachweis zu führen, dass es sich um verbundene Unternehmen handelt, die Anzahl der Mitarbeiter anzugeben und den Adressaten der Patronatserklärung zu nennen. Am 15. Jänner 2013 teilte die in Aussicht genommene

Zuschlagsempfängerin mit, dass die genannten Unternehmen von Herrn S geführt würden, jedoch nicht nach § 228 UGB konsolidiert seien. Nach der Ausschreibung seien die Mitarbeiter verbundener Unternehmen nicht zu nennen gewesen. Die Unternehmen seien auch nicht im Subunternehmerverzeichnis zu nennen gewesen. Sie sicherte die Einklagbarkeit der Patronatserklärungen zu. Diese Unternehmen erneuerten ihre Patronatserklärungen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin legte Firmenbuchauszüge für die verbundenen Unternehmen bei. Zusammen mit den verbundenen Unternehmen komme der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin eine ausreichende Kapazität an Personal zu. Zusätzlich zu dem eigenen Personal und dem Personal der verbundenen Unternehmen verwies die Antragstellerin auf weitere Subunternehmer, eine Gesellschaft für Bohr- und Fugentechnik, eine Gesellschaft für Bodenmarkierungen, eine Gesellschaft für Verkehrssicherheit, einen Geometer und eine auf Leitschienen spezialisierte Gesellschaft. Gleichzeitig legte sie Subunternehmererklärungen für alle bis auf die erstgenannte Gesellschaft vor, deren Subunternehmererklärung bereits im Angebot enthalten war. Insgesamt verfügen diese Unternehmen zusammen über 134 weitere Mitarbeiter. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Im Prüfbericht vom 17. Jänner 2014 ist zum Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin festgehalten, dass das Angebot formal den Vorgaben der Ausschreibung entsprochen hat, die Preisgestaltung ausgewogen ist, trotzdem eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde, in der zunächst ein Preisspiegel erstellt und auf Auffälligkeiten untersucht wurde. Die Preise wurden mit jenen der Mitbieter und der Kostenschätzung verglichen. Es wurden die Höher-Minderwertigkeitsklausel und die Aufteilung der Einheitspreise in die Preisanteile Lohn und Sonstiges geprüft. Bei den besonders günstig angebotenen Positionen wurde geprüft, ob alle in der Ausschreibung angeführten Leistungen auch tatsächlich in der Kalkulation berücksichtigt wurden und ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Weiters wurde die direkte Zuordnung der Kostenanteile und die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsanteile geprüft. Als Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung wurde festgehalten, dass bis auf wenige Positionen sämtliche Preise betriebswirtschaftlich aufklärbar waren und nachvollziehbar sind. Über die fraglichen Positionen wurde ein Aufklärungsgespräch geführt. Darin konnte die Angemessenheit der Preise in einzelnen Leistungspositionen nachvollziehbar aufgeklärt werden. Aufgrund der Patronatserklärungen, der Bestätigung und der Aufklärung dazu, dass sie nicht widerrufen wurden und gegenüber der ASFINAG gelten, ist die Eignung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gegeben.

Zum Angebot der Antragstellerin ist in dem Prüfbericht festgehalten, dass das Angebot formal den Vorgaben der Ausschreibung entsprochen hat, die Preisgestaltung ausgewogen ist, trotzdem eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt wurde, die vom Ablauf jener mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin entspricht. Die Variante 1 ist dem Hauptangebot gleich. Auch aufgrund des Ergebnisses des Aufklärungsgesprächs ist die Eignung der Antragstellerin für die Abwicklung des Auftrages gegeben. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin teilte die angefochtene Zuschlagsentscheidung allen Bietern am 17. Jänner 2014 per Mail mit und zog sie am 27. Jänner 2014 zurück. Am 27. Jänner 2014 teilte die Auftraggeberin allen Bietern die Zuschlagsentscheidung per Telefax mit. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Auftraggeberin hat weder den Zuschlag erteilt noch den Widerruf erklärt. (Auskunft der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von € 9.234. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Aussagen in der mündlichen Verhandlung wurden nur so weit herangezogen, als sie unwidersprochen blieben. Das vorgelegte Gutachten von Prof. Hofstadler vom 4. Februar 2014 befasst sich ausschließlich mit einer Rechtsfrage, nämlich der vergaberechtlichen Wertung des Verhältnisses zwischen dem Auftragswert und dem durchschnittlichen Jahresumsatz der vergangenen drei Geschäftsjahre. Es vermag daher zur Ermittlung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes nichts beizutragen. Die gutachterliche Stellungnahme von Prof. Hofstadler vom 10. März 2014 befasst sich mit Wahrscheinlichkeiten, dass vorgegebene Bauzeiten eingehalten werden können. Der Beweisgegenstand ist zur Beurteilung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes nicht erforderlich, da die Beurteilung des Angebots nach den Kriterien der Ausschreibung und des BVergG erfolgen muss und die berechneten Wahrscheinlichkeiten für die Ausschreibungskonformität des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ohne Bedeutung sind, da die Auftraggeberin in ihrer Planung auch eine Bauzeitverkürzung von 30 Tagen für realistisch ansah. Überdies ist die herangezogene Entfernung der Mischanlage D von der Baustelle unrealistisch lange. Die Zeugeneinvernahme eines Mitarbeiters eines

Unternehmens der Antragsteller, vermag keinen objektiven Beweis über die Realisierbarkeit der Bauzeitverkürzung durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zu erbringen, da dieser Mitarbeiter keine Kenntnis über den Betrieb der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aufweist und besondere gegenläufige Interessen verfolgt, sodass eine unbefangene Aussage nicht zu erwarten war. Die beantragten Sachverständigenbeweise zur Bauzeit, den nötigen Ressourcen und den Preisen im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin waren insofern nicht nötig, als die Beurteilung auch ohne diese insbesondere auf Grundlage der Festlegungen der Ausschreibung möglich ist. Teilweise beruhen die Anträge auf Bestellung von Sachverständigen auch auf unbegründeten Annahmen der Antragstellerin, die durch die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens widerlegt wurden. So weit Angaben aus dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nur summarisch wiedergegeben werden, dient das dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und erfolgt in Abwägung der Rechte auf ein faires Verfahren nach Art 6 EMRK und auf den Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen gemäß Art 8 EMRK (EuGH 14. 2. 2008, Rs C-450/06, Varec, Slg 2008, I-581, Rn 46 bis 48). Im Rahmen der Abwägung gemäß § 17 Abs 3 AVG iVm § 17 VwGVG war darauf Rücksicht zu nehmen (VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Die Informationen, die aus dem Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin wiedergegeben werden, stellen die strittigen Tatsachen fest, lassen aber die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin unberührt. Sie ermöglichen der Antragsteller jedoch, ihre Rechte effektiv zu verteidigen (EuGH 14. 2. 2008, Rs C-450/06, Varec, Slg 2008, I-581, Rn 51 f). Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

Gemäß § 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 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung handelt, in Senaten. Dabei handelt es sich um Entscheidungen über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens des öffentlichen Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Gegenständlich liegt somit Senatzuständigkeit vor. Der Senat besteht gemäß § 292 Abs 2 BVergG aus einem Mitglied als Vorsitzendem und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer aus dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem Kreis der Auftragnehmer angehören.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes ist gemäß § 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 311 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 und seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

Gemäß § 2 Z 39 BVergG ist ein Variantenangebot ein Angebot auf Grund einer Ausschreibungsvariante des Auftraggebers.

Gemäß § 2 Z 40 BVergG ist ein verbundenes Unternehmen jedes Unternehmen, dessen Jahresabschluss gemäß § 228 des Unternehmensgesetzbuches, dRGBI. S 219/1897, mit demjenigen des Auftraggebers, Konzessionärs, Bewerbers oder Bieters konsolidiert ist; im Fall von Auftraggebern, Konzessionären, Bewerbern oder Bieter, die nicht unter diese Bestimmung fallen, sind verbundene Unternehmen diejenigen, auf die der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluss ausüben kann oder die einen beherrschenden Einfluss auf den Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter ausüben können oder die ebenso wie der Auftraggeber, Konzessionär, Bewerber oder Bieter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens unterliegen, sei es auf Grund der Eigentumsverhältnisse, der finanziellen Beteiligung oder der für das Unternehmen geltenden sonstigen Vorschriften. Ein beherrschender Einfluss ist zu vermuten, wenn ein Unternehmen unmittelbar oder mittelbar die Mehrheit des gezeichneten Kapitals eines anderen Unternehmens besitzt oder über die Mehrheit der mit den Anteilen eines anderen Unternehmens verbundenen Stimmrechte verfügt oder mehr als die Hälfte der Mitglieder des Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgans eines anderen Unternehmens bestellen kann.

Gemäß § 19 Abs 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 20 Abs 2 BVergG können Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften Angebote oder Teilnahmeanträge einreichen, sofern nicht in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen die Teilnahme oder die Bildung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften für unzulässig erklärt wurde. Der Auftraggeber kann ferner in der Ausschreibung aus sachlichen Gründen eine allfällige Beschränkung der Mitgliederanzahl oder der Zusammensetzung von Arbeits- oder Bietergemeinschaften vorsehen. Der Auftraggeber kann Arbeits- oder Bietergemeinschaften nicht verpflichten, zwecks Einreichens eines Angebotes oder eines Teilnahmeantrages eine bestimmte Rechtsform anzunehmen. Der Auftraggeber kann jedoch von einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft verlangen, dass sie eine bestimmte Rechtsform annimmt, wenn ihr der Zuschlag erteilt worden ist, sofern dies für die ordnungsgemäße Durchführung des Auftrages erforderlich ist. Arbeitsgemeinschaften und Bietergemeinschaften sind als solche parteifähig zur Geltendmachung der ihnen durch dieses Bundesgesetz eingeräumten Rechte. Beim nicht offenen Verfahren und beim Verhandlungsverfahren haben die aufgeforderten Bewerber dem Auftraggeber die Bildung einer Bieter- oder Arbeitsgemeinschaft vor Ablauf der halben Angebotsfrist mitzuteilen. Im Auftragsfall schulden Bietergemeinschaften als Arbeitsgemeinschaften dem Auftraggeber die solidarische Leistungserbringung.

Gemäß § 69 Z 1 BVergG muss die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beim offenen Verfahren unbeschadet der Regelung des § 20 Abs 1 BVergG spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen.

Gemäß § 70 Abs 1 BVergG hat der Auftraggeber festzulegen, mit welchen Nachweisen gemäß den §§ 71 bis 75 BVergG Unternehmer, die an einem Vergabeverfahren teilnehmen, ihre 1. berufliche Befugnis, 2. berufliche Zuverlässigkeit, 3. finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie 4. technische Leistungsfähigkeit zu belegen haben. Nachweise dürfen nur so weit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt ist. Dabei hat der Auftraggeber die berechtigten Interessen des Unternehmers am Schutz seiner technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnisse zu berücksichtigen.

Gemäß § 70 Abs 2 BVergG können Bewerber oder Bieter ihre Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch die Vorlage einer Erklärung belegen, dass sie die vom Auftraggeber verlangten Eignungskriterien erfüllen und die festgelegten Nachweise auf Aufforderung unverzüglich beibringen können (Eigenerklärung). In einer solchen Erklärung sind die Befugnisse anzugeben, über die der Unternehmer konkret verfügt.

Gemäß § 70 Abs 3 BVergG kann der Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen die Vorlage bestimmter Nachweise von bestimmten Bewerbern oder Bietern verlangen, sofern dies nach Auffassung des Auftraggebers erforderlich ist. Bei der Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber vor Zuschlagserteilung die Vorlage der festgelegten Nachweise vom Zuschlagsempfänger jedenfalls zu verlangen; bei einer Vergabe in Losen gilt dies nur, wenn der geschätzte Wert des einzelnen Loses den in § 12 Abs 1 BVergG genannten jeweiligen Schwellenwert erreicht.

Gemäß § 70 Abs 4 BVergG kann der Auftraggeber nach Maßgabe des § 70 Abs 3 BVergG den Unternehmer auffordern, erforderliche Nachweise binnen einer angemessenen Frist vorzulegen bzw. vorgelegte Bescheinigungen binnen einer angemessenen Frist zu vervollständigen oder zu erläutern. Nachweise können auch in Kopie oder elektronisch vorgelegt werden.

Gemäß § 70 Abs 5 BVergG kann der Unternehmer den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch durch den Nachweis der Eintragung in einem einschlägigen, allgemein zugänglichen Verzeichnis eines Dritten führen, sofern diesem die vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen in der vom Auftraggeber gewünschten Aktualität vorliegen und vom Auftraggeber selbst unmittelbar abrufbar sind. Der Unternehmer kann den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit auch mit anderen als den vom Auftraggeber festgelegten Unterlagen führen, sofern die festgelegten Unterlagen aus einem gerechtfertigten Grund nicht beigebracht werden können und die vorgelegten Unterlagen die gleiche Aussagekraft wie die ursprünglich festgelegten aufweisen. Der Nachweis der gleichen Aussagekraft ist vom Unternehmer nach Aufforderung zu erbringen.

Gemäß § 70 Abs 6 BVergG hat im Falle der Angebotslegung durch eine Arbeitsgemeinschaft oder eine Bietergemeinschaft jedes Mitglied die Befugnis für den ihm konkret zufallenden Leistungsteil nach Maßgabe der § 70 Abs 2 und 3 BVergG nachzuweisen.

Gemäß § 74 Abs 1 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 1 Z 3 BVergG insbesondere 1. eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft), 2. einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung, 3. die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist, 4. eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt, 5. eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht, verlangen.

Gemäß § 74 Abs 2 BVergG kann ein Unternehmer, der aus einem von ihm glaubhaft zu machenden berechtigten Grund die vom Auftraggeber gemäß § 74 Abs 1 BVergG geforderten Nachweise nicht beibringen kann, den Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit durch Vorlage jedes anderen vom Auftraggeber für geeignet erachteten Nachweises erbringen. Als geeignete Nachweise sind jedenfalls 1. Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer; 2. Angaben über Unternehmensbeteiligungen; 3. Angaben über Kapitalausstattung, Anlagevermögen, Grundbesitz anzusehen.

Gemäß § 75 Abs 1 BVergG kann der Auftraggeber als Nachweis für die technische Leistungsfähigkeit gemäß § 70 Abs 1 Z 4 BVergG je nach Art, Menge oder Umfang und Verwendungszweck der zu liefernden Waren, der zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen die in § 75 Abs 5 bis 7 BVergG angeführten Nachweise verlangen. Andere als die in den § 75 Abs 5 bis 7 BVergG angeführten Nachweise darf der Auftraggeber nicht verlangen.

Gemäß § 75 Abs 2 BVergG ist der Auftraggeber, wenn er einen Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) verlangt, wenn der Leistungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber war, in Form einer vom öffentlichen Auftraggeber ausgestellten oder beglaubigten Bescheinigung beizubringen, die der Leistungsempfänger dem öffentlichen Auftraggeber auch direkt zuleiten kann. Ist der Leistungsempfänger ein privater Auftraggeber gewesen, ist der Nachweis über erbrachte Leistungen (Referenzen) in Form einer vom Leistungsempfänger ausgestellten Bescheinigung oder, falls eine derartige Bescheinigung nicht erhältlich ist, durch eine einfache Erklärung des Unternehmers zu erbringen.

Gemäß § 75 Abs 3 BVergG müssen Nachweise über erbrachte Leistungen (Referenzen) jedenfalls 1. Name und Sitz des Leistungsempfängers sowie Name der Auskunftsperson, 2. Wert der Leistung, 3. Zeit und Ort der Leistungserbringung und 4. Angabe, ob die Leistung fachgerecht und ordnungsgemäß ausgeführt wurde, enthalten.

Gemäß § 75 Abs 4 BVergG ist der vom Unternehmer erbrachte Anteil an der Leistungserbringung anzugeben, wenn Nachweise über Leistungen vorgelegt werden, die der Unternehmer in Arbeitsgemeinschaften erbracht hat.

Gemäß § 75 Abs 6 BVergG können als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen 1. eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen, 2. Angaben über die technischen Fachkräfte oder die technischen Stellen, unabhängig davon, ob diese dem Unternehmen angeschlossen sind oder nicht, und zwar insbesondere über diejenigen, die mit der Qualitätskontrolle beauftragt sind oder über die der Unternehmer bei der Ausführung des Bauvorhabens verfügen wird, 3. Ausbildungsnachweise und Bescheinigungen über die berufliche Befähigung des Unternehmers und der Führungskräfte des Unternehmers, insbesondere der für die Ausführung der Arbeiten verantwortlichen Personen, 4. bei Bauleistungen, deren Art ein entsprechendes Verlangen des Auftraggebers rechtfertigt, die Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Unternehmer bei der Ausführung des Auftrages gegebenenfalls anwenden will, 5. eine Erklärung, aus der hervorgeht, über welche Ausstattung, welche Baugeräte und welche technische Ausrüstung der Unternehmer für die Ausführung des Auftrages verfügen wird, 6. eine Erklärung, aus der das jährliche Mittel der vom Unternehmer in den letzten drei Jahren Beschäftigten und die Anzahl seiner Führungskräfte in den letzten drei Jahren ersichtlich sind, 7. die Bescheinigung, dass der Unternehmer die für die Erbringung der Bauleistung erforderliche berufliche Befähigung, Fachkunde und Erfahrung besitzt, verlangt werden.

Gemäß § 76 BVergG kann sich ein Unternehmer zum Nachweis der erforderlichen Leistungsfähigkeit oder Befugnis für einen bestimmten Auftrag auf die Kapazitäten anderer Unternehmer ungeachtet des rechtlichen Charakters der zwischen ihm und diesen Unternehmern bestehenden Verbindungen stützen. In diesem Fall muss er den Nachweis erbringen, dass ihm für die Ausführung des Auftrages die bei den anderen Unternehmern im erforderlichen Ausmaß vorhandenen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen.

Gemäß § 83 Abs 1 BVergG ist die Weitergabe des gesamten Auftrages unzulässig, ausgenommen hiervon sind Kaufverträge sowie die Weitergabe an verbundene Unternehmen.

Gemäß § 83 Abs 2 BVergG hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen festzulegen, ob nur die wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt, bekannt zu geben sind.

Gemäß § 83 Abs 3 BVergG ist die Weitergabe des gesamten Auftrages oder von Teilen der Leistung nur insoweit zulässig, als der Subunternehmer die für die Ausführung seines Teiles erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit sowie die berufliche Zuverlässigkeit besitzt. Die Subunternehmer können ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 70 Abs 2 bis 4 BVergG nachweisen.

Gemäß § 101 Abs 4 BVergG darf während eines offenen Verfahrens mit den Bietern über eine Angebotsänderung nicht verhandelt werden.

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

Gemäß § 108 Abs 1 BVergG muss jedes Angebot insbesondere 1. Name (Firma, Geschäftsbezeichnung) und Geschäftssitz des Bieters; bei Arbeitsgemeinschaften die Nennung eines zum Abschluss und zur Abwicklung des Vergabeverfahrens und des Vertrages bevollmächtigten Vertreters unter Angabe seiner Adresse; schließlich die (elektronische) Adresse jener Stelle, die zum Empfang der Post berechtigt ist; 2. die Bekanntgabe der Subunternehmer, auf deren Kapazitäten sich der Bieter zum Nachweis seiner Eignung stützt, unter Beilage des Nachweises, dass der Bieter über deren Kapazitäten tatsächlich verfügt und der Auftraggeber die zur Durchführung des Gesamtauftrages erforderlichen Sicherheiten über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hat. Bekanntgabe aller Teile oder - sofern der Auftraggeber dies in den Ausschreibungsunterlagen vorgesehen hat - nur der wesentlichen Teile des Auftrages, die der Bieter jedenfalls oder möglicherweise im Wege von Subaufträgen an Dritte zu vergeben beabsichtigt. Die in Frage kommenden Subunternehmer sind bekannt zu geben. Die Nennung mehrerer Subunternehmer je Leistungsteil ist zulässig. Die Haftung des Auftragnehmers wird durch diese Angaben nicht berührt; 3. den Nachweis, dass ein allenfalls gefordertes Vadium erlegt wurde; 4. die Preise samt allen geforderten Aufgliederungen und den allenfalls notwendigen Erläuterungen; im Leistungsverzeichnis oder im Kurzleistungsverzeichnis sind die Preise an den hierzu bestimmten Stellen einzutragen; wird für eine Position kein Preis ausgeworfen, so ist dies im Angebot zu erläutern; 5. gegebenenfalls bei veränderlichen Preisen die nach § 99 Abs 1 Z 4 erforderlichen Angaben; 6. sonstige für die Beurteilung des Angebotes geforderte oder vom Bieter für notwendig erachtete Erläuterungen oder Erklärungen; 7. die Aufzählung der dem Angebot beigeschlossenen sowie gesondert eingereichten Unterlagen; 8. allfällige Alternativ- oder Abänderungsangebote; 9. Datum und rechtsgültige Unterfertigung des Bieters enthalten.

Gemäß § 108 Abs 2 BVergG erklärt der Bieter mit der Abgabe seines Angebotes, dass er die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt, dass er über die erforderlichen Befugnisse zur Ausführung des Auftrages verfügt, dass er die ausgeschriebene Leistung zu diesen Bestimmungen und den von ihm angegebenen Preisen erbringt, und dass er sich bis zum Ablauf der Zuschlagsfrist an sein Angebot bindet.

Gemäß § 123 Abs 1 BVergG erfolgt die Prüfung der Angebote in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien.

Gemäß § 123 Abs 2 BVergG ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, im Einzelnen zu prüfen, 1. ob den in § 19 Abs 1 BVergG angeführten Grundsätzen entsprochen wurde,

2. nach Maßgabe des § 70 BVergG die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters bzw - bei der Weitergabe von Leistungen - der namhaft gemachten Subunternehmer, 3. ob das Angebot rechnerisch richtig ist, 4. die Angemessenheit der Preise, und 5. ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspricht, insbesondere ob es formrichtig und vollständig ist.

Gemäß § 125 Abs 1 BVergG ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

Gemäß § 125 Abs 2 BVergG ist bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

Gemäß § 125 Abs 3 BVergG muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs 4 und 5 vertieft prüfen, wenn 1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs 4 BVergG aufweisen, oder 3. nach Prüfung gemäß § 125 Abs 2 BVergG begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Gemäß § 125 Abs 4 BVergG ist bei einer vertieften Angebotsprüfung zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob 1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind, 2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen, 3. die gemäß § 97 Abs 3 Z 3 BVergG geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs 2 BVergG vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Gemäß § 125 Abs 5 BVergG muss der Auftraggeber im Zuge der vertieften Angebotsprüfung vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

Gemäß § 126 Abs 1 erster Satz BVergG ist, wenn sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot, einschließlich etwaiger Varianten-, Alternativ- oder Abänderungsangebote, oder über die geplante Art der Durchführung ergeben, oder Mängel festgestellt werden, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche schriftliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter erteilten schriftlichen Auskünfte bzw die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

Gemäß § 126 Abs 2 BVergG darf die durch die erteilten Aufklärungen allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise die Grundsätze der §§ 19 Abs 1, 101 Abs 4, 104 Abs 2 und 127 BVergG nicht verletzen.

Gemäß § 127 Abs 1 BVergG sind während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens nur Aufklärungsgespräche zum Einholen von Auskünften über die finanzielle und wirtschaftliche oder die technische Leistungsfähigkeit sowie Auskünfte, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig.

Gemäß § 127 Abs 2 BVergG sind bei Alternativ- und Abänderungsangeboten Erörterungen, die unumgängliche technische Änderungen geringen Umfangs und daraus sich ergebende geringfügige Änderungen der Preise betreffen, unter Wahrung der Grundsätze des § 19 Abs 1 BVergG zulässig.

Gemäß § 127 Abs 3 BVergG sind Aufklärungsgespräche und Erörterungen kommissionell zu führen. Gründe und Ergebnisse sind in einer Niederschrift festzuhalten.

Gemäß § 128 Abs 1 BVergG ist über die Prüfung der Angebote und ihr Ergebnis eine Niederschrift zu verfassen, in welcher alle für die Beurteilung der Angebote wesentlichen Umstände festzuhalten sind.

Gemäß § 129 Abs 1 BVergG Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung ua 2. Angebote von Bietern, deren Befugnis, finanzielle, wirtschaftliche oder technische Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit nicht gegeben ist, 3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen, 7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, sowie 8.

Angebote von Bietern, die mit anderen Unternehmern für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstößende Abreden getroffen haben, auszuschneiden.

Gemäß § 312 Abs 2 Z 1 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zur Nichtigserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

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

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

Gemäß § 320 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern 1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und 2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

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

Gemäß § 2 Abs 1 AWG sind Abfälle im Sinne dieses Bundesgesetzes sind bewegliche Sachen, 1. deren sich der Besitzer entledigen will oder entledigt hat oder 2. deren Sammlung, Lagerung, Beförderung und Behandlung als Abfall erforderlich ist, um die öffentlichen Interessen (§ 1 Abs 3 AWG) nicht zu beeinträchtigen.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 1 AWG ist "Abfallbehandlung" jedes Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren, einschließlich der Vorbereitung vor der Verwertung oder Beseitigung.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 2 AWG ist "stoffliche Verwertung" die ökologisch zweckmäßige Behandlung von Abfällen zur Nutzung der stofflichen Eigenschaften des Ausgangsmaterials mit dem Hauptzweck, die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe unmittelbar für die Substitution von Rohstoffen oder von aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten zu verwenden, ausgenommen die Abfälle oder die aus ihnen gewonnenen Stoffe werden einer thermischen Verwertung zugeführt.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 5 AWG ist "Verwertung" jedes Verfahren, als deren Hauptergebnis Abfälle innerhalb der Anlage oder in der Wirtschaft in umweltgerechter Weise einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, indem

a) sie andere Materialien ersetzen, die ansonsten zur Erfüllung einer bestimmten Funktion verwendet worden wären, oder b) - im Falle der Vorbereitung zur Wiederverwendung - die Abfälle so vorbereitet werden, dass sie diese Funktion erfüllen. Als Verwertung gilt die Vorbereitung zur Wiederverwendung, das Recycling und jede sonstige Verwertung (zB die energetische Verwertung, die Aufbereitung von Materialien, die für die Verwendung als Brennstoff bestimmt sind, oder die Verfüllung) einschließlich der Vorbehandlung vor diesen Maßnahmen. Anhang 2 Teil 1 enthält eine nicht erschöpfende Liste von Verwertungsverfahren.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 6 AWG ist "Vorbereitung zur Wiederverwendung" jedes Verwertungsverfahren der Prüfung, Reinigung oder Reparatur, bei dem Produkte sowie Bestandteile von Produkten, die zu Abfällen geworden sind, so vorbereitet werden, dass sie ohne weitere Vorbehandlung wiederverwendet werden können.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 7 AWG ist "Recycling" jedes Verwertungsverfahren, durch das Abfallmaterialien zu Produkten, Sachen oder Stoffen entweder für den ursprünglichen Zweck oder für andere Zwecke aufbereitet werden. Es schließt die Aufbereitung organischer Materialien ein, aber nicht die energetische Verwertung und die Aufbereitung zu Materialien, die für die Verwendung als Brennstoff oder zur Verfüllung bestimmt sind.

Gemäß § 2 Abs 5 Z 9 AWG ist "Sammlung" das Einsammeln von Abfällen durch Abholung, Entgegennahme oder rechtliches Verfügen über die Abholung oder Entgegennahme durch einen beauftragten Dritten. Die Sammlung schließt die vorläufige Sortierung und vorläufige Lagerung der Abfälle zum Zwecke des Transports zu einer Behandlungsanlage ein.

Gemäß § 2 Abs 6 Z 1 AWG ist "Abfallbesitzer" a) der Abfallerzeuger oder b) jede Person, die die Abfälle innehat.

Gemäß § 2 Abs 6 Z 2 AWG ist "Abfallerzeuger" a) jede Person, durch deren Tätigkeit Abfälle anfallen (Abfallersterzeuger), oder b) jede Person, die Vorbehandlungen, Mischungen oder andere Arten der Behandlung vornimmt, die eine Veränderung der Natur oder der Zusammensetzung dieser Abfälle bewirken.

Gemäß § 2 Abs 6 Z 3 AWG ist "Abfallsammler" jede Person, die von Dritten erzeugte Abfälle selbst oder durch andere a) abholt, b) entgegennimmt oder c) über deren Abholung oder Entgegennahme rechtlich verfügt.

Gemäß § 2 Abs 6 Z 4 AWG ist "Abfallbehandler" jede Person, die Abfälle verwertet oder beseitigt.

Gemäß § 2 Abs 7 Z 1 AWG sind "Behandlungsanlagen" ortsfeste oder mobile Einrichtungen, in denen Abfälle behandelt werden, einschließlich der damit unmittelbar verbundenen, in einem technischen Zusammenhang stehenden Anlagenteile.

Gemäß § 2 Abs 7 Z 1 AWG sind "mobile Behandlungsanlagen" Einrichtungen, die an verschiedenen Standorten vorübergehend betrieben und in denen Abfälle behandelt werden. Nicht als mobile Behandlungsanlagen gelten ihrer Natur nach zwar bewegliche Einrichtungen, die länger als sechs Monate an einem Standort betrieben werden, ausgenommen Behandlungsanlagen zur Sanierung von kontaminierten Standorten.

Gemäß § 52 Abs 1 AWG ist eine mobile Behandlungsanlage, die in einer Verordnung gemäß § 65 Abs 3 AWG genannt ist, oder eine wesentliche Änderung einer solchen mobilen Behandlungsanlage von der Behörde zu genehmigen.

Gemäß § 1 Z 4 der Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über mobile Anlagen zur Behandlung von Abfällen, BGBl II 472/2002, sind Brechanlagen für mineralische Baurestmassen der Schlüsselnummern 31407 (Kera-mik), 31408 [Glas (zB Flachglas)], 31409 [Bauschutt und/oder Brandschutt (keine Baustellenabfälle)], 31410 (Straßenaufbruch), 31427 (Betonabbruch), 31441 (Bauschutt und/oder Brandschutt mit schädlichen Verunreinigungen), 31467 (Gleisschotter) und 54912 (Bitumen, Asphalt) gemäß ÖNORM S 2100 "Abfallkatalog" gemäß § 52 AWG 2002 zu genehmigen.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Zu Spruchpunkt A)

1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

Auftraggeber im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr, zB BVA 14. 8. 2013, N/0065-BVA/12/2013-17). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 4 BVergG um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 3 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollarwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 Z 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit d B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigkeitsklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

2 Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

Der Nachprüfungsantrag enthält alle in § 322 Abs 1 BVergG geforderten Elemente. Die Pauschalgebühr wurde bezahlt. Ein Grund für seine Unzulässigkeit gemäß § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor.

Das Vorbringen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin über das zwingende Ausscheiden der Antragstellerin gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG kann - ungeachtet des Vorbringens der Verfahrensparteien - ohne Beiziehung eines Sachverständigen zur Frage der Abgrenzung des relevanten Marktes und des Grades der Marktbeherrschung der beiden Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft nicht geprüft werden. Da zur Prüfung der Antragslegitimation die Beiziehung eines Sachverständigen nicht zulässig ist (VwGH 18. 3. 2009, 2007/04/0095), ist vorerst von der Antragslegitimation der Antragstellerin auszugehen.

Somit geht das Bundesverwaltungsgericht davon aus, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht fehlen.

3. Inhaltliche Beurteilung

Die Antragstellerin macht eine Reihe von Gründen für die Unzulässigkeit des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und damit deren zwingendes Ausscheiden nach § 129 Abs 1 Z 2, 3 und 7 BVergG geltend. Diese betreffen die technische und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, die Befugnis, die Eignung, die fehlenden abfallwirtschaftsrechtlichen Genehmigungen, die Anzahl, Qualität und Entfernung der Asphaltmischanlagen, die Preiszusammensetzung und Unterlassungen der Auftraggeberin bei der Prüfung des Angebots. Diese werden in der Folge geprüft werden. Folgende Überlegungen sind der Beurteilung im Einzelfall voranzuschicken.

Die Ausschreibung wurde nicht rechtzeitig angefochten und ist daher bestandsfest. Alle am Vergabeverfahren Beteiligten sind daran gebunden (st Rspr zB VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065).

Die die Ausschreibung ist nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Gleiches gilt für die Willenserklärungen der Bieter (st Rspr zB VwGH 22. 11. 2011, 2006/04/0024). Ihre Festlegungen sind für alle am Vergabeverfahren Beteiligten bindend (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 39; VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090). Allfällige Rechtswidrigkeiten können auch von der Vergabekontrollbehörde nicht mehr aufgegriffen werden (zB VwGH 7. 11. 2005, 2003/04/0135; 27. 6. 2007, 2005/04/0234). Die Festlegungen der Ausschreibung sind der gegenständlichen Auftragsvergabe zugrunde zu legen (zB VwGH 7. 9. 2009, 2007/04/0090 mwN; 14. 4. 2011, 2008/04/0065). Es ist von einer strengen Bindung an die Ausschreibung auszugehen (BVA 30. 4. 2009, N/0021-BVA/10/2009-28; 2. 5. 2011, N/0021-BVA/10/2011-33), andernfalls ein Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz vorliegen würde (zB EuGH 22. 6. 1993, C-243/89, Kommission/Dänemark - Brücke über den "Storebælt" Rn 37; BVA 28. 11. 2008, N/0131-BVA/12/2008-29).

Die Beurteilung der Angebote erfolgt in erster Linie anhand der bestandsfesten Ausschreibung. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien so bestimmt und konkret sein müssen, dass sie zur Beurteilung der Eignung und der Auswahl des besten Angebots geeignet sein müssen. Sie müssen daher so weit konkret sein, dass sie eine zweifelsfrei nachvollziehbare Beurteilung der Angebote erlauben. Allerdings kommt es dem Bundesverwaltungsgericht nicht zu, über die Festlegungen der Ausschreibung und zwingendes Recht hinaus Eignungsanforderungen an Bieter oder inhaltliche Anforderungen an Angebote zu stellen.

3.1 Zur Berufung auf die Mittel Dritter

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beruft sich zum Nachweis der Eignung, insbesondere der technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Mittel sogenannter konzernverbundener Unternehmen. Diese Unternehmen sind über den Eigentümer und geschäftsführenden Gesellschafter verbunden. Ihre Bilanzen sind nicht gemäß § 228 UGB konsolidiert. Dieses Recht steht der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß § 76 BVergG uneingeschränkt zum Nachweis der Eignung und der Befugnis zu. Sie muss lediglich nachweisen, dass ihr die Mittel im Auftragsfall tatsächlich zur Verfügung stehen. Dazu hat der Europäische Gerichtshof ebenso wie in EuGH 14. 4. 1994, C-389/92, Ballast Nedam I, Slg 1994, I-1.289, Rn 18, ausgeführt:

"Auf die Vorlagefrage ist daher zu antworten, daß die Richtlinien 71/304 und 71/305 dahin auszulegen sind, daß die Stelle, die für die Entscheidung über einen Antrag auf Zulassung zuständig ist, der von einer beherrschenden juristischen Person eines Konzerns gestellt wird, wenn nachgewiesen ist, daß diese Person tatsächlich über die zur Ausführung der Aufträge erforderlichen Mittel der zum Konzern gehörenden Gesellschaften verfügen kann, verpflichtet ist, die Nachweise dieser Gesellschaften bei der Beurteilung der Eignung der betreffenden juristischen Person nach den in den Artikeln 23 bis 28 der Richtlinie 71/305 genannten Kriterien zu berücksichtigen." (EuGH 18. 12. 1997, C-5/97, Ballast Nedam II, Slg 1997, I-7.549, Rn 14)

"Jedoch kann ein solcher Rückgriff auf externe Nachweise nicht uneingeschränkt zugelassen werden. Denn der Auftraggeber hat, wie es in Artikel 23 der Richtlinie 92/50 heißt, die fachliche Eignung der Dienstleistungserbringer aufgrund der aufgeführten Kriterien zu prüfen. Diese Prüfung soll dem Auftraggeber insbesondere die Gewißheit verschaffen, daß dem Bieter während des Auftragszeitraums tatsächlich die Mittel aller Art zu Gebote stehen, auf die er sich beruft.

Wenn also eine Gesellschaft, um im Hinblick auf ihre Zulassung zu einem Vergabeverfahren ihre finanzielle, wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit darzutun, auf die Leistungsfähigkeit von Einrichtungen oder Unternehmen verweist, zu denen sie unmittelbare oder mittelbare Verbindungen hat, welcher Rechtsnatur diese auch sein mögen, hat sie nachzuweisen, daß sie tatsächlich über die diesen Einrichtungen oder Unternehmen zustehenden Mittel, die sie nicht selbst besitzt und die zur Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt (vgl. in bezug auf die Richtlinien 71/304 und 71/305 Urteil Ballast Nedam Groep I, Randnr. 17)." (EuGH 2. 12. 1999, C-176/98, Holst Italia, Slg 1999, I-8.607, Rn 27 und 28)

"Somit ist festzustellen, dass die Richtlinie 2004/18 es erlaubt, die Kapazitäten mehrerer Wirtschaftsteilnehmer zu kumulieren, um die vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit zu erfüllen, soweit diesem gegenüber der Nachweis erbracht wird, dass der Bewerber oder der Bieter, der sich auf die Kapazitäten eines oder mehrerer anderer Unternehmen stützt, tatsächlich über deren Mittel, die für die Ausführung des Auftrags erforderlich sind, verfügt." (EuGH 10. 10. 2013, C-94/12, Swm Costruzioni 2, Rn 33)

Auch der Verwaltungsgerichtshof hat ausgesprochen, dass sich Unternehmer auf die Kapazitäten anderer Unternehmer zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit stützen können (VwGH 12. 5. 2011, 2011/04/0043).

"Der Nachweis, dass dem Bieter von einem Dritten die technischen Mittel während des Auftragszeitraumes zur Verfügung gestellt werden, erfordert einerseits den Nachweis, dass diese Mittel beim Dritten tatsächlich verfügbar sind und andererseits, dass der Dritte sie der Verfügungsgewalt des Bieters überlassen werde. Letzteres kann durch eine bereits geschlossene Vereinbarung, einen Rahmenvertrag oder etwa durch ein Optionsrecht nachgewiesen werden (vgl. Jaeger in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Kommentar zum BVergG 2006, Rz 9f. zu § 76)." (VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0203)

"Aus §75 Abs. 6 Z 5 BVergG 2006 ergibt sich, dass die Bieterin nicht schon im hier maßgebenden Zeitpunkt (bei der Angebotsöffnung) tatsächlich über die Geräte verfügen musste, sondern (bloß) einen Nachweis (§ 76 Abs. 1 BVergG 2006) vorzulegen hatte, dass sie sich bei der Ausführung des Auftrages der entsprechenden Maschinen bedienen können. In diesem Sinne hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften im Urteil ‚Holst Italia‘ vom 2. Dezember 1999, Rs C-176/98, ausgesprochen, es stehe dem Bieter frei, sich gegenüber dem Auftraggeber auf die Leistungsfähigkeit Dritter zu berufen, die er ‚in Anspruch nehmen will, wenn ihm der Auftrag erteilt wird‘ (Rn 27) und dass der Auftraggeber sich Gewissheit verschaffen müsse, dass dem Bieter ‚während des Auftragszeitraumes‘ tatsächlich die Mittel aller Art zu Gebote stehen, auf die er sich beruft (Rn 28). Das nationale Gericht habe die Erheblichkeit der zu diesem Zweck vorgelegten Beweiselemente zu beurteilen, dürfe dabei aber bestimmte Beweismittel nicht von vornherein ausschließen (Rn 30)." (VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0203)

Aus der zitierten Rechtsprechung ergibt sich, dass es der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin gemäß § 76 BVergG frei steht, sich zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit auf die Mittel Dritter zu berufen. Es können mehrere Dritte sein, die ihre Mittel zur Verfügung stellen. Diese Mittel müssen tatsächlich erst im Auftragsfall zur Verfügung stehen. Zum für den Nachweis der Eignung und der Befugnis relevanten Zeitpunkt - hier gemäß § 69 Z 1 BVergG muss lediglich der Nachweis geführt werden, dass diese Mittel - erst - zum Zeitpunkt der Durchführung des Auftrags tatsächlich zur Verfügung stehen (idS auch EuGH 27. 10. 2005, C-234/03, Contse, Slg 2005, I-9315, Rn 43 f; VwGH 9. 10. 2002, 2000/04/0037).

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat auf diese Mittel verwiesen und zum Nachweis generelle Patronatserklärungen beigelegt. Diese weisen aufgrund ihres unbedingten Charakters für den Auftragsfall nach, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin im Auftragsfall über diese Mittel verfügen kann.

Darüber hinaus hat sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf die Unterstützungserklärungen sogenannter verbundener Unternehmen berufen. Diese weisen weitere Kapazitäten nach. Die Auftraggeberin hat sich im Zuge der Angebotsprüfung sowohl die Patronatserklärungen als auch die Unterstützungserklärungen erneut bestätigen lassen. Es ist daher davon auszugehen, dass diese rechtsgültig ausgestellt wurden. Diese Vorgangsweise hat die Auftraggeberin in Punkt 1.1.25.1 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen angekündigt, indem sie ausgeführt hat, dass es genügt, die Eigenerklärung mit dem Angebot abzugeben und erst im Zuge der Angebotsprüfung die Nachweise auf Aufforderung vorzulegen. Ebenso hat die Auftraggeberin in Punkt 1.1.25.1 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit, die Eignung gemäß § 76 BVergG nachzuweisen, ausdrücklich eingeräumt. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat sich an diese Vorgangsweise gehalten.

Die Unternehmen, auf deren Kapazitäten sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beruft, habe auch Mitarbeiterlisten vorgelegt und Umsatzangaben gemacht. Die Mittel, auf die sich die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin beruft, sind daher klargestellt.

Wenn die Antragstellerin nun ausführt, dass die Unternehmen als Subunternehmer zur Verfügung stehen müssten, ist dem zu entgegnen, dass es für den Nachweis der Eignung und Befugnis gemäß § 76 BVergG nicht erforderlich ist, zumal weder der Mitarbeiterstand noch die Jahresumsätze unmittelbar einem konkreten Auftragsteil entsprechen.

§ 76 BVergG spricht ausdrücklich davon, dass der rechtliche Charakter der zwischen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und den Unternehmen bestehenden Verbindung unwesentlich ist. Den geschuldeten Nachweis der Verfügbarkeit erbrachte die Antragstellerin durch die Vorlage der Patronatserklärungen, in denen sich die erklärenden Unternehmen verpflichteten, ihre Mittel der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Verfügung zu stellen und auch die Klagbarkeit dieses Anspruchs einräumten. Somit ist von der Unterstützung der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin durch die im Angebot genannten Unternehmen auszugehen. Zur Frage, ob sie nun konzernverbunden sind, ist nur festzuhalten, dass sie nicht gemäß § 228 UGB konsolidierte Bilanzen aufweisen. Es liegt damit keine rechtliche Verbindung, sondern nur eine faktische Verbindung in Form der Personalidentität des Geschäftsführers vor. Wegen der unbedingten Erklärungen der verbundenen Unternehmen spielt diese Verbindung jedoch keine Rolle.

3.2 Technische Leistungsfähigkeit

Im Bereich der technischen Leistungsfähigkeit bemängelt die Antragstellerin die Mitarbeiterzahl der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin und bezweifelt, dass sie über der Ausschreibung entsprechende Referenzen verfügt.

Der öffentliche Auftraggeber kann verlangen, dass ein Unternehmer Mindestanforderungen bei der technischen Leistungsfähigkeit erfüllt (EuGH 10. 10. 2013, Rs C-94/12, Swm Costruzioni 2, Rn 28). Die technische Leistungsfähigkeit muss ungeachtet der Festlegungen in der Ausschreibung über deren Nachweis gegeben sein (VwGH 31. 5. 2000, 2000/04/0015; BVA 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Das Gesetz enthält eine abschließende Aufzählung der zulässigen Nachweismittel betreffend die technische Leistungsfähigkeit, nicht jedoch Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit (EuGH 18. 10. 2001, C-19/00, SIAC Construction, Slg 2001, I-7725, Rn 17). Diese Bestimmung richtet sich ihrem klaren Wortlaut nach an den Auftraggeber. Welche Nachweise der Auftraggeber verlangt, liegt in seinem, durch das Gesetz determinierten Ermessen (VwGH 20. 12. 2005, 2005/04/0072, 0095).

Punkt 1.1.25.5 "Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit" in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen verlangt nur, dass der Bieter nachweisen muss, dass seine technische Leistungsfähigkeit gegeben ist. Weitere Voraussetzung stellt er nicht auf. § 70 Abs 1 Z 4 BVergG verlangt vom Auftraggeber, dass er die Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit festlegt, die die Bieter vorzulegen haben. § 75 Abs 6 BVergG enthält eine taxative Liste von möglichen Nachweisen. Es ist somit Sache des Auftraggebers festzulegen, welche der in § 76 Abs 6 BVergG genannten Nachweise er zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit verlangt. Dies hat die Auftraggeberin in den nachstehend zitierten Positionen der bestandsfesten Ausschreibung getan, sodass die technische Leistungsfähigkeit nur anhand dieser Anforderungen zu prüfen ist. Entsprechend Punkt 5.1.3 "Reihenfolge der Vertragsbestandteile (Punkt 5.1.3 der ÖNORM gilt nicht und wird wie folgt geändert)", der zwar nur für den Leistungsvertrag nach Zuschlagserteilung gedacht ist, aber beim Verständnis verschiedener Teile der Ausschreibung wertvolle Hinweise gibt, geht - wie für die folgenden Überlegungen maßgeblich - Teil B.5 Teil B.1 vor. Zum selben Ergebnis käme man, wenn man die Regel anwendet, dass die speziellere Anordnung der allgemeinen vorgeht. Teil B.5 ist nämlich die Leistungsbeschreibung und enthält die detaillierten und projektspezifischen Angaben zur Ausschreibung. Teil B.1 enthält dagegen allgemeine Bestimmungen.

3.2.1 Mitarbeiterstand

In Position 00B104C "Personalausstattung" in Teil B.5 der Ausschreibung verlangt die Auftraggeberin, dass der Bieter nachweisen muss, dass er über genügend Mitarbeiter verfügt. Er muss mindestens 50 Mitarbeiter im Durchschnitt der letzten drei Jahre - angesichts des Datums der Ausschreibung der Jahre 2010, 2011 und 2012 - beschäftigt haben und das mit dem Formblatt "Erklärung personelle Ausstattung" nachweisen. Als Mitarbeiter gelten Dienstnehmer (Vollzeit, Teilzeit, geringfügig Beschäftigte), freie Dienstnehmer und auf Werkvertragsbasis beschäftigte Personen, mit einer jeweiligen Gesamtvertragslaufzeit von zumindest zwölf Monaten. Punkt 1.1.25.1 legt weiters fest, dass die Möglichkeit der Nachweiserbringung im Sinne des § 76 BVergG durch diese Bestimmung nicht berührt wird. Daraus ergibt sich, dass die Auftraggeberin den Bietern die Erbringung von Nachweisen durch die Berufung auf die Kapazitäten Dritter ermöglichen wollte.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin alleine verfügt nicht über die nötigen Mitarbeiter. Sie beruft sich auf konzernverbundene Unternehmen und damit auf die Mittel Dritter iSd § 76 BVergG. Einerseits lagen an nicht näher bestimmte Auftraggeber gerichtete Patronatserklärungen bereits dem Angebot derart bei, dass sie beim ANKÖ abrufbar waren. Da sie jedoch aus dem April 2013 stammten und damit zwar das zulässige Alter von Nachweisen von zwölf Monaten entsprechend Punkt 1.1.25.1 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen einhielt, forderte die Auftraggeberin die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf, diese zu bestätigen. Diese Bestätigung erfolgte. Damit ist iSd § 76 BVergG nachgewiesen, dass die genannten Unternehmen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Verfügung stehen. Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin gab auch die Mitarbeiterzahlen jener Unternehmen an, die Patronatserklärungen und Unterstützungserklärungen abgegeben haben. Zusammen mit den Mitarbeitern dieser Unternehmen steht der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ein Vielfaches der in Position 00B104C "Personalausstattung" in Teil B.5 der Ausschreibung verlangten Mitarbeiterzahl zur Verfügung.

Unter Berücksichtigung der Mitarbeiterzahlen der Unternehmen, die Patronatserklärungen abgegeben haben, überseigt die Zahl der der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin zur Verfügung stehenden Mitarbeiter die Mindestanzahl von 50 bei Weitem. Wenn nun die projektbezogenen Unterstützungserklärungen ebenfalls einbezogen werden, erhöht sich diese Zahl weiter.

3.2.2 Referenzen

Gemäß § 75 Abs 6 Z 1 BVergG kann der Auftraggeber zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit bei Bauaufträgen eine Liste der in den letzten fünf Jahren erbrachten Bauleistungen verlangen.

Eine für die auszuführenden Arbeiten erforderliche Erfahrung ist im Hinblick auf die Prüfung der fachlichen Leistungsfähigkeit ein zulässiges Kriterium für die technische Leistungsfähigkeit (EuGH 20. 9. 1988, 31/87, Beentjes, Slg 1988, 4.635, Rn 37; 18. 10. 2001, C-19/00, SIAC Construction, Slg 2001, I-7725, Rn 24; BVA 8. 7. 2013, N/0038-BVA/10/2013-35, N/0049-BVA/10/2013-29). Referenzen sollen eine ausreichende einschlägige Erfahrung belegen (BVA 8. 7. 2013, N/0038-BVA/10/2013-35, N/0049-BVA/10/2013-29; 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40). Jede erfolgreiche Berufung auf ein Referenzprojekt setzt voraus, dass dieses dem Bieter zurechenbar ist. Allein die Berufung auf die Tatsache, dass zwei Unternehmen zur selben Unternehmensgruppe gehören, reicht zum Nachweis der Verfügbarkeit nicht aus (OGH 20. 6. 2008, 1 Ob 52/08s). Es kommt dem Auftraggeber zu, die Kriterien für die Gleichwertigkeit von Referenzen festzulegen (BVA 23. 11. 2010, N/0087-BVA/14/2010-22). Der Bieter muss den für den ausgeschriebenen Auftrag bedeutsamen Teil der Referenz selbst erbracht haben (BVA 30. 6. 2011, N/0033-BVA/09/2011-37). Im Rahmen einer Arbeitsgemeinschaft erbrachte Leistungen können nur insofern zum Nachweis der eigenen technischen Leistungsfähigkeit des Bieters herangezogen werden, als sie selbst erbracht wurden (BVA 10. 7. 2006, N/0044-BVA/10/2006-027).

Position 00B104E "Referenzprojekte" in Teil B.5 der Ausschreibungsunterlagen verlangt zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit zwei Referenzen im Straßenbau (Asphalt, Beton) mit einem Umsatzvolumen von mehr als € 1.000.000 und einer Auftragserteilung nach 1. Jänner 2002. Die Referenzprojekte sind in dem Formblatt "Erklärung hinsichtlich durchgeführter Arbeiten" einzutragen und werden von der Auftraggeberin für die Bewertung der Eignungskriterien herangezogen.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat vier Referenzen im Straßenbau vorgelegt. Alle haben Straßensanierungen zum Gegenstand, eines davon auch eine Brückensanierung. Ein anderes der Referenzprojekte führte sie für die Auftraggeberin der gegenständlichen Ausschreibung gemeinsam mit einem zweiten Unternehmen durch, wobei der auf die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin entfallende Teil des Auftrags € 1.000.000 deutlich überschritt.

Die von der Antragstellerin genannten Anforderungen an Referenzen, nämlich Asphaltsteinbau von circa 100.000 t in circa fünf Monaten, das Fräsen nach Deckenbuch, den Asphaltsteinbau nach Deckenbuch, die Herstellung

eines Pinnensystems, die Durchführung eines Lagertausches und die Bestandsplanung nach PlaDok, finden so in der Ausschreibung keine Deckung. Die Position 00B104E verlangt zwar zwei Referenzprojekte, die mit dem vorliegenden Auftrag vergleichbar sind, definiert die Vergleichbarkeit mit dem genannten Auftragsgegenstand und Auftragsvolumen. Weitere Anforderungen stellt die Ausschreibung nicht auf. Sie können auch nicht im Wege der Vergabekontrolle ergänzt werden, da alle am Vergabeverfahren Beteiligten an die Festlegungen der bestandsfesten Ausschreibung gebunden sind. Abweichungen im Interesse der Antragstellerin sind unter Beachtung des Grundsatzes der Bietergleichbehandlung und der daraus resultierenden Bindung an die Festlegungen der Ausschreibung nicht möglich. Da die Referenzen den Mindestanforderungen der Ausschreibung genügen, hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ihre technische Leistungsfähigkeit nachgewiesen.

3.3 Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit und Jahresumsatz

Punkt 1.1.25.4 "Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit" in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen verlangt nur, dass der Bieter nachweisen muss, dass seine finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit gegeben ist. In Position 00B104A "KSV Rating" verlangt die Auftraggeberin den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ein KSV-Rating von < 400 durch eine aktuelle Auskunft des Kreditschutzverbandes.

Diese Auskunft legte die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin mit einem entsprechenden Rating < 400 vor.

Andere Nachweise zum Nachweis der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangte die Auftraggeberin nicht, weshalb die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit entsprechend der Ausschreibung nachgewiesen hat.

In ihrem Vorbringen versucht die Antragstellerin, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin durch den Vergleich ihres Jahresumsatzes mit dem Auftragswert und der Unmöglichkeit, den Auftrag durchzuführen, anzuzweifeln.

Dazu ist anzuführen, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin zwar nach den Grundsätzen des Vergabeverfahrens in § 19 Abs 1 BVergG wirtschaftlich geeignet sein muss, dieser Grundsatz aber in den §§ 70 ff BVergG näher ausgestaltet wird, indem der Auftraggeber gefordert ist, die zur Prüfung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit notwendigen Nachweise festzulegen.

Gemeinsam mit den Unternehmen, die Patronatserklärungen oder Unterstützungserklärungen abgegeben haben, hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin ausreichenden Umsatz, um alle Vorgaben des Projektrisikos zu erfüllen. Hinzuweisen ist allerdings, dass diese Anforderung nirgends in der Ausschreibung festgehalten ist, jedoch sinngemäß von der Auftraggeberin geprüft wurde, wozu sie nach der oben zitierten Rechtsprechung auch befugt ist.

Nach diesen Feststellungen erfüllt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auch die Anforderungen an das Projektrisiko, das unter Einbeziehung der Umsatzzahlen unter 0,2 sinkt (siehe zu alldem BVA 8. 7. 2013, N/0038-BVA/10/2013-35, N/0049-BVA/10/2013-29; 4. 10. 2013, N/0088-BVA/10/2013-40).

Die Bestellung eines Sachverständigen war anhand der oben dargelegten Überlegungen nicht erforderlich.

3.4 Befugnis

Punkt 1.1.25.2 Nachweis der Befugnis in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen verlangt, dass der Bieter nachweisen muss, dass er nach Maßgabe der Rechtsvorschriften seines Herkunftslandes die zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderliche Berechtigung besitzt. Dieser Nachweis ist vom Bieter (jedem Mitglied einer Bietergemeinschaft und jedem genannten Subunternehmer) zu führen durch die Vorlage der im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderlichen Berechtigung oder eine Urkunde betreffend die im Herkunftsland des Unternehmers zur Ausführung der betreffenden Bauleistung erforderliche Mitgliedschaft zu einer bestimmten Organisation.

Die Antragstellerin behauptet, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin die Befugnis für Markierungsarbeiten, Vermessungsarbeiten laut Positionen 010301 "Aufnahme und Auswertung der Fräsflächen" und 0130302 "Pinnensystem für Fräs- und Asphaltierungsarbeiten", die Herstellung von elastischen Belagsdehnfugen, die Durchführung von Betoninstandsetzungsarbeiten und die Durchführung von

Brückenlagerwechseln bei dem Objekt G44.1 fehle. Dazu ist anzumerken, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin das Gewerbe des Baumeisters gemäß § 99 BVergG ausübt und daher befugt ist, im Rahmen ihrer Generalunternehmerbefugnis auch andere Arbeiten zu übernehmen. Dabei muss sie jedoch entsprechend geeignete Mitarbeiter bei der Ausführung einsetzen. Sie hat nun für all diese Gewerke Subunternehmer namhaft gemacht, die entsprechend befugt sind. Teilweise handelt es sich dabei sogar um die selben Subunternehmer, die die Antragstellerin heranzuziehen gedenkt. Für den Wechsel der Brückenlager gibt es keine entsprechende Gewerbeberechtigung. Der geforderte "Lagerführerschein" stellt lediglich den Nachweis über eine besondere Ausbildung dar. Auf der Ebene der Befugnis genügt die Gewerbeberechtigung als Baumeister. Da einerseits die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin die Brückenlager lediglich zukauf, die Vorbereitungsarbeiten für den Lagertausch selbst macht und lediglich ein Mitarbeiter der Lieferantin der Brückenlager mit "Lagerführerschein" die Lager einsetzt, verfügt die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin über eine ausreichende Befugnis für die Durchführung der Arbeiten. Die Hochdruckwasserstrahlarbeiten kann die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung als Baumeister selbst durchführen. Die Schlosserarbeiten und Elektrikerarbeiten kann die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund des geringen Anteils am Auftragswert im Rahmen ihrer Nebenrechte gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO selbst durchführen (VwGH 1. 7. 2010, 2007/04/0136). Damit ist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin befugt, den vorliegenden Auftrag auszuführen.

3.5 Asphaltfräse und abfallwirtschaftsrechtliche Befugnis und Anlagengenehmigung

Bei Asphaltrecyclingmaterial handelt es sich ungeachtet der Aufbereitung um Abfall iSd AWG. Die Abfalleigenschaft wird erst mit der zulässigen Verwendung als Baustoff (zur unmittelbaren Substitution von Rohstoffen bzw. aus Primärrohstoffen erzeugten Produkten) beendet (VwGH 25. 4. 2013, 2012/10/0087).

Beim Fräsen der Asphaltsschichten wird daher Abfall iSd § 2 Abs 1 AWG erzeugt. die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin erzeugt den Abfall und wird damit Abfallbesitzer iSd § 3 Abs 6 Z 1 AWG. Sie muss daher den Abfall einer Abfallbehandlung zuführen. Sie kann ihn zu diesem Zweck einem Abfallsammler oder direkt einem Abfallbehandler übergeben. Dies hat sie in ihrem Angebot vorgesehen.

Die Asphaltfräse erzeugt den Asphaltausbruch und damit Abfall. Gemäß § 2 Abs 7 Z 1 AWG sind "Behandlungsanlagen" ortsfeste oder mobile Einrichtungen, in denen Abfälle behandelt werden. Gemäß § 2 Abs 7 Z 1 AWG sind "mobile Behandlungsanlagen" Einrichtungen, die an verschiedenen Standorten vorübergehend betrieben und in denen Abfälle behandelt werden. Gemäß § 2 Abs 5 Z 1 AWG ist "Abfallbehandlung" jedes Verwertungs- oder Beseitigungsverfahren, einschließlich der Vorbereitung vor der Verwertung oder Beseitigung. Eine Verwertung des Asphaltausbruchs kommt nicht in Frage, weil sie erfordert, dass die Abfälle einem sinnvollen Zweck zugeführt werden, sei es indem sie Rohstoffe ersetzen, sei es das sie dazu vorbereitet werden. Bei einer Asphaltfräse erfolgt beides nicht. Schließlich ist die Asphaltfräse gemäß § 52 Abs 1 AWG dann als mobile Abfallbehandlungsanlage anzusehen, wenn sie in einer Verordnung genannt ist. Die Verordnung des Bundesministers für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft über mobile Anlagen zur Behandlung von Abfällen sieht für die Behandlung von Asphalt nur Brecheranlagen, keine Asphaltfräsen vor. Brecheranlagen haben die Aufgabe, größere Asphaltstücke zu zerkleinern ([http://de.wikipedia.org/wiki/Brecher_\(Zerkleinerungsmaschine\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Brecher_(Zerkleinerungsmaschine))). Asphaltfräsen tragen den noch fest verbauten Asphalt ab (<http://de.wikipedia.org/wiki/Asphaltfräse>). Sie haben daher unterschiedliche Funktionsweisen. Damit besteht für die Asphaltfräse keine abfallwirtschaftsrechtliche Bewilligungspflicht.

Wenn die Antragstellerin unter Verweis auf die Position 00B405F verlangt, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin selbst über eine Berechtigung für die Abfallsammlung verfügt, steht dieses Vorbringen in Widerspruch zu dem Wortlaut der Ausschreibung. Der erste Absatz der genannten Position lautet: "Der AN hat dem AG entweder nachzuweisen, dass er selbst zur Sammlung oder Behandlung der jeweiligen Abfallarten berechtigt ist, oder aber eine gesetzeskonforme Weitergabe der Abfälle an einen berechtigten Abfallsammler oder -behandler erfolgt." Aus dieser Formulierung folgt gerade nicht, dass ein Bieter selbst eine Berechtigung als Abfallsammler haben muss. Es genügt, dass er die Abfälle an einen berechtigten Abfallsammler oder -behandler übergibt.

Da der Baumeister Abfälle sammeln darf, ist auch keine gesonderte Genehmigung nach dem AWG erforderlich. Er ist lediglich verpflichtet, sie einem befugten Abfallsammler zu übergeben. Dies hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot vorgesehen.

3.6 Unterlassen der Prüfung durch die Auftraggeberin

Punkt 6.3.21 in Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen sieht die Vorlage eines Bauzeitplanes (Balken- oder Weg/Zeit-Diagramm) inklusive der Darstellung des kritischen Weges als integrierender Bestandteil des

Angebotes, soweit sie nicht bereits mit dem Angebot als dessen Bestandteil mit abgegeben wurden, binnen der im Aufforderungsschreiben angeführten Frist vor. In gleicher Weise sehen Punkt 6.3.17 in Teil B.6 der Ausschreibung die Vorlage einer Personaleinsatz- und Geräteliste sowie Punkt 6.3.18 in Teil B.6 der Ausschreibung die Vorlage eines technischen Berichts zur Bauausführung vor.

Die genannten Punkte sehen die Vorlage der jeweiligen Unterlagen nur auf Aufforderung der Auftraggeberin vor. Der Bieter ist damit nicht verpflichtet, sie bereits mit dem Angebot abzugeben.

Das Angebotsschreiben legt fest, dass das Angebotsdeckblatt, das ausgepreiste Leistungsverzeichnis, der Vadiumsnachweis, das Subunternehmerverzeichnis und das Deklarationsblatt für Alternativen zwingend mit dem Angebot abzugeben sind.

An diese Vorgabe haben sich die Bieter gehalten. Ihre Angebote waren nach den Bestimmungen der Ausschreibung vollständig.

Allerdings erwähnt Punkt 1.1.17 "Angebotsprüfung" weder einen Bauzeitplan, eine Personaleinsatz- und Geräteliste oder einen technischen Bericht zur Bauausführung. Das Gesetz enthält jedoch keine Verpflichtung der Auftraggeberin, diese zu prüfen, wenn ihr das Angebot der Bieterin plausibel erscheint. Da die Auftraggeberin eine Bauzeitverkürzung von 30 Tagen für möglich erachtet, ist eine Bauzeitverkürzung von 15 Tagen nicht auffallend kurz.

Der von der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vorgelegte Bauzeitplan zeigt, dass eine Bauzeitverkürzung von 15 Tagen möglich ist, da die dargestellten Arbeiten auch anders angeordnet werden können. Es ist möglich, noch weitere zeitliche Einsparungen zu machen, als dies die Antragsteller vorgesehen hat. Insbesondere lassen sich Fräs- und vermessungsarbeiten sowie die Asphaltierungsarbeiten im Gefolge der Fräsarbeiten noch besser zeitgleich ausführen. Auch die Arbeiten am Mittelstreifen müssen nicht vollständig in der 1. Bauphase erfolgen, da das derzeit vorhandene Rückhaltesystem erst dann ersetzt werden muss, wenn es entfernt wird. So lange das derzeitige Rückhaltesystem verbleibt, muss auch der Mittelstreifen nicht neu gemacht werden.

3.7 Anzahl, Qualität und Entfernung der Mischanlagen

Die Antragsteller behauptet, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nicht ausreichend Mischanlagen und Transportkapazitäten zur Verfügung hat.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verfügt über Mischanlagen, die ausreichend Mischgut in der geforderten Qualität herstellen. Diese sind der Antragsteller ebenfalls bekannt. Dadurch, dass die tägliche Einbauleistung wesentlich geringer als von der Antragsteller angenommen ist, bedarf es keiner derart hohen täglichen Mischleistung. Die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannte Asphaltmischanlage kann diesen Bedarf abdecken.

Die Transportkapazitäten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genügen zur Abwicklung des Auftrags. Die Antragstellerin bringt vor, dass sie über 40 LKW verfügen müsse. Im Zuge der Angebotsprüfung hat die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin nachgewiesen, dass sie über 40 LKW verfügt. Die beheizbaren Ladebrücken sind bei einer Fahrzeit von 11/2 Stunden nicht erforderlich, wie auch ein Mitglied der Antragstellerin bei der Abwicklung eines anderen Auftrags gezeigt hat.

Die von der Antragsteller vorgelegten Berechnungen der täglich notwendigen Einbaumengen sind rechnerisch nicht nachvollziehbar. Ebenso ist der Beweiswert des Gutachtens von Prof. Hofstadler fraglich. So weit es nachweisen soll, dass die frist- und termingerechte Baudurchführung durch die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin unwahrscheinlich ist, ist anzumerken, dass es auf einer angenommenen Formel und angenommenen täglichen Einbaumengen beruht. Wie weit diese den tatsächlichen Erfordernissen entsprechen, ist nicht dargetan. Insbesondere ist in der mündlichen Verhandlung hervorgekommen, dass der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin mit 32 bis 35 weit mehr Einbautage zur Verfügung stehen, als jene 16, die dem Gutachten zu Grunde liegen. Damit treffen die in dem Gutachten getroffenen Annahmen nicht zu und die daraus gezogenen Schlüsse sind für den vorliegenden Sachverhalt nicht heranzuziehen. Betrachtet man jedoch die Berechnung von Prof. Hofstadler, sind die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin getroffenen Annahmen für eine Einbaumengen und ihre Bauzeit in einem Bereich, der nach diesem Gutachten eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit der termingetreuen Fertigstellung erwarten lässt. Da der Ersteller des Erkenntnisses auch eine Übung und eine Prüfung aus Statistik auf der Technischen Universität Wien abgelegt hat, kann er das Gutachten von Prof. Hofstadler nachvollziehen. Da sich die von der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin angebotenen Einbautage in dem von der Antragsteller vorgelegten Bauzeitplan bei

entsprechender Anordnung der Arbeiten unterbringen lassen und die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin eine höhere tägliche Arbeitszeit von zumindest zehn Stunden sowie Wochenenden zur Einholung von Schlechtwettertagen kalkuliert hat, bedarf es keines Sachverständigen, um die Plausibilität des Bauzeitplanes zu prüfen. Schließlich ist dabei zu berücksichtigen, dass die Bauzeitverkürzung 15 Kalendertage betrifft, die acht Arbeitstage umfassen.

3.8 Nicht plausible Preiszusammensetzung des Gesamtpreises

Eine vertiefte Angebotsprüfung ist nur dann vorzunehmen, wenn die Voraussetzungen dafür vorliegen. Der Gesamtpreis des Angebots der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin liegt über jenem der Antragstellerin und vor allem über der Kostenschätzung der Auftraggeberin. Er ist daher im Verhältnis zur Leistung nicht ungewöhnlich niedrig. Es liegen nach dem Preisspiegel der Auftraggeberin keine ungewöhnlich hohen oder niedrigen Preise in wesentlichen Positionen vor. Auch bestanden keine begründeten Zweifel an der Angemessenheit von Preisen. Die Voraussetzungen für eine vertiefte Angebotsprüfung liegen daher nicht vor.

Die Auftraggeberin hat aber sowohl bei der Antragstellerin als auch bei der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Sie hat sich die Kalkulationsformblätter vorlegen lassen. In einigen Positionen hat sie die Preise erläutern lassen. Alle Preise konnten sowohl im Angebot der Antragstellerin als auch im Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin aufgeklärt werden, sodass kein Anlass vorliegt, von einer mangelnden betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit oder einer nicht plausiblen Preiszusammensetzung auszugehen.

3.9 Forcierungskosten für die Bauzeitverkürzung

Die Antragstellerin hat die Forcierungskosten für die Bauzeitverkürzung zwar mit 11 % beziffert, aber nicht näher aufgeschlüsselt. Da - wie oben erwähnt - die Preiszusammensetzung plausibel und betriebswirtschaftlich erklärbar ist, ist nicht weiter darauf einzugehen.

3.10 Nennung der Subunternehmer

In Punkt 1.1.24 "Subunternehmer" in Teil B.1 der Ausschreibung verlangt die Auftraggeberin, dass der Bieter alle Subunternehmer, die wesentliche Teile der Leistung erbringen, bereits im Angebot nennt. Wesentlich sind jene Teile der Leistung, zu deren Erbringung der Bieter auf die Leistung des Subunternehmers angewiesen ist, weil er ihn zum Nachweis der Eignung oder der Befähigung benötigt, oder die in 00B1 in Teil B.5 der Ausschreibung genannten Teile der Leistung. Position 00B103B "Subunternehmer %-Satz" definiert Leistungsteile von mehr als 20 % der Gesamtangebotssumme als wesentlich.

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat alle Subunternehmer, auch die wesentlichen, bereits in ihrem Angebot genannt. Sie betreffen die Leistungsteile Bodenmarkierungen, Verkehrsführung und Verkehrssicherheit, Vermessung, Abdichtungsarbeiten und elastische Belagsfugen sowie Fahrzeurückhaltesysteme und Stahlleitschienen, die zusammen 10 % der zu erbringenden Leistung ausmachen. Sie hat daher keine Subunternehmer nachgeschoben. Sie hat lediglich die Subunternehmererklärungen entsprechend Punkt 6.3.1 in Teil B.6 der Ausschreibungsunterlagen im Rahmen der Angebotsprüfung nachgereicht. Diese Vorgangsweise entspricht den gesetzlichen Vorgaben (st Rspr, zB EuGH 10. 10. 2013, C-336/12, Manova, Rn 39; VwGH 11. 11. 2009, 2009/04/0203).

Die Hochdruckwasserstrahlarbeiten kann die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin aufgrund ihrer Gewerbeberechtigung als Baumeister selbst durchführen. Sie muss keinen Subunternehmer dafür namhaft machen. Für die Leistungsteile Schlosserarbeiten und Elektrikerarbeiten muss die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin keine Subunternehmer namhaft machen, da sie diese Leistungsteile wegen des geringen Umfangs von zusammen 0,7 % des Auftragsvolumens im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung als Baumeister gemäß § 99 GewO übernehmen und gemäß § 32 Abs 1 Z 1 GewO selbst durchführen darf (VwGH 1. 7. 2010, 2007/04/0136).

Jene Unternehmen, die Patronats- oder Unterstützungserklärungen abgegeben haben, sind zum Nachweis der technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit notwendig. Sie erbringen deshalb noch keinen Teil der Leistung. Sie aus diesem Grund gar nicht in die Subunternehmererklärung aufgenommen werden. Auch ist keine Erklärung über die Solidarhaftung wie bei Subunternehmern möglich.

3.11 Deponiegebühren

Die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin hat Deponiegebühren in der Höhe der anderen Bieter kalkuliert. Dies ergibt sich aus dem Preisspiegel der Auftraggeberin. Es ist daher nicht erkennbar, dass die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin - entgegen den weitschweifigen Ausführungen der Antragsteller - falsche Mengenansätze oder Tonnagen ihrer Kalkulation zugrunde gelegt hat.

3.12 Zusammenfassung

Da keiner der von der Antragstellerin vorgebrachten Ausscheidensgründe zutrifft und das Bundesverwaltungsgericht keinen Ausscheidensgrund von Amts wegen festgestellt hat, hat die Auftraggeberin zu Recht die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin in der Zuschlagsentscheidung namhaft gemacht. Die behauptete Rechtswidrigkeit liegt daher nicht vor.

Zu Spruchpunkt B) Ersatz der Pauschalgebühr

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der gesetzlich geschuldeten Höhe tatsächlich bezahlt. Das Bundesvergabeamt erließ die beantragte einstweilige Verfügung. Die Antragstellerin hat mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht obsiegt. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher nicht statt.

Zu C) 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.

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 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. In diesem Zusammenhang verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die in der rechtlichen Begründung zitierten Entscheidungen insbesondere des Verwaltungsgerichtshofes.

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2014:W187.2001000.1.01