

TE Lvwg Erkenntnis 2016/1/7 LVwG-2015/S1/2310-4

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 07.01.2016

Entscheidungsdatum

07.01.2016

Index

L72007 Beschaffung Vergabe Tirol

Norm

BVergG 2006 §79 Abs3

1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 18.09.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 18.09.2015, hat EU A A Bauunternehmen A, Adresse, Y (im Weiteren kurz Antragsteller genannt), vertreten durch B Rechtsanwaltspartnerschaft, Adresse, Z, die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in dem von der Gemeinde X, Adresse, X (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch C Rechtsanwälte, Adresse, Z, durchgeführten Vergabeverfahren betreffend „Baumeisterarbeiten Neubau Sozialzentrum Gemeinde X“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz vom 18.09.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 18.09.2015, hat EU A A Bauunternehmen A, Adresse, Y (im Weiteren kurz Antragsteller genannt), vertreten durch B Rechtsanwaltspartnerschaft, Adresse, Z, die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in dem von der Gemeinde römisch zehn, Adresse, römisch zehn (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch C Rechtsanwälte, Adresse, Z, durchgeführten Vergabeverfahren betreffend „Baumeisterarbeiten Neubau Sozialzentrum Gemeinde X“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Der Senat 1 hat unter Vorsitz von Frau Mag. Bettina Weißgatterer, Herrn Dr. Volker-Georg Wurdinger als Berichterstatter und Herrn Dr. Sigmund Rosenkranz als weiteres Mitglied nach öffentlicher mündlicher Verhandlung zu Recht erkannt:

1.

Gemäß § 28 VwGVG wird dem Nachprüfungsantrag des Antragstellers Folge gegeben und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten Neubau Sozialzentrum Gemeinde X“, mitgeteilt mit Schreiben der Auftraggeberin vom 08.09.2015, zugunsten der AT D Bau GmbH, Adresse, W, für nichtig erklärt. Gemäß

Paragraph 28, VwGVG wird dem Nachprüfungsantrag des Antragstellers Folge gegeben und die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren „Baumeisterarbeiten Neubau Sozialzentrum Gemeinde X“, mitgeteilt mit Schreiben der Auftraggeberin vom 08.09.2015, zugunsten der AT D Bau GmbH, Adresse, W, für nichtig erklärt.

2.

Die Auftraggeberin hat dem Antragsteller die von diesem entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.891,-- zu Händen der Rechtsvertreter binnen 14 Tagen ab Zustellung dieses Erkenntnisses zu ersetzen.

3.

Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 28.09.2015, GZ LVwG-2015/S1/2310-3, wird aufgehoben.

4.

Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art 133 Abs 4 B-VG unzulässig. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß Paragraph 25 a, VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Artikel 133, Absatz 4, B-VG unzulässig.

Rechtsmittelbelehrung:

Soweit die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof in Wien für zulässig erklärt worden ist, kann innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung dieser Entscheidung eine ordentliche Revision erhoben werden. Im Fall der Nichtzulassung der ordentlichen Revision kann innerhalb dieser Frist nur die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden.

Jedenfalls kann gegen diese Entscheidung binnen sechs Wochen ab der Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, Freyung 8, 1010 Wien, erhoben werden.

Die genannten Rechtsmittel sind von einem bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw einer bevollmächtigten Rechtsanwältin abzufassen und einzubringen, und es ist eine Eingabegebühr von Euro 240,00 zu entrichten. Die Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist direkt bei diesem, die (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof ist beim Landesverwaltungsgericht Tirol einzubringen.

Entscheidungsgründe:

Mit Schriftsatz vom 18.09.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 18.09.2015, hat der Antragsteller die Nachprüfung der von der Auftraggeberin vorgenommenen und im Betreff näher bezeichneten Ausschreibung beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„In umseitig bezeichneter Vergaberechtssache hat der Antragsteller der unterzeichneten Rechtsanwaltspartnerschaft Vollmacht erteilt, welche diese angenommen hat und sich hiermit darauf beruft. Sämtliche Zahlungen werden zu Händen der Rechtsvertreter gemäß § 19a RAO begehrt. „In umseitig bezeichneter Vergaberechtssache hat der Antragsteller der unterzeichneten Rechtsanwaltspartnerschaft Vollmacht erteilt, welche diese angenommen hat und sich hiermit darauf beruft. Sämtliche Zahlungen werden zu Händen der Rechtsvertreter gemäß Paragraph 19 a, RAO begehrt.

Auftragsgegenstand:

Neubau Sozialzentrum Gemeinde XNeubau Sozialzentrum Gemeinde römisch zehn

Bauleistungen/Baumeisterarbeiten, offenes Verfahren

Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß 2.1. der Ausschreibungsunterlage

Angefochtene Entscheidung:

Zuschlagsentscheidung vom 08. September 2015

Ausschreibende Stelle/Bezeichnung des Auftraggebers:

Gemeinde X (vergebende Stelle: E Dienstleistungs GmbH, Adresse, Z).Gemeinde römisch zehn (vergebende Stelle: E Dienstleistungs GmbH, Adresse, Z).

Zuständigkeit:

Gemäß § 1 Abs. 1 des Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetzes fallen Nachprüfungen, welche Aufträge der Tiroler Gemeinden zum Gegenstand haben, unter dieses Landesgesetz. Gemäß § 3 Abs. 1 ist da-her das Landesverwaltungsgericht sowohl zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens sowie auch zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig. Gemäß Paragraph eins, Absatz eins, des Tiroler Vergabenaufprüfungsgesetzes fallen Nachprüfungen, welche Aufträge der Tiroler Gemeinden zum Gegenstand haben, unter dieses Landesgesetz. Gemäß Paragraph 3, Absatz eins, ist da-her das Landesverwaltungsgericht sowohl zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens sowie auch zur Erlassung der einstweiligen Verfügung zuständig.

Sachverhalt/Beschwerdepunkte/Behauptete Rechtswidrigkeit:

Mit Ausschreibung wurde im Rahmen eines offenen Verfahrens zur Angebotsabgabe eingeladen. Die Abgabe der Angebote war mit 14.08.2015, 9.00 Uhr, befristet.

Die Antragsteller reichten ein Angebot in Höhe von € 2,373.459,61 ein und gingen im Zuschlagskriterium „Preis“ als Niedrigst- bzw Billigstbieter hervor.

Mit Schreiben vom 08.09.2015 teilte der Antragsgegner mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag an AT-D Bau GmbH, Adresse, W, zu vergeben, weiters, dass die Stillhaltefrist mit 18.09.2015 um 24.00 Uhr, endet.

Darüber hinaus wurde dem Antragsteller die Bewertungsmatrix des Antragsgegners übermittelt, aus der die AT-D Bau GmbH als Bestbieterin mit einer Gesamtpunktzahl von 882,06 von 1.000 möglichen Punkten hervorging.

Ausscheidungskriterium „Kubikmeterkilometer“ [$\text{m}^3 \text{ km}$]:

Die vertiefte Angebotsprüfung des Antragsgegners wurde dabei jedoch nicht gesetzeskonform durchgeführt, ansonsten auffallen hätte müssen, dass jedenfalls die Angaben der F Bau GmbH sowie der AT-D Bau GmbH nicht nachvollziehbar, aufgrund der tatsächlichen Gegebenheiten nicht erklärbar sind.

Der Antragsteller vermutet, dass die vorgenannten Firmen als Lieferort für Aushubmaterial die „Müll X“ angegeben haben, weil dieser eine kürzere Entfernung zwischen Abholort und Einbaustelle ermöglichen würde. Dies ist jedoch zum einen keine genehmigte Deponie für derartige Ablagerungen. Dies ist dem Antragsteller bekannt, da er selbst dort angefragt hat und eine negative Auskunft erhielt. Da die Angaben der AT-D Bau GmbH sohin nicht der Ausschreibungsunterlage entsprechen, ist diese aus dem Verfahren auszuschneiden.

Der nächste mögliche genehmigte Einbauort ist T, an dem die Firma R eine Bodenaushubdeponie betreibt.

Festgehalten wird, dass die Maximalkilometer laut Ausschreibung, welche die Entfernung vom Abholort zur Einbaustelle angibt, mit 10 km begrenzt sind. Weiters sieht die Ausschreibung unter dem Position 03.26.03B vor, dass die Entfernung mindestens 5km betragen muss. Sofern die Angaben der AT-D Bau GmbH darunter liegen sollten, ist sie auch aus diesem Grund aus dem Verfahren auszuschneiden.

Da das nächstgelegene Kies- und Betonwerk das des Antragstellers selbst ist und dieser keinerlei Anfragen erhielt, müssen die Beton- und Schüttungsmaterialien zumindest von dem weiter entfernten „Kies- und Betonwerk Gebrüder G“ bezogen werden. Eine andere Möglichkeit besteht dafür nicht, weil der Bezug andernfalls gar nicht sichergestellt wäre. Dann handelt es sich aber wiederum um ein rein spekulatives Angebot, welches bereits aus diesem Umstand alleine auszuschneiden wäre.

Da die Liefermengen laut Leistungsverzeichnis nach der Ausschreibungsunterlage nicht geändert werden dürfen, gemäß Punkt 2.3. sind Teilangebote, Abänderungsangebote und Alternativangebote nicht zugelassen, stellen diese Mengen ein Fixum dar. Die einzige Variable sind die zu fahrenden Kilometer zwischen Abholort und Einbaustelle. Da, wie bereits dargelegt und sich aus den gleichzeitig vorgelegten Unterlagen ergibt, eine niedrigere Transportbelastung unmöglich ist, hätte jedoch die vergebende Stelle im Zuge ihres Angebotsprüfungsverfahrens zu einer Ausscheidung jedenfalls jener Angebote kommen müssen, welche von der F Bau GmbH sowie der AT-D Bau GmbH abgegeben wurden.

Entweder handelt es sich also um offensichtlich rein spekulative oder aber um schlicht unrichtige Angaben – jedenfalls unbehebbarer Mängel im Angebot und daher Ausscheidungstatbestände.

Um die von den oben bezeichneten Firmen angegebenen m^3km erreichen zu können, könnten diese die Liefermengen laut Leistungsverzeichnis auch in unzulässiger Weise abgeändert haben.

Angebote, welche den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen bzw. Alternativ- und Abänderungsangebote darstellen, sofern diese nicht zugelassen wurden, sind gemäß § 129 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 aus dem Verfahren auszuschneiden. Angebote, welche den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen bzw. Alternativ- und Abänderungsangebote darstellen, sofern diese nicht zugelassen wurden, sind gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 aus dem Verfahren auszuschneiden.

Da somit der Antragsteller als Bestbieter verbleibt, würde der Zuschlag widerrechtlich an die AT-D Bau GmbH erteilt.

Fachgespräch mit Schlüsselpersonal:

Im LV ist auf Seite 14 von 37 Folgendes angegeben:

03.26.02A Z Fördern Material bis 100m

Zwischenlagern auf Nachbargrundstück. 1.800,00 m³

Es muss also laut Ausschreibung Material auf einem der Nachbargrundstücke zwischengelagert werden. Auf die Frage des Poliers des Antragstellers während des Hearings, welches Grundstück beansprucht werden darf, gab die Kommission an: „Wie in den Ausschreibungsunterlagen vorgegeben“

Die in Frage kommenden Nachbargrundstücke sind die Grundstücke **79, **76, **83. Die restlichen Grundstücke sind laut Raumordnung als öffentliche Straßen oder Gewässer gekennzeichnet.

Aus den Ausschreibungsunterlagen geht hervor, dass eine Vereinbarung mit dem Grundstückseigentümer des GSt. **79 bzw. **76 bestehen muss. Es gibt keinen Hinweis, dass es eine Vereinbarung mit dem Eigentümer des Grundstückes **83 gibt oder dieses Grundstück herangezogen werden darf.

Der Antragsgegner gab vor, dass Teile der Baustelleneinrichtung dort situiert werden können (vgl. Übersichtslageplan Bauwasserhaltung - Letzte Seite "technischer Bericht zur Einreichung Bauwasserhaltung"). In diesem Plan, welcher Teil der Ausschreibung war, sind die gesamten technischen Einrichtungen der Bauwasserhaltung auf dem Grundstück **79 situiert, das Grundstück **76 wird sogar vom Gebäude an sich beansprucht (Überbauung). Der Antragsgegner gab vor, dass Teile der Baustelleneinrichtung dort situiert werden können vergleiche Übersichtslageplan Bauwasserhaltung - Letzte Seite "technischer Bericht zur Einreichung Bauwasserhaltung"). In diesem Plan, welcher Teil der Ausschreibung war, sind die gesamten technischen Einrichtungen der Bauwasserhaltung auf dem Grundstück **79 situiert, das Grundstück **76 wird sogar vom Gebäude an sich beansprucht (Überbauung).

Im Zuge des Hearings wurde die Frage 8 mit nur 2 der möglichen 20 Punkte bewertet, da nach der Begründung ...Lagerflächen im Nachbargrund. Sägewerk, ebenso die Container dort vom Antragsteller situiert werden. Eine höhere Bewertung wäre jedenfalls vorzunehmen gewesen.

Die genaue Fragestellung hat folgendermaßen gelautet:

[... Skizzieren Sie im zur Verfügung gestellten Lageplan die Baustelleneinrichtung (Kran, Lagerflächen, Container)]

Punkt 8 ist der einzige Punkt des Hearings, der im Übrigen tatsächlich begründet wurde, und sich die Kommission nicht in leeren, inhaltslosen Formeln, also Scheinbegründungen ergangen hat. Richtig ist, dass in der von vom Polier des Antragstellers angefertigten Skizze ausschließlich jene Grundstücke beansprucht wurden, die der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen selbst beansprucht hat. Die Baustelleneinrichtung der Bauwasserhaltung (GSA) wurde von unserem Polier während des Hearings an einen technisch sinnvollerer Platz flussabwärts situiert. Der Antragsgegner hat nach dem Hearing am 01.09.2015 die vorgeschlagene Situierung der GSA am 03.09.2015 (im Zuge der Wasserrechtsverhandlung) in seinen Unterlagen ebenfalls so vorgenommen.

Punkt 8 wurde bei AT-D Bau GmbH mit 20 Punkten bewertet. Wird dort kein Nachbargrundstück beansprucht, dann entspricht dies nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen. In diesem Fall ist AT-D Bau GmbH aus dem Verfahren auszuschneiden.

Darüber hinaus darf auf das Naheverhältnis welches zwischen zwei der Kommissionsmitgliedern und der AT-D Bau GmbH hingewiesen werden. Herr H war vormals dort in leitender Funktion tätig, der geprüfte Polier der für die Firma AT-D Bau GmbH am Hearing teilnahm war dessen direkt unterstellter Mitarbeiter. I I, der Geschäftsführer der AT-D Bau GmbH, ist Bezirksstellenobmann der Wirtschaftskammer W, Ausschussmitglied Landesinnung Tirol (Erweitertes Präsidium). J J ein weiteres Kommissionsmitglied ist im Bezirksstellenausschuss Z-Land, Ausschussmitglied

Landesinnung Tirol, Ausschussmitglied Wirtschaftskammer Österreich (Bundesinnung Bau). Darüber hinaus darf auf das Naheverhältnis welches zwischen zwei der Kommissionsmitgliedern und der AT-D Bau GmbH hingewiesen werden. Herr H war vormals dort in leitender Funktion tätig, der geprüfte Polier der für die Firma AT-D Bau GmbH am Hearing teilnahm war dessen direkt unterstellter Mitarbeiter. römisch eins römisch eins, der Geschäftsführer der AT-D Bau GmbH, ist Bezirksstellenobmann der Wirtschaftskammer W, Ausschussmitglied Landesinnung Tirol (Erweitertes Präsidium). J J ein weiteres Kommissionsmitglied ist im Bezirksstellenausschuss Z-Land, Ausschussmitglied Landesinnung Tirol, Ausschussmitglied Wirtschaftskammer Österreich (Bundesinnung Bau).

Aufgrund dieses Umstandes sieht der Antragsteller die notwendige Unabhängigkeit der eingesetzten Kommission nicht gegeben, widerspricht das durchgeführte Verfahren daher den vergaberechtlichen Grundsätzen.

In diesem Zusammenhang weist der Antragsteller auch auf den Umstand hin, dass die Beurteilung der Kommission in keiner Weise nachvollziehbar ist, und aus der formelhaften Begründung nicht ersehen werden kann, welche Auswahlkriterien nun tatsächlich angewendet wurden. Es werden in nicht nachvollziehbarer Weise Scheinbegründungen verwendet. Der Eindruck verstärkt sich noch, wenn auf Seite 20 der Vergabeunterlagen angeführt ist, dass die Entscheidungen der Kommission „endgültig und unanfechtbar sind“.

Rechtsverletzung:

Der Antragsteller ist in seinem Recht auf Abführung eines vergaberechtskonformen Prüfungsverfahrens verletzt, speziell wurden Nachweise der AT-D Bau GmbH nicht ausreichend eingeholt bzw. geprüft, entsprechend unkorrekt gereiht und bewertet, ihr Angebot rechtswidrig nicht ausgeschieden. Weiters und insgesamt entspricht das durchgeführte Fachgespräch nicht den normierten Grundsätzen.

Drohender/bereits eingetretener Schaden für den Antragsteller:

Das Interesse des Antragstellers liegt zum einen darin, dass aufgrund der derzeit vorliegenden Informationen des Antragsgegners davon auszugehen ist, dass das Angebot des Antragstellers jenes ist, auf welches der Zuschlag zu lauten hat. Aufgrund der vorliegenden Informationen bzw. der faktischen Unmöglichkeit wie oben dargestellt, ist das Angebot der AT-D Bau GmbH jedenfalls auszuschneiden und der Zuschlag dem Antragsteller zu erteilen.

Neben den Aufwendungen zur Durchführung des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens (Pauschalgebühr, Anwaltskosten etc.) ist der Antragsteller aufgrund des rechtswidrigen Vorgehens des Antragsgegners maßgeblich gefährdet, den gegenständlichen Auftrag nicht zu erlangen, obwohl es offensichtlich ist, dass dem Angebot der AT-D Bau GmbH kein Zuschlag zu erteilen ist. Dieses Angebot ist auszuschneiden.

Dem entsprechend ergibt sich weiter, dass die vom Antragsteller für diesen Auftrag vorgesehenen Ressourcen nicht abgedeckt werden könnten und sich eine entsprechende negative Beschäftigungssituation ergibt. Umgelegt auf den Deckungsbeitrag, die zu erlösenden Geräte und Materialkosten und das Angebotsergebnis kann der somit jedenfalls entstehende Schaden als mindestens mit ca. 15 % des Angebotspreises, daher mit ca. € 360.000,00 angegeben werden. Wobei hier die Betonlieferung durch den Antragsteller selbst noch gar nicht berücksichtigt ist.

(Zusätzliche) Angaben zur einstweiligen Verfügung:

(Anmerkung: Nachstehendes Vorbringen wird auch zum Vorbringen im Nachprüfungsverfahren erhoben.)

Ergänzend zum bisherig Vorgebrachten, welches ebenfalls zum Vorbringen zur einstweiligen Verfügung erhoben wird, wird ausgeführt:

Die beabsichtigte Vergabe an die AT-D Bau GmbH hätte offensichtlich zur Folge, dass das Grundinteresse der Antragsteller, nämlich gegenständliche Bauleistungen selbst auszuführen, unterlaufen würde.

Auch die Möglichkeit der Abdeckung des Schadenersatzes im Rahmen eines allfälligen Feststellungsverfahrens könnte diesen Schaden dahingehend nicht wieder gutmachen, weil es für Baufirmen eben notwendig ist, Bauleistungen selbst zu erbringen, vorhandene Gerätschaften, Personal etc. einzusetzen und einen kontinuierlichen Betrieb zu gewährleisten. Dies war auch der Grund, dass überhaupt ein entsprechend preisgünstiges und leistungsfähiges Angebot des Antragstellers nunmehr vorliegt.

Es ist offensichtlich, dass die Wahrung des rechtlichen Interesses des Antragstellers nur durch eine einstweilige Verfügung und damit durch die Verhinderung eines (rechtswidrigen) Vertragsabschlusses seitens der Antragsgegner mit der AT-D Bau GmbH als (einzig) geeignetes Mittel gewährleistet werden kann.

Kein Interesse des Antragsgegners rechtfertigt es, dass der Einräumung der im Gesetz dafür und eben ausdrücklich vorgesehenen und zur Prüfung der Sach- und Rechtslage notwendigen Zeit von zwei Monaten nicht zuzustimmen wäre. Im Gegenteil muss der Antragsgegner ausdrücklich damit rechnen, dass die im Gesetz vorgesehene Frist bis zu einer endgültigen und definitiven Zuschlagserteilung vergehen kann, eben weil ein Verfahren zur Wahrung der rechtlichen Interessen angestrengt werden kann. Aus diesem Grund ist bis zur rechtskräftigen Entscheidung eine Zuschlagserteilung jedenfalls zu untersagen.

Fristeinhaltung:

Die Zuschlagsentscheidung wurde dem Antragsteller mitgeteilt mit Schreiben des Antragsgegners datiert vom 08. September 2015, als Ende der Stillhaltefrist wird vom Antragsgegner der 18.09.2015 angegeben. Die gesetzlich bestimmte Frist ist somit jedenfalls eingehalten.

Äußerung zur Akteneinsicht der mit eingereichten Urkunden:

Das ausgepreiste Leistungsverzeichnis der Antragsteller, die „Nachweise der Zuschlagskriterien“ sowie der Vergabeakt des Antragstellers sind von einer allfälligen Akteneinsicht der anderen Bieter, im Besonderen der AT-D Bau GmbH auszunehmen.

Der Antragsteller beantragt in einem, in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Urkunden des Vergabeverfahrens und Vergabeaktes Einsicht nehmen zu dürfen, sofern dies nicht Geschäftsinteressen Dritter beeinträchtigen würde – allenfalls sind Schwärzungen vorzunehmen.

Beweis/Bescheinigungsmittel:

(Zum gesamten Vorbringen/Nachprüfungsantrag und EV):

?

Entfernungsangaben Kies- und Betonwerke

?

Entfernungsangaben Bodenaushubdeponie

?

Protokoll Hearing vom 01.09.2015 samt Lageplan

?

Ausgepreistes Leistungsverzeichnis des Antragstellers

?

Einladung zur Angebotsabgabe

?

Bewertungsmatrix

?

Nachweis Einzahlung Pauschalgebühr

?

Wasserrechtlicher Akt **** der BH W

?

Baubescheid der Gemeinde X, einzuholender Bauakt Baubescheid der Gemeinde römisch zehn, einzuholender Bauakt

?

Vorzulegender Vergabeakt des Antragsgegners

?

PV, für welche namhaft gemacht wird BM DI (FH) K A

Es werden somit gestellt nachfolgende

ANTRÄGE:

1. Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Es wird beantragt, dem Antragsgegner im gegenständlichen Vergabeverfahren (Neubau Sozialzentrum X) bei sonstiger Nichtigkeit zu untersagen, für die DA des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens einen Zuschlag zu erteilen. Es wird beantragt, dem Antragsgegner im gegenständlichen Vergabeverfahren (Neubau Sozialzentrum römisch zehn) bei

sonstiger Nichtigkeit zu untersagen, für die DA des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens einen Zuschlag zu erteilen.

2. Nachprüfungsantrag:

Es wird beantragt, die Entscheidung des Antragsgegners, im gegenständlichen Vergabeverfahren (Neubau Sozialzentrum X) der AT-D Bau GmbH den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären. Es wird beantragt, die Entscheidung des Antragsgegners, im gegenständlichen Vergabeverfahren (Neubau Sozialzentrum römisch zehn) der AT-D Bau GmbH den Zuschlag zu erteilen, für nichtig zu erklären.

3. Kostenersatz:

Es wird beantragt, dem Antragsgegner den Ersatz der Pauschalgebühren (Nachprüfung und einstweilige Verfügung) der Antragsteller in Höhe von € 3.921,-- zu Handen ihrer Rechtsvertreter gemäß § 19a RAO binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution aufzutragen. Es wird beantragt, dem Antragsgegner den Ersatz der Pauschalgebühren (Nachprüfung und einstweilige Verfügung) der Antragsteller in Höhe von € 3.921,-- zu Handen ihrer Rechtsvertreter gemäß Paragraph 19 a, RAO binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution aufzutragen.

URKUNDENVORLAGE

Entfernungsangaben Kies- und Betonwerke

Entfernungsangaben Bodenaushubdeponie

Protokoll Hearing vom 01.09.2015 samt Lageplan

Ausgepreistes Leistungsverzeichnis des Antragstellers

Einladung zur Angebotsabgabe

Bewertungsmatrix

Nachweis Einzahlung Pauschalgebühr

Baubescheid“

Zusammen mit dem Schriftsatz vom 18.09.2015 hat der Antragsteller Urkunden gelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet werden:

?

Entfernungsangaben Kies- und Betonwerke (Beilage ./A)

?

Entfernungsangaben Bodenaushubdeponie (Beilage ./B)

?

Protokoll Hearing vom 01.09.2015 samt Lageplan Sozialzentrum (Beilage ./C)

?

ausgepreistes Leistungsverzeichnis des Antragstellers (Beilage ./D)

?

Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./E)

?

Bewertungsmatrix (Beilage ./F)

?

Nachweis der Einzahlung der Pauschalgebühr (Beilage ./G)

?

Baubescheid vom 18.08.2015 (Beilage ./H)

Die Auftraggeberin hat mit Schriftsatz vom 23.09.2015 zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„In umseits näher rubrizierter Vergaberechtssache hat die Auftraggeberin C Rechtsanwälte mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt. Die umseits ausgewiesenen Rechtsanwälte berufen sich auf die ihnen erteilte Vollmacht. Es wird ersucht, das Vollmachtsverhältnis zur Kenntnis zu nehmen.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 18.09.2015 wurde der Auftraggeberin am 18.09.2015 mit dem Auftrag zugestellt, bis spätestens Mittwoch, 23.09.2015, 12:00 Uhr, beim LVwG Tirol insbesondere zum Vorbringen betreffend den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Innerhalb einer weiteren Frist von zwei Wochen sind die bezugshabenden Unterlagen vorzulegen und weitere Angaben zu machen.

Binnen offener Frist gibt die Auftraggeberin nachstehende

STELLUNGNAHME ZUM ANTRAG AUF ERLASSUNG EINER STELLUNGNAHME ZUM ANTRAG AUF ERLASSUNG E RÖMISCH EINS N E R

EINSTWEILIGEN VERFÜGUNGE RÖMISCH EINS N S T W E RÖMISCH EINS L RÖMISCH EINS G E N RÖMISCH FÜNF E R F Ü G U N G

ab:

1) Wesentlicher Sachverhalt und geschätzter Auftragswert

Die Auftraggeberin beabsichtigt den Neubau des Sozialzentrums Gemeinde X. Der geschätzte Netto-Auftragswert für alle Bauleistungen beträgt EUR 9,6 Mio, es liegt somit ein Bauvorhaben im Oberschwellenbereich vor. Die Auftraggeberin beabsichtigt den Neubau des Sozialzentrums Gemeinde römisch zehn. Der geschätzte Netto-Auftragswert für alle Bauleistungen beträgt EUR 9,6 Mio, es liegt somit ein Bauvorhaben im Oberschwellenbereich vor.

Das Hauptlos aller Bauarbeiten, die Baumeisterarbeiten, wurden mit einem geschätzten Netto-Auftragswert von EUR 2,7 Mio nach den Bestimmungen des BVergG 2006 für den Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip ausgeschrieben. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot gelegt. Alle Bieter wurden einem Hearing unterzogen, das jeweils völlig gleich abgelaufen ist. Dabei wurden die Angebote einer unabhängigen Kommission vom jeweiligen Bieter vorgestellt. Von der Kommission erfolgte die Angebotsbewertung, mit Ausnahme des Preises.

Auf Grundlage der Angebotsprüfung, des jeweils angebotenen Preises und der Bewertung der Angebote durch die unabhängige Kommission erfolgten die Reihung der Angebote und die Wahl des Angebotes für die Zuschlagserteilung. Die Zuschlagsentscheidung wurde am 08.09.2015 allen Bietern zugestellt. Die Antragstellerin hat einen Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung samt Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung beim LVwG Tirol eingebracht.

B e w e i s : vorzulegende Unterlagen des Vergabeverfahrens;

weitere Beweise vorbehalten.

2) Stellungnahme zum Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung

Wie bei jedem (größeren) Bauvorhaben ziehen Verzögerungen bei der Auftragsvergabe durch Vergabenachprüfungsverfahren Verzögerungen bei der Umsetzung des gesamten Projektes nach sich. Der gegenständliche Vergabenachprüfungsantrag betrifft die Zuschlagsentscheidung des Hauptloses der Bauaufträge. Eine Fortsetzung des gesamten Projektes kann ohne Beauftragung der hier gegenständlichen Leistungen nicht erfolgen. In aller Regel ziehen Verzögerungen bei der Umsetzung von Projekten auch Mehrkosten nach sich.

Vor dem allgemein geschilderten Hintergrund ist der Auftraggeberin daran gelegen, dass über den gegenständlichen Vergabenachprüfungsantrag ehestmöglich entschieden wird und bis dahin die Vergabeverfahren nicht unterbrochen werden.

Gleichzeitig ist der Auftraggeberin die ständige Judikatur der Vergabekontrollbehörden bekannt, wonach Verfahrensverzögerungen durch Rechtsmittel gegen Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber in Vergabeverfahren bei der Projektplanung zu berücksichtigen sind.

Deshalb spricht sich die Auftraggeberin nicht gegen den Erlass der beantragten Einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens aus. Die Auftraggeberin ersucht aber höflich um eine ehestmögliche Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und ehestmögliche Entscheidung über den Nachprüfungsantrag.

Die umfassende Stellungnahme der Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag wird zeitnah erfolgen, ebenso die Vorlage des Vergabeaktes; voraussichtlich innerhalb einer Woche.“

Mit einstweiliger Verfügung vom 28.09.2015, GZ LVwG-2015/S1/2310-3, hat daraufhin das Landesverwaltungsgericht Tirol der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages und zwar bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol über den Antrag auf Nichtigklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung untersagt.

Mit Schriftsatz vom 05.10.2015 hat daraufhin die Auftraggeberin Urkunden gelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet werden:

?

Ordner 1 (Beilage ./1)

bestehend aus:

- Übersicht aller Dateien
- Verfahrenseinleitung
 - o Schätzung des Auftragswertes
 - o Leistungsverzeichnis von DINA4
 - o Beilage zur Angabe hinsichtlich der Zuschlagskriterien
 - o Ausschreibungsunterlage
 - o Beilagen / Pläne
 - o SiGe-Plan
 - o Technischer Bericht Versickerung
 - o Ausführungshinweise, Baugrubensicherung, Spritzbeton-Nagelwand
- Bekanntmachungen/SIMAP und Bote für Tirol
- Aktenvermerke
 - o Bewertungsbögen zum Hearing
 - o Gesprächsprotokolle
- Details zur Bewertung
- Korrespondenz/Informationsmails
- Bieterlückenprotokoll/Preisspiegel
 - o insbesondere Preisspiegel zur Position 03 26 03B
- Angebotsöffnung/Angebotsprüfung
- Zuschlagsentscheidung

?

Ordner 2 (Beilage ./2)

bestehend aus:

- Angebot Antragsteller A
 - o IV (wesentliche Positionen mit Lohn EUR 0 sind mit blauen Post-ist gekennzeichnet) römisch vier (wesentliche Positionen mit Lohn EUR 0 sind mit blauen Post-ist gekennzeichnet)
 - o Beilagen
 - o Nachweis Zuschlagskriterien
 - o Angebotsprüfung
 - o LV
 - o Zuschlagsentscheidung
 - o Korrespondenz

- Angebot präsuntive Zuschlagsempfängerin AT D Bau

- o Beilagen

- o Eignungsnachweise

- o Nachweis Zuschlagskriterien

- o Referenzen

- o Formblätter

- o Angebotsprüfung

- o LV

- o Zuschlagsentscheidung

- o Korrespondenz

?

Ordner 3 (Beilage ./3)

Angebote der übrigen Bieter

Mit Schriftsatz vom 06.10.2015 hat sodann die Auftraggeberin weiter ausgeführt wie folgt:

„Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers vom 18.09.2015 wurde der Auftraggeberin am 18.09.2015 mit dem Auftrag zugestellt, bis spätestens 23.09.2015 beim LVwG Tirol insbesondere zum Vorbringen betreffend den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung und innerhalb einer weiteren Frist von zwei Wochen zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag Stellung zu nehmen. Binnen offener Frist erstattet die Auftraggeberin nachstehende

STELLUNGNAHME ZUM NACHPRÜFUNGSANTRAG

3. Sachverhalt:

Die Auftraggeberin beabsichtigt den Neubau des „Sozialzentrum Gemeinde X“. Die Planungsleistungen zum Bauvorhaben wurden weitgehend abgeschlossen. Die Vergabe der Bauarbeiten ist in Losen vorgesehen.

Der geschätzte Netto-Auftragswert für alle Bauleistungen beträgt EUR 9,6 Mio., es liegt somit ein Bauvorhaben im Oberschwellenbereich vor. Das Hauptlos der Bauarbeiten, die gegenständlichen Baumeisterarbeiten, wurden auf EUR 2,7 Mio. netto geschätzt.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren ist die Vergabe des Auftrages der Baumeisterarbeiten für den Neubau „Sozialzentrum Gemeinde X“ vorgesehen. Die Vergabe dieser Leistungen erfolgt nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 für den Oberschwellenbereich und den dazu ergangenen Verordnungen in einem offenen Verfahren. Das Verfahren wird elektronisch über die Vergabepattform S der vergebenden Stelle durchgeführt.

Die Übermittlung zur Bekanntmachung einer Vorinformation über den Bauauftrag an das Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am xx.xx.2015. Die Übermittlung zur Bekanntmachung der Ausschreibung des Bauauftrages im Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am xx.xx.2015. An den gleichen Tagen wurden jeweils die Bekanntmachungen an den Boten für Tirol übermittelt. Im Bote für Tirol erfolgten die Bekanntmachung der Vorinformation am xx.xx.2015 und die Bekanntmachung des offenen Verfahrens am xx.xx.2015.

Die Ausschreibungsunterlagen für die Baumeisterarbeiten bestehen aus:

- den allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen
- den allgemeinen Vertragsbedingungen
- der Leistungsbeschreibung / -Verzeichnis
- Planbeilagen
- SiGe-Plan

Die Ausschreibungsunterlagen wurden kostenlos an alle Unternehmen übergeben, welche die Ausschreibungsunterlagen rechtzeitig angefordert haben.

Die Ausschreibungsunterlagen sehen unter Punkt 6. die Vergabe der Baumeisterarbeiten nach dem Bestbieterprinzip vor. Die Zuschlagskriterien wurden wie folgt festgelegt:

6. BESTBIETERERMITTLUNG UND ZUSCHLAGSKRITERIEN

Der Zuschlag wird dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt (Bestbieterprinzip).

Zuschlagskriterien in diesem Bewertungsverfahren sind mit der folgenden prozentuellen Gewichtung (Es sind max. 1000 Punkte erreichbar.):

a) Preis 65 % (= max. 650 Punkte)

b) Qualität (technische, ökologische Kriterien) 35 % (= max. 350 Punkte)

Innerhalb des Zuschlagskriteriums „Qualität/technische Kriterien“ wird eine Detaillierung in Unterkriterien vorgenommen, wobei die Bewertung in Punkt 6.2 erläutert wird:

Sind Positionen der Leistungsbeschreibung mit „muss“, „mindestens“ oder ähnlichem beschrieben, so ist das Vorliegen des Leistungsmerkmals ein Musskriterium, Das Nichterfüllen führt zum Ausscheiden des Angebotes.

6.1 BEWERTUNG DES ZUSCHLAGSKRITERIUMS „PREIS“

Für das Zuschlagskriterium „Preis“ werden maximal 650 Bewertungspunkte vergeben.

Der niedrigste Angebotspreis wird mit der maximal möglichen Punktezahl (650 Punkte) bewertet. Alle anderen, nicht auszuschließenden Angebote erhalten in jenem prozentuellen Ausmaß weniger Bewertungspunkte, in dem ihre Angebotssumme von der niedrigsten Angebotssumme abweicht.

Preispunkte = niedrigster Angebotspreis aller Bieter: konkreter Angebotspreis des Bieters x 650,

Nicht volle Punktezahlen werden auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundet.

6.2 BEWERTUNG DES ZUSCHLAGSKRITERIUMS „QUALITÄT (TECHNISCHE, ÖKOLOGISCHE KRITERIEN)“

Bewertung des Zuschlagskriteriums „Qualität (technische, ökologische Kriterien)“.

Die Bewertung der Qualität erfolgt anhand der Angaben des Bieters. Die einzelnen Unterkriterien werden wie folgt bewertet

1) Verlängerung der Gewährleistung 3 % (maximal 30 Punkte)

2) Reaktionszeit Schlüsselpersonal 5 % (maximal 50 Punkte)

3) Kubikkilometer 7% (maximal 70 Punkte)

4) Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal 20% (maximal 200 Punkte)

Zu 1)

Unter dem Bewertungskriterium „Verlängerung der Gewährleistung“ wird die angebotene Verlängerung bewertet (je länger, umso besser).

Die Punkteanzahl errechnet sich folgendermaßen:

Für die laut Vertragsbedingungen unter Punkt 12 definierten Gewährleistungsfristen werden 0 Punkte vergeben, Für jeden zusätzlichen Monat über die in den Vertragsbedingungen angeführten Fristen wird 1 Punkt vergeben. Insgesamt können in diesem Zuschlagskriterium maximal 30 Punkte (entspricht 30 Monaten) erreicht werden.

Die Verlängerung der Gewährleistung ist vom Bieter in der Anlage (Nachweise der Zuschlagskriterien) anzugeben.

Zu 2)

Als Reaktionszeit gilt jene Zeit, innerhalb welcher eine benannte Schlüsselperson des Bieters oder dessen Stellvertreter im Falle unvorhergesehener und ungewöhnlicher Ereignisse, die zu einem grob gestörten Ablauf der Auftragserfüllung führen können, vor Ort (Baustelle) sein kann, Die Reaktionszeit ist vom Bieter in Minuten anzugeben und im Zuge der Leistungserbringung einzuhalten, wobei ausdrücklich auf die Vertragsstrafe gemäß Vertragsbedingungen verwiesen wird. Die Mindestreaktionszeit beträgt 6 Stunden.

Die Reaktionszeit ist vom Bieter in der Anlage (Nachweise der Zuschlagskriterien) anzugeben.

Die schnellste Reaktionszeit wird mit der maximal möglichen Punktezahl (50 Punkte) bewertet.

Alle anderen, nicht auszuscheidenden Angebote erhalten in jenem prozentuellen Ausmaß weniger Bewertungspunkte, in dem ihre Reaktionszeit von der schnellsten Reaktionszeit abweicht.

Punkte = schnellste Reaktionszeit aller Bieter: konkrete Reaktionszeit des Bieters x 50.

Nicht volle Punktezahlen werden auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundet.

Zu 3)

Dieses Zuschlagskriterium bemisst sich am Produkt der transportierten Masse in Kubik und der dabei zurückgelegten Wegstrecke in Kilometern. Je geringer das Produkt aus Wegstrecke mal Gewicht, desto höher die Punktezahl.

Die Transportbelastung ist vom Bieter in der Anlage (Nachweise der Zuschlagskriterien) anzugeben.

Die niedrigste Transportbelastung durch Lieferung/Abtransport wird mit der maximal möglichen Punktezahl (70 Punkte) bewertet. Alle anderen, nicht auszuscheidenden Angebote erhalten in jenem prozentuellen Ausmaß weniger Bewertungspunkte, in dem ihre Angebotssumme von der niedrigsten Angebotssumme abweicht.

Punkte = niedrigste Transportbelastung aller Bieter ; konkrete Transportbelastung des Bieters x 70.

Nicht volle Punktezahlen werden auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundet.

Zu 4)

Jeder Bieter hat die Gelegenheit, die Vorteile und die Qualität seines Schlüsselpersonals darzulegen, indem das Schlüssel personal konkrete Prägen des Auftraggebers beantwortet.

Die Hearing-Kommission besteht aus mind. 3 sach- und fachkundigen Personen.

Vor dem Hearing sichtet die Kommission alte Angebotsunterlagen und legt den Termin des

Hearings fest.

Seim Hearing werden insgesamt 10 technisch organisatorische Prägen aus dem Fachgebiet für Baumeister/Baustellenmanagement an das Schlüsselpersonal gestellt, wobei 5 Fragen dem Bieter 2 Tage vor dem Hearing Termin zugestellt werden und die werteren 5 Fragen ad hoc während des Hearingtermins gestellt werden, (5 Fragen an Bauleiter, 5 Fragen an Polier).

Das Hearing dauert für jedes Unternehmen (welches vorab nicht auszuscheiden war) eine HALBE STUNDE. Sollten während der halben Stunde nicht alte Fragen gestellt oder beantwortet werden können, so können diese Fragen/Antworten bei der Bewertung nicht mehr berücksichtigt werden.

Die Kommission vergibt für die Antworten der Fragestellungen (Hearing) eine Bewertung.

Die Bewertung erfolgt anhand folgender Tabelle:

Prozent

Erfüllungsgrad

0-9

Unzureichende und Insgesamt nicht nachvollziehbare Darstellung bzw. Lösung der Aufgabenstellung

10-29

Mangelhafte bis ausreichende Darstellung bzw, Lösung der Aufgabenstellung, die qualitativ unter dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes liegt und insgesamt nur teilweise an die Erwartungen des Auftraggebers heranreicht.

30-59

Befriedigende Darstellung bzw. Lösung der Aufgabenstellung, die insgesamt qualitativ dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes entspricht und die Erwartungen des Auftraggebers erfüllt.

00-79

Überdurchschnittliche gute Darstellung bzw. Lösung der Aufgabenstellung, die Insgesamt deutlich über dem

Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes liegt und den Erwartungen des Auftraggebers voll entspricht.

80-100

Hervorragende, sehr gute Darstellung bzw. Lösung der Aufgabenstellung, die Insgesamt qualitativ weit über dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens Innerhalb des Fachgebietes liegt und den Vorstellungen des Auftraggebers in einem besonderen Maße entspricht.

Die Bewertungskommission wird ihre Entscheidungen in Stichworten kurz verbal begründen.

Der Bewertungskommission kommt bei der Beurteilung des Kriteriums „Hearing“ ein fachliches Ermessen zu. Der Bieter anerkennt, dass die Entscheidungen der Bewertungskommission in allen Fach- und Ermessensfragen endgültig und unanfechtbar sind.

Jede Frage wird anhand o.a. Tabelle von der Fachkommission getrennt bewertet und mit 20 Punkten multipliziert. Die Einzelergebnisse werden kumuliert und ergeben die Gesamtpunktzahl, (maximal 200 Punkte).

Insgesamt können daher in diesem Zuschlagskriterium maximal 200 Punkte erreicht werden.

Das Ende der Angebotsfrist war am 14.08.2015 um 09:00 Uhr. Mehrere Bieter, darunter der Antragsteller, haben fristgerecht ein Angebot gelegt. Alle eingehenden Angebote wurden von der vergebenden Stelle geprüft.

Alle Bieter wurden mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 19.08.2015 zu einem Hearing eingeladen. Mit diesem Schreiben wurde allen Bietern weiters mitgeteilt:

In der Anlage übermittle ich Ihnen die Termine sowie die Erläuterungen zum Hearing.

Wir bitten um pünktliches Erscheinen und um Terminbestätigung. Sollte von Seiten des Bieters (bzw. vom vorgesehenen Schlüsselpersonal) der Termin nicht wahrgenommen werden, so muss dieses Bewertungskriterium mit 0 Punkte bewertet werden.

Für eventuelle Fragen stehen wir gerne zur Verfügung.

Das Hearing fand am 01.09.2015 statt. Jedes Hearing lief dabei gleich ab. Alle Bieter haben die Fragen zum Hearing selbst gelesen und anschließend vor der Kommission beantwortet. Jedes einzelne Hearing wurde protokolliert. Die Bewertung der Bieter anhand der Präsentation der Bieter erfolgte durch drei unabhängige fachkundige Kommissionsmitglieder, und zwar

- DI L L (M Architektur ZT GmbH),
- Baumeister Ing. H H (N Planung und Bauleitung GmbH) und
- Baumeister J J (bm. J J GmbH & Co KG als Vertreter der Bauinnung)

in einem für jeden Bieter eigenen Bewertungsbogen. Der Bewertung liegt die Vorgabe der Ausschreibung mit der unterschiedlichen Punkteverteilung zugrunde. Jeder Bewertungsbogen enthält eine verbale Begründung für die konkrete Bewertung jedes Bieters. Zusätzlich hat sich jedes Kommissionsmitglied eigene Notizen zum Hearing gemacht und liegen auch diese Notizen dem Protokoll der Bewertung bei.

Alle rechtzeitig eingelangten vollständigen Angebote wurden von der vergebenden Stelle bewertet, und zwar gemäß den in der Ausschreibungsunterlage bekannt gegebenen Zuschlagskriterien und unter unveränderter Verwendung der Bewertung der Bieter durch die unabhängige Kommission. Die Angebotsbewertung ergab als Bestbieter AT-D Bau GmbH. Der Antragsteller wurde gemäß den Ausschreibungsunterlagen schlechter bewertet.

Die Bewertung des Antragstellers und der präsumentiven Zuschlagsempfängerin ergibt sich wie folgt:

Grafik 1

Mit Schreiben vom 08.09.2015 wurde allen Bietern die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, wonach beabsichtigt ist, der Firma AT-D Bau GmbH, Adresse, W, den Auftrag mit einer Auftragssumme vom EUR 2.528.897,69 netto zu erteilen. Als Anlage zu diesem Schreiben wurden die Bewertungsmatrix und der Bewertungsbogen zum Hearing übermittelt.

Diese Zuschlagsentscheidung wurde vom Antragsteller - soweit ersichtlich rechtzeitig - bekämpft. Das angerufene Landesverwaltungsgericht Tirol ist für diesen Vergabenachprüfungsantrag zuständige Vergabekontrollbehörde.

Beweis: ? Vergabeakt;

? ZV Mag. O O pA E Dienstleistungs GmbH;

? ZV Mag. P P pA E Dienstleistungs GmbH;

? weitere Beweise Vorbehalten.

4. Bestandskraft der Ausschreibungsunterlagen:

Die Ausschreibungsunterlagen wurden als gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin nicht beim LVwG Tirol bekämpft. Alle Bieter, die rechtzeitig ein Angebot gelegt haben, akzeptierten die Bedingungen und den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen. Nach ständiger Rechtsprechung wird die Ausschreibung mangels Anfechtung innerhalb der gesetzlichen Frist bestandsfest und unveränderliche Grundlage für das weitere Vergabeverfahren. Sowohl die Bieter als auch die Auftraggeberin haben sich an die Ausschreibung in ihrer bestandsfest gewordenen Fassung zu halten (VwGH 01.03.2007, 2005/04/0239 und viele andere).

Die Bestandskraft der Ausschreibung gilt auch hinsichtlich der Festlegungen zu den Zuschlagskriterien und somit zu den Vorgaben zur ökologischen Bewertung über Kubikmeterkilometer, zur qualitativen Bewertung des Schlüsselpersonals und zur verschuldensunabhängigen Pönale gemäß Punkt 6.5.3.2, wenn die im Angebot angegebenen (und folglich über das Zuschlagskriterium Ökologie bewerteten) Kubikmeterkilometer nicht eingehalten werden.

Beweis: ? Vergabeakt;

? insbesondere Punkte 6.2 und 6.5.3.2 der Ausschreibung;

? ZV Mag. O O pA E Dienstleistungs GmbH;

? ZV Mag. P P pA E Dienstleistungs GmbH;

? weitere Beweise Vorbehalten.

5. Ausscheidensgrund beim Antragsteller - mangelnde Antragslegitimation:

Nach den Vorgaben der Ausschreibung sind die einzelnen Positionen im Leistungsverzeichnis jeweils auszureisen. Gerade bei den wesentlichen Positionen sind gesondert der Einheitspreis, Lohn und Sonstiges anzugeben, woraus sich wiederum der Einheitspreis und der Positionspreis ergibt.

Der Antragsteller ist von dieser Vorgabe abgewichen und bat in vielen wesentlichen Positionen keine Lohnkosten angeführt, obwohl diese Positionen den Einsatz von Mitarbeitern des Auftragnehmers erfordern und somit Lohnkosten auslösen.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG sind Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Angebotsgestaltung) aufweisen, auszuschneiden. Der Gesamtpreis kann bereits dann nicht plausibel zusammengesetzt sein, wenn einzelne Positionspreise oder Einheitspreise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind (EB RV 1171 BlgNR 22. GP 85; VwGH 05.04.2005, 20014/04/0040 u.a.). Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG sind Angebote, die eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Angebotsgestaltung) aufweisen, auszuschneiden. Der Gesamtpreis kann bereits dann nicht plausibel zusammengesetzt sein, wenn einzelne Positionspreise oder Einheitspreise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar sind (EB Regierungsvorlage 1171 BlgNR 22. Gesetzgebungsperiode 85; VwGH 05.04.2005, 20014/04/0040 u.a.).

Hat ein Bieter in der Untergruppe des Leistungsverzeichnisses für die Regiestunde für einen Facharbeiter jeweils einen Einheitspreis von EUR 1,- ausgewiesen, obwohl die Mittellöhne in den Kalkulationsformblättern KB zwischen EUR 8,40 und 10,85 betragen, können die Positionspreise offenkundig nicht entsprechend der Vorgaben der Ausschreibung kalkuliert sein, weil gemäß der anzuwendenden ÖNORM B 2061 in Mittellohnkosten alle Lohnnebenkosten einzurechnen wären. Der Preis ist somit nicht plausibel zusammengesetzt (BVA 15.07.2005, ****).

Auch die Umlagerung einzelner Kostenansätze wie Gehaltskosten führt zu einer Verschiebung der Kosten der

angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfüllt die spekulative Angebotserstellung (BVA 20.06.2003, ****). Beispielsweise sagt gerade die zu einem Preis von EUR 0 gegebene Erläuterung, die Hilfsarbeiter-Regiestunden könnten nur kostenlos angeboten werden, weil der Bieter keine Hilfsarbeiter beschäftige, nichts über die Kosten dennoch zu erbringender Hilfsarbeiterleistungen aus und ist daher ungeeignet, die Zusammensetzung des Gesamtpreises plausibel erscheinen zu lassen (VwGH 06.04.2005, 2004/04/0040).

Der Antragsteller hat zahlreiche wesentliche Positionen mit zum Teil hohen Positionspreisen ohne Lohnkosten ausgepreist und somit die Lohnkosten auf andere Positionen umgelegt, zB die folgenden:

Position Beschreibung Positionspreis

03 27 Sicherung von Erdarbeiten.....über insgesamt EUR 1.717,75

03 28 Spritzbeton.....über insgesamt EUR 86.993,45

05 01 21..... Sickerschüttung als Filterschicht in

Gräben oder über Drainleitungen..... über insgesamt EUR 5.027,50

06 18 10,11,12... Dichtheitsprüfung

09 19 21..... Stahlträger/Stahlsäulen

liefern und versetzen..... über insgesamt EUR 8.715,00

09 21Sägen und Bohren.....über insgesamt EUR 7.024,28

10Putzarbeiten..... über insgesamt EUR 47.312,60

11..... Estricharbeiten..... über insgesamt EUR 141.740,98

12..... Abdichtungen..... über insgesamt EUR 29.292,25

13..... Außenanlagen..... über insgesamt EUR 2.237,55

20 13Transportleistungen..... über insgesamt EUR 3.153,50

46.....Beschichtung auf Mauerwerk

Spachteln..... über insgesamt EUR 41.651,70

Im Vergleich zu den angeführten Positionen hat der Antragsteller andere Positionen im IV jeweils mit Lohnkosten ausgepreist. Der Antragsteller kann somit nicht behaupten, das LV falsch verstanden oder nicht gewusst zu haben, dass Löhne auszupreisen sind. Es wurden offensichtlich bewusst wesentliche Positionen mit einem Positionspreis von über EUR 300.000,00 ohne Lohnkosten ausgepreist und die Löhne auf andere Positionen umgelegt. Im Vergleich zu den angeführten Positionen hat der Antragsteller andere Positionen im römisch vier jeweils mit Lohnkosten ausgepreist. Der Antragsteller kann somit nicht behaupten, das LV falsch verstanden oder nicht gewusst zu haben, dass Löhne auszupreisen sind. Es wurden offensichtlich bewusst wesentliche Positionen mit einem Positionspreis von über EUR 300.000,00 ohne Lohnkosten ausgepreist und die Löhne auf andere Positionen umgelegt.

Es ist sachlich nicht nachvollziehbar, wie zB arbeitsintensive Leistungen wie zB das Aufbringen von Spritzbeton (Position 03 28), das Liefern und Versetzen von Stahlträgern (Position 09 19 21), Sägen und Bohren (Position 09 21), Putzarbeiten (Position 10) Estricharbeiten (Position 11), Abdichtungen (Position 12), das Erbringen von Transportleistungen (Position 20 13) und das Spachteln (Position 46) ohne Anfall von Lohnkosten erbracht werden können. Das ist einfach denk unmöglich. Diese zum Teil umfangreichen Positionen sind arbeits- und somit lohnintensiv. Die Lohnanteile dieser Positionen wurden in andere Positionen umgelegt. Diese wesentliche Kostenverschiebung ist nach der Judikatur eine unzulässige Spekulation und folglich ist das Angebot des Antragstellers auszuschneiden.

Die Vergabenachprüfungsbehörde ist bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, im Rahmen der Beurteilung der Zulässigkeit eines Antrages zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre und ob dem Antragsteller insofern die Antragslegitimation zukommt (VwGH 18.03.2009, 2007/04/0095; 27.05.2009, 2008/04/0041; BVA 16.06.2009, ****; 29.07.2009, ****).

Das Angebot des Antragstellers wurde bisher nur deshalb nicht ausgeschieden, da es nicht in die engere Wahl für die

Zuschlagserteilung kam. Dessen ungeachtet wäre das Angebot des Antragstellers gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG auszuschneiden gewesen und fehlt dem Antragsteller somit nach ständiger Judikatur die Antragslegitimation für gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Das Angebot des Antragstellers wurde bisher nur deshalb nicht ausgeschieden, da es nicht in die engere Wahl für die Zuschlagserteilung kam. Dessen ungeachtet wäre das Angebot des Antragstellers gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG auszuschneiden gewesen und fehlt dem Antragsteller somit nach ständiger Judikatur die Antragslegitimation für gegenständlichen Nachprüfungsantrag.

Beweis: ? Vergabeakt;

? ausgepreistes LV des Antragstellers, insbesondere die mit blauen Post-ist gekennzeichneten Positionen;

? ZV Mag. P P pA E Dienstleistungs GmbH;

? weitere Beweise vorbehalten.

6. Verbale Begründung der Bewertung der Bieter durch die Kommission:

Die Angebote der Bieter bzw. die Präsentation der Bieter beim Hearing wurden einer Bewertung einer unabhängigen Kommission unterzogen. Dabei wurden gemäß den Vorgaben der Ausschreibung qualitative und technische Vorstellungen anhand eines Gesprächs mit dem Schlüsselpersonal des Bieters bewertet.

Bei der Bewertung von Angeboten durch eine Kommission ist es laut Judikatur erforderlich, dass eine verbale Begründung die vorgenommene Bewertung nachvollziehbar erklärt: Entbehrt die Bewertung der Angebote durch die einzelnen Juroren einer Bewertungskommission einer verbalen Begründung, wie auf die einzelnen Vorgaben der Ausschreibung hinsichtlich der Berücksichtigung von Aspekten bei der Bewertung von Angeboten einzugehen ist, ist die Bewertung intransparent und nicht nachvollziehbar und widerspricht dem BVergG (BVA 19.12.2006, ****).

Die Kommissionsmitglieder haben die punktemäßige Bewertung der Angaben des Schlüsselpersonals gemäß den Vorgaben in der Ausschreibung vorgenommen. Diese Bewertung hat die Kommission nach einer umfassenden Diskussion und Abstimmung in einem Protokoll für jedes Hearing verbal und nachvollziehbar begründet. Diesem Protokoll für jedes Hearing sind auch die jeweiligen Notizen der einzelnen Kommissionsmitglieder angeschlossen, welche der anschließenden Diskussion und gemeinsamen Bewertung der Bieterangaben zugrunde liegen. Diese Bewertung der Bieterangaben und ihre Begründung erfüllt alle Voraussetzungen des BVergG.

Beweis: ? Vergabeakt;

? insbesondere Protokolle zu den Hearings;

? weitere Beweise Vorbehalten.

7. Zum behaupteten Ausscheidensgrund beim ökologischen Zuschlagskriterium „Kubikmeterkilometer“:

Der Auftraggeberin ist daran gelegen, die ökologischen Auswirkungen des Bauvorhabens Sozialzentrum X möglichst gering zu halten. Sie hat sich dazu entschlossen, die Lieferentfernung und die daraus resultierenden LKW-Kilometer gemäß Punkt 6.2 der Ausschreibung zu bewerten. Das Bewertungskriterium ist somit $\text{m}^3 \text{ km}$, also das vorgegebene Volumen von 1.740 m^3 Mutterboden und 10.400 m^3 Aushub mal der Kilometer zur vom Bieter gewählten Deponie und von 275 m^3 Schüttungsmaterial und 4.640 m^3 Beton vom gewählten Lieferanten zur Baustelle. Der Auftraggeberin ist daran gelegen, die ökologischen Auswirkungen des Bauvorhabens Sozialzentrum römisch zehn möglichst gering zu halten. Sie hat sich dazu entschlossen, die Lieferentfernung und die daraus resultierenden LKW-Kilometer gemäß Punkt 6.2 der Ausschreibung zu bewerten. Das Bewertungskriterium ist somit $\text{m}^3 \text{ km}$, also das vorgegebene Volumen von 1.740 m^3 Mutterboden und 10.400 m^3 Aushub mal der Kilometer zur vom Bieter gewählten Deponie und von 275 m^3 Schüttungsmaterial und 4.640 m^3 Beton vom gewählten Lieferanten zur Baustelle.

Das Zuschlagskriterium „Kubikmeterkilometer“ bemisst sich laut bestandsfester Ausschreibung am Produkt der transportierten Masse in Kubikmetern und der dabei zurückgelegten Wegstrecke in Kilometern. Je geringer das Produkt, desto höher die Punktezahl. Die Transportleistung in Kubikmeterkilometer war von den Bietern in der Anlage (Nachweis der Zuschlagskriterien) anzugeben. Die niedrigste Transportbelastung durch Lieferung/Abtransport wurde mit der maximal möglichen Punktezahl 70 bewertet.

Alle anderen Angebote erhielten in jenem prozentuellen Ausmaß weniger Bewertungspunkte, in dem ihre Angebotssumme von der niedrigsten Angebotssumme abweicht. Es wurde folgende Formel gemäß Ausschreibung

angewendet: Punkte = niedrigste Transportbelastung aller Bieter: konkrete Transportbelastung des Bieters x 70. Nicht volle Punktezahlen wurden auf zwei Stellen hinter dem Komma gerundet.

Zur Absicherung der Bieterangaben ist in Punkt 6.5.3.2 eine verschuldensunabhängige Pönale vorgesehen. Demnach hat der Auftragnehmer bei Nichteinhaltung der im Angebot angegebenen Kubikmeterkilometer eine Pönale in der Höhe von EUR 5.000,00 pro Verstoß, gedeckelt mit 5 % der Auftragssumme zu bezahlen. Damit wird wirksam und hinreichend die Bieterangabe zu den Kubikkilometern abgesichert.

Der Antragsteller hat in seinem Angebot auf 96.115 m³ km und die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf 83.945 m³ km gekommen. Diese Zahlen wurden von der vergebenden Stelle jeweils auf ihre Richtigkeit und Nachvollziehbarkeit überprüft und der Angebotsbewertung zugrunde gelegt. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angegebene Deponie, die vom genannten Subunternehmer Gebrüder G angefahren wird, mit einer Entfernung von 4 km ist jedenfalls richtig, korrekt und nachvollziehbar und folglich der Bewertung zugrunde zu legen. Gleiches gilt für die Lieferanten des Schüttungsmaterials und von Beton, ebenfalls Gebrüder G, mit 7,2 km. Mit diesen Angaben war somit zu rechnen und zu bewerten.

Unrichtig ist der Vorhalt des Antragstellers, dass gemäß Position 03.26.03B des LV zwingend mit mindestens 5 und maximal 10 km anzubieten und zu rechnen wäre. Damit würde das ökologische Zuschlagskriterium ad absurdum geführt werden. Zur Vergleichbarkeit der Angebote hat sich die Auftraggeberin dazu entschlossen, die auszupreisende Position 03.26.03B „Fördern über 5-10km“ von 10.400,00 m³ des LV mit 5 bis 10 km vorzugeben (nicht aber die anzugebende Deponie und den anzugebenden Lieferanten im Beiblatt zum Angebot).

Der anzugebende Preis hatte sich somit zur Vergleichbarkeit der Angebote auf eine Kilometerleistung von 5 bis 10 km zu beziehen. Wenn der Auftragnehmer davon abweichend eine Deponie oder einen Lieferanten mit größerer oder geringerer Entfernung angegeben hat, veränderte sich entsprechend der Abweichung der Preis. Das gilt natürlich auch für die präsumtive Zuschlagsempfängerin, deren angebotener Preis für die Position 03.26.03B des LV von 5 bis 10 km nach Auftragserteilung und bei Abrechnung der Leistungen auf 4 km herunterzurechnen ist. Zum Vergleich der Angebote bleibt allerdings der tatsächlich angebotene Preis stehen. Dadurch wurde die präsumtive Zuschlagsempfängerin beim Zuschlagskriterium Preis mit dem angebotenen Preis sogar schlechter bewertet, als es eine Bewertung anhand des abrechenbaren Preises ergeben hätte. Hier hatte sogar der Antragsteller einen Vorteil bei der Angebotsbewertung.

Unrichtig ist auch der Vorhalt des Antragstellers, dass die Vorgaben und Massen der Ausschreibung abgeändert worden wären. Es wurden die Angebote mit den Mengen und Massen laut Ausschreibung und LV ausgepreist und bewertet und davon wurde nicht abgegangen.

Der Vollständigkeit ist darauf hinzuweisen, dass die Position 03.26.03B „Fördern über 5 - 10 km“ von 10.400,00 m³ Aushub vom Antragsteller weitaus am billigsten von allen Bietern mit EUR 28.600,00 angeboten wurde. Der Durchschnittspreis dieser Position aller beträgt EUR 49.296,00, woraus sich bereits die Unterpreisigkeit und Spekulation des Antragstellers ergibt. Im Gegensatz dazu ist der Vorhalt der Spekulation oder der Unterpreisigkeit oder einer unzulässigen Vorteils des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist somit nicht haltbar.

Beweis: ? Vergabeakt;

? Punkte 6 und 6.5.3.2 der Ausschreibung, Position 03.26.03B des LV;

? Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin;

? Preisspiegel;

? ZV Mag. O O pA E Dienstleistungs GmbH;

? ZV Mag. P P pA E Dienstleistungs GmbH;

? weitere Beweise Vorbehalten.

8. Zur Bewertung des Schlüsselpersonals:

Der Auftraggeberin war neben ökologischen Belangen über das Zuschlagskriterium Kubikmeterkilometer auch an technischen und qualitativen Belangen über die Zuschlagskriterien Verlängerung Gewährleistung, Reaktionszeit Schlüsselpersonal und Fachgespräch mit Schlüsselpersonal gelegen. Die beiden erstgenannten Zuschlagskriterien und

die dabei gemachten Angaben bemängelt der Antragsteller nicht.

Zum Zuschlagskriterium Fachgespräch mit Schlüsselpersonal moniert der Antragsteller zusammengefasst:

- a) die Angaben zur Zwischenlagerung auf Nachbargrundstücken sei unklar gewesen und sei die Angabe des Antragstellers zu Unrecht nur mit 2 von 20 Punkten bewertet worden;
- b) dem gegenüber sei die Bewertung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 20 Punkten nicht nachvollziehbar;
- c) die Kommission sei befangen und parteiisch, da Herr H vormals in leitender Position bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin tätig und der namhaft gemachte Polier ihm direkt unterstellt gewesen sei, zudem sei der Geschäftsführer Bezirksstellenobmann der Wirtschaftskammer W und Ausschussmitglied der Landesinnung Tirol, Herr J von der Kommission sei im Bezirksstellenausschuss Z-Land, Ausschussmitglied der Landesinnung Tirol und Ausschussmitglied der Wirtschaftskammer Österreich (Bundesinnung Bau).

ad c) zur unabhängigen Bewertungskommission:

Die Mitglieder der Bewertungskommission gaben an, völlig unabhängig und unparteiisch gegenüber den Bietern zu sein. Dies ist glaubhaft und auch nachvollziehbar.

Das Faktum, dass Herr H früher bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beschäftigt war, kann noch keine Befangenheit begründen. Zum Zeitpunkt der Bewertung war Herr H nicht mehr beschäftigt und unabhängig. Zudem hatte er bei Bewertung der Angebote nur eine von drei Stimmen, die in die gemeinsame Bewertung eingeflossen ist.

Die Konstruktion der Befangenheit über die Ecken der Wirtschaftskammer W über die Landesinnung Tirol zum Bezirksstellenausschuss Z-Land ist sehr weit hergeholt. Letztendlich sind zahlreiche Vertreter von Unternehmen in einer der vielen Organisationen der Wirtschaftskammer tätig, ohne dass allein aus dieser Tatsache eine Befangenheit ableitbar wäre. Zudem ist auch der Antragsteller Mitglied (kooptiertes Mitglied mit beratender Stimme) bei der Landesinnung Tirol. Er hat somit die gleich nahe und gute oder eben gleich schlechte und entfernte Beziehung zum Kommissionsmitglied BM J J, wie auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin.

Schließlich hat sich der Antragsteller in das Hearing eingelassen und hat nicht bereits im Hearing auf die jetzt von ihm behauptete Befangenheit hingewiesen. Er hat sich somit in das Hearing und in die Bewertung eingelassen, die er jetzt mit der umfassenden und nachvollziehbaren Begründung zu akzeptieren hat.

Beweis:

? ZV DI L L, pA M Architektur ZT GmbH, Adresse, Z;

? Baumeister Ing. H H, pA N Planung und Bauleitung GmbH, Adresse, V? Baumeister Ing. H H, pA N Planung und Bauleitung GmbH, Adresse, römisch fünf;

? Baumeister J J, pA bm. J J GmbH & Co KG, Adresse, U;

? weitere Beweise vorbehalten.

ad a und b) zur Bewertung des Angebotes des Antragstellers und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei der Zwischenlagerung:

Der Bewertung der Angebote lag eine Vorgabe in der Ausschreibung zu Grunde, worin 0-9, 10-29, 30-59, 60-79 und 80-100 Prozent der jeweils verfügbaren Punkte verbal beschrieben wurde. Die Kommission hat sich bei ihrer Bewertung der Bieter genau an diese Vorgabe gehalten und hat die Bieter gemäß dieser Vorgabe bewertet. Die Bewertung wurde jeweils verbal begründet, zudem hat sich jedes Kommissionmitglied eigene schriftliche Notizen gemacht, welche der zusammenfassenden Beurteilung zugrunde gelegt wurden.

Diese Bewertung der unabhängigen Kommission wurde entsprechend den Vorgaben in der Ausschreibung von der Auftraggeberin und der vergebenden Stelle unverändert übernommen. Das Vorgehen entspricht somit exakt der bestandsfesten Vorgabe in der Ausschreibung. Die jeweilige Bewertung selbst ist nachvollziehbar und schlüssig.

Hinsichtlich der Lageflächen und der Baucontainer hat die Auftraggeberin bewusst keine Vorgaben gemacht, sondern es der Planung und den Vorschlägen der Bieter offen gelassen, wo Lagerflächen auf der Baustelle zu schaffen oder Baucontainer aufzustellen sind. So hat der Antragsteller angegeben, die Lagerflächen und die Baucontainer auf dem Nachbargrund der Firma Q Q, Sägewerk, ansiedeln zu wollen. Dies ist insofern problematisch, da Lagerflächen und Baucontainer den laufenden Sägewerksbetrieb beeinträchtigen würden, was natürlich mit möglichen Konflikten und

Nachteilen verbunden sein kann. Die im Norden der zukünftigen Baustelle gelegene freie Fläche wurde hingegen vom Antragsteller, im Gegensatz zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin, nicht als Lagerfläche vorgesehen. Deshalb erfolgte eine Bewertung des Antragstellers mit lediglich 20 %.

Dem gegenüber hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein überzeugendes Konzept für Lagerflächen und Baucontainer auf eigenem Grund der Auftraggeberin und auf einem freien Nachbargrundstück - folglich ohne mögliche Probleme mit Nachbarn angegeben. Folglich wurde dieses Konzept von der Kommission mit 100 % bewertet.

Beweis: ? Protokolle des Hearings samt Beilagen;

? ZV DI L L, pA M Architektur ZT GmbH, Adresse, Z;

? Baumeister Ing. H H, pA N Planung und Bauleitung GmbH, Adresse, V? Baumeister Ing. H H, pA N Planung und Bauleitung GmbH, Adresse, römisch fünf;

? Baumeister J J, pA bm. J J GmbH & Co KG, Adresse, U;

? weitere Beweise Vorbehalten.

Aus obigen Gründen wird gestellt der

ANTRAG

das Landesverwaltungsgericht möge

1. den Nachprüfungsantrag zurückweisen, in eventu als unbegründet abweisen;
2. die erlassene einstweilige Verfügung aufheben;
3. den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren abweisen.“

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Tirol zu GZ 2015/S1/2310 und hier insbesondere in die von den Parteien gelegten Schriftsätze samt Urkunden in Beilage ./A bis ./H und Beilage ./1 bis ./3.

I.römisch eins.

Sachverhaltsfeststellung:

Aufgrund der aufgenommenen Beweismittel steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Diesem Vergabenachprüfungsverfahren liegt die Ausschreibung der Baumeisterarbeiten für den Neubau des Sozialzentrums der Gemeinde X durch die Gemeinde X zugrunde. Als vergebende Stelle im Sinne von § 2 Z 42 BVergG 2006 fungiert die E Dienstleistungs GmbH. Diesem Vergabenachprüfungsverfahren liegt die Ausschreibung der Baumeisterarbeiten für den Neubau des Sozialzentrums der Gemeinde römisch zehn durch die Gemeinde römisch zehn zugrunde. Als vergebende Stelle im Sinne von Paragraph 2, Ziffer 42, BVergG 2006 fungiert die E Dienstleistungs GmbH.

Das geschätzte Nettoauftragsvolumen für alle Bauleistungen beläuft sich auf Euro 9,600.000,--. Das diesem Vergabenachprüfungsverfahren zugrunde liegende Hauptlos aller Vergaben, die Baumeisterarbeiten, wurden mit einem geschätzten Nettoauftragswert von Euro 2,700.000,-- im offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

Für sich allein gesehen bewegt sich das geschätzte Nettoauftragsvolumen der Vergabe des gegenständlich angefochtenen Gewerks Baumeisterarbeiten im Unterschwellenbereich.

Nach § 12 Abs 1 Z 3 erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert bei öffentlichen Bauaufträgen mindestens Euro 5,186.000,-- beträgt. Nach Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 3, erfolgen Verfahren von Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert bei öffentlichen Bauaufträgen mindestens Euro 5,186.000,-- beträgt.

Da es sich um die Nachprüfung eines Loses/Gewerkes handelt, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nach §§ 12 und 180 BVergG 2006 nicht erreicht, ist gegenständlich nur die Gebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten; dies gemäß § 2 Abs 4 der Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung. Da es sich um die Nachprüfung eines Loses/Gewerkes

handelt, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert nach Paragraphen 12 und 180 BVergG 2006 nicht erreicht, ist gegenständlich nur die Gebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten; dies gemäß Paragraph 2, Absatz 4, der Tiroler Vergabepublikations- und Vergabengebührenverordnung.

Nach dieser ist für Anträge nach §§ 5 Abs 1 und 14 Abs 1 TVergNG 2006 bei Bauaufträgen im Unterschwellenbereich eine Gebühr in Höhe von Euro 2.594,-- und für Anträge nach § 11 Abs 1 TVergNG 2006 (Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) jeweils die Hälfte dieser Gebühr in Höhe von Euro 1.297,-- zu entrichten. Nach dieser ist für Anträge nach Paragraphen 5, Absatz eins und 14 Absatz eins, TVergNG 2006 bei Bauaufträgen im Unterschwellenbereich eine Gebühr in Höhe von Euro 2.594,-- und für Anträge nach Paragraph 11, Absatz eins, TVergNG 2006 (Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) jeweils die Hälfte dieser Gebühr in Höhe von Euro 1.297,-- zu entrichten.

Nach dieser Berechnung ist daher eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.891,-- zu entrichten.

Dieser Betrag wurde vom Antragsteller bereits entrichtet und ist bei der Buchhaltung des Amtes der Tiroler Landesregierung am 21.09.2015 eingelangt. , Dieser Betrag wurde vom Antragsteller bereits entrichtet und ist bei der Buchhaltung des Amtes der Tiroler Landesregierung am 21.09.2015 eingelangt.

Mit dem Zahlungsbeleg in Beilage ./G hat der Antragsteller die Bezahlung der Gebühr nach dem Bundesgebührengesetz 1957 in Höhe von Euro 30,-- an die Republik Österreich bescheinigt.

Laut Ausschreibung war Ende der Angebotsfrist der 14.08.2015, 09.00 Uhr.

Der Antragsteller hat fristgerecht ein Angebot gelegt und zwar zu einem Nettoangebotspreis von Euro 2,373.459,61.

Nach der Bewertungsmatrix der Baumeisterarbeiten in Beilage ./F haben fünf Bieter ein Angebot unterbreitet, wobei der Antragsteller preislich am Günstigsten war.

Die Ausschreibung erfolgte nach dem Bestbieterprinzip.

Nach den Ausführungen auf Seite 17 der Ausschreibung in Beilage ./E wurden von der Auftraggeberin zwei Zuschlagskriterien definiert, wie folgt:

1. Preis 65 % = maximal 650 Punkte
2. Qualität (technische, ökologische Kriterien) 35 % = maximal 350 Punkte.

Nach den weiteren Ausführungen in der Ausschreibung auf Seite 18 wurde das Zuschlagskriterium „Qualität“ in vier Subkriterien untergliedert, wie folgt:

1. Verlängerung der Gewährleistung 3 % maximal 30 Punkte
2. Reaktionszeit Schlüsselpersonal 5 % maximal 50 Punkte
3. Kubikkilometer 7 % maximal 70 Punkte
4. Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal 20 % maximal 200 Punkte

In den Vertragsbedingungen (Beilage ./E) unter Punkt 12 wurden von der Auftraggeberin die „Haftungsbestimmungen“ festgelegt wie folgt:

„Der Haftrücklass beträgt 3 % der Auftragssumme. Die Gewährleistungsfrist beginnt nach erfolgter Übernahme für die Dauer von drei Jahren bzw dem im Angebot angeführten Gewährleistungszeitraum.“

Zum Subkriterium 1 „Verlängerung der Gewährleistung“ wird auf Seite 30 der Ausschreibung in Beilage ./E von der Auftraggeberin weiter festgelegt wie folgt:

„Unter dem Bewertungskriterium ‚Verlängerung der Gewährleistung‘ wird die angebotene Verlängerung bewertet (je länger, umso besser).

Die Punktezahl errechnet sich folgender Maßen:

Für die laut Vertragsbedingungen unter Punkt 12 definierten Gewährleistungsfristen (drei Jahre) werden 0 Punkte vergeben.

Für jeden zusätzlichen Monat über die in den Vertragsbedingungen angeführten Fristen wird ein Punkt vergeben. Insgesamt können in diesem Zuschlagskriterium maximal 30 Punkte (entspricht 30 Monaten) erreicht werden).

Die Verlängerung der Gewährleistung ist vom Bieter in der Anlage (Nachweise der Zuschlagskriterien) anzugeben.“

Der Bewertungsmatrix der Baumeisterarbeiten Sozialzentrum X in Beilage ./1 ist unter der Rubrik „Details zur Bewertung“ zu entnehmen, dass alle fünf Bieter die Gewährleistung um zumindest 30 Monate verlängert haben und somit die zum ersten Subkriterium „Verlängerung der Gewährleistung“ mögliche Höchstpunktezahl von 30 erreicht haben. Nach dieser Matrix hat der Antragsteller sogar eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 31 Monate angeboten (die restlichen vier Bieter jeweils 30 Monate). Dennoch sind dem Antragsteller lediglich 30 Bewertungspunkte angerechnet worden. Der Bewertungsmatrix der Baumeisterarbeiten Sozialzentrum römisch zehn in Beilage ./1 ist unter der Rubrik „Details zur Bewertung“ zu entnehmen, dass alle fünf Bieter die Gewährleistung um zumindest 30 Monate verlängert haben und somit die zum ersten Subkriterium „Verlängerung der Gewährleistung“ mögliche Höchstpunktezahl von 30 erreicht haben. Nach dieser Matrix hat der Antragsteller sogar eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 31 Monate angeboten (die restlichen vier Bieter jeweils 30 Monate). Dennoch sind dem Antragsteller lediglich 30 Bewertungspunkte angerechnet worden.

Nach den Ausführungen auf Seite 19 der Ausschreibung wird das vierte Subkriterium „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“ durch eine Hearing-Kommission, bestehend aus mindestens drei sach- und fachkundigen Personen bewertet.

Beim Hearing sollen insgesamt zehn technisch organisatorische Fragen aus dem Fachgebiet für Baumeister/Baustellenmanagement an das Schlüsselpersonal gestellt werden, wobei fünf Fragen dem Bieter zwei Tage vor dem Hearingtermin zugestellt werden und die weiteren fünf Fragen ad hoc während des Hearingtermins gestellt werden (fünf Fragen an Bauleiter, fünf Fragen an Polier).

Nach den Ausschreibungsunterlagen dauert das Hearing für jedes Unternehmen (welches vorab nicht auszuscheiden war) eine halbe Stunde. Sollten während der halben Stunde nicht alle Fragen gestellt oder beantwortet werden können, so können diese Fragen/Antworten bei der Bewertung nicht mehr berücksichtigt werden. Die Kommission vergibt für die Antworten der Fragestellungen (Hearing) eine Bewertung.

Die Bewertung sollte anhand folgender Tabelle erfolgen:

Prozent

Erfüllungsgrad

0 – 9

Unzureichende und insgesamt nicht nachvollziehbare Darstellung bzw Lösung der Aufgabenstellung

10 – 29

Mangelnde bis ausreichende Darstellung bzw Lösung der Aufgabenstellung, die qualitativ unter dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes liegt und insgesamt nur teilweise an die Erwartungen des Auftraggebers heranreicht.

30 – 59

Befriedigende Darstellung bzw Lösung der Aufgabenstellung, die insgesamt qualitativ dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes entspricht und die Erwartungen des Auftraggebers erfüllt.

60 – 79

Überdurchschnittliche gute Darstellung bzw Lösung der Aufgabenstellung, die insgesamt deutlich über dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes liegt und den Erwartungen des Auftraggebers voll entspricht.

80 – 100

Hervorragende, sehr gute Darstellung bzw Lösung der Aufgabenstellung, die insgesamt qualitativ weit über dem Durchschnitt des notwendigen Fachwissens innerhalb des Fachgebietes liegt und den Vorstellungen des Auftraggebers in einem besonderen Maße entspricht.

Die Bewertungskommission wird ihre Entscheidungen in Stichworten kurz verbal begründen.

Der Bewertungskommission kommt bei der Beurteilung des Kriteriums „Hearing“ ein fachliches Ermessen zu. Der Bieter anerkennt, dass die Entscheidungen der Bewertungskommission in allen Fach- und Ermessensfragen endgültig und unanfechtbar sind.

Jede Frage wird anhand oa Tabelle von der Fachkommission getrennt bewertet und mit 20 Punkten multipliziert. Die Einzelergebnisse werden kumuliert und ergeben die Gesamtpunktezahl (maximal 200 Punkte).

Insgesamt können daher in diesem Zuschlagskriterium maximal 200 Punkte erreicht werden.

Am 01.09.2015 hat daraufhin ein Hearing zum vierten Subkriterium, dem „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“ stattgefunden. Bei dem Hearing wurden laut Bewertungsbogen in Beilage ./1 an die Bauleitung fünf Fragen zur Beantwortung und an den Polier ebenfalls fünf Fragen zur Beantwortung gestellt. Laut dem Bewertungsbogen bestand die Kommission aus drei Mitgliedern.

An die Bauleitung wurden folgende Fragen gerichtet:

1.

Claim Management:

Vorgehen, rechtliche Rahmenbedingungen, Bauschäden

Die Kommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 10 Punkten bewertet und zwar mit folgender kurzer Begründung:

„Bauschäden nicht ausreichend erklärt.“

2.

Ausländerbeschäftigungsgesetz:

Vorgangsweise, rechtliche Anforderungen, etc

Die Bewertungskommission hat die Beantwortung dieser Frage mit zehn Punkten bewertet und zwar mit folgender kurzen Begründung:

„Allgemein gehalten.“

3.

Anforderung an die Bauführung durch Auftrieb, Grundwasserhaltung:

Die Bewertungskommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 12 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Ausreichende Darstellung, projektbezogene Kenntnis.“

4.

Sicherung der Baustelle während der Stillliegezeit in der Winterpause:

Die Bewertungskommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 20 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Sehr gut beschrieben, sämtliche Punkte beachtet.“

5.

Umgang und Lösung der Schnittstellen (Zufahrt, Verkehrsbelastung, Staub- und Schmutzbelastung, etc) mit den benachbarten Großbaustellen:

Die Bewertungskommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 12 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Gute Darstellung, nachvollziehbare Darlegung.“

An den Polier wurden ebenfalls fünf Fragen durch die Bewertungskommission gerichtet und zwar wie folgt:

1.

Evaluierung der Anforderungen Bau KG (Überprüfung, Maßnahmen, Dokumentation):

Die Kommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 10 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Befriedigende Darstellung, Aufgaben des BKO nicht nachvollziehbar (Auftrag durch BKO an Polier?).“

2.

Dokumentation, Führung des Bautagesbuch:

Die Kommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 16 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Nachvollziehbar dargestellt.“

3.

Umgang mit Regionen, Ablaufregionen (Meldung ÖBA, Abrechnung, etc):

Die Kommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 12 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Ausreichend und nachvollziehbar dargestellt.“

4.

Einrichten der Baustelle:

Anforderungen, Stell- und Lagerflächen, Baucontainer, etc.

Die Kommission hat die Beantwortung dieser Frage mit zwei Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Lagerflächen im Nachbargrund Sägewerk, ebenso die Container dort situiert.“

5.

Gestaltung der Schnittstellen zwischen den einzelnen Gewerken, Administration der Baustelle, Erreichbarkeit Schlüsselpersonal:

Die Kommission hat die Beantwortung dieser Frage mit 10 Punkten bewertet und kurz begründet wie folgt:

„Allgemeine Darlegung.“

Festzustellen ist, dass nicht eine einzige Begründung für die Bewertung der zehn an die Bauleitung und den Polier gestellten Fragen in der Bewertungsmatrix der Ausschreibung auf Seite 20 in Beilage .E Deckung findet. Die Matrix wurde bereits oben vollinhaltlich wiedergegeben.

Festzustellen ist somit, dass die Bewertungskommission bei der Bewertung der jeweils fünf an die Bauleitung und fünf an den Polier gestellten Fragen deutlich von der in der Ausschreibung vorgegebenen Entscheidungsmatrix abgewichen ist.

Mit Schreiben vom 08.09.2015 hat daraufhin die Auftraggeberin den Antragsteller darüber informiert, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die AT-D Bau GmbH in W zu vergeben.

Gegenständlich angefochten ist somit die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Firma AT-D Bau GmbH.

Ausdrücklich festgehalten wird, dass die obigen Feststellungen lediglich zum Thema der Definition der Zuschlagskriterien durch die Auftraggeberin in der Ausschreibung und die daraufhin erfolgte Bewertung der einlangenden Angebote durch die Auftraggeberin getroffen worden sind. Darüber hinausgehende Feststellungen waren deshalb nicht erforderlich, weil schon die getroffenen Feststellungen ausreichend sind, um die gegenständliche Angelegenheit einer rechtlichen Klärung zuzuführen.

II.römisch zwei.

Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifels- und widerspruchsfrei aus dem vorliegenden Akteninhalt. Die Art und Weise der Definition der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung sowie die von der Auftraggeberin vorgenommene Selbstbindung hinsichtlich der Bewertung der Zuschlagskriterien in der Ausschreibung sind aktenkundig. Aktenkundig ist auch die Tatsache der von der Auftraggeberin in Form einer Bewertungskommission vorgenommenen Überprüfung der eingelangten Angebote, wobei sich das erkennende Gericht exemplarisch auf die Bewertung des Angebots des Antragstellers beschränkt hat, um aufzuzeigen, dass die Bewertung der Bewertungskommission hinsichtlich des Subkriteriums 4 „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“ nicht an die vorgegebene Bewertungsmatrix gehalten hat.

Ergänzend ist jedoch noch auszuführen, dass sich die Bewertungskommission auch bei der Bewertung beim Hearing betreffend die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin, die Firma AT D Bau GmbH, auch nicht an die vorgegebene Bewertungsmatrix in der Ausschreibung gehalten hat.

Lediglich der Vollständigkeit halber werden deshalb die jeweiligen „kurzen Begründungen“ der Bewertungskommission betreffend das Angebot der AT D Bau GmbH nachstehend wiedergegeben wie folgt:

1.
hervorragend dargestellt, Ablauf qualitativ hochwertig
2.
hochwertiger Ablauf dargestellt
3.
perfekt dargestellt
4.
sehr detaillierte Darstellung, Hinweis Planbuch, Datum Planverzeichnis
5.
Es gibt Ablaufschema, überdurchschnittlich gute Darstellung
6.
perfekte Darstellung, Alarmplan, zweiter Stromkreis
7.
hervorragende Darlegung
8.
weit über den Vorstellungen dargestellt
9.
angebotene Reaktionszeit wurde nicht angegeben, restliche Darstellung nachvollziehbar und plausibel
10.
detaillierte Überlegungen dargelegt

Auch aus der eben getroffenen Wiedergabe der Bewertungsüberlegungen der Kommission betreffend das Angebot der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin geht eindeutig hervor, dass die Bewertung größtenteils vom vorgegebenen Bewertungsschema in der Ausschreibung abweicht.

Die Klärung der gegenständlichen Angelegenheit reduziert sich sohin auf die Lösung der dahinter stehenden Rechtsfrage, ob die von der Auftraggeberin vorgenommene Definition der Zuschlagskriterien den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes betreffend Zuschlagskriterien entspricht, ob die Zuschlagskriterien bzw die Ausschreibung bestandsfest geworden ist und insbesondere wird zu klären sein, ob die Auftraggeberin der Bewertung der eingelangten Angebote die von ihr selbst gewählten Zuschlagskriterien – wie in der Ausschreibung definiert – zugrunde gelegt hat bzw sich bei der Bewertung an die selbst auferlegte Entscheidungsmatrix gehalten hat.

Hiezu bedurfte es nicht der Aufnahme weiterer Beweismittel, da sämtliche Ergebnisse aktenkundig sind. Es bedurfte auch nicht der Abführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung, da die gegenständliche Angelegenheit auf Basis des aktenkundigen Sachverhaltes zu lösen ist.

III.römisch drei.

Rechtliche Beurteilung:

Der festgestellte Sachverhalt ist rechtlich zu beurteilen wie folgt:

Wie bereits dem in den Entscheidungsgründen vollständig wiedergegebenen Nachprüfungsantrag des Antragstellers vom 18.09.2015 zu entnehmen ist, werden in diesem nicht nur die Zuschlagskriterien, sondern darüber hinaus die von der Auftraggeberin vorgenommene Bewertung der eingelangten Angebote und hier insbesondere die Bewertung der Hearingskommission ausdrücklich als rechtswidrig bestritten.

Somit war es Aufgabe des erkennenden Gerichts, die Rechtmäßigkeit der von der Auftraggeberin definierten Zuschlagskriterien und die Angebotsbewertung als solche zu überprüfen.

Nach § 79 Abs 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er

vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben. Nach Paragraph 79, Absatz 3, BVergG 2006 hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben, ob der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot oder – sofern der Qualitätsstandard der Leistung in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen klar und eindeutig definiert ist – dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. Soll der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, so hat der Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen alle Zuschlagskriterien, deren Verwendung er vorsieht, im Verhältnis der ihnen zuerkannten Bedeutung anzugeben.

In der diesem Nachprüfungsverfahren zugrunde liegenden Ausschreibung hat die Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen in Beilage .E festgelegt, dass der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden soll.

Gegenständlich hat die Auftraggeberin zwei Zuschlagskriterien, nämlich den Preis mit einer Wertung von 65 % und die Qualität (technische, ökologische Kriterien) mit 35 % gewichtet. Dem Qualitätskriterium wurden vier Subkriterien untergeordnet bzw. das Qualitätskriterium in vier Subkriterien untergliedert.

Grundsätzlich handelt es sich bei der Ausschreibung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006, wonach im offenen Verfahren die Ausschreibung eindeutig als gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung definiert wird. Grundsätzlich handelt es sich bei der Ausschreibung um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006, wonach im offenen Verfahren die Ausschreibung eindeutig als gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung definiert wird.

Die Festlegung des Gesetzgebers auf gesondert und nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen ist insbesondere deshalb von großer Bedeutung, weil ihr vom Gesetzgeber Präklusionsregelungen beigeordnet wurden.

Werden nämlich gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht innerhalb bestimmter Fristen bekämpft, werden sie „bestandsfest“ (Präklusion).

Dadurch soll eine missbräuchliche Inanspruchnahme des Rechtsschutzes durch Bieter vermieden werden, die erkennen, dass sie den Zuschlag nicht erhalten werden und in der Folge versuchen, das Verfahren von Beginn an neu aufzurollen. Besonders bedeutsam ist daher bereits die einem Vergabeverfahren zugrunde liegende Ausschreibung, die die erste gesondert anfechtbare Entscheidung im Verfahren darstellt, da allfällige vergaberechtswidrige, aber bestandsfest gewordene Festlegungen im weiteren Verfahren nicht mehr aufgegriffen werden können.

Umgelegt auf den gegenständlichen Fall würde dies bedeuten, dass die von der Auftraggeberin definierten Zuschlagskriterien nicht mehr angefochten und somit bestandsfest geworden sind.

Dies bedeutet, dass womöglich auch vergaberechtswidrige Kriterien der Angebotsbewertung zugrunde zu legen wären.

Die sogenannte Bestandsfestigkeit der Zuschlagskriterien infolge Nichtanfechtung der Ausschreibung findet jedoch ihre Grenze dort, wo infolge der rechtswidrigen Formulierung der Zuschlagskriterien eine Bestbieterermittlung nicht mehr möglich ist.

Dies trifft insbesondere dann zu, wenn die Ausgestaltung der Zuschlagskriterien so allgemein formuliert ist, dass es dem Gutdünken des Auftraggebers überlassen bliebe, innerhalb der eingereichten Angebote einen Bestbieter zu ermitteln. Der Spielraum bei der Bestbieterermittlung muss von vorne herein so begrenzt sein, dass eine Bieterbenachteiligung ausgeschlossen ist.

Bei der Überprüfung der gegenständlich angefochtenen Zuschlagsentscheidung durch das erkennende Gericht fällt auf, dass zwei der vier definierten Subkriterien zum Qualitätskriterium nicht gesetzeskonform definiert sind und in weiterer Folge eine dem Gesetz entsprechende, einzelne Bieter nicht benachteiligende Angebotsbewertung entgegen stehen.

Zum Subkriterium „Verlängerung der Gewährleistung“:

Hier ist vorweg auszuführen, dass Zuschlagskriterien im Gegensatz zu den Eignungskriterien, die von den jeweiligen Bietern zur Gänze zu erfüllen sind, nicht auf die Person des Bieters abstellen, sondern auf das vom jeweiligen Bieter gelegte Angebot. Zuschlagskriterien müssen dergestalt ausgeformt sein, dass eine Besser- oder Schlechtererfüllung möglich ist. Es muss einem Bieter aufgrund der bereits in der Ausschreibung bekannt gegebenen Zuschlagskriterien

möglich sein, sein Angebot so auszuarbeiten, dass er in die Lage versetzt wird, das Angebot so zu unterbreiten, dass es die Bedingungen in der Ausschreibung bestmöglich erfüllt und somit die Möglichkeit besteht, den Zuschlag nach dem „Bestbieterprinzip“ zu erhalten.

Den Erläuterungen in der Ausschreibung auf Seite 18 in Beilage ./E zur Bewertung des Subkriteriums „Verlängerung der Gewährleistung“ ist zu entnehmen, dass für jeden zusätzlichen Monat Gewährleistungsverlängerung über die in den Vertragsbedingungen angeführten drei Jahre hinaus maximal 30 Monate Gewährleistungsverlängerung angeboten werden darf, was einer maximalen Punktezahl von 30 entspricht.

Diese Formulierung ist vergaberechtswidrig und bieterdiskriminierend, weil es dem Bieter aufgrund der Begrenzung der Gewährleistungsverlängerung auf 30 Monate nicht möglich ist, bei diesem Subkriterium ein Bestangebot zu unterbreiten.

Dies hat sich im zugrunde liegenden Vergabeverfahren auch unter Beweis gestellt, weil – wie nicht anders zu erwarten war – von allen fünf Bieter einheitlich eine Gewährleistungsverlängerung um 30 Monate angeboten wurde und somit in diesem Punkt alle Angebote gleich bewertet wurden. Der Antragsteller selbst hat sogar eine Gewährleistungsverlängerung um 31 Monate angeboten, was jedoch nicht zu einer Höherbewertung führen konnte, weil von der Auftraggeberin eine Höherbewertung durch die bereits oben zitierte Formulierung in der Ausschreibung ausgeschlossen wurde.

Selbstverständlich steht es einem Auftraggeber frei, bei den Zuschlagskriterien Mindeststandards zu formulieren und somit eine Mindestgüte des erhofften Angebotes zu garantieren. Es widerspricht jedoch dem Grundsatz des Bestbieterprinzips, eine Qualitätsbegrenzung in den Zuschlagskriterien nach oben hin vorzunehmen. Sinn und Zweck einer Ausschreibung nach dem „Bestbieterprinzip“ ist es nämlich, ein qualitativ bestmögliches Angebot zu erlangen.

Durch die Formulierung des Subkriteriums „Verlängerung der Gewährleistung“ bzw durch die Art der Bewertung dieses Kriteriums hat sich der öffentliche Auftraggeber der Möglichkeit begeben, ein bestmögliches Angebot zu bekommen und andererseits hat er dem einzelnen Bieter die Möglichkeit genommen, ein nach wirtschaftlichen und technischen Überlegungen besseres Angebot zu legen, als die Mitbewerber.

Bei einer gesetzeskonformen Ausformulierung des Bewertungskriteriums „Verlängerung der Gewährleistung“ hätte das Angebot der Antragstellerin mit einer angebotenen Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 31 Monate eben besser bewertet werden müssen, als das Angebot der anderen Bieter, welche lediglich eine Gewährleistungsverlängerung um 30 Monate angeboten hatten (Angebot der Antragstellerin in Beilage ./2).

Somit wurde das Subkriterium „Verlängerung der Gewährleistung“ so definiert, dass es einer gesetzeskonformen Angebotsbewertung nicht zugänglich war bzw eine gesetzeskonforme Angebotsbewertung verunmöglicht hat.

Zum Subkriterium „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“:

Nach den Ausschreibungsunterlagen, Seite 19 in Beilage ./E, wird das Subkriterium „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“ kommissionell bewertet. Hier muss sich jeder Bieter einem Hearing durch eine aus drei Personen bestehende Kommission unterziehen. Jeder Bieter hat demnach die Gelegenheit, die Vorteile und die Qualität seines Schlüsselpersonals darzulegen, in dem vom Schlüsselpersonal konkrete Fragen des Auftraggebers beantwortet werden müssen.

Beim Hearing werden nach den Ausschreibungsunterlagen insgesamt zehn technisch-organisatorische Fragen aus dem Fachgebiet für Baumeister/Baustellenmanagement an das Schlüsselpersonal gestellt, wobei fünf Fragen dem Bieter zwei Tage vor dem Hearingtermin zugestellt werden und die weiteren fünf Fragen ad hoc während des Hearingtermins gestellt werden (fünf Fragen an Bauleiter, fünf Fragen an Polier). Das Hearing dauert für jedes Unternehmen (welches vorab nicht auszuschneiden war) eine halbe Stunde. Sollten während der halben Stunde nicht alle Fragen gestellt oder beantwortet werden können, so können diese Fragen/Antworten bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden. , Beim Hearing werden nach den Ausschreibungsunterlagen insgesamt zehn technisch-organisatorische Fragen aus dem Fachgebiet für Baumeister/Baustellenmanagement an das Schlüsselpersonal gestellt, wobei fünf Fragen dem Bieter zwei Tage vor dem Hearingtermin zugestellt werden und die weiteren fünf Fragen ad hoc während des Hearingtermins gestellt werden (fünf Fragen an Bauleiter, fünf Fragen an Polier). Das Hearing dauert

für jedes Unternehmen (welches vorab nicht auszuscheiden war) eine halbe Stunde. Sollten während der halben Stunde nicht alle Fragen gestellt oder beantwortet werden können, so können diese Fragen/Antworten bei der Bewertung nicht berücksichtigt werden.

Diese zuletzt genannte Formulierung in der Ausschreibung überlässt es somit dem Belieben des öffentlichen Auftraggebers, nicht alle Fragen zu stellen und nehmen dem Bieter die Möglichkeit, alle Fragen beantworten zu können, was für den Bieter den Nachteil mit sich brächte, dass die Nichtbeantwortung von nicht gestellten Fragen bei der Bewertung nicht mehr berücksichtigt werden könnte.

Die Formulierung in der Ausschreibung, wonach an einzelne Bieter während des Hearings womöglich nicht alle zehn Fragen gestellt werden, ermöglichen es dem öffentlichen Auftraggeber, durch bewusstes oder auch unbewusstes in die Länge ziehen einzelner Fragen dem Bieter die Möglichkeit zu nehmen, sein Angebot bestmöglich darzustellen und auch eine bestmögliche Bewertung zu erlangen.

Durch diese Formulierung in der Ausschreibung würde eine Bieterungleichbehandlung ermöglicht, welche einer gesetzeskonformen Angebotsbewertung entgegensteht.

In der Ausschreibung auf Seite 20, Beilage .E, hat die Auftraggeberin sich bei der Bewertung des Subkriteriums „Fachgespräch mit dem Schlüsselpersonal“ insofern gebunden, als die Bewertung der Fragebeantwortung an einer im Einzelnen detailliert ausgeführten Tabelle vorzunehmen ist. Die Auftraggeberin hat hierdurch eine Selbstbindung hinsichtlich der Bewertung vorgenommen.

Die Bewertungstabelle wurde bereits oben vollumfänglich dargestellt und reduziert sich im Wesentlichen auf folgende Bewertungsmaßstäbe:

0 – 0 %: unzureichende, nicht nachvollziehbare Darstellung

10 – 29 %: mangelhafte bis ausreichende Darstellung

30 – 59 %: befriedigende Darstellung

60 – 79 %: überdurchschnittliche, gute Darstellung

80 – 100 %: hervorragende, sehr gute Darstellung

Vereinfacht ausgedrückt entspricht die Bewertungstabelle einem Schulnotensystem von 1 bis 5.

Wie bereits oben unter Punkt I. in der Sachverhaltsfeststellung ausführlich dargelegt, hat sich die Bewertungskommission bei der Bewertung der Fragebeantwortungen sowohl was die Antragstellerin anbelangt, als auch was die in Aussicht genommene Bestbieterin, die Firma AT D Bau GmbH anbelangt, überwiegend nicht an das in den Ausschreibungsunterlagen befindliche Frageschema bzw an die Bewertungstabelle gehalten. In den jeweiligen Bewertungsbögen in Beilage .1 hat die Hearingskommission der Bepunktung der jeweiligen Fragen Begründungen zugrunde gelegt, welche in der Bewertungstabelle entweder keine oder nur mangelhafte Deckung finden. Wie bereits oben unter Punkt römisch eins. in der Sachverhaltsfeststellung ausführlich dargelegt, hat sich die Bewertungskommission bei der Bewertung der Fragebeantwortungen sowohl was die Antragstellerin anbelangt, als auch was die in Aussicht genommene Bestbieterin, die Firma AT D Bau GmbH anbelangt, überwiegend nicht an das in den Ausschreibungsunterlagen befindliche Frageschema bzw an die Bewertungstabelle gehalten. In den jeweiligen Bewertungsbögen in Beilage .1 hat die Hearingskommission der Bepunktung der jeweiligen Fragen Begründungen zugrunde gelegt, welche in der Bewertungstabelle entweder keine oder nur mangelhafte Deckung finden.

Die Angebotsbewertung ist somit nicht ausschreibungskonform erfolgt und musste daher die daraufhin erfolgte bzw darauf aufbauende Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt werden.

Nach § 19 Abs 5 TVergNG 2006 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht gänzlich oder teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der von ihm nach Abs 1 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner (Gebührenersatz). Der Antragsteller hat auch Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das Landesverwaltungsgericht hat über den Gebührenersatz in seiner Entscheidung abzusprechen. Nach Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht gänzlich oder teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz der von ihm nach Absatz eins, entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner (Gebührenersatz). Der Antragsteller hat auch Anspruch auf Gebührenersatz, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das Landesverwaltungsgericht hat über den Gebührenersatz in seiner

Entscheidung abzusprechen.

Gegenständlich ist die Antragstellerin mit ihren Ansprüchen zur Gänze durchgedrungen, weshalb der Auftraggeberin spruchgemäß aufzutragen war, der Antragstellerin die von ihr entrichteten Gebühren in Höhe von zusammen Euro 3.891,-- zu Händen der Rechtsvertreter binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Gemäß § 12 Abs 4 TVergNG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Gemäß Paragraph 12, Absatz 4, TVergNG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen.

Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

Das Landesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind.

Infolge Entscheidung in der Sache selbst und somit Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung war daher die einstweilige Verfügung spruchgemäß von Amts wegen aufzuheben.

IV.römisch vier.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage iSd Artikel 133, Absatz 4, B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Landesverwaltungsgericht Tirol

Mag. Bettina Weißgatterer

(Richterin)

Schlagworte

Ausschreibungsgegenstand: Baumeisterarbeiten Neubau Sozialzentrum ;Bewertung der Angebote nicht ausschreibungskonform; Zuschlagskriterien

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2016:LVwG.2015.S1.2310.4

Zuletzt aktualisiert am

23.02.2016

Quelle: Landesverwaltungsgericht Tirol LVwG Tirol, <https://www.lvwg-tirol.gv.at>