

TE Lvwg Erkenntnis 2015/6/24 LVwG-2015/S1/0447-10

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.06.2015

Entscheidungsdatum

24.06.2015

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §2

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eigenhändig überreicht am 23.02.2015, hat die K I GmbH, Adresse (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch Herrn N K, ebendort, die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in dem vom Gemeindeverband Altenheime N, Adresse (im Weiteren kurz Auftraggeber genannt), durchgeführten Vergabeverfahren betreffend den „Neubau Wohn- und Pflegeheim F, Gewerk Fliesenlegerarbeiten“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eigenhändig überreicht am 23.02.2015, hat die K römisch eins GmbH, Adresse (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch Herrn N K, ebendort, die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in dem vom Gemeindeverband Altenheime N, Adresse (im Weiteren kurz Auftraggeber genannt), durchgeführten Vergabeverfahren betreffend den „Neubau Wohn- und Pflegeheim F, Gewerk Fliesenlegerarbeiten“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Der Senat 1 des Landesverwaltungsgerichtes Tirol 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 der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet abgewiesen und sämtliche

sonstigen Anträge als unzulässig zurückgewiesen. Gemäß Paragraph 28, VwGGV wird der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet abgewiesen und sämtliche sonstigen Anträge als unzulässig zurückgewiesen.

2.

Der Antrag der Antragstellerin auf Ersatz der Kosten wird als unbegründet abgewiesen und hinsichtlich der sonstigen beantragten Kosten als unzulässig zurückgewiesen.

3.

Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 05.03.2015, GZ LVwG-2015/S1/0477-7, 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.

Wenn allerdings in einer Verwaltungsstrafsache oder in einer Finanzstrafsache eine Geldstrafe von bis zu 750 Euro und keine Freiheitsstrafe verhängt werden durfte und im Erkenntnis eine Geldstrafe von bis zu 400 Euro verhängt wurde, ist eine (ordentliche oder außerordentliche) Revision an den Verwaltungsgerichtshof wegen Verletzung in Rechten nicht zulässig.

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 ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol persönlich überreicht am 23.02.2015, hat die Antragstellerin die Nachprüfung der vom Auftraggeber vorgenommenen Ausschreibung „Neubau Wohn- und Pflegeheim F, Gewerk Fliesenlegerarbeiten“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„Betreff beabsichtigter Zuschlagsentscheidung:

In der Sache LV_024_Fliesenlegerarbeiten_Altenheim_L_2016, zugestellt am Freitag, 13. Februar um 17:31 via Mail. (Beilage 1) an FA K I. In der Sache LV_024_Fliesenlegerarbeiten_Altenheim_L_2016, zugestellt am Freitag, 13. Februar um 17:31 via Mail. (Beilage 1) an FA K römisch eins.

Seitens der Vergabestelle

Gemeindeverband Altenheime N

Adresse

Betreff beabsichtigter Vergabeentscheidung:

Entscheid zum beabsichtigten Zuschlag erfolgte an S OG am 13.2.2015

Gültig nach Ende bekanntgegebener Stillhaltefrist am 23.02.2015, 24:00

?

Höflich verlange ich die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens Betreff der Entscheidung zur Vergabe an die Fliesenlegerfirma S OG, ansässig in U, Gemeinde IHöflich verlange ich die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens

Betreff der Entscheidung zur Vergabe an die Fliesenlegerfirma S OG, ansässig in U, Gemeinde römisch eins

Nachprüfungsantrag gemäß Vergabenachprüfungsgesetz 2006, § 7 Nachprüfungsantrag gemäß Vergabenachprüfungsgesetz 2006, Paragraph 7

(1) Ein Antrag nach § 5 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten (1) Ein Antrag nach Paragraph 5, Absatz eins, hat jedenfalls zu enthalten:

1. Bezeichnung Vergabeverfahren:

Offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung

Gesondert anfechtbare Entscheidung:

nach BvergGes. 2006 § 2, (16) nach BvergGes. 2006 Paragraph 2,, (16)

„a)

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa)

im offenen Verfahren:

- das Ausscheiden eines Angebotes;

und in Folge ...

- die Zuschlagsentscheidung;“

Angefochten werden das Ausscheiden des Variantenangebotes der FA K I und die Zuschlagsentscheidung
Angefochten werden das Ausscheiden des Variantenangebotes der FA K römisch eins und die Zuschlagsentscheidung.

2. Genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers:

Auftraggeber: nach BVergG 2006, § 3, Z 1. [...] Gemeindeverbände
Auftraggeber: nach BVergG 2006, Paragraph 3,, Ziffer eins, [...] Gemeindeverbände

Gemeindeverband Altenheime N

Adresse

Kontaktdaten

Antragsteller:

Vertreten durch N K

K I GmbH K römisch eins GmbH

Adresse

Kontaktdaten

3. Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes:

Es wurden von K I zwei Anbote abgegeben
Es wurden von K römisch eins zwei Anbote abgegeben.

Ein Hauptanbot,

[Angebotsschreiben Hauptanbot, (H)]

[Summenblatt (H)]

und ein Variantenanbot, (handschriftliche Vermerke = Firmen-interne Anmerkung und Nachkontrolle)

[Anbotsschreiben Variante (VA)]

[Summenblatt (VA)]

Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde die Abgabe eines Variantenangebotes von der FA K I eingetragen. (Handschr. Vermerke Vertreter ÖBA)
Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde die Abgabe eines Variantenangebotes von der FA K römisch eins eingetragen. (Handschr. Vermerke Vertreter ÖBA)

In der „Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ fehlt das Variantenangebot der FA K I In der „Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ fehlt das Variantenangebot der FA K römisch eins.

In der Ausschreibung, Punkt 3, Angebotsbestandteile werden unter 3.2. „Spezielle Beilagen“, Alternativangebot(e) angeführt.

[Ausschnitt Leistungsverzeichnis, Seite 5]

Eine Anfrage, ergangen an Prüfstelle Baubüro Modul 2 und Architekt,

„Warum wurde die Variante nicht gewertet?“ ist teilweise gelesen, aber nicht beantwortet worden.

[Lesebestätigung vom Architekt Z, keine Lesebestätigung von Modul 2 N]

Es liegt bis Datum 22.02. keine weitere Lesebestätigung oder sonstige Reaktion vor.

Für die Firma K I ist die Wertung des Variantenangebotes wesentlich Für die Firma K römisch eins ist die Wertung des Variantenangebotes wesentlich.

Es besteht seitens der FA K I Interesse zum Vertragsabschluss. Gemäß einer nachgebauten Exel-Tabelle ist das Variantenangebot das technisch wirtschaftlichste und günstigste Anbot. (Siehe Nachbau Exel K I, Spalte „Reihung“) Es besteht seitens der FA K römisch eins Interesse zum Vertragsabschluss. Gemäß einer nachgebauten Exel-Tabelle ist das Variantenangebot das technisch wirtschaftlichste und günstigste Anbot. (Siehe Nachbau Exel K römisch eins, Spalte „Reihung“)

[Nachbau Exel K I]

Obwohl der Promillezuschlag in dem Variantenangebot Seitens der FA K I nicht gewährt wird und die daraus resultierenden zwei Zusatzpunkte nach Zuschlagskriterium 3, Pönale, entfallen, (siehe Punkt 9.3., Zuschlagskriterien), macht das Variantenangebot die FA K I zum Bestbieter. Obwohl der Promillezuschlag in dem Variantenangebot Seitens der FA K römisch eins nicht gewährt wird und die daraus resultierenden zwei Zusatzpunkte nach Zuschlagskriterium 3, Pönale, entfallen, (siehe Punkt 9.3., Zuschlagskriterien), macht das Variantenangebot die FA K römisch eins zum Bestbieter.

4. Angaben über den behaupteten drohenden Schaden [...]

Es droht eine Vergabe an den Zweitbieter und damit der FA K I als übergangenen Bestbieter Schaden durch Verdienstentgang. Es droht eine Vergabe an den Zweitbieter und damit der FA K römisch eins als übergangenen Bestbieter Schaden durch Verdienstentgang.

5.

Bestimmte Bezeichnung des Rechts:

Die Firma K I GmbH erachtet sich in Bundesvergabegesetz 2006, § 19, Grundsätze des Vergabeverfahrens und folgend im § 81, Z 1, Zulässigkeit von Alternativangeboten, verletzt. Die Firma K römisch eins GmbH erachtet sich in Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 19, „Grundsätze des Vergabeverfahrens und folgend im Paragraph 81, „Ziffer eins, „Zulässigkeit von Alternativangeboten, verletzt.

6. Gründe auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt

?

BVergG 2006, § 81 (1) dem Auftraggeber wurde neben einem ausschreibungsgemäßen Anbot ein Alternativangebot übergeben. Der Auftraggeber ließ in der Ausschreibung Alternativangebote zu. BVergG 2006, Paragraph 81, (1) dem Auftraggeber wurde neben einem ausschreibungsgemäßen Anbot ein Alternativangebot übergeben. Der Auftraggeber ließ in der Ausschreibung Alternativangebote zu.

In der Ausschreibung wurden durch die Vorgabe bekannter, aber teurer Fliesenfabrikate, technische Voraussetzungen ausreichend erkennbar festgelegt. Die Firma K I ersetzte das teure Material in einigen Positionen mit gleichwertigen, aber preiswerteren Fabrikaten. Obwohl daraus ein Abänderungsangebot nach Definition BVergG 2006, § 2, Z 1, interpretiert werden kann, ist das hier nicht der Fall. Wäre ein ordnungsgemäßer Eintrag in die Tabelle Beilage 3

„Auswertung der Fliesen, (Mail vom 13.02., Altenheim N) in der Spalte, „Abweichung vom Bestbieter in %“, gemacht worden, hätte auffallen müssen, dass die Preisdifferenz zwischen Anbot K I und Variante K I 11,20 % beträgt. In der Ausschreibung wurden durch die Vorgabe bekannter, aber teurer Fliesenfabrikate, technische Voraussetzungen ausreichend erkennbar festgelegt. Die Firma K römisch eins ersetzte das teure Material in einigen Positionen mit gleichwertigen, aber preiswerteren Fabrikaten. Obwohl daraus ein Abänderungsangebot nach Definition BVergG 2006, Paragraph 2, „Ziffer eins“, interpretiert werden kann, ist das hier nicht der Fall. Wäre ein ordnungsgemäßer Eintrag in die Tabelle Beilage 3 „Auswertung der Fliesen, (Mail vom 13.02., Altenheim N) in der Spalte, „Abweichung vom Bestbieter in %“, gemacht worden, hätte auffallen müssen, dass die Preisdifferenz zwischen Anbot K römisch eins und Variante K römisch eins 11,20 % beträgt.

Dazu siehe „Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 17.07.2012, GeschZ. N/0056-BVA/11/20012-28“

Differenzierung zwischen Abänderungsangebot und Variantenangebot:

Zitat Seite 10/15, 5. Absatz:

„In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Es ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, im Zweifel wird kein Abänderungs- sondern ein Alternativangebot anzunehmen sein. (J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, §2 ZI RZ20 ff)“.

Nach den erläuternden Bemerkungen betreffen Abänderungsangebote typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl zum Beispiel bei Aufhängungen). Im vorliegenden Fall bot das Alternativangebot der FA K I im Rahmen ihres als „Variante“ bezeichneten Angebotes anstelle der ausgeschriebenen Fliesen eine andere Fliesenfabrikate gleicher Wertigkeit vor. Nach den erläuternden Bemerkungen betreffen Abänderungsangebote typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl zum Beispiel bei Aufhängungen). Im vorliegenden Fall bot das Alternativangebot der FA K römisch eins im Rahmen ihres als „Variante“ bezeichneten Angebotes anstelle der ausgeschriebenen Fliesen eine andere Fliesenfabrikate gleicher Wertigkeit vor.

Dies bewirkt, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der Firma K I im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von rund Euro 40.717,92 Euro, sohin etwa 11,20 %, ausmacht. Somit handelt es sich dabei allein schon preislich um eine erhebliche Abänderung. So hat das BVA bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10 % der Gesamtangebotssumme führte, ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen (BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36). Dies bewirkt, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der Firma K römisch eins im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von rund Euro 40.717,92 Euro, sohin etwa 11,20 %, ausmacht. Somit handelt es sich dabei allein schon preislich um eine erhebliche Abänderung. So hat das BVA bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10 % der Gesamtangebotssumme führte, ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen (BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36).

Da es sich bei dem von der FA K I als „Variante“ bezeichneten Angebot um kein Abänderungsangebot handelt, ist daher zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges Alternativangebot handelt. Da es sich bei dem von der FA K römisch eins als „Variante“ bezeichneten Angebot um kein Abänderungsangebot handelt, ist daher zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges Alternativangebot handelt.

Falsa demonstratio non nocet, „Eine falsche Bezeichnung schadet nicht“.

In diesem Sinne wäre das Variantenangebot zu prüfen gewesen!

Die Entscheidung, ein Variantenangebot NICHT zu prüfen, weil es „gefühlsmäßig“ einem Abänderungsangebot entsprach, war falsch. Um Unstimmigkeiten auszuschließen, wäre es ein Leichtes gewesen, die Variante zu prüfen und in die Tabelle aufzunehmen. Aus der Tabelle wäre die Differenz > 10 % sofort erkennbar gewesen. (Vergleiche „Nachbau Exel K I“)

Der von der FA K I gestellte Frage via Mail vom Montag, dem 16. Februar, hätte nachgegangen werden müssen. Der von der FA K römisch eins gestellte Frage via Mail vom Montag, dem 16. Februar, hätte nachgegangen werden müssen.

Die Anbotsprüfung und daraus resultierenden Entscheidung widersprechen daher dem Bundesvergabegesetz 2006 und den Grundsätzen eines fairen Vergaberechtes

7. Antrag auf Nichtigkeitserklärung in folgenden Punkten:

?

Die Firma K I beantragt die Beilage 3, „Auswertung der Anbotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären. Die Firma K römisch eins beantragt die Beilage 3, „Auswertung der Anbotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären.

?

Die FA K I beantragt die Beilage 4 aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären. Die FA K römisch eins beantragt die Beilage 4 aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären.

?

Die FA K I beantragt folgend, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären. Die FA K römisch eins beantragt folgend, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

?

Die FA K I beantragt folgernd eine einstweilige Verfügung, den Auftrag an S OG NICHT zu vergeben. Die FA K römisch eins beantragt folgernd eine einstweilige Verfügung, den Auftrag an S OG NICHT zu vergeben.

?

Die FA K I beantragt, das Variantenangebot in die Wertungen zur neuen Zuschlagsentscheidung aufzunehmen. Die FA K römisch eins beantragt, das Variantenangebot in die Wertungen zur neuen Zuschlagsentscheidung aufzunehmen.

?

Die FA K I beantragt Kostenersatz der Vergebühungen, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind. Die FA K römisch eins beantragt Kostenersatz der Vergebühungen, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind.

?

Die FA K I beantragt Kostenersatz der sonstigen Kosten, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind. Die FA K römisch eins beantragt Kostenersatz der sonstigen Kosten, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind.

8. Angabe zur fristgerechten Einbringung des Antrages

Der Antrag ist fristgerecht eingebracht, da die Stillhaltefrist am 23. Februar endet.

Ansprechpartner für fehlende Dokumente seitens der Firma K I gemäß Ansprechpartner für fehlende Dokumente seitens der Firma K römisch eins gemäß

AVG 1991, § 13, Z 3 ist N KAVG 1991, Paragraph 13,, Ziffer 3, ist N K

Ich weise ausdrücklich daraufhin, dass mich kein berufsmäßigen Parteienvertreter vertritt und bitte um Aufklärung von Verfahrenshandlungen nach AVG 1991, § 13a. Ich weise ausdrücklich daraufhin, dass mich kein berufsmäßigen Parteienvertreter vertritt und bitte um Aufklärung von Verfahrenshandlungen nach AVG 1991, Paragraph 13 a

Zusammen mit diesem Schriftsatz hat die Antragstellerin Urkunden gelegt, die zum Akt genommen und bezeichnet werden, wie folgt:

? Firmenbuchauszug Antragstellerin (Beilage ./A)

?

Auszug Reisepaß Antragstellerinvertreter (Beilage ./B)

Mit Schriftsatz, eingelangt am 23.02.2015 beim Landesverwaltungsgericht Tirol, hat die Antragstellerin die Auftragsliste zum Nachweis folgender Zahlungen vorgelegt:

1. Gebühr nach der Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung in Höhe von Euro 3.891,00
2. Gebühr nach dem Gebührengesetz 1957 in Höhe von Euro 30,00

Mit weiterem Schriftsatz ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 25.02.2015, hat die

Antragstellerin auftragsgemäß den Nachprüfungsantrag gemäß § 7 TVergNP 2006 verbessert wie folgt: Mit weiterem Schriftsatz ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 25.02.2015, hat die Antragstellerin auftragsgemäß den Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 7, TVergNP 2006 verbessert wie folgt:

„Höflich ersuche ich um Aufnahme in den Akt:

* Beilage 4, genannte Tabelle aus Antrag auf Nichtigkeitserklärung, Pkt. 2

* Ein Antwortschreiben des Architekten vom 17.02.2015, Beilage 7 B zur Ergänzung des Schriftverkehrs.

* Das Vergabekriterium „Bestpreisbieterprinzip“, genannt in Beilage 10, FA K I PDF* Das Vergabekriterium „Bestpreisbieterprinzip“, genannt in Beilage 10, FA K römisch eins PDF

EINBRINGUNG eines

Einstweilige Verfügung gemäß Vergabenachprüfungsgesetz 2006, § 11 Einstweilige Verfügung gemäß Vergabenachprüfungsgesetz 2006, Paragraph 11

1. Bezeichnung Vergabeverfahren:

Offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

Vergabekriterium „Bestpreisbieterprinzip“

Gesondert anfechtbare Entscheidung:

nach BvergGes. 2006 § 2, (16) nach BvergGes. 2006 Paragraph 2,, (16)

„a)

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa)

im offenen Verfahren:

- das Ausscheiden eines Angebotes;

und in Folge ...

- die Zuschlagsentscheidung;“

Genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers:

Auftraggeber: nach BVergG 2006, § 3, Z 1. [...] Gemeindeverbände Auftraggeber: nach BVergG 2006, Paragraph 3,, Ziffer eins, [...] Gemeindeverbände

Gemeindeverband Altenheime N

Adresse

Kontaktdaten

Antragsteller:

Vertreten durch N K

K I GmbH K römisch eins GmbH

Adresse

Kontaktdaten

Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1, Vergabenachprüfungsgesetz, Ziffer 1 Voraussetzungen nach Paragraph 5, Absatz eins,, Vergabenachprüfungsgesetz, Ziffer 1

Für die Firma K I ist die Wertung des Variantenangebotes wesentlich. Es besteht seitens der FA K I Interesse zum Vertragsabschluss. Gemäß einer nachgebauten Excel-Tabelle ist das Variantenangebot das technisch wirtschaftlichste und günstigste Angebot. Für die Firma K römisch eins ist die Wertung des Variantenangebotes wesentlich. Es besteht seitens der FA K römisch eins Interesse zum Vertragsabschluss. Gemäß einer nachgebauten Excel-Tabelle ist das Variantenangebot das technisch wirtschaftlichste und günstigste Angebot.

(Siehe Nachbau Exel K I, Spalte „Reihung“)(Siehe Nachbau Exel K römisch eins, Spalte „Reihung“)

Nachbau Exel K I: Beilage 8

Obwohl der Promillezuschlag in dem Variantenangebot Seitens der FA K I nicht gewährt wird und die daraus resultierenden zwei Zusatzpunkte nach Zuschlagskriterium 3, Pönale, entfallen, (siehe Punkt 9.3., Zuschlagskriterien), macht das Variantenangebot die FA K I zum Bestbieter. Obwohl der Promillezuschlag in dem Variantenangebot Seitens der FA K römisch eins nicht gewährt wird und die daraus resultierenden zwei Zusatzpunkte nach Zuschlagskriterium 3, Pönale, entfallen, (siehe Punkt 9.3., Zuschlagskriterien), macht das Variantenangebot die FA K römisch eins zum Bestbieter.

Zuschlagskriterien: Beilage 9

Voraussetzungen nach § 5 Abs. 1, Vergabenchprüfungsgesetz, Ziffer 1 Voraussetzungen nach Paragraph 5, Absatz eins,, Vergabenchprüfungsgesetz, Ziffer 1

Es droht eine Vergabe an den Zweitbieter und damit der FA K I als übergangenen Bestbieter Schaden durch Verdienstentgang. Es droht eine Vergabe an den Zweitbieter und damit der FA K römisch eins als übergangenen Bestbieter Schaden durch Verdienstentgang.

3. Genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit:

Die Firma K I GmbH erachtet sich in Bundesvergabegesetz 2006, § 19, Grundsätze des Vergabeverfahrens und folgend im § 81, ZI, Zulässigkeit von Alternativangeboten, verletzt. Die Firma K römisch eins GmbH erachtet sich in Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 19,, Grundsätze des Vergabeverfahrens und folgend im Paragraph 81,, ZI, Zulässigkeit von Alternativangeboten, verletzt

4. Genaue Darlegung der entstandenen oder unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers und Glaubhaftmachung d. maßgeblichen Tatsachen

? dem Auftraggeber wurde neben einem ausschreibungsgemäßen Anbot ein Alternativangebot übergeben. Der Auftraggeber ließ in der Ausschreibung Alternativangebote zu. BVergG 2006, § 81 (1).? dem Auftraggeber wurde neben einem ausschreibungsgemäßen Anbot ein Alternativangebot übergeben. Der Auftraggeber ließ in der Ausschreibung Alternativangebote zu. BVergG 2006, Paragraph 81, (1).

Das Alternativangebot wurde aber nicht gewertet. Mit Wertung des Variantenangebotes wäre die FA K I Bestbieter. Daher liegt eine drohende Schädigung der Firma K I durch Verdienstentgang vor. Das Alternativangebot wurde aber nicht gewertet. Mit Wertung des Variantenangebotes wäre die FA K römisch eins Bestbieter. Daher liegt eine drohende Schädigung der Firma K römisch eins durch Verdienstentgang vor.

?

In der Ausschreibung wurden durch die Vorgabe bekannter, aber teurer Fliesenfabrikate, technische Voraussetzungen ausreichend erkennbar festgelegt. Die Firma K I ersetzte das teure Material in einigen Positionen mit gleichwertigen, aber preiswerteren Fabrikaten. Obwohl daraus ein Abänderungsangebot nach Definition BVergG 2006, § 2, Z 1, interpretiert werden kann, ist das hier nicht der Fall. Wäre ein ordnungsgemäßer Eintrag in die Tabelle Beilage 3 „Auswertung der Fliesen, (Mail vom 13.02., Altenheim N) in der Spalte, „Abweichung vom Bestbieter in %“, gemacht worden, hätte auffallen müssen, dass die Preisdifferenz zwischen Anbot K I und Variante K I 11,20 % beträgt. In der Ausschreibung wurden durch die Vorgabe bekannter, aber teurer Fliesenfabrikate, technische Voraussetzungen ausreichend erkennbar festgelegt. Die Firma K römisch eins ersetzte das teure Material in einigen Positionen mit gleichwertigen, aber preiswerteren Fabrikaten. Obwohl daraus ein Abänderungsangebot nach Definition BVergG 2006, Paragraph 2,, Ziffer eins,, interpretiert werden kann, ist das hier nicht der Fall. Wäre ein ordnungsgemäßer Eintrag in die Tabelle Beilage 3 „Auswertung der Fliesen, (Mail vom 13.02., Altenheim N) in der Spalte, „Abweichung vom Bestbieter in %“, gemacht worden, hätte auffallen müssen, dass die Preisdifferenz zwischen Anbot K römisch eins und Variante K römisch eins 11,20 % beträgt.

Dazu siehe „Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 17.07.2012, GeschZ. N/0056-BVA/11/20012-28“

6. Angabe zur fristgerechten Einbringung des Antrages

Der Antrag ist fristgerecht eingebracht, da die Stillhaltefrist am 23. Februar endet.

Siehe: „Beilage 10 FA K I PDF“ vom Mail 13.02.15 Altenheim N
Siehe: „Beilage 10 FA K römisch eins PDF“ vom Mail 13.02.15 Altenheim N

Der Nachbesserungsantrag ist fristgerecht eingebracht.

Ansprechpartner für fehlende Dokumente seitens der Firma K I gemäß AVGA
Ansprechpartner für fehlende Dokumente seitens der Firma K römisch eins gemäß AVG

1991, § 13, Z 3 ist N K
1991, Paragraph 13,, Ziffer 3, ist N K

Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass mich kein berufsmäßiger Parteienvertreter vertritt und bitte um Aufklärung nach AVG 1991, § 13a, falls noch Beilagen fehlen sollten.
Ich weise ausdrücklich darauf hin, dass mich kein berufsmäßiger Parteienvertreter vertritt und bitte um Aufklärung nach AVG 1991, Paragraph 13 a,, falls noch Beilagen fehlen sollten.

Beilagen zur Legitimation und Identitätsfeststellung:

Auszug aus Firmenbuch Seite 1: Beilage L 1 A

Auszug aus Firmenbuch Seite 2: Beilage L 1 B

Identitätsfeststellung Paß Nr 42 75 120: Beilage I 1
Identitätsfeststellung Paß Nr 42 75 120: Beilage römisch eins 1“

Mit weiterem Schriftsatz ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 25.02.2015, hat sodann die Antragstellerin auftragsgemäß ihr Vorbringen zur einstweiligen Verfügung gemäß § 11 TVergNG 2006 verbessert und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:
Mit weiterem Schriftsatz ohne Datum, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 25.02.2015, hat sodann die Antragstellerin auftragsgemäß ihr Vorbringen zur einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 11, TVergNG 2006 verbessert und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„Höflich ersuche ich um Aufnahme in den Akt:

* Beilage 4, genannte Tabelle aus Antrag auf Nichtkeitserklärung, Pkt. 2

* Ein Antwortschreiben des Architekten vom 17.02.2015, Beilage 7 B zur Ergänzung des Schriftverkehrs.

* Das Vergabekriterium „Bestpreisbieterprinzip“ genannt in Beilage 10, FA K I PDF
* Das Vergabekriterium „Bestpreisbieterprinzip“ genannt in Beilage 10, FA K römisch eins PDF

EINBRINGUNG eines

Nachprüfungsantrag gemäß Vergabenachprüfungsgesetz 2006, § 7
Nachprüfungsantrag gemäß Vergabenachprüfungsgesetz 2006, Paragraph 7

1. Bezeichnung Vergabeverfahren:

Offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

Vergabekriterium „Bestpreisbieterprinzip“

Gesondert anfechtbare Entscheidung:

nach BvergGes. 2006 § 2, (16)
nach BvergGes. 2006 Paragraph 2,, (16)

„a)

Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

aa)

im offenen Verfahren:

- das Ausscheiden eines Angebotes;

und in Folge ...

- die Zuschlagsentscheidung“

2. Genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers:

Auftraggeber: nach BVergG 2006, § 3, Z 1. [...] Gemeindeverbände Auftraggeber: nach BVergG 2006, Paragraph 3,, Ziffer eins, [...] Gemeindeverbände

Gemeindeverband Altenheime N

Adresse

Kontaktdaten

Antragsteller:

Vertreten durch N K

K I GmbH K römisch eins GmbH

Adresse

Kontaktdaten

3. Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes:

Es wurden von K I zwei Angebote abgegeben. Es wurden von K römisch eins zwei Angebote abgegeben.

Ein Hauptanbot,

Angebotsschreiben Hauptanbot, (H) Beilage 1 A

Summenblatt (H): Beilage 1 B

und ein Variantenanbot, (handschriftliche Vermerke = Firmen-interne Anmerkung und Nachkontrolle)

Anbotsschreiben Variante (VA): Beilage 2 A

Summenblatt (VA): Beilage 2 B

Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde die Abgabe eines Variantenangebotes von der FA K I eingetragen. (Handschriftl. Vermerke Vertreter ÖBA) Im Angebotsöffnungsprotokoll wurde die Abgabe eines Variantenangebotes von der FA K römisch eins eingetragen. (Handschriftl. Vermerke Vertreter ÖBA)

Anbotsöffnungsprotokoll Seite 1: Beilage 3 A

In der „Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ fehlt das Variantenangebot der FA K I In der „Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ fehlt das Variantenangebot der FA K römisch eins.

Auswertung Angebotsergebnisse: Beilage 3

In der Ausschreibung, Punkt 3, Angebotsbestandteile werden unter 3.2. „Spezielle Beilagen“, Alternativangebot(e) angeführt.

Ausschnitt Leistungsverzeichnis, Seite 5: Beilage 5

Eine Anfrage, ergangen an Prüfstelle Baubüro Modul2 und Architekt, „Warum wurde die Variante nicht gewertet?“ ist teilweise gelesen, aber nicht beantwortet worden.

Mailanfrage Modul2 und Architekt: Beilage 6

Lesebestätigung vom Architekt Z, keine Lesebestätigung von Modul2 N

Lesebestätigung: Beilage 7 A

[Es liegt bis Datum 22.02. keine weitere Lesebestätigung oder sonstige Reaktion vor].

Es liegt bis Datum 22.02. eine Mailantwort vor.

Mailantwort Architekt: Beilage 7 B

Für die Firma K I ist die Wertung des Variantenanbotes wesentlich. Es besteht seitens der FA K I Interesse zum Vertragsabschluss. Gemäß einer nachgebauten Excel-Tabelle ist das Variantenangebot das technisch wirtschaftlichste und günstigste Angebot. Für die Firma K römisch eins ist die Wertung des Variantenanbotes wesentlich. Es besteht seitens

der FA K römisch eins Interesse zum Vertragsabschluss. Gemäß einer nachgebauten Exel-Tabelle ist das Variantenangebot das technisch wirtschaftlichste und günstigste Anbot.

(Siehe Nachbau Exel K I, Spalte „Reihung“)(Siehe Nachbau Exel K römisch eins, Spalte „Reihung“)

Nachbau Exel K I: Beilage 8

Obwohl der Promillezuschlag in dem Variantenangebot Seitens der FA K I nicht gewährt wird und die daraus resultierenden zwei Zusatzpunkte nach Zuschlagskriterium 3, Pönale, entfallen, (siehe Punkt 9.3., Zuschlagskriterien), macht das Variantenanbot die FA K I zum Bestbieter. Obwohl der Promillezuschlag in dem Variantenangebot Seitens der FA K römisch eins nicht gewährt wird und die daraus resultierenden zwei Zusatzpunkte nach Zuschlagskriterium 3, Pönale, entfallen, (siehe Punkt 9.3., Zuschlagskriterien), macht das Variantenanbot die FA K römisch eins zum Bestbieter.

Zuschlagskriterien: Beilage 9

4. Angaben über den behaupteten drohenden Schaden [...]

Es droht eine Vergabe an den Zweitbieter und damit der FA K I als übergangenen Bestbieter Schaden durch Verdienstentgang. Es droht eine Vergabe an den Zweitbieter und damit der FA K römisch eins als übergangenen Bestbieter Schaden durch Verdienstentgang.

5. Bestimmte Bezeichnung des Rechts:

Die Firma K I GmbH erachtet sich in Bundesvergabegesetz 2006, § 19, Grundsätze des Vergabeverfahrens und folgend im § 81, ZI, Zulässigkeit von Alternativangeboten, verletzt. Die Firma K römisch eins GmbH erachtet sich in Bundesvergabegesetz 2006, Paragraph 19,, Grundsätze des Vergabeverfahrens und folgend im Paragraph 81,, ZI, Zulässigkeit von Alternativangeboten, verletzt.

6. Gründe auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt

?

BVergG 2006, §81(1) dem Auftraggeber wurde neben einem ausschreibungsgemäßen Anbot ein Alternativangebot übergeben. Der Auftraggeber ließ in der Ausschreibung Alternativangebote zu.

In der Ausschreibung wurden durch die Vorgabe bekannter, aber teurer Fliesenfabrikate, technische Voraussetzungen ausreichend erkennbar festgelegt. Die Firma K I ersetzte das teure Material in einigen Positionen mit gleichwertigen, aber preiswerteren Fabrikaten. Obwohl daraus ein Abänderungsangebot nach Definition BVergG 2006, § 2, Z 1, interpretiert werden kann, ist das hier nicht der Fall. Wäre ein ordnungsgemäßer Eintrag in die Tabelle Beilage 3 „Auswertung der Fliesen, (Mail vom 13.02., Altenheim N) in der Spalte, „Abweichung vom Bestbieter in %“, gemacht worden, hätte auffallen müssen, dass die Preisdifferenz zwischen Anbot K I und Variante K I 11,20 % beträgt. In der Ausschreibung wurden durch die Vorgabe bekannter, aber teurer Fliesenfabrikate, technische Voraussetzungen ausreichend erkennbar festgelegt. Die Firma K römisch eins ersetzte das teure Material in einigen Positionen mit gleichwertigen, aber preiswerteren Fabrikaten. Obwohl daraus ein Abänderungsangebot nach Definition BVergG 2006, Paragraph 2,, Ziffer eins,, interpretiert werden kann, ist das hier nicht der Fall. Wäre ein ordnungsgemäßer Eintrag in die Tabelle Beilage 3 „Auswertung der Fliesen, (Mail vom 13.02., Altenheim N) in der Spalte, „Abweichung vom Bestbieter in %“, gemacht worden, hätte auffallen müssen, dass die Preisdifferenz zwischen Anbot K römisch eins und Variante K römisch eins 11,20 % beträgt.

Dazu siehe „Entscheidung des Bundesvergabeamtes vom 17.07.2012, GeschZ. N/0056-BVA/11/20012-28“

Differenzierung zwischen Abänderungsangebot und Variantenangebot:

Zitat Seite 10/15, 5. Absatz:

„In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung dar. Es ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, im Zweifel wird kein Abänderungs- sondern ein Alternativangebot anzunehmen sein. (J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, § 2 Z 1 RZ20 ff)“ „In qualitativer Hinsicht stellt eine Änderung im technischen Lösungskonzept im Vergleich zur Ausschreibung eine nicht mehr geringfügige Abweichung

dar. Es ist ein besonders strenger Maßstab anzulegen, im Zweifel wird kein Abänderungs- sondern ein Alternativangebot anzunehmen sein. (J. Schramm/M. Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz, Paragraph 2, Ziffer eins, RZ20 ff)“.

Nach den erläuternden Bemerkungen betreffen Abänderungsangebote typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl zum Beispiel bei Aufhängungen). Im vorliegenden Fall bot das Alternativenangebot der FA K I im Rahmen ihres als „Variante“ bezeichneten Angebotes anstelle der ausgeschriebenen Fliesen eine andere Fliesenfabrikate gleicher Wertigkeit vor. Nach den erläuternden Bemerkungen betreffen Abänderungsangebote typischerweise nur einzelne Positionen (zB runde statt eckige Schächte für die Kabelführung, andere Rohrformen, andere Materialwahl zum Beispiel bei Aufhängungen). Im vorliegenden Fall bot das Alternativenangebot der FA K römisch eins im Rahmen ihres als „Variante“ bezeichneten Angebotes anstelle der ausgeschriebenen Fliesen eine andere Fliesenfabrikate gleicher Wertigkeit vor.

Dies bewirkt, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der Firma K I im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von rund Euro 40.717,92 Euro, sohin etwa 11,20 %, ausmacht. Somit handelt es sich dabei allein schon preislich um eine erhebliche Abänderung. So hat das BVA bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10 % der Gesamtangebotssumme führte, ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen (BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36). Dies bewirkt, dass die Preisdifferenz zwischen dem Hauptangebot der Firma K römisch eins im Vergleich zum Abänderungsangebot einen Betrag von rund Euro 40.717,92 Euro, sohin etwa 11,20 %, ausmacht. Somit handelt es sich dabei allein schon preislich um eine erhebliche Abänderung. So hat das BVA bei einem Angebot, das zu einer Kostenreduktion von ca 10 % der Gesamtangebotssumme führte, ein Indiz für das Vorliegen einer weitreichenden und nicht mehr lediglich geringfügigen technischen Änderung gesehen (BVA 14.11.2007, N/0100-BVA/05/2007-36).

Da es sich bei dem von der FA K I als „Variante“ bezeichneten Angebot um kein Abänderungsangebot handelt, ist daher zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges Alternativangebot handelt. Da es sich bei dem von der FA K römisch eins als „Variante“ bezeichneten Angebot um kein Abänderungsangebot handelt, ist daher zu prüfen, ob es sich um ein zulässiges Alternativangebot handelt.

Falsa demonstratio non nocet, „Eine falsche Bezeichnung schadet nicht“.

In diesem Sinne wäre das Variantenangebot zu prüfen gewesen!

Die Entscheidung, ein Variantenangebot NICHT zu prüfen, weil es „gefühlsmäßig“ einem Abänderungsangebot entsprach, war falsch. Um Unstimmigkeiten auszuschließen, wäre es ein leichtes gewesen, die Variante zu prüfen und in die Tabelle aufzunehmen. Aus der Tabelle wäre die Differenz > 10 % sofort erkennbar gewesen.

(Vergleiche Beilage 8, „Nachbau Exel K I“)

Der von der FA K I gestellten Frage via Mail vom Montag, dem 16. Februar, hätte nachgegangen werden müssen. Der von der FA K römisch eins gestellten Frage via Mail vom Montag, dem 16. Februar, hätte nachgegangen werden müssen.

Die Anbotsprüfung und daraus resultierenden Entscheidung widersprechen daher dem Bundesvergabegesetz 2006 und den Grundsätzen eines fairen Vergaberechtes

7. Antrag auf Nichtigkeitserklärung in folgenden Punkten:

?

Die Firma K I beantragt die Beilage 3, „Auswertung der Anbotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären. Die Firma K römisch eins beantragt die Beilage 3, „Auswertung der Anbotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters“ aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung, (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären.

?

Die FA K I beantragt die Beilage 4 aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären. Die FA K römisch eins beantragt die Beilage 4 aus Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Mail 13.02.2015) für nichtig zu erklären.

?

Die FA K I beantragt folgend, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären (Beilage FA K I PDF). Die FA K römisch

eins beantragt folgend, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären (Beilage FA K römisch eins PDF)

?

Die FA K I beantragt, das Variantenangebot in die Wertungen zur neuen Zuschlagsentscheidung aufzunehmen. Die FA K römisch eins beantragt, das Variantenangebot in die Wertungen zur neuen Zuschlagsentscheidung aufzunehmen.

?

Die FA K I beantragt Kostenersatz der Vergebühungen, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind. Die FA K römisch eins beantragt Kostenersatz der Vergebühungen, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind.

?

Die FA K I beantragt Kostenersatz der sonstigen Kosten, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind. Die FA K römisch eins beantragt Kostenersatz der sonstigen Kosten, die ursächlich dem Verfahren zuzuordnen sind.

8. Angabe zur fristgerechten Einbringung des Antrages

Der Antrag ist fristgerecht eingebracht, da die Stillhaltefrist am 23. Februar endet.

Siehe: „Beilage 10 FA K I PDF“ vom Mail 13.02.15 Altenheim N
Siehe: „Beilage 10 FA K römisch eins PDF“ vom Mail 13.02.15 Altenheim N

Ansprechpartner für fehlende Dokumente seitens der Firma K I gemäß AVG 1991, § 13, Z 3 ist N
Ansprechpartner für fehlende Dokumente seitens der Firma K römisch eins gemäß AVG 1991, Paragraph 13, Ziffer 3, ist N K

Ich weise ausdrücklich daraufhin, dass mich kein berufsmäßiger Parteienvertreter vertritt und bitte um Aufklärung nach AVG 1991, § 13a, falls noch Beilagen fehlen sollten. Ich weise ausdrücklich daraufhin, dass mich kein berufsmäßiger Parteienvertreter vertritt und bitte um Aufklärung nach AVG 1991, Paragraph 13 a, falls noch Beilagen fehlen sollten.

Beilagen zur Legitimation und Identitätsfeststellung:

Auszug aus Firmenbuch Seite 1: Beilage L 1 A

Auszug aus Firmenbuch Seite 2: Beilage L 1 B

Identitätsfeststellung Paß Nr 42 75 120: Beilage I 1
Identitätsfeststellung Paß Nr 42 75 120: Beilage römisch eins 1

Zusammen mit den beiden eben erwähnten und wiedergegebenen Schriftsätzen, beide beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 25.02.2015, hat die Antragstellerin weitere Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und bezeichnet werden wie folgt:

?

Hauptangebot Antragstellerin (Beilage ./C)

?

Alternativangebot Antragstellerin (Beilage ./D)

?

Angebotsöffnungsprotokoll vom 27.11.2014 (Beilage ./E)

?

Auswertung Angebotsergebnisse (Beilage ./F)

?

Preisspiegel nach Angebotssummen (Beilage ./G)

?

Ausschnitt Leistungsverzeichnis 3.2. spezielle Beilagen (Beilage ./H)

?

E-Mail Antragstellerin an ZT M M vom 16.02.2015 (Beilage ./I)

?

Lesebestätigung vom 16.02.2015 (Beilage ./J)

?

E-Mail ZT M M an Antragstellerin vom 19.02.2015 (Beilage ./K)

?

Nachbau Excel-Tabelle durch Antragstellerin (Beilage ./L)

?

Zuschlagskriterien laut Ausschreibung (Beilage ./M)

?

Mitteilung der Zuschlagsentscheidung vom 13.02.2015 (Beilage ./N)

Mit Schriftsatz vom 26.02.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol per Telefax eingelangt am 27.02.2015, hat der Auftraggeber zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 23.02.2015 Stellung genommen und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„Sehr geehrter Herr Dr. Volker-Georg Wurdinger!

Dem Auftrag des Landesverwaltungsgerichtes Tirol zum Vorbringen im Schriftsatz vom 23.02.2015 Stellung zu nehmen, kommen wir gerne wie folgt nach:

Feststellung:

1)

Entsprechend dem Angebotsöffnungsprotokoll vom 27.11.2014 wurde von der Fa. K I GmbH neben dem Angebots-LV auch ein „Angebotsschreiben Variante (VA)“ abgegeben. Entsprechend dem Angebotsöffnungsprotokoll vom 27.11.2014 wurde von der Fa. K römisch eins GmbH neben dem Angebots-LV auch ein „Angebotsschreiben Variante (VA)“ abgegeben.

2)

Das VA wurde hinsichtlich Gleichwertigkeit entsprechend der beiliegenden Tabelle (Anhang) überprüft. Zu den technischen Anforderungen gehören neben Qualitätsstufen, Gebrauchstauglichkeit und Sicherheit auch Abmessungen mit z.T. funktionalem Charakter. Positionen, die den vorgegebenen Standard des LVs nicht erfüllen, wurden hier seitens des Architekten festgehalten.

Daraus geht hervor, dass das VA in mehreren Punkten nicht dem Angebots-LV entspricht. Eine nachträgliche Anpassung der Produkte bei Preisgleichheit und somit eine Verhandlung ist im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich nicht möglich.

3)

In der Ausschreibung, Seite 10, Pkt.10.A, letzter Absatz wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Alternativangebote zwar zulässig jedoch für die Auftragsvergabe nicht bindend sind.

Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen:

-

Etwaige freie Alternativangebote sind nur neben dem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig und sind für die Auftragsvergabe nicht bindend. Sie sind ausschließlich auf Firmenpapier zu verfassen und im Angebotsschreiben an der hierfür vorgesehenen Stelle als Beilage anzuführen. Bei freien Alternativangeboten ist die neue Angebotssumme auszuweisen.

Die Fa. K I GmbH hat diese Kenntnisnahme und somit Akzeptanz dieser Bestimmung firmenmäßig gezeichnet. Die Fa. K römisch eins GmbH hat diese Kenntnisnahme und somit Akzeptanz dieser Bestimmung firmenmäßig gezeichnet.

Der Bauausschuss des Gemeindeverbandes Altenheime N hat in seiner Sitzung vom 19.01.2015 beschlossen, das VA der Fa. K I nicht in die Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters aufzunehmen. Der Bauausschuss des Gemeindeverbandes Altenheime N hat in seiner Sitzung vom 19.01.2015 beschlossen, das VA der Fa. K römisch eins nicht in die Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters aufzunehmen.

Begründung: Farb- bzw. Strukturvorgaben anhand der beispielhaften Produkte und insbesondere Formatvorgaben sind technische Anforderungen mit funktionalen Charakter. Das VA der Fa. K I ist technischen, und somit qualitativ und optischen, nicht gleichwertig. Begründung: Farb- bzw. Strukturvorgaben anhand der beispielhaften Produkte und insbesondere Formatvorgaben sind technische Anforderungen mit funktionalen Charakter. Das VA der Fa. K römisch eins ist technischen, und somit qualitativ und optischen, nicht gleichwertig.

4)

Die Anfrage seitens der K I GmbH vom 16.02.2015, „Warum wurde die Variante nicht gewertet?“ wurde per email an Mailadresse, (Kontakt entsprechend der Ausschreibungsplattform ausschreibungen.at, siehe Zusatzinformationen) wie

folgt beantwortet. Die Anfrage seitens der K römisch eins GmbH vom 16.02.2015, „Warum wurde die Variante nicht gewertet?“ wurde per email an Mailadresse, (Kontakt entsprechend der Ausschreibungsplattform ausschreibungen.at, siehe Zusatzinformationen) wie folgt beantwortet.

Sg. Herr N K,

Zunächst bedanken wir uns für Ihr Angebot. Zu Ihrer Anfrage von 16.02.2015 an Herrn M M, modul 2, Vergabeentscheidung zum og. Projekt, Fliesenlegerarbeiten:

Nach der Angebotsprüfung auf Basis der Ausschreibung ist die Fa. S als Bestbieter ermittelt worden.

Bei einem Aufklärungsgespräch mit der Fa. S wurden auch Alternativprodukte inkl. deren Einsparungspotential untersucht, wobei festgestellt wurde, dass seitens Bestbieter eine Produktlieferung entsprechend Ihrem Alternativangebot zumindest Preisgleich erbracht werden kann. Auf Basis dieser Feststellung und lt. Punkt 10.A der allgemeinen Vertragsbedingungen – Ausschreibung und Angebot (....Alternativangebote sind für eine Auftragsvergabe nicht bindend.) wurde entschieden, Ihr Alternativangebot nicht weiter zu berücksichtigen.

Ich hoffe damit Ihre Anfrage hinreichend beantwortet zu haben und verbleibe mit

fG

M A

Bezug nehmend zur o.a. Fragebeantwortung wurde Hr. Architekt DI M A folgende Stellungnahme seitens Modul 2 (Bauleitung, Baukoordination) übermittelt:

„Ich habe persönlich am 19.02.15 um ca. 17.00 Uhr Kontakt bei der Fa. K I (Herrn R K) aufgenommen und ein Gespräch in den Geschäftsräumlichkeiten der Fa. K I diesbezüglich geführt. Es wurde über die Zuschlagsentscheidung und Varianten diskutiert. Letztendlich habe ich Herrn R K mitgeteilt, dass ich keine Entscheidungsbefugnis besitze und er sich entweder mit dir oder Herrn W F in Verbindung setzen muss. Herr R K meinte, dass er sich am Freitag, den 20.02.15 mit dir in Verbindung setzen möchte, um das Thema Variante nochmals zu besprechen. Betreffend dem vor erwähnten Gespräch habe ich dir und Herrn W F am Freitag, den 20.02.15 beim Aufklärungsgespräch für das Gewerk Bautischlerarbeiten berichtet. Es entzieht sich meiner Kenntnis in wie weit es nun Kontakt zwischen der Fa. K I und euch nach meinem Gespräch gegeben hat.“ „Ich habe persönlich am 19.02.15 um ca. 17.00 Uhr Kontakt bei der Fa. K römisch eins (Herrn R K) aufgenommen und ein Gespräch in den Geschäftsräumlichkeiten der Fa. K römisch eins diesbezüglich geführt. Es wurde über die Zuschlagsentscheidung und Varianten diskutiert. Letztendlich habe ich Herrn R K mitgeteilt, dass ich keine Entscheidungsbefugnis besitze und er sich entweder mit dir oder Herrn W F in Verbindung setzen muss. Herr R K meinte, dass er sich am Freitag, den 20.02.15 mit dir in Verbindung setzen möchte, um das Thema Variante nochmals zu besprechen. Betreffend dem vor erwähnten Gespräch habe ich dir und Herrn W F am Freitag, den 20.02.15 beim Aufklärungsgespräch für das Gewerk Bautischlerarbeiten berichtet. Es entzieht sich meiner Kenntnis in wie weit es nun Kontakt zwischen der Fa. K römisch eins und euch nach meinem Gespräch gegeben hat.“

Feststellung: Es steht nachweislich fest, dass der von der Fa. K I GmbH gestellten Frage via Mail vom Montag, dem 16. Februar seitens der ausschreibenden Stelle nachgegangen wurde. Feststellung: Es steht nachweislich fest, dass der von der Fa. K römisch eins GmbH gestellten Frage via Mail vom Montag, dem 16. Februar seitens der ausschreibenden Stelle nachgegangen wurde.

5)

Ergänzende Zusatzinformationen zur gegenständlichen Ausschreibung:

a. Vorinformation entsprechend Richtlinien 2004/18/EG:

Dokument 275837-2014 auf www.ted.europa.eu MI, 13.08.2014

b. Ausschreibung:

Bekanntmachung Amtsblatt der EU: DI, 28.10.2014

Bekanntmachung Boten für Tirol: MI, 29.10.2014

Beginn Downloadfrist auf www.ausschreibung.at: FR, 31.10.2014, 10.00 Uhr

Abgabetermin: FR.27.11.2014, 10.00 Uhr

c. Anbieterliste Fliesenlegerarbeiten:

Folgende Firmen mit Ihren Kontaktdaten haben die Ausschreibung Fliesenlegerarbeiten zum betreffenden Projekt heruntergeladen:

Anbieterliste

d. Schriftverkehr mit Fa. K I: siehe Anhang

05.11.2014, Anfrage Unterlagen

16.02.2015, Anfrage Auswertung Variante

19.02.2015, Antwort Auswertung Variante (cc an M M, Modul-2)

e. Gleichwertigkeit Fa. K I: siehe Anhang

6)

Ansprechpartner für fehlende Dokumente: Verwalter W F, Gemeindeverband Altenheime N

Mit freundlichen Grüßen

W F

(Verwalter)“

Zusammen mit dem Schriftsatz vom 26.02.2015 hat der Auftraggeber Urkunden gelegt, die zum Akt genommen und in der Folge bezeichnet werden wie folgt:

?

E-Mail Antragstellerin an ZT M M vom 05.11.2014 (Beilage ./1)

?

E-Mail Antragstellerin an ZT M M vom 16.02.2015 (Beilage ./2)

?

E-Mail ZT M M an Antragstellerin vom 19.02.2015 (Beilage ./3)

?

Gegenüberstellung Gewerk Fliesenlegerarbeiten (Beilage ./4)

Mit Schriftsatz vom 02.03.2015, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt per Post am 03.03.2015, hat der Auftraggeber ein Urkundenkonvolut gelegt, welches zum Akt genommen und als Beilage ./5 bezeichnet wird. Das Urkundenkonvolut besteht aus Ausschreibungs-unterlagen, Planbeilagen, Bekanntmachungen, Schriftverkehr, Nettoherstellungskosten und Angebotsprüfung.

Mit Schriftsatz vom 13.03.2015 hat daraufhin die Antragstellerin weiter vorgebracht wie folgt:

„Um eine Aufnahme meiner Erwiderung in das Protokoll ersuche ich höflich.

Erwiderung zur Stellungnahme des Gemeindeverbandes Altenheim N

Sehr geehrter Herr W F!

Zunächst bedanke ich mich für die Gelegenheit, die Punkte Eurer Stellungnahme von 23.02.2015, zu beantworten.

Zu(2):

Es ist nicht zweckmäßig, 60 x 60 cm große Fliesen dem Anbot beizulegen.

Aus diesem Grund findet in der Regel eine Bemusterung nach Angebotseröffnung statt. Das ist nicht passiert. Es wurden von der Firma K I keine Muster angefordert. Aus diesem Grund findet in der Regel eine Bemusterung nach Angebotseröffnung statt. Das ist nicht passiert. Es wurden von der Firma K römisch eins keine Muster angefordert.

Es wird behauptet, eine Prüfung hätte stattgefunden und das Variantenangebot hätte dem Leistungsverzeichnis nicht entsprochen.

Hier werden indirekt behebbare und unbehebbare Mängel erwähnt. Darauf will ich näher eingehen: (Zitate aus Fall VwGh, Geschäftszahl 2003/04/0186 vom 25.02.2004)

In „Aicher, Wettbewerbsrechtliche und wettbewerbspolitische Überlegungen zur Regierungsvorlage eines

Vergabegesetzes“ wird diesbezüglich eine Grundregel aufgestellt.

Diese lautet, „Mängel sind behebbar, wenn Diese nicht nach Angebotsöffnung eine Veränderung im Sinne einer Verbesserung der Wettbewerbsstellung des Mängel behebenden Bieters führen.

„In der Anfragebeantwortung seitens der Fa K I vom 16.02.2015, wird aus meinem Verständnis ein solcher schwerer, unbehebbarer Mangel beschrieben. „In der Anfragebeantwortung seitens der Fa K römisch eins vom 16.02.2015, wird aus meinem Verständnis ein solcher schwerer, unbehebbarer Mangel beschrieben.

Ich darf aus dem Mail zitieren:

„Bei einem Aufklärungsgespräch mit der Fa. S wurden auch Alternativprodukte inkl. deren Einsparungspotential untersucht, wobei festgestellt wurde, dass seitens Bestbieter eine Produktlieferung entsprechend Ihrem Alternativangebot zumindest Preisgleich erbracht werden kann.“

Dazu Zitat VwGH: „Maßgebend für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, dass die nachträgliche Veränderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz abträglich ist (vgl. dazu auch EuGH 25.4.1996, RsC-87/94 (Kommission/Königreich Belgien), Rz 56, (BVA 3.4.1998, N-10/98-11))“ Dazu Zitat VwGH: „Maßgebend für die Qualifikation als unbehebbarer Mangel ist, dass die nachträgliche Veränderung des ursprünglichen Angebotes den Bieter gegenüber seinen Konkurrenten begünstigt, was den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt und der Transparenz abträglich ist vergleiche dazu auch EuGH 25.4.1996, RsC-87/94 (Kommission/Königreich Belgien), Rz 56, (BVA 3.4.1998, N-10/98-11))“

Es entsteht meinerseits der Eindruck, dass nach Angebotsöffnung eine Verbesserung des Preises von 368 Tausend auf 354 Tausend Bruttowert des Angebotes mittels Aufklärungsgesprächs gegenüber der Firma S herbeigeführt wurde. Wie weit ein so entstandenes Abänderungsangebot bei vorliegenden Ausschreibungsverhältnissen zulässig ist, überlasse ich dem Gericht zur Klärung.

Zu (3)

Es sei meinerseits angemerkt, Alternativangebote wurden in der Ausschreibung unter Punkt 3.2., „Spezielle Beilagen“, klar zugelassen. Erlaubte Alternativangebote frei nach Wunsch zu behandeln, entspricht meiner Auffassung nicht den Regeln eines freien und lauten Wettbewerbes nach Bundesvergabegesetz, § 19, (1). Es sei meinerseits angemerkt, Alternativangebote wurden in der Ausschreibung unter Punkt 3.2., „Spezielle Beilagen“, klar zugelassen. Erlaubte Alternativangebote frei nach Wunsch zu behandeln, entspricht meiner Auffassung nicht den Regeln eines freien und lauten Wettbewerbes nach Bundesvergabegesetz, Paragraph 19,, (1).

Zitat; „Auf Basis dieser Feststellung [...] wurde entschieden, Ihr Alternativangebot nicht weiter zu berücksichtigen“.

Damit wurden aus meiner Perspektive heraus gleich mehrere Schritte nach Bundesvergabegesetz unterlassen:

BVergG, § 127, BVergG, Paragraph 127,,

Es wurden keine Aufklärungsgespräche zur Prüfung des Alternativangebotes mit uns geführt. Es wurden keine Fliesenmuster angefordert.

Eine Beurteilung unserer Fliesen mittels Augenschein und zugehörigen technischen Merkblättern hat in Gegenwart von mir oder meiner Vertretung nie stattgefunden.

Eine Prüfung unserer Fliesen, von möglicher Ersatzstelle besorgt, wurde mir gegenüber nie kenntlich gemacht. Das wäre wichtig gewesen, um vorliegende Muster als „Ausschreibungsgemäß nach Variante“ zu identifizieren.

BVergG, § 129, (3), Es liegt mir keine nachweisliche Verständigung einer Ausscheidung mittels Fax oder elektronisch vor. BVergG, Paragraph 129,, (3), Es liegt mir keine nachweisliche Verständigung einer Ausscheidung mittels Fax oder elektronisch vor.

Auch im Mail „Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“, vom 13.02.2015 wird auf eine Wertung des Alternativangebotes nicht näher eingegangen.

Mir entsteht der Eindruck, es wurde von vornherein aus unbekannten Gründen nicht berücksichtigt.

Das hat mich zu dem Schritt bewogen, die Beurteilung höheren Stellen zu überlassen.

Zur Begründung:

Vom Weinkellerziegel bis zum Glasmosaik wird in der Begründung alles angesprochen.

Nur das Wesentliche, eine Prüfung der Variante nach „R“-Werten, „V“-Werten nach BGR 181, nicht, (Siehe OIB-Richtlinie 4, Schutz vor Rutsch- und Stolperunfällen, siehe Tiroler Bauordnung, §17 und siehe ArbeitnehmerInnenschutzgesetz §21 ,(1)).

Die Fliesen der Firma K I entsprechen allen verlangten qualitativen, sowie auch technischen Anforderungen und sind funktional. Die Fliesen der Firma K römisch eins entsprechen allen verlangten qualitativen, sowie auch technischen Anforderungen und sind funktional.

Dahingehend können Prüfzeugnisse und Musterfliesen beige gestellt werden. In öffentlichen Bereichen sind die Formatvorgaben, zum Beispiel 60 x 60 cm und 120 x 20 cm, erfüllt. In untergeordneten Arbeitsbereichen gibt es am Boden statt 15 x 15 cm-Fliesen 20 x 20 cm-Fliesen. Diese sind gleich rot und körnig. Sie weisen die gleichen technischen Anforderungen, wie in der Ausschreibung gefordert, auf und sind funktional.

Ob in einer Betriebsküche oder Wäscherei eine Formatabweichung um 5 Längencentimeter einen wesentlichen unbeheblichen Mangel darstellt, ersuche ich das Gericht zu klären.

Zu (4)

Es wurde der Brief nur teilweise behandelt. Meine Frage, wer Ansprechpartner für die Prüfung sei, wurde nicht beantwortet.

Das ist für mich wichtig, um die Muster und Prüfzeugnisse bei Bedarf den zuständigen Stellen präsentieren zu können.

Auch beim Gespräch mit Herrn Ing. M M vom 19.02., 17:00 wurden keine Muster besichtigt oder Prüfzeugnisse angefordert.

Höflich ersuche ich daher um Prüfung meiner Variante, und um Gelegenheit, meine Muster vorlegen zu dürfen, oder der Bauherrschaft evtl. vorliegende Fliesen als die von uns angebotenen Muster zu identifizieren.“

Beweis wurde aufgenommen durch Einsicht in den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Tirol, GZ 2015/S1/0447, sowie in die von den Parteien jeweils gelegten Schriftsätze samt Beilagen .A bis .N und .1 bis .5.

Beweis wurde weiters aufgenommen in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 16.04.2015. In dieser Verhandlung wurde der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr N K, als Partei einvernommen und führte dieser aus wie folgt:

„Ich habe im gegenständlichen Verfahren für die Antragstellerin ein Hauptangebot gelegt sowie ein weiteres Angebot, welches ich als Variante bezeichnet habe. Bei uns in der Firma ist es üblich, alles als Variante zu bezeichnen, was nicht Hauptangebot ist.

Das von mir als Variante bezeichnete Angebot, welches neben dem Hauptangebot gelegt wurde, hat sich vom Hauptangebot in mehreren Punkten unterschieden. Unterschieden hat sich das Variantenangebot ua in Punkt 11.27 des Leistungsverzeichnisses. Ausgeschrieben war eine Fliese Feinsteinzeug, Klasse B1A mit Sandsteinoptik. Angeboten habe ich im „Variantenangebot“ eine gleiche Fliese ähnlicher Art auch mit Sandsteinoptik. In Punkt 12.11.D des Leistungsverzeichnisses war gefordert eine 15 x 15 cm große Fliese. Als Ersatz habe ich angeboten eine 20 x 20 cm große Fliese. Diese Fliese hat die rutschfeste Eigenschaft nach BGR181 mit der Bezeichnung R 12 und V8.

In der Position 12.11.E des Leistungsverzeichnisses war gefordert eine 60 x 60 cm große Fliese Feinsteinzeug mit der Oberflächenbeschaffenheit nach BGR181. Ich habe angeboten eine Fliese der vergleichbaren Bauart mit der gleichen Oberfläche und mit dem vergleichbaren Oberflächendekor Sandstein.

In Punkt 12.11.F des Leistungsverzeichnisses war gefordert eine Holzdekorfliese mit den Maßen 20 x 120 cm mit mitteldunkler Oberfläche. Ich habe angeboten eine Fliese ähnlicher Bauart mit gleichen Maßen und gleichen Eigenschaften wie Feinsteinzeug B1A.

In Position 12.61.C des Leistungsverzeichnisses war gefordert ein Hohlkehlensockel passend zum 12.11.D. Das bedeutet ein Hohlkehlensockel zum rutschfesten Boden R12 V8. Ich habe angeboten einen Hohlkehlensockel 20 x 10 cm. In Position 12.61.D des Leistungsverzeichnisses war gefordert ein Wandsockel, geschnitten aus der Fliese

Sandsteinoptik. Angeboten habe ich die Varianten Bodenfliese aus Position 12.11.E des Leistungsverzeichnisses. In Position 12.61.E des Leistungsverzeichnisses war gefordert ebenfalls Wandsockel passend zur Bodenfliese Sandsteinoptik. Ich habe angeboten ein vergleichbares Produkt, passend zur Bodenfliese in der Position 12.11.E des Leistungsverzeichnisses. In Position 12.61.F des Leistungsverzeichnisses war gefordert ein Wandsockel, passend zur Holzdekorfliese. Angeboten habe ich ein vergleichbares Produkt, passend zur Bodenfliese in Position 12.11.F.

In Position 13.11.A des Leistungsverzeichnisses war gefordert Stufenfliesen mit Rillenplatten im Sandsteindekor. Ich habe angeboten ein vergleichbares Sandsteindekor mit Rillen, passend zu Position 12.11.E.

In Position 13.61.A war gefordert ein Stufensockel, geschnitten aus der Fliese mit Sandsteindekor. Angeboten habe ich ein gleichwertiges Produkt, passend zu Position 12.11.E.

Vor Angebotserstellung habe ich die Ausschreibungsunterlagen vom öffentlichen Auftraggeber bekommen. Die Ausschreibungsunterlagen habe ich mir auch durchgelesen. Ich habe auch auf Seite 10 die Ausführungen zu etwaigen freien Alternativangeboten gelesen, wo festgehalten ist:

„Etwaige freie Alternativangebote sind nur neben dem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig und sind für die Auftragsvergabe nicht bindend. ...“

Wie ich diese Formulierung gelesen habe, habe ich an den § 81 des Bundesvergabegesetzes gedacht. Nach dem Vergabegesetz kann man eine Vergabe machen, also eine Ausschreibung, ohne Miteinbeziehung einer Alternativangebotes. Meiner Meinung nach kann man Alternativangebote schon in der Ausschreibung ausschließen. Man kann ein Alternativangebot oder Abänderungsangebot in der Ausschreibung zulassen. So interpretiere ich das Gesetz. Das muss man in den Verdingungsunterlagen allerdings benennen. Das ist das, was der § 81 über Varianten besagt. In der Ausschreibungsunterlage im gegenständlichen Verfahren auf Seite 5 unter der Unterschrift „spezielle Beilagen“ sind Alternativangebote deutlich benannt und damit auch für diese Ausschreibung zugelassen und deshalb habe ich das von mir als Variante bezeichnete Angebot gelegt, weil es einen Verbesserungsvorschlag darstellt. Wie ich diese Formulierung gelesen habe, habe ich an den Paragraph 81, des Bundesvergabegesetzes gedacht. Nach dem Vergabegesetz kann man eine Vergabe machen, also eine Ausschreibung, ohne Miteinbeziehung einer Alternativangebotes. Meiner Meinung nach kann man Alternativangebote schon in der Ausschreibung ausschließen. Man kann ein Alternativangebot oder Abänderungsangebot in der Ausschreibung zulassen. So interpretiere ich das Gesetz. Das muss man in den Verdingungsunterlagen allerdings benennen. Das ist das, was der Paragraph 81, über Varianten besagt. In der Ausschreibungsunterlage im gegenständlichen Verfahren auf Seite 5 unter der Unterschrift „spezielle Beilagen“ sind Alternativangebote deutlich benannt und damit auch für diese Ausschreibung zugelassen und deshalb habe ich das von mir als Variante bezeichnete Angebot gelegt, weil es einen Verbesserungsvorschlag darstellt.

Wenn ich befragt werde, was auf Seite 10 der Ausschreibung der Passus bedeutet, dass freie Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend sind, so führe ich aus, dass es für die Vergabe zutreffend sein kann, aber nicht muss. Ich bin der Meinung, dass diese Formulierung auf Seite 10 bedeutet, dass Alternativangebote zu berücksichtigen sind. Ich bin der Meinung, dass trotz dieser Formulierung im Ausschreibungstext Alternativangebote dann vom öffentlichen Auftraggeber zu berücksichtigen sind und bindend sind, wenn sie in den Verdingungsunterlagen genannt sind und zwar so, wie es der § 81 des Bundesvergabegesetzes 2006 ausführt. Wenn ich befragt werde, was auf Seite 10 der Ausschreibung der Passus bedeutet, dass freie Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend sind, so führe ich aus, dass es für die Vergabe zutreffend sein kann, aber nicht muss. Ich bin der Meinung, dass diese Formulierung auf Seite 10 bedeutet, dass Alternativangebote zu berücksichtigen sind. Ich bin der Meinung, dass trotz dieser Formulierung im Ausschreibungstext Alternativangebote dann vom öffentlichen Auftraggeber zu berücksichtigen sind und bindend sind, wenn sie in den Verdingungsunterlagen genannt sind und zwar so, wie es der Paragraph 81, des Bundesvergabegesetzes 2006 ausführt.

Beim öffentlichen Auftraggeber habe ich bezüglich dieser Formulierung „Freie Alternativangebote sind für die Auftragsvergabe nicht bindend“ nicht nachgefragt. Meiner Meinung nach besteht keine Pflicht, ein Alternativangebot neben einem Hauptangebot zu legen. Auch das kann man in diesen Passus hineininterpretieren.

Ich fühle mich im gegenständlichen Verfahren dadurch beschwert, dass das von mir gelegte Alternativangebot, welches als Variantenangebot bezeichnet wird von mir, nicht bewertet wurde.

In Beilage ./F, Auswertung der Angebotsergebnisse und Ermittlung des Bestbieters, berücksichtigt meine Variante nicht.

Für mein Hauptangebot hätte ich den Zuschlag nicht erhalten, aber ich bin der Meinung, für meine Variante hätte ich den Zuschlag erhalten müssen.

Der rechtlich relevante Unterschied im Sinne des Bundesvergabegesetzes zwischen Variante, Alternativangebot und Abänderungsangebot war mir bis dato nicht bewusst. Erst im Zuge dieses Verfahrens ist mir der Unterschied bewusst geworden.

Aus meinem seinerzeitigen Selbstverständnis heraus habe ich, weil es immer so war, das Angebot, welches ich neben dem Hauptangebot gelegt habe, als Variante bezeichnet. Ich habe dieses von mir als Variantenangebot bezeichnete Angebot im Sinne eines Verbesserungsvorschlages verstanden.“

Weiters wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung am 16.04.2015 vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol der Verwalter des Auftraggebers, Herr W F, als Partei einvernommen und führte dieser aus wie folgt:

„Ich bin Verwalter beim Gemeindeverband Altenheime N. Ich bin Vertreter der ausschreibenden Stelle des Gemeindeverbandes und Projektverantwortlicher für das gesamte Baumanagement. Der Architekt DI M A hatte den Generalplanerauftrag. Der Architekt hat auch den Ausschreibungstext erstellt.

Es ist richtig, dass die Firma S aus U nach der Angebotsprüfung als Bestbieterin hervorgegangen ist. Die eingelangten Angebote wurden in der Bauausschusssitzung vorgelegt und auch das Prüfergebnis der Hauptangebote wurde präsentiert. In diesem Zusammenhang wurde auch erörtert im Bauausschuss, ob auch Alternativangebote eingegangen. Der Architekt hat dann auch Bezug genommen auf das Alternativangebot oder die Variante der Firma K I und hat eindeutig aus fachlicher Sicht beurteilt, dass die Farb- bzw Strukturvergaben anhand der beispielhaften Produkte und insbesondere Formatvorgaben technische Anforderungen darstellen und einen erheblichen funktionalen Charakter aufweisen. Der Architekt M A hat darüber hinaus angegeben, dass das Alternativangebot der Firma K I technisch und somit qualitativ und optisch nicht gleichwertig sei. In diesem Bauausschuss wurde ein Alternativangebot der Firma S (in Aussicht genommene Bestbieterin) nicht behandelt. Der Bauausschuss hat darauf entschieden, dass Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend sind. Bei diesem Beschluss hat man sich auf den Ausschreibungstext berufen. Man hat sich damals auf den Passus auf Seite 10 des Ausschreibungstextes berufen, wo ausgeführt ist, dass freie Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend seien. Es ist richtig, dass die Firma S aus U nach der Angebotsprüfung als Bestbieterin hervorgegangen ist. Die eingelangten Angebote wurden in der Bauausschusssitzung vorgelegt und auch das Prüfergebnis der Hauptangebote wurde präsentiert. In diesem Zusammenhang wurde auch erörtert im Bauausschuss, ob auch Alternativangebote eingegangen. Der Architekt hat dann auch Bezug genommen auf das Alternativangebot oder die Variante der Firma K römisch eins und hat eindeutig aus fachlicher Sicht beurteilt, dass die Farb- bzw Strukturvergaben anhand der beispielhaften Produkte und insbesondere Formatvorgaben technische Anforderungen darstellen und einen erheblichen funktionalen Charakter aufweisen. Der Architekt M A hat darüber hinaus angegeben, dass das Alternativangebot der Firma K römisch eins technisch und somit qualitativ und optisch nicht gleichwertig sei. In diesem Bauausschuss wurde ein Alternativangebot der Firma S (in Aussicht genommene Bestbieterin) nicht behandelt. Der Bauausschuss hat darauf entschieden, dass Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend sind. Bei diesem Beschluss hat man sich auf den Ausschreibungstext berufen. Man hat sich damals auf den Passus auf Seite 10 des Ausschreibungstextes berufen, wo ausgeführt ist, dass freie Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend seien.

Wenn im Ausschreibungstext von „freien Alternativangeboten“ die Rede ist, so verstehe ich darunter Angebote, die vom Ausschreibungstext abweichen. Für mich hat das Wörtchen „freien“ vor dem Wort „Alternativangebot“ keine besondere Bedeutung. Vielleicht kann der Architekt dies noch näher ausführen. Ich habe diesen besagten Passus auf Seite 10 so verstanden, dass dann, wenn Alternativangebote abgegeben werden und diese auch den Vorgaben in der Ausschreibung entsprechen, dass diese dann angenommen werden können, aber nicht angenommen werden müssen. Ein Alternativangebot hat nur die Firma K I gelegt. Wenn im Ausschreibungstext von „freien Alternativangeboten“ die Rede ist, so verstehe ich darunter Angebote, die vom Ausschreibungstext abweichen. Für mich hat das Wörtchen „freien“ vor dem Wort „Alternativangebot“ keine besondere Bedeutung. Vielleicht kann der Architekt dies noch näher ausführen. Ich habe diesen besagten Passus auf Seite 10 so verstanden, dass dann, wenn Alternativangebote

abgegeben werden und diese auch den Vorgaben in der Ausschreibung entsprechen, dass diese dann angenommen werden können, aber nicht angenommen werden müssen. Ein Alternativangebot hat nur die Firma K römisch eins gelegt.

Nachdem der Einspruch der Firma K I bereits bekannt war, wurden Gespräche mit der Firma S geführt. In der Bauausschusssitzung am 19.01.2015 sind viele andere Gewerke auch abgewickelt worden neben den Fliesenlegerarbeiten und damals wurde vereinbart, dass vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mit jedem Auftragnehmer ein Aufklärungsgespräch geführt wird, so auch mit der Firma S, welche mit ihrem Hauptangebot als Bestbieter ermittelt wurde. In diesem Aufklärungsgespräch mit der Firma S wurde auch erörtert, dass die Firma K I, also die Antragstellerin, ein Alternativangebot gelegt hat und es wurde auch erörtert, ob die Firma S auch ein gleichwertiges Alternativangebot legen könnte. Die Firma S hat aber nachträglich kein Alternativangebot mehr gelegt. Nachdem der Einspruch der Firma K römisch eins bereits bekannt war, wurden Gespräche mit der Firma S geführt. In der Bauausschusssitzung am 19.01.2015 sind viele andere Gewerke auch abgewickelt worden neben den Fliesenlegerarbeiten und damals wurde vereinbart, dass vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mit jedem Auftragnehmer ein Aufklärungsgespräch geführt wird, so auch mit der Firma S, welche mit ihrem Hauptangebot als Bestbieter ermittelt wurde. In diesem Aufklärungsgespräch mit der Firma S wurde auch erörtert, dass die Firma K römisch eins, also die Antragstellerin, ein Alternativangebot gelegt hat und es wurde auch erörtert, ob die Firma S auch ein gleichwertiges Alternativangebot legen könnte. Die Firma S hat aber nachträglich kein Alternativangebot mehr gelegt.

Auch unter Vorhalt des Inhalts des E-Mails in Beilage ./K bleibe ich dabei, dass die Firma S ein Alternativangebot nicht gelegt hat. Ein solches wurde nur erörtert.

Im Aufklärungsgespräch mit der Firma S, welches ich zusammen mit dem Architekten Ing. M A geführt habe, wurde auch auf das Alternativangebot der Firma K I hingewiesen. Es wurde der Firma S erklärt, welches Produkt die Firma K I angeboten hat in ihrem Alternativangebot. Es wurde kurz abgeklärt, ob die Firma S dies auch preisgleich anbieten könne. S hat daraufhin gesagt, er könnte auch das Alternativangebot der Firma K I seinerseits anbieten zum selben Preis, was er aber nicht getan hat. Aus grundsätzlichen Überlegungen sind wir dann aber beim Hauptangebot der Firma S geblieben, weil wir der Meinung waren, dass es vergaberechtlich korrekt ist, so vorzugehen. Beim konkreten Aufklärungsgespräch mit der Firma S hat es an sich keine Unklarheiten gegeben. Wir haben mit jedem in Aussicht genommenen Auftragnehmer für die einzelnen Gewerke Gespräche geführt, damit bei der Zuschlagsentscheidung und späteren Auftragsvergabe keine Missverständnisse entstehen. Im Aufklärungsgespräch mit der Firma S, welches ich zusammen mit dem Architekten Ing. M A geführt habe, wurde auch auf das Alternativangebot der Firma K römisch eins hingewiesen. Es wurde der Firma S erklärt, welches Produkt die Firma K römisch eins angeboten hat in ihrem Alternativangebot. Es wurde kurz abgeklärt, ob die Firma S dies auch preisgleich anbieten könne. S hat daraufhin gesagt, er könnte auch das Alternativangebot der Firma K römisch eins seinerseits anbieten zum selben Preis, was er aber nicht getan hat. Aus grundsätzlichen Überlegungen sind wir dann aber beim Hauptangebot der Firma S geblieben, weil wir der Meinung waren, dass es vergaberechtlich korrekt ist, so vorzugehen. Beim konkreten Aufklärungsgespräch mit der Firma S hat es an sich keine Unklarheiten gegeben. Wir haben mit jedem in Aussicht genommenen Auftragnehmer für die einzelnen Gewerke Gespräche geführt, damit bei der Zuschlagsentscheidung und späteren Auftragsvergabe keine Missverständnisse entstehen.

Über Fragen des Antragstellervertreeters gibt der Zeuge W F an, dass er die alternativ angebotenen Fliesen der Firma K I selbst nicht gesehen hat. Vom Bauausschuss hat niemand die alternativ angebotenen Fliesen der Firma K I gesehen.“Über Fragen des Antragstellervertreeters gibt der Zeuge W F an, dass er die alternativ angebotenen Fliesen der Firma K römisch eins selbst nicht gesehen hat. Vom Bauausschuss hat niemand die alternativ angebotenen Fliesen der Firma K römisch eins gesehen.“

Zuletzt wurde in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 16.04.2015 Herr DI M A als Zeuge einvernommen und führte dieser aus wie folgt:

„Ich bin der Planer für die Architekturleistung beim Neubau des Wohn- und Pflegeheims in N bzw in F. Von mir stammt auch das Leistungsverzeichnis. Der Ausschreibungstext mit den allgemeinen Vertragsbedingungen stammt auch von mir.

Wenn mir daraufhin Seite 10 des Leistungsverzeichnisses mit den allgemeinen Vertragsbedingungen vorgelegt wird und ich zum Passus der Alternativangebote befragt werde, so gebe ich an wie folgt:

Befragt zu dieser Möglichkeit der Einbringung von Alternativangeboten gebe ich an, dass ich prinzipiell der Meinung bin, dass es vernünftig ist, Alternativangebote zu legen, weil dadurch die Möglichkeit eröffnet wird, womöglich vernünftiger oder technisch bessere oder preislich günstigere Angebote zu bekommen. Natürlich unter der Prämisse, dass es für meinen Auftrag, also für die Planung und Architektur nicht störend ist. Es dürfen dadurch keine erheblichen Aufwände wie zB Umplanungen notwendig werden. Ich bin der Meinung, dass die Wendung „freie Alternativangebote sind für die Auftragsvergabe nicht bindend“ bedeuten soll, dass ich die Alternativangebote im Preisspiegel nicht berücksichtigen muss. Ich habe immer wieder die Situation, dass von Bietern Vorschläge abweichend von der Ausschreibung kommen, die aber voll in meinem Sinne sind, auch architektonisch und preisgünstiger umgesetzt werden können. Ich wollte im gegenständlichen Fall also die Möglichkeit schaffen, auch solche Alternativen anzubieten. Es kommt vor, dass Alternativangebote preislich die Günstigsten sind und ich gerate dann unter Druck, dieses Alternativangebot umzusetzen, und dadurch meine architektonischen Anforderungen gestalterisch angleichen zu müssen. Ich bin der Meinung, dass dieser Passus bedeutet, dass die Alternative in den Preisspiegel nicht aufgenommen werden muss, insbesondere dann nicht, wenn sie mit der Ausschreibung nicht gleichwertig ist.

Wenn ich befragt werde ob mir der gesetzestechnische Unterschied nach dem Bundesvergabegesetz zwischen Variante, Abänderungsangebot und Alternativangebot bekannt ist, so gebe ich an, dass mir der Begriff Variante nichts sagt. Ich weiß aber, was ein Abänderungs- und ein Alternativangebot ist. Eine Abänderung bewegt sich meiner Meinung nach im kleinen Rahmen, eine Alternative hingegen ist ein komplett neues Konzept. Meiner Meinung nach dürfte es für Bauausschreibungen im Oberschwellenbereich nur Abänderungsangebote geben, Alternativangebote wären in einem solchen Fall meiner Meinung nach nicht zulässig.

Den Text im Leistungsverzeichnis auf Seite 10 habe ich von einer Vorlage übernommen. Im Passus „Alternativangebote“ glaube ich nicht, dass ich etwas abgeändert habe. Ich habe mir dieses Muster für die allgemeinen Vertragsbedingungen von Herrn DI W G zuschicken lassen.

Über Frage des Antragstellervertreeters:

Ich weiß nicht, wo man sich diese allgemeinen Vertragsbedingungen aus dem Internet herunterladen kann. In meinem Büro gibt es Musterkataloge und da haben wir uns die von der Firma K I alternativ angebotenen Fliesen angesehen. Mit Herrn K I wurde diesbezüglich keine Rücksprache gehalten. Ich weiß nicht, wo man sich diese allgemeinen Vertragsbedingungen aus dem Internet herunterladen kann. In meinem Büro gibt es Musterkataloge und da haben wir uns die von der Firma K römisch eins alternativ angebotenen Fliesen angesehen. Mit Herrn K römisch eins wurde diesbezüglich keine Rücksprache gehalten.

Die Firma S, welche den Zuschlag erhalten hat, hat kein Alternativangebot gelegt.“

I.römisch eins.

Sachverhaltsfeststellung:

Aufgrund der aufgenommenen Beweismittel steht folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

Der Auftraggeber ist ein Gemeindeverband in Tirol im Sinne des § 1 Abs 1 TVergNG 2006Der Auftraggeber ist ein Gemeindeverband in Tirol im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, TVergNG 2006.

Der Auftraggeber betreibt im Bezirk N Altenheime und beabsichtigt, einen Neubau für ein Wohn- und Pflegeheim zu errichten.

Zu diesem Zweck hat der Auftraggeber im offenen Verfahren europaweit die einzelnen Gewerke zur Vergabe ausgeschrieben.

Die Vergabe wurde im Amtsblatt der Europäischen Union bekannt gemacht sowie im Boten für Tirol und zwar mit Datum 24.10.2014. Unter anderem wurden zur Vergabe ausgeschrieben die Fliesenlegerarbeiten.

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren bezieht sich auf die Überprüfung der Vergabe des Gewerkes der Fliesenlegerarbeiten. Die Zuschlagserteilung soll an das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgen (Seite 9 der Ausschreibungsunterlagen in Beilage ./5).

Das Auftragsvolumen für den gesamten Neubau beläuft sich auf mehr als 10 Millionen Euro netto (Beilage ./5). Gegenstand dieses Verfahrens ist das Gewerk Fliesenlegerarbeiten als Teil des gesamten Bauauftrages.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Hauptangebot sowie ein weiteres Angebot gelegt, welches von ihr als Variante bezeichnet wurde.

Der Vertreter der Antragstellerin hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol am 16.04.2015 ausdrücklich erklärt, dass er sich dadurch beschwert fühle, dass das von der Antragstellerin gelegte Alternativangebot, welches als Variantenangebot bezeichnet wurde, nicht bewertet wurde.

Gegenstand des Verfahrens ist somit nicht das von der Antragstellerin gelegte Hauptangebot, sondern das von ihr als Variantenangebot bezeichnete Alternativangebot.

Unter Punkt 10. A der Ausschreibungsunterlagen ist auf Seite 10 (Beilage ./5) ausgeführt wie folgt:

„-

Alternativangebote können, sofern sie im Angebotsschreiben zugelassen werden (als gesonderte Beilage) gelegt werden, wobei alle Planungen und Berechnungen zu kalkulieren und diese Kalkulationen beizuschließen sind. Kostenauswirkungen auf die angebotene Gesamtsumme sind mitanzuführen. Alternativ angebotene Leistungen müssen die Mindestqualitätskriterien des Angebotes zum Vergleich mit den im Ausschreibungsleistungsverzeichnis vorgesehenen Leistungen erfüllen.

-

Etwaige freie Alternativangebote sind nur neben dem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig und sind für die Auftragsvergabe nicht bindend. Sie sind ausschließlich auf Firmenpapier zu verfassen und im Angebotsschreiben an der hierfür vorgesehenen Stelle als Beilage anzuführen. Bei freien Alternativangeboten ist die neue Angebotssumme auszuweisen.“

Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit a sub lit aa BVergG 2006 von der Antragstellerin nicht angefochten worden war. Ausdrücklich festgehalten wird, dass die Ausschreibung als gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub lit aa BVergG 2006 von der Antragstellerin nicht angefochten worden war.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Angebot gelegt und zwar, wie bereits oben ausgeführt, ein Hauptangebot, sowie ein von ihr als Variante bezeichnetes weiteres Angebot.

Nach Prüfung der Angebote wurde die Antragstellerin per E-Mail vom 13.02.2015 über die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Firma S OG benachrichtigt.

Am 23.02.2015 hat daraufhin die Antragstellerin in Person ihres Geschäftsführers persönlich den nunmehr vorliegenden Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Landesverwaltungsgericht Tirol überreicht.

Die Antragstellerin hat darüber hinaus eine Pauschalgebühr in Höhe von Euro 3.891,-- bezahlt und ist dieser Betrag bei der Buchhaltung des Amtes der Tiroler Landesregierung am 25.02.2015 eingelangt.

Weiters hat die Antragstellerin an das Finanzamt für Gebühren und Verkehrsteuern im Sinne des Gebührengesetzes 1957 eine Gebühr in der Höhe von Euro 30,-- an die Republik Österreich entrichtet.

Weiters ist im Verfahren und insbesondere als Ergebnis der öffentlichen mündlichen Verhandlung hervorgekommen, dass der öffentliche Auftraggeber unter Berufung auf die Ausschreibungsunterlagen und hier insbesondere auf den Passus, wonach Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend sind, das von der Antragstellerin als Variantenangebot bezeichnete Alternativangebot nicht bewertet hat und somit der Auftragsvergabe nicht zugrunde gelegt hat. Sowohl der Verwalter beim Gemeindeverband Altenheime N, Herr W F, als auch Herr DI M A als Verfasser des Ausschreibungstextes haben in der öffentlichen mündlichen Verhandlung angegeben, dass ihrer Meinung nach laut den Bestimmungen in der Ausschreibung Alternativangebote zwar abgegeben werden können, aber nicht angenommen werden müssen.

II.römisch zwei.

Beweiswürdigung:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich zweifels-, wenn auch nicht widerspruchsfrei aus dem abgeführten Beweisverfahren. Außer Streit steht, dass die Ausschreibung und insbesondere auch nicht jene Passagen über Alternativangebote bzw über die Nicht-Bindend-Erklärung von Alternativangeboten in der Ausschreibung von der Antragstellerin nicht vor Angebotsöffnung angefochten worden waren.

Da gegenständlich von der Antragstellerin nur die Nichtberücksichtigung ihres „Variantenangebotes“ bekämpft wurde und in weiterer Folge die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Firma S OG bekämpft wurde, reduziert sich die Klärung der gegenständlichen Angelegenheit auf die Lösung der dahinter stehenden Rechtsfrage, ob die Antragstellerin trotz Nichtbekämpfung der Ausschreibungsunterlage im Nachhinein zulässigerweise zusammen mit der nachfolgenden Zuschlagsentscheidung auch die Ausschreibung bekämpfen durfte. Hiezu bedurfte es nicht der Aufnahme weiterer Beweismittel.

III.römisch drei.

Rechtliche Beurteilung:

Der festgestellte Sachverhalt ist rechtlich zu würdigen wie folgt:

Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich beim Auftraggeber um einen Gemeindeverband im Sinne des § 1 Abs 1 TVergNG 2006. Wie bereits oben ausgeführt, handelt es sich beim Auftraggeber um einen Gemeindeverband im Sinne des Paragraph eins, Absatz eins, TVergNG 2006.

Beim Auftraggeber handelt es sich um einen klassischen öffentlichen Auftraggeber. Die Ausschreibung des Neubaus für das Wohn- und Pflegeheim F erfolgte europaweit im offenen Verfahren im Oberschwellerbereich in mehreren Gewerken. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden.

Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Hauptangebot sowie ein weiteres von ihr als Variantenangebot bezeichnetes Angebot gelegt. Die Zuschlagsentscheidung erfolgte zugunsten einer von der Antragstellerin verschiedenen Bieterin. Die Antragstellerin hat rechtzeitig innerhalb der in § 6 Abs 1 TVergNG 2006 vorgesehenen Frist von zehn Werktagen einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Landesverwaltungsgericht Tirol persönlich überreicht. Die Antragstellerin hat rechtzeitig ein Hauptangebot sowie ein weiteres von ihr als Variantenangebot bezeichnetes Angebot gelegt. Die Zuschlagsentscheidung erfolgte zugunsten einer von der Antragstellerin verschiedenen Bieterin. Die Antragstellerin hat rechtzeitig innerhalb der in Paragraph 6, Absatz eins, TVergNG 2006 vorgesehenen Frist von zehn Werktagen einen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Landesverwaltungsgericht Tirol persönlich überreicht.

Innerhalb der im Gesetz vorgesehenen Frist hat daraufhin das Landesverwaltungsgericht Tirol mit einstweiliger Verfügung vom 05.03.2015 dem Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Die Antragstellerin hat die im Gesetz vorgesehene Pauschalgebühr sowie die Gebühr nach dem Gebührengesetz 1957 an die Republik Österreich entrichtet.

Wie bereits oben angeführt, hat die Antragstellerin die Ausschreibungsunterlagen nicht angefochten. Den Ausschreibungsunterlagen ist klar und unwidersprüchlich zu entnehmen, dass Alternativangebote für die Auftragsvergabe als nicht bindend erklärt wurden.

Nach § 2 Z 16 lit a sub lit aa BVergG 2006 stellt die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers dar. Nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub lit aa BVergG 2006 stellt die Ausschreibung im offenen Verfahren eine gesondert anfechtbare, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung des Auftraggebers dar.

Nach § 6 Abs 4 TVergNG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens sieben Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist einzubringen. Nach Paragraph 6, Absatz 4, TVergNG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages bis spätestens sieben Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist einzubringen.

Innerhalb dieser Frist hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag betreffend die Ausschreibungsunterlagen nicht eingebracht.

Prinzipiell können in einem Nachprüfungsverfahren nicht sämtliche Entscheidungen des Auftraggebers bekämpft

werden, sondern nur jene, die in § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 abschließend als gesondert anfechtbar bezeichnet werden. Welche Entscheidungen im Einzelnen angefochten werden können, hängt von der Art des vom Auftraggeber gewählten Vergabeverfahrens ab. Prinzipiell können in einem Nachprüfungsverfahren nicht sämtliche Entscheidungen des Auftraggebers bekämpft werden, sondern nur jene, die in Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 abschließend als gesondert anfechtbar bezeichnet werden. Welche Entscheidungen im Einzelnen angefochten werden können, hängt von der Art des vom Auftraggeber gewählten Vergabeverfahrens ab.

Nicht gesondert anfechtbare Entscheidungen können nur im Zuge des gegen die nächstfolgende, gesondert anfechtbare Entscheidung gerichteten Nachprüfungsantrages angefochten werden. Die Festlegung der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen ist auch deshalb von besonderer Bedeutung, weil ihr vom Gesetzgeber Präklusionsregelungen beigeordnet wurden. Werden gesondert anfechtbare Entscheidungen nicht innerhalb bestimmter Fristen bekämpft, werden sie sozusagen „bestandsfest“. 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. Durch diese Bestandsfestigkeit (Präklusion) sind auch in den bezüglich Vergabeentscheidungen enthaltene Vergaberechtswidrigkeiten saniert.

Besonders bedeutsam ist daher bereits die einem Vergabeverfahren zugrunde liegende Ausschreibung, die die erste gesondert anfechtbare Entscheidung im Verfahren darstellt, da allfällige vergaberechtswidrige oder bestandsfest gewordene Festlegungen im weiteren Verfahren nicht mehr aufgegriffen werden können.

Selbst eine rechtswidrige Entscheidung (Ausschreibungsunterlagen) des Auftraggebers kann aufgrund eingetretener Präklusion im weiteren Verfahren nicht mehr aufgegriffen werden.

Unabhängig davon, ob der Ausschluss einer Alternative rechtmäßig ist oder nicht, kann eine entsprechende Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen, wenn sie nicht vor Angebotsöffnung angefochten wurde, zusammen mit der Zuschlagsentscheidung nicht mehr bekämpft werden.

Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass nach § 81 Abs 1 BVergG 2006 bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollten, Alternativangebote vom Auftraggeber zugelassen werden können. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, so sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anders festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig. Unabhängig davon ist darauf hinzuweisen, dass nach Paragraph 81, Absatz eins, BVergG 2006 bei Aufträgen, die nach dem Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes vergeben werden sollten, Alternativangebote vom Auftraggeber zugelassen werden können. Der Auftraggeber hat in der Ausschreibung ausdrücklich anzugeben, ob und welche Art von Alternativangeboten zugelassen sind. Falls der Auftraggeber keine Angabe über die Zulässigkeit von Alternativangeboten gemacht hat, so sind Alternativangebote nicht zugelassen. Ist die Abgabe von Alternativangeboten zulässig, so sind Alternativangebote überdies, soweit in der Ausschreibung nicht ausdrücklich anders festgelegt wurde, nur neben einem ausschreibungsgemäßen Angebot zulässig.

Gegenständlich hat der öffentliche Auftraggeber unbestrittenerweise in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt, dass Alternativangebote für die Auftragsvergabe nicht bindend sind. Mit dieser etwas ungewöhnlichen Formulierung hat der öffentliche Auftraggeber zwar das Legen von Alternativangeboten für zulässig erklärt, jedoch gleichzeitig erklärt, dass solche Angebote für ihn nicht bindend sind, was nur so verstanden werden kann, dass er solche Angebote bei der Angebotsauswertung nicht berücksichtigen muss, es ihm aber frei stünde, solche Angebote zu berücksichtigen.

Da – wie bereits oben mehrfach ausgeführt – dieser Passus in den Ausschreibungsunterlagen nicht bekämpft wurde, ist diese Bestimmung mangels Bestreitung durch die Antragstellerin bestandsfest geworden.

Unter Berufung auf diese Bestimmung hat daher der öffentliche Auftraggeber im gegenständlichen Verfahren eine Zuschlagsentscheidung ohne Berücksichtigung des von der Antragstellerin als Variantenangebot bezeichneten Alternativangebotes zugunsten der Firma S OG gefällt.

Nach § 19 Abs 5 TVergNG 2006 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht gänzlich oder zumindest 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 zumindest 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 nicht einmal teilweise durchgedrungen, weshalb ein Gebührenersatz nicht besteht.

Sowohl der Nachprüfungsantrag, als auch der Antrag auf Gebührenersatz musste daher als unbegründet abgewiesen werden.

Die darüber hinausgehenden Anträge auf Kostenersatz mussten mangels gesetzlicher Deckung als unzulässig zurückgewiesen werden, ebenso die weiteren im Nachprüfungsantrag gestellten Anträge, da sämtliche Anträge durch den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung umfasst sind.

Nach § 12 Abs 4 TVergNG 2006 tritt die einstweilige Verfügung nach dem Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Nach Paragraph 12, Absatz 4, TVergNG 2006 tritt die einstweilige Verfügung nach dem Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

Folgerichtig war daher die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 05.03.2015, GZ 2015/S1/0447-7, spruchgemäß aufzuheben.

IV.römisch vier.

Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des 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 im Sinne des 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

Ausschreibungsunterlagen nicht bekämpft; Bestimmung mangels Bestreitung durch die Auftraggeberin bestandfest geworden; Präklusion

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2015:LVwG.2015.S1.0447.10

Zuletzt aktualisiert am

29.07.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at