jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Lvwg Erkenntnis 2018/6/11 LVwG-2018/S2/0241-21

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 11.06.2018

Entscheidungsdatum

11.06.2018

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §107

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 02.02.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 02.02.2018 per Email um 09:24 Uhr, hat die AA GmbH, Adresse 1, Z (im weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch BB, Rechtsanwalt, Adresse 2, Y, in der vom Land X durch die vergebende Stelle Amt der Xer Landesregierung, Gruppe Bau und Technik, Sachgebiet Straßenerhaltung, Adresse 3, W (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch die Xer Landesregierung, diese wiederum vertreten durch CC, Amt der Xer Landesregierung, Abteilung Justiziariat, Adresse 4, W, vorgenommenen Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren „Montageleistungen von Leitschienensystemen auf Landesstraßen B und L in X; Offenes Verfahren im Unterschwellenbereich (*****)“ die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung vom 29.01.2018 beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol erkennt durch seinen Richter Dr. Wurdinger als Vorsitzenden, den Richter Dr. Rosenkranz als Berichterstatter und die Richterin Mag.a Weißgatterer als weiteres Mitglied des Senates 2 gemäß § 3 Abs 2 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 (TVergNG 2006)

zu Recht:

1. Der Antrag des Antragstellers, die Zuschlagsentscheidung vom 29.01.2018 für nichtig zu erklären, sowie der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird als unbegründet abgewiesen.

2. Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgerichts Tirol vom 07.02.2018, LVwG-2018/S2/0241-6wird aufgehoben.

3. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VGnicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 02.02.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol an diesem Tag um 09.24 Uhr per E-Mail eingelangt, wurde die Nachprüfung der Ausschreibung in dem von der Auftraggeberin im Betreff näher bezeichneten Vergabeverfahren „Montageleistungen von Leitschienensystemen auf Landesstraßen B und L in X; Offenes Verfahren im Unterschwellenbereich“ beantragt und gleichzeitig ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Im Einzelnen wurde im Schriftsatz der Antragstellerin vom 02.02.2018 ausgeführt wie folgt:

„In umseits bezeichneter Vergaberechtssache hat die Antragstellerin dem Rechtsanwalt BB, Vollmacht erteilt. Dieser beruft sich auf die erteilte Vollmacht und ersucht, Zustellungen zu seinen Handen vorzunehmen.

1. Nachprüfungsantrag

1.1. Sachverhalt

Das Land X (Auftraggeber) hat am 11.07.2017 (erste Ausschreibung) eine Ausschreibung für "die Montageleistung von Leitschienensystemen auf Landesstraßen B und L in X für ein Jahr mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils zwei Jahre" (Ausschreibungsgegenstand) veranstaltet. Diese Ausschreibung war bis zum 30.08.2017 geöffnet.

Bei dieser ersten Ausschreibung hat meine Mandantin das Vergabeverfahren für sich entschieden und die Zuschlagsentscheidung lautete auf meine Mandantin. Die vergebende Stelle hat jedoch das Vergabeverfahren widerrufen, weil angeblich "diverse Punkte" im Vergabegegenstand gefehlt hätten.

Der Auftraggeber hat am 13.12.2017 (zweite Ausschreibung) eine zweite Ausschreibung veranstaltet, wo auch die fehlenden Punkte im Vergabegegenstand berücksichtigt wurden. Diese Ausschreibung war bis zum 10.01.2018 offen.

Neben der Neudatierung von diversen Zeitangaben, die sich aufgrund des zweiten Durchlaufs und der zeitlichen Verzögerung ergeben haben, sind folgende Änderungen erkennbar gewesen:

? Das auf den Lagerplätzen gelagerte Leitschienenmaterial steht im Eigentum des Landes X. [...] (Seite 11 des Dokuments Ausschreibungsunterlagen für die Montageleistung von Leitschienensystemen auf Landesstraßen B und L in X für ein Jahr mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils zwei Jahre [folgend Ausschreibungsunterlagen])

? Vorlage diverser Dokumente (Unbedenklichkeitsbescheinigung, Lastschriftanzeige, Strafregisterauszug) (Seite 16 des Dokuments Ausschreibungsunterlagen)

? Vorlage der entsprechenden Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer (SU); Nachweis über Befugnis des SU (Seite 18 des Dokuments Ausschreibungsunterlagen)

? Schriftliche Vereinbarung zw Auftragnehmer (AN) und SU, dass Weitergabe des Auftrags an Dritte untersagt ist (Seite 19 des Dokuments Ausschreibungsunterlagen)

? Zubehör

o Rückstrahler einseitig 43.56 01A 200 Stk

o Rückstrahler beidseitig 43.56 03A 500 Stk (beide Positionen auf Seite 50 f des Dokuments LV\Jahresverträge\LS_RV_18-M NEU [folgend LV\Jahresverträge])

o Reduktion der Stückzahl bei der Position 43.61 01B (von 2.000 auf 800) (Seite 51 des Dokuments LV\Jahresverträge)

o Reduktion der Stückzahl, Wegfall der Spezifikation bei der Position 43.61 15A (von 1.000 auf 500) (Seite 53 des Dokuments LV\Jahresverträge)

o Hinzukommen der Position 43.61 15B (Seite 53 des Dokuments LV\Jahresverträge)

o Hinzukommen der Position 43.61 15C (Seite 53 des Dokuments LV\Jahresverträge)

? Hinzukommen der Position 43.61 15D (Seite 54 des Dokuments LV\Jahresverträge)

? Hinzukommen der Position 43.61 15E (Seite 54 des Dokuments LV\Jahresverträge)

? Anmerkung des Steherabstands bei den Positionen 43.61 19A und 43.61 19B (Seite 54 des Dokuments LV\Jahresverträge)

? Anmerkung des Steherabstands bei der Position 43.61 24A (Seite 55 des Dokuments LV\Jahresverträge)

? Hinzukommen der Position 43.61 24A (Seite 55 des Dokuments LV\Jahresverträge)

? Hinzukommen der Position 43.61 53A (Seite 56 des Dokuments LV\Jahresverträge)

Auch wenn es sich auf den ersten Blick um eine Vielzahl von Änderungen handelt, so kann bei einer näheren Betrachtung festgestellt werden, dass nur Kleinigkeiten geändert wurden. Mit diesen Kleinigkeiten wurde möglicherweise eine Neuausschreibung – hier die gegenständliche zweite Ausschreibung – provoziert.

Die Antragstellerin hat sämtliche Unterlagen rechtzeitig an die Behörde übersendet und war bei der Angebotseröffnung am 10.01.2018 anwesend. Dort hat die Antragstellerin die offensichtlichen Angebotsmängel des Bieters "DD" beanstandet und gerügt. Dabei handelte es sich vor allem um die Unterlagen, die teilweise nicht gebunden übergeben wurden, bzw sei die Bindung aufgegangen, wodurch lose Blätter "herumflogen" (Beilage ./1).

Mit Mail vom 29.01.2018 (14:58:37 Uhr) wurde der Antragstellerin die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung übermittelt. In dieser Mail wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass das Land X beabsichtige den Ausschreibungsgegenstand an die Firma DD mit der Angebotssumme von brutto EUR 210.688,34 zu vergeben. (Beilage ./2)

Begründet wurde die Zuschlagsentscheidung damit, dass "gemäß Zuschlagskriterium [...] der Zuschlag an das Angebot mit dem niedrigsten Preis [erfolgte]. Die nachgereihten Angebote waren zu teuer. Die Stillhaltefrist endet 7 Tage nach Erhalt dieses E-Mails [sohin am 05.02.2018].

Beweis: Beilagen ./1 und ./2;

Vergabeakt (von der Behörde anzufordern);

Parteieneinvernahme (BA, pA Antragstellerin)

1.2. Anfechtungserklärung und Beschwerdepunkte

Die gesondert anfechtbare Entscheidung ist die Zuschlagsentscheidung vom 29.01.2018 (Beilage ./2)

Die Antragstellerin erachtet sich, durch die angefochtene Entscheidung,

? in ihren vergabegesetzlich gewährleisteten Rechten und

? in ihrem Recht auf gesetzmäßige Durchführung eines mangelfreien Verfahrens und

? auf ihr Recht auf das Ausscheiden eines nicht zuverlässigen Mitbewerbers

verletzt.

1.3. Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Tirol

Der Auftraggeber ist gem § 3 Abs 1 Z 1 Bundesvergabegesetz (BVergG) öffentlicher Auftraggeber. Gem § 3 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz (VergNPG) ist zur Nachprüfung des Vergabeverfahrens das Landesverwaltungsgericht Tirol zuständig.

In sachlicher Hinsicht handelt es sich um einen Bauauftrag iSd § 28 BVergG, der gem § 180 Abs 1 Z 2 BVergG im Unterschwellenbereich im Wege eines offenen Verfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung, vergeben werden soll.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und daher Anwendungsbereich des BVergG und des VergNPG, die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Tirol (LVwG Tirol) zur Nachprüfung ist gegeben.

Bei der angefochtenen Entscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit 2 sublit aa BVergG.

Der Antrag ist auch rechtzeitig iSd § 6 VergNPG, zumal die elektronisch übermittelte Zuschlagsentscheidung am 29.01.2018 bei der Antragstellerin einlangte.

Die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde entrichtet (Beilage ./3)

Beweis: Beilagen ./2 und ./3;

1.4. Interesse am Vertragsabschluss – Schaden

Der Vertrauensschaden beträgt an Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere die Ausarbeitung des Angebots (EUR 15.734,72) sowie der bisherigen Rechtsberatungs- (EUR 3.500) und Rechtsverfolgungskosten (EUR 5.301), sohin Gesamtkosten iHv EUR 24.535,72. Dieser Aufwand ist frustriert, wenn die Zuschlagsentscheidung bestehen bleibt.

Das Erfüllungsinteresse (Gewinn- und Deckungsbeitrag) am gegenständlichen Auftrag beträgt EUR 229.244,05. Dieser Betrag ist aus der Kalkulation der Antragstellerin (Kalkulationsblätter) herleitbar.

Beweis: Parteieneinvernahme (BA, pA Antragstellerin)

Vergabeakt (von der Behörde anzufordern);

Zudem entsteht der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag ein zusätzlicher Schaden. Die Antragstellerin ist seit 4 Jahren in der Leitschienensystem-Branche für öffentliche Auftraggeber tätig. Sie hat ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der tatsächlichen Durchführung öffentlicher Aufträge, auch deshalb, um die notwendigen Referenzen zu erlangen, die von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern gefordert werden. Dieser Schaden ist nur durch die Aufhebung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung zu verhindern.

1.5. Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung

Bei der Angebotsöffnung sind die Angebotsunterlagen des Bieters "DD" lose aus dem Kuvert rausgefallen. Dieses lose Rausfallen sollte dadurch verhindert werden, dass die Angebotsunterlagen gebunden (zB spiralisiert) abzugeben sind.

Dieses Formerfordernis geht aus dem Dokument Ausschreibungsunterlagen hervor, dass im Kapitel "B.14 Form und Inhalt des Angebotes" die Formerfordernisse thematisiert.

In diesem Kapitel lautet der relevante Absatz:

Für die Übermittlung der Positionspreise ist entweder

? Bei elektronischer Bearbeitung der Ausschreibung ein Kurz-LV auszudrucken und gemeinsam mit dne Ausschreibungsunterlagen so zu binden (zB mittels spiralisieren), dass keine Seiten herausgenommen werden können.

? Bei händisch ausgefülltem LV die pdf-Datei ***_pos.pdf auszudrucken und die Preise händisch einzutragen. Anschließend sind diese Seiten gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen so zu binden (zB mittels spiralisieren), dass keine Seiten herausgenommen werden können. (Beilage./4)

Gem § 107 Abs 1 BVergG müssen Angebote die in den Ausschreibungsunterlagen vorgeschriebene Form aufweisen. Dass dieses Formerfordernis nicht eingehalten wurde, belegt auch die Niederschrift bei der Angebotseröffnung (Beilage ./2).

Da das Formerfordernis nicht eingehalten wurde, hätte der Bieter "DD" jedenfalls zu diesem Zeitpunkt schon ausscheiden müssen.

Sollte die Behörde (vergebende Stelle) – aus welchen Gründen auch immer – auch "lose Zettel" akzeptiert haben, so hätte der Bieter "DD" diese losen Bestandteile des Angebots mit dem Namen versehen und als zum Angebot zugehörig kennzeichnen müssen. Da der Bieter "DD" dies nicht gemacht hat wurde die Vorschrift des § 107 Abs 3 BVergG verletzt. Wodurch der Bieter "DD" ausscheiden hätte müssen.

Weiters wäre es durch diese "losen Zettel" ein Leichtes gewesen auch zu einem späteren Zeitpunkt Dokumente, Unterlagen, udgl in das Angebot hineinzunehmen, ohne dass es jemanden aufgefallen wäre. Ein Dadurch war ein einwandfreies Vergabeverfahren nicht mehr gewährleistet und einem Rechtsmissbrauch wurde Tür und Tor geöffnet. Es kann nicht mehr davon ausgegangen werden, dass es sich um ein einwandfreies Vorhaben handelt.

1.6. Anträge

Sohin werden nachstehende

A n t r ä g e

gestellt:

Das Landesverwaltungsgericht Tirol möge

? eine mündliche Verhandlung anberaumen;

? das Angebot und die Kalkulationsunterlagen der Antragstellerin von einer allfälligen Akteneinsicht durch Mitbewerber ausnehmen;

? die Zuschlagsentscheidung vom 29.01.2018 für nichtig erklären;

? dem Land X den Ersatz der Pauschalgebühren zu Handen des Rechtsvertreters, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.

2. Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Da einem Nachprüfungsantrag gem § 5 Abs 3 VergNPG keine aufschiebende Wirkung zukommt und die Stillhaltefrist bereits mit Ablauf des 05.02.2018 endet, hätte der Auftraggeber ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergibt.

Eine bloße (ex post) Feststellung einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen können die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen. Nach dem Grundgedanken der Rechtsmittelrichtlinie **** soll eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorialen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern.

Die Antragstellerin erhebt hiemit ihr Vorbringen unter Punkt 1. Der gegenständlichen Eingabe auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zur Darlegung der Interessen des Antragstellers an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird ausdrücklich auf die im Punkt 1.4. gemachten Ausführungen zum drohenden Schaden verwiesen. Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung steht weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwiegen Interessen der beteiligten Bieter gegenüber dem Antragsgegner.

Es liegen auch keine weiteren öffentlichen Interessen gegenüber den Interessen der Antragstellerin vor, weil

? die Vergabe bereits einmal verzögert wurde;

? es sich nicht um eine Gefährdung von Leib und Leben, oder von Eigentum handelt;

? die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen bei Erlassung der einstweiligen Verfügung verhindert werden.

Vorrangiges Ziel sollte es sein, dass eine Rechtswidrigkeit vermieden wird und die Raschheit der Vergabe geringer gewichtet wird.

Des Weiteren hat der Antragsgegner sein fehlendes Dringlichkeitsinteresse dadurch dokumentiert, dass er keine beschleunigte Verfahrensart gewählt hat. Ein gewissenhafter Auftraggeber muss mit der Möglichkeit allfälliger Rechtsschutzverfahren grds rechnen und die mit einem Nachprüfungsverfahren einhergehende Zeitverzögerung bei seiner Planung berücksichtigen.

Da nur die Interessen der Antragstellerin bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht sind, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen des Auftraggebers und sonstiger Mitbieter beeinträchtigt und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens besteht, hat die Interessenabwägung zugunsten der Antragstellerin auszufallen.

Wegen der dargelegten Erforderlichkeit dieser Maßnahme, deren Eignung, sowie der Tatsache, dass es sich im gegenständlichen Fall um das gelindeste Mittel handelt, sohin die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt sind, wird gestellt der

A n t r a g ,

das Landesverwaltungsgericht Tirol wolle nach Verständigung des Auftraggebers über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung dem Land X die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen.“

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

? Niederschriftsprotokoll Beilage ./A

? Zuschlagsentscheidung vom 29.01.2018 Beilage ./B

? Zahlungsbelege Beilage ./C

? Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen Beilage ./D

Mit Schriftsatz vom 07.02.2018 hat die Auftraggeberin zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und hierzu im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes vom 02.02.2018 wurde dem Antragsgegner aufgetragen, bis längstens 07.02.2018 um 11:00 Uhr zum Vorbringen im Schriftsatz der Antragstellerin vom 02.02.201 8 Stellung zu nehmen.

Zunächst werden die geltend gemachten Schadenersatzansprüche, insbesondere die Höhe des Aufwandes für die Erstellung des Angebotes, welcher mit ***** (!) beziffert wurde, bestritten.

Der Antragsgegner beabsichtigt, mit der Zuschlagserteilung in jedem Fall den Ausgang dieses Verfahrens abzuwarten. Auf eine Stellungnahme zum Vorbringen der Antragstellern! betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird daher verzichtet.

Der Erlassung einer einstweiligen Verfügung zur Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens wird nicht entgegengetreten.

Gleichzeitig erstattet der Antragsgegner unter Vorbehalt weiterer, detaillierter Ausführungen

innerhalb offener Frist folgende

Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag

und führt aus:

Die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtsverletzungen werden vollinhaltlich

bestritten und wird vorgebracht:

Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrages bringt die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass bei der Angebotsöffnung die Angebotsunterlagen der für den Zuschlag in Betracht gezogenen DD GmbH lose aus dem Kuvert herausgefallen seien.

Das Angebot der Firma DD GmbH erfülle nicht die Formerfordernisse der Festlegungen der Ausschreibung und sei zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden.

Für den Fall, dass die vergebende Stelle auch „lose Zettel akzeptiert" habe, so hätten diese losen Bestandteile des Angebotes mit dem Namen des Bieters versehen und als zum Angebot zugehörig gekennzeichnet werden müssen.

Weiter wäre es durch die „losen Zettel“ ein leichtes gewesen, auch zu einem späteren Zeitpunkt Dokumente, Unterlagen und dgl. in das Angebot hineinzunehmen, ohne dass es jemand aufgefallen wäre. Dadurch sei „einem Rechtsmissbrauch Tür und Tor geöffnet“.

Letztlich sei das Angebot der Firma DD GmbH mangels Erfüllung der entsprechenden Formerfordernisse zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden.

Mit ihrem Vorbringen versucht die Antragstellerin einerseits den Sachverhalt teilweise zu ihren Gunsten verzerrt darzustellen, andererseits durch Weglassung von wesentlichen Umständen, die für die gesamthafte Beurteilung der Frage, ob das Angebot der Firma DD GmbH tatsächlich zwingend aus dem Vergabeverfahren auszuscheiden ist, notwendig sind, ihren Standpunkt zu rechtfertigen.

Bei Betrachtung aller für die Beurteilung des Antrages maßgebenden Umstände ist weder ein Verstoß gegen vergaberechtliehe Bestimmungen, noch gegen die Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gegeben. Die von der Antragstellerin begehrte Ausscheidung des Angebotes der Firma DD GmbH ist unzulässig.

Eine Prüfung des Angebotes der Firma DD GmbH hat ergeben, dass das Angebot ursprünglich in einem Kunststoffumschlag durch eine Verklebung am linken Rand gebunden war.

Es trifft zu, dass zum Zeitpunkt der Öffnung des Angebotes der Großteil der Seiten des Angebotes offensichtlich auf Grund des Umstandes, dass sich die Verklebung am Rand gelöst hatte, lose im Umschlag vorhanden war.

Richtig ist weiter, dass in den Ausschreibungsunterlagen des Antragsgegners zu Punkt B.14 „Form und Inhalt des Angebotes“ festgelegt ist:

„Bei händisch ausgefüllten LV die PDF-Datei ***_Pos.pdf ausdrucken und die Preise händisch einzutragen. Anschließend sind diese Seiten gemeinsam mit den Ausschreibungsunterlagen so zu binden (z.B. mittels Spiralisieren), dass keine Seiten her aus genommen werden können. “

In Zusammenhang mit dieser Festlegung über die Form von Angeboten ist festzuhalten, dass in den Ausschreibungsunterlagen nicht verfügt ist, dass bei einem Verstoß gegen die zitierte Bestimmung das Angebot zwingend aus dem Vergabe verfahren auszuscheiden ist.

Die vergebende Stelle legt größten Wert darauf die Angebotsöffnung selbst und das darauf folgende Prozedere möglichst transparent und manipulationssicher zu gestalten, weshalb die vergebende Stelle, wie der Antragstellerin auf Grund der Anwesenheit ihres Vertreters bei der Angebotsöffnung bestens bekannt sein müsste, folgende Vorgangsweise wählt.

Bei der Angebotsöffnung werden alle Angebote samt Briefumschlag in Anwesenheit der Vertreter der Bieter vor (!) deren Öffnung rechts oben gelocht. Erst nach Anbringung der Lochung werden die gelochten Angebote vorschriftsmäßig geöffnet und den Briefumschlägen entnommen.

Die gewählte Vorgangsweise stellt effizient sicher, dass die so behandelten Angebote mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht manipuliert werden können, insbesondere durch Ergänzung oder Austausch von Unterlagen.

Darüber hinaus können Manipulationen insoweit ausgeschlossen werden, als dass das Inhaltsverzeichnis des konkreten Angebotes sämtliche Bestandteile (mit Ausnahme der Grundbuchsauszüge und Katastermappe) des Angebotes vollständig wiedergibt, weshalb auch Manipulationen durch ein Entfernen von Unterlagen aus dem Angebot vermieden werden können bzw. leicht erkennbar sind.

Die Behauptung der Antragstellerin, durch diese „losen Zettel!“ sei es ein Leichtes, auch zu einem späteren Zeitpunkt Dokumente, Unterlagen und dgl. in das Angebot hineinzunehmen, ohne dass es jemanden aufgefallen wäre, trifft sohin nicht im Entferntesten zu.

Auch die im Nachprüfungsantrag von der Antragstellerin geäußerten Befürchtungen, ein „einwandfreies Vergabeverfahren sei nicht mehr gewährleistet“ und „einem Rechtsmissbrauch würde Tür und Tor geöffnet“, sind sohin vollkommen unbegründet.

Verstößt ein Angebot gegen Form Vorschriften so kann das Angebot, insoweit ein nicht behebbarer Mangel vorliegt, als den Ausschreibungsunterlagen widersprechend allenfalls im Sinne der Bestimmung des § 129 Abs. 1 Z. 7 BVergG 2006 aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden werden.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu beachten, dass nicht jeder Verstoß gegen Formvorschriften, insbesondere auch ein Verstoß im Sinne der Bestimmung des § 107 BVergG 2006, als nicht behebbarer Mangel zu qualifizieren ist.

Nach ständiger Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes sind nur solche Mängel als nicht behebbar zu qualifizieren, deren Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung führen kann oder die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert werden könnte (VwGH 25.02.2004, 2003/04/0186, VwGH 29.06.2005, 2005/04/0024, PVA 11.11.2009, N/105-PVA/04/2009-39. UVS Steiermark 443.8-4/2011, UVS Kärnten KU VS-1187/10/2012).

Betreffend die Bestimmungen über die Form von Angeboten ist festzuhalten, dass diese maßgeblich den Zweck verfolgen, Manipulationen hintanzuhalten.

Im Lichte der oben geschilderten Vorgangsweise der vergebenden Stelle bei der Öffnung der Angebote, insbesondere durch Lochung aller Angebote vor deren Öffnung in Anwesenheit der Vertreter der Bieter, ist ohne Zweifel effizient sichergestellt, dass Manipulationen nicht stattfinden können, sodass der maßgebende Zweck der Formvorschriften jedenfalls erfüllt ist.

Eine materielle Verbesserung oder Änderung der Wettbewerbsstellung der Firma DD GmbH gegenüber den anderen Bietern liegt konkret auch nicht ansatzweise vor.

Im Ergebnis ist sohin kein maßgebender Grund, weder in Bezug auf die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage, noch in Bezug auf die gesetzlichen Formvorschriften betreffend Angebote für eine zwingende Ausscheidung des Angebotes der Firma DD GmbH, welches für den Zuschlag in Betracht gezogenen wurde, gegeben.

Im Rahmen der Zuschlagsentscheidung wurde den Bietern rechtmäßig mitgeteilt, dass beabsichtigt ist, dem Angebot der Firma DD GmbH den Zuschlag zu erteilen.

Beweis: Vergabeakt der ausschreibenden Stelle, insbesondere drei vorliegende Angebote,

Niederschrift über die Angebotsöffnung vom 10.01.2018,

EE,

FF, beide per Anschrift Sachgebiet Straßenerhaltung, W, Adresse 3, weitere Beweise Vorbehalten.

Sohin wird gestellt der

Antrag,

das Landesverwaltungsgericht Tirol wolle nach Aufnahme der angebotenen Beweise die Anträge der Antragstellerin laut verfahrenseinleitendem Schriftsatz vom 02.02.2018, insbesondere den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Kostenersatz ab- bzw. zurückweisen."

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

? Konvolut Ausschreibungsunterlagen Beilage ./1

In weiterer Folge hat die Firma DD GmbH, Adresse 5, V (im weiteren kurz Antragsgegnerin genannt), vertreten durch GG Rechtsanwalts GmbH, Adresse 6, U mit Schriftsatz vom 08.02.2018 fristgerecht Einwendungen erhoben und darin vorgebracht wie folgt:

„I. Wir geben vorerst bekannt, dass wir mit unserer rechtsfreundlichen Vertretung die GG Rechtsanwalts GmbH, Adresse 6, U, beauftragt haben und beruft sich diese auf die ihr erteilte Vollmacht.

Es wird ersucht künftig sämtliche Zustellungen und Ladungen zu deren Händen durchführen zu wollen.

II. In umseitiger Angelegenheit erstatte wir durch unsere ausgewiesenen Rechtsvertreter innerhalb offener Frist nachstehende

STELLUNGNAHME:

Wir erheben gegen die von der Antragstellerin begehrte Entscheidung folgende begründete Einwendungen:

1.1. Wir bestreiten das gesamte im Schriftsatz der Antragstellerin vom 02.02.2018 enthaltene Vorbringen zur Gänze, diesem kommt keine wie immer geartete Berechtigung zu.

Richtig ist, dass im Sommer 2017 bereits eine erste Ausschreibung stattgefunden hat. Hinsichtlich der ersten Ausschreibung leitete die Antragstellerin kein Nachprüfungsverfahren ein, weshalb die diesbezüglich erhobenen Einwände rechtlich irrelevant sind.

Mit Schreiben vom 22.11.2017 wurden wir vom Amt der Xer Landesregierung davon informiert, dass dieses beabsichtigt das Vergabeverfahren „Montageleistung von Leitschienensystemen auf Landesstraßen B und L in X 2018" gemäß § 129 Abs. 1 Zif. 2 BVergG 2006 zu widerrufen.

Der beabsichtigte Widerruf wurde damit begründet, dass nicht alle für die Abdeckung des anfallenden Leistungsspektrums erforderlichen Positionen in der Ausschreibung enthalten sind.

Wenn die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz behauptet, dass nur Kleinigkeiten geändert wurden und damit eine Neuausschreibung provoziert wurde, so entbehrt dies jeglicher Grundlage. Der Umstand, dass das ursprüngliche Vergabeverfahren widerrufen wurde, lag nicht in unserer Sphäre, dafür bestanden sachliche Gründe.

Bei der Angebotsöffnung am 10.01.2018 waren die drei Bieter anwesend, der Leiter der Angebotseröffnung Herr EE sowie ein Schriftführer.

Völlig unrichtig ist, dass bei uns offensichtliche Angebotsmängel bestanden.

Seitens der Antragsgegnerin wurde die Form sowie Bindung der Ausschreibungsunterlagen nicht bemängelt.

Die Antragstellerin behauptete anlässlich der Angebotseröffnung, dass die Bindung der Angebotsunterlagen teilweise aufgegangen ist.

Auf Verlangen der Antragstellerin wurde in der Niederschrift folgendes festgehalten:

„Bindung Angebot teilweise auf gegangen".

In diesem Zusammenhang wird auf die Ausführungen unterhalb verwiesen.

1.2. Bestritten wird, dass der Antragstellerin ein Schaden droht oder dieser bereits eingetreten wäre. Nicht nachvollziehbar ist, dass der Antragstellerin Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere für die Ausarbeitung des Angebotes in der Höhe von EUR 15.734,72 entstanden sind. Unklar ist, wofür- diese Kosten konkret angefallen sind und wie sich diese aufschlüsseln. Die Antragstellerin hat Nachweise zu erbringen, dass sie diese Kosten tatsächlich bezahlt hat.

Eingewendet wird, dass es sich diesbezüglich um bloße nicht ersatzfähige „Sowieso- Kosten" handelt. Im Übrigen sind diese behaupteten Kosten völlig überhöht und verstößt die Antragstellerin gegen die Schadensminderangspflicht.

Nicht nachvollziehbar sind die behaupteten Rechtsberatungs- sowie Rechtsverfolgungskosten, zumal im Vergabeverfahren kein Anwaltszwang besteht. Der Antragstellerin wäre es frei gestanden das Vergabeverfahren auch ohne anwaltliche Vertretung durchzuführen, zumal wir und der dritte Bieter im Vergabeverfahren nicht anwaltlich vertreten waren.

Bestritten wird die Höhe der Rechtsberatungs- sowie Rechtsverfolgungskosten. Unklar ist, wie sich diese zusammensetzen. Die Antragstellerin wird Nachweise zu erbringen haben, dass sie die Rechtsberatungs- sowie Rechtsverfolgungskosten tatsächlich bezahlt hat.

Diesbezüglich liegen bis dato keinerlei Nachweise vor. Im Übrigen war eine Rechtsvertretung für die Vergabe verfahren nicht erforderlich. Die Antragstellerin verstößt auch diesbezüglich gegen die Schadensminderungspflicht.

Jeder Bieter hat in einem Vergabeverfahren wohl das Risiko einzugehen, dass er nicht den Zuschlag erhält, dies aufgrund eines anderen billigeren Angebotes. Daraus einen Schaden abzuleiten ist nicht nachvollziehbar.

Die restlichen Schadensbehauptungen sind völlig unrichtig sowie unsubstantiiert und ist daraus nicht ableitbar, dass der Antragstellerin tatsächlich ein Schaden droht oder ein solcher entstanden wäre.

Das Vorbringen der Antragstellerin, wonach diese seit vier Jahren in der Leitschienensystem- Branche für öffentliche Auftraggeber tätig ist, ist rechtlich völlig irrelevant.

1.3. Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung:

Völlig unrichtig ist, dass die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig war, dies entbehrt jeglicher Grundlage.

Unrichtig ist weiters, dass bei der Angebotsöffnung unsere Angebotsunterlagen lose aus dem Kuvert herausgefallen sind.

Dem ist entgegenzuhalten, dass wir über ein eigenes Bindegerät verfügen, um Ausschreibungsunterlagen zu binden, zumal wir seit Jahrzehnten für diverse öffentliche Auftraggeber tätig sind.

Die gegenständlichen Ausschreibungsunterlagen wurden in unserem Büro gebunden.

Diese wurden zusätzlich zwischen zwei Folien eingeschweißt und sodann in ein A4- Kuvert gegeben. Dieses Kuvert wurde verschlossen.

In weiterer Folge gab unser Geschäftsführer, Herr DD, die Angebotsunterlagen persönlich beim Amt der Xer Landesregierung ab und war bei der Angebotseröffnung

auch anwesend.

Als unser Kuvert geöffnet wurde, lösten sich in der Folge geringfügig einige wenige Blätter unserer Ausschreibungsunterlagen, dies im hinteren Bereich. Diese wenigen Blätter, welche sich lösten, betrafen unwesentliche Elemente sowie Bereiche der Ausschreibungsunterlagen

Offensichtlich löste sich aufgrund von Witterungseinflüssen geringfügig der Klebstoff, zumal sich das Kuvert samt den Ausschreibungsunterlagen zuvor vor der Abgabe einige Zeit im Fahrzeug unseres Geschäftsführers bei frostigen Temperaturen befand.

Bei der Öffnung der Angebotsunterlagen sind diese weder auseinandergefallen noch zur Gänze aus dem Kuvert herausgefallen. Des Weiteren bestand unser Urkundenkonvolut auch nicht aus „losen Zetteln".

Des Weiteren steht das diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin mit der Urkundensituation in Widerspruch. In diesem Zusammenhang wird auf die Niederschrift vom 10.01.2018 verwiesen, in welcher protokolliert wurde „Bindung Angebot teilweise aufgegangen Aus dieser Niederschrift ist nicht ableitbar, dass lose Blätter „herumgeflogen" oder lose aus dem Kuvert herausgefallen sind.

Unsererseits wurde das Formerfordernis jedenfalls erfüllt, da die Ausschreibungsunterlagen gebunden waren. Ein Spiralisieren ist nicht zwingend erforderlich, da es sich dabei lediglich um eine demonstrative Aufzählung handelt.

Unsere Angebotsunterlagen waren so gebunden, dass keine Seiten herausgenommen werden konnten.

Selbst wenn das behauptete Formerfordernis nicht eingehalten worden wäre (was ausdrücklich bestritten wird), so hätte dies nicht zur* Konsequenz gehabt, dass wir zu diesem Zeitpunkt bereits ausscheiden hätten müssen. Diesbezüglich existiert keine Norm, welche dies vorsieht.

Im gegenständlichen Fall kann ausgeschlossen werden, dass zu einem späteren Zeitpunkt unsererseits Dokumente sowie Unterlagen in das Angebot hineingegeben worden wären, ohne dass es jemanden aufgefallen wäre. Zu berücksichtigen ist, dass bei der Angebotsöffnung auch der Geschäftsführer der Antragstellerin, der dritte Bieter, Herr EE sowie ein Schriftführer anwesend waren.

Aufgrund dieser anwesenden Personen ist es weiters auszuschließen, dass im vorliegenden Fall ein Rechtsmissbrauch vorliegt, zumal es den Beteiligten aufgefallen wäre, wenn zu einem späteren Zeitpunkt nachträglich Urkunden unseren Angebotsunterlagen hinzugefügt worden wären. Dies ist bereits unter Verweis auf die Dauer der Angebotseröffnung auszuschließen, da diese lediglich fünf Minuten (von 10:00 Uhr bis 10:05 Uhr) dauerte.

Des Weiteren wird unsererseits ein Urkundenkonvolut an Fotos vorgelegt, woraus einerseits unser Bindegerät ersichtlich ist, mit welchem die Angebotsunterlagen gebunden wurden. Des Weiteren ist daraus ein gebundenes Urkundenkonvolut ersichtlich, wie es im vorliegenden Fall dem Amt der Xer Landesregierung vorgelegt wurde.

Des Weiteren legen wir eine Eidesstattliche Erklärung unseres Geschäftsführers vor, welcher die vorgebrachten Abläufe bestätigt.

Die von der Antragstellerin behaupteten Rechte wurden im gegenständlichen Fall nicht verletzt und liegen auch keine wie immer gearteten Rechtswidrigkeiten vor.

Zudem sei darauf verwiesen, dass die Antragstellerin kein Vorbringen dahingehend erstattet hat, inwiefern die behauptete Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war. Unsererseits wird bestritten, dass die behauptete Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

Beweis: Geschäftsführer DD, p.A. DD GmbH; Zeuge EE, p.A. Amt der Xer Landesregierung, Adresse 3, W; Schreiben des Amtes der Xer Landesregierung vom 22.11.2017 (Beilage./A); Eidesstattliche Erklärung vom 08.02.2018 (Beilage./B); Urkundenkonvolut an Lichtbildern (Beilage./C);

Wir stellen daher nachstehenden

ANTRAG,

das Landesverwaltungsgericht Tirol möge den Antrag der Antragstellerin vom 02.02.2018 abweisen und das Angebot sowie die Kalkulationsunterlagen der DD GmbH von einer allfälligen Akteneinsicht durch Mitbewerber ausnehmen.

2. Weiters sprechen wir uns gegen den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus. Die diesbezüglichen Voraussetzungen liegen nicht vor. In diesem Zusammenhang wird auf das Vorbringen oberhalb verwiesen. Der Antragstellerin droht weder ein Schaden noch liegt dieser bereits vor. Des Weiteren sind auch nicht die Interessen der Antragstellerin geschädigt.

Wir erheben hiermit unser Vorbringen unter Punkten 1.1. - 1.3. der gegenständlichen Eingabe auch zum Vorbringen in der Äußerung zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Allenfalls steht es der Antragstellerin frei in weiterer Folge Schadenersatzansprüche geltend zu machen.

Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung stehen besondere öffentliche Interessen entgegen, da es sich im vorliegenden Fall um Montageleistungen von Leitschienensystemen auf Landesstraßen im gesamten Bundesland X handelt.

Aufgrund des erheblichen Umfanges des gegenständlichen Auftrages sowie der zentralen Bedeutung für das BundesLand X ist im vorliegenden Fall die Raschheit der Vergabe zu bevorzugen, zumal die Antragstellerin lediglich einen geringfügigen Formalmangel behauptet, welcher offensichtlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens keinen Einfluss hat. Aus diesem Grunde hat die Interessensabwägung zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

Beweis: wie bisher;

Aus all diesen Gründen stellen wir nachstehenden

ANTRAG,

das Landesverwaltungsgericht Tirol möge den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens abweisen."

Mit diesem Schriftsatz wurden Urkunden gelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet werden:

Schreiben Amt der Landesregierung vom 22.11.2017 Beilage./I

Eidesstattliche Erklärung vom 08.02.2018 Beilage./II

Konvolut Lichtbilder Beilage./III

In der Folge hat das Landesverwaltungsgericht Tirol mit Entscheidung vom 07.02.2018, LVwG-2018/S2/0241-6 die einstweilige Verfügung erlassen, wonach im gegenständlichen Vergabeverfahren der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlags und zwar bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Tirol über den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 29.01.2018 untersagt wird.

Sodann hat die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 09.02.2018 einen Beweisantrag gestellt und den Zeugen JJ per Adresse Firma KK GmbH, T-Siezenheim unter anderem zum Beweis dafür angeboten, dass alle Angebote bei der Angebotsöffnung samt Briefumschlag in Anwesenheit der Vertreter der Bieter vor deren Öffnung rechts oben gelocht wurden, sowie dafür, dass das Angebot der Antragsgegnerin nicht in Form loser Blätter aus dem Kuvert gefallen sei.

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 12.02.2018 wurde sodann weiters vorgebracht wie folgt:

„1. Gegenäußerung

1.1. Sachverhalt

Der Antragsgegner hat am 11.07.2017 (erste Ausschreibung) eine Ausschreibung für "die Montageleistung von Leitschienensystemen auf Landesstraßen B und L in X für ein Jahr mit Option auf zweimalige Verlängerung um jeweils zwei Jahre" (Ausschreibungsgegensta

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at