

# TE Lvwg Erkenntnis 2018/4/18 LVwG- 2018/S2/0831-4

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.04.2018

## Entscheidungsdatum

18.04.2018

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §102

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 12.04.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingelangt am 12.04.2018 per Fax um 09.57 Uhr, hat AA, Planer und Baumeister, Adresse 1, Z (im weiteren kurz Antragsteller genannt), vertreten durch BB, Rechtsanwalt, Adresse 2, Y in der von der Gemeinde Z, Adresse 3, Z (im weiteren kurz Auftraggeberin genannt) vorgenommenen Ausschreibung betreffend das Vergabeverfahren Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Z - Baumeisterarbeiten die Nachprüfung beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

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

zu Recht:

1. Der Antrag des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Aufforderung zur Angebotsabgabe im Vergabeverfahrens „Projektneubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z – Baumeisterarbeiten“ als unbegründet abgewiesen.
2. Die Anträge des Antragstellers auf Nichtigerklärung der Nichtzulassung des Antragstellers, auf Nichtigerklärung der Bewerberauswahl (Bieterauswahl), der in Aussicht genommenen Zuschlagserteilung, jeweils im Vergabeverfahren „Projektneubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z – Baumeisterarbeiten“ sowie auszusprechen, dass der Antragsteller als potenzieller Bestbieter übergegangen worden sei und ihm diesbezüglich auch ein Schadenersatzanspruch in Höhe des entgangenen Gewinns zuzerkennen sei, werden als unzulässig zurückgewiesen.
3. Der Antrag auf Kostenersatz wird als unbegründet abgewiesen.
4. Die ordentliche Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

## Entscheidungsgründe

### I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 12.04.2018, beim Landesverwaltungsgericht Tirol an diesem Tag um 09.57 Uhr per Telefax eingelangt, wurde die Nachprüfung der Ausschreibung in dem von der Auftraggeberin im Betreff näher bezeichneten Vergabeverfahren „Zu- und Umbau Kindergarten/Kinderkrippe und Volksschule Z – Baumeisterarbeiten“ (laut Antragsteller: „Projektneubau Kinderkrippe Umbau Kindergarten Gemeinde Z“) beantragt und gleichzeitig ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Im Einzelnen wurde im Schriftsatz der Antragstellerin vom 12.04.2018 ausgeführt wie folgt:

„Der Antragsteller ist konzessionierter Planer und Bauunternehmer (konzessionierter Baumeisterbetrieb) aufrechte Konzession besteht. Der Antragsteller beantragt die Nachprüfung der von der Auftragsgeberin vorgenommenen und im Betreff näher bezeichneten Ausschreibung, das heißt gestellt wird auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Auftraggeberin ist die Gemeinde Z, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des §1 Abs 1 Tiroler Vergabenachprüfungsgegesetz 2006 handelt. Die Auftraggeberin hat ein Vergabeverfahren betreff einen Bauauftrag „Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule - Gemeinde Z Baumeisterarbeiten“ durchgeführt,

wobei zunächst die Ausschreibung der Baumeisterarbeiten für die Auftraggeberin durch die CC GmbH durchgeführt wurde.

Aus dem E-Mail der Auftraggeberin (Gemeinde Z vom 01.03.18), ergibt sich, dass die Ausschreibung durch die CC GmbH durchgeführt wurde. Aus den Ausschreibungsunterlagen (Beilage 1) ist zu entnehmen, dass für das Projekt Baumeisterarbeiten ausgeschrieben werden sollten und wurde das Datum der Anbotabgabe mit 26.01.18 festgelegt.

Folgende Firmen wurden zur Abgabe von Angeboten aufgefordert: Firma DD GmbH, EE GmbH, FF GmbH, GG GmbH und II GmbH.

In den Ausschreibungsunterlagen laut Ausschreibung vom Jänner war nicht enthalten, ob die Vergabe der Leistungen nach den Bestimmungen des TVerg 2006 für den Ober- oder den Unterschwellenbereich erfolgt und war in den Ausschreibungsunterlagen auch nicht enthalten, welche Vergabekontrollbehörde für die Kontrolle des Vergabeverfahrens

zuständig ist.

In den Ausschreibungsunterlagen war auch nicht enthalten, ob der Zuschlag den technisch und wirtschaftlich günstigstem Anbot oder dem Anbot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden soll. In den Ausschreibungsunterlagen waren auch keinerlei Zuschlagskriterien erkennlich.

Der Antragssteller ist - wie Eingangs erwähnt - konzessionierter Planer und Bauunternehmer, er hat ein Interesse am gegenständlichen Auftrag. Er würde einen Verdienst lukrieren, wenn er den Zuschlag erhalten würde. Der Antragssteller hat am 27.02.2018 beim Landesverwaltungsgericht die Nachprüfung der seinerzeit vorgenommenen Ausschreibung beantragt und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Dem Antrag wurde mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes vom 12.03.2018, GZ: LVWG-2018/S2/0455-10, stattgegeben, die Aufforderung zur Anbotsabgabe im Vergabeverfahren „Projekt Neubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z - Baumeisterarbeiten vom 12.01.18“ wurde für nichtig erklärt.

Der Antragssteller hat nun in Erfahrung gebracht, dass die Firma JJ Ausschreibungen durchführt. Im Boten für Tirol vom 14.03.18 fanden sich folgende Verlautbarungen:

? Direktvergabe mit vorheriger Bekanntgabe im Unterschwellenbereich gern, Bundesvergabegesetz Elektroinstallationen Auftraggeber Gemeinde Z

? Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich gem. Bundesvergabegesetz Heizung, Sanitäre Auftraggeber Gemeinde Z

Der Antragsteller hat - als Gemeinderat und Gemeindevorstand - am Freitag, den 06.04.2018 die Einladung zur Gemeinderatsitzung am Donnerstag, den 12.04.2018 erhalten.

Hier ist zu Punkt 2 der Tagesordnung wie folgt angeführt:

Zu- und Umbau Kindergarten/Kinderkrippe und Volksschule - Beschlussfassung für Vergabe über nachfolgende Gewerke

- a) Lüftung
- b) Zimmermannsarbeiten
- c) Erdarbeiten
- d) Personenaufzug
- e) Elektroinstallationsarbeiten
- f) Heizung - Sanitäre
- g) Baumeisterarbeiten

Der Antragsteller wunderte sich, dass die Firma JJ im Rahmen der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntgabe die Baumeisterarbeiten nicht ausgeschrieben hat, aus diesem Grund hat sich der Antragsteller an die Firma JJ gewandt. Die Firma JJ teilte mit E-Mail vom 09.04. wie folgt mit:

„Sehr geehrter Herr A,

Die Baumeisterarbeiten wurden im Zuge eines nichtoffenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben. Bei diesem Verfahren werden Bieter von Seiten des Auftraggebers explizit zur Anbotsabgabe aufgefordert. Die Anbotsfrist ist bereits abgelaufen und es hat bereits eine öffentliche Angebotsöffnung stattgefunden. Am Donnerstag werden die Vergabevorschläge gemäß Tagesordnung dem Gemeinderat präsentiert.“

Der Beschwerdeführer beantragt die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und ein Nachprüfungsverfahren. Das Nachprüfungsverfahren dient der nachprüfenden Kontrolle von gesondert anfechtbaren Entscheidungen, welche von der Auftraggeberin in einem noch laufenden Verfahren getroffen werden. Es kann von Bieterinnen und Bewerbern beantragt werden und wird nach den Bestimmungen des Vergabenachprüfungsgesetzes durchgeführt. Das Nachprüfungsverfahren kann ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibungsbedingungen bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung bzw. Widerrufserklärung beantragt werden. Die Zuschlagserteilung bzw. Widerrufserklärung selbst können hingegen nicht mittels Nachprüfungsantrag überprüft werden.

Der Beschwerdeführer beantragt

- a) das Provisorialverfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung (vor Zuschlagserteilung) und
- b) das Nachprüfungsverfahren.

#### A) ANTRAG AUF ERLASSUNG EINER EINSTWEILIGEN VERFÜGUNG

Das Provisorialverfahren dient zur Sicherstellung eines einstweiligen Rechtsschutzes.

Wie aufgrund der Mitteilung der JJ vom 09.04.18 zur Kenntnis genommen wurde, wurde der Antragsteller zur Anbotserstellung nicht eingeladen. Das Provisorialverfahren gibt dem Antragsteller (Unternehmen) die Möglichkeit, das Verfahren bis zur Klärung einer bestimmten Sach- bzw. Rechtsfrage im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens „in Schweben“ zu halten. Obwohl das Provisorialverfahren ein eigenständiges, antragsgebotenes Verfahren ist, ist es dennoch nicht vollkommen losgelöst vom Nachprüfungsverfahren, da es seine prinzipielle Existenz voraussetzt. Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sind nur zulässig, wenn binnen offener Frist ein Nachprüfungsantrag eingebracht wird.

Der Antragsteller verweist auf die Bestimmung nach § 102 Abs 3 Bundesvergabegesetz. Beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung wird eine beschränkte Anzahl geeigneter Unternehmer unmittelbar zur Abgabe von Angeboten eingeladen. Die Auswahl der Unternehmen hat in nicht diskriminierender Weise statt zu finden. Der Auftraggeber hat die aufgeforderten Unternehmen so häufig wie möglich zu wechseln (Rotationsprinzip), nach Möglichkeit sind insbesondere kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Diese Grundsätze wurden verletzt:

Aufgrund des am 27.02.18 eingebrochenen Nachprüfungsantrages war der Auftraggeberin auf jeden Fall bekannt, dass der Antragsteller am gegenständlichen Auftrag bzw. Zuschlag interessiert war. Der Antragsteller ist der einzige ortsansässige Baumeisterbetrieb, Sein Betrieb ist als Kleinbetrieb bzw. Mittelbetrieb zu betrachten. Dennoch hat die Auftraggeberin die aufgeforderten Unternehmen so häufig wie möglich zu wechseln. Ausgehend von diesen Kriterien hätte der Antragsteller auf jeden Fall zur Anbotsstellung eingeladen werden müssen. Die Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung liegen vor.

Inhaltserfordernisse:

Bezeichnung des Vergabeverfahrens: Neubau Kinderkrippe – Umbau Kindergarten durch die Gemeinde Z - Baumeisterarbeiten

Auftraggeber: Gemeinde Z, Adresse 3, Z, Tel.: \*\*\*\*\*, Faxnr: \*\*\*\*-\*, e-Mail: \*\*\*\*\*

Gesonderte angefochtene Entscheidungen des Auftraggebers:

- a) Wahl des Vergabeverfahrens: Nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung
- b) Beabsichtigte Vergabe der Baumeisterarbeiten am Donnerstag, 12.04.
- c) Nichtzulassung des Antragstellers zur Anboterstellung

Maßgeblicher Sachverhalt:

Mit Schreiben der JJ vom 09.04. hat der Antragsteller erfahren, dass die Baumeisterarbeiten im Zuge eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben wurden, dass die Anbotsfrist abgelaufen ist, dass die Anbotsöffnung stattgefunden hat, dass am Donnerstag die Vergabevorschläge dem Gemeinderat präsentiert werden. Im Übrigen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Unmittelbar drohende Schädigung:

Wenn nun am 12.04. die Vergabe erfolgen sollte, kann der Antragsteller als Unternehmer nicht mehr mit der Ausführungen der Arbeiten zum Zug kommen. Es droht ihm daher ein Schaden. Da die Gemeinderatsitzung bereits am 12.04. stattfindet - siehe beiliegende Tagesordnung – sollen am 12.04. vollendete Tatsachen geschaffen werden.

Rechtzeitigkeit:

Der Antrag ist rechtzeitig: Mit Schreiben der JJ vom 09.04. hat der Antragsteller erfahren, dass die Baumeisterarbeiten im Zuge eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben wurden, dass die öffentliche Anbotsöffnung stattgefunden hat und die Präsentation am 12.04. erfolgen sollte. Von der Gemeinderatsitzung hat der Antragsteller am 06.04. Kenntnis erlangt.

Es wird sohin gestellt der

**ANTRAG**

Das Landesverwaltungsgericht möge unverzüglich zu dem außen näher bezeichneten, Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine einstweilige Verfügung erlassen, in welcher der Auftraggeberin untersagt wird, bzgl. der Baumeisterarbeiten zum Projekt Neubau Kinderkrippe/Umbau Kindergarten der Gemeinde Z den Zuschlag zu erteilen.

Die Auftraggeberin wolle verpflichtet werden, der Antragstellerin die für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu bezahlen.

B) ZUM NACHPRÜFUNGSANTRG:

Der Antragsteller beantragt auch ein Nachprüfungsverfahren.

Das Nachprüfungsverfahren dient der nachprüfenden Kontrolle von gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Es kann von Bieterinnen und Bewerbern beantragt werden. Das Nachprüfungsverfahren kann ab dem Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibungsbefindungen bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung bzw. Widerrufserklärung beantragt werden.

Inhaltserfordernisse das Antrags:

Bezeichnung des Vergabeverfahrens: Neubau Kinderkrippe – Umbau Kindergarten durch die Gemeinde Z/Baumeisterarbeiten

Auftraggeber: Gemeinde Z, Adresse 3,Z, Tel: \*\*\*\*, Faxnr: \*\*\*\*\_\*, e-Mail: \*\*\*\*\*

Der maßgebliche Sachverhalt: Wie oben. Von der Gemeinderatsitzung hat der Antragsteller am 06.04. erfahren. Mit E-Mail der JJ vom 09.04. hat der Antragsteller erfahren, dass die Baumeisterarbeiten im Zuge eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ausgeschrieben wurden, dass die Anbotseröffnung bereits stattgefunden hat, dass am Donnerstag, 12.04. die Vergabevorschläge präsentiert werden.

Behaupteter Schaden: Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen.

Der Antragsteller hat Interesse am Auftrag, Die Auftragssumme ist bedeutend. Der Antragsteller ist überzeugt, den Zuschlag als Best- und Billigstbieter erhalten zu können. Es würde der Antragsteller einen entsprechenden Verdienst lukrieren. Im Fall, dass er den Zuschlag nicht erhält, droht ihm ein finanzieller Schaden. Die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters ist derzeit nicht möglich, es ist nämlich nicht bekannt, wer als Bieter in Aussicht genommen ist. Die Gemeinderatsitzung, bei der die Baumeisterarbeiten vergeben werden sollen, findet am Donnerstag, den 12.04.18 statt.

Bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem der Antragsteller verletzt ist:

- a) Recht auf Vornahme der Vergabe entsprechend den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006
- b) Einhaltung der Bestimmungen nach §102 Bundesvergabegesetz: Demnach hat die Auswahl der aufzufordernden Unternehmen in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Der Auftraggeber hat die Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln. Nach Möglichkeit sind kleine und mittlere Unternehmen zu beteiligen. Diese Bestimmung wurde nicht eingehalten.
- c) Recht des verfassungsmäßig geschützten Grundrechts der Erwerbsfreiheit.

Gründe auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt:

a) Verstoß gegen §65 Vergabegesetz: Beim nicht offenen Verfahren beträgt die vom Auftraggeber festzusetzende Frist für den Eingang der Angebote mindestens 22 Tage, Das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes LVwG-2018/S2/0455 datiert mit 12.03.18, danach muss Neuaußschreibung erfolgt sein. Die Absage der vorhergehenden Ausschreibungen erfolgte am 15.03.18, die neue Ausschreibung ist angeblich 2-3 Tage danach erfolgt, das wäre dann der 19.03.18. Hier wurde auch anlässlich der Gemeinderatsitzung die JJ mit der Ausschreibung zusätzlich zu beauftragen. Bei einer Anbotsfrist von 22 Tagen wäre der Abgabetermin dann der 09.04.18. Mit E-Mail vom 09.04.18 wurde mitgeteilt, dass die Anbotsfrist bereits abgelaufen ist und bereits eine öffentliche Anbotsöffnung stattgefunden hat (Schreiben vorlegen).

Demnach wurden die Fristen nicht eingehalten.

b) Voraussetzungen für eine Verkürzung der Frist gern. § 67 Vergabegesetz liegen nicht vor. Demnach, könnte in besonders begründeten Fällen, aus Gründen der Dringlichkeit die Mindestanbotsfrist und die Teilnahmefrist verkürzt werden. Die Gründe für eine Verkürzung sind schriftlich festgehalten. Derartige Gründe sind nicht gegeben und sind auch nicht - so der Kenntnisstand des Antragstellers – schriftlich festgehalten.

c) Festhalten der Gründe für bestimmte Vergabeverfahren:

§42 Bundesvergabegesetz normiert: die für die Durchführung eines nicht offenen Verfahrens ohne Bekanntmachung maßgeblichen Gründe sind schriftlich festzuhalten. Nach dem Kenntnisstand des Antragstellers fand diese Dokumentation nicht statt.

d) §102 Bundesvergabegesetz wurde verletzt:

§102 Abs 2 normiert: Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmen hat in nicht diskriminierender Weise stattzufinden. Der Auftraggeber hat die aufzufordernden Unternehmer so häufig wie möglich zu wechseln (Rotationsprinzip). Nach Möglichkeit sind insbesondere kleine und mittlere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Der Antragsteller wurde nicht zur Anbotsstellung eingeladen, gegen § 102 wurde verstoßen. Die Auswahl der aufzufordernden Unternehmen erfolgte demnach in diskriminierender Weise.

e) Elektroinstallationen und Sanitäre:

Direktvergabe mit vorheriger Bekanntgabe: Warum für das Gewerk des Antragstellers eine andere Art und Weise der Vergabe vorgenommen wird, ist nicht nachvollziehbar.

f) Vermutete Preisabsprachen:

Im aufgehobenen Verfahren haben 5 Unternehmen Anbote abgegeben: FF, EE, GG, II, DD

Die Anbote lagen rund 2% auseinander. Demnach liegt ein Indiz für eine Preisabsprache vor. Gerade aus diesem Grund sollten die genannten Unternehmer nicht mehr zur Anbotserstellung eingeladen werden.

g) Beauftragung der JJ ohne Beschluss des Gemeinderates/des Gemeindevorstandes:

Die Absage der vorhergehenden Ausschreibung erfolgte durch das Büro CC am 15.03.2018. Die Neuauusschreibung ist angeblich 2-3 Tage danach erfolgt, dies ist dann der 19.03.2018. An diesem Tag fand auch die Gemeinderatsitzung statt, bei der beschlossen wurde, dass die JJ für die Ausschreibung zusätzlich beauftragt wird. Bei einer Anbotsfrist von 22 Tagen wäre der offizielle Abgabetermin dann der 09.04.

Tatsächlich hat zu diesem Termin die Anbotsöffnung bereits stattgefunden. Demnach wurde entweder die Frist nicht eingehalten oder war JJ früher tätig.

Zusammengefasst liegen demnach folgende Beschwerdepunkte vor:

- a) Es liegt kein Beschluss des Gemeinderates, des Gemeindevorstandes oder Bauausschusses betreff die Aufteilung in Lose und Vergabe im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntgabe vor.
- b) Es liegt kein Beschluss des Gemeinderates, des Gemeindevorstandes oder Bauausschusses vor, welche Unternehmen konsultiert werden. SI02 Vergabegesetz wurde verletzt, der Antragsteller wurde nicht eingeladen. Es findet kein fairer Wettbewerb statt.
- c) Die im Gesetz vorgesehene 22-Tages-Frist wurde offenbar nicht eingehalten,
- d) Gründe für die Verkürzung der Frist sind nicht bekannt und liegen nicht vor.
- e) Es stellt sich die Frage, ob die Art und Weise des Vergabevegans nicht offenes Verfahren ohne Bekanntgabe begründet wurde.
- f) Es gibt keine sachlichen Gründe für dieses Verfahren. Auf diese Weise sollen offenbar die einschlägigen Bestimmungen des Vergabegesetzes und EU-Vorschriften umgangen werden.
- g) Die Loseregelung ist nicht anwendbar.
- h) Beauftragung JJ ohne Gemeinderatsbeschluss.
- i) Bezuglich der Einladung zur Anbotserstellung wurde das Gesetz nicht eingehalten: Es ist davon auszugehen, dass die vorherigen Bieter wiederum eingeladen wurden, obwohl Indizien für eine Preisabsprache vorliegen. Die Bieter sollen aus Gründen der Gleichbehandlung so oft wie möglich gewechselt werden. Der Antragsteller als ortsansässiger Unternehmer wäre auf jeden Fall zur Anbotserstellung einzuladen gewesen.

Es wird sohin gestellt der

ANTRAG

- a) Es wolle die Aufforderung zur Anbotsabgabe im Vergabeverfahren „Projekt Neubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z - Baumeisterarbeiten“ für nichtig erklärt werden.
- b) Es wolle die Nichtzulassung des Antragsstellers im Vergabeverfahren „Projekt Neubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z - Baumeisterarbeiten“ für nichtig erklärt werden.
- c) Es wolle die Bewerberauswahl (Bieterauswahl), die Aufforderung zur Angebotesabgabe im Vergabeverfahren „Projekt Neubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z - Baumeisterarbeiten“ für nichtig erklärt werden.

d) Es wolle die in Aussicht genommene Zuschlagerteilung im Projekt Neubau Kinderkrippe, Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Gemeinde Z - Baumeisterarbeiten für nichtig erklärt werden,

e) Das Landesverwaltungsgericht wolle, die Gemeinde Z in den Kostenersatz fällen.

Das Landesverwaltungsgericht wolle aussprechen, dass der Antragsteller als potentieller Bestbieter übergegangen wurde und ihn diesbezüglich auch ein Schadenersatzanspruch in Höhe des entgangenen Gewinns zuzuerkennen ist.

Beilage: Tagesordnung der Gemeinderatsitzung 12.04.

Schreiben Antragsteller 06.04.

Antwortschreiben JJ 09.04.

Protokoll Gemeinderatssitzung 19.03.

Ausschreibung Bote für Tirol

Zahlungsbestätigungen der Gebühren"

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

Tagesordnung der Gemeinderatssitzung 12.04.2018 (Beilage./A)

Schreiben Antragsteller vom 06.04.2018 (Beilage./B)

Antwortschreiben JJ 09.04.2018 (Beilage./C)

Protokoll Gemeinderatssitzung 19.03.2018 (Beilage./D)

Ausschreibung Bote für Tirol (Beilage./E)

Zahlungsbelege (Beilage./F)

Mit Schriftsatz vom 13.04.2018 hat die Auftraggeberin zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und hierzu im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 12.04.2018 wurde der Auftraggeberin am 12.04.2018 mit dem Auftrag zugestellt, bis spätestens Montag, den 16.04.2018, 10:00Uhr, beim Landesverwaltungsgericht Tirol Stellung zu nehmen. Innerhalb einer weiteren Frist von zwei Wochen sind die bezugshabenden Unterlagen vorzulegen und weitere Angaben zu machen.

Binnen offener Frist gibt die Auftraggeberin nachstehende

Stellungnahme

ab:

1) Wesentlicher Sachverhalt und geschätzter Auftragswert

Die Auftraggeberin beabsichtigt den Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Z. Der geschätzte Netto-Auftragswert für alle Bauleistungen beträgt EUR 2,3 Mio., es liegt somit ein Bauvorhaben im Unterschwellenbereich vor.

Die Losregel (§ 14 BVergG i.d.g.F.) besagt folgendes:

„Im Unterschwellenbereich gilt für die Vergabe aller Lose der Unterschwellenbereich;

Für die Wahl des Verfahrens zur Vergabe von Aufträgen im Unterschwellenbereich gilt als geschätzter Auftragswert der Wert des einzelnen Gewerkes.“

Aufgrund der Schwellenwerte VO 2012,BGBI II 95/2012 idFBGBI II 250/2016 sind für die unterschiedlichen Subschwellenwerte folgende Vergabeverfahren möglich:

„Bild im pdf ersichtlich“

Die Wahl des Vergabeverfahrens erfolgte aufgrund der geschätzten Auftragssummen:

Erdarbeiten: geschätzte Auftragssumme 70.000,00€

Wahl des Vergabeverfahrens: Direktvergabe

Baumeisterarbeiten: geschätzte Auftragssumme 580.000,00€

Wahl des Vergabeverfahrens: Nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung

Zimmermannsarbeiten: geschätzte Auftragssumme 50.000,00€

Wahl des Vergabeverfahrens: Direktvergabe

Heizung – Sanitär: geschätzte Auftragssumme 200.000,00€

Wahl des Vergabeverfahrens: Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung

Gemäß § 102 dürfen beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nur befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert werden. Die Anzahl der aufzufordernden Unternehmer darf beim nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung nicht unter drei liegen. Von Seiten des Auftraggebers wurden 5 befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zur Angebotsabgabe aufgefordert.

Die reguläre Angebotsfrist für das nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung beträgt 22 Tage, sie kann jedoch bei Verwendung elektronischer Medien (gemäß § 66 BVerG 2016 i.d.g.F.) auf 19 Tage verkürzt werden.

Das Vergabeverfahren wurde mittels der Vergabeplattform KK durchgeführt, weshalb die Voraussetzungen für die Verkürzung der Frist vorliegen.

Die Aufforderung zur Angebotslegung erfolgte am 15.03.2018. Das Abgabedatum wurde auf den 05.04.2018 festgelegt. Somit kann festgehalten werden, dass die gesetzlichen Fristen eingehalten wurden.

Beweis: vorzulegende Unterlagen des Vergabeverfahrens;

weitere Beweise vorbehalten.

## 2) Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag sowie Antrag auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung

Wie bei jedem Bauvorhaben ziehen Verzögerungen bei der Auftragsvergabe durch Vergabenachprüfungsverfahren Verzögerungen bei der Umsetzung des gesamten Projektes nach sich. Der gegenständliche Vergabenachprüfungsantrag sowie Antrag auf einstweilige Verfügung betrifft lediglich die geplante Zuschlagserteilung für die Baumeisterarbeiten. Die Gewerke Erdarbeiten, Zimmermannsarbeiten sowie Heizung – Sanitär sind von den Anträgen nicht umfasst.

Eine Fortsetzung des gesamten Projektes kann ohne Beauftragung der hier gegenständlichen Leistungen nicht erfolgen. In aller Regel ziehen Verzögerungen bei der Umsetzung von Projekten auch Mehrkosten nach sich.

Vor dem allgemein geschilderten Hintergrund ist der Auftraggeberin daran gelegen, dass über den gegenständlichen Vergabenachprüfungsantrag ehest möglich entschieden wird und bis dahin die Vergabeverfahren nicht unterbrochen werden. Gleichzeitig ist der Auftraggeberin die ständige Judikatur der Vergabekontrollbehörden bekannt, wonach Verfahrensverzögerungen durch Rechtsmittel gegen Entscheidungen öffentlicher Auftraggeber in Vergabeverfahren bei der Projektplanung zu berücksichtigen sind.

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

Die Übermittlung der gewünschten Unterlagen wird zeitnah erfolgen, ebenso die Vorlage des Vergabeaktes.“

Mit E-Mail vom 17.04.2018 wurden sodann seitens der Auftraggeberin die wesentlichen Verfahrensunterlagen im Wege der JJ Dienstleistungs GmbH vorgelegt. Die vorgelegten Verfahrensunterlagen bestehen aus Deckblatt, allgemeine Vertragsbestimmungen, Ausschreibungsunterlage Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule Z – Baumeisterarbeiten, Vergabevermerk, internes Protokoll, Angebots- Eröffnungs-Protokoll, Preisvergleich, Bieterlückenprotokoll und Vergabebericht.

Diese Urkunden wurden zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet:

Konvolut Ausschreibungsunterlagen Zu- und Umbau Kindergarten

und Volksschule Z – Baumeisterarbeiten (Beilage./1)

Sodann hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 19.04.2018 vorgebracht wie folgt:

„In der außen bezeichneten Vergabesache wird nachstehende

REPLIK

erstattet.

1. Der Beschwerdeführer hat mit der Beschwerde das Protokoll der Gemeinderatsitzung vom 19.03. vorgelegt: Aus dem Protokoll über Beschlussfassung über Vergabe zur Projektbegleitung Vergabeverfahren durch JJ vorgesehen war und auch stattgefunden hat. Die Aufforderung zur Anbotsiebung erfolgte bereits am 15.03. Das heißt, dass die JJ bereits vor dem Gemeinderatsbeschluss tätig war. Der Antragsteller ist Gemeindevorstand und Mitglied des Bauausschusses. Weder im Gemeinderat noch im Bauausschuss noch im Vorstand wurde vor dem 19.03. die Vergabe an die JJ thematisiert.

2. Nach Ansicht des Antragstellers kann die - Aufforderung zur Anbotslegung - bei dem Fristenlauf der Anbotsfrist nicht so gelten.

3. Nachvollziehbar ist demnach, dass die JJ ohne Gemeinderatsbeschluss bzw. ohne Beschluss eines Gremiums tätig wurde. Festgestellt wurde, dass die Ausschreibung mit Bekanntgabe im Boten von Tirol für Elektroarbeiten und Sanitärinstallationsarbeiten mit Datum 14.03. erfolgt ist. Demnach ist hier offenbar noch viel früher die Beauftragung - ohne Gemeinderatsbeschluss - erfolgt.

4. Eine Ungereimtheit besteht auch darin, dass bzgl. Elektroarbeiten und Sanitärinstallationsarbeiten eine öffentliche Bekanntgabe erfolgte, obwohl die Auftragssumme dieser Gewerke wesentlich kleiner ist. Der Antragsteller vermutet, dass Zweck der vorgangsweise bzgl. Baumeisterarbeiten der war, dass dem Antragsteller die Möglichkeit zur Anbotserstellung genommen wurde.

5. Wie dargelegt gibt es keinen Gemeinderatsbeschluss und auch keinen Beschluss eines sonstigen Gemeindegremiums über die Namhaftmachung der Firmen, die zur Anbotslegung eingeladen werden,

6. Da es sich um eine Wiederholung der Ausschreibung handelt, müssten laut Vergabegesetz die Firmen, die für die Anbotslegung eingeladen werden, gewechselt werden. Dies ist offenbar - zumindestens nach Kenntnisstand des Antragsstellers - nicht gegeben.

7. Der Beschwerdeführer in seiner Funktion als Gemeinderat, Gemeindevorstand und Mitglied des Bauausschusses hat nichts von der beabsichtigten Form der Ausschreibung gewusst,

8. Der Beschwerdeführer befürchtet, dass - wie bei der vorangegangenen Ausschreibung - wiederum die Firma FF zum Zug kommen soll. Hier besteht - wie dargelegt werden kann - ein Naheverhältnis.

9. Gemäß Vergabegesetz müssen aber neben dem Preis noch weitere Vergabekriterien festgelegt werden: Es darf nicht nur an den Billigstbieter sondern muss auch an den Bestbieter vergeben werden. Zu diesem Thema ist keine Festlegung der Vergabekriterien bekannt. Ein Kriterium ist sicher, ob der Betrieb in der Gemeinde Steuern bezahlt oder nicht (Kommunalsteuer).

10. Da es nie eine Beschlussfassung in einem Gremium gegeben hat, hat der Antragsteller auch nie die Möglichkeit gehabt, sich für die Anbotslegung zu bewerben.

11. Es wurde nicht einmal bei der Gemeinderatssitzung am 19.03. die einzuleitenden Vergabeverfahren beschlossen (offenes Verfahren oder nicht offenes Verfahren, mit oder ohne Bekanntmachung). Einige Gewerke werden in Direktvergabe gegeben. Die Vorgangsweise wurde in keinem Gremium der Gemeinde beschlossen. Demnach scheint nachvollziehbar, dass es sich bei der gesamten Vorgangsweise um einen Alleingang des Bürgermeisters handelt, der offenbar im Alleingang die JJ beauftragt hat.

Aus all diesen Gründen ist der Nachprüfungsantrag gerechtfertigt.“

Beweis wurde aufgenommen durch Einsichtnahme in die vorgelegten Urkunden und den Akt des Landesverwaltungsgerichts.

II. Sachverhalt:

Auftraggeberin ist die Gemeinde Z, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSd § 1 Abs 1 TVergNG 2006 handelt. Für die Auftraggeberin hat die Firma JJ Dienstleisutngs GmbH die Abwicklung des Vergabeverfahrens übernommen.

Die Auftraggeberin hat ein Vergabeverfahren betreffend einen Bauauftrag im Unterschwellenbereich „Zu- und Umbau Kindergarten und Volksschule – Gemeinde Z – Baumeisterarbeiten“ durchgeführt, wobei die Ausschreibung im nicht offenen Verfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung vorgenommen wurde.

Aus Beilage./1 ergibt sich, dass für die Angebotsabgabe der 05.04.2018, vorgesehen war. An diesem Tag war auch die Angebotsöffnung eine Stunden nach dem Angebotsabgabeende vorgesehen. Den in Beilage./1 erliegenden Ausschreibungsunterlagen lässt sich nunmehr entnehmen, dass ein Vergabeverfahren im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung im Unterschwellenbereich erfolgt und der Zuschlag an den Bieter, der das niedrigste Angebot gelegt hat, erteilt werden soll.

Aus Beilage./1 ergibt sich weiters, dass der Auftraggeber einen geschätzten Auftragswert von Euro 580.000,00 sachverständig ermitteln ließ.

Die Auftraggeberin hat fünf Unternehmen eingeladen, Angebote abzugeben und wurden letztlich von vier Unternehmen tatsächlich Angebote abgegeben. Angebote wurden von den Firmen DD, II AG & Co KG (Hochbau), FF GmbH und GG GmbH abgegeben. Nach der Angebotsöffnung wurden die Angebote geprüft, jedoch wurde noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen. In der Gemeinderatssitzung vom 12.04.2018 hätte eine Beschlussfassung zur Vergabe über die Baumeisterarbeiten betreffend den Zu- und Umbau Kindergarten/Kinderkrippe und Volksschule Z erfolgen sollen.

Bei den Unternehmen, die zur Angebotsabgabe eingeladen wurden, handelt es sich um befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen.

Das Vergabeverfahren wurde elektronisch mittels der Vergabeplattform KK durchgeführt.

Der Antragsteller ist nach seinem Vorbringen konzessionierter Planer und Bauunternehmer (konzessionierter Baumeisterbetrieb) und hatte ein Interesse am gegenständlichen Auftrag dargelegt. Nach seinem Vorbringen würde ihm ein Schaden drohen, da er als Unternehmer nicht zum Zug käme.

Dem Antragsteller wurde durch die Einladung zur Gemeinderatssitzung am 12.04.2018 bekannt, dass Baumeisterarbeiten für das Vergabeverfahren Zu- und Umbau Kindergarten/Kinderkrippe und Volksschule Z ausgeschrieben worden waren. Von der vorgesehenen Beschlussfassung hat der Antragsteller am 06.04.2018 erfahren. Dass die Baumeisterarbeiten in einem nicht offenen Verfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung ausgeschrieben wurden und die Angebotsfrist bereits abgelaufen ist hat der Beschwerdeführer durch das E-Mail der Firma JJ Dienstleistungs GmbH am 09.04.2018 erfahren.

Im Vergabevermerk hat die Auftraggeberin festgehalten, dass Aufträge mit einer geschätzten Auftragssumme von unter Euro 1 Mio als nicht offenes Verfahren ohne Bekanntmachung ausgeschrieben werden können und der geschätzte Nettoauftragswert vom Planer sach- und fachkundig ermittelt wurde und das gesamte Bauvorhaben in Lose unterteilt wird und sich die geschätzte Auftragssumme für das gesamte Bauvorhaben im Unterschwellenbereich befindet, da die geschätzte Auftragssumme ca Euro 2.300.000,00 netto betragen wird.

### III. Beweiswürdigung:

Die vorgenannten Feststellungen ergeben sich aus den vorgelegten Unterlagen.

Dass ein nicht offenes Verfahren ohne vorhergehende Bekanntmachung gewählt wurde, ergibt sich aus Beilage./1 sowie Beilage./C.

Die Feststellungen über den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen sowie zu der Aufforderung zur Angebotsabgabe an die zuvor genannten Unternehmen ergibt sich aus Beilage./1, Beilage./C sowie dem Vorbringen der Antragstellerin.

### IV. Rechtslage:

TVergNG 2006

## Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts

[...]

(2) Bis zur Erteilung des Zuschlages bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Landesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und die hierzu erlassenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

[...]

## § 6

### Fristen für Nachprüfungsanträge

(1) Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung sind bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

(2) Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Frist, außer im Fall der Anfechtung einer nach § 55 Abs. 5 oder § 219 Abs. 5 des Bundesvergabegesetzes 2006 freiwillig bekannt gemachten Entscheidung, auf sieben Tage.

(3) Bei der Durchführung einer Direktvergabe beträgt die Frist sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

(4) Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen sowie der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages können über die in den Abs. 1 und 2 angeführten Zeiträume hinaus bis spätestens sieben Tage vor dem Ablauf der Angebotsfrist, der Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder der Teilnahmefrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Wenn die Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen bzw. die Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages auf brieflichem Weg übermittelt werden, tritt die Verlängerung der Nachprüfungsfrist erst ein, wenn die Angebotsfrist, die Frist zur Vorlage der Wettbewerbsarbeiten oder die Teilnahmefrist mehr als 22 Tage beträgt.

## § 7

### Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags

(1) Ein Antrag nach § 5 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung,
2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,
3. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, insbesondere bei der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung die Bezeichnung des für den Zuschlag in Aussicht genommenen Bieters,
4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,
5. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet,
6. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. den Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidung und
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

[...]

## § 10

### Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers

(1) Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zug eines Vergabeverfahrens ergangene, gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 7 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

[...]

## § 19

### Gebühren, Gebührenersatz

(1) Für Anträge nach den §§ 5 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 14 Abs. 1 hat der Antragsteller bei der Einbringung des Antrages eine Gebühr zu entrichten, deren Höhe sich nach dem vom Auftraggeber durchgeföhrten Verfahren richtet.

[...]

(5) Der vor dem Landesverwaltungsgericht gänzlich oder zumindest teilweise obsiegende Antragsteller hat 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.

(6) Ein Anspruch auf Gebührenersatz nach Abs. 5 besteht für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben oder dieser Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

BVergG 2006

### Begriffsbestimmungen

[...]

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

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

[...]

cc) im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb; die Aufforderung zur Angebotsabgabe;

sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung;

die Zuschlagsentscheidung;

[...]

Berechnung des geschätzte

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)