

TE Lvwg Erkenntnis 2014/8/5 LVwG-2014/S3/1771-6

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 05.08.2014

Entscheidungsdatum

05.08.2014

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §139 Abs2 Z2

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Mit Schriftsatz vom 30.06.2014, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 30.06.2014 um 15.22 Uhr eingelangt, hat die Bietergemeinschaft X IMS Baugrube, 1. Firma A, C, Adresse, 2. Firma B, C, Adresse (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch die Rechtsanwälte, C, Adresse, die Nachprüfung des von der X – X, D, Adresse (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vorgenommenen Widerrufs betreffend „Neubau Gebäude Innere Medizin Gewerk Baugrube – Sicherung und Aushub“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Mit Schriftsatz vom 30.06.2014, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 30.06.2014 um 15.22 Uhr eingelangt, hat die Bietergemeinschaft römisch zehn IMS Baugrube, 1. Firma A, C, Adresse, 2. Firma B, C, Adresse (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch die Rechtsanwälte, C, Adresse, die Nachprüfung des von der römisch zehn – römisch zehn, D, Adresse (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vorgenommenen Widerrufs betreffend „Neubau Gebäude Innere Medizin Gewerk Baugrube – Sicherung und Aushub“ beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat durch den Senat 3 unter Vorsitz von Herrn Dr. Sigmund Rosenkranz, Frau Mag. Bettina Weißgatterer als Berichterstatterin und Herrn Dr. Volker-Georg Wurdinger als weiteres Mitglied

zu Recht erkannt:

1. Die Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin in der Ausschreibung „Neubau Gebäude Innere Medizin Gewerk Baugrube – Sicherung und Aushub“ wird für nichtig erklärt.
2. Die einstweilige Verfügung des Landesverwaltungsgericht Tirol vom 07.07.2014, ZI LVwG-****, wird aufgehoben.
3. Die Auftraggeberin ist schuldig, die von der Antragstellerin entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 3.372,00 (davon Euro 2.075,00 für den Nachprüfungsantrag und Euro 1.297,00 für den Antrag auf Erlassung einer

einstweiligen Verfügung) zu Handen der Antragstellervertreter binnen einer Frist von zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

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

Mitteilung

Die Antragstellerin hat nach dem Gebührengesetz 1957 folgende Eingabegebühren zu entrichten:

Nachprüfungsantrag vom 30.06.2014	Euro	14,30
Beilage ./A, mehr als 6 Bögen	Euro	23,40
Beilage ./B, 1 Bogen	Euro	3,90
Beilage ./C, 1 Bogen	Euro	3,90
Schriftsatz vom 03.07.2014	Euro	14,30
Summe	Euro	59,80

Die Gebührenentrichtung hat auf das Konto des Amtes der Tiroler Landesregierung bei der Bank AG, IBAN: *****, BIC: *****, unter Angabe der gegenständlichen Aktenzahl mittels des beiliegenden Erlagscheines zu erfolgen. Die Zahlung muss bar und abzugsfrei in der oben genannten Höhe erfolgen, sodass die Behörde über den vollen Gebührenbetrag verfügen kann.

Die Entrichtung der Gebührenschuld hat innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieses Schriftsatzes zu erfolgen. Wird die Gebühr nicht innerhalb der gesetzten Frist entrichtet, wird eine zwingende Gebührenerhöhung um 50 % der verkürzten Gebühr im Sinne des § 9 Gebührengesetz erfolgen. Die Entrichtung der Gebührenschuld hat innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung dieses Schriftsatzes zu erfolgen. Wird die Gebühr nicht innerhalb der gesetzten Frist entrichtet, wird eine zwingende Gebührenerhöhung um 50 % der verkürzten Gebühr im Sinne des Paragraph 9, Gebührengesetz erfolgen.

Für den Fall, dass die mitgeteilten Gebühren nicht ordnungsgemäß entrichtet werden, wird gemäß § 34 Gebührengesetz 1957 eine Meldung an das Finanzamt erstattet werden, welches die Gebühren sodann mit Bescheid vorschreiben wird. Für den Fall, dass die mitgeteilten Gebühren nicht ordnungsgemäß entrichtet werden, wird gemäß Paragraph 34, Gebührengesetz 1957 eine Meldung an das Finanzamt erstattet werden, welches die Gebühren sodann mit Bescheid vorschreiben wird.

Entscheidungsgründe

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 30.06.2014, beim Landesverwaltungsgericht Tirol am 30.06.2014 um 15.22 Uhr

eingelangt, hat die Antragstellerin die Nachprüfung der von der Auftraggeberin vorgenommenen Widerrufsentscheidung für das Vergabeverfahren „Neubau Gebäude Innere Medizin Gewerk Baugrube – Sicherung und Aushub“ begehrt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt und hiezu im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„In umseits bezeichneter Rechtssache hat die Antragstellerin die Rechtsanwälte, C, Adresse, die sich auf die ihnen erteilte Vollmacht berufen, mit seiner rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt. Die Antragstellerin stellt durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter nachstehenden

I. A N T R A G A U F N A C H P R Ü F U N G römisch eins. A N T R A G A U F N A C H P R Ü F U N G

1. Bekämpftes Vergabeverfahren und Antragslegitimation:

Die Antragstellerin beantragt gemäß § 5 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz (LGBL Nr. 17/2010 idF LGBL Nr. 130/2013 nachfolgend kurz "TirVNPG") bzw. § 320 Abs 1 Bundesvergabegesetz 2006 (nachfolgend kurz "BVergG 2006") die Einleitung und Durchführung der Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Antragsgegnerin, der Widerrufsentscheidung. Die angefochtene Widerrufsentscheidung zählt gemäß § 2 Z 16 lit a BVergG 2006 zu einem gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus einer zu ****, des Handelsgerichtes C mit Sitz in C registrierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer zu **** des Handelsgerichtes C registrierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C. Die Bildung einer Bietergemeinschaft mit maximal zwei Mitgliedern ist zulässig (Ausschreibungsordnung, Punkt C.2.3.1.). Die Antragstellerin ist Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren. Die Antragstellerin beantragt gemäß Paragraph 5, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz (LGBL Nr. 17 aus 2010, in der Fassung LGBL Nr. 130 aus 2013, nachfolgend kurz "TirVNPG") bzw. Paragraph 320, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006 (nachfolgend kurz "BVergG 2006") die Einleitung und Durchführung der Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Antragsgegnerin, der Widerrufsentscheidung. Die angefochtene Widerrufsentscheidung zählt gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, BVergG 2006 zu einem gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Die Antragstellerin ist eine Bietergemeinschaft bestehend aus einer zu ****, des Handelsgerichtes C mit Sitz in C registrierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung und einer zu **** des Handelsgerichtes C registrierte Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in C. Die Bildung einer Bietergemeinschaft mit maximal zwei Mitgliedern ist zulässig (Ausschreibungsordnung, Punkt C.2.3.1.). Die Antragstellerin ist Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren.

Die Auftraggeberin und Antragsgegnerin ist ein öffentlicher Auftraggeber. Die Auftraggeberin und Antragsgegnerin X - X, **** ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das Land Tirol ist zu 100 % Eigentümer der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin ist laut Punkt B.I. der Ausschreibungsordnung eine öffentliche Auftraggeberin. Da die Antragsgegnerin ein Unternehmen ist, an dem ein Land mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist, unterliegt das gegenständliche Vergabeverfahren gemäß § 1 Abs 2 Z 3 TirVNPG eine Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht Tirol. Die Auftraggeberin und Antragsgegnerin ist ein öffentlicher Auftraggeber. Die Auftraggeberin und Antragsgegnerin römisch zehn - römisch zehn, **** ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Das Land Tirol ist zu 100 % Eigentümer der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin ist laut Punkt B.I. der Ausschreibungsordnung eine öffentliche Auftraggeberin. Da die Antragsgegnerin ein Unternehmen ist, an dem ein Land mit mindestens 50 % des Stamm-, Grund- oder Eigenkapitals beteiligt ist, unterliegt das gegenständliche Vergabeverfahren gemäß Paragraph eins, Absatz 2, Ziffer 3, TirVNPG eine Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht Tirol.

Die Antragsgegnerin hat einen Bauauftrag für das Gewerk Baugrube - Sicherung und Aushub für das Projekt Neubau Gebäude Innere Medizin/Südtrakt ausgeschrieben. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich (Ausschreibungsordnung, Punkt IV.1.1., C.1.11.) nach dem Billigstbieterprinzip (Ausschreibungsordnung, Punkt IV.2.1.). Die Vorinformation erfolgte im ABl. 2014/S 010-012322 vom 15.1.2014. Die Bekanntmachung erfolgte am 12.3.2014. Die Antragsgegnerin hat einen Bauauftrag für das Gewerk Baugrube - Sicherung und Aushub für das Projekt Neubau Gebäude Innere Medizin/Südtrakt ausgeschrieben. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich (Ausschreibungsordnung, Punkt römisch vier.1.1., C.1.11.) nach dem Billigstbieterprinzip (Ausschreibungsordnung, Punkt römisch vier.2.1.). Die Vorinformation erfolgte im ABl. 2014/S 010-012322 vom 15.1.2014. Die Bekanntmachung erfolgte am 12.3.2014.

Angebote waren bis spätestens 8.4.2014, 11.00 Uhr zu legen. Die Antragstellerin legte ihr Angebot fristgerecht. Zur Öffnung der Angebote am 8.4.2014, 12.00 Uhr waren Bieter und ihre Bevollmächtigten zugelassen.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 28.5.2014 gab die Antragsgegnerin bekannt, dass sie beabsichtigt, dem Angebot einer anderen Bieterin den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, welche zu GZ LVwG-**** beim Landesverwaltungsgericht Tirol anhängig war. Mit Schreiben vom 11.6.2014 hat die Antragsgegnerin die Zuschlagsentscheidung widerrufen und hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag zurückgezogen.

In der Folge hat die Antragsgegnerin sämtliche Angebote außer dem Angebot der Antragstellerin ausgeschieden und mit Schreiben vom 18.6.2014 den Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 erklärt. In der Folge hat die Antragsgegnerin sämtliche Angebote außer dem Angebot der Antragstellerin ausgeschieden und mit Schreiben vom 18.6.2014 den Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 erklärt.

Beweis: Ausschreibungsordnung (./A)

Widerrufsentscheidung vom 18.6.2014 (./B)

Zeuge Dipl. Ing. FM, p.A. der Antragstellerin

Die bekämpfte Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin am 18.6.2014 zur Kenntnis gelangt. 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 gemäß § 6 TirVNPG binnen 10 Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Die gesondert anfechtbare Entscheidung wurde der Antragstellerin mit eMail vom 18.6.2014 übermittelt. Daher ist der Nachprüfungsantrag im Sinne des § 6 TirVNPG bzw. im Sinne des § 321 BVergG 2006 mit Einbringung am 6.6.2014 rechtzeitig. Die bekämpfte Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin am 18.6.2014 zur Kenntnis gelangt. 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 gemäß Paragraph 6, TirVNPG binnen 10 Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit erstmaliger Verfügbarkeit der Bekanntmachung. Die gesondert anfechtbare Entscheidung wurde der Antragstellerin mit eMail vom 18.6.2014 übermittelt. Daher ist der Nachprüfungsantrag im Sinne des Paragraph 6, TirVNPG bzw. im Sinne des Paragraph 321, BVergG 2006 mit Einbringung am 6.6.2014 rechtzeitig.

Der Auftragswert der zu vergebenden Leistungen (Gewerk Baugrube Sicherung und Aushub) liegt etwa bei € 1.750.000,00 netto, der Wert der gesamten zu vergebenden Leistungen liegt bei etwa € 55.000.000,00 netto (Ausschreibungsordnung, Punkt II.2.1., Punkt C.1.11.) der Schwellenwert von € 5.186.000,00 ist somit jedenfalls überschritten. Der Auftragswert der zu vergebenden Leistungen (Gewerk Baugrube Sicherung und Aushub) liegt etwa bei € 1.750.000,00 netto, der Wert der gesamten zu vergebenden Leistungen liegt bei etwa € 55.000.000,00 netto (Ausschreibungsordnung, Punkt römisch zwei.2.1., Punkt C.1.11.) der Schwellenwert von € 5.186.000,00 ist somit jedenfalls überschritten.

Mit Beilage ./C wird von der Antragstellerin der Nachweis erbracht, dass die Gebühr gemäß § 19 TirVNPG entrichtet wurde. Da die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren bereits einen Antrag nach § 5 Abs 1 TirVNPG eingebracht hat, hat sie gemäß § 2 Abs 3 Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung nur 80 % der vorgeschriebenen Gebühren zu entrichten. Mit Beilage ./C wird von der Antragstellerin der Nachweis erbracht, dass die Gebühr gemäß Paragraph 19, TirVNPG entrichtet wurde. Da die Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren bereits einen Antrag nach Paragraph 5, Absatz eins, TirVNPG eingebracht hat, hat sie gemäß Paragraph 2, Absatz 3, Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung nur 80 % der vorgeschriebenen Gebühren zu entrichten.

Beweis: Zahlungsbeleg über Gebührenentrichtung vom 30.6.2014 (./C)

2. Angaben zum drohenden Schaden:

Die Antragstellerin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt und ein Interesse den Zuschlag zu erhalten. Bei Widerruf und dadurch Nichtbeauftragung droht der Antragstellerin ein Schaden dadurch, dass sie durch den Auftrag das Erfüllungsinteresse im Ausmaß des Deckungsbeitrages und Gewinns nicht realisieren könnte. Weiters

droht der Antragstellerin ein weiterer erheblicher Schaden dadurch, dass sie als Bieterin zur Erlangung weiterer Vergabeaufträge bei öffentlichen Aufträgen entsprechende Referenzprojekte nachzuweisen hat und ihr aus der Nichtbeauftragung mit den gegenständlichen Leistungen auch die Möglichkeit zur Erstellung solcher Referenzprojekte entgeht. Ferner droht der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe der frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung. Der Antragstellerin würde die Möglichkeit der Auslastung an Personal und Geräten entgehen und Folgekosten für die notwendige Akquisition von anderen Aufträgen entstehen.

Beweis: Zeuge Mag. (FH) HH, p.A. der Antragstellerin

3. Zur Rechtswidrigkeit der Entscheidungen der Antragsgegnerin:

Die Antragsgegnerin stützt ihre Widerrufsentscheidung auf § 139 Abs 2 Z 2 BVergG, wonach nach Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot verbleibt. Die Antragsgegnerin stützt ihre Widerrufsentscheidung auf Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, wonach nach Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, nur ein Angebot verbleibt.

Die Antragsgegnerin hat neben der **Baugesellschaft mbH & Co KG auch die ** AG & CO KG und die ** ausgeschieden. Jedenfalls hinsichtlich der ** erfolgte die Ausscheidensentscheidung vom 18.6.2014 jedoch zu Unrecht. Es liegt kein wie auch immer gearteter Grund vor, welcher eine solche Ausscheidensentscheidung gerechtfertigt hätte. Es ist zu vermuten, dass auch die Ausscheidensentscheidung betreffend ** AG & CO KG zu Unrecht erfolgte und beide Ausscheidensentscheidungen nur aus dem Grund erfolgten, um der Antragsgegnerin den fakultativen Widerrufsgrund gemäß § 139 BVergG zu ermöglichen. Die Antragsgegnerin hat neben der **Baugesellschaft mbH & Co KG auch die ** AG & CO KG und die ** ausgeschieden. Jedenfalls hinsichtlich der ** erfolgte die Ausscheidensentscheidung vom 18.6.2014 jedoch zu Unrecht. Es liegt kein wie auch immer gearteter Grund vor, welcher eine solche Ausscheidensentscheidung gerechtfertigt hätte. Es ist zu vermuten, dass auch die Ausscheidensentscheidung betreffend ** AG & CO KG zu Unrecht erfolgte und beide Ausscheidensentscheidungen nur aus dem Grund erfolgten, um der Antragsgegnerin den fakultativen Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, BVergG zu ermöglichen.

Wurde aber die ** zu Unrecht aus dem Verfahren ausgeschieden, steht der Antragsgegnerin der Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG nicht offen. Wurde aber die ** zu Unrecht aus dem Verfahren ausgeschieden, steht der Antragsgegnerin der Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG nicht offen.

Vorgetäuschte Gründe können jedenfalls keinen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen (siehe BVA 29.8.2002, ****), ebensowenig rechtswidrige Ausscheidensentscheidungen.

In eventu: Im Übrigen hätte die Antragsgegnerin - selbst wenn sie die ** zu Recht ausgeschieden hätte - unter pflichtgemäßer Übung des ihm durch diese Bestimmung verliehenen Ermessens zu prüfen gehabt, ob die Ausschreibung im Hinblick auf die im Wesentlichen durch formale Ausscheidenstatbestände bewirkte Verringerung des Wettbewerbes im Interesse der Förderung eines möglichst breiten Wettbewerbes nicht zu widerrufen sein wird (siehe BVA 12.5.1999, ****).

Im gegenständlichen Fall hatte die Antragstellerin zuerst der ****Gesellschaft mbH & Co KG den Zuschlag erteilen wollen, dabei aber keine Ausscheidensgründe der anderen Bieter gesehen. Erst nach Bekämpfung dieser Zuschlagsentscheidung hat sie hinsichtlich der übrigen Bieter (mit Ausnahme der Antragstellerin) Ausscheidensentscheidungen gefällt, um so den Widerruf des Vergabeverfahrens aussprechen zu können. Ein sachlicher Grund liegt dafür aber nicht vor, weil der Antragsgegnerin ausreichende Angebote vorlagen und aufgrund des Billigstbieterprinzips auch keine Einschränkung des Wettbewerbs dadurch gegeben ist, dass die Antragsgegnerin außer der Antragstellerin alle anderen Bieter ausscheiden musste. Die Antragsgegnerin hatte - da sie von allen Bietern Angebote erhielt (die Ausscheidensentscheidungen hat sie ja erst im Nachhinein getroffen) - auch ausreichende Angebote vorliegen, um die Preise und übrigen Merkmale verschiedener Angebote miteinander zu vergleichen (siehe dazu BVVA 15.2.2000, ****).

Es ist allgemein anerkannt, dass die Antragstellerin das ihr eingeräumte Ermessen iSd Gesetzes auszuüben hat. Ein Widerruf ist daher trotz Vorliegens nur eines Angebotes unzulässig, wenn mehrere Angebote eingelangt sind, diese miteinander vergleichbar waren aber alle bis auf das verbleibende Angebot ausgeschieden wurden (zB aus formalen

Gründen) (siehe dazu auch G. Sticker/G. Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 40 zu §§ 138, 139 mit Verweis auf Estermann in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht2 S. 587f). In einem solchen Fall ändert dies nämlich nichts an der Tatsache, dass das verbleibende Angebot auch dann zum Zug gekommen wäre, wenn die beiden nach ihr gereihten nicht aus formalen Gründen hätten ausgeschieden werden müssen. Es ist allgemein anerkannt, dass die Antragstellerin das ihr eingeräumte Ermessen iSd Gesetzes auszuüben hat. Ein Widerruf ist daher trotz Vorliegens nur eines Angebotes unzulässig, wenn mehrere Angebote eingelangt sind, diese miteinander vergleichbar waren aber alle bis auf das verbleibende Angebot ausgeschieden wurden (zB aus formalen Gründen) (siehe dazu auch G. Sticker/G. Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 40 zu Paragraphen 138, 139, mit Verweis auf Estermann in Heid/Preslmayr (Hrsg), Handbuch Vergaberecht2 S. 587f). In einem solchen Fall ändert dies nämlich nichts an der Tatsache, dass das verbleibende Angebot auch dann zum Zug gekommen wäre, wenn die beiden nach ihr gereihten nicht aus formalen Gründen hätten ausgeschieden werden müssen.

Da die Antragsgegnerin zumindest die ** zu Unrecht ausgeschieden hat (vermutlich um in den Genuss des Widerrufsgrundes gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG zu gelangen) und darüber hinaus kein sachlicher Grund vorliegt, welcher einen Widerruf rechtfertigt, ist die Widerrufsentscheidung vom 18.6.2014 rechtswidrig. Da die Antragsgegnerin zumindest die ** zu Unrecht ausgeschieden hat (vermutlich um in den Genuss des Widerrufsgrundes gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zu gelangen) und darüber hinaus kein sachlicher Grund vorliegt, welcher einen Widerruf rechtfertigt, ist die Widerrufsentscheidung vom 18.6.2014 rechtswidrig.

Beweis: Widerrufsentscheidung vom 18.6.2014 (./B)

Zeuge Mag. (FH) HH, p.A. der Antragstellerin

Zeuge Dipl.-Ing. WH, p.A. der Antragstellerin

4. Anträge:

Es werden somit gemäß § 5 TirVNPG die Es werden somit gemäß Paragraph 5, TirVNPG die

A N T R Ä G E

gestellt, das Landesverwaltungsgericht Tirol möge eine mündlichen Verhandlung anberaumen und nach deren Durchführung die Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin vom 18.6.2014 für nichtig erklären.

I I. A N T R A G A U F E R L A S S U N G E I N E R römisch eins römisch eins. A N T R A G A U F E R L A S S U N G E römisch eins N E R

E I N S T W E I L I G E N V E R F Ü G U N G E römisch eins N S T W E römisch eins L römisch eins G E N römisch fünf E R F Ü G U N G

Dem obigen Antrag auf Nachprüfung und Nichtigerklärung kommt keine aufschiebende Wirkung zu. Durch den möglichen Abschluss eines Vertrages mit einem Teilnehmer des gegenständlichen rechtswidrigen Vergabeverfahrens wird jedoch eine weitere Schädigung der Antragstellerin entstehen.

In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf § 14 Abs 4 TirVNPG 2006 hinzuweisen, wonach eine Nichtigerklärung nach Erklärung des Widerrufs nicht mehr In Betracht kommt. In diesem Falle könnte das Landesverwaltungsgericht Tirol lediglich feststellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung vorliegt, beispielsweise ob die Widerrufsentscheidung wegen Verstoß gegen das BVergG 2006 bzw. allgemeine Grundsätze des Vergaberechts rechtswidrig war. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf Paragraph 14, Absatz 4, TirVNPG 2006 hinzuweisen, wonach eine Nichtigerklärung nach Erklärung des Widerrufs nicht mehr In Betracht kommt. In diesem Falle könnte das Landesverwaltungsgericht Tirol lediglich feststellen, ob eine behauptete Rechtsverletzung vorliegt, beispielsweise ob die Widerrufsentscheidung wegen Verstoß gegen das BVergG 2006 bzw. allgemeine Grundsätze des Vergaberechts rechtswidrig war.

Mit der Widerrufsentscheidung vom 18.6.2014 wurde mitgeteilt, dass die Stillhaltefrist am 30.6.2014 endet. Durch die angefochtene rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerin wird der Antragstellerin die Aussicht auf eine ihr gebührende Zuschlagserteilung genommen würde der Antragstellerin daraus ein erheblicher Schaden entstehen.

Im Fall der Nichterlassung der einstweiligen Verfügung droht der Antragstellerin nämlich ein Schaden dadurch, dass ihr Angebot, als einzig verbleibendes Angebot, nicht den Zuschlag erhält, sondern das Vergabeverfahren widerrufen wird. In Bezug auf den drohenden Schaden beruft sich die Antragstellerin auf Punkt 1.2. (Nachprüfungsantrag), der ebenfalls

zum Vorbringen dieses Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemacht wird. Der Schaden der Antragstellerin liegt in den durch die Beteiligung am Vergabeverfahren entstandenen Kosten, den Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung, im entgangenen Gewinn und Im Verlust eines Referenzprojektes. Dabei handelt es sich nach der ständigen Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigenden Vermögensnachteil (BVA 25.9.2007, ***** u.a.).

Eine lediglich ex post getroffene Feststellung über die Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen vermag die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen. Insbesondere im Hinblick auf die entzogene Möglichkeit zur Ausführung eines Referenzprojektes können weder eine ex post getroffene Feststellung noch ein allfällig von der Antragsgegnerin zu zahlender Schadenersatz den tatsächlich entstandenen Schaden der Antragstellerin ausgleichen. Nur wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Grundsatz des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor dem Zuschlag vorliegen, wäre eine einstweilige Verfügung nicht zu erlassen (BVA 9.1.2004, 03N-1/04-07, BVA 9.1.2008, N/004-BVA/02/2008-IV9).

Ein besonderes öffentliches Interesse am umgehenden Widerruf des Vergabeverfahrens besteht nicht. Auch überwiegende Interessen der anderen Bieter oder der Antragsgegnerin an der umgehenden Fortführung des Vergabeverfahrens bestehen nicht. Die Hintanhaltung eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens hat jedenfalls Vorrang vor der Raschheit eines Verfahrens (BVA 20.1.2004, *****). Da ein gewissenhafter Auftraggeber überdies eine mit einem Nachprüfungsverfahren einhergehende Zeitverzögerung bei seiner zeitlichen Planung berücksichtigen muss, hat eine Interessenabwägung jedenfalls zugunsten der Antragstellerin auszufallen.

Das mit dieser einstweiligen Verfügung beantragte Verbot des Widerrufs durch die Antragsgegnerin ist das gelindeste Mittel, um das Interesse der Antragstellerin abzusichern, weil nur so eine Zuschlagschance aufrechterhalten werden kann. Die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter liegt im Interesse aller Beteiligten und auch im öffentlichen Interesse (VfGH 25.10.2001, B1369/01). Es wird daher die Untersagung des Widerrufs begehrt.

Die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens ist ausreichend, weil in § 12 Abs 4 TirVNPG keine Höchstfrist festgesetzt wird, weshalb nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist abgesehen werden kann (BVA 18.11.2008, N/0147-BVA/10/2008 mwN). Die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens ist ausreichend, weil in Paragraph 12, Absatz 4, TirVNPG keine Höchstfrist festgesetzt wird, weshalb nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum festgesetzten Frist abgesehen werden kann (BVA 18.11.2008, N/0147-BVA/10/2008 mwN).

Beweis: Ausschreibungsordnung (./A)

Widerrufsentscheidung vom 18.6.2014 (./B)

Zeuge Mag. (FH) HH, p.A. der Antragstellerin

Unter Zugrundelegung des Vorbringens oben In Punkt I. dieses Schriftsatzes, der angebotenen Beweise und der vorgelegten Unterlagen wird sohin der Unter Zugrundelegung des Vorbringens oben In Punkt römisch eins. dieses Schriftsatzes, der angebotenen Beweise und der vorgelegten Unterlagen wird sohin der

A N T R A G

gestellt, das Landesverwaltungsgericht Tirol möge durch einstweilige Verfügung folgende vorläufige Maßnahmen anordnen:

Der Auftraggeberin X - X wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit in der Hauptsache untersagt, das Vergabeverfahren "Neubau Gebäude Innere Medizin Baugrube Sicherung und Aushub" zu widerrufen. Der Auftraggeberin römisch zehn - römisch zehn wird bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Nichtigkeit in der Hauptsache untersagt, das Vergabeverfahren "Neubau Gebäude Innere Medizin Baugrube Sicherung und Aushub" zu widerrufen.

I I I . A N T R A G A U F A K T E N E I N S I C H Trömisches römisch eins römisch eins. A N T R A G A U F A K T E N E römisch eins N S römisch eins C H T

Weiters wird gestellt der

ANTRAG ,

das Landesverwaltungsgericht Tirol möge

der Antragstellerin Akteneinsicht in alle von der Antragsgegnerin vorzulegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens gewähren, sofern dies nicht Geschäftsinteressen Dritte beeinträchtigen würde.

IV. ANTRAG AU F E R S A T Z D E R E N T R I C H T E T E N römisch eins römisch fünf. ANTRAG AU F E R S A T Z D E R E N T R römisch eins C H T E T E N

PAUSCHALGEBÜHREN

Weiters wird gestellt der

ANTRAG ,

das Landesverwaltungsgericht Tirol möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten bzw. allenfalls noch zu entrichtenden Pauschalgebühren gemäß § 19 TirVNPG 2006 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.“das Landesverwaltungsgericht Tirol möge die Antragsgegnerin verpflichten, der Antragstellerin die von ihr entrichteten bzw. allenfalls noch zu entrichtenden Pauschalgebühren gemäß Paragraph 19, TirVNPG 2006 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.“

Unter einem hat die Antragstellerin folgende Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

- ? Ausschreibungsordnung (Beilage ./A)
- ? Widerrufsentscheidung vom 18.06.2014 (Beilage ./B)
- ? Einzahlungsbeleg Pauschalgebühr (Beilage ./C)

Mit Schriftsatz der Antragstellerin vom 02.07.2014 hat die Antragstellerin die Rückerstattung der zu viel erstatteten Pauschalgebühr beantragt und hiezu ausgeführt wie folgt:

„In umseits bezeichneter Vergaberechtssache erstattet die Antragstellerin durch ihre ausgewiesenen Rechtsvertreter nachstehenden:

ANTRAG AUFRÜCKERSTATTUNG DER ZU VIEL ANTRAG AUFRÜCKERSTATTUNG DER ZU römisch fünf römisch eins E L

ENTRICHTETEN PAUSCHALGEBÜH R N T R römisch eins C H T E T E N PAUSCHALGEBÜH R

Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um die Vergabe eines Loses für ein Bauverfahren. Der geschätzte Auftragswert für das Bauvorhaben beträgt netto € 55.000.000,-, sodass für das Vergabeverfahren die Normen für ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich heranzuziehen sind. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses überschreitet den Schwellenwert für Bauaufträge hingegen nicht. § 19 Abs 2 TirVNPG sieht vor, dass bei einer losweisen Vergabe nur die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren Im Unterschwellenbereich zu entrichten ist, wenn das Los den jeweiligen Schwellenwert nach §§ 12, 180 BVergG 2006 nicht überschreitet. Im gegenständlichen Verfahren hat die Antragstellerin bereits einen Nachprüfungsantrag gestellt gehabt. Irrtümlich hat sie für den Nachprüfungsantrag daher 80 % der Gebühren für ein sonstiges Verfahren im Oberschwellenbereich aus einem Bauauftrag sowie die Hälfte dieser Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt € 6.226,- an das Landesverwaltungsgericht bezahlt. Nach der Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung sind bei der gegenständlichen Fallkonstellation allerdings die für den Unterschwellenbereich vorgeschriebenen Gebühren (Sonstige Verfahren im Unterschwellenbereich, Bauaufträge) zu bezahlen. Das wären 80 % von € 2.594,- für den Nachprüfungsantrag und 80 % von € 1.297,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt sohin € 3.113,- Die Antragstellerin hat aufgrund ihres Irrtums einen Betrag in Höhe von € 3.113,- zu viel entrichtet. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um die Vergabe eines Loses für ein Bauverfahren. Der geschätzte Auftragswert für das Bauvorhaben beträgt netto € 55.000.000,-, sodass für das Vergabeverfahren die Normen für ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich heranzuziehen sind. Der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Loses überschreitet den Schwellenwert für Bauaufträge hingegen nicht. Paragraph 19, Absatz 2, TirVNPG sieht vor, dass bei einer losweisen Vergabe nur die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren Im Unterschwellenbereich zu entrichten ist, wenn

das Los den jeweiligen Schwellenwert nach Paragraphen 12, 180, BVergG 2006 nicht überschreitet. Im gegenständlichen Verfahren hat die Antragstellerin bereits einen Nachprüfungsantrag gestellt gehabt. Irrtümlich hat sie für den Nachprüfungsantrag daher 80 % der Gebühren für ein sonstiges Verfahren im Oberschwellenbereich aus einem Bauauftrag sowie die Hälfte dieser Gebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt € 6.226,- an das Landesverwaltungsgericht bezahlt. Nach der Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung sind bei der gegenständlichen Fallkonstellation allerdings die für den Unterschwellenbereich vorgeschriebenen Gebühren (Sonstige Verfahren im Unterschwellenbereich, Bauaufträge) zu bezahlen. Das wären 80 % von € 2.594,- für den Nachprüfungsantrag und 80 % von € 1.297,- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt sohin € 3.113,-. Die Antragstellerin hat aufgrund ihres Irrtums einen Betrag in Höhe von € 3.113,- zu viel entrichtet.

Aus diesem Grund erstattet die Antragstellerin den

A N T R A G ,

das Landesverwaltungsgericht Tirol möge der Antragstellerin die von ihr irrtümlich zu viel entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 19 Abs 2 TirVNPG in Höhe von € 3 .1 1 3 ,- zu Händen der Antragstellervertreter zurücküberweisen.“das Landesverwaltungsgericht Tirol möge der Antragstellerin die von ihr irrtümlich zu viel entrichteten Pauschalgebühren gemäß Paragraph 19, Absatz 2, TirVNPG in Höhe von € 3 .1 1 3 ,- zu Händen der Antragstellervertreter zurücküberweisen.“

Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 30.06.2014 wurde die Auftraggeberin aufgefordert, zum Vorbringen im Nachprüfungsantrag sowie zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Stellungnahme abzugeben.

Mit Stellungnahme der Auftraggeberin vom 03.07.2014 hat die Auftraggeberin zum Nachprüfungsantrag Stellung genommen und hiezu im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

„I. Stellungnahme

Die Antragstellerin, die Bietergemeinschaft X IMS Baugrube (bestehend aus der Firma A und der Firma B) hat in o.g. Angelegenheit mit Schriftsatz, datiert vom 30.06.2014 per E-Mail um 15:22 Uhr einen Nachprüfungsantrag beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht. Die X - X, Antragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren, wurde mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 30.06.2014, übermittelt mit Mail am 30.06.2014 um 16:15 Uhr, unter anderem aufgefordert, zum Vorbringen im Schriftsatz und zum Vorbringen betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen. Die Antragstellerin, die Bietergemeinschaft römisch zehn IMS Baugrube (bestehend aus der Firma A und der Firma B) hat in o.g. Angelegenheit mit Schriftsatz, datiert vom 30.06.2014 per E-Mail um 15:22 Uhr einen Nachprüfungsantrag beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht. Die römisch zehn - römisch zehn, Antragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren, wurde mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Tirol vom 30.06.2014, übermittelt mit Mail am 30.06.2014 um 16:15 Uhr, unter anderem aufgefordert, zum Vorbringen im Schriftsatz und zum Vorbringen betreffend den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung zu nehmen.

Innerhalb offener Frist wird nunmehr seitens der Antragsgegnerin nachstehende
Stellungnahme

zum Vorbringen im Schriftsatz

erstattet und wie folgt ausgeführt:

1.

Die Antragstellerin macht geltend, dass die Ausscheidensentscheidungen gegenüber der Fa. ** AG sowie der Fa. **AG & CO KG zu Unrecht erfolgt seien und ausschließlich aus dem Grund erfolgten, um der Antragstellerin den fakultativen Widerruf gemäß § 139 BVergG zu ermöglichen. Die Antragstellerin macht geltend, dass die Ausscheidensentscheidungen gegenüber der Fa. ** AG sowie der Fa. **AG & CO KG zu Unrecht erfolgt seien und ausschließlich aus dem Grund erfolgten, um der Antragstellerin den fakultativen Widerruf gemäß Paragraph 139, BVergG zu ermöglichen.

Hiezu ist festzuhalten, dass die Behauptung der Antragstellerin unrichtig ist und dürfen die Gründe, weshalb die

Angebote der Fa. ** AG sowie der Fa. ** AG & CO KG aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren zwingend auszuschneiden waren, angeführt werden wie folgt

a) Ausscheiden des Angebots der Fa. ** AG

In Punkt III.1.4, der Ausschreibungsordnung der X {siehe Punkt VI.3 der Bekanntmachung im Amtsblatt der EU) ist Folgendes festgehalten: In Punkt römisch drei.1.4, der Ausschreibungsordnung der römisch zehn {siehe Punkt römisch sechs.3 der Bekanntmachung im Amtsblatt der EU) ist Folgendes festgehalten:

Subunternehmerleistungen

Die Kernkompetenz zur Auftragserfüllung muss beim Unternehmer liegen.

Subunternehmerleistungen sind:

beschränkt zulässig

Umfang der Auftragsweitergabe

zulässig im Ausmaß von maximal 40 % des Gesamtauftrags.

Maximale Zahl der Subunternehmer -

Die beabsichtigte Weitergabe von Auftragsteilen (auch unwesentlicher Teile) [sofern zugelassen] ist unter Angabe der jeweiligen Subunternehmer spätestens bis zum Schlusstermin für die Angeboteabgabe bekannt zu geben.

Sofern der/den angebotenen Leistung/en andere bzw. weitere, nicht bereite mit dem Angebot genannte Subunternehmerleistungen zu Grunde liegen, wird das Angebot ausgeschieden. Auf die Punkte III.2.1. lit. g und F. (in der Ausschreibungsordnung) wird gesondert hingewiesen. Sofern der/den angebotenen Leistung/en andere bzw. weitere, nicht bereite mit dem Angebot genannte Subunternehmerleistungen zu Grunde liegen, wird das Angebot ausgeschieden. Auf die Punkte römisch drei.2.1. Litera g und F. (in der Ausschreibungsordnung) wird gesondert hingewiesen

Bis zur vormaligen Zuschlagsentscheidung vom 28.05.2014 wurde lediglich das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der Fa. ** Baugesellschaft m.b.H. & Co.KG, einer detaillierten Prüfung unterzogen und die übrigen eingelangten Angebote lediglich auf formale Aspekte geprüft. Nach Einlangen des gegen diese Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrags der Antragstellerin wurde hinsichtlich der übrigen eingelangten Angebote eine detaillierte Prüfung durchgeführt und stellten sich im Rahmen dieser unbehebbarer Mängel heraus, aufgrund derer das Ausscheiden der Angebote zwingend erforderlich war. Diese Vorgehensweise - zunächst detaillierte Prüfung des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters und erst im Anschlussfall detaillierte Prüfung der übrigen Bieter - wurde nicht nur in diesem Verfahren gewählt, sondern stellt diese im Rahmen von Ausschreibungen der X vielmehr den Regelfall dar. Bis zur vormaligen Zuschlagsentscheidung vom 28.05.2014 wurde lediglich das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, der Fa. ** Baugesellschaft m.b.H. & Co.KG, einer detaillierten Prüfung unterzogen und die übrigen eingelangten Angebote lediglich auf formale Aspekte geprüft. Nach Einlangen des gegen diese Zuschlagsentscheidung gerichteten Nachprüfungsantrags der Antragstellerin wurde hinsichtlich der übrigen eingelangten Angebote eine detaillierte Prüfung durchgeführt und stellten sich im Rahmen dieser unbehebbarer Mängel heraus, aufgrund derer das Ausscheiden der Angebote zwingend erforderlich war. Diese Vorgehensweise - zunächst detaillierte Prüfung des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters und erst im Anschlussfall detaillierte Prüfung der übrigen Bieter - wurde nicht nur in diesem Verfahren gewählt, sondern stellt diese im Rahmen von Ausschreibungen der römisch zehn vielmehr den Regelfall dar.

Hinsichtlich des Angebots der Fa. ** AG wurde im Rahmen dieser vertieften Angebotsprüfung evident, dass die Fa. ** AG in ihrem Angebot keine Subunternehmer genannt hat und führte dies aufgrund von Zweifeln an der Möglichkeit der alleinigen Leistungsausführung durch die Fa. ** AG zu einem Auskunftsersuchen der Antragsgegnerin. Mit Nachricht vom 19.05.2014 antwortete die Fa. ** AG, dass „die ausgeschriebenen Leistungen durch Konzernunternehmen (Spezialtiefbauarbeiten – P Grundbau GmbH) bzw. durch die ** AG in Eigenleistung ausgeführt werden“.

Zumal entgegen der bestandfest gewordenen Vorgabe in Pkt. III.1.4. der Ausschreibungsordnung der X die beabsichtigte Weitergabe von Auftragsteilen unter Angabe der jeweiligen Subunternehmer nicht bis spätestens zum Schlusstermin für die Angebotsabgabe bekanntgegeben wurde, war das Angebot der Fa. ** AG zwingend

auszuscheiden. Zumal entgegen der bestandfest gewordenen Vorgabe in Pkt. römisch drei.1.4. der Ausschreibungsordnung der römisch zehn die beabsichtigte Weitergabe von Auftragsteilen unter Angabe der jeweiligen Subunternehmer nicht bis spätestens zum Schlusstermin für die Angebotsabgabe bekanntgegeben wurde, war das Angebot der Fa. ** AG zwingend auszuscheiden.

Unabhängig von einem Verstoß gegen eine zwingende Bestimmung in der Ausschreibung ist die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern - außer es handelt sich um „unwesentliche“ Leistungen und die Bekanntgabepflicht wurde gem. § 83 Abs. 2 BVergG 2006 eingeschränkt, was im gegenständlichen Verfahren eben nicht der Fall ist - auch nach der ständigen vergaberechtlichen Judikatur ein unbehebbarer Mangel und die nachträgliche Bekanntmachung daher unzulässig. Unabhängig von einem Verstoß gegen eine zwingende Bestimmung in der Ausschreibung ist die fehlende Bekanntgabe von Subunternehmern - außer es handelt sich um „unwesentliche“ Leistungen und die Bekanntgabepflicht wurde gem. Paragraph 83, Absatz 2, BVergG 2006 eingeschränkt, was im gegenständlichen Verfahren eben nicht der Fall ist - auch nach der ständigen vergaberechtlichen Judikatur ein unbehebbarer Mangel und die nachträgliche Bekanntmachung daher unzulässig.

Beweis:

> Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 22.03.2014

> Auszug aus dem Originalangebot der Fa. ** AG

> Nachricht der Fa. ** AG vom 19.05.2014

b) Ausscheiden des Angebots der Fa. ** AG & CO KG

Das Angebot der Fa. ** AG & CO KG war zwingend auszuscheiden, da gemäß dem von ihr gelegten Angebot folgende Leistungen des Auftrags an Subunternehmer vergeben werden sollen:

Wasserhaltung (LG 85):	€ 203.634,62
DSV-Arbeiten (LG 75):	€ 239.131,75
Spritzbeton (LG 76):	€ 19.480,83
Anker (LG 79):	€ 44.402,55
Pfähle (LG 78):	€ 750.212,34
Injektionen (LG 82):	€ 499.099,80
Summe:	€ 1.755.961,89

Diese Summe entspricht einem Anteil von ca. 84 % des Gesamtauftrages.

In der Ausschreibungsordnung der X ist hingegen im bereits oben zitierten Punkt III.1.4 festgehalten, dass eine Auftragsweitergabe an Subunternehmer nur bis maximal 40 % des Gesamtauftrags zulässig ist und war das Angebot der Fa. ** AG & CO KG aufgrund der avisierten Weitergabe von 84 % des Gesamtauftrags daher zwingend auszuscheiden. In der Ausschreibungsordnung der römisch zehn ist hingegen im bereits oben zitierten Punkt römisch drei.1.4 festgehalten, dass eine Auftragsweitergabe an Subunternehmer nur bis maximal 40 % des Gesamtauftrags zulässig ist und war das Angebot der Fa. ** AG & CO KG aufgrund der avisierten Weitergabe von 84 % des Gesamtauftrags daher zwingend auszuscheiden.

Beweis: Auszug aus dem Originalangebot der Fa. ** AG & CO KG

2.

Die Antragstellerin bringt außerdem vor, dass kein sachlicher Grund vorliegt, welcher einen Widerruf rechtfertigt.

Dazu ist zunächst festzuhalten, dass ein Verfahren gem. § 139 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 widerrufen werden kann, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten gem. § 129 nur ein Angebot bleibt. Im vorliegenden Vergabeverfahren war diese Voraussetzung erfüllt, zumal von den vier abgegebenen Angeboten jene der Fa. ** Baugesellschaft m.b.H. & Co.KG, der Fa. ** AG & CO KG sowie der Fa. ** AG aus zwingenden vergaberechtlichen Gründen ausgeschieden werden mussten und somit lediglich jenes der Antragstellern! im Vergabeverfahren geblieben ist. Dazu ist zunächst festzuhalten, dass ein Verfahren gem. Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 widerrufen werden kann, wenn

nach dem Ausscheiden von Angeboten gem. Paragraph 129, nur ein Angebot bleibt. Im vorliegenden Vergabeverfahren war diese Voraussetzung erfüllt, zumal von den vier abgegebenen Angeboten jene der Fa. ** Baugesellschaft m.b.H. & Co.KG, der Fa. ** AG & CO KG sowie der Fa. ** AG aus zwingenden vergaberechtlichen Gründen ausgeschieden werden mussten und somit lediglich jenes der Antragstellerin im Vergabeverfahren geblieben ist.

Die Antragstellerin ging an dritter Stelle aus dem gegenständlichen Vergabeverfahren hervor und ist davon auszugehen, dass der von ihr angebotene Preis deutlich über dem marktüblichen Preis liegt. Dies zeigt sich zunächst anhand der Differenz des von der Antragstellerin abgegebenen Angebots in Höhe von € 2.084.499,78 zum in der Bekanntmachung vom 12.03.2014 bekanntgegebenen, sachkundig ermittelten, geschätzten Auftragswert in Höhe von € 1.750.000. Dieser Wert ergibt sich aufgrund des ursprünglichen Kostenansatzes vom 17.01.2013 in Höhe von € 2.049.300 und einem Abzug von ca. 15 %, welcher aufgrund der aktuellen Stagnation in der Bauwirtschaft und dem vor diesem Hintergrund bestehenden großen Preisdruck und Konkurrenzkampf um Aufträge vorgenommen wurde.

Darüber hinaus wird unsere Auffassung auch durch die Differenz zum Angebot des ursprünglich für den

Zuschlag vorgesehenen Bieters, der Fa. ** Baugesellschaft m.b.H. & Co.KG, bestärkt, welches einen Gesamtpreis in Höhe von € 1.795.486,70 aufweist. Schließlich war das Angebot der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren mit vier Bietern lediglich an dritter Stelle gereiht.

Nach der Rechtsprechung des OGH wird bereits das Überschreiten der marktüblichen Preise um 20 % als Umstand, der einen Widerruf der Ausschreibung jedenfalls rechtfertigt, anerkannt (siehe OGH 2.3.2000, 2 Ob 20/00f; zur sachlichen Rechtfertigung des Widerrufs wegen Überschreitung der Schätzkosten um ca. 24% siehe auch UVS OÖ 13.10.2006, VwSen-550288 - „Messcenter West“, RPA 2006, 304 [Reisner]). Im gegenständlichen Verfahren ist nur mehr das Angebot der Antragstellerin, dessen Nettoangebotssumme um € 334.499,78 und somit fast 20 % über dem geschätzten Auftragswert und € 289.013,08 über dem billigsten abgegebenen Angebot lag, im Vergabeverfahren verblieben und kann auch aus diesem Grunde keine willkürliche Inanspruchnahme hinsichtlich des Tatbestandes des § 139 Abs. 2 Z. 2 BVergG erkannt werden. Vor diesem Hintergrund kann der Auftraggeber nicht dazu verpflichtet werden, der Antragstellerin den Auftrag zu erteilen (siehe BVA 04.03.2008 N/0013-BVA/12/2008-20). Nach der Rechtsprechung des OGH wird bereits das Überschreiten der marktüblichen Preise um 20 % als Umstand, der einen Widerruf der Ausschreibung jedenfalls rechtfertigt, anerkannt (siehe OGH 2.3.2000, 2 Ob 20/00f; zur sachlichen Rechtfertigung des Widerrufs wegen Überschreitung der Schätzkosten um ca. 24% siehe auch UVS OÖ 13.10.2006, VwSen-550288 - „Messcenter West“, RPA 2006, 304 [Reisner]). Im gegenständlichen Verfahren ist nur mehr das Angebot der Antragstellerin, dessen Nettoangebotssumme um € 334.499,78 und somit fast 20 % über dem geschätzten Auftragswert und € 289.013,08 über dem billigsten abgegebenen Angebot lag, im Vergabeverfahren verblieben und kann auch aus diesem Grunde keine willkürliche Inanspruchnahme hinsichtlich des Tatbestandes des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG erkannt werden. Vor diesem Hintergrund kann der Auftraggeber nicht dazu verpflichtet werden, der Antragstellerin den Auftrag zu erteilen (siehe BVA 04.03.2008 N/0013-BVA/12/2008-20).

Beweis:

> Kostenansatz vom 17.01.2013

> p.a. Dipl.-Ing. TZ, X Bau und Technik, Gesamtprojektleitung Neubau Innere Medizin Süd & p.a. Dipl.-Ing. TZ, römisch zehn Bau und Technik, Gesamtprojektleitung Neubau Innere Medizin Süd

> Weitere Beweise Vorbehalten

Unter Hinweis auf vorstehende Ausführungen wird der

Antrag

gestellt, das Landesverwaltungsgericht Tirol möge den Nachprüfungsantrag mangels Rechtswidrigkeit der Widerrufsentscheidung zurückweisen bzw. abweisen.

II. Urkundenvorlagerömisches zwei. Urkundenvorlage

Unter einem werden nachfolgende Urkunden vorgelegt:

- Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 22.03.2014

- Auszug aus dem Originalangebot der Fa. ** AG
- Nachricht der Fa. ** AG vom 19.05.2014
- Auszug aus dem Originalangebot der Fa. **AG & CO KG
- Kostenansatz vom 17.01.2013

Das geforderte weitere Urkundenkonvolut wird in der vorgegebenen Frist gesondert nachgereicht werden.“

Mit diesem Schriftsatz der Auftraggeberin wurden Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

- ? Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vom 22.03.2014 (Beilage ./1)
- ? Auszug aus dem Originalangebot der Firma ** AG (Beilage ./2)
- ? Nachricht der Firma ** AG vom 19.05.2014 (Beilage ./3)
- ? Auszug aus dem Originalangebot der Firma ** AG & Co KG (Beilage ./4)
- ? Kostenansatz vom 17.01.2013 (Beilage ./5)

Am 14.07.2014 hat die Auftraggeberin folgende Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

- ? Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./6)
- ? Bekanntmachungen (Beilage ./7)
- ? Schriftverkehr (Beilage ./8)
- ? Angaben über die Höhe des geschätzten Nettoauftragsvolumens (Beilage ./9)
- ? Unterlagen über die Angebotsprüfung (Beilage ./10)
- ? Originalangeboten (Beilage ./11)

Beweis wurde aufgenommen aufgrund der Einsichtnahme in den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Tirol zu ZI **** und hier insbesondere in die von den Parteien gelegten Schriftsätze samt Beilagen und weiters aufgrund der Einsichtnahme in den Akt LVwG-****.

Aufgrund der aufgenommenen Beweismittel hat das Landesverwaltungsgericht Tirol erwogen wie folgt:

Die Auftraggeberin hat einen Bauauftrag für das Gewerk Baugrube – Sicherung und Aushub für das Projekt Neubau Gebäude Innere Medizin/Südtrakt ausgeschrieben. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, welches nach dem „Billigstbieterprinzip“ ausgeschrieben wurde. Die Bekanntmachung erfolgte am 12.03.2014. Die Auftraggeberin ist die X – X mit Sitz in D, Adresse. Die Angebote waren bis spätestens 08.04.2014, 11.00 Uhr, zu legen. Von der Antragstellerin wurde fristgerecht ein Angebot gelegt und waren zur Öffnung der Angebote, welche am 08.04.2014 stattfand, die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugelassen. Die Auftraggeberin hat einen Bauauftrag für das Gewerk Baugrube – Sicherung und Aushub für das Projekt Neubau Gebäude Innere Medizin/Südtrakt ausgeschrieben. Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelt es sich um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, welches nach dem „Billigstbieterprinzip“ ausgeschrieben wurde. Die Bekanntmachung erfolgte am 12.03.2014. Die Auftraggeberin ist die römisch zehn – römisch zehn mit Sitz in D, Adresse. Die Angebote waren bis spätestens 08.04.2014, 11.00 Uhr, zu legen. Von der Antragstellerin wurde fristgerecht ein Angebot gelegt und waren zur Öffnung der Angebote, welche am 08.04.2014 stattfand, die Bieter und ihre Bevollmächtigten zugelassen.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 28.05.2014 gab die Antragstellerin bekannt, dass sie beabsichtigt, dem Angebot einer anderen Bieterin den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt, welcher beim Landesverwaltungsgericht Tirol zur ZI LVwG-**** anhängig war.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 11.06.2014 hat diese die Zuschlagsentscheidung widerrufen, worauf die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag zurückgezogen hat.

In der Folge wurden sodann von der Auftraggeberin sämtliche Angebote, mit Ausnahme des Angebotes der

Antragstellerin, ausgeschieden und das Vergabeverfahren mit Schreiben der Antragstellerin vom 18.06.2014 gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 widerrufen. Diese Widerrufsentscheidung erfolgte nach vertiefter Angebotsprüfung der Auftraggeberin. In der Folge wurden sodann von der Auftraggeberin sämtliche Angebote, mit Ausnahme des Angebotes der Antragstellerin, ausgeschieden und das Vergabeverfahren mit Schreiben der Antragstellerin vom 18.06.2014 gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 widerrufen. Diese Widerrufsentscheidung erfolgte nach vertiefter Angebotsprüfung der Auftraggeberin.

Die Widerrufsentscheidung vom 18.06.2014 wird nunmehr seitens der Antragstellerin im gegenständlichen Verfahren bekämpft.

Innerhalb der in § 6 TVergNG 2006 vorgesehenen Anfechtungsfrist von zehn Tagen hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde somit rechtzeitig gestellt. Innerhalb der in Paragraph 6, TVergNG 2006 vorgesehenen Anfechtungsfrist von zehn Tagen hat die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Landesverwaltungsgericht Tirol eingebracht. Der Nachprüfungsantrag wurde somit rechtzeitig gestellt.

Zusammen mit dem Nachprüfungsantrag hat die Antragstellerin eine Pauschalgebühr in der Höhe von gesamt Euro 6.226,-- entrichtet.

Angefochten ist gegenständlich – wie bereits ausgeführt – die Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin vom 18.06.2014. Hierbei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit a sublit aa BVergG 2006. Angefochten ist gegenständlich – wie bereits ausgeführt – die Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin vom 18.06.2014. Hierbei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006.

Die Einleitung des Vergabenachprüfungsverfahrens wurde vom Landesverwaltungsgericht Tirol am 30.06.2014 im Internet bekannt gemacht.

Die der Antragstellerin übermittelte Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin vom 18.06.2014 hat folgenden Inhalt:

„Sehr geehrte Damen und Herren,

die X — X beabsichtigt das Vergabeverfahren die römisch zehn — römisch zehn beabsichtigt das Vergabeverfahren

„Neubau Innere Medizin Süd - Baugrube Sicherung und Aushub“

gemäß § 139 Abs. 2 1 . 2 BVergG 2006 zu widerrufen, da nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot im Verfahren geblieben ist. gemäß Paragraph 139, Absatz 2, 1 . 2 BVergG 2006 zu widerrufen, da nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot im Verfahren geblieben ist.

Die Stillhaltefrist endet gemäß § 140 Abs. 4 BVergG 2006 zehn Tage nach Bekanntgabe dieser Widerrufsentscheidung, sohin am 30.06.2014. Die Stillhaltefrist endet gemäß Paragraph 140, Absatz 4, BVergG 2006 zehn Tage nach Bekanntgabe dieser Widerrufsentscheidung, sohin am 30.06.2014.

Wir dürfen uns bei allen Bietern für die Teilnahme an der Ausschreibung bedanken und verbleiben mit freundlichen Grüßen“

Nach Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung vom 28.05.2014 wurde von der Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Aufgrund dieser Prüfung stellten sich anscheinend unbehebbarer Mängel heraus, weshalb die Angebote der Firma ** AG und der Firma ** AG & Co KG zwingend auszuschneiden gewesen seien.

Die Antragstellerin wurde bis zum heutigen Tag nicht ausgeschieden.

Das Vergabeverfahren wurde durch die Auftraggeberin widerrufen und im Widerruf vom 18.06.2014 ausgeführt, dass das Vergabeverfahren „Neubau Innere Medizin Süd – Baugrube, Sicherung und Aushub“ gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 zu widerrufen ist, da nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot im Verfahren geblieben ist. Das Vergabeverfahren wurde durch die Auftraggeberin widerrufen und im Widerruf vom 18.06.2014 ausgeführt, dass das Vergabeverfahren „Neubau Innere Medizin Süd – Baugrube, Sicherung und Aushub“ gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 zu widerrufen ist, da nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot im Verfahren geblieben ist.

Das Landesverwaltungsgericht Tirol hat in der gegenständlichen Angelegenheit erwogen wie folgt:

Bei der gegenständlichen Widerrufsentscheidung handelt es sich gemäß § 2 Abs 16 lit a sub lit aa BVergG 2006 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Bei der gegenständlichen Widerrufsentscheidung handelt es sich gemäß Paragraph 2, Absatz 16, Litera a, sub lit aa BVergG 2006 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gemäß § 3 Abs 2 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Tirol bis zur Erteilung des Zuschlages bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen das Bundesvergabegesetz 2006 und die hierzu erlassenen Verordnungen oder gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig. Gemäß Paragraph 3, Absatz 2, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Tirol bis zur Erteilung des Zuschlages bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens 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 gelten gemachten Beschwerdepunkte.

Das Vergabeverfahren wurde nicht beendet und ist das Landesverwaltungsgericht Tirol zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 10 iVm § 11 TVergNG 2006 zuständig. Das Vergabeverfahren wurde nicht beendet und ist das Landesverwaltungsgericht Tirol zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung und zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 10, in Verbindung mit Paragraph 11, TVergNG 2006 zuständig.

Bei der Auftraggeberin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin, deren Auftragsvergabe der Nachprüfung und der Kontrolle durch das Landesverwaltungsgericht Tirol unterliegen.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt ein Bauauftrag im Oberschwellerbereich zugrunde, wobei Gegenstand des gegenständlichen Auftrages der Neubau Innere Medizin Süd, Baugrube – Sicherung und Aushub ist und wurde von der Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich nach dem „Billigstbieterprinzip“ gewählt.

Gemäß § 5 Abs 1 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 kann ein Unternehmer bis zur Erteilung des Zuschlages bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2006 kann ein Unternehmer bis zur Erteilung des Zuschlages bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 2 Z 16 lit a sub lit aa BVergG 2006 ist im offenen Verfahren die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub lit aa BVergG 2006 ist im offenen Verfahren die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Der gegenständliche Nachprüfungsantrag war nach § 7 TVergNG 2006 nicht unzulässig und enthielt die im Gesetz geforderten notwendigen Angaben. Das Interesse am Abschluss eines Vertrages und der drohende Schaden wurden glaubhaft gemacht. Die Gebühr für die Inanspruchnahme des Landesverwaltungsgericht Tirol wurde fristgerecht entrichtet. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag war nach Paragraph 7, TVergNG 2006 nicht unzulässig und enthielt die im Gesetz geforderten notwendigen Angaben. Das Interesse am Abschluss eines Vertrages und der drohende Schaden wurden glaubhaft gemacht. Die Gebühr für die Inanspruchnahme des Landesverwaltungsgericht Tirol wurde fristgerecht entrichtet.

Nach § 9 Abs 1 TVergNG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber. Nach Paragraph 9, Absatz eins, TVergNG sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Landesverwaltungsgericht jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber.

Im gegenständlichen Verfahren hat die Antragstellerin ein Angebot gelegt, welches – wie bereits ausgeführt – bis dato nicht ausgeschieden wurde.

Die Angebotsöffnung fand am 08.04.2012 statt und haben insgesamt vier Firmen ein Angebot gelegt. Dabei handelt es sich um die Firmen ** AG, die ** Bau GesmbH & Co KG, die ** AG & Co KG und die Antragstellerin selbst. Die ** Bau GesmbH & Co KG wurde seitens der Auftraggeberin geprüft und erging sodann die Zuschlagsentscheidung, datiert mit 28.05.2014, an die ** Bau GesmbH & Co KG. Diese Zuschlagsentscheidung wurde – wie bereits ausgeführt – vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol bekämpft, wobei diese Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin zurückgenommen wurde.

Nach Zurücknahme dieser Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin wurden alle Angebote vertieft geprüft und das Vergabeverfahren nach Ausscheiden sämtlicher Bieter, mit Ausnahme der Antragstellerin, gemäß § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 widerrufen. Diese Widerrufsentscheidung vom 18.06.2014 wird nunmehr gegenständlich durch die Antragstellerin bekämpft. Nach Zurücknahme dieser Zuschlagsentscheidung durch die Auftraggeberin wurden alle Angebote vertieft geprüft und das Vergabeverfahren nach Ausscheiden sämtlicher Bieter, mit Ausnahme der Antragstellerin, gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 widerrufen. Diese Widerrufsentscheidung vom 18.06.2014 wird nunmehr gegenständlich durch die Antragstellerin bekämpft.

Gemäß § 139 Abs 1 BVergG 2006 ist nach Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn
Gemäß Paragraph 139, Absatz eins, BVergG 2006 ist nach Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn

1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten oder
3. kein Angebot eingelangt ist, oder
4. nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

Gemäß Abs 2 leg cit kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn
Gemäß Absatz 2, leg cit kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn

1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder
2. nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt oder
2. nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, nur ein Angebot bleibt oder
3. dafür sachliche Gründe bestehen.

In § 139 Abs 2 BVergG 2006 wird geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerrufen darf. Neben den „sachlichen Gründen“, welche in § 138 Abs 2 und § 139 Abs 2 Z 3 BVergG 2006 festgelegt sind, finden sich in § 139 Abs 2 Z 1 und 2 BVergG 2006 zwei Sondertatbestände für den Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist. In Paragraph 139, Absatz 2, BVergG 2006 wird geregelt, unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber das Vergabeverfahren widerrufen darf. Neben den „sachlichen Gründen“, welche in Paragraph 138, Absatz 2 und Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 festgelegt sind, finden sich in Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins und 2 BVergG 2006 zwei Sondertatbestände für den Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist.

Gegenständlich hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren nach § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 mit der Begründung widerrufen, dass nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot und zwar das Angebot der Antragstellerin verblieben ist. Gegenständlich hat die Auftraggeberin das Vergabeverfahren nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 mit der Begründung widerrufen, dass nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot und zwar das Angebot der Antragstellerin verblieben ist.

Im gegenständlichen Fall stützt sich die Auftraggeberin darauf, dass der Widerruf gerechtfertigt war und darüber hinaus kein sachlicher Grund dargetan werden muss.

Hintergrund dieser Regelung ist das dem BVergG innewohnende Wettbewerbsprinzip (§ 19 Abs 1 BVergG 2006), das es dem Auftraggeber ermöglichen soll, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot zu wählen. Bleibt nach Abschluss eines Vergabeverfahrens hingegen nur ein einziges

Angebot übrig, so ist der Auftraggeber nicht in der Lage, Preise oder die übrigen Merkmale verschiedener Angebote miteinander zu vergleichen und auf diese Weise das beste Angebot zu ermitteln. Demnach ist der Auftraggeber auch nach der Judikatur des EuGH nicht verpflichtet, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen. Hintergrund dieser Regelung ist das dem BVergG innewohnende Wettbewerbsprinzip (Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006), das es dem Auftraggeber ermöglichen soll, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien das günstigste Angebot zu wählen. Bleibt nach Abschluss eines Vergabeverfahrens hingegen nur ein einziges Angebot übrig, so ist der Auftraggeber nicht in der Lage, Preise oder die übrigen Merkmale verschiedener Angebote miteinander zu vergleichen und auf diese Weise das beste Angebot zu ermitteln. Demnach ist der Auftraggeber auch nach der Judikatur des EuGH nicht verpflichtet, den Auftrag dem einzigen Bieter zu erteilen, der für geeignet gehalten wurde, an der Ausschreibung teilzunehmen.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch der Widerrufgrund des § 139 Abs 2 Z 2 BVergG 2006 den Auftraggeber bloß zum Widerruf der Ausschreibung berechtigt, sodass dem Auftraggeber hinsichtlich der Ausübung des Widerrufsrechts ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, welcher von diesem freilich nicht unsachlich ausgeübt werden darf. Unsachlich wäre ein Widerruf insbesondere dann, wenn der mit der Ausschreibung angestrebte Wettbewerb tatsächlich stattgefunden hat und die eingelangten Angebote es dem Auftraggeber ermöglicht haben, sie miteinander zu vergleichen und das günstigste Angebote auszuwählen; der Umstand, dass die übrigen Angebote auszuschneiden waren, ändert in einem solchen Fall nämlich nichts an der Tatsache, dass das bestbewertete Angebot aus einem echten Wettbewerb als bestes hervorgegangen ist und die Ausschreibung somit ihr Ziel erreicht hat (Heid – Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht, Berücksichtigung der Novelle 2010, Lexis Nexis, 3. Auflage). Allerdings ist zu berücksichtigen, dass auch der Widerrufgrund des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 den Auftraggeber bloß zum Widerruf der Ausschreibung berechtigt, sodass dem Auftraggeber hinsichtlich der Ausübung des Widerrufsrechts ein Ermessensspielraum eingeräumt ist, welcher von diesem freilich nicht unsachlich ausgeübt werden darf. Unsachlich wäre ein Widerruf insbesondere dann, wenn der mit der Ausschreibung angestrebte Wettbewerb tatsächlich stattgefunden hat und die eingelangten Angebote es dem Auftraggeber ermöglicht haben, sie miteinander zu vergleichen und das günstigste Angebote auszuwählen; der Umstand, dass die übrigen Angebote auszuschneiden waren, ändert in einem solchen Fall nämlich nichts an der Tatsache, dass das bestbewertete Angebot aus einem echten Wettbewerb als bestes hervorgegangen ist und die Ausschreibung somit ihr Ziel erreicht hat (Heid – Schiefer Rechtsanwälte/Preslmayr Rechtsanwälte, Handbuch Vergaberecht, Berücksichtigung der Novelle 2010, Lexis Nexis, 3. Auflage).

Grund der Regelung ist, dass ein Vergabeverfahren nach Möglichkeit in einem breiten Bieterwettbewerb ablaufen soll. Liegt nur ein zuschlagsfähiges Angebot vor, so fand ein solcher Wettbewerb regelmäßig nicht statt. Gegenständlich war es so, dass nach dem Ausscheiden der Angebote zwar nur ein Angebot übrig blieb, welches aber dennoch in einem breiten Bieterwettbewerb ermittelt werden konnte.

Wie bereits ausgeführt, fand eine Ausschreibung statt und haben vier Firmen ihre Angebote gelegt, welche bei der Angebotsöffnung geöffnet und verlesen wurden. Vorab wurde das Angebot der Firma ** Bau GesmbH & Co KG geprüft, worauf sodann die Zuschlagsentscheidung an diese Firma erging.

Nach Zurücknahme dieser Zuschlagsentscheidung wurden sodann zwei weitere Firmen vertieft geprüft und mit Ausnahme des Angebotes der Antragstellerin ausgeschieden und das Verfahren widerrufen.

Nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Tirol besteht jedoch kein Grund dafür, warum ein neuerliches Vergabeverfahren zu einem „besseren“ Ergebnis führen würde. Vielmehr verhält es sich gegenständlich so, dass ein Wettbewerb tatsächlich stattgefunden hat, die Angebote miteinander verglichen werden konnten und darüber hinaus noch vertieft geprüft wurden.

Als allgemeine Maßstäbe für Handlungen des Auftraggebers sind das aus dem Gleichheitssatz entspringende Sachlichkeitsgebot, die allgemeinen Grundsätze der Leistungsvergabe und die Haushaltsgrundsätze zu nennen. Ein Widerruf darf nicht als Vorwand erfolgen.

Ein Widerruf ist jedenfalls dann rechtswidrig, wenn er willkürlich oder rechtsmissbräuchlich erfolgt ist, was im gegenständlichen Fall vorlag, weshalb die Entscheidung der Auftraggeberin für nichtig erklärt wurde.

Darüber hinaus ging die Antragstellerin als zweitgereichte Bieterin von insgesamt vier Bietern aus dem

Vergabeverfahren hervor, weshalb das Angebot der Antragstellerin die marktüblichen Preise auch nicht überschritten hat und es daher nicht unzumutbar wäre, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen.

Gemäß § 19 Abs 1 TVergNG 2006 hat der Antragsteller für Anträge nach den §§ 5 Abs 1, 11 Abs 1 und 14 Abs 1 bei der Einbringung des Antrages eine Gebühr zu entrichten, deren Höhe sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet. Gemäß Paragraph 19, Absatz eins, TVergNG 2006 hat der Antragsteller für Anträge nach den Paragraphen 5, Absatz eins, 11, Absatz eins und 14 Absatz eins, bei der Einbringung des Antrages eine Gebühr zu entrichten, deren Höhe sich nach dem vom Auftraggeber durchgeführten Verfahren richtet.

Gemäß § 19 Abs 5 TVergNG 2006 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol 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. Gemäß Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 hat der vor dem Landesverwaltungsgericht Tirol 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.

Gemäß § 19 Abs 6 TVergNG 2006 besteht ein Anspruch auf Gebührenersatz nach Abs 5 für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 19, Absatz 6, TVergNG 2006 besteht ein Anspruch auf Gebührenersatz nach Absatz 5, 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 stattgeben oder dieser Antrag nur wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

§ 2 Abs 3 Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung besagt wie folgt Paragraph 2, Absatz 3, Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung besagt wie folgt:

Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag nach § 5 Abs 1 oder nach § 14 Abs 1 und 2 des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2006 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag nach § 5 Abs 1 oder nach § 14 Abs 1 oder 2 leg cit eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Die Gebührensätze sind als ganze Euro kaufmännisch auf- oder abzurunden. Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag nach Paragraph 5, Absatz eins, oder nach Paragraph 14, Absatz eins und 2 des Tiroler Vergabenachprüfungsgesetzes 2006 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag nach Paragraph 5, Absatz eins, oder nach Paragraph 14, Absatz eins, oder 2 leg cit eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Die Gebührensätze sind als ganze Euro kaufmännisch auf- oder abzurunden.

Die Antragstellerin hat insgesamt eine Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 6.226,-- entrichtet. Richtigerweise hätte die Antragstellerin jedoch nach § 2 Abs 1 Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung iVm § 2 Abs 3 Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung für den Nachprüfungsantrag einen Betrag Euro 2.075,-- zu entrichten gehabt. Für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hätte die Antragstellerin gemäß § 2 Abs 1 Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung einen Betrag von Euro 1.297,-- zu entrichten gehabt. Insgesamt hatte die Antragstellerin daher einen Gesamtbetrag von Euro 3.372,-- zu leisten gehabt. Die Antragstellerin hat daher einen Überling von Euro 2.854,-- bezahlt, welcher von Amts wegen zurück zu überweisen ist. Die Antragstellerin hat insgesamt eine Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 6.226,-- entrichtet. Richtigerweise hätte die Antragstellerin jedoch nach Paragraph 2, Absatz eins, Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung in Verbindung mit Paragraph 2, Absatz 3, Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung für den Nachprüfungsantrag einen Betrag Euro 2.075,-- zu entrichten gehabt. Für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung hätte die Antragstellerin gemäß Paragraph 2, Absatz eins, Tiroler Vergabepublikations- und Vergabegebührenverordnung einen Betrag von Euro 1.297,-- zu entrichten gehabt. Insgesamt hatte die Antragstellerin daher einen Gesamtbetrag von Euro 3.372,-- zu leisten gehabt. Die Antragstellerin hat daher einen Überling von Euro 2.854,-- bezahlt, welcher von Amts wegen zurück zu überweisen ist.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde Folge gegeben. In der Sache selbst hat die Antragstellerin obsiegt; - die Widerrufsentscheidung musste für nichtig erklärt werden. Somit hat die Antragstellerin Anspruch auf Ersatz der gesamten von ihr entrichteten Pauschalgebühr.

Gemäß § 12 Abs 4 TVergNG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach dem Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft. Gemäß Paragraph 12, Absatz 4, TVergNG 2006 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach dem Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigkeitserklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

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

Das Landesverwaltungsgericht hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach dem Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen spruchgemäß aufzuheben., Die einstweilige Verfügung war daher von Amts wegen spruchgemäß aufzuheben.

Insgesamt war sohin spruchgemäß zu entscheiden.

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

Für den Senat 3: Landesverwaltungsgericht Tirol, Für den Senat 3:

Dr. Sigmund Rosenkranz

(Richter)

Schlagworte

Widerruf des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber, da nur ein Bieter im Verfahren übrig blieb. Unzulässig, da Wettbewerb stattgefunden hat und § 139 Abs2 Z2 BVergG nicht anwendbar.

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGTI:2014:LVwG.2014.S3.1771.6

Zuletzt aktualisiert am

21.01.2015

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