

TE Uvs Erkenntnis 2009/6/17 2009/K4/1561-4

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.06.2009

Index

97 Vergabewesen

Norm

TVergNG 2006 §9

BVergG 2006 §128

AVG §71

1. BVergG 2006 § 128 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 128 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. AVG § 71 heute
2. AVG § 71 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. AVG § 71 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. AVG § 71 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 71 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
6. AVG § 71 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

Spruch

Mit Antrag vom 09.06.2009, beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol am 10.06.2009 um 20.36 Uhr eingelangt, hat die Firma E. S. und P. GmbH, (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch den Rechtsanwalt Dr. B. H., I., die Überprüfung der von der I. I. GmbH und Co KG, XY-Gasse 4, I. (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch die C. Rechtsanwälte, C., H., G. und Partner, XY-Platz 4, I., vorgenommenen Ausschreibung über den Bauauftrag L. Areal, 5.Öffentliches Gymnasium, Bauteil I. I. GmbH und Co KG, Elektroinstallationsarbeiten begehrt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt. Mit Antrag vom 09.06.2009, beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol am 10.06.2009 um 20.36 Uhr eingelangt, hat die Firma E. S. und P. GmbH, (im Weiteren kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch den Rechtsanwalt Dr. B. H., römisch eins., die Überprüfung der von der römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KG, XY-Gasse 4, römisch eins. (im Weiteren kurz Auftraggeberin genannt), vertreten durch die C. Rechtsanwälte, C., H., G. und Partner, XY-Platz 4, römisch eins., vorgenommenen Ausschreibung über den Bauauftrag L. Areal, 5.Öffentliches Gymnasium, Bauteil römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KG, Elektroinstallationsarbeiten begehrt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und einen Wiedereinsetzungsantrag gestellt.

Die Kammer 4 des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol entscheidet unter Vorsitz von Frau Mag. B. W., Herrn Dr. S. R. als Berichterstatter sowie Herrn Dr. V. G. W. als weiteres Mitglied wie folgt: Die Kammer 4 des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol entscheidet unter Vorsitz von Frau Mag. B. W., Herrn Dr. S. R. als Berichterstatter sowie

Herrn Dr. römisch fünf. G. W. als weiteres Mitglied wie folgt:

Spruch:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wird als unbegründet abgewiesen.

2. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Nichtigerklärung sowie der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werden wegen Verspätung als unzulässig zurückgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Der Antrag, dem Auftraggeber aufzutragen, die Pauschalgebühren nach § 19 Abs 5 TVergNG 2006 zu Handen des Rechtsvertreters zu ersetzen, wird als unzulässig zurückgewiesen. Der Antrag, dem Auftraggeber aufzutragen, die Pauschalgebühren nach Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 zu Handen des Rechtsvertreters zu ersetzen, wird als unzulässig zurückgewiesen.

Text

Mit Schriftsatz vom 09.06.2009 hat die Antragstellerin die Überprüfung der von der Auftraggeberin vorgenommenen Vergabe über den Bauauftrag betreffend L. A., 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil I. I. GmbH und Co KG, Elektroinstallationsarbeiten beantragt. Mit Schriftsatz vom 09.06.2009 hat die Antragstellerin die Überprüfung der von der Auftraggeberin vorgenommenen Vergabe über den Bauauftrag betreffend L. A., 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KG, Elektroinstallationsarbeiten beantragt.

Im Einzelnen wird im Schriftsatz hiezu ausgeführt wie folgt:

„In umseits näher rubrizierter Rechtssache hat die Antragstellerin, im Folgenden kurz E., Herrn Dr. B. H., Rechtsanwalt in I., XY-Straße 3, Vollmacht erteilt und ersucht um Kenntnissnahme.“ In umseits näher rubrizierter Rechtssache hat die Antragstellerin, im Folgenden kurz E., Herrn Dr. B. H., Rechtsanwalt in römisch eins., XY-Straße 3, Vollmacht erteilt und ersucht um Kenntnissnahme.

I. römisch eins.

Durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter erstattet die Antragstellerin nachstehenden Antrag auf Wiedereinsetzung:

1. Sachverhalt

1.1.

In umseits bezeichneter Rechtssache fand am 16. 02. 2009, 11 Uhr, die Anbotseröffnung in Anwesenheit der Bieter statt. Die Angebote wurden gereiht wie folgt:

1. 1.Ziffer eins

E. S. EUR 1.038.777,08

2. 2.Ziffer 2

F. und S EUR 1.070.000,00

3. 3.Ziffer 3

EP. S. EUR 1.083.972,68

Noch am selben Tag zeigte die Fa EPS. schriftlich an, dass bei der Anbotsöffnung die relevanten Bieterunterlagen nicht verlesen worden sind. Aufgrund dieses Verfahrensmangels behielt sich die Antragstellerin eine konkrete Antragstellung, insbesondere den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ausdrücklich vor.

1.2.

Mit Schreiben vom 23.02.2009 wurde die Fa EPS. darüber in Kenntnis gesetzt, dass der Fa E. S. als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werde. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 09.03.2009, 12.00 Uhr, festgesetzt.

Da die Erfolgsaussichten der EPS. als Drittgereichte trotz allenfalls erfolgreicher Bekämpfung der vorgesehenen Zuschlagsentscheidung, letztlich den Zuschlag zu erhalten gering sind, wurde von einer fristgerechten Anfechtung dieser Entscheidung abgesehen.

1.3.

Am Freitag, dem 29.05.2009, erfuhr die Antragstellerin, dass nach eingehender Prüfung der Angebote durch die Auftraggeberin das ursprünglich an zweiter Stelle gereichte Anbot der Fa. F. und S. vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschieden worden sei, da es sich um ein Alternativangebot gehandelt habe und das Hauptangebot der Fa F. und S. erst nach dem Angebot der Antragstellerin gereicht worden sein soll.

Am Dienstag, dem 02. 06. 2009, rief daraufhin die EPS. bei der Auftraggeberin an, um den Wahrheitsgehalt der Angaben zu hinterfragen und die endgültige Reihung der Angebote anzufordern.

Dieses Telefongespräch wurde zwischen Frau Mag. W. (Antragstellerin) und Herrn R. (Auftraggeberin) geführt.

Herr R. teilte in diesem Gespräch mit, dass die Antragstellerin aufgrund einer Änderung des LV ausgeschieden worden sei. Ob unter dieser Voraussetzung die endgültige Reihung an EPS. bekannt gegeben werden könne, müsse Herr Ing. R. (Auftraggeberin) entscheiden.

Aufgrund dieser Angaben wurde die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 02.06.2009 bis längstens 03.06.2009 um Übersendung der endgültigen Reihung der Angebote und Bekanntgabe wann und in welcher Form die Antragstellerin als Bieterin ausgeschieden wurde, ersucht.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 03.06.2009 wurde der nunmehrigen Antragstellerin durch die rechtsfreundliche Vertretung der Auftraggeberin mitgeteilt wie folgt: „Tatsächlich handelte es sich beim Angebot der Firma F. und S. um ein Variantenangebot, was sich allerdings erst bei der Prüfung der Angebote herausstellte. Aus diesem Grund wurde dieses Angebot zwar nicht ausgeschieden, der bei der Angebotseröffnung verlesene Varianten-Angebotspreis jedoch nicht berücksichtigt und sohin nach dem Angebot ihrer Mandantin gereiht.“

Das Angebot der Fa EPS. befand sich in Wahrheit also an zweiter Stelle.

Diese Veränderung in der Reihung der Angebote wurde der EPS. nicht mitgeteilt.

Aus diesem Grund hat sie es unterlassen, eine Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung zu beantragen. Einem (endgültig) drittgereichten Bieter kann nämlich durch die Zuschlagsentscheidung kein Schaden entstehen.

Selbst bei Stattgebung ihres Antrages auf Nichtigerklärung wäre die (drittgereichte) Antragstellerin nicht zum Zug gekommen, da in diesem Fall der noch vor ihr liegenden Fa F. und S. der Zuschlag erteilt worden wäre (Siehe auch die Rsp zu den „Erfolgsaussichten“ des Drittgereichten bei Bekämpfung der Zuschlagserteilung VwGH 23.05.2007, 2005/04/0214; VKS-Wien XY). Man hätte also nicht unerhebliche Kosten und Mühen auf sich genommen, nur um einem Konkurrenzunternehmen den Weg zu einem lukrativen Bauauftrag zu ebnet. Dieses Verhalten wäre widersprüchlich.

Anders stellte sich hingegen die Situation dar, würde in Bezug auf den Zweitgereichten ein Ausschlussgrund iSv § 68 BVergG vorliegen. Dieser wäre im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ebenfalls auszuschneiden, wodurch die Chancen des ehemals noch Drittgereichten erheblich steigen würden. Davon konnte EPS. jedoch innerhalb der Stillhaltefrist nicht ausgehen. Anders stellte sich hingegen die Situation dar, würde in Bezug auf den Zweitgereichten ein Ausschlussgrund iSv Paragraph 68, BVergG vorliegen. Dieser wäre im Zuge des Nachprüfungsverfahrens ebenfalls auszuschneiden, wodurch die Chancen des ehemals noch Drittgereichten erheblich steigen würden. Davon konnte EPS. jedoch innerhalb der Stillhaltefrist nicht ausgehen.

Von einem objektiven Standpunkt aus gesehen, nämlich jenem des durchschnittlichen und wirtschaftlich kalkulierenden Unternehmers, wäre eine trotzdem vorgenommene Anfechtung der Zuschlagserteilung als drittgereichter Bieter daher völlig verfehlt, ja sogar unzumutbar.

Beweis/Bescheinigungsmittel:

Schriftsatz vom 02. 06. 2009

anwaltliches Schreiben vom 03. 06. 2009

A. S., pA Antragstellerin

E. W., pA Antragstellerin

(Sämtliche Auskunftspersonen können über telefonische Verständigung der Kanzlei des Antragstellervertreeters jederzeit stellig gemacht werden).

Durch das irreführende und rechtswidrige Verhalten der Auftraggeberin, insbesondere das Unterlassen der Mitteilung über die Zurückreihung des Angebotes der Fa F. und S. war es der nunmehrigen Antragstellerin unmöglich, rechtzeitig gegen die Zuschlagserteilung vorzugehen.

Somit hat die öffentliche Auftraggeberin durch ihr Verhalten zur Nichteinhaltung der Frist beigetragen

2. Rechtliche Würdigung

2.1.

Nach § 71 Abs 1 AVG ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie daran kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft. Nach Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist ein Antrag auf Wiedereinsetzung zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten und sie daran kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft.

Ob ein Ereignis unabwendbar ist, kommt es nach der Rechtsprechung auf objektive Umstände an. Das Ereignis muss auch von einem Durchschnittsmenschen objektiv nicht verhindert werden können.

Die Nichteinhaltung der Frist zur Anfechtungsfrist ist auf widersprüchliches Verhalten der Auftraggeberin zurückzuführen. Hätte sie die Fa EPS. noch innerhalb der Stillhaltefrist von der geänderten Reihung verständigt, hätte sie als nunmehr zweitgereichte Bieterin rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag einreichen können.

2.2.

Diese Ansicht entspricht auch ständiger Rechtsprechung.

In der Entscheidung des BVA vom 13.06.2007, N/0046-BV A/02/2007-041 gab der Auftraggeber bei Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagserteilung eine längere als die gesetzliche Stillhaltefrist an. Zwar wurde der Nachprüfungsantrag als verspätet gesehen, weil die gesetzlichen Fristen des BVergG nicht der Parteiendisposition unterliegen, dem Antrag auf Wiedereinsetzung wurde hingegen stattgegeben, weil der Antragsteller kein Verschulden an der Fristversäumung traf.

In der Rs Santex entschied auch der EuGH, dass bei Beurteilung der Rechtzeitigkeit eines Nachprüfungsantrages eine abstrakte Betrachtung nicht ausreicht. Es muss im Einzelfall geprüft werden, ob die Auftraggeberin durch ihr Verhalten die Geltendmachung der Rechte unmöglich oder wesentlich erschwert hat.

2.3. Nach § 71 Abs 2 leg cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses gestellt werden. Die Rechtzeitigkeit des vorliegenden Antrages ergibt sich aus der oben erfolgten chronologischen Schilderung der Geschehnisse. 2.3. Nach Paragraph 71, Absatz 2, leg cit muss der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen zwei Wochen nach dem Wegfall des Hindernisses gestellt werden. Die Rechtzeitigkeit des vorliegenden Antrages ergibt sich aus der oben erfolgten chronologischen Schilderung der Geschehnisse.

Zur Verdeutlichung:

erstmalig am 29.05.2009 erlangte die Antragstellerin Kenntnis davon, dass die Fa F. und S. als vermeintliche Zweitbieterin zurückgereiht worden sei. Die Fa EPS. richtete daraufhin mit Schriftsatz vom 02.06.2009 eine Anfrage an die Auftraggeberin. Mit anwaltlichem Schreiben vom 03.06.2009 wurde die nunmehrige Antragstellerin von der Andersreihung verständigt.

Die Frist für den Wiedereinsetzungsantrag begann frühestens am 29.05.2009, vermutlich erst mit Erhalt des Schreibens vom 03.06.2009 zu laufen.

Die Rechtzeitigkeit des eingereichten Antrages ist somit evident.

Beweis: wie vor

Aus diesem Grund wird gestellt der Antrag,

1. 1. Ziffer eins

der UVS Tirol möge die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist für die Anträge auf Nichtigerklärung der vorgesehenen Zuschlagsentscheidung und auf Erlass einer Einstweiligen Verfügung

bewilligen, und diesfalls der Antragstellerin

2. 2.Ziffer 2

gemäß § 7 Abs 2 Z TVGNG die ordnungsgemäße Vergebührung des nachfolgend gestellten Nachprüfungsantrages sowie gemäß Paragraph 7, Absatz 2, Z TVGNG die ordnungsgemäße Vergebührung des nachfolgend gestellten Nachprüfungsantrages sowie

3. 3.Ziffer 3

gemäß § 11 Abs 7 TVGNG die ordnungsgemäße Vergebührung des nachfolgend gestellten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auftragen.gemäß Paragraph 11, Absatz 7, TVGNG die ordnungsgemäße Vergebührung des nachfolgend gestellten Antrags auf Erlass einer einstweiligen Verfügung auftragen.

II.römisch zwei.

Gleichzeitig wird die versäumte Frist nachgeholt.

Durch ihren ausgewiesenen Rechtsvertreter erstattet die Antragstellerin nachstehenden Antrag auf Nichtigerklärung:

1. Sachverhalt

1.1.

Die I. I. GmbH und Co KG mbH (kurz: Auftraggeberin), hat die Elektroinstallationsarbeiten im U. Areal, 5. öffentliches Gymnasium in einem offenen Verfahren nach § 25 Abs 2 iVm § 27 Bundesvergabegesetz (kurz BVergG) im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.Die römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KG mbH (kurz: Auftraggeberin), hat die Elektroinstallationsarbeiten im U. Areal, 5. öffentliches Gymnasium in einem offenen Verfahren nach Paragraph 25, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 27, Bundesvergabegesetz (kurz BVergG) im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

1.2.

Der Zuschlag sollte im gegenständlichen Verfahren dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden, wobei der Gesamtpreis mit 90 Prozent, die angebotene Gewährleistung mit 10 Prozent gewichtet wurde.

1.3.

Die Antragstellerin hat fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Die Angebotseröffnung erfolgte am 16.02.2009.

1.4.

Mit Schreiben vom 23. 02. 2009 wurde die Fa EPS darüber in Kenntnis gesetzt, dass der Fa E. S. als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werde. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 09.03.2009, 12 Uhr festgesetzt. Unter Berücksichtigung der vorgegebenen Kriterien sei die Antragsgegnerin als Bestbieterin ermittelt worden.

2. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

2.1.

Die I. I. GmbH und Co KG mbH, XY-Gasse 4, I., ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs 1 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 idF der Vergaberechtsnovelle 2007 (im Folgenden als „BVergG“ bezeichnet).Die römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KG mbH, XY-Gasse 4, römisch eins., ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung der Vergaberechtsnovelle 2007 (im Folgenden als „BVergG“ bezeichnet).

2.2.

Die Auftraggeberin hat die gegenständliche Leistung in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

Beweis:

Ausschreibungsbedingungen

2.3.1.

Zuständige Vergabekontrollbehörde ist der Unabhängige Verwaltungssenat Tirol.

Beweis: wie vor

2.3.2.

Angefochten wird die gesondert anfechtbare, rechtswidrige Zuschlagsentscheidung der öffentlichen Auftraggeberin vom 23.02.2009, zugunsten der Antragsgegnerin, die E. S. Elektroanlagen Elektrifizierungs GmbH, XY-Weg 30, A.

Beweis: wie vor

2.4.

Zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages wird auf die unter Punkt I. im Rahmen des Wiedereinsetzungsantrages getätigten Ausführungen hingewiesen. Zur Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages wird auf die unter Punkt römisch eins. im Rahmen des Wiedereinsetzungsantrages getätigten Ausführungen hingewiesen.

2.5.

Aufgrund der bisherigen Beteiligung der Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren sind Kosten für die Erstellung des Angebotes in Höhe von rund Euro 50.000,00,00 exkl USt, angefallen. Diese Aufwendungen wären jedenfalls frustriert, wenn die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen blieben und die Antragstellerin nicht den gegenständlichen Auftrag erhält.

Bestandteil des Schadens sind auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit Euro über 5.000,00 exkl USt, betragen. Diese Kosten werden vom Vertreter der Antragstellerin mit Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt.

Der Antragstellerin entginge durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung auch die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren.

Schließlich droht der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Dieser Schaden würde in dem Fall drohen, dass aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten nicht der Antragstellerin, sondern einem anderen Unternehmen der Zuschlag erteilt würde. Die Höhe des entgangenen Gewinns liegt bei ca Euro 150.000,00.

Beweis:

Zeuge A. S., p.A. Antragstellerin

wie vor

2.6.

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Legung eines Angebotes hinreichend zum Ausdruck gebracht. Darüber hinaus manifestiert sich ihr Interesse insbesondere auch im vorliegenden Wiedereinsetzungsantrag, Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Hätte die Auftraggeberin ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchgeführt und eine vergaberechtskonforme Bestbieterermittlung vorgenommen, wäre der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag jedenfalls zu erteilen gewesen. Ihr Interesse am Vertragsabschluss ist daher evident. Die Rechte der Antragstellerin können nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden.

2.7.

Die Antragstellerin wird durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Zuschlagserteilung und gesetzeskonforme Zuschlagserteilung auf ihr Angebot verletzt.

3. Zu den Vergaberechtswidrigkeiten

Das gegenständliche Vergabeverfahren ist in mehrfacher Hinsicht mangelhaft:

3.1.

Bei der Anbotseröffnung am 16.02.2009 wurden folgende Angebotsangaben verlesen:

Höhe des Nettoangebotspreises

das Ausmaß des abgezogenen Nachlasses

die Verlängerung der Gewährleistungsfrist

Auf ausdrückliche Nachfrage eines Mitbieters und der Rechtsvertretung der Antragstellerin wurde verlangt, dass auch weitere relevante Bieterangaben und Unterlagen vorgelesen werden. Diese, zu Recht, angeregte Vorgangsweise findet ihre gesetzliche Deckung in § 118 Abs 5 BVergG. Darin wird ausdrücklich vorgesehen: Auf ausdrückliche Nachfrage eines Mitbieters und der Rechtsvertretung der Antragstellerin wurde verlangt, dass auch weitere relevante Bieterangaben und Unterlagen vorgelesen werden. Diese, zu Recht, angeregte Vorgangsweise findet ihre gesetzliche Deckung in Paragraph 118, Absatz 5, BVergG. Darin wird ausdrücklich vorgesehen:

„Aus den Angeboten, auch Alternativ- und Abänderungsangeboten, sind folgende Angaben vorzulesen und in der Niederschrift festzuhalten:

Name und Geschäftssitz des Bieters;

der Gesamtpreis oder der Angebotspreis mit Angabe des Ausmaßes allfälliger Nachlässe und Aufschläge und, wenn die Vergabe in Teilen oder für die ganze Leistung oder für Teile derselben Varianten vorgesehen waren, auch die Teilgesamtpreise oder Teilangebotspreise sowie die Variantenangebotspreise;

wesentliche Erklärungen der Bieter;

sonstige im Hinblick auf andere Zuschlagskriterien als dem Preis relevante in Zahlen ausgedrückte Bieterangaben. deren sofortige Verlesung möglich und zumutbar ist und in den Ausschreibungsunterlagen angekündigt wurde.“

Unter Hinweis darauf, dass im Rahmen der Anbotsöffnung ausschließlich der Anbotspreis der abgezogene Nachlass und die Dauer der Gewährleistungsfrist verlesen werden, wurde diesem Vorbringen von der Auftraggeberin nicht entsprochen.

Mit Schriftsatz vom 16.02.2009, somit noch am Tage der Angebotseröffnung, hat die Antragstellerin auf diese Mangelhaftigkeit hingewiesen und sich die Geltendmachung einer konkreten Antragsstellung, insbesondere den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vorbehalten. Insofern wird auch auf die damaligen Ausführungen verwiesen.

Mit Anwaltsschreiben vom 17.02.2009 trat die Auftraggeberin den Ausführungen der Antragstellerin entgegen und führte unter anderem aus:

„Zusammenfassen liegt eine mangelhafte und rechtswidrige Angebotsöffnung nicht vor, Ihre Mandantin hat keinen Rechtsanspruch auf Verlesung der gelegten Eignungsnachweise.“

Diese Vorgangsweise ist „bemerkenswert“, da gerade jene Unterlagen von ,er Verlesung nicht betroffen waren, welche nach den Ausschreibungsunterlagen für den Nachweis der Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit des Bieters zwingend vorzulegen waren (Siehe Punkt A/3.5.1 und A/3.5.2.).

Durch das Unterbleiben der Verlesung der relevanten Bieterunterlagen blieb das Verfahren derart Mangelhaft, dass eine rechtsgültige Zuschlagsentscheidung auszuschließen ist. Für die Antragstellerin bestand keine Möglichkeit zu prüfen, ob die Mitbieter und insbesondere die Zuschlagsempfängerin .die in den Ausschreibungsunterlagen geforderten Unterlagen vollständig und ordnungsgemäß vorlegten.

Beweis:

Schriftsatz vom 16. 02. 2009 Anwaltsschreiben vom 17.02.2009 wie vor

3.2.

Das bei Anbotsöffnung an zweiter Stelle gelegte Offert der Fa F. und S. wurde noch vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zurückgereiht. Das gesteht die Auftraggeberin selber (mit Schreiben vom 03.06.2009) ein. Gemäß ihrer eigenen Auskunft handelte es sich beim Angebot der Fa F. und S. um ein Variantenangebot, was sich allerdings erst bei Prüfung der Angebote herausstellte. Aus diesem Grund wurde dieses Angebot zwar nicht ausgeschieden, aber der bei der Angebotsöffnung verlesene Varianten-Angebotspreis jedoch nicht berücksichtigt und so hin erst nach dem Angebot der EPS. gereiht.

Darüber wurde die Fa EPS. erst am 03.06.2009 informiert. Zu diesem Zeitpunkt war die Stillhaltefrist aber schon längst abgelaufen (nämlich mit 09.03.2009) und der Zuschlag schon wirksam an die E. S. erteilt.

Beweis:

wie vor

3.2.1. Diese Vorgehensweise der Auftraggeberin ist rechtswidrig. Zumindest hätten die übrigen Mitbieter (somit auch die nunmehrige Antragstellerin) von der Zurückreihung der Fa F. und S. verständigt werden müssen.

So aber wurde der Eindruck erweckt, also ob die Zuschlagserteilung auf Basis der bei Angebotsöffnung vorgenommenen Reihung getroffen worden wäre.

Dies widerspricht dem in § 19 BVerG verankerte Gebot zu einem freien und diskriminierungsfreien Wettbewerb. Den Mitbietern muss zumindest bei der Reihung der Angebote ein Mindestmaß an Transparenz gewährt werden. Dies widerspricht dem in Paragraph 19, BVerG verankerte Gebot zu einem freien und diskriminierungsfreien Wettbewerb. Den Mitbietern muss zumindest bei der Reihung der Angebote ein Mindestmaß an Transparenz gewährt werden.

Bei gegenteiliger Ansicht würde das Rechtsschutzsystem des BVerG zur Gänze unterlaufen, da eine vollständige Überprüfung der Angebote der Mitbieter und in der Folge auch der Zuschlagsentscheidung geradezu ausgeschlossen würde.

3.2.1.1. Diese Ansicht entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des EuGH. Dementsprechend muss der Auftraggeber kraft seiner Verpflichtung zur Transparenz potenziellen Bietern einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit zur Verfügung stellen, die diesen Markt dem Wettbewerb öffnet und die Nachprüfung ermöglicht, ob das Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurde (EuGH vom 7.12.2000 XY RZ 57 und 60-62).

Die bloß stillschweigende Zurückreihung des Angebotes der Fa F. und S. beraubt das Vergabeverfahren genau dieser notwendigen Transparenz und ist daher sowohl nach dem BVerG als auch der Rechtsprechung unzulässig.

3.2.1.2. Aber damit nicht genug. Schließlich verstößt die Auftraggeberin auch noch gegen die eigens von ihr aufgestellten Vergabebedingungen. Punkt A/12.2 der Ausschreibungsunterlagen bestimmt nämlich, dass ausschließlich rechnerisch fehlerhafte Angebote vor- bzw zurückgereiht werden dürfen. Von abgelehnten Variantenangeboten ist nicht die Rede.

3.2.2. Ursächlich für diese rechtswidrige Vorgangsweise sind die mangelhaften Ausschreibungsbedingungen (in Bezug auf Variantenangebote).

3.2.2.1. Die Auftraggeberin wäre nach dem Gesetz dazu verpflichtet gewesen, in einer für den Bieter zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung erkennbaren Art und Weise die Kriterien bekannt zu geben, an hand derer sie die ausgeschriebenen Varianten bewertet wissen möchte (Etlinger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, § 2 Z 38 Rz 10). 3.2.2.1. Die Auftraggeberin wäre nach dem Gesetz dazu verpflichtet gewesen, in einer für den Bieter zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Ausschreibung erkennbaren Art und Weise die Kriterien bekannt zu geben, an hand derer sie die ausgeschriebenen Varianten bewertet wissen möchte (Etlinger in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Kommentar zum BVerG 2006, Paragraph 2, Ziffer 38, Rz 10).

Derartige Angaben sind in den Ausschreibungsbedingungen des gegenständlichen Vergabeverfahrens aber nicht enthalten. Nur in Punkt A/10 der Allgemeinen Vertragsbestimmungen wird auf Variantenangebote Bezug genommen, dies allerdings auch nur mittelbar:

„Im Leistungsverzeichnis angeführte Variantenpositionen sind unbedingt anzubieten, andernfalls ein nicht vollständiges Angebot vorliegt (§ 79 Abs 6 BVerG)“ „Im Leistungsverzeichnis angeführte Variantenpositionen sind unbedingt anzubieten, andernfalls ein nicht vollständiges Angebot vorliegt (Paragraph 79, Absatz 6, BVerG)“

Der Auftraggeberin war somit nicht klar, wie sie mit dem Variantenangebot der Fa F. und S. weiter verfahren sollte. Aus diesem Grund ließ sie es nach einer internen Prüfung der gelegten Angebote einfach unter den Tisch fallen.

3.2.2.2. Außerdem stellt dies auch einen Verstoß gegen 19 BVerG dar. Nach dieser Bestimmung ist die Zuschlagserteilung auf der Grundlage objektiver Kriterien zu treffen, die die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung gewährleisten und sicherstellen, dass die Angebote unter wirksamen Wettbewerbsbedingungen bewertet werden (Erwägungsgrund 46 der RL 2004/118/EG).

Diesen gesetzlichen Anforderungen kann aber nicht entsprochen werden, wenn die Auftraggeberin überhaupt keine Kriterien festlegt, anhand derer sie Variantenangebote bewerten wird.

Auch auf diese Weise wird das Rechtsschutzsystem des BVergG unterlaufen und der Willkür Tür und Tor geöffnet.

3.3.

Weiter ist darauf hinzuweisen, dass in den gesamten Ausschreibungsunterlagen die geschätzte Auftragssumme nicht angeführt wird. (Einzig Punkt A/2.) des Ausschreibungsverzeichnisses führt an, dass „Art und Umfang der Leistungen aus den Ausschreibungsunterlagen und den allenfalls aufgelegten Behelfen“ zu entnehmen sind).

3.3.1. Diese Angabe wäre aber zwingend notwendig gewesen, weil das Gesetz mehrfach an die Zugehörigkeit des jeweils ausgeschriebenen Auftrags zum Oberschwellenbereich oder Unterschwellenbereich anknüpft, zum Beispiel bei der Zulässigkeit einzelner Vergabeverfahren (§§ 27 bis 41), bei den öffentlichen Bekanntmachungen (§§ 50 bis 55), bei den Teilnahme- und Angebotsfristen (§§ 59 bis 67), bei den Eignungsnachweisen (§ 78), bei der Wahl des Zuschlagsprinzips (§ 100), bei der Stillhaltefrist nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (§ 132 Abs 1) etc. 3.3.1. Diese Angabe wäre aber zwingend notwendig gewesen, weil das Gesetz mehrfach an die Zugehörigkeit des jeweils ausgeschriebenen Auftrags zum Oberschwellenbereich oder Unterschwellenbereich anknüpft, zum Beispiel bei der Zulässigkeit einzelner Vergabeverfahren (Paragraphen 27 bis 41), bei den öffentlichen Bekanntmachungen (Paragraphen 50 bis 55), bei den Teilnahme- und Angebotsfristen (Paragraphen 59 bis 67), bei den Eignungsnachweisen (Paragraph 78,), bei der Wahl des Zuschlagsprinzips (Paragraph 100,), bei der Stillhaltefrist nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung (Paragraph 132, Absatz eins,) etc.

Ob die Vergabe zum Oberschwellenbereich oder Unterschwellenbereich gehört, entscheidet sich aber durch Vergleich des geschätzten Auftragswertes mit dem Schwellenwert.

Die durch Gesetz und Rechtsprechung geforderte Transparenz zur Nachvollziehbar- und Nachprüfbarkeit des Handelns der Auftraggeberin bleibt daher ein weiteres Mal auf der Strecke.

3.3.2. Nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, 11.10.2007, Lämmerzahl, C-241/06) begründet dieser Mangel das Recht der am Verfahren beteiligten Unternehmen auf einen Nachprüfungsantrag. Dazu wird ausgeführt: „(...) Daraus folgt, dass in der Bekanntmachung eines öffentlichen Lieferauftrags, der in den Geltungsbereich der Richtlinie 93/36 fällt, gemäß dieser Richtlinie die Gesamtmenge oder der Gesamtumfang des Auftrags angegeben sein muss.

Ist in einem gegebenen Fall dieser Verpflichtung nicht genügt worden, ergibt sich daraus ein Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge im Sinne von Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/ 665, der das Recht auf eine Nachprüfung gemäß dieser Bestimmung begründet. Ist in einem gegebenen Fall dieser Verpflichtung nicht genügt worden, ergibt sich daraus ein Verstoß gegen die gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften über öffentliche Aufträge im Sinne von Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/ 665, der das Recht auf eine Nachprüfung gemäß dieser Bestimmung begründet.

Folglich ist auf die zweite Frage zu antworten, dass nach Art 9 Abs 4 und Anhang IV der Richtlinie 93/36 in der Bekanntmachung eines in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallenden Auftrags dessen Gesamtmenge oder Gesamtumfang angegeben sein muss. Fehlt eine solche Angabe, muss ihr Fehlen gemäß Art 1 Abs 1 der Richtlinie 89/665 zum Gegenstand einer Nachprüfung gemacht werden können.“ Folglich ist auf die zweite Frage zu antworten, dass nach Artikel 9, Absatz 4 und Anhang römisch vier der Richtlinie 93/36 in der Bekanntmachung eines in den Geltungsbereich dieser Richtlinie fallenden Auftrags dessen Gesamtmenge oder Gesamtumfang angegeben sein muss. Fehlt eine solche Angabe, muss ihr Fehlen gemäß Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 zum Gegenstand einer Nachprüfung gemacht werden können.“

Das Recht der Antragstellerin auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung sowie die Pflicht der Vergabebehörde zu deren Nichtigerklärung liegt somit auf der Hand.

3.4.

Es zeigt sich auch bei Ermittlung des Zuschlagempfängers die Nichtigkeit des Vergabeverfahrens. Die Zuschlagsentscheidung wurde nämlich nicht in Einklang mit den von ihr angekündigten Zuschlagskriterien getroffen.

3.4.1. Entsprechend Punkt B der Ausschreibungsbedingungen hätte die Bewertung der Angebote nach dem Bestbieterprinzip vorgenommen und der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt

werden müssen. In Ergänzung wäre eine etwaige Erhöhung der Gewährleistungsfrist zu bewerten gewesen, die, je nach Dauer ihrer Verlängerung, eine unterschiedlich hohe Punktzahl mit sich gezogen hätte. So hätte bewertet werden sollen wie folgt:

Keine Erhöhung der Gewährleistungsfrist 70 Pkt. Bei Erhöhung der Gewährleistungsfrist um ein Jahr 80 Pkt. Bei Erhöhung der Gewährleistungsfrist um zwei Jahre 90 Pkt. Bei Erhöhung der Gewährleistungsfrist um drei Jahre 100 Pkt.

3.4.2. In der Benachrichtigung über die Erteilung des Zuschlages führt die Auftraggeberin begründend aus: „Aufgrund der Zuschlagskriterien zu obiger Ausschreibung beabsichtigen wir, den Zuschlag dem Bieter E. S., Elektroanlagen, Elektrifizierungsgesellschaft mbH, XY-Weg, I., zu erteilen. (u.) Der Angebotspreis des Angebotes der Fa E. S. beträgt Euro 1.038.777,08 und ist somit Bestbieter. Das Angebot Ihrer Firma konnte aufgrund des höheren Angebotspreises bei der Vergabe nicht berücksichtigt werden.“ 3.4.2. In der Benachrichtigung über die Erteilung des Zuschlages führt die Auftraggeberin begründend aus: „Aufgrund der Zuschlagskriterien zu obiger Ausschreibung beabsichtigen wir, den Zuschlag dem Bieter E. S., Elektroanlagen, Elektrifizierungsgesellschaft mbH, XY-Weg, römisch eins., zu erteilen. (u.) Der Angebotspreis des Angebotes der Fa E. S. beträgt Euro 1.038.777,08 und ist somit Bestbieter. Das Angebot Ihrer Firma konnte aufgrund des höheren Angebotspreises bei der Vergabe nicht berücksichtigt werden.“

Ganz offensichtlich hat die Auftraggeberin bei Auswahl des ihrer Ansicht nach besten Angebotes ihre ursprünglich eingeschlagene Linie verlassen und wider Erwarten das Billigstbieterprinzip zur Anwendung gebracht. Ansonsten hätte sie das Angebot der EPS. nicht mit der Begründung eines zu hohen Angebotspreises abgelehnt.

Darüber hinaus findet sich auch kein Hinweis darauf, dass das Kriterium der Verlängerung der Gewährleistungsfrist bei Erteilung des Zuschlages miteinbezogen worden ist.

3.4.3. Diese Geschehnisse erfahren folgende rechtliche Würdigung: Nach ständiger Rechtsprechung haben sich sowohl die Auftraggeberin als auch die Parteien des Vergabeverfahrens an die bestandfest gewordenen Ausschreibungsunterlagen zu halten (F/0001-BV A/0512008-60).

Der UVS Tirol hat in dieser Hinsicht bereits entschieden, dass in Entsprechung des Gleichbehandlungsgrundsatzes alle Bieter darauf vertrauen können müssen, dass sich der Auftraggeber an die von ihm festgelegten Ausschreibungsbedingungen hält, um die Leistung unter Berücksichtigung der festgelegten Zuschlagskriterien zu vergeben (UVS Tirol 06.02.2008, uvs-2007/28/3452-7).

Unerwartete und nicht angekündigte Abweichungen von den in der Ausschreibung festgelegten Zuschlagskriterien begründen daher eine Verletzung der wesentlichen Grundsätze des Vergabeverfahrens.

Die Vorgehensweise der Auftraggeberin bei Ermittlung der Bestbieterin verstößt daher gegen wesentliche Grundsätze der Rechtsprechung.

3.4.4. Gleichzeitig werden so auch wesentliche Aspekte des materiellen Rechts außer Acht gelassen. § 89 BVergG zielt darauf ab, bei der Zuschlagserteilung einerseits die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen, und andererseits die Sicherstellung der erforderlichen Transparenz zu garantieren. Ergo muss jeder Bieter dazu in der Lage sein, sich angemessen über die Kriterien und Modalitäten unterrichten und schließlich auch auf deren Bestand vertrauen zu können (Elsner, BVergG 2006 § 80 Rz 601). 3.4.4. Gleichzeitig werden so auch wesentliche Aspekte des materiellen Rechts außer Acht gelassen. Paragraph 89, BVergG zielt darauf ab, bei der Zuschlagserteilung einerseits die Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen, und andererseits die Sicherstellung der erforderlichen Transparenz zu garantieren. Ergo muss jeder Bieter dazu in der Lage sein, sich angemessen über die Kriterien und Modalitäten unterrichten und schließlich auch auf deren Bestand vertrauen zu können (Elsner, BVergG 2006 Paragraph 80, Rz 601).

Diese Transparenz schwindet gerade dann, wenn die Auftraggeberin plötzlich und ohne die beteiligten Unternehmer darüber zu informieren, konkludent die Zuschlagskriterien ändert. Dies ist im gegenständlichen Vergabeverfahren zweifellos geschehen, da zur Begründung der Zuschlagsentscheidung plötzlich das Billigstbieterprinzip herangezogen wurde.

Wie soll der Bieter unter diesen Umständen ein möglichst günstiges und qualitativ entsprechendes Angebot abgeben, wenn gleichzeitig die Gefahr besteht, dass dieses durch einseitige Änderung der Zuschlagskriterien seine Durchschlagskraft verliert?

3.4.5. Nach der Rechtsprechung des EuGH hätte in diesem Fall richtigerweise eine neue Ausschreibung des Leistungsgegenstandes erfolgen müssen (EuGH 19.06.2008, C-454/06).

Eine willkürliche Änderung der Ausschreibungsbedingungen stellt nämlich ein irreführendes Verhalten des Auftraggebers dar und verstößt in jedem Fall gegen die Grundsätze des freien Wettbewerbes und der Öffnung des Marktes verstößt (Vgl EuGH, Rs C-327100, Santex, Slg 2003, 1-1877).

Angesichts dieser, für die Bieter undurchsichtigen, Vorgänge drängt sich unweigerlich der Schluss auf, die Auftraggeberin wolle mit Ausnahme der vermeintlichen Zuschlagsempfängerin die übrigen Mitbieter vom Vergabeverfahren mit allen Mitteln ausschließen.

3.5.

3.5.1. Schließlich ist die Preisgestaltung der in Aussicht genommenen Bestbieterin zu beanstanden., Besonders bei Bauausschreibungen sind Bieter oft versucht, gewisse Positionen, die in der ausgeschriebenen Menge wahrscheinlich nicht zur Ausführung gelangen, besonders günstig anzubieten, hingegen Positionen, die in größerer Menge als ausgeschrieben auszuführen sein werden, relativ teuer anzubieten, um einerseits das billigste Angebot zu haben, andererseits bei der Abrechnung "gut zu verdienen".

Die äußerste Grenze zulässiger Preiskalkulation ist die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Kalkulationsansätze in den wesentlichen Positionen.

Selbst wenn das BVergG auf eine ausdrückliche Erwähnung verzichtet sind nach Art 55 Abs 1, Art 43 lit d RL 2004/18/EG Angebote mit einem insgesamt ungewöhnlich niedrigen Angebot auszuscheiden (Elsner, BVergG 2006 Rz 207). Diese Ansicht hat auch der EuGH in seine Rechtsprechung aufgenommen (EuGH 15.05.2008, C-147/06 sowie C-148/06).Selbst wenn das BVergG auf eine ausdrückliche Erwähnung verzichtet sind nach Artikel 55, Absatz eins,, Artikel 43, Litera d, RL 2004/18/EG Angebote mit einem insgesamt ungewöhnlich niedrigen Angebot auszuscheiden (Elsner, BVergG 2006 Rz 207). Diese Ansicht hat auch der EuGH in seine Rechtsprechung aufgenommen (EuGH 15.05.2008, C-147/06 sowie C-148/06).

3.5.2. Bei der Angebotsöffnung vom 16.02.2009 wurde das Offert der Fa E. S. mit einer Anbotssumme in Höhe von Euro 1.038.777,08 an erster Stelle gereiht. Im Vergleich dazu fand sich jenes der Fa R. mit einer Anbotssumme in Höhe von Euro 1.345.213,54 an letzter Stelle wieder.

Eine Gegenüberstellung der beiden Beträge ergibt eine mathematische Differenz in Höhe von rund 23 Prozent. Es ist daher stark zu bezweifeln, ob der Preiskalkulation der Gegenseite ausschließlich betriebswirtschaftliche Gesichtspunkte zu Grunde gelegt worden sind.

Auch die Rechtsprechung bedient sich zur Ermittlung der Angemessenheit der Angebotspreise mathematischer Methoden. Der OGH hat bereits entschieden, dass ein Überschreiten der marktüblichen Preise um 20 Prozent einen Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen (OGH 2 Ob 20/00f).

In einer anderen Entscheidung nahm der VKS Steiermark die Tatsache, dass das Billigstangebot 11,5 Prozent über der Kostenschätzung des Auftraggebers lag, zum Anlass, die Ausschreibung zu widerrufen. Nach Auffassung des VK-Sachsen sei die Kontrollbehörde dazu verpflichtet, bei einer Abweichung von 10 bis 15 Prozent zum nächsten Bieter Nachforschungen in Bezug auf die Preisgestaltung zu veranlassen.

Der von der Fa E. S. angebotene Gesamtpreis ist daher nach der Rechtsprechung unangemessen niedrig.

3.5.2.1. Nach Ansicht des VwGH muss für eine Prüfung der Preisgestaltung nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur grob geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.

Entscheidend ist die Frage der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs 4 BVergG genannten Kriterien maßgeblich sind (Siehe auch BVA N-1/98-15).Entscheidend ist die Frage der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit, wobei im Einzelnen die in Paragraph 125, Absatz 4, BVergG genannten Kriterien maßgeblich sind (Siehe auch BVA N-1/98-15).

Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes kann zwar eine bewusst unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation von Angebotspreisen eine Erklärung für ungewöhnlich niedrige bzw unangemessene Angebotspreise sein,

wenn dies beispielsweise zur Eroberung eines neuen Marktes oder zur Erweiterung von Marktanteilen erfolgt, die (spekulative) Preisgestaltung an sich ist dadurch aber noch nicht gerechtfertigt.

3.5.2.2. Eine Anwendung dieser Maßstäbe führt zu folgendem Ergebnis:

Der Antragstellerin ist lediglich der Gesamtpreis der vermeintlichen Bestbieterin bekannt. Aber bereits dieser begründet einen Verstoß gegen den hier einschlägigen § 125 BVergG. Letzterer bezieht sich nämlich inhaltlich auf § 19 BVergG, wonach die Vergabe an „befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen“ zu erfolgen hat. Der Antragstellerin ist lediglich der Gesamtpreis der vermeintlichen Bestbieterin bekannt. Aber bereits dieser begründet einen Verstoß gegen den hier einschlägigen Paragraph 125, BVergG. Letzterer bezieht sich nämlich inhaltlich auf Paragraph 19, BVergG, wonach die Vergabe an „befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen“ zu erfolgen hat.

Es wurde bereits oben aufgezeigt, dass der von der Bestbieterin angebotene Preis nicht angemessen im Sinne der Rechtsprechung ist.

Das bisherige Vergabeverfahren ist daher auch aus diesem Grund rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

4. Antrag

Aus vorgenannten Gründen wird im Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil I. I. GmbH und Co KEG“ gestellt der NACHPRÜFUNGSANTRAG Aus vorgenannten Gründen wird im Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KEG“ gestellt der NACHPRÜFUNGSANTRAG

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol wolle die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 23.02.2009 im genannten Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil I. I. GmbH und Co KEG“ gemäß §§ 5 ff und 10 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz für nichtig Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol wolle die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 23.02.2009 im genannten Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KEG“ gemäß Paragraphen 5, ff und 10 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz für nichtig

erklären, weil sie die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt und diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

III. römisch drei.

Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung:

1. Zu den Antragsvoraussetzungen

1.1. Gemäß § 11 Tiroler VergabenachprüfungsgG hat der Unabhängige Verwaltungssenat mangels Suspensiveffektes des Antrages auf Nachprüfung eine einstweilige Verfügung zu erlassen und in Wahrnehmung der diesbezüglichen Richtlinienbestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG unmittelbar vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die notwendig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandener oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen bzw zu verhindern. 1.1. Gemäß Paragraph 11, Tiroler VergabenachprüfungsgG hat der Unabhängige Verwaltungssenat mangels Suspensiveffektes des Antrages auf Nachprüfung eine einstweilige Verfügung zu erlassen und in Wahrnehmung der diesbezüglichen Richtlinienbestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG unmittelbar vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die notwendig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandener oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen bzw zu verhindern.

1.2. Trotz und gerade wegen der bereits erfolgten Auftragserteilung an die Antragsgegnerin ist eine einstweilige Verfügung notwendig und aus den zu 1.1. angeführten Gründen auch rechtlich gedeckt. Mit der bewilligten Wiedereinsetzung in den vorigen Stand muss zur Wahrung des Suspensiveffektes die Zuschlagsentscheidung aufgehoben bzw für nichtig erklärt und gleichzeitig eine neuerliche Zuschlagsentscheidung bis zur Entscheidung über die Nachprüfung untersagt werden.

1.3. Zuständig für die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung ist der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol.

2. Ausführungen zum Antrag

Festzuhalten ist, dass für die Begründung der einstweiligen Verfügung der gesamte unter Punkt 11. angeführte Sachverhalt zur Bescheinigung vorgebracht wird. Darüber hinaus werden die oben angeführten rechtlichen Ausführungen zum Inhalt des gegenständlichen Provisorialbegehrens erhoben.

Die einstweilige Verfügung ist zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin durch Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schafft, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Bundesvergabegesetzes nicht mehr beseitigt werden können.

Gemäß § 329 BVergG hat die Vergabebehörde die voraussehbaren Folgen der einstweiligen Verfügung für alle möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bieter und der Auftraggeberin, aber auch ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens abzuwägen. Gemäß Paragraph 329, BVergG hat die Vergabebehörde die voraussehbaren Folgen der einstweiligen Verfügung für alle möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bieter und der Auftraggeberin, aber auch ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens abzuwägen.

Nur wenn diese Abwägung zu einem Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung führt, ist der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abzuweisen. Daraus folgt, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen des Bundesvergabegesetzes in aller Regel zu erlassen ist (siehe dazu insbesondere BVA 22.4.2003, ONS-36/03-11, BV A 1 .10.2002, NS1/02-02).

Die Antragstellerin wurde durch irreführendes Verhalten der öffentlichen Auftraggeberin von der Beeinspruchung der beabsichtigten Zuschlagserteilung abgehalten. Nach der Rechtsprechung stellt dieses Verhalten einen Wiedereinsetzungsgrund iSv § 71 A VG dar. Die Antragstellerin wurde durch irreführendes Verhalten der öffentlichen Auftraggeberin von der Beeinspruchung der beabsichtigten Zuschlagserteilung abgehalten. Nach der Rechtsprechung stellt dieses Verhalten einen Wiedereinsetzungsgrund iSv Paragraph 71, A VG dar.

Durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Eintritt der Versäumung befunden hat (§ 72 Abs 1 AVG). Nach § 72 Abs 4 leg cit ist die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht anfechtbar und wird sogleich mit ihrer Erlassung formell und materiell rechtskräftig. Durch die Bewilligung der Wiedereinsetzung tritt das Verfahren in die Lage zurück, in der es sich vor Eintritt der Versäumung befunden hat (Paragraph 72, Absatz eins, AVG). Nach Paragraph 72, Absatz 4, leg cit ist die Bewilligung der Wiedereinsetzung nicht anfechtbar und wird sogleich mit ihrer Erlassung formell und materiell rechtskräftig.

Der Wiedereinsetzung kommt auch Rückwirkung zu, sodass alle nach der Versäumung gesetzten Akte wegfallen beziehungsweise wieder außer Kraft treten.

Mit Schreiben vom 23. 02. 2009 wurde die Fa EPS. darüber in Kenntnis gesetzt, dass der Fa E. S. als Bestbieterin der Zuschlag erteilt werde. Das Ende der Stillhaltefrist wurde mit 09.03.2009, 12.00 Uhr, festgesetzt. Der Zuschlag wurde an die Fa E. S. somit rechtswirksam erteilt.

Durch die Bewilligung des Wiedereinsetzungsantrages wird eine Zurückversetzung des Verfahrens in jene Lage bewirkt, in der die Stillhaltefrist noch offen war. Eine Zuschlagserteilung durch die Auftraggeberin an die vermeintliche Bestbieterin ist somit wieder möglich und steht unmittelbar bevor.

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründet sich insbesondere darauf, dass die Auftraggeberin der Antragstellerin rechtswidrig den Zuschlag nicht erteilt.

Schließlich besteht das Interesse der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch darin, dass sie nach Erteilung des Zuschlages nach dem Rechtsschutzinstrumentarium des BVergG nicht mehr in das Vertragsverhältnis zwischen der Auftraggeberin und dem Zuschlagsempfänger eingreifen kann. Dies, obwohl das gegenständliche Vergabeverfahren aufgrund der in Punkt 11., 3. geschilderten Vergabeverstöße mit gravierenden Mängeln behaftet ist.

Dies würde im Ergebnis dazu führen, dass der Anspruch der Antragstellerin auf ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren und letztlich der Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung umgangen würde. Im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerspricht dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreites. Dazu kommt, dass schon alleine

aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und damit verbundener Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin damit verbunden wäre (siehe dazu Insbesondere OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01 t und 7 Ob 200/00 p; BVA 22.4.2003, 05N-36/03-17).

Im gegenständlichen Fall überwiegt darüber hinaus das Interesse der Antragstellerin an der Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Antragstellerin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei Weitem gegenüber allfälliger Forderungen einer derartigen Maßnahme für die Antragsgegnerin.

Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründet sich auch darauf, dass der Antragstellerin der Entgang des Auftrages, sohin der Entgang von Gewinn, der Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren sowie der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Vergabeverfahren droht. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin ein Referenzprojekt, das weitere Folgeaufträge für den österreichischen und europäischen Markt sichergestellt hätte.

Gemäß dem BVergG sind keine besonderen Interessen der Antragstellerin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen. Die zu erbringenden Leistungen sind nicht durch einen konkreten unvorhergesehenen Bedarf erforderlich.

In diesem Zusammenhang ist auch darauf hinzuweisen, dass jeder umsichtige Auftraggeber bei der Gestaltung des Zeitplanes Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einplanen muss (BVA 15.9.2003, 14N-91 /03-10, BVA 19.5.2003, 07N-48/03-15, BVA 10.7.2003, 04N-65/03-7; BVA 11.8.2003, 16N-74/03-7; BVA 25.9.1998, N-16/98-7).

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden, sind im vorliegenden Fall ebenfalls nicht ersichtlich.

Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handelt es sich somit jedenfalls um die einzige und gleichzeitig im Sinne des § 329 BVergG gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Bei der begehrten einstweiligen Verfügung handelt es sich somit jedenfalls um die einzige und gleichzeitig im Sinne des Paragraph 329, BVergG gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Da eine alleinige Untersagung der Zuschlagserteilung einer Vollstreckung nicht zugänglich ist und eine rechtswidrige Zuschlagserteilung trotz Untersagung durch eine einstweilige Verfügung nicht ausreichend ist, ist sowohl die Zuschlagsentscheidung auszusetzen, um den Ablauf der Frist zu hemmen, als auch eine Zuschlagserteilung zu untersagen (BVA 21.8.2007, N/0077-BVA/13/2007-10).

3. Beabsichtigte und beantragte Maßnahme

Beantragte Maßnahme ist im vorliegenden Fall das Verbot der Zuschlagserteilung.

2.1. Dies ergibt sich aus § 11 Abs 5 Tiroler Landesvergabenachprüfungsg. 2.1. Dies ergibt sich aus Paragraph 11, Absatz 5, Tiroler Landesvergabenachprüfungsg.

Daher wird gestellt der ANTRAG

auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung.

2.2.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol wolle eine EINSTWEILIGE VERFÜGUNG

(§ 12 Tiroler Vergabenachprüfungsg)(Paragraph 12, Tiroler Vergabenachprüfungsg)

folgenden Inhaltes erlassen:

2.2.1.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 23.02.2009 im genannten Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil I. I. GmbH und CoKEG“ wird gemäß §§ 5 ff und 10 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz aufgehoben, in eventu für nichtig erklärt und Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 23.02.2009 im genannten Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil römisch eins. römisch eins. GmbH und CoKEG“ wird gemäß Paragraphen 5, ff und 10 Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz aufgehoben, in eventu für nichtig erklärt und

2.2.2.

der Auftraggeberin I. I. GmbH und Co KEG, XY-Gasse 4, I. im Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil I. I. GmbH und CoKEG“ auf die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens, in eventu aber auf die Dauer von acht Wochen (§ 18 Abs 1 TVNPG) untersagender Auftraggeberin römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KEG, XY-Gasse 4, römisch eins. im Vergabeverfahren „U. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium, Bauteil römisch eins. römisch eins. GmbH und CoKEG“ auf die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens, in eventu aber auf die Dauer von acht Wochen (Paragraph 18, Absatz eins, TVNPG) untersagen

den Zuschlag zu erteilen.

4. Rechzeitigkeit

Durch die Bewilligung des Wiedereinsetzungsantrages wird eine Zurückversetzung des Verfahrens in jene Lage bewirkt, in der die Stillhaltefrist noch offen war.

Die Anträge auf Nachprüfung und Erlassung einer Einstweiligen Verfügung sind daher rechtzeitig.

5. Antrag auf Kostenersatz

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol wolle die Antragsgegnerin gemäß § 19 Abs 5 TVGNG in den Ersatz der Pauschalgebühren des Vergabeverfahrens binnen 14 Tagen zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters verfallen. Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol wolle die Antragsgegnerin gemäß Paragraph 19, Absatz 5, TVGNG in den Ersatz der Pauschalgebühren des Vergabeverfahrens binnen 14 Tagen zu Händen des ausgewiesenen Rechtsvertreters verfallen.

6. Urkundenvorlage

Die Antragstellerin legt nachfolgende Urkunden vor:

Schriftsatz nicht darstellbar

7. Akteneinsicht

Nach ständiger vergaberechtlicher Spruchpraxis (folglich BV A 06.02.1997, F-23/96-12) ist eine Akteneinsicht nach § 17 Abs 3 A VG nur dann gestattet, wenn dadurch keine Beeinträchtigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen herbeigeführt wird. Die Antragsgegnerin hält daher ausdrücklich fest, dass insbesondere ihr Angebot samt Beilagen ebenso wie sämtliche Unterlagen über die Prüfung und Bewertung dieses Angebots von einer allfälligen Akteneinsicht der Antragstellerin auszunehmen sind, weil hierdurch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin verletzt würden.“ Nach ständiger vergaberechtlicher Spruchpraxis (folglich BV A 06.02.1997, F-23/96-12) ist eine Akteneinsicht nach Paragraph 17, Absatz 3, A VG nur dann gestattet, wenn dadurch keine Beeinträchtigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen herbeigeführt wird. Die Antragsgegnerin hält daher ausdrücklich fest, dass insbesondere ihr Angebot samt Beilagen ebenso wie sämtliche Unterlagen über die Prüfung und Bewertung dieses Angebots von einer allfälligen Akteneinsicht der Antragstellerin auszunehmen sind, weil hierdurch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Antragsgegnerin verletzt würden.“

Zusammen mit diesem Schriftsatz vom 09.06.2009 hat die Antragstellerin Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

Ausschreibungsbedingungen (Beilage ./A)

Bekanntgabe der beabsichtigten Zuschlagserteilung vom 23.02.2009 (Beilage ./B) handschriftliche Niederschrift vom 16.02.2009 über die Angebotsöffnung (Beilage ./C) Schriftsatz vom 16.02.2009 (Beilage ./D)

Schreiben der Rechtsanwälte CHG vom 17.02.2009 (Beilage ./E) Schriftsatz vom 02.06.2009 (Beilage ./F)

Schreiben der Rechtsanwälte C. vom 03.06.2009 (Beilage ./G)

Nach schriftlicher Aufforderung des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol mit Fax vom 12.06.2009 hat die Antragstellerin folgende Urkunde gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurde:

Einzahlungsbeleg Nachweis Pauschalgebühr vom 16.06.2009 (Beilage ./H)

Mit Schriftsatz vom 16.06.2009, beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol am 16.06.2009 um 09.23 Uhr eingelangt, hat die Auftraggeberin zum Vorbringen im Antrag Stellung genommen und im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

SCHRIFTSATZ NICHT DARSTELLBAR

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

Niederschrift über die Angebotseröffnung vom 16.02.2009 (Beilage ./1) Bekanntgabe über die beabsichtigte Zuschlagserteilung vom 23.02.2009 samt Faxbestätigung (Beilage ./2)

Schreiben der Rechtsanwälte C. vom 17.02.2009 samt Faxbestätigung (Beilage ./3)

Schreiben der Rechtsanwälte C. vom 03.06.2009 samt Faxbestätigung (Beilage ./4)

Beweis wurde aufgenommen aufgrund der Einsichtnahme in den gesamten Akt des Unabhängigen Verwaltungssenates in Tirol, ZI 2009/K4/1561, und hier insbesondere in die vorgelegten Urkunden.

Aufgrund der aufgenommenen Beweise steht nachfolgender entscheidungswesentliche Sachverhalt fest:

Auftraggeberin ist die I. I. GmbH und Co KG, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 1 TVergNG 2006 handelt. Die Auftraggeberin hat Elektroinstallationsarbeiten im L. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Auftraggeberin ist die römisch eins. römisch eins. GmbH und Co KG, bei der es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph eins, TVergNG 2006 handelt. Die Auftraggeberin hat Elektroinstallationsarbeiten im L. Areal, 5. Öffentliches Gymnasium in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben.

Der Zuschlag sollte in gegenständlichen Verfahren dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot gelegt. Die Angebotseröffnung fand am 16.02.2009 um 11.00 Uhr statt. Das Ende der Stillhaltefrist war der 09.03.2009, 12.00 Uhr. Die Antragstellerin hat ein Angebot in der Höhe von Euro 1,083.972,68 gelegt. Erstgereichte war die Firma E. S. mit einer Angebotssumme von Euro 1,038.777,08. Weiters hat die Firma F. und S. mit einer Angebotssumme von Euro 1,070.000,00 ein Angebot gelegt. Mit Bekanntgabe der Auftraggeberin vom 23.02.2009 wurde bekannt gegeben, dass beabsichtigt wird, der Erstgereichten, der Firma E. S., den Zuschlag zu erteilen. Der Zuschlag wurde bis dato noch nicht erteilt.

Der Rechtsvertreter der Antragstellerin war bei der Angebotsöffnung zugegen. Beim Angebot der Firma F. und S. handelte es sich um ein Variantenangebot, was sich allerdings erst bei der Prüfung der Angebote herausstellte. Aus diesem Grund wurde das Angebot zwar nicht ausgeschieden, der bei der Angebotsöffnung verlesene Varianten-Angebotspreis jedoch nicht berücksichtigt und sohin nach dem Angebot der Antragstellerin gereiht. Die Antragstellerin ist daher an die zweite Stelle vorgerückt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat erwogen wie folgt:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 1 Abs 2 TVergNG 2006, dessen Auftragsvergabe der Nachprüfungskontrolle durch den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol unterliegen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph eins, Absatz 2, TVergNG 2006, dessen Auftragsvergabe der Nachprüfungskontrolle durch den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol unterliegen.

Dem gegenständlichen Verfahren liegt ein Bauauftrag im Oberschwellenbereich zugrunde, wobei Gegenstand des Auftrages Elektroinstallationsarbeiten sind.

Gemäß § 5 Abs 1 TVergNG 2006 können Unternehmer bis zur Erteilung des Zuschlages bzw bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn ein Interesse am Abschluss eines dem Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Gemäß Paragraph 5, Absatz eins, TVergNG 2006 können Unternehmer bis zur Erteilung des Zuschlages bzw bis zum Widerruf des Vergabeverfahrens die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, wenn ein Interesse am Abschluss eines dem Geltungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und 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 die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, sub lit aa BVergG 2006 ist die Zuschlagsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Nach § 9 Abs 1 TVergNG 2006 sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens jeweils der Antragsteller und der Auftraggeber. Nach Abs 2 leg cit sind weiters jene Unternehmen, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner), ebenfalls Partei, wobei insbesondere im Fall der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens ist. Nach Paragraph 9, Absatz eins, TVergNG 2006 sind Parteien des Nachprüfungsverfahrens jeweils der Antragsteller und der Auftraggeber. Nach Absatz 2, leg cit sind weiters jene Unternehmen, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner), ebenfalls Partei, wobei insbesondere im Fall der Anfechtung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens ist.

Gemäß § 71 Abs 1 AVG ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minder Grad des Versehens trifft. Gemäß Paragraph 71, Absatz eins, AVG ist gegen die Versäumung einer Frist oder einer mündlichen Verhandlung auf Antrag der Partei, die durch die Versäumung einen Rechtsnachteil erleidet, die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis verhindert war, die Frist einzuhalten oder zur Verhandlung zu erscheinen und sie kein Verschulden oder nur ein minder Grad des Versehens trifft.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann nicht nur ein äußeres Ereignis, sondern auch ein Irrtum ein Ereignis im Sinne des § 71 Abs 1 lit a AVG sein. Insofern wird in jenen Fällen, in denen die ältere Rechtsprechung in einer unrichtigen Beurteilung der Rechtslage keinesfalls und sogar auch dann keinen tauglichen Wiedereinsetzungsgrund erblickt hat, wenn dieser Irrtum durch eine unrichtige Rechtsauskunft eines behördlichen Organs veranlasst oder bestärkt wurde, im Einzelfall jedenfalls die Verschuldensfrage zu prüfen und einen Wiedereinsetzungsgrund nur dann zu verneinen sein, wenn dem Wiedereinsetzungswerber wenigstens Fahrlässigkeit bei der Versäumung des Termins zur Last fällt. Den selben Gedanken bringt die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Ausdruck, wonach zwar mangelnde Rechtskenntnis oder Rechtsirrtum nicht als ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis zu werten sind, dass die rein subjektive Beurteilung einer bestimmten Rechtslage den Wiedereinsetzungswerber niemals hindern kann, sich über die Wirkung eines Bescheides vorsorglich bei Rechtskundigen zu informieren. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann nicht nur ein äußeres Ereignis, sondern auch ein Irrtum ein Ereignis im Sinne des Paragraph 71, Absatz eins, Litera a, AVG sein. Insofern wird in jenen Fällen, in denen die ältere Rechtsprechung in einer unrichtigen Beurteilung der Rechtslage keinesfalls und sogar auch dann keinen tauglichen Wiedereinsetzungsgrund erblickt hat, wenn dieser Irrtum durch eine unrichtige Rechtsauskunft eines behördlichen Organs veranlasst oder bestärkt wurde, im Einzelfall jedenfalls die Verschuldensfrage zu prüfen und einen Wiedereinsetzungsgrund nur dann zu verneinen sein, wenn dem Wiedereinsetzungswerber wenigstens Fahrlässigkeit bei der Versäumung des Termins zur Last fällt. Den selben Gedanken bringt die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Ausdruck, wonach zwar mangelnde Rechtskenntnis oder Rechtsirrtum nicht als ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis zu werten sind, dass die rein subjektive Beurteilung einer bestimmten Rechtslage den Wiedereinsetzungswerber niemals hindern kann, sich über die Wirkung eines Bescheides vorsorglich bei Rechtskundigen zu informieren.

Weiters ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ein Ereignis unvorhergesehen, wenn die Partei es tatsächlich nicht mit einberechnet hat und dessen Eintritt unter Bedachtnahme auf die zumutbare Aufmerksamkeit und Voraussicht nicht erwartet werden konnte. Das im Begriff der „Unvorhergesehenheit“ gelegene Zumutbarkeitsmoment ist dahin zu verstehen, dass die erforderliche zumutbare Aufmerksamkeit dann noch gewahrt ist, wenn der Partei (ihrem Vertreter) in Ansehung der Wahrung der Frist nur ein „minderer Grad des Versehens“ unterläuft. Ein solcher „minderer Grad des Versehens“ liegt nur dann vor, wenn es sich um leichte Fahrlässigkeit handelt, also dann, wenn ein Fehler begangen wird, der gelegentlich auch ein sorgfältiger Mensch macht. Der

Wiedereinsetzungserber darf nicht auffallend sorglos gehandelt haben, somit die im Verkehr mit Gerichten und behördlich für die Einhaltung von Terminen und Fristen erforderliche und ihm nach seinen persönlichen Fähigkeiten zumutbare Sorgfalt außer Acht gelassen haben, wobei an berufliche rechtskundige Parteienvertreter ein strengerer Maßstab anzulegen ist, als an rechtsunkundigen Personen.

Bei der Angebotsöffnung am 16.02.2009 wurden durch die Vertreter der Auftraggeberin die im § 118 Abs 5 und Abs 6 BVergG 2006 geforderten Angaben festgehalten und eingetragen. Aus dem Gesetz ist keinesfalls zu entnehmen, dass dort auch eine Reihung der Angebote vorgenommen werden muss. Die Angebotsprüfung fand am 19.02.2009 statt und erfolgte sodann, wie bereits oben ausgeführt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mit 23.02.2009, wobei das Ende der Stillhaltefrist mit 09.03.2009 festgesetzt wurde. Bei der Angebotsöffnung am 16.02.2009 wurden durch die Vertreter der Auftraggeberin die im Paragraph 118, Absatz 5 und Absatz 6, BVergG 2006 geforderten Angaben festgehalten und eingetragen. Aus dem Gesetz ist keinesfalls zu entnehmen, dass dort auch eine Reihung der Angebote vorgenommen werden muss. Die Angebotsprüfung fand am 19.02.2009 statt und erfolgte sodann, wie bereits oben ausgeführt die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung mit 23.02.2009, wobei das Ende der Stillhaltefrist mit 09.03.2009 festgesetzt wurde.

Gemäß § 128 Abs 2 BVergG 2006 ist jedem Bieter, der berechtigt war, an der Angebotsöffnung teilzunehmen, auf Verlangen Auskunft über die Gesamtpreise zu geben, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben haben. Gemäß Paragraph 128, Absatz 2, BVergG 2006 ist jedem Bieter, der berechtigt war, an der Angebotsöffnung teilzunehmen, auf Verlangen Auskunft über die Gesamtpreise zu geben, die sich nach Prüfung der Angebote ergeben haben.

Die Antragstellerin hat sich während dieser Verfahrensschritte kein einziges Mal darüber erkundigt, welche Reihung der Angebote stattgefunden hat und wie die Reihung tatsächlich aussieht. Vielmehr ließ die Antragstellerin dies unbeachtet und ließ sie weiters damit die Fristen zur Einbringungen eines Nachprüfungsantrages verstreichen.

Eine eventuelle Reihung der Antragstellerin bei der Angebotsprüfung an dritter Stelle und das damit verbundene Argument einem drittgereihten Bieter sei durch die Zuschlagsentscheidung kein Schaden entstanden, weshalb kein Nachprüfungsantrag eingebracht wurde, kann zusammengefasst keinesfalls als unabwendbares und unvorhergesehenes Ereignis angesehen werden kann, was zu einer Wiedereinsetzung in den vorigen Stand führen würde.

Vielmehr hätte sich die Antragstellerin, welche anwaltlich vertreten war, über die Reihenfolge der Angebote für die Zuschlagserteilung erkundigen müssen. Eine Verpflichtung der Bekanntgabe die Reihenfolge ist, wie bereits ausgeführt, im Vergabegesetz nicht vorgesehen.

Auch hätte sich die Antragstellerin über die Reihung der Angebote erkundigen müssen, zumal es bei einer Angebotsprüfung nie ausgeschlossen ist, dass Angebote nach der Prüfung ausgeschieden werden und es damit zu einer Verschiebung der Reihung der Angebote kommen kann.

Darüber hinaus ist in Bezug auf die Reihung der Angebote festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass die Antragstellerin vermeinte, an dritter Stelle gereiht zu sein, für die Antragslegitimation irrelevant. Wäre ausschließlich auf die Reihung der Angebote abzustellen, dann käme letztlich Antragslegitimation nur dem übergangenen Bestbieter zu, was offenkundig nicht dem System des Gesetzes entspricht (vgl auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar, 2. Auflage, Rn66 zu § 320). Auch dem drittgereihten Bieter kommt daher Antragslegitimation zur Bekämpfung einer Auftraggeberentscheidung zu und kann rein aus der Reihung der Angebote nicht geschlossen werden, dass ihm kein Schaden entstehen könnte. Darüber hinaus ist in Bezug auf die Reihung der Angebote festzuhalten, dass allein die Tatsache, dass die Antragstellerin vermeinte, an dritter Stelle gereiht zu sein, für die Antragslegitimation irrelevant. Wäre ausschließlich auf die Reihung der Angebote abzustellen, dann käme letztlich Antragslegitimation nur dem übergangenen Bestbieter zu, was offenkundig nicht dem System des Gesetzes entspricht vergleiche auch Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar, 2. Auflage, Rn66 zu Paragraph 320,). Auch dem drittgereihten Bieter kommt daher Antragslegitimation zur Bekämpfung einer Auftraggeberentscheidung zu und kann rein aus der Reihung der Angebote nicht geschlossen werden, dass ihm kein Schaden entstehen könnte.

Die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand war daher als unbegründet abzuweisen.

Die Antragstellerin hätte vielmehr nach den im Gesetz festgelegten Fristen einen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung einbringen müssen.

Nach § 6 Abs 1 Z 7 TVergNG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des BVergG 2006. Nach Paragraph 6, Absatz eins, Ziffer 7, TVergNG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung binnen 14 Tagen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können. Bei der Zuschlagsentscheidung handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des BVergG 2006.

Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin mit Schreiben vom 23.02.2009 per Telefax bekannt gegeben. Am 23.02.2009 hat somit die Antragstellerin von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt.

Die Versäumung der Frist für Nachprüfungsanträge führt zur endgültigen Präklusion. Die gesondert anfechtbare Entscheidung (also in diesem Fall die Zuschlagsentscheidung) kann in weiterer Folge nicht mehr angefochten werden. Es ist dem Unabhängigen Verwaltungssenat auch verwehrt, die Rechtswidrigkeit derart „bestandskräftiger“ Entscheidungen im Zuge der Anfechtung in Prüfung zu ziehen.

Der am 12.06.2009 eingebrachte Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war daher als unzulässig zurückzuweisen.

Gemäß § 19 Abs 5 TVergNG 2006 hat der vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat gänzlich oder zumindest teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf der von ihm nach Abs 1 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner (gemeint: den Auftraggeber) und hat der Unabhängige Verwaltungssenat über den Gebührenersatz in seiner Entscheidung abzusprechen. Gemäß Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 hat der vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat gänzlich oder zumindest teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf der von ihm nach Absatz eins, entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner (gemeint: den Auftraggeber) und hat der Unabhängige Verwaltungssenat über den Gebührenersatz in seiner Entscheidung abzusprechen.

Nach § 19 Abs 6 TVergNG 2006 besteht ein Anspruch auf Gebührenersatz nach Abs 5 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben oder dieser Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Nach Paragraph 19, Absatz 6, TVergNG 2006 besteht ein Anspruch auf Gebührenersatz nach Absatz 5, für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben oder dieser Antrag nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Da die Antragstellerin mit ihrem Begehren nicht einmal teilweise obsiegt hat, konnte ein Gebührenersatz im Sinne des § 19 Abs 5 TVergNG 2006 nicht zugesprochen werden. Da die Antragstellerin mit ihrem Begehren nicht einmal teilweise obsiegt hat, konnte ein Gebührenersatz im Sinne des Paragraph 19, Absatz 5, TVergNG 2006 nicht zugesprochen werden.

Insgesamt war daher spruchgemäß zu entscheiden.

Schlagworte

Die, Antragstellerin, hat, sich, während, dieser, Verfahrensschritte, kein, einziges, Mal, darüber, erkundigt, welche, Reihung, der, Angebote, stattgefunden, hat, und, wie, die, Reihung, tatsächlich, aussieht. Vielmehr, ließ, die, Antragstellerin, dies, unbeachtet, und, ließ, sie, weiters, damit, die, Fristen, zur, Einbringung, eines, Nachprüfungsantrages, verstreichen, Eine, eventuelle, Reihung, der, Antragstellerin, bei, der, Angebotsprüfung, an, dritter, Stelle, und, das, damit, verbundene, Argument, einem, drittgerihten, Bieter, sei, durch, die, Zuschlagsentscheidung, kein, Schaden, entstanden, weshalb, kein, Nachprüfungsantrag, eingebracht, wurde, kann, zusammengefasst, keinesfalls, als, unabwendbares, und, unvorhergesehenes, Ereignis, angesehen, werden, was, zu, einer Wiedereinsetzung, in, den, vorigen, Stand, führen, würde, Vielmehr, hätte, sich, die, Antragstellerin, welche, anwaltlich, vertreten, war, über, die, Reihenfolge, der, Angebote, für, die, Zuschlagserteilung, erkundigen, müssen, Eine, Verpflichtung, der, Bekanntgabe, der, Reihenfolge, ist, wie, bereits, ausgeführt, im Vergabegesetz, nicht, vorgesehen.

Auch, hätte, sich, die, Antragstellerin, über, die, Reihung, der, Angebote, erkundigen, müssen, zumal, es, bei, einer, Angebotsprüfung, nie, ausgeschlossen, ist, dass, Angebote, nach, der Prüfung, ausgeschieden, werden, und, es, damit, zu, einer, Verschiebung, der, Reihung, der, Angebote, kommen, kann, Darüber, hinaus, ist, in, Bezug, auf, die Reihung, der, Angebote, festzuhalten, dass, allein, die, Tatsache, dass, die, Antragstellerin, vermeinte, an, dritter, Stelle, gereiht, zu, sein, für, die, Antragslegitimation, irrelevant, Wäre, ausschließlich, auf, die, Reihung, der, Angebote, abzustellen, dann, käme, letztlich, Antragslegitimation, nur, dem, überangenen, Bestbieter, zu, was offenkundig, nicht, dem System, des, Gesetzes, entspricht (vgl, auch, Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel ((Hg), Bundesvergabegesetz 2006, Kommentar, 2. Auflage, Rn66 zu § 320), Auch, dem, drittgereihten, Bieter, kommt, daher, Antragslegitimation, zur, Bekämpfung, einer, Auftraggeberentscheidung, zu, und, kann, rein, aus, der, Reihung, der, Angebote, nicht, geschlossen, werden, dass, ihm, kein, Schaden, entstehen, könnte, Die, Wiedereinsetzung, in, den, vorigen, Stand, war, daher, als unbegründet, abzuweisen

Zuletzt aktualisiert am

13.07.2009

Quelle: Unabhängige Verwaltungssenate UVS, <http://www.wien.gv.at/uvs/index.html>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at