jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE UVS Tirol 2006/06/16 2006/27/1493-13

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 16.06.2006

Spruch

Mit Schriftsatz vom 22.05.2006, beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol per E-Mail eingelangt am 22.05.2006, 16.23 Uhr, hat die Firma G. Bau und Montage GmbH, XY, P. (im Folgenden kurz Antragstellerin genannt), vertreten durch CMS R. -R. R. H. Rechtsanwälte GmbH, XY-Straße, W., die Nachprüfung der von der Gemeinde L., XY-Platz, L. (im Folgenden kurz Antragsgegnerin genannt), vertreten durch Dr. C. G., LL.M., Dr. M. S., LL.M., Ing. Dr. S. S., Rechtsanwälte, XY-Straße, I., vorgenommene Ausschreibung betreffend "L. Ache, Hochwasserschutz Ortsteil W." beantragt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch sein Mitglied Dr. Sigmund Rosenkranz gemäß§ 67a Abs 1 AVG als

Einzelmitglied wie folgt:

Spruch:

Die Anträge, die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbieterin H. Hoch- und Tiefbaugesellschaft mbH vom 08.05.2006 für nichtig zu erklären und die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verhalten, werden jeweils als unzulässig zurückgewiesen.

1.

Die einstweilige Verfügung vom 29.05.2006 wird aufgehoben.

2.

Die Antragstellerin ist schuldig, der teilnehmenden Partei die von ihr entrichteten besonderen Verwaltungsabgaben in Höhe von Euro 2.500,00 binnen 14 Tagen zu Handen der ausgewiesenen Rechtsvertreter zu bezahlen.

Text

Mit Schriftsatz vom 22.05.2006, beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol per E-Mail am 22.05.2006 um 16.23 Uhr eingelangt, hat die Antragstellerin die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens der von der Antragsgegnerin vorgenommenen Ausschreibung betreffend "L. Ache, Hochwasserschutz Ortsteil W." sowie Nichtigerklärung der von der Auftragsgegnerin mit Schreiben vom 08.05.2006 mitgeteilten Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbieterin H. Hoch- und Tiefbaugesellschaft mbH begehrt und gleichzeitig einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt und hiezu im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

"In umseits bezeichneter Vergabesache hat die Antragstellerin die ausgewiesene Rechtsanwälte GmbH mit ihrer rechtlichen Vertretung beauftragt und beruft sich diese auf die erteilte Vollmacht.

I. Nachprüfungsantrag

1. Sachverhalt

1.1. Die Gemeinde L., vertreten durch das Baubezirksamt I., Schutzwasserbau, führt durch die ausschreibende Stelle Zivilingenieurbüro K. und Partner C. Z. GmbH eine Ausschreibung im Wege eines offenen Verfahrens betreffend Bauleistungen für Hochwasserschutz L. Ache, Ortsteil W., durch. Gegenstand des Projektes ist der Hochwasserschutz an der L. Ache von F1.km 10,776 bis 13,046. Die ausgeschriebenen Bauleistungen umfassen Vorarbeiten, den Aushub eines neuen Bachbetts, die Lieferung und Herstellung des neuen Uferdeckwerkes, die Überschüttung des Deckwerkes, den Abriss und die Herstellung von 4 neuen Brücken, den Neubau einer Loipenbrücke und die Tiefverlegung/Neuverlegung von flussquerenden Wasser- und Kanalleitungen im Bereich der Brücken.

Das Vergabeverfahren wurde am 22.2.2006 im Boten für Tirol bekannt gemacht.

Nach Punkt A.6 der Ausschreibungsunterlagen erfolgt der Zuschlag an den Billigstbieter.

1.2. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren und legte frist- und formgerecht ein Angebot mit einem Nettoangebotspreis von Euro 1.996.094,99. Bei der Angebotsöffnung am 16.3.2006 stellte sich heraus, dass die Antragstellerin das preislich weitaus günstigste Angebot abgegeben hat. Weitere acht Bieter haben ebenfalls Angebote abgegeben.

1.3. Mit Schreiben vorn 28.3.2006, bei der Antragstellerin eingelangt am 30.3.2006 ersuchte die vergebende Stelle "im Zuge der vertieften Angebotsprüfung" zur Beantwortung folgender Fragen bzw zur Erbringung von Nachweisen:

"Pos 02320302D, Liefern Bruchsteine:

Nach Erfahrungen aus Projekten der jüngsten Zeit entspricht der angebotene Preis nicht dem aktuellen Marktpreis. Bitte um Angabe des Steinlieferanten mit einer schriftlichen Bestätigung desselben, dass dieser in der Lage ist die geforderte Menge in der geforderten Qualität im vorgesehenen Bauzeitrahmen zu liefern.

Für die Wasserhaltungsarbeiten des gesamten Baulos wurden nur 30 Stunden Bagger veranschlagt. Dies erscheint für das Schütten und Wiederentfernen von Trenndämmen sehr wenig. Bitte um Erklärung.

Der Einheitspreis für Spannstahl liegt deutlich unter dem üblichen Marktpreis. Bitte um Bekanntgabe des Lieferanten und Erklärung.

Bitte um Aufklärung bis 31.03.2006 (gegebenenfalls per Fax)"

Die Antragstellerin teilte in der Folge telefonisch und per Telefax vom gleichen Tag mit, dass aufgrund des Krankenstandes des Geschäftsführers die Nachweise sobald wie möglich nachgereicht würden. Die vergebende Stelle willigte in die Erstreckung der Beantwortungsfrist telefonisch bis 5.4.2006 ein.

Mit Schreiben vom 5.4.2006 nahm die Antragstellerin zu den aufgeworfenen Fragen Stellung. Sie teilte weiters mit, dass sie für die Position Liefern Bruchsteine (im Folgenden: Position Bruchsteine) einen Preis eingesetzt habe, der sich aufgrund von ähnlichen Ausschreibungen im Raum Vorarlberg -- Bregenzer Ache und aus dem Raum Salzburg - Saalach Sohlrampe als erzielbarer Marktpreis ergeben hat. Die Antragstellerin weiß als langjährig tätiges Bauunternehmen, dass gerade Lieferanten in regionalen Bereichen vor Zuschlagserteilung erfahrungsgemäß bei Lieferanfragen extrem hohe Preise anbieten, die aber, sobald der Auftragnehmer feststeht, auf das Marktpreisniveau zurückfallen.

Weiters ersuchte die Antragstellerin im genannten Schreiben um Zeitaufschub bis 21.4.2006 um einen "vernünftigen Steinlieferanten" namhaft machen zu können.

Die vergebende Stelle akzeptierte das Ersuchen um Aufschub bis 18.4.2006, 9:00 in ihrem Schreiben vom 7.4.2006.

Mit Fax vom 14.4.2006, am 18.4.2006 versendet, übermittelte die Antragstellerin eine Bestätigung der Firma S. Granitindustrie AG für die benötigte Liefermenge im vorgesehenen Zeitraum in der geforderten Qualität.

1.4. Mit Schreiben vom 8.5.2006 informierte die vergebende Stelle gemäß "§ 129 Abs 3" die Antragstellerin vom Ausscheiden ihres Angebotes im Wesentlichen mit der Begründung, dass in der vertieften Angebotsprüfung nicht plausible Zusammensetzung der mehrfach genannten Position "aufgefallen" sei. Der angebotene Preis liege deutlich unter dem derzeitigen Marktpreis, wobei der Positionspreis rund 1/5 bis 1/4 des Gesamtpreises betrage und daher als wesentliche Position anzusehen sei.

Gemäß § 125 Abs 5 sei vom Bieter Aufklärung "darüber" gefordert worden, sowie eine Bestätigung des Steinlieferanten, dass die ausgeschriebene Menge in der geforderten Qualität in der Zeit der Bauausführung geliefert werden könne.

Der Bieter erkläre mit Schreiben vorn 5.4.2006 in der Kalkulation nicht die aktuell erhobenen Steinpreise eingesetzt zu haben, sondern aufgrund der Tatsache, dass der aktuelle Preis sehr hoch erschien und Preise aus früheren Ausschreibungen aus anderen Bundesländern eingesetzt zu haben. Weiters werde erklärt, derzeit noch keinen Lieferanten namhaft machen zu können und dass man erhoffe, im Auftragsfall günstigere Preise zu erzielen. Der angeboten Preis sei damit derzeitig betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Die Preisgestaltung sei daher spekulativ.

1.5. Mit E-Mail vom gleichen Tag teilte die vergebende Stelle unter Bezugnahme auf 131 BVergG die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Firma H. mit. Die Stillhaltefrist ende 7 Tage nach Erhalt dieses Mails.

Mit Schreiben vom gleichen Tag teilte die Antragstellerin der vergebenden Stelle mit, dass nach ihrer Ansicht die Ausscheidensentscheidung zu Unrecht erfolgt sei, da insbesondere sämtliche geforderten Nachweise fristgerecht beigebracht wurden.

Mit Schreiben vom 9.5.2006 teilte die vergebende Stelle nochmals mit, dass die Gründe für das Ausscheiden in der betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbaren Preisbildung liege und die geforderte Aufklärung nicht fristgerecht erbracht worden sei.

Mit E-Mail vom 10.5.2006 stellte die vergebende Stelle unter Bezugnahme auf § 11 Abs 2 TirVergNG die Stillhaltefrist mit 14 Tagen richtig.

Beweis: Auszug aus dem Boten von Tirol vom 22.2.2006 (Beilage ./l);

Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./2);

Auszug aus dein Angebot der Antragstellerin (Beilage ./3);

Schreiben der vergebenden Stelle vom 28.3.2006 (Beilage ./4);

Schreiben der Antragstellerin vom 30.3.2006 (Beilage ./5);

Schreiben der Antragstellerin vom 5.4.2006 (Beilage ./6);

Schreiben der vergebenden Stelle vom 7.4.2006 (Beilage ./7);

Scheiben der Antragstellerin vom 14.4.2006 (Beilage ./8);

Schreiben der vergebenden Stelle vom 8.5.2006 - Bekanntgabe der Ausscheidung aus dem Vergabeverfahren (Beilage ./9);

Zuschlagsentscheidung vom 8.5.2006 (Beilage ./10);

Schreiben der Antragstellerin vom 8.5.2006 (Beilage ./11);

Schreiben der vergebenden Stelle vom 9.5.2006 (Beilage ./12);

E-Mail der vergehenden Stelle vorn 10.5.2006 (Beilage./13);

PV; weitere Beweise vorbehalten.

2. Zuständigkeit des UVS und Zulässigkeit des Antrages Gemäß § 345 Abs 1 BVergG 2006 trat das BVergG 2006 mit 1.2.2006 in, zugleich das BVergG 2002 außer Kraft. Allerdings bestimmt § 345 Abs 3 BVergG 2006, dass dieses Bundesgesetz in jenen Angelegenheiten, in denen die Vollziehung nach Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG Landessache ist, unter anderem die Bestimmungen über die Verpflichtung zur Verständigung über das Ausscheiden eines Bieters sowie § 2 Z 16 (wiederum mit Ausnahme der Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung erst mit 1.1.2007 in Kraft treten. § 20 Z 13 BVergG 2002 bleibt bis zum Ablauf des 31.12.2006 in Kraft.

Da Auftraggeber die Gemeinde L. ist, liegt ein Vergabeverfahren, das gemäß Art 14 h Abs 2 Z 2 lit a B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, vor. Weiterhin ist das Tiroler Vergabenachprüfungsgesetz 2002, LGBI 123/2002, in Geltung, das von der Aufhebung durch § 345 Abs 1 BVergG 2006 naturgemäß nicht erfasst ist.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass auf die vorliegende Ausschreibung materiellrechtlich die Bestimmungen des BVergG 2006, verfahrensrechtlich jedoch weiterhin jene des TirVergNG 2002 anzuwenden sind. Insbesondere gilt weiterhin das System der gesondert und nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen gemäß § 20 Z 13 BVergG 2002, sodass eine Anfechtung der Ausscheidensentscheidung als nicht gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 BVergG 2002 und des § 5 Abs 2 TirVergNG nicht in Betracht kommt. Die Rechtswidrigkeit nicht gesondert anfechtbarer Entscheidungen kann nur dadurch geltend gemacht werden, dass die Nichtigerklärung der dem jeweiligen Abschnitt des Vergabeverfahrens abschließenden gesondert anfechtbaren Entscheidung begehrt wird (VwGH 20.10.2004, 2004/04/0105).

Dieses Vergabeverfahren unterliegt - ungeachtet der fehlenden Festlegung des Auftraggebers in den Ausschreibungsunterlagen (gemäß § 80 Abs 1 BVergG 2006) - offensichtlich den Vorschriften für den Unterschwellenbereich. Die verfahrensrechtliche Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung in § 11 Abs 2 Z 1 lit c TirVergNG verweist auf die 14-tägige Stillhaltefrist gemäß § 100 Abs BVergG 2002. Auch wenn (las BVergG 2002 außer

Kraft getreten ist, kann der Verweis im Landesnachprüfungsgesetz, um die Annahme einer unzulässigen dynamischen Verweisung auf Normen einer anderen Rechtssetzungsautorität (des Bundes) zu vermeiden (durchaus vergleichbar VfSlg 13.274/1992), in verfassungskonformer Interpretation nur als statischer Verweis aufzufassen sein, sodass nicht etwa die 7-Tagesfrist im Unterschwellenbereich des § 132 Abs 1 BVergG 2006 an deren Stelle trat, sondern weiterhin die 14-tägige Frist des § 100 Abs 2 BVergG 2002, das zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des TirVergNG in Geltung stand, anzuwenden ist.

Jedenfalls ist die 7-Tages-Frist des § 321 Abs 1 Z 5 BVergG 2006 im vorliegenden Verfahren nicht anzuwenden, weil sie sich auf das Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesvergabeamt bezieht, das gemäß § 291 Abs 2 BVergG 2006 seine Befugnisse nur gegenüber Auftraggebern im Bereich des Bundes ausübt.

Im gegenständlichen Vergabeverfahren ist jedoch der UVS zur Nachprüfung von Auftraggeberentscheidungen gemäß § 2 Abs 1 iVm § 1 Abs 1 TirVergNG zuständig. Der Zuschlag ist nicht erfolgt, weil der Auftraggeber aufgrund seiner Festlegung im E-Mail vorn 10.5.2006 die Stillhaltefrist auf 14 Tage erstreckt hat. Es kann daher dahingestellt bleiben. ob die 7-tägige materiell-rechtliche Stillhaltefrist in § 132 Abs 1 BVergG 2006 hier anwendbar ist, weil es dein Auftraggeber freisteht, diese materiellrechtliche Mindestfrist zu verlängern. Die nicht zur Disposition stehende verfahrensrechtliche Antragsfrist beträgt - wie oben dargelegt - jedenfalls 14 Tage. Ein Widerruf ist ebenfalls nicht erfolgt, sodass der UVS zur Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung und zur Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung gemäß § 3 Abs 2 TirVergNG zuständig ist. Die Zuständigkeit des UVS zum Abspruch über den Ersatz der Pauschalgebühren erfließt aus § 17 Abs 4 TirVergNG iVm § 74 AVG (VwGH 6.4.2005, 2004/04/0091).

Der Antrag ist rechtzeitig iSd § 11 Abs 2 Z 1 lit c TirVergNG. Die Gebühren in Höhe von insgesamt Euro 5.000,00 gemäß § 2 TirVerPublVO wurden entrichtet; der Auftraggeber über die Einleitung des Nachprüfungsantrages gemäß § 5 Abs 2 TirVergNG verständigt.

Beweis: Schreiben der Antragstellervertreterin vom 12.5.2006 (Beilage ./14);

Einzahlungsbeleg (Beilage ./15).

3. Anfechtungserklärung - Beschwerde.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin in Widerspruch zu den in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Billigstbieterprinzip sowie die Ausscheidensentscheidung mangels Vorliegen eines Ausscheidensgrundes rechtswidrig erfolgt sind. Sie erachtet sich insofern sowohl durch die getroffene Ausscheidensentscheidung als auch die nachfolgend gesondert anfechtbare Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Nicht-Ausscheiden, Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes, eventualiter (aus Gründen der Vorsicht) in ihrem Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt.

4. Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung

Gemäß § 130 Abs 1 BVergG 2006 sind von den Angeboten, die nach dem Ausscheiden übrig bleiben der Zuschlag (hier) dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen, Die Antragstellerin hat das Angebot mit dem günstigsten Preis gelegt, die von der Antragsgegnerin behaupteten Ausscheidensgründe liegen nicht vor. Weder ist eine vertiefte Angebotsprüfung gesetzesgemäß erfolgt, noch hätte sie erfolgen dürfen. Selbst wenn sie erfolgt wäre, rechtfertigt das Ergebnis keinesfalls das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin.

4.1. Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 sind Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen, auszuscheiden. Im Gegensatz zur Vorgängerbestimmung des 98 Z 3 BVergG 2002 hat ein Auftraggeber, der sich auf diesen

Ausscheidensgrund stützen möchte, in jedem Fall eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, weil das Wort "gegebenenfalls", dass in der Vorgängerbestimmung des § 98 Z 3 BVergG 2002 noch enthalten war, hier nicht mehr vorkommt.

Die Prüfung der Angemessenheit der Preise und die vertiefte Angebotsprüfung sind nun in 125 BVergG 2006 geregelt. Dabei ist folgendes Schema einzuhalten. Zunächst ist die Angemessenheit der Preise nach den Vorgaben des Abs 1 und 2 leg cit zu prüfen. Gemäß § 125 Abs 3 BVergG 2006 muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs 4 und 5 vertieft prüfen, wenn einer der drei Unterfälle des Abs 3 gegeben sind. Z 1 leg cit liegt hier nicht vor, weil sich sämtliche Angebote im üblichen Preisband bewegen. Z 2 leg cit kommt hier nicht zum Tragen, weil wesentliche Positionen im Leistungsverzeichnis nicht als solche gekennzeichnet waren. Dies ist aber in § 80 Abs 4 BVergG 2006 Voraussetzung. Z 3 leg cit setzt eine Prüfung nach Abs 2 voraus.

Zweifel über die dort angesprochene Angemessenheit der Preise konnten - in Bezug auf die streitgegenständliche Position Bruchsteine - nicht entstehen, weil die sachkundige Auftraggeberin (§ 122 BVergG 2006) die aktuellen Marktverhältnisse kennt bzw kennen musste, die den von der Antragstellerin angebotenen Positionspreis nachvollziehbar machen.

Die Antragstellerin hat selbst, worauf sie in ihrem Schreiben vom 5.4.2006 auch hingewiesen hat, mehrfach die Bruchsteine im Raum Tirol/Vorarlberg zum dort genannten Preis bezogen. Der Auftraggeberin muss daher bekannt sein, dass ungeachtet der im Vorfeld der Zuschlagserteilung in diesem Verfahren wohl aus strategischen Gründen überhöhten Angebote von Bruchsteinlieferanten regelmäßig Preise in Höhe der angebotenen Preise erzielbar und damit marktkonform sind. Außerdem hat die Antragstellerin zwischenzeitlich mit Lieferanten aus Südtirol Verhandlungen geführt. Die bis jetzt vorhandenen Angebote für geeignete Bruchsteine und den Antransport liegen in der von der Antragstellerin angebotenen Größenordnung.

Beweis: Rechnungen aus früheren Ausschreibungen (Beilagenkonvolut./ 16);

PV;

Einholung eines SV-Gutachtens aus dem Bereich des Tiefbaus;

weitere Beweise vorbehalten.

4.2. Selbst wenn man von der Zulässigkeit der Voraussetzungen einer vertieften Angebotsprüfung ausgeht, ist diese nicht in gesetzmäßiger Weise erfolgt und daher ein Ausscheiden des Angebotes unzulässig. Das Gesetz schreibt vor, dass im Fall des Zweifels über die Angemessenheit eines Preises Aufklärung gemäß § 125 Abs 3 BVergG 2006 zu verlangen ist und gemäß Abs 4 und 5 vertieft zu prüfen ist. Abs 5 leg cit bestimmt nun, dass im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen muss. Der Auftraggeber hat demnach im Ergebnis zweimal an den Bieter heranzutreten, um eine unplausible Preiszusammensetzung feststellen zu können. Zum einen muss er durch Aufklärung gemäß § 125 Abs 3 BVergG 2006 feststellen, ob überhaupt eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen ist, zum anderen muss er im Zuge der vertieften Angebotsprüfung schriftlich/mündlich Aufklärung gemäß § 125 Abs 6 BVergG 2006 Aufklärung verlangen.

Dieses Prozedere hat die Auftraggeberin nicht eingehalten. Die vergebende Stelle hat lediglich mit Schreiben vorn 28.3.2006 betreffend die Position Bruchsteine um Bekanntgabe eines Lieferanten samt Lieferbestätigung ersucht. Auch im Schreiben vom 7.4.2006 wird lediglich die Frist für die Beibringung der geforderten Nachweise erstreckt. Selbst wenn man das Schreiben vorn 28.3.2006 als Aufklärungsverlangen iSd § 125 Abs 3 BVergG 2006 qualifiziert, hat

es die Antragsgegnerin verabsäumt, im Zuge der sich nun anschließenden vertieften Angebotsprüfung iSd § 125 Abs 4 und 5 BVergG eine schriftliche Aufklärung gemäß § 125 Abs 5 BVergG 2006 zu verlangen. Folglich konnte eine vertiefte Angebotsprüfung nicht gesetzmäßig durchgeführt werden.

4.3. Ungeachtet dessen vermag das Auskunftsverlangen, selbst wenn man es als Aufklärungsaufforderung iSd § 125 Abs 3 bzw Abs 5 BVergG 2006 verstehen will, zur vertieften Angebotsprüfung nichts beizutragen. Im Schreiben vom 28.3.2006 wurde die Antragstellerin hinsichtlich der beanstandeten Position nämlich nicht um Aufklärung eines Preises ersucht, sondern lediglich um die Angabe des Steinlieferanten die Verfügbarkeit des Liefergutes in der geforderten Qualität und Quantität im vorgesehenen Bauzeitrahmen. Diese abverlangten Angaben sind jedoch nicht geeignet, einen Preis betriebswirtschaftlich zu erklärbar zu machen (§ 125 Abs 4 BVergG 2006). Die Auftraggeberin zu dieser Position ausdrücklich nicht die Bekanntgabe eines Lieferpreises verlangt. Eine vertiefte Angebotsprüfung konnte daher auf Basis der abverlangten Informationen gar nicht erfolgen, weshalb die Beurteilung der Unplausibilität des Gesamtpreises gar nicht möglich ist.

4.4. Auch wenn man eine zulässige und tatsächlich gesetzesgemäß erfolgte vertiefte Angebotsprüfung unterstellt, hätte die Antragsgegnerin nicht zum Ergebnis kommen dürfen, dass eine unplausible Preiszusammensetzung vorliegt. Die Antragstellerin hat nämlich im Schreiben vom 5.4.2006 ausgeführt, dass sich nach ihren Erfahrungen der eingesetzte Steinpreis an der Obergrenze der bis dato von ihr zugekauften Wasserbausteinen befindet und sie aus ihren Erfahrungen aus Ausschreibungen in der Vergangenheit weiß, dass marktkonforme Preise, nämlich solche, die in ihrer Kalkulation gedeckt sind, jedenfalls nach Auftragserteilung -- realistischerweise zu erzielen sind. Schon aus dem Gesetzestext in § 125 Abs 5 BVergG ergibt sich, dass grundsätzlich Erläuterungen des Bieters bei der Beurteilung der Preisplausibilität zu berücksichtigen sind und keinesfalls, wie es offenbar der Antragsgegnerin vorschwebt, die Antragstellerin gezwungen wäre, ihre Erläuterungen durch schriftliche Nachweise zu belegen. Gerade in Hinblick auf die Judikatur des EuGH (Urteil vorn 27.1 1.2001, Rs C-285/99 und C-286/99) setzt die Durchführung eines Verfahrens der kontradiktorischen Überprüfung der vom öffentlichen Auftraggeber als ungewöhnlich niedrig angesehenen Angebote voraus, dass zunächst schriftlich Aufklärung über die Elemente des als ungewöhnlich eingestuften Angebotes zu verlangen ist, die seine Zweifel konkret hervorgerufen haben. Wenn der Antragsgegnerin daher der Preis - gegebenenfalls nach Erhalt der Informationen im Schreiben vom 5.4.2006 - ungewöhnlich niedrig vorkommt, hätte sie gerade über diesen Umstand Aufklärung verlangen müssen.

Offenbar reichte ihr aber (im damaligen Verfahrensstadium) die Nennung eines geeigneten Lieferanten zur Ausräumung der Zweifel aus. Dem Ansuchen wurde mit Schreiben vom 14.4.2006 auch vollinhaltlich entsprochen. Die Antragsgegnerin kann nun im Nachhinein nicht die Unplausibilität des Preises damit begründen, dass die Antragstellerin nicht die aktuell erhobenen Angebotspreise ihrer Kalkulation zugrunde gelegt hat.

Insgesamt liegt daher der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 nicht vor.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass die Begründung des Ausscheidens im Schreiben vom 8.5.2006, soweit sie sich auf das Schreiben vom 5.4.2006 bezieht, schon deshalb unrichtig ist, als sie das Schreiben der Antragstellerin vom 14.4.2006, mit dem sie den Lieferanten namhaft gemacht hat, komplett negiert.

4.5. Schließlich ist noch auf den im Schreiben vom 9.5.2006 erstmals behaupteten Vorwurf einzugehen, die Antragstellerin hätte die geforderte Aufklärung nicht zeitgerecht erbracht. Die Antragsgegnerin stützt sich dabei darauf, dass aus dem Bezugsquellennachweis (Bestätigung der Firma S. Granit) keine definitive Lieferzusage ableiten lasse. Dies ist nicht nachvollziehbar: Das Schreiben der S. Granitindustrie AG von 13.4.2006 nimmt Bezug auf ein Angebot dieses Unternehmens vorn heutigen Tage, in dem es garantiert. die für das Baulos Hochwasserschutz

angebotenen 19.000 Tonnen Granitwasserbausteine in der gewünschten Qualität und Quantität im genannten Zeitraum liefern zu können. Weshalb dies als Nachweis einer definitiven Lieferzusage nicht ausreicht, bleibt der Antragstellerin unerfindlich.

Im Übrigen ist ein Bieter nicht einmal verpflichtet, verbindliche Angebote seiner Lieferanten vorzulegen, da es sich dabei nicht um Subunternehmer handelt (vgl die EB zu § 70 BVergG 2002, AB 11 18 B1gNR 2 1. GP 47). Abgesehen davon, dass eine definitive Lieferzusage zum Nachweis der Preisplausibilität nicht notwendig ist, sie die Antragsgegnerin in der Phase der Angebotsprüfung auch nicht verlangt.

Insgesamt liegt daher kein Ausscheidensgrund im Angebot der Antragstellerin vor.

5. Interesse am Vertragsabschluss - Schaden

Hält die Auftraggeberin ihre Entscheidung aufrecht, entgeht der Antragstellerin als Bestbieterin ein Gewinn, einschließlich der Regiegemeinkosten von ca Euro 400.000,00. Darüber hinaus entstehen ihr frustrierte Angebotslegungskosten von zumindest Euro 16.000,00.

Soweit die Antragstellerin in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebotes verletzt ist, entsteht ihr durch die Nichtbeauftragung ein zusätzlicher Schaden, da sie als dynamisches und aufstrebendes Unternehmen mit bedeutenden Geschäftsbeziehungen zur öffentlichen Hand öffentliche Aufträge zu erlangen ersucht um über die notwendigen Referenzen, die von zahlreichen öffentlichen Auftraggebern gefordert werden, zu verfügen. Gerade dieser Schaden ist nur durch die Nichtigerklärung der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung zu verhindern.

Soweit aufgrund des vorliegenden Nachprüfungsantrages das Vergabeverfahren widerrufen wird, besteht der Schaden bei Fortführung des Vergabeverfahrens und dessen Abschluss durch Zuschlagsentscheidung auch ein Verlust der Möglichkeit, sich in einem neuerlichen Verfahren zu beteiligen (BVA 11.2.2006, 15 N-128/05-34a, 15 N-129/05-26a; Hahnl, BVergG § 163 E.12).

Beweis: wie bisher

6. Antrag

Die Antragstellerin stellt daher den Antrag,

der Unabhängige Verwaltungssenat wolle nach Durchführung einer

mündlichen Verhandlung

1. die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Mitbieterin H. vom 8.5.2006 für nichtig erklären und

2. die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten.

II. Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Da einem Nachprüfungsantrag gemäß § 5 Abs 4 TirVergNG keine aufschiebende Wirkung zukommt und die Stillhaltefrist bereits am 22.5.2006 endet, hätte die Antragsgegnerin ab diesem Zeitpunkt die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergibt, da eine bloße Feststellung (ex-post) einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufzuwiegen vermögen. Nach dem Grundgedanken der RMR 89/665/EWG soll eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfordern (EuGH vom 28.10.1999, Rs C-811/98, 18.6.2002, Rs C-92/00; BVA 9.1.2004, 03N-1/04-7; BVA 30.4.2003, 06N-41103-11).

Die Antragstellerin erklärt hiermit ihr diesbezügliches Vorbringen in Punkt 1. der gegenständlichen Eingabe ausdrücklich auch zum Vorbringen im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Zur Darlegung der Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung wird ausdrücklich auf Punkt 1.5. verwiesen.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens steht weder ein besonderes öffentliches Interesse entgegen, noch überwiegen Interessen der beteiligten Bieter und des Auftraggebers.

Zu den besonderen öffentlichen Interessen: Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zählen zu den besonderen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen, in erster Linie die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum (BVA 29.12.2003, 02N-147/03-5) oder die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen (VfSlg 14.982/1997). Öffentliche Interessen bestehen jedoch auch in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 25.10.2002, B 12169/0l; BVA 9.1.2004, ION-3/04-4, BVA 12.9.2003, 14N-89/03-14 uva). Dabei hat die Rechtsrichtigkeit immer Vorrang vor der Raschheit der Vergabe (BVA 23.12.2002, OIN-73/01-21, BVA 20.1.2004, 03N-1/04-12),

Im gegenständlichen Vergabeverfahren bestehen Interessen am unmittelbaren Schutz von im Vergleich zu den Bieterinteressen höherwertigen Rechtsgütern, wie Leib und Leben, Gesundheit und Eigentum, offensichtlich nicht. Die Ausschreibung betrifft zwar den Hochwasserschutz, dient aber nicht dazu, spezielle und unmittelbare Gefahrenquellen auszuschalten.

Dies ergibt sich vor allen daraus, dass der Auftraggeber sein fehlendes Dringlichkeitsinteresse dokumentiert, indem er kein beschleunigtes Verfahren wegen Dringlichkeit gemäß 67 BVergG 2006 gewählt hat. Zusätzlich ist auch aufgrund der Gewichtung der Zuschlagskriterien kein besonderes öffentliches Interesse an der raschen Fertigstellung des Vorhabens ersichtlich: abgestellt wird lediglich auf den Preis (BVA 16.4.2003, 12N-32/03-4, BVA 30.10.2002, N-58/02-5).

Auftraggeberinteressen, die durch die Verzögerung geschädigt werden könnten, bestehen nicht bzw sind sie nicht beachtlich. Nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden muss ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren grundsätzlich rechnen und deshalb die damit einhergehenden Zeitverzögerungen bei seiner Planung berücksichtigen (zB BVA 6.3.2001, N-34/01-6). Somit liegt in der Terminüberschreitung kein Nachteil, der in der Interessensabwägung Berücksichtigung finden darf, weil es sonst ein Auftraggeber durch entsprechendes Zeitmanagement bei der Auftragsvergabe in der Hand hätte, die Effizienz des Vergaberechtsschutzes auszuhöhlen.

Die Interessen der Antragstellerin an der Innehaltung des Vergabeverfahrens ergeben sich aus dem oben geltend gemachten Schaden.

Da nur Interessen der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht sind, eine vorläufige Maßnahme aber keinerlei (berücksichtigungswürdige) Interessen der Auftraggeberin und sonstiger Mitbieter schädigt und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens besteht, hat die Interessensabwägung gemäß § 13 Abs 3 TirVergNG zugunsten der Antragstellerin auszufallen.

Beweis: Eidesstattliche Erklärung (Beilage./ 17);

wie bisher.

Wegen der dargetanen Erforderlichkeit dieser Maßnahme, deren Eignung sowie der Tatsache, dass es sich im gegebenen Fall uni das gelindeste Mittel handelt, sohin die gesetzlichen Voraussetzungen des § 13 TirVergNG vorliegen, wird gestellt der Antrag,

der Unabhängige Verwaltungssenat wolle

1. die Auftraggeberin nach Mitteilung über diesen Antrag mittels einstweiliger Verfügung bis zur Entscheidung in diesem Verfahren, längstens aber für die Dauer von einem Monat nach Antragstellung die Erteilung des Zuschlages untersagen;

2. die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühr binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution verhalten."

Zusammen mit diesem Schriftsatz wurden von der Antragstellerin folgende Urkunden vorgelegt, die zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet wurden:

Auszug Bote für Tirol vom 22.02.2006 (Beilage ./A)

Auszug aus den Ausschreibungsunterlagen (Beilage ./B) Auszug aus dem Angebot der Antragstellerin (Beilage ./C) Schreiben der Firma K. und Partner C. Z. GmbH vom 28.03.2006 (Beilage ./D)

Schreiben der Antragstellerin vom 30.03.2006 (Beilage ./E)

Schreiben der Antragstellerin vom 05.04.2006 (Beilage ./F) Schreiben der Firma K. und Partner C. Z. GmbH vom 07.04.2006 (Beilage ./G)

Schreiben der Antragstellerin vom 14.04.2006 (Beilage ./H) Schreiben der Firma K. und Partner C. Z. GmbH vom 08.05.2006 - Bekanntgabe der Ausscheidung aus dem Vergabeverfahren (Beilage ./I) Zuschlagsentscheidung (Beilage ./J)

Schreiben der Antragstellerin vom 08.05.2006 (Beilage ./K) Schreiben der Firma K. und Partner C. Z. GmbH vom 09.05.2006 (Beilage ./L)

E-Mail vom 10.05.2006 (Beilage ./M)

Schreiben der rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin vom 22.05.2006 (Beilage ./N)

Kopie des Einzelbeleges Gebühren (Beilage ./O)

Konvolut an Rechnungen betreffend frühere Ausschreibungen (Beilage ./P)

eidesstattliche Erklärung (Beilage ./Q)

Innerhalb offener Frist hat die Antragstellerin die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000,00 (Euro 2.500,00 für den Nachprüfungsantrag und Euro 2.500,00 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) bezahlt. Die Bezahlung wurde durch Legung eines Einzelbeleges Inlandszahlungsverkehr (Empfänger Unabhängiger Verwaltungssenat in Tirol, Bankleitzahl XY, Konto-Nr XY, Zusatztext Ache, Nachprüfungsantrag für den UVS, Antragsteller G. Bau und Montage GmbH, P.,XY) vom 22.05.2006 bescheinigt. Diese Urkunde wurde zum Akt genommen und - wie vor - als Beilage ./O bezeichnet.

Auftragsgemäß hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 24.05.2006 zu den Ausführungen im Nachprüfungsantrag und zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und hiezu im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

"A) Wesentlicher Sachverhalt

1.

Richtig ist, dass die Gemeinde L. als öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 BVergG 2006 mit Bekanntmachung im Boten

für Tirol vom 22.02.2006 zur Abgabe von Angeboten für ein offenes Verfahren betreffend Bauleistungen für den Hochwasserschutz L. Ache, Ortsteil W., aufgefordert hat.

Die Zuschlagserteilung erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Nach der Angebotsöffnung lag die Antragstellerin mit ihrem Angebot (Beilage ./A, Nettoangebotspreis Euro 1.996.094,99) vor der zweitgereihten H. Hoch- und Tiefbau Gesellschaft mbH (Nettoanbotspreis Euro 2.360.869,00).

2.

Richtig ist auch, dass die Antragstellerin von der vergebenden Stelle mit Schreiben vom 28.03.2006 (Beilage ./B) unter anderem aufgefordert wurde, folgende Fragen zu beantworten bzw Nachweise zu erbringen:

Pos 02320302D, Liefern Bruchsteine:

Nach Erfahrungen aus Projekten der jüngsten Zeit entspricht der angebotene Preis nicht dem aktuellen Marktpreis. Bitte um Angabe des Steinlieferanten mit einer schriftlichen Bestätigung desselben, dass dieser in der Lage ist, die geforderte Menge in der geforderten Qualität im geforderten Bauzeitrahmen zu liefern.

Mit Schreiben vom 05.04.2006 (Beilage ./C) nahm die Antragstellerin insbesondere zur Pos 02320302D, Liefern Bruchsteine, wie folgt Stellung:

Wir haben in der Kalkulation, mangels ernstzunehmender Angebote, für

die oa Position "Lieferung von Bruchsteinen" einen Preis eingesetzt, der sich auf Grund von ähnlichen Ausschreibungen im Raum Vorarlberg - Bregenzer Ache und aus dem Raum Salzburg - Sallach Sohlrampe als erzielbarer Marktpreis ergeben hat.

Anzumerken ist noch, dass wir bei der Ausschreibung Bregenzer Ache im Februar/März 2006 von den ortsansässigen Steinproduzenten einen sehr hohen Preis angeboten bekommen haben und wir schlussendlich ähnlich dieses Bauloses einen Marktpreis eingesetzt haben, da die ortsansässigen Vorarlberger Firmen eklatant billiger angeboten hatten. Das heißt, und dies ist auch unsere Erfahrung aus anderen Bauvorhaben, dass sich in der Angebotsphase die infrage kommenden Firmen aus marktpolitischen Gründen sehr hochpreisig darstellen und im Auftragsfalle dann sehr wohl marktkonforme Preise erzielt werden können. Tatsache ist, dass bis zum heutigen Tag, die in Tirol ansässigen Firmen, einen hohen Steinpreis angeboten haben. Die Firmen haben diesen hohen Preis damit begründet, dass sie diese Steine aus dem Raum Brenner antransportieren müssen.

Es ist aus unserer Sicht nicht nachvollziehbar, dass es im transportgeplagten Bundesland Tirol nicht möglich sein soll, transportschonende, also - sich im Nahbereich der Baustelle befindliche - Entnahmequellen zu erschließen.

Wir prüfen daher einerseits die Möglichkeit, die zu liefernden Wasserbausteine aus weiterer Entfernung umweltschonend mittels Eisenbahn bis zum Bahnhof - S. anzutransportieren, auf diesen Bahnhof umzuschlagen und die restlichen 6 - 8 km mittels Lkw auf die Baustelle zu transportieren.

Des Weiteren wurde mit der Gemeinde L. Kontakt aufgenommen, um nochmals zu prüfen, ob in Anbetracht der sich offensichtlich zeigenden marktbeherrschenden Position der restlichen Tiroler Steinlieferanten eine Möglichkeit zu finden, im Nahebereich der Baustelle eine bereits vorhandene oder neue Entnahmestelle für den Abbau von

geeigneten Wasserbausteinen zu erschließen. Da es unserer Meinung nach, wie bereits erwähnt, geradezu grotesk wäre, ins "steinreiche Seefelder Hochplateau", Steine aus dem Ötztal bzw dem Brennergebiet mittels dem in Tirol verpönten Lkw-Transport heranzuschaffen.

Wir wissen, wie auch bereits ausgeführt aus den restlichen Bundesländern, dass der von uns eingesetzte Steinpreis sich an der Obergrenze der bis dato von uns zugekauften Wasserbausteine befindet. Wir kaufen zB im burgenländischen Raum Wasserbausteine um Euro 9,00/t, im Großraum Salzburg um Euro 12,00/t und in Vorarlberg um Euro 17,00/t ein. Im Zentralraum von Oberösterreich, insbesondere im granitreichen Mühlviertel sind derzeit Steinpreise in der Größenordnung von Euro 10,00/t ortsüblich, sodass wir - wie bereits ausgeführt - überlegen, diese aus dem Raum Oberösterreich mittels Eisenbahntransport anzutransportieren.

Wir bitten, nicht zuletzt im Sinne des Bauherrn (Preisunterschied zum Zweitbieter ist beträchtlich), um Zeitaufschub bis 21.04.2006, um dezidiert einen vernünftigen Steinlieferanten namhaft machen zu können.

Dem Ersuchen der Antragstellerin um Zeitaufschub bis 21.4.2006 wurde nicht entsprochen. Stattdessen wurde von der vergebenden Stelle eine Frist bis zum 18.4.2006, 9:00 Uhr gewährt.

3.

Erst nach Ablauf dieser Frist, nämlich am 18.4.2006 um 10:47 Uhr übermittelte die Antragstellerin Ihr Schreiben vom 14(!).4.2006 samt dem Schreiben der S. Granit Industrie AG vom 13.4.2006 (Beilage ./D).

Inhaltlich verweist die Antragstellerin auf die Bestätigung der Firma S. Granit Industrie AG, welche im Wesentlichen folgenden Inhalt aufweist:

Die S. Granit Industrie AG garantiert, die für das Baulos Hochwasserschutz L. Ache - W. angebotenen 19.000 t Granitwasserbausteine, Stückgewicht zwischen ca 800 und ca 3.000 kg, in der Zeit von Mai 2006 bis September 2006 zeitgerecht liefern zu können.

Dieser Erklärung angeschlossen ist ein "K-7 Blatt".

4.

In weiterer Folge wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 8.5.2006 (Beilage ./E) darüber informiert, dass ihr Angebot gemäß § 129 Abs 3 BVergG 2006 ausgeschieden wurde.

Am 5.4.2006 teilte die vergebende Stelle sämtlichen Bietern mit, dass beabsichtigt ist, den Zuschlag dem Angebot der Firma H. Hoch- und Tiefbau Gesellschaft mbH zu erteilen.

Richtig ist, dass mit Email vom 10.5.2006 die Stillhaltefrist auf 14 Tage richtig gestellt wurde.

Beweis: Anbot der Abtragstellerin vom 15.3.2006 (Beilage ./A, wird direkt beim UVS eingereicht)

Schreiben der vergebenden Stelle vom 28.3.2006 (Beilage ./B) Schreiben der Antragstellerin vom 5.4.2006 (Beilage ./C) Schreiben der S. Granit Industrie AG vom 13.4.2006 (Beilage ./D) Schreiben der vergebenden Stelle vom 8.5.2006 (Beilage ./E) weitere Beweise in Vorbehalt

B) Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

1. Zum Angebot der Antragstellerin

1.1 Allgemeines

Bereits im Provisorialverfahren ist klar erkennbar, dass das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung nicht infrage kommt, da offenkundig eine Spekulation vorliegt.

Gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006 sind Angebote auszuscheiden, die eine "spekulative Preisgestaltung" aufweisen. Die EB zu § 129 BVergG 2006 weisen ausdrücklich darauf hin, dass durch die Wortfolge "nicht plausible Zusammensetzung des gesamten Preises" auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise erfasst sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen. 6

In ihrem Schreiben vom 5.4.2006 (Beilage ./C) legt die Antragstellerin klar und deutlich dar, wie sie zum Preis von Euro 19,45/t Bruchsteine gelangt - nämlich durch reine Spekulation.

Die Antragstellerin erhofft, dass sie im Auftragsfalle diesen außerordentlich günstigen Preis, der mit den Marktverhältnissen überhaupt nicht in Einklang zu bringen ist und weit außerhalb von vergleichbaren Erfahrungswerten liegt, erzielen kann.

Alternativ dazu spekuliert sie im Nahbereich der Baustelle eine Entnahmestelle für den Abbau von Wasserbausteinen zu erschließen. Hiefür fehlen jegliche Grundlagen und ist dies vor dem Hintergrund der hiefür erforderlichen naturschutzrechtlichen Genehmigungen in Verbindung mit dem Bauzeitplan denkunmöglich.

1.2 Zur vertieften Angebotsprüfung

In seiner Entscheidung vom 9.10.2002, 2000/04/0039 ist ZVB 2003/56, stellt der VwGH klar, dass auch außerhalb einer vertieften Angebotsprüfung - im Rahmen der Preisangemessenheitsprüfung wegen Zweifel an der Angemessenheit der Preise - Aufklärung verlangt werden darf. Entbehrt die Aufklärung des Bieters einer nachvollziehbaren Begründung und ist der angebotene Preis betriebswirtschaftlich nicht erklärbar, so hat der Auftraggeber das Angebot auszuscheiden.

Es ist daher vollkommen irrelevant, ob die Auftraggeberin die Preisangemessenheitsprüfung als "vertiefte Angebotsprüfung" bezeichnet hat oder nicht.

Allein bei Durchsicht des Schreibens vom 5.4.2006 wird die spekulative Absicht der Antragstellerin deutlich. Ob man zu diesem Ergebnis über eine "vertiefte Angebotsprüfung" oder sonst wie gelangt, ist gleichgültig.

Zweck der vertieften Angebotsprüfung ist festzustellen, ob angemessene Preise vorliegen oder nicht. Der Gesetzgeber ging wohl eher nicht davon aus, dass ein Bieter seine spekulativen Absichten offen legt.

Durch die von der Antragstellerin selbst zugestandenen Spekulation wurde das Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung vorweggenommen. In ihrem Schreiben vom 28.3.2006 (Beilage ./B) hat die vergebende Stelle klar dargelegt, dass der für die Position "Liefern Bruchsteine" angebotene Preis nicht dem aktuellen Marktpreis entspricht (... Nach Erfahrungen aus Projekten der jüngsten Zeit entspricht der angebotene Preis nicht dem akutellen Marktpreis ...). Daraufhin hat die Antragstellerin in ihrem Schreiben vom 5.4.2005 (Beilage ./C) ausführlich dazu Stellung genommen, wie sie dazu kommt, pro Tonne Euro 19,45 anzubieten.

Es stellt sich nunmehr die Frage, aus welchem Grund die vergebende Stelle die Antragstellerin nochmals (Nachprüfungsantrag Seite 10 letzter Absatz) hätte auffordern sollen, ihre Preisgestaltung offen zu legen, wenn sie dies bereits getan hat?

Die Antragstellerin hat in ihrem Schreiben vom 5.4.2006 dargelegt, auf welchen spekulativen Prinzipien ihre Preisgestaltung beruht. Hätte sie dies ein weiteres Mal wiederholen sollen?

1.3 Zu den Erfahrungswerten des Auftraggebers und den relevanten

Marktverhältnissen

Die von der Antragstellerin vorgelegten Rechnungen aus früheren Bauvorhaben sind für das gegenständliche Baulos keinesfalls repräsentativ, da die Preise für Flussbausteine, je nach Bedarf und Vorkommen, regional stark schwanken und eine Zulieferung nach Leutasch von einem "Niedrigpreisgebiet" auf Grund des hohen Gewichtes äußerst kostenintensiv ist.

Zum Schreiben der Schärdinger Granit Industrie AG vom 13.4.2006 ist anzumerken, dass dieses Unternehmen garantiert "... zeitgerecht liefern zu können".

Es wird nicht garantiert, dass tatsächlich auf die Baustelle geliefert wird. Wohlweislich befindet sich in dieser Urkunde auch keine Preisangabe. Dieses Schreiben ist für die Auftraggeberin nichts sagend, da es an der spekulativen Preisgestaltung der Antragstellerin nichts ändert (was nach Eingang des Schreibens vom 5.4.2006 auch nicht möglich wäre).

Die vergebende Stelle und besonders das Baubezirksamt Innsbruck (siehe Stellungnahme Beilage ./F) verfügen über langjährige und ausgedehnte Erfahrung mit derartigen Projekten.

Bei der Pos 02320302D "Liefern Bruchsteine" ist der Preis der Antragstellerin im Vergleich zum üblicherweise erzielbaren Marktpreis und den übrigen Angeboten der Bieter auffallend nieder.

Die Antragstellerin bietet die Tonne für Euro 19,45 an, wogegen die restlichen Bieter ca 30 - 60 Prozent über diesem Preis liegen (Tabelle, Beilage ./G).

Zufällig wurden vom Baubezirksamt im März 2006 Angebote für Flussbausteine eingeholt, welche für ein direkt anschließendes Baulos bei der Verbauung der Leutascher Ache verwendet werden. Aus diesen zeitnahen Angeboten ergibt sich eindeutig, dass derzeit Bruchsteine an die Baustelle L. nicht unter Euro 28,80/t geliefert werden können (Preis des Billigstbieters unter sechs Angeboten der Firma Klaus Auer, Beilage ./H).

Auch für das gegenständliche Baulos hat die Firma K. A. ein - vergaberechtlich nicht zu berücksichtigendes - Initiativangebot gelegt, wobei je Tonne Euro 31,80 offeriert wurden (Beilage ./I).

Seitens der Auftraggeberin liegen daher sehr wohl im Sinne des § 125 Abs 2 BVergG 2006 vergleichbare Erfahrungswerte vor und sind die relevanten Marktverhältnisse bestens bekannt.

Genau über diese Kenntnisse gelangte die Auftraggeberin zum Ergebnis, dass ein angemessener Preis nicht vorliegt.

1.4 "Fairer und lauterer Wettbewerb"

Ungeachtet der Preisangemessenheit handelt es sich bei der Position "Liefern Bruchstein" der Antragstellerin um reine Spekulation. Dies widerspricht dem Grundsatz des fairen und lauteren Wettbewerbes. Allein aus diesem Grund war das Angebot der Antragstellerin auszuscheiden.

1.5 Zusammenfassung

Insgesamt kann das Angebot der Antragstellerin für die Zuschlagserteilung nicht infrage kommen, da eine spekulative Preisgestaltung vorliegt.

Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung ist daher kein geeignetes und erforderliches Mittel, um allenfalls entstandene oder drohende Schädigungen der Antragstellerin zu beseitigen (BVA 5.1.2004, 05N149/03-9).

Beweis: Stellungnahme des Baubezirksamtes vom 24.5.2003 (Beilage ./F)

Tabelle (Beilage ./G)

Angebot der Firma K. A. vom 28.2.2006 (Beilage ./H)

Angebot der Firma K. A. vom 13.3.2006 (Beilage ./I) wie bisher

2. Zum besonderen öffentlichen Interesse und dem Interesse der Antragstellerin

2.1 Besonderes öffentliches Interesse

Die Hochwasserkatastrophe im vergangen Jahr hat in tragischer Weise vor Augen geführt, von welch überragender Bedeutung der Hochwasserschutz ist.

Das Gemeindegebiet von L. und Umgebung war besonders betroffen. Dies führte dazu, dass vom zuständigen Ministerium, insbesondere aus Mitteln des Katastrophenfonds ein 60prozentiger Bundesbeitrag für die gegenständliche Verbauung der Leutascher Ache geleistet wird. Dabei handelt es sich um eine Sonderfinanzierung, die per Gesetz bis Ende 2006 gilt und damit eine Finanzierung über diesen Zeitraum hinaus nicht gesichert ist.

Die Hochwasserschadensbehebungsaktion und die damit verbundene Absicherung vor Ereignissen, wie sie 2005 aufgetreten sind, stellen ein besonderes öffentliches Interesse an einer unverzüglichen Fortsetzung des Vergabeverfahrens dar, welches die ausschließlichen finanziellen Interessen des Antragstellers überwiegen (vgl BVA 23.10.2002, M-55/02-12; BVA 14.12.2001, M-61-65/00-30, wonach selbst der Abwehr nicht besonders wahrscheinlicher Gefahren für Leben und Gesundheit Vorrang zukomme).

Durch die mit dem Nachprüfungsverfahren verbundene Zeitverzögerung (insbesondere die angeregte Gutachtenserstellung) muss davon ausgegangen werden, dass die Verbauung der L. Ache - Bauabschnitt W., im heurigen Jahr nicht mehr in Angriff genommen werden kann. Dies liegt darin, dass die Finanzierung nur dann gesichert ist, wenn die Arbeiten im heurigen Jahr abgeschlossen werden können, was im Falle der Durchführung eines Vergabeverfahrens nicht mehr möglich sein wird.

Das Projekt wäre in diesem Fall "gestorben", was zu einer ständigen Gefahrensituation für die dortige Bevölkerung führt, wie die Ereignisse im Jahr 2005 und auch heuer in Dürnkrut auf tragische Weise gezeigt haben.

2.2 Interesse der Antragstellerin

Tatsächlich sind die Interessen der Antragstellerin rein finanzieller Natur. Sie hat bereits etliche Referenzprojekte in diesem Bereich vorzuweisen und bestehen an ihrer wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Leistungsfähigkeit keinerlei Zweifel (andernfalls wäre ihr Angebot ja schon von vornherein auszuscheiden gewesen).

2.3 Zusammenfassung

Insgesamt überwiegen die besonderen öffentlichen Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens - Sicherheitsdefizit - den rein finanziellen Interessen der Antragstellerin.

Nach Meinung der Auftraggeberin ist daher von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch aus diesen Gründen abzusehen, da ein Überwiegen der nachteiligen Folgen gegeben ist.

Beweis: Schreiben des Lebensministeriums vom 17.1.2006 (Beilage ./K) wie bisher

Aus all den oben angeführten Gründen stellt die Auftraggeberin die Anträge

1. Auf Zurück-/Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

2. Auf Zurück-/Abweisung des Antrages auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens."

Gleichzeitig wurden seitens der Antragsgegnerin mit gegenständlichem Schriftsatz folgende Urkunden gelegt, welche zum Akt genommen und wie folgt bezeichnet werden:

Anbot der Antragstellerin vom 15.03.2006 (Beilage ./1) Schreiben der Firma K. und Partner C. Z. GmbH vom 28.03.2006 (Beilage ./2)

Schreiben der Antragstellerin vom 05.04.2006 (Beilage ./3)

Schreiben der Antragstellerin vom 14.04.2006 samt beigelegtem Schreiben der S. Granit Industrie AG vom 13.04.2006 (Beilage ./4) Schreiben der Firma K. und Partner C. Z. GmbH vom 09.05.2006 (Beilage ./5)

Stellungnahme des Baubezirksamtes Innsbruck vom 24.05.2006 (Beilage ./6)

Tabelle Preisvergleich (Beilage ./7)

Angebot der Firma K. A. vom 28.02.2006 (Beilage ./8) Schreiben der Firma K. A. vom 13.03.2006 (Beilage ./9) Schreiben des Bundesministeriums für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt- und Wasserwirtschaft vom 17.01.2006 (Beilage ./10)

In weiterer Folge hat die Firma H. Hoch- und Tiefbaugesellschaft mbH, XY-Straße, P., vertreten durch B. und A.

Rechtsanwaltspartnerschaft, Rechtsanwälte, XY-Platz, I., mit Schriftsatz vom 29.05.2006, per Telefax beim Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol am 29.05.2006 um 15.42 Uhr eingelangt, einen Teilnahmeantrag gestellt und darin im Einzelnen ausgeführt wie folgt:

"In umseitig bezeichneter Rechtssache hat die Firma H. Hoch- und Tiefbaugesellschaft mbH der unterzeichneten Rechtsanwaltspartnerschaft Vollmacht erteilt, welche diese angenommen hat und sich hiermit darauf beruft. Sämtliche Zustellungen werden zu Handen der Rechtsvertreter begehrt, ebenfalls allfällige Zahlungen gemäß § 19a RAO.

Interesse am Vertragsabschluss:

Im umseitig bezeichneten Vergabeverfahren hat die Firma H. Hoch- und Tiefbaugesellschaft mbH (in der Folge kurz "H.") jenes Angebot gelegt, auf welches die Zuschlagsentscheidung des Antragsgegners lautet. Tatsächlich hat der Teilnahmeantragsteller (in der Folge kurz "TAST") ein entsprechendes Interesse am Vertragsabschluss, was sich schon daran zeigt, dass er ein entsprechend günstiges Angebot gelegt hat. Schon aus diesem Umstand und eben weil der Antragsteller ein offensichtlich spekulatives Angebot gelegt hat, konnte der TAST darauf vertrauen, dass ihm der Zuschlag und damit der Auftrag zur Durchführung gegenständlicher Arbeiten erteilt werden wird.

Drohender/bereits eingetretener Schaden:

Neben den Aufwendungen zur Durchführung gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens (Verwaltungsabgabe, Anwaltskosten etc) ist der TAST aufgrund der beantragten Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gefährdet, gegenständlichen Auftrag nicht zu erlangen, obwohl es offensichtlich ist, dass gegenständliche Zuschlagsentscheidung rechtskonform und richtig getroffen wurde. Dementsprechend ergibt sich weiters, dass die vom TAST für diesen Auftrag vorgesehenen Ressourcen nicht abgedeckt werden könnten und sich eine entsprechende negative Beschäftigungssituation ergeben könnte. Umgelegt auf den Deckungsbeitrag, die zu erlösenden Geräte- und Materialkosten sowie aufgrund des Angebotsergebnisses kann der somit jedenfalls entstehende Schaden als mit mindestens ca 15 Prozent des Netto-Angebotspreises angegeben werden, somit mit ca Euro 355.000,00.

Rechtsbezeichnung:

Mit der von der Antragstellerin beabsichtigten Nichtigerklärung würde jedenfalls das Recht des TAST auf Zuschlagserteilung verletzt werden, weil entgegen den Ausführungen der Antragstellerin vom TAST das Angebot gelegt wurde, welches preisgünstigstes ist. Speziell betroffen ist damit das Recht darauf, dass das Angebot des Antragstellers auch tatsächlich ausgeschieden wurde - und eben auszuscheiden war.

Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrages / Antragslegitimation:

Nach Rückfrage bei der Geschäftsstelle des UVS Tirol wurde der Antrag des Antragstellers G. Bau- und Montage GmbH am 22.5.2006 erst nach 16h, damit nach Ende der Amtsstunden, eingebracht. Er ist daher - wie auch der damit verbundene Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung - als zur Fristwahrung verspätet eingebracht anzusehen. Auf die diesbezügliche Rechtssprechung des VwGH darf verwiesen werden.

Auch fehlt die Legitimation zum Antrag, zumal das Angebot der Antragstellerin ausgeschieden wur

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

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