

TE UVS Tirol 2005/05/11 2005/K9/0021-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 11.05.2005

Spruch

Die A. B. M., 1. M. Bau GesmbH, XY 2. Ing. H. B. Bau GesmbH, XY, beide vertreten durch die Dr. H. Z., Dr. G. P., Dr. H. M., Rechtsanwälte, XY, hat mit Schriftsätzen vom 16.12.1996 und 08.01.1997 beim seinerzeitigen Landesvergabeamt Tirol die Nachprüfung der von den Stadtwerken H. i. T. GmbH, vertreten durch den Geschäftsführer K. S., XY, wiederum vertreten durch Dr. J. M. Rechtsanwalt, XY vorgenommenen Ausschreibung des Neubaues Garagen, Schul und Sportanlage, XY, Gewerk Baumeisterarbeiten beantragt und gleichzeitig die Erlassung einstweiliger Verfügungen beantragt.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol entscheidet durch Herrn Dr. Sigmund Rosenkranz als Vorsitzenden, Dr. Christoph Lehne als Berichterstatter und Mag. Bettina Weißgatterer als weiteres Mitglied der Kammer 9 gemäß § 67a Abs 1 Z 2 AVG 1991 wie folgt:

Spruch:

I. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der Antrag auf Verbesserung des Begehrens vom 21.03.2005 wird als unzulässig zurückgewiesen.

III. Der Antrag der Stadtwerke H. i. T. GmbH gemäß § 12 Abs 2 TVergG 1994 festzustellen, dass der Bietergemeinschaft B. M. auch bei Einhaltung des Tiroler Vergabegesetzes oder einer Verordnung dieses Gesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre, wird zurückgewiesen.

Text

Den Vorakten ist Folgendes zu entnehmen:

Mit den am 16.12.1996 ursprünglich beim Landesvergabeamt eingelangten Anträgen begehrt die A. B. M., 1. M. Bau GesmbH, XY, 2. Ing. H. B. Bau GesmbH, XY, im Folgenden kurz als Antragstellerin bezeichnet, durch ihre ausgewiesenen Vertreter Dr. H. Z., Dr. G. P., Dr. H. M., Rechtsanwälte, XY, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, womit der Stadtgemeinde H. i. T./Stadtwerke H. i. T. GmbH, XY, für die Dauer eines Monats untersagt wird, beim Bauvorhaben

Garagen, Schul und Sportanlagen, XY, bei den Baumeisterarbeiten den Zuschlag zu erteilen und der Stadtgemeinde H. i. T./Stadtwerke H. i. T. GmbH, im Folgenden kurz als Antragsgegnerin bezeichnet, aufzutragen, alle zur Beurteilung des Nachprüfungsantrages notwendigen Unterlagen vorzulegen. Damit verbunden wurde der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens nach den Bestimmungen des TVergG. Weiters wurde beantragt, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und zu entscheiden, dass die Antragstellerin Best und Billigstbieterin im offenen Verfahren Baumeisterarbeiten Garagen, Schul und Sportanlagen, XY ist.

Mit Antrag vom 08.01.1997 begehrte die Antragstellerin, die vom Landesvergabeamt am 18.12.1996 erlassene einstweilige Verfügung dahingehend zu ergänzen, dass dem Antragsteller bis zum Schluss des Nachprüfungsverfahrens untersagt wird, den Bestbieter durch Versenden des Schlussbriefes und Verlagen eines Gegenschlussbriefes formell den Zuschlag zu erteilen und ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und zu entscheiden, dass die Antragstellerin Best und Billigstbieter im offenen Verfahren Baumeisterarbeiten, Garagen, Schul und Sportanlagen, XY ist.

Zusammengefasst hat die Antragstellerin nachfolgendes vorgebracht:

Die Antragsgegner haben in einem offenen Verfahren die Baumeisterarbeiten für Garagen, Schul und Sportanlagen, XY ausgeschrieben. Die Auftragssumme liege über dem Schwellenwert des § 3 BVergG (§ 4 TVergG), der Auftraggeber falle unter den § 1 TVergG und sei somit das Landesvergabeamt gemäß § 5 TVergG zuständig. Nach den Ausschreibungsunterlagen seien die Angebote bis 12.11.1996 im Sekretariat des Bauamts H. i. T. abzugeben gewesen. Laut den Ausschreibungsbedingungen würde das Vertragsverhältnis mit Unterzeichnung des Schluss bzw Gegenschlussbriefes durch den Auftragnehmer beginnen.

Die Antragsgegnerin habe sich in allen Fällen die freie Auswahl unter den Angeboten und auch die Vergabe in Teilen vorbehalten. Auch habe sich die Antragsgegnerin vorbehalten, Arbeiten allenfalls abweichend von der Leistungsbeschreibung ausführen zu lassen. Die Weitergabe des gesamten Auftrages an Subunternehmer sei nicht gestattet worden. Der Ausschreibungstext sei während der Anbotsfrist von der Auftraggeberin geändert worden, da er nicht den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes (BVergG) bzw Landesvergabegesetzes entsprochen habe. Mit Schreiben vom 08.11.1996 sei die Ausschreibung entsprechend berichtigt worden. Die Berichtigung sei der Antragstellerin erst einen Tag vor Ablauf der Abgabefrist, sohin am 11.11.1996, bekannt gegeben worden. Trotzdem habe sie fristgerecht ein Angebot vorgelegt. Laut Angebotseröffnungsprotokoll habe sich folgende Reihung ergeben:

1)Antragstellerin Euro 5,647.471,57

2)Firma S. AG Euro 5,719.911,49

3)ARGE I. F. H. Euro 5,806.827,72

Seit der Angebotseröffnung habe es mehrere Informationsgespräche mit der Antragstellerin gegeben, wobei diese fristgerecht alle geforderten Unterlagen beigebracht habe. Beim ersten Informationsgespräch sei der Antragstellerin bekannt gegeben worden, dass vor der Vergabe am 18. 12.1996 bekannt gegeben werde, wie der Vergabevorschlag laute. Diese Zusage sei nicht eingehalten worden.

Die Antragstellerin sei für den 16.12.1996 zu einem neuerlichen Informationsgespräch geladen worden und werde somit in ihren Rechten eingeschränkt, noch vor Zuschlagserteilung rechtliche Schritte, insbesondere den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bzw einen Nachprüfungsantrag zu setzen.

Im zweiten Informationsgespräch sei über die Vorverlegung des Fertigstellungstermines des Rohbaus für die Tiefgarage von zwei Monaten auf den 31.08.1997 verhandelt worden. Eine Verkürzung der Bauzeit und eine Vorverlegung der Fertigstellung des Rohbaus bedeuten allerdings einen wesentlich höheren Personaleinsatz und habe somit direkten Einfluss auf die Kalkulation des abgegebenen Angebots. Nach den Vermutungen der Antragstellerin sei davon auszugehen, dass auch mit anderen Bietern Verhandlungen geführt wurden, was einen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot der entsprechenden Vergabegesetze darstelle. Die Antragsgegnerin habe durch diesen Sachverhalt mehrfache Rechtsverstöße gesetzt, sodass die Antragstellerin berechtigt sei, die entsprechenden Anträge zu stellen.

Nach Erlass der einstweiligen Verfügung vom 18.12.1996 durch das Landesvergabeamt sei der Antragstellerin mit Schreiben vom 02.01.1997 mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden worden sei. Es würden ihr auch Informationen vorliegen, dass auch das Angebot der Firma S. AG ausgeschieden worden wäre. Die Begründung für das Ausscheiden sei falsch, es verstärke sich der Eindruck, dass im Zuge der Informationsgespräche tatsächlich über Änderungen der Ausschreibung verhandelt worden sei. Die Antragsgegnerin habe sich mehrfach rechtswidrig verhalten, wobei auf die Änderung des Ausschreibungstextes besonders hingewiesen werde.

Anlässlich des letzten Informationsgespräches vom 16.12.1996 zwischen den Vertretern der Antragsgegnerin und der Antragstellerin, hätten Erstere mitgeteilt, dass nach ihrer Prüfung es aus technischer Sicht keine Einwände gegen das Angebot der Antragstellerin gebe, sodass die Mitteilung über das Ausscheiden dieses Angebotes völlig überraschend gekommen sei. Die im Schreiben vom 02.01.1997 angeführten Gründe für das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin lägen nicht vor. Nach den einschlägigen Bestimmungen der Ö-Norm A-2050 sei eine vertiefte Anbotsprüfung lediglich bei solchen Positionen, welche als wesentlich gekennzeichnet sind, zulässig. Eklantante Unterpreise (wie von der Antragsgegnerin behauptet) würden beim Angebot der Antragstellerin nicht vorliegen. Die Position Baustelleneinrichtung sei im Zuge der Informationsgespräche ausreichend abgeklärt worden, insbesondere sei die Situierung der Baukräne außerhalb des Bauzaunes einvernehmlich festgelegt worden. Die Kalkulation der Kosten Spannstahl und Gewindestahl sei im Zuge der vertieften Angebotsprüfung hinreichend geklärt worden, zudem seien diese Positionen nicht als wesentliche Positionen gekennzeichnet gewesen. Auch bei den übrigen Positionen, die als Ausscheidungsgrund angeführt seien, sei hinreichende Aufklärung gegeben worden, sodass entsprechende Ausscheidungsgründe nicht bestünden.

Die Bonität der Firma M. B. GmbH sei ausreichend nachgewiesen worden, sodass auch hier kein Ausscheidungsgrund gegeben sei. Der Gesamtpreis des Angebots der Antragstellerin setze sich durchaus plausibel zusammen, sodass die angeführten Ausscheidungsgründe insgesamt nicht gegeben seien.

Anlässlich der Verhandlung am 29.01.1997 änderte der Vertreter der Antragsgegnerin die Parteienbezeichnung auf Stadtgemeinde H. i. T. Stadtwerke H. i. T. GmbH.

Mit Schreiben vom 18.12.1996 nahm die Antragsgegnerin vorerst zum Antrag vom 16.12.1996 Stellung, wobei dieses Schreiben für die Stadtgemeinde H. i. T. mitunterzeichnet ist. Bestritten wird darin, dass das TVergG auf das gegenständliche Vergabeverfahren Anwendung findet, wobei die Rechtsauffassung im Folgenden näher begründet wird. Des Weiteren spricht sich die Antragsgegnerin gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung mit dem Argument aus, dass durch eine möglicherweise damit verbundene Verzögerung ein unwiederbringlicher Nachteil für den Auftraggeber eintreten könne und die notwendige Interessenabwägung gegen den Erlass einer einstweiligen Verfügung spräche. Zudem könne der Auftraggeber bei einem rechtzeitigen Baubeginn finanzielle Vorteile erzielen, was ebenfalls bei der notwendigen Interessenabwägung zu berücksichtigen sei.

In der Stellungnahme vom 07.01.1997 ergänzte die Antragsgegnerin ihr Vorbringen, wobei sie vorbrachte, dass

Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht die Stadtgemeinde H. i. T. sei, sondern ausschließlich die Antragsgegnerin. Dies ergebe sich aus dem Beschluss des Gemeinderats vom 11.10.1995, mit welchem unter anderem der Antragsgegnerin aufgetragen wurde, das Bauvorhaben auf Rechnung der Antragsgegnerin abzuwickeln. Mit Gründung der Antragsgegnerin wurden laut Gesellschaftsvertrag sämtliche Betriebszweige und Aufgaben der Stadtwerke durch die Antragsgegnerin übernommen, die Antragsgegnerin sei somit ausschließlich Auftraggeberin. Im Weiteren wird nochmals ausführlich auf die Frage der Zuständigkeit des Landesvergabeamtes eingegangen und die diesbezügliche Begründung in der einstweiligen Verfügung des Landesvergabeamtes vom 18.12.1996 bekämpft. Die einstweilige Verfügung hätte auch deshalb nicht erlassen werden dürfen, da die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens eine vorangegangene Entscheidung des Auftraggebers voraussetze, ohne eine derartige Entscheidung fehle für das Nachprüfungsverfahren eine wesentliche Voraussetzung. Eine Entscheidung des Auftraggebers sei nicht erfolgt und die diesbezüglichen Ausführungen in der Begründung der einstweiligen Verfügung vom 18.12.1996 seien unzureichend. Es sei deshalb die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens rechtswidrig gewesen. Darüber hinaus wäre das Landesvergabeamt verpflichtet gewesen, eine entsprechende Interessenabwägung vorzunehmen, was nicht in ausreichendem Maße erfolgt sei. Insgesamt werde die erlassene einstweilige Verfügung als rechtswidrig angesehen.

Dem Auftrag fehle die gesetzliche Deckung, sodass insgesamt die einstweilige Verfügung unzulässig erlassen worden sei.

Bestritten werde, dass Verhandlungen mit den BieterInnen nach Anbotseröffnung geführt worden seien. Geführt worden seien lediglich Aufklärungsgespräche im Sinne der Ö-Norm A-2050. Insbesondere seien keine Verhandlungen über die Änderung des Bauzeitplanes geführt worden, sondern lediglich die Frage aufgeworfen worden, ob und unter welchen Bedingungen es den Anbietern möglich sei, eine Bauzeitvorverlegung zu bewerkstelligen und somit einen früheren Fertigstellungstermin zu erzielen. Die Bauzeitvorverlegung sei ein Bewertungskriterium bei der Anbotsprüfung gewesen und somit der Vorwurf und die Vermutungen der Antragstellerin in diese Richtung absolut unbegründet und unhaltbar.

Mit Schreiben vom 16.01.1997 erstattete die Antragsgegnerin ein weiteres Vorbringen zu den Anträgen vom 09.01.1997 der Antragstellerin, das sich einerseits wieder auf die Frage wer nunmehr Auftraggeber sei und andererseits auf die Frage der beantragten Verlängerung der einstweiligen Verfügung vom 18.12.1996 bezieht.

Weiters wird zum neuerlichen Nachprüfungsantrag ausführlich Stellung genommen und dargelegt, dass beim Angebot der Antragstellerin Ausscheidungsgründe im Sinne des § 39 BVergG in mehrfacher Hinsicht vorgelegen seien. Zu dieser Feststellung sei die Auftraggeberin aufgrund einer vertieften Angebotsprüfung gelangt, die von einer Anbotsprüfungskommission durchgeführt worden sei. Diese Kommission sei aus dem planenden Architekten B. S., dem Projektleiter DI N., dem Bearbeiter der Statik DI G. G. und aus dem von der Antragsgegnerin bestellten Bauleiter Baumeister Ing. B. P. bestanden. Über diese vertiefte Anbotsprüfung sei am 16.12.1996 eine Niederschrift angefertigt worden, die am 17.12.1996 unterfertigt worden sei. Die Antragsgegnerin habe sich bei ihrer Vergabe und Ausscheidungsentscheidung im Wesentlichen an die Feststellungen der Kommission gehalten und die angefochtene Ausscheidungsentscheidung im Wesentlichen auf die von dieser angeführten Feststellungen gestützt.

Der Preis der Leistungsgruppe 01 Baustellengemeinkosten sei ein eklatanter Unterpreis und hätten die zu dieser Position verlangten Auskünfte im Rahmen der vertieften Anbotsprüfung keine befriedigende Erklärung gebracht. Die Preise für die Baustellengemeinkosten seien nicht nachvollziehbar. Die Antragstellerin habe bei dieser Preisposition spekuliert und die Baustellengemeinkosten in andere Positionen hineingerechnet. Damit ergebe sich für die Auftraggeberin das Risiko, dass bei Massenänderungen überhöhte Preise für die Baustellengemeinkosten zustande kommen. Insgesamt sei daher der Preis bei dieser Position nicht nachvollziehbar. Der Baustelleneinrichtungsplan entspreche nicht der Ausschreibung. Bei der Leistungsgruppe 02 Abbrucharbeiten sei ebenfalls ein Unterpreis

festgestellt worden, was einen Ausscheidungsgrund darstelle. Bei der Leistungsgruppe 03 Erdarbeiten seien die Preise nicht erklärbar, zumal Transportkosten bis zu drei Kilometer anfallen, die nicht kalkuliert worden seien. Auch hier handelt es sich um Unterpreise, was einen Ausscheidungsgrund darstelle.

Bei der Leistungsgruppe 07 Beton und Stahlbetonarbeiten sei festzustellen, dass der Lohnansatz nicht aufgeklärt worden sei, sodass in diesem Punkt das Angebot ausschreibungswidrig spekulativ sei. Eklatante Unterpreise seien in den Positionen Gewindestahl und Spannglieder festzustellen. Diese Vorgangsweise sei ausschreibungs und normwidrig und eröffne ebenfalls die Möglichkeit der Spekulation.

Bei der Leistungsgruppe 20 Regiearbeiten sei ebenfalls ein Unterpreis festgestellt worden. Gleichfalls ein Ausscheidungsgrund sei die nicht einwandfrei nachgewiesene Bonität der Firma M.

In einem weiteren Schriftsatz vom 23.01.1997 brachte die Antragsgegnerin, nunmehr vertreten durch Herrn Dr. J. M., Rechtsanwalt, XY, vor, dass die Antragsgegnerin ein Elektrizitätsversorgungsunternehmen im Sinne der Bestimmungen des Tiroler Elektrizitätsgesetzes sei und somit bei der Vergabe öffentlicher Aufträge den Bestimmungen des TVergG unterlägen. Der bisherige gegenteilige Standpunkt werde fallen gelassen. Weiters wird nochmals ausführlich die Rechtskonstruktion des Auftraggebers dargelegt und neuerlich darauf hingewiesen, dass Auftraggeber die Stadtwerke H. i. T. GmbH sei und die gegen jeden anderen insbesondere auch die Stadtgemeinde XY gerichtete Nachprüfungsanträge ins Leere gingen.

Weiters wird die Auffassung vertreten, dass das Landesvergabeamt bei seiner Entscheidung die Bestimmungen des BVergG in der Urfassung anzuwenden habe und die mit 01.01.1997 in Kraft getretene Novelle des BVergG, BGBI Nr 1996/776, bei seiner Entscheidung nicht zu berücksichtigen habe.

In der Folge wird neuerlich auf die Ausscheidungstatbestände des § 39 BVergG verwiesen und dargelegt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin im Sinne dieser Bestimmungen vor der Wahl des Angebots für den Zuschlag ausgeschieden hätte, nachdem das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung ergeben habe, dass das Angebot eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Darüber hinaus hätte die Antragstellerin die verlangten Aufklärungen mit keiner nachvollziehbaren Begründung geliefert und habe das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen widersprochen. Dies beziehe sich insbesondere auf die Position Baustelleneinrichtung.

Der Nachprüfungsantrag entspreche nicht den Bestimmungen des § 8 Abs 4 TVergG und seien die darin festgelegten Fristen nicht eingehalten.

Zusammengefasst wird daher der Antrag gestellt, sämtliche Nachprüfungsanträge der Antragstellerin als unzulässig zurückzuweisen bzw festzustellen, dass die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin zu Recht erfolgte und der Zuschlag dem Bestbieter erteilt wurde. Für den Fall, dass das Landesvergabeamt zu einer gegenteiligen Entscheidung gelangen sollte, wird beantragt, gemäß § 12 Abs 2 TVergG festzustellen, dass der Antragstellerin auch bei Einhaltung des Vergabegesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre.

Aufgrund der dem Landesvergabeamt vorgelegten Urkunden, nämlich Originalleistungsverzeichnisse der Antragstellerin, der A. K. I. GmbH, XY, H. H. und T. GmbH, XY, F. B. AG und Co. KG, Asphalt, Beton, Schotter, XY und der S. Österreich AG, Filiale Rum, XY, 6064 Rum, der entsprechenden EDV-Ausdrucke des Leistungsverzeichnisses samt Disketten, der Prüfberichtsniederschriften vom 17.12.1996 betreffend das Anbot der A. I. F. H., der Niederschrift vom 16.12.1996 betreffend das Angebot der Firma S. AG, Begleitschreiben betreffend der Bildung einer ARGE,

Kenntnisnahme der Berichtigung der Ausschreibung durch die Antragstellerin und die weiteren Bieter A. I. F. H., S. AG, Protokoll über die Anbotseröffnung samt Anwesenheitsliste und Niederschrift, Niederschriften über die vertiefte Anbotsprüfung, Aktennotizen 101, 102, 103, 104, 105, 106, Erklärungen betreffend die Bildung einer ARGE der Antragstellerin, Nachweise gemäß § 28 Abs 2 Ausländerbeschäftigungsgesetz der Antragstellerin, der A. I. F. H. sowie der S. AG, Schreiben der Antragstellerin vom 19.11.1996, Auszug aus dem Firmenbuch betreffend die Firma B. samt Beilagen, Bilanzen, Befähigungsnachweisen, Auszüge aus den Firmenbüchern, Prüfberichte, Stellungnahme zur Bonität der Firma M., des Prüfberichts über den Jahresabschluss, der Referenzlisten der Antragstellerin und der weiteren Bieter I. F. H. Bau sowie S. AG, Subunternehmerliste der Antragstellerin, Tabelle Bieterlücken der Antragstellerin, den Bauzeitplan, den Baustelleneinrichtungsplan, den Preisspiegel, Schreiben der G. vom 22.11.1996, Schreiben der A. T. GmbH vom 26.11.1996, Fotos, Einvernahme der Zeugen Mag. arch. B. S., Ing. B. P., Ing. R. A., Ing. M. S., Ing. W. T. Mag. T. B., DI F. N. Dr. J. P. sowie der übrigen Ergebnisse des durchgeföhrten Ermittlungsverfahrens sowie der durchgeföhrten mündlichen Verhandlungen am 20./29.01.1997 und 05.09.2000 vor dem Landesvergabeamt steht Folgendes fest:

Die Stadtgemeinde H. i. T. ist aufgrund des Kaufvertrages vom 20.06.1951 und der Einantwortungsurkunde vom 11.05.1951 Alleineigentümerin der Liegenschaft EZ 276, KG H. i. T. unter anderem bestehend aus Gst 111 im Ausmaß von 6.021 Quadratmeter. Der Turnverein 1862 ist aufgrund des Schenkungsvertrages vom 19.02.1959 Alleineigentümer der Liegenschaft EZ 831, KG H. i. T., bestehend aus Gst 110/2 im Ausmaß von 2.972 Quadratmeter. Weiters ist der Turnverein Hall 1862 aufgrund des Schenkungsvertrages vom 19.02.1959 Alleineigentümer der Liegenschaft EZ 758, KG H. i. T. bestehend aus Gst 661 im Ausmaß vom 807 Quadratmeter.

Aufgrund des vom Gemeinderat der Stadtgemeinde H. i. T. am 22.02.1995 beschlossenen Vertrages zwischen der Stadtgemeinde H. i. T. und dem Turnverein H. 1862 werden die vorbezeichneten Grundstücke vereinigt. Weiters werden aufgrund dieses Vertrages auf der neu gebildeten Grundfläche eine Hauptschule, zwei Turnhallen mit den dafür erforderlichen Nebenräumen, eine öffentliche Tiefgarage und auf der Oberfläche derselben ein öffentlicher Spielplatz mit einer Kunsteisbahn samt den dazu erforderlichen Umkleidegebäuden errichtet. In weiterer Folge wird aufgrund dieses Vertrages an der gesamten neu gebildeten Liegenschaft samt den darauf errichteten Baulichkeiten, Wohnungseigentum begründet, wobei dem Turnverein H. 1862 eine Turnhalle samt Neben und Vereinsräumlichkeiten zufällt, während die übrigen Räumlichkeiten die Stadtgemeinde H. i. T. ins Wohnungseigentum erhält. Die Stadtgemeinde H. i. T. räumt sodann der Antragsgegnerin das Recht ein, im Rahmen des der Stadtgemeinde H. i. T. zukommenden Wohnungseigentums die Hauptschule samt Turnhalle und Nebenräumen, die öffentliche Tiefgarage sowie die Sportanlage zu errichten.

Vom Gemeinderat der Stadtgemeinde H. i. T. wurde am 22.02.1995 beschlossen, das damals noch als Einzelfirma geföhrte erwerbswirtschaftliche Unternehmen der Stadtgemeinde H. i. T., Stadtwerke H. i. T. mit der Abwicklung des Gesamtbauvorhabens auf Rechnung der Stadtwerke H. i. T. zu beauftragen und zu diesem Zweck einen öffentlichen tirolweiten Architektenwettbewerb im Einvernehmen mit der Architektenkammer auszuschreiben.

Am 22.02.1995 wurde beschlossen, die im Zuge des Bauvorhabens zu errichtende öffentliche Tiefgarage als erwerbswirtschaftliches Unternehmen der Stadtgemeinde H. i. T. zu organisieren und es dem bereits bestehenden erwerbswirtschaftlichen Unternehmen Stadtwerke H. i. T. einzugliedern.

Nach Gründung der Antragsgegnerin hat der Gemeinderat der Stadtgemeinde H. i. T. am 03.07.1996 beschlossen, mit der Antragsgegnerin einen Sacheinlagevertrag abzuschließen, mit dem unter anderem der Teilbetrieb der früheren Stadtwerke H. in T., nämlich die Garagenbetriebe, in die Antragsgegnerin per 31.12.1995 eingebracht werden. Der vom Gemeinderat am 03.07.1996 abgeschlossene Sacheinlagevertrag vom 24.07.1996 wurde am 05.10.1996 im Firmenbuch eingetragen.

Seither errichtet ausschließlich die Antragsgegnerin im eigenen Namen und auf eigene Rechnung das Projekt Untere Stadt. Im Rahmen dieses Bauvorhabens wurden im Rahmen einer Ausschreibung im offenen Verfahren die Baumeisterarbeiten für eine dreigeschossige Tiefgarage, eine Hauptschule mit zehn Klassen, zwei Turnsaalen, Räumlichkeiten für Turnverein, Eislaufverein, eine Kunsteisanlage und eine öffentliche Parkgarage im Rahmen des Bauvorhabens Garagen, Schul und Sportanlage, Untere Stadt, H. i. T., XY ausgeschrieben. Die Ausschreibung wurde in den einschlägigen Medien, so auch im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, öffentlich bekannt gemacht.

Im Ausschreibungstext werden als Auftraggeber die Stadtgemeinde H. i. T. und die Antragsgegnerin, beide vertreten durch Bürgermeister Dr. J. P., angeführt. Die Angebotseröffnung wurde für den 12.11.1996, 14:00 Uhr, im Stadtbauamt H. i. T. Sitzungszimmer, 2. Stock, angesetzt. Mit dem gleichen Zeitpunkt endete die Angebotsabgabefrist.

Im Deckblatt der Ausschreibungsunterlagen ist die Stadtgemeinde H. i. T. Stadtwerke GmbH, XY, angeführt. Der Ausschreibungstext enthält neben dem Leistungsverzeichnis allgemeine Bestimmungen, allgemeine Vorbemerkungen, Bestimmungen über das Vadium und die Zuschlagsfrist, die Vergabe, die Vertragsgrundlagen, die Kündigung, Preise und Preisbasis, Leistungsfristen und Pönale, Mehr und Minderleistungen, Ausführungen, Terminplan, Gefahr und Haftung, Firmentafel und Eröffnungsvergabe, Umweltschutz, Bautagesberichte, Ausmaßfeststellung, Regiearbeiten, Übernahme der Leistung, Gewährleistung, Rechnungslegung, Sicherstellung, Zahlung und Skonto sowie eine Gerichtsstandvereinbarung. Aufgrund eines Schreibens der Vereinigung Industrieller Bauunternehmungen Österreichs wurde mit Schreiben vom 08.11.1996 der Ausschreibungstext geändert bzw ergänzt durch den Hinweis, dass die Vergabe gemäß den Bestimmungen des BVergG stattfindet, die Vergabe unter Zugrundelegung des Bestbieterprinzips gemäß BVergG erfolgt, der Auftraggeber sich jedoch, soweit dies im Leistungsverzeichnis oder in den allgemeinen Bestimmungen für den Einzelfall vorgesehen ist, die Vergabe auch in Einzelteilen vorbehält. Zusammengehörige Leistungen werden gemeinsam vergeben. Leistungen von anderen Fachgebieten können jedoch auch an die speziellen Fachfirmen vergeben werden. Den im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen gehen exakte Massenermittlungen voraus. Die so ermittelten Massen wurden lediglich gerundet. Bei Massenmehrungen, Massenminderungen oder dem Entfall einzelner Positionen können die Vertragspartner nur auf Änderung der Einheitspreise bestehen, wenn dies nach Ö-Norm B-2110 vorgesehen ist. Der Auftragnehmer hat dem Auftraggeber für den Fall der Änderung der Einheitspreise ehestens ein Zusatzangebot vorzulegen. Die Vorlage des Zusatzangebotes muss unmittelbar nach Kenntnis der Gründe zur Abänderung der Einheitspreise stattfinden, sodass der Auftraggeber noch vor Ausführung der betreffenden Leistung, Zeit zur Prüfung des Zusatzangebotes hat. Durch die se Änderungen des Ausschreibungstextes wurde die Frist zur Angebotsabgabe nicht verändert.

Über die Anbotseröffnung vom 12.11.1996, die von einer Kommission vorgenommen wurde, wurde ein Protokoll angefertigt. Nach diesem lagen zu diesem Zeitpunkt sieben Angebote vor. Die drei preislich günstigsten Angebote reihten sich wie folgt:

1.

Antragstellerin Euro 5,647.471,57

2.

Firma S. AG Euro 5,719.911,49

3.

ARGE I. F. H. Euro 5,806.827,72

Die Firma S. AG legte ein Variantenangebot vor, welches sich nach Einrechnung eines Nachlasses auf Euro 5,645.522,70 belief. Nach Prüfung der Angebotssummen ergaben sich geringfügige Korrekturen beim Angebot der Firma S. AG (Korrektur auf Euro 5,719.696,74 des Hauptangebotes) und der A. I. F. H. (Euro 5,807.619,63).

Nach Angebotseröffnung kam es zu Informationsgesprächen an welchen einerseits die Vertreter der drei preislich bestgereichten Anbieter und andererseits der Projektleiter, der Architekt, der Statiker, sowie ein Vertreter des Büros Baumeister P. (Bauleitung) teilnahmen. Der Inhalt dieser Informationsgespräche wurde in den Aktennotizen Nr 101 bis Nr 106 festgehalten. Für die Protokollführung zeichnete Baumeister Ing. B. P. verantwortlich.

Das erste Gespräch geht man von der Reihenfolge der Nummerierung der Aktennotizen aus fand am 19.11.1996 mit Vertretern der Antragstellerin in Anwesenheit von DI N. M. B., Ing. A., Ing. G., Architekt S. statt. Dabei wurde die Antragstellerin um die Erstellung eines Baustelleneinrichtungsplans mit den Kranstandorten und Abladeplätzen sowie Container Standorten für Mannschafts, Polier und Architekten Container ersucht. Weiters wurde die Beibringung fehlender Unterlagen sowie Detailkalkulationen angefordert.

Ebenfalls am 19.11.1996 fand ein Informationsgespräch mit Vertretern der Firma S. AG statt (Aktennotiz Nr 102) mit dem im Wesentlichen ähnliche Forderungen an die genannte Firma gerichtet wurden. Am 20.11.1996 fand das Informationsgespräch mit Vertretern der A. I. F. H. statt, wobei inhaltlich im Wesentlichen die gleiche Thematik wie bei den vorgenannten Besprechungen erörtert wurde.

Am 10.12.1996 fand das in der Aktennotiz Nr 104 festgehaltene zweite Informationsgespräch mit Vertretern der Antragstellerin statt (anwesend DI Nock, Herr B. sen., Mag. T. B., Ing. A., Ing. S., Ing. T., Architekt S., Baumeister P.). Dabei wurde der beigebrachte Baustelleneinrichtungsplan besprochen und festgestellt, dass hier Flächen außerhalb des Bauzaunes in Anspruch genommen wurden. Seitens des Bauherrn wurde gefordert, diesen Plan im Zuge der Arbeitsvorbereitung zu überarbeiten und neuerlich dem Bauherrn zur Freigabe vorzulegen. Die Vertreter der Antragstellerin wurden darauf angesprochen, inwieweit die im Vergleich niedrigen Baustelleneinrichtungskosten in den Einheitspreisen anderer Positionen eingerechnet worden seien. Seitens der Vertreter der Antragstellerin wurde mitgeteilt, dass nur in Subunternehmerleistungen die dazugehörigen Baustelleneinrichtungskosten für die jeweilige Leistung in den Einheitspreis eingerechnet wurden. Seitens der Antragstellerin sollte bis zum nächsten Besprechungstermin, spätestens jedoch bis zur Schlussbriefunterfertigung die Detailkalkulation mit den vollständig aufgeschlüsselten Positionen des gesamten Angebotes beigebracht werden. Seitens des Bauherrn wurde mitgeteilt, dass dieser im Zuge der Auftragsvergabe die Arbeiten für den konstruktiven Stahlbau aus der Beauftragung herausnehmen werde. Die Gussasphaltarbeiten werden vorläufig im Auftragsvolumen belassen, einen späteren Entfall dieser Arbeiten hat sich der Bauherr jedoch vorbehalten. Hinsichtlich des Baubeginns wurde besprochen, dass ein solcher für den Schulbereich für den 13.01.1997 mit Baustelleneinrichtung vorgesehen sei, der Beginn der Fundierungsarbeiten mit 03.02.1997, für die Tiefgarage am 03.02.1997 mit der Baustelleneinrichtung sowie Beginn der Fundierungsarbeiten am 17.03.1997 mitgeteilt. Seitens der Antragstellerin wurde auf den Widerspruch zwischen dem Bauzeitplan der Ausschreibung und dem nunmehr vorgesehenen Bauzeitplan hingewiesen. Durch den früheren Baubeginn im Schulbereich müsste sich auch eine frühe Fertigstellung des Rohbaus um vier Wochen ergeben. Die Vertreter der Antragstellerin weisen darauf hin, dass sich mögliche Schlechtwettertage im Wintermonat Februar 1997 fristverlängernd auswirken können und bringen zusätzlich vor, dass die Arbeitsleistung im Februar nicht der Arbeitsleistung im Oktober entspreche.

Festgehalten wird im Protokoll, dass der Rohbaufertigstellungstermin in der Tiefgarage laut Leistungsverzeichnis mit 31.10.1997 aufrecht bleibt. Die Antragstellerin wurde ersucht, die Möglichkeit zu prüfen, diesen Termin um zwei Monate auf den 31.08.1997 vorzuverlegen. Dies war im Sinne des Bauherrn, da dieser dadurch einen zusätzlichen Investitionsfreibetrag bei Inbetriebnahme der Tiefgaragen noch im Dezember 1997 geltend machen und überdies einen Förderungsbetrag des Landes Tirol im Rahmen der von der Tiroler Landesregierung gestarteten Winterbauoffensive in Anspruch nehmen kann.

Eine Zusage der Antragstellerin zu diesem geänderten Bauzeitplan erfolgte am 10.12.1996 nicht.

Die Antragstellerin erbat sich Bedenkzeit. Festgehalten wurde, dass bei einem verspäteten Baubeginn durch Schwierigkeiten bei Herstellung der Baugrubenumschließung die zeitgebundenen Kosten der Baustelleneinrichtung wie im Leistungsverzeichnis vorgesehen vergütet werden.

Am 17.12.1996 fand das zweite Informationsgespräch mit der A. I. F. H. (Aktennotiz Nr 105) statt. Dort wurde festgehalten, dass der beigebrachte Baustelleneinrichtungsplan besprochen wurde und bis zum nächsten Baubeginn zu überarbeiten und neu vorzulegen sei. Weiters ist festgehalten, dass die Gussasphaltarbeiten und die Leistungsgruppe konstruktiver Stahlbau vorläufig im Auftragsvolumen belassen werden, sich der Bauherr jedoch einen späteren Entfall der Arbeiten vorbehalten hat. Ein Konzept des Schlussbriefes wurde in Kopie übergeben und durchgesprochen.

Am 17.12.1996 kam es zum dritten Informationsgespräch mit Vertretern der Antragstellerin. Festgehalten wird in der Aktennotiz Nr 106, dass das geforderte Nachtragsangebot für den Bauzaun übergeben wurde. Ob und inwieweit der Baustelleneinrichtungsplan anlässlich dieses Gespräches neuerlich besprochen wurde, ist nicht festgehalten. Hinsichtlich der Termine erklären die Vertreter der Antragstellerin, dass die besprochene Terminverlegung im Prinzip möglich sei, wobei zur Bedingung gemacht wird, dass die Konventionalstrafe erst ab einer Überschreitung der Fertigstellungstermine von mehr als 30 Kalendertagen zum Tragen kommt.

Der geänderte Bauzeitplan wurde von der A. I. F. H. vorgeschlagen. Wann genau der Vorschlag erstattet wurde, ist nicht mehr feststellbar. Jedenfalls handelt es sich nicht um ein Alternativangebot.

Bei allen drei, nach Angebotseröffnung beträchtlich bestgereichten Angeboten, wurde eine Niederschrift über die vertiefte Anbotsprüfung im Sinne der Ö-Norm A-2050 Punkt 4.3.7 aufgenommen. Die Niederschrift vom 17.12.1996 betreffend das Angebot der A. I. F. H. enthält den Hinweis auf die vertiefte Anbotsprüfung und die Feststellung, dass die Bietergemeinschaft aufgefordert wurde, die in der Ö-Norm A-2050 Punkt 1.8.1 bis 1.8.4 sowie Punkt 4.3.6 angegebenen Nachweise zu überbringen. Die technische und formale Angebotsprüfung durch die Prüfungskommission, bestehend aus dem Projektleiter DI F. N., Architekt B. S., Statiker DI G. und der Bauaufsicht Baumeister Ing. B. P. ergab, dass im Leistungsverzeichnis geringfügige Rechenfehler festgestellt wurden, die geforderten Unterlagen nachgereicht worden seien und insbesondere die Preisaufgliederung vollständig vorgelegt worden sei. Die Unterlagen wurden geprüft und in vollem Umfang für in Ordnung bzw für nachvollziehbar gefunden. Die Prüfungskommission gelangt zur Auffassung, dass das Angebot den Bestimmungen der einschlägigen Ö-Normen entspricht und vollständig ist.

Über das Angebot der Firma S. AG existiert die Niederschrift vom 16.12.1996. Die technische und formale Angebotsprüfung hat ergeben, dass ebenfalls geringfügige Rechenfehler im Leistungsverzeichnis festgestellt werden. Sie enthält weiters die Feststellung, dass die Information zum Baubeginn (Vorverlegung) vom Bieter zur Kenntnis genommen wurde, dass die geforderten Unterlagen vollständig vorgelegt wurden, jedoch die Preisaufgliederung nach Ansicht der Kommission unvollständig vorgelegt wurde. Festgestellt wird, dass die vorliegenden Unterlagen überprüft und großteils für in Ordnung bzw für nachvollziehbar befunden wurden. Bei der Leistungsgruppe Regiearbeiten ist nach Auffassung der Prüfungskommission ein derartiger Unterpreis in Ansatz gebracht worden, der aus Erfahrung bei vergleichbaren Bauvorhaben nicht erklärbar ist. Die Prüfungskommission gelangt zur Auffassung, dass die Regiearbeiten normgemäß zu ermitteln sind (Ö-Norm A-2050 bzw B-2061). Es wird weiters darauf hingewiesen, dass bei der gegenständlichen Leistungsgruppe eine Spekulation nahe liegt. Erfahrungen hätten gezeigt, dass bei Bauvorhaben der vorliegenden Größenordnung Regiearbeiten auch im angegebenen Umfang anfallen.

Die Niederschrift betreffend das Angebot der Antragstellerin stammt vom 16.12.1996. Die technische und formale Angebotsprüfung ergab, dass nach Ansicht der Kommission der Baustelleneinrichtungsplan vorliegt, jedoch dem Leistungsverzeichnis nicht entspreche. Die Bonität der Firma M. sei gemäß Beurteilung durch den Wirtschaftstreuhänder nicht als eindeutig gegeben anzusehen. Die vertiefte Anbotsprüfung habe ergeben, dass in wesentlich erachteten Positionen (im LV als solche gekennzeichnet) ein aufgrund von Erfahrungswerten abweichender Einheitspreis ausgewiesen ist. Dies betrifft vor allem die Baustellengemeinkosten. Festgestellt wird, dass durch den Ausschreibenden klar die Absicht bekundet wurde, entsprechend der Ö-Norm B-2061 die entsprechende Leistungsgruppe zu definieren. Die Verteilung diverser Kostenanteile auf erhebliche Teile der übrigen Leistungsgruppen erscheint unverständlich und entspricht nach Auffassung der Kommission nicht der Ö-Norm B-2061, allfällige Auswirkungen auf Preisänderungen (Massenänderungen) seien nicht klar nachvollziehbar. Die Preise bei den Leistungsgruppen Abbrucharbeiten und Erdarbeiten seien nicht erklärbar, da einerseits nur ein Ladegerät kalkuliert worden sei und die Transportkosten nicht klar zu erkennen seien. Bei der Position 07 Beton und Stahlbetonarbeiten wird darauf hingewiesen, dass in den Baustellengemeinkosten außer Lohnanteilen noch andere Kostenbestandteile enthalten sind und die tatsächlichen Baustellengemeinkosten daher nicht klar nachvollziehbar seien. Der Einheitspreis der Position GEWI Stahl sei nicht erklärbar. Die Erklärung, dass dieser Unterpreis dadurch begründet sei, dass der GEWI Stahl in die anderen Stahlpositionen eingerechnet wurde, erscheint fragwürdig, dasselbe gelte für die Position Spannglieder. Der Kommission schien der Preis für die Regiearbeiten nicht nachvollziehbar.

Eine Empfehlung der Prüfungskommission, das Angebot des Antragstellers auszuscheiden, erfolgte nicht. Ebenso wurde eine Empfehlung, das Angebot der S. AG auszuscheiden, nicht abgegeben. Ein Vergabevorschlag wurde ebenfalls nicht erstattet. Nach Abschluss des Prüfungsverfahrens hat der Projektleiter DI N. Bürgermeister Dr. J. P. vom Ergebnis der Prüfung unterrichtet.

Aufgrund der vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Stadtgemeinde H. i. T. und der Antragsgegnerin entscheidet über Auftragsvergaben dieser Größenordnung die Generalversammlung der Antragsgegnerin. Die Generalversammlung besteht aus dem Alleineigentümer dieser Gesellschaft, der Stadtgemeinde H. i. T., die hier durch Bürgermeister Dr. P. vertreten wird. Dieser hat vor seiner Entscheidung in der Generalversammlung den Stadtrat der Stadtgemeinde H. i. T. zu befassen. Nach einem ausführlichen Informationsgespräch mit dem Projektleiter DI N., hat Dr. P. den Stadtrat der Stadtgemeinde H. i. T. über das Ergebnis des Ausschreibungsverfahrens informiert und die Zustimmung erhalten, das betragsmäßig billigste Angebot der Antragstellerin, sowie des betragsmäßig zweitgereihten Bieters S. AG auszuscheiden und den Zuschlag an die A. I. F. H. zu erteilen. Dr. P. hat den Aufsichtsrat der Antragsgegnerin darüber informiert und diesem auch die Gründe für das Ausscheiden der Angebote der Antragsteller sowie der S. AG und die Vergabe an die A. I. F. H. dargelegt.

Mit Schreiben vom 02.01.1997 wurde die Antragstellerin davon verständigt, dass ihr Angebot ausgeschieden wurde. In der Begründung wurde angeführt:

1. Sie haben die Baustelleneinrichtung nicht unter diesen Angebotspositionen angeboten, sondern auf andere Angebotspositionen verteilt. Diese Vorgangsweise entspricht nicht der Ausschreibung bzw der Ö-Norm.
2. Für die Baustelleneinrichtung haben Sie einen eklatanten Unterpreis angeboten. Dieser Preis ist nicht nachvollziehbar und es ist auszuschließen, dass die Baustelleneinrichtung zu diesem Preis vorgehalten werden kann.
3. Sie haben die Baustelleneinrichtung auch insofern nicht ausschreibungsgemäß angeboten als Sie die Baustelleneinrichtung nicht im Rahmen des eingezäunten Bauplatzes, sondern außerhalb desselben auf öffentlichen Straßenflächen vorgesehen haben.

4. Eklatante Unterpreise haben Sie bei den Positionen Gewindestahl und Spannstahl angeboten. Diese Preise sind nicht nachvollziehbar, sie liegen weit unter den diesbezüglichen Erfahrungswerten.

5. Eklatante Unterpreise haben Sie auch für die Erdarbeiten und Abbrucharbeiten angeboten. Auch diese Preise liegen weit unter den Erfahrungswerten.

6. Laut Ausschreibung ist das Hinterfüllmaterial von der Zwischendeponie des Auftraggebers zu entnehmen. Sie haben demgegenüber vorgesehen, dass Hinterfüllmaterial aus Ihrer Zwischendeponie auf Ihrer Baustelle in Absam zu entnehmen. Auch diesbezüglich ist das Angebot nicht ausschreibungsgemäß.

7. Die Bonität des Mitbieters Firma M. ist nach der vom Auftraggeber eingeholten fachlichen Auskunft nicht einwandfrei nachgewiesen.?

Mit Schreiben vom 08.01.1997 teilte das Stadtamt H. i. T. (gezeichnet: Der Bürgermeister Dr. J. P.) unaufgefordert dem Landesvergabeamt mit, dass entsprechend der einstweiligen Verfügung des Landesvergabeamtes vom 18.12.1996 der Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen mit heutigem Tag durch Ausfertigung des Schlussbriefes erteilt wurde. Der Schlussbrief vom 07.01.1997 enthält Festlegungen des Projekts, der Bauleitung, der Projektleitung, der Planung, Lage der Baustelle, Auftraggeber, Auftragnehmer, Rechnungseingang, Angebotssumme, Zahlungsfrist, Rechnungsfrist, Gegenstand des Auftrages, Bevollmächtigter des Auftragnehmers, Bauaufsicht, Ausführungszeitraum, Pönale, Vertragsbestandteile, Bauausführung, Ausführungspläne, Vergütung, Zahlungsbedingungen, Bautagebuch, Abnahme, Haftung, Gewährleistung und Garantie, Auftragserweiterung, Erfüllungsort, Geschäftsbedingungen, Gerichtsstand, allgemeine Bedingungen und ist von den Vertretern der Firma H. H. und T. GmbH, K. I. GmbH, F. Bau AG und Co KG firmenmäßig unterfertigt.

Der von Architekt B. S. erstellte Preisspiegel vom 25.11.1996, welcher einen Preisvergleich der einzelnen Positionen der Firma S. AG, der Antragstellerin und der A. I. F. H. enthält, zeigt, dass es bei nahezu jeder Position Preisunterschiede gibt. Teilweise sind diese eklatant. Eklatante Abweichungen bei einzelnen Positionen sind bei allen drei Anbietern festzustellen. Sowohl beim Anbot der Antragstellerin als auch beim Anbot der S. AG und der A. I. F. H. gibt es Positionen bei denen erhebliche Abweichungen von dem ermittelten Mittelwert bzw. Anbotspreis des Idealbieters (wie er von Architekt S. in der Auflistung bezeichnet ist) festzustellen sind.

In der Ausschreibung sind folgende Positionen als wesentliche Positionen gekennzeichnet:

Filterbeton B80 ELP, Filterbeton B160 TG plus Schule, Betonpflaster

B300/d=15 cm, Fundamentplatten B300 WU, Stahlbetonwand B300 d=20-29,

Stahlbetonwand B300 d=30-40, STB-Säulen, UZ, ÜZ, Brüst. B400,

Plattendecke B400, TT Plattendecke 70/240 li 18,00, TT Plattendecke 70/261 li 16,80, 2-, 3-, 4-seitige Schalungen, 1-seitige Schalungen, eckiger Querschnitt rechtwinklig, Schalung ÜZ, UZ, Brüst, Sockel, Deckenschalung, Schalung Stiegenläufe gerade, Bewehrung Gr BST550, 8-10 mm, Bewehrung Gr BST550, 12-16 mm, Bewehrung Gr. BST550 über 16 mm, Baustahlgitter M550 < 3,25 kg/Quadratmeter, Baustahlgitter M550 3,25 kg/Quadratmeter, Beschüttung Splitt 10-30 cm, Roofmate A oder Styrodurplatten 5 cm, Hartgussasphalt einlagig 2,5 cm, TG.

Die Position Baustelleneinrichtung, Gewindestahl und Spannstahl, Erd- und Abbrucharbeiten, Hinterfüllmaterial sind, soweit sie vorstehend nicht angeführt sind, nicht als wesentliche Positionen gekennzeichnet.

Dem Auftraggeber lag das Schreiben der Girocredit vom 22.11.1996 vor, wonach mitgeteilt wurde, dass die Firma M. Bau GmbH auch in den Alpine Konzern als rund 75,5 prozentige Tochtergesellschaft der AM Bauholding Beteiligungs GmbH eingegliedert und mit ausreichend Eigenkapital ausgestattet wurde, vor. Darüber hinaus beteiligte sich die Realia Immobilien Verwertungs AG (eine 100 Prozentige Tochtergesellschaft der Girocredit Bank AG der Sparkassen) indirekt im Wege über die Hoch und Tiefbaubeteiligungs AG mit rund 24,5 Prozent an der Firma M. Bau GmbH. Weiters lag das Schreiben der Alpine T. GmbH vom 26.11.1996 vor, indem die Stadtgemeinde H. i. T. über die finanzielle Situation der Firma M. Bau GmbH informiert wurde. Ergänzend zu den vorangeführten Informationen im Schreiben der Girocredit wird noch mitgeteilt, dass zum Bilanzstichtag 31.12.1995 über ein positives Kapital von Euro 2.914.180,65 verfügt werde. Die Gesellschaft erwartet zum Jahresende 1996 ein positives Kapital von rund Euro 6.540.555,08.

Über die Anträge auf einstweilige Verfügung entschied das Landesvergabeamt mit den Bescheiden vom 18.12.1996, ZI VG32/12a, und vom 21.01.1997, ZI VG32/21.

Mit dem Bescheid des Landesvergabeamtes vom 25.02.1997, ZI VG32/28, wurde festgestellt, dass im geschilderten Vergabeverfahren der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Der Antrag der Antragsgegnerin, gemäß § 12 Abs2 TVergG festzustellen, dass der Antragstellerin auch bei Einhaltung des TVergG oder einer Verordnung aufgrund dieses Gesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre, wurde abgewiesen. Aufgrund einer fristgerecht erhobenen Verfassungsgerichtshofbeschwerde der Antragsgegnerin sowie der Stadtgemeinde H. i. T. wurde der letztgenannte Bescheid des Landesvergabeamtes mit Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 13.06.2000, ZI B-835/97-18, aufgehoben, da die erstbeschwerdeführende Gesellschaft (Stadtwerke H. i. T. GmbH) durch den angefochtenen Bescheid in ihrem durch Art 6 EMRK verfassungsgesetzlichen gewährleisteten Recht auf ein Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Tribunal verletzt worden ist.

Das Landesvergabeamt Tirol entschied sodann neuerlich mit Bescheid vom 11.09.2000, ZI VG32/39. Wiederum wurde festgestellt, dass im Vergabeverfahren der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Wiederum wurde der Antrag der Antragsgegnerin, gemäß § 12 Abs 2 TVergG 1994 festzustellen, dass der Antragstellerin auch bei Einhaltung des TVergG oder einer Verordnung aufgrund dieses Gesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre, abgewiesen. Neuerlich hat die Antragsgegnerin Verfassungsgerichtshofbeschwerde erhoben.

Der Verfassungsgerichtshof hat mit Beschluss vom 26.11.2001, ZI B-2158/00-12, die Beschwerde der Antragsgegnerin zwar zurückgewiesen, gleichzeitig aber festgestellt, dass das Landesvergabeamt eine Zuständigkeit in Anspruch genommen habe, die aufgrund der Novelle zum Tiroler Vergabegesetz, LGBI 59/2000, nunmehr dem Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol zukomme. Da die vorliegend bekämpfte Erledigung von einer im maßgeblichen Zeitpunkt nicht mehr existenten Verwaltungsbehörde erlassen worden sei, könne ihr keine Bescheidqualität zukommen. Sie könne daher keinen tauglichen Beschwerdegegenstand bilden.

Sodann hat der Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol mit Bescheid vom 06.05.2002, uvs 2002/K11/001-6, neuerlich eine Entscheidung vorgenommen, in der wiederum festgestellt wurde, dass im Vergabeverfahren Projekt Garagen, Schul und Sportanlagen, Untere Stadt, H. i. T., Gewerk Baumeisterarbeiten der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde. Darüber hinaus wurde der Antrag der Stadtwerke H. i. T. GmbH, gemäß § 12 Abs 2 TVergG 1994 festzustellen, dass der Bietergemeinschaft B. M. auch bei Einhaltung des Tiroler Vergabegesetzes oder einer Verordnung dieses Gesetzes der Zuschlag nicht erteilt worden wäre, abgewiesen.

Hierauf hat die Antragsgegnerin wiederum Verfassungsgerichtshofbeschwerde erhoben und in dieser überdies auch gemäß Art 144 Abs 3 BVergG den Antrag gestellt, die Beschwerde zur Entscheidung darüber, ob die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Bescheid in einem sonstigen Recht verletzt wurde, dem

Verwaltungsgerichtshof abzutreten, sofern durch den angefochtenen Bescheid ein Recht im Sinne des Art 144 Abs 1 B-VG nicht verletzt wurde.

Der Verfassungsgerichtshof hat sodann mit Beschluss vom 23.09.2002, B 116/02, die Behandlung der Beschwerde abgelehnt und antragsgemäß dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abgetreten.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 17.11.2004, 2002/04/0176, wurde sodann der angefochtene Bescheid zur Gänze wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben. Begründend wurde dazu ausgeführt, dass gemäß § 29 TVergG 1998 für anhängige Verfahren die Bestimmungen des TVergG nur in materiellrechtlicher Hinsicht anzuwenden sind, während das TVergG 1998 hinsichtlich der Behörden und des Verfahrens Anwendung findet. Daher hatte die belangte Behörde als zuständige Vergabekontrollinstanz hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens den zweiten Teil, zweiter Abschnitt, des TVergG 1998 (Nachprüfungsverfahren) anzuwenden. Die im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof mitbeteiligte Partei A. B. M. habe beantragt, ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und zu entscheiden, dass die Antragstellerin Best und Billigstbieterin im offenen Verfahren Baumeisterarbeiten, Garagen, Schul und Sportanlage, Untere Stadt H., H. i. T. ist. Dieses auf die Auswahl der mitbeteiligten Partei als Best und Billigstbieterin gerichtete Begehren sei schon deshalb verfehlt, da dem Unabhängigen Verwaltungssenat nach dem Gesetz lediglich die Befugnisse zukommen, vor Zuschlagserteilung eine im Zuge des Vergabeverfahrens ergangene Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären (§ 19 Abs 1 TVergG 1998) bzw nach Zuschlagserteilung festzustellen, ob der behauptete Rechtsverstoß vorliegt oder nicht (§ 20 TVergG 1998). Dem Unabhängigen Verwaltungssenat komme als Vergabekontrollbehörde jedoch nach dem Gesetz nicht die Befugnis zu, anstelle des öffentlichen Auftraggebers die Auswahl des Best bzw Billigstbieters vorzunehmen. Aus dem (zum Zeitpunkt der Einbringung der Nachprüfungsanträge) geltenden § 8 Abs 4 lit f TVergG sowie aus dem (zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides geltenden) § 17 Abs 3 Z 6 TVergG 1998 ergibt sich (übereinstimmend), dass ein Nachprüfungsantrag (im Sinne des § 8 Abs 1 TVergG bzw § 17 Abs 1 TVergG 1998) ein bestimmtes Begehren zu enthalten habe. Diese Regelungen wären überflüssig, wenn die Behörde nicht

an ein solches Begehren gebunden wäre. Eine rechtliche Grundlage für ein Umdeuten eines von vorne herein verfehlten Begehrens lasse sich aus den Bestimmungen des Tiroler Vergabegesetzes 1998 nicht ableiten. Nachdem die belangte Behörde dieses verfehlte Begehren nicht als unzulässig zurückgewiesen, sondern in einem Feststellungsbegehren nach § 20 TVergG 1998 umgedeutet habe, habe sie den angefochtenen Bescheid mit Rechtswidrigkeit seines Inhalts belastet, weshalb dieser gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG aufzuheben gewesen sei.

Es war sohin eine neuerliche Entscheidung durch den Unabhängigen Verwaltungssenat in Tirol vorzunehmen.

Im weiteren Verfahren hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 21.03.2005 den Antrag auf Verbesserung des Begehrens gemäß § 13 AVG gestellt und dazu ausgeführt, dass sich das Verfahren nunmehr wiederum in erster Instanz befindet. In diesem Zusammenhang dürfe ausdrücklich auf die Bestimmung des § 13 AVG verwiesen werden und sei die Behörde schon bisher von Amts wegen verpflichtet gewesen und sei es nunmehr ebenso, die Antragstellerin nach dieser Gesetzesstelle auf vermeintliche Formgebrechen hinzuweisen und die Antragstellerin anzuhalten, den ursprünglich gestellten Antrag zu verbessern. In jedem Fall wäre die Behörde verpflichtet gewesen, den Willen der Partei zu erforschen. Erst nach Erteilung eines Verbesserungsauftrages dürfe die Behörde das Anbringen mit Bescheid zurückweisen. Dies gelte auch jetzt noch, nachdem sich das Verfahren wiederum in erster Instanz befindet. Es werde nunmehr vorerst ohne behördliche Aufforderung der ursprünglich gestellte Antrag vom 16.12.1996 verbessert, wobei aus dem ursprünglichen Antrag klar ersichtlich sei, was gewollt gewesen sei und sei dies bei allen bisher ergangenen Erkenntnissen von den zuständigen Behörden richtig erkannt und richtig interpretiert worden. Es werde daher der Verbesserungsantrag gestellt, der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol wolle im Vergabeverfahren Garagen, Schul und Sportanlage, Untere Stadt H. H. i. T. Gewerk Baumeisterarbeiten feststellen, dass der Zuschlag nicht dem Bestbieter erteilt wurde.

Am 13.04.2005 hat sodann vor der nunmehr aufgrund der zu diesem Zeitpunkt geltenden Geschäftsverteilung des Unabhängigen Verwaltungssenats in Tirol hiefür zuständigen Kammer 9 des Unabhängigen Verwaltungssenats in Tirol eine öffentliche mündliche Verhandlung wegen geänderter Kammerbesetzung stattgefunden, in welcher die gesamten Vorakten dargetan und verlesen wurden. Die Antragstellerin hat im Verfahren noch weiters vorgebracht, dass eine Verbesserung des Begehrens auch nach § 13 Abs 8 AVG zulässig sei, was von der Antragsgegnerin bestritten wurde.

Die anwesenden Parteienvertreter der Antragstellerin und des Antragsgegners erklärten ihr Einverständnis dazu, dass die Entscheidung schriftlich ergeht.

Nachfolgender wesentlicher Sachverhalt steht aufgrund des durchgeföhrten Beweisverfahrens fest:

Mit der Ausschreibung vom 11.11.1996 betreffend das Projekt H. i. T. Untere Stadt, Garagen, Schul und Sportanlagen, Baumeisterarbeiten wurden Baumeisterarbeiten mit einer Auftragssumme von mehr als Euro 5,450.462,58 ausgeschrieben. Im Ausschreibungstext wurden als Auftraggeber die Stadtgemeinde H. i. T. und die Stadtwerke H. i. T. GmbH, beide vertreten durch Bürgermeister Dr. J. P., angeführt. Die Angebotseröffnung wurde für den 12.11.1996, 14.00 Uhr, im Stadtbauamt H. i. T., Sitzungszimmer, 2. Stock, angesetzt. Mit dem gleichen Zeitpunkt endete die Angebotsabgabefrist. Der Ausschreibungstext enthält neben dem Leistungsverzeichnis allgemeine Bestimmungen, allgemeine Vorbemerkungen, Bestimmungen über das Vadium und die Zuschlagsfrist, die Vergabe, die Vertragsgrundlagen, die Kündigung, Preise und Preisbasis, Leistungsfristen und Pönale, Mehr- und Minderleistungen, Ausführungen, Terminplan, Gefahr und Haftung, Firmenübersicht und Eröffnungswerbung, Umweltschutz, Bautagesberichte, Ausmaßfeststellung, Regiearbeiten, Übernahme der Leistung, Gewährleistung, Rechnungslegung, Sicherstellung, Zahlung und Skonto sowie eine Gerichtsstandsvereinbarung. Aufgrund der Kritik der Vereinigung industrieller Bauunternehmen Österreichs wurde mit Schreiben vom 08.11.1996 der Ausschreibungstext geändert bzw durch den Hinweis ergänzt, dass die Vergabe den Bestimmungen des BVergG stattfinde, die Vergabe unter Zugrundelegung des Bestbieterprinzips gemäß BVergG erfolge, der Auftraggeber sich jedoch, soweit dies im Leistungsverzeichnis oder in den Allgemeinen Bestimmungen für den Einzelfall vorgesehen ist, die Vergabe auch in Einzelteilen vorbehalte. Zusammengehörige Leistungen würden gemeinsam vergeben. Leistungen von anderen Fachgebieten könnten jedoch an die speziellen Fachfirmen vergeben werden. Den im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen gingen exakte Massenermittlungen voraus. Die so ermittelten Massen würden lediglich gerundet. Bei den Massenmehrungen, Massenminderungen oder dem Entfall einzelner Positionen könnten die Vertragsparteien nur auf Änderung der Einheitspreise bestehen, wenn dies nach der Ö-Norm B2110 vorgesehen sei. Der Auftragnehmer habe dem Auftraggeber für den Fall der Änderung der Einheitspreise ehestens ein Zusatzangebot vorzulegen. Die Vorlage des Zusatzangebotes müsse unmittelbar nach Kenntnis der Gründe zur Abänderung der Einheitspreise stattfinden, sodass der Auftraggeber noch vor Ausführung der betreffenden Leistung Zeit zur Prüfung des Zusatzangebotes habe. Diese Änderung des Ausschreibungstextes würde die Frist zur Angebotsabgabe nicht verändern.

Im Ausschreibungstext waren keine Zuschlagskriterien festgelegt und demnach ebenso wenig Zuschlagskriterien nach gewissen Prozentsätzen gewichtet.

In weiterer Folge wurde das Angebot der Antragstellerin, welches das billigste war, ausgeschieden. Den Zuschlag erhielt sodann die A. I. F. H., die das höchste Angebot abgegeben hat. Die Baumeisterarbeiten wurden auch von dieser Firma tatsächlich durchgeführt. Es steht auch fest, dass vor der Zuschlagserteilung keine Anfrage nach § 16 Abs 3 BVergG (Auskunft aus der Zentralen Strafevidenz des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales) eingeholt wurde.

Mit Anträgen vom 16.12.1996 sowie vom 08.01.1997 begehrte die Antragstellerin jeweils ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten und zu entscheiden, dass der Antragsteller Best und Billigstbieter im offenen Verfahren ? Baumeisterarbeiten Garagen, Schul und Sportanlagen, Untere Stadt, H. i. T. sei.

Da diese wesentlichen Feststellungen schon aufgrund des Parteienvorbringens vorliegen, ist es nicht notwendig, weitere Zeugen einzuvernehmen.

Der Unabhängige Verwaltungssenat in Tirol hat erwogen:

Mit Art 1 (Verfassungsbestimmung) des Bundesgesetzes, mit dem das Bundes Verfassungsgesetz sowie das Bundesgesetz über die Errichtung einer Bundesbeschaffung GesmbH geändert und ein Bundesvergabegesetz 2002 erlassen wird, BGBl I Nr 2002/99, wurde Art 14b in das Bundes Verfassungsgesetz eingefügt. Landessache ist demnach die Gesetzgebung und Vollziehung in den Angelegenheiten der Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Sinn des Abs 2 Z 2 dieser Bestimmung. Auf dieser kompetenzrechtlichen Grundlage wurde sodann das Tiroler Vergabenachprüfungsge setz 2002, LGBI 2002/123 erlassen. Gemäß § 22 dieses Gesetzes trat dieses Gesetz mit 01.01.2003 in Kraft, wobei angeordnet wurde, dass ua auch das Tiroler Vergabegesetz 1998 in der zu diesem Zeitpunkt gültigen Fassung gleichzeitig außer Kraft tritt und die beim Inkrafttreten des Tiroler Vergabenachprüfungsge setzes 2002 anhängigen Verfahren nach den bisherigen Bestimmungen weiter zu führen sind.

Folglich sind die bis zum 31.12.2002 eingeleiteten Vergabeverfahren nach der jeweils alten Rechtslage fortzuführen.

Gemäß § 188 Abs 3 BVergG 2002 sind zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes für den Bereich eines Landes bei der Vergabekontrollbehörde dieses Landes anhängige Verfahren von dieser nach den Bestimmungen des gemäß Art 151 Abs 27 B-VG zu einem Bundesgesetz gewordenen Landesgesetzes fortzuführen. Für diese Verfahren gilt im Fall einer Aufhebung eines Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof, die nicht vor dem 01.09.2002 erfolgt, dass das Verfahren nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes (BVergG 2002) fortzuführen ist.

Nach § 8 TVergG, LGBI 1994/87, hatte ein Antrag eines Unternehmers, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes unterliegenden Vertrages behauptete, nach lit a die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens und der angefochtenen Entscheidung sowie nach lit f ein bestimmtes Begehr zu enthalten.

In gleicher Weise bestimmte § 17 des TVergG 1998, LGBI 1998/17 idF LGBI 2000/59, dass jeder Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Geltungsbereich dieses Gesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen konnte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit

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