

TE Lvwg Erkenntnis 2016/5/17 VGW-123/074/3979/2015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.05.2016

Entscheidungsdatum

17.05.2016

Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

40/01 Verwaltungsverfahren

Norm

WVRG 2014 §39 Abs2

WVRG 2014 §39 Abs4

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3

BVergG 2006 §129 Abs2 Z8

BVergG 2006 §129 Abs2

AVG §17 Abs3

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Maga Mandl und die Richterin Dr.in Lettner über den Feststellungsantrag der ARGE ... bestehend aus 1. X. GesmbH, 2. Y. GesmbH und 3. Z. GesmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerarbeiten in städtischen WHA der Bezirke "1-23" betreffend das Los KD 11, GE 1 (Los 13), der Stadt Wien, Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte OG,

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag der Antragstellerin gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014, festzustellen, dass die Zuschlagsentscheidung vom 06.12.2011 im Los KD 11 GE 1 (Los 13) zugunsten der S. GmbH rechtswidrig erfolgt ist, wird Folge gegeben.

II. Dem Antrag der Antragsgegnerin gemäß § 39 Abs. 4 WVRG 2014, festzustellen, dass die antragstellende Bieterin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2006 und der hierzu ergangenen Verordnungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte, wird Folge gegeben.

III. Dem Antrag, der Auftraggeberin gemäß § 16 WVRG 2014 den Ersatz der Pauschalgebühren für die am 16.12.2011 erhobenen Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertreterin der Antragstellerin binnen 14 Tagen aufzuerlegen, wird Folge gegeben. Die

Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin Pauschalgebühren in Höhe von Euro 4.096,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

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

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2, 7 Abs. 3, 11, 12, 13, 15, 16, 33, 39 Abs. 2 und 4 WVRG 2014 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a, 6, 98, 123, 125, 129, 131 BVergG 2006; § 17 Abs. 3 AVG 1991.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin) leitete im Jahr 2009 ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Reinigungsdienstleistungen der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in den von ihr in allen Wiener Bezirken näher definierten Wohnhausanlagen ein. Das Vergabeverfahren erfolgte nach dem Billigstbieterprinzip. Das gesamte Vorhaben war in 48 Lose unterteilt, wobei ein Gesamtangebot für alle Lose, für mehrere Lose oder auch nur für ein Los abgegeben werden konnte. Die Antragstellerin beteiligte sich an diesem Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes unter anderem für die Gebietseinheiten KD 11 GE 1 (Lose 13).

Im Zuge der Angebotsöffnung wurde das Angebot der S. GmbH (im Folgenden Zuschlagsempfängerin) hinsichtlich der KD 11 GE 1 (Los 13) als billigstes Angebot verlesen. In diesen Losen war das Angebot der Antragstellerin jeweils hinter dem Angebot der Zuschlagsempfängerin an zweiter Stelle gereiht. Mit Schreiben vom 20.05.2011 teilte die Auftraggeberin der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin mit, dass sie beabsichtige ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 BVergG 2006 auszuschneiden. Weiters teilte sie die Zuschlagsentscheidung hinsichtlich dieser Lose zu Gunsten der nunmehrigen Antragstellerin mit.

Nach einem beim VKS Wien zur Zahl VKS-5947/11 geführten Verfahren wurde mit Bescheid des VKS Wien vom 18.08.2011 das Verfahren nach Zurücknahme der angefochtenen Zuschlagsentscheidung für die Lose KD 11 GE 1 bis GE 3 für gegenstandslos erklärt und das Nachprüfungsverfahren eingestellt.

Die Auftraggeberin setzte aufgrund der zu Gebietsteilen KD 11 GE 4 bis 6 (Lose 16 bis 18) am 26.07.2011 ergangenen Entscheidung zu VKS-5959/11 das Vergabeverfahren fort und prüfte erneut die Angebote der Bieter.

Mit Schreiben vom 06.12.2011 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie nunmehr beabsichtige, den Zuschlag für den Gebietsteil KD 11 GE 1 der Zuschlagsempfängerin zu erteilen.

Diese Zuschlagsentscheidungen wurden von der Antragstellerin mit Nachprüfungsantrag vom 16.12.2011 angefochten. Mit Bescheid des VKS Wien vom 15.03.2012 zur Zahl VKS-13110/11 wurden die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Gebietsteil KD 11 GE 1 abgewiesen.

Gegen diesen abweisenden Bescheid erhob die Antragstellerin Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof, welcher mit Erkenntnis vom 17.09.2014, Zahl 2012/04/0091-7, bei der Antragstellerin eingelangt am 22.10.2014, den Bescheid des VKS Wien vom 15.03.2012 hinsichtlich des Spruchpunktes 1 (Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung) und des Spruchpunktes 3 (Pauschalgebühren) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben hat. Hinsichtlich des Spruchpunktes 2, mit dem der VKS Wien die zuvor erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben hat, wurde die Beschwerde abgewiesen.

Am 07.04.2015 wurde gegenständlicher Feststellungsantrag gemäß § 39 Abs. 2 WVRG 2014 eingebracht, wobei auf das gesamte Vorbringen im Vergabekontrollverfahren vor dem Vergabekontrollsenat und dem Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof verwiesen wird. Zu den einzelnen Rechtswidrigkeiten führt die Antragstellerin aus wie folgt:

„(...)

Zur Einhaltung der Grundsätze des § 19 Abs 1 BVergG / Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006

5.1.1 Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, das Angebot der Zuschlagsempfängerin auf die Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 19 BVergG 2006 und auf das Vorliegen eines Ausscheidensgrundes gemäß § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 zu prüfen, weil das Angebot der Zuschlagsempfängerin auffällige

Gemeinsamkeiten mit dem Angebot der E. GmbH zu den Losen KD 11/GE 2 und 3 aufweist.

Beide Angebote sehen lineare Nachlässe in beinahe identer Höhe vor (62,3 bzw 62,5 %); hinsichtlich beider Angebote wurden bei exakt 29 von 45 als wesentlich gekennzeichneten Positionen auffällig niedrige Zeitansätze festgestellt; diesen Ausführungen ist die Auftraggeberin nicht (substantiiert) entgegengetreten. Hinzu kommt, dass Herr M. S. im Zeitpunkt der Angebotserstellung und -legung als einziger gewerberechtl. Geschäftsführer für Bodenlegerarbeiten, die einen nicht unwesentlichen Bestandteil der hier ausgeschriebenen Leistungen darstellen, sowohl bei der Zuschlagsempfängerin wie auch bei der E. GmbH verantwortlich war, und darüber hinaus eine Beteiligung im Ausmaß von 25 % an der Zuschlagsempfängerin hält. Auf die bisherigen Ausführungen insbesondere in Punkt 2.2. des Nachprüfungsantrags vom 16.12.2011 sowie Punkt 1. der Replik vom 29.12.2012 wird verwiesen.

Trotzdem hat die Auftraggeberin auch im (nach der Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Zuschlagsempfängerin) fortgesetzten Vergabeverfahren keine (ausreichende) Prüfung dahingehend vorgenommen, ob die Zuschlagsempfängerin mit der E. GmbH gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden getroffen hat. Schon wegen dieses Umstandes ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

5.1.2 Der Ausscheidensgrund des § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 kann naturgemäß auch bei einem erstgereihten Angebot gegeben sein. Erstens kann auch das billigste Angebot auf einer für den Auftraggeber nachteiligen Absprache beruhen, wenn der Bieter ohne diese Abrede ein noch billigeres Angebot abgegeben hätte. Zweitens besteht die Gefahr, dass der erstgereichte Bieter nach Angebotsöffnung und Kenntnis der Angebotspreise einer allfälligen (und bei Vergaben von Rahmenverträgen durch die Auftraggeberin durchaus häufig vorkommenden) Verlängerung der Zuschlagsfrist nicht zustimmt und damit - abgesprochen - den Zuschlag an das teurere Angebot eines anderen Bieters ermöglicht.

Auf den tatsächlichen Eintritt eines vermögenswerten Nachteils für den Auftraggeber kommt es aber letztendlich überhaupt nicht an. § 129 Abs 1 Z 8 BVergG 2006 verpönt nämlich allgemein „gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden“. Abreden über Angebotspreise verstoßen also ungeachtet der Frage, ob sie im Einzelfall für den Auftraggeber nachteilig sind, gegen den Grundsatz des Wettbewerbs.

5.1.3 Angesichts der Verdachtsmomente durfte sich die Auftraggeberin jedenfalls nicht mit bloßen Erklärungen der beteiligten Personen, insbesondere des gewerberechtl. Geschäftsführers der Zuschlagsempfängerin und der E. GmbH zufrieden geben. Sie hätte weiters detailliert prüfen müssen, welche Material- und Leistungsansätze den Angeboten der Zuschlagsempfängerin und bzw der E. GmbH zugrunde gelegt wurden, welches Material eingesetzt wird, etc.

Die Antragstellerin geht davon aus, dass eine solche Angebotsprüfung nicht - zumindest nicht in der notwendigen Tiefe - erfolgt ist. Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 3.1.2012 auf Seite 4 lediglich auf Stellungnahmen der Zuschlagsempfängerin vom 28.12.2011 und der E. GmbH vom 23.12.2011 verweist, die damit beide erst nach der Zuschlagsentscheidung am 6.12.2011 erstellt wurden.

5.2 Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 2 B VergG 2006

Trotz mehrfacher Aufforderung seitens der Auftraggeberin, ihre Leistungsansätze zu erklären, hat die Zuschlagsempfängerin ihre Zeit- und Materialansätze nicht erklärt, sondern sich anscheinend bis zuletzt bloß auf „langjährige innerbetriebliche Erfahrungswerte“ berufen. Diesen Erklärungen kommt kein Erklärungswert zu, der eine nachvollziehbare Begründung iSd § 129 Abs 2 BVergG 2006 darstellt (Fink/Hofer in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1438).

Zwar hat der VKS Wien in seiner Entscheidung vom 26.07.2011, VKS-5959/11, angemerkt, dass es nicht seine Aufgabe ist, alle von der Auftraggeberin pauschal in Frage gestellten Kalkulationsansätze nachzuprüfen. Daraus ist aber keineswegs ableitbar, dass die Kalkulationsansätze der Zuschlagsempfängerin nachvollziehbar wären oder nicht mehrfache und deshalb unzulässige Mängelbehebungsversuche vorliegen würden.

Die Auftraggeberin hätte auf der Grundlage der Erklärungen der Zuschlagsempfängerin feststellen müssen, ob ihre Aufklärungsersuchen ausreichend beantwortet wurden und ob das Ergebnis der Aufklärungen den Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen entspricht. Eine sachverständige Prüfung der Erklärungen der Zuschlagsempfängerin durch

die Auftraggeberin ist offenbar nicht erfolgt, weil die Auftraggeberin sonst zu dem Ergebnis kommen hätte müssen, dass die Aufklärungen der Zuschlagsempfängerin unzureichend waren und ihr Angebot daher gemäß § 129 Abs 2 BVergG 2006 auszuschneiden war.

Die angefochtene Entscheidung ist daher rechtswidrig.

5.3 Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG 2006

5.3.1 Die Auftraggeberin kann das Angebot der Zuschlagsempfängerin im fortgesetzten Vergabeverfahren nicht ausreichend auf Preisplausibilität geprüft haben, da sie ansonsten - wie zunächst der Sachverständige der Auftraggeberin, BM Ing. H. und der Privatgutachter der Antragstellerin, Ing. W. - zu dem Ergebnis hätte kommen müssen, dass die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin unplausibel und ihre Preisgestaltung spekulativ ist:

Die Auftraggeberin hat in der ersten Angebotsprüfung (vor der Nichtigerklärung der ersten Zuschlagsentscheidung und der Ausscheidensentscheidung) durch umfangreiche Sachverständigengutachten weitreichende Mängel in der Angebotskalkulation der Zuschlagsempfängerin festgestellt.

Auch im fortgesetzten Verfahren hat der Sachverständige Ing. H. in seiner ergänzenden gutachterlichen Stellungnahme vom 6.3.2012 (Beilage zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 12.3.2012) implizit zugestanden, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin zumindest teilweise nicht kostendeckende Positionen aufweist. Dies wurde auch von der Zuschlagsempfängerin nicht (substantiiert) bestritten.

Zu den einzelnen (wesentlichen) Positionen, in denen die Zuschlagsempfängerin keine betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren Preise angeboten hat, wird insbesondere auf Punkt 2.2.2 des Nachprüfungsantrags vom 16.12.2011, Punkt 4.2 der Replik vom 29.2.2012 sowie auf Punkt 3. der Gegenstellungnahme vom 14.3.2013 verwiesen.

Beweis: Einholung eines behördlichen Sachverständigengutachtens.

Selbst wenn es der Zuschlagsempfängerin möglich wäre, durch Kostenumlagerungen in andere LV-Gruppen einen insgesamt auskömmlichen Gesamtpreis zu schaffen, ist dadurch der Ausscheidensgrund spekulativer Preisgestaltung gemäß § 129 Abs 1 Z 3 BVergG jedenfalls erfüllt.

Hätte die Auftraggeberin das Angebot der Zuschlagsempfängerin ordnungsgemäß vertieft geprüft, wäre sie also zu dem Ergebnis gekommen, dass dieses auszuschneiden war.

5.3.2. Der Antragstellerin ist unerklärlich, wie die Auftraggeberin im fortgesetzten Verfahren entgegen der ersten Einschätzung ihres eigenen Gutachters zu einem vollkommen gegenteiligen Ergebnis kommen kann. In jedem Fall aber hätte die Auftraggeberin aufgrund der gutachterlich gestützten massiven Bedenken gegen die Angebotskalkulation der Zuschlagsempfängerin bei der fortgesetzten Angebotsprüfung entsprechend genau begründen müssen, weshalb sie nunmehr zu einem gänzlich gegenteiligen Ergebnis gelangte als im Zuge der ursprünglichen Angebotsprüfung. Eine entsprechende Begründung ist offensichtlich unterblieben. Auch aus diesem Grund ist die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

5.4 Bieterlücken

Nach den Feststellungen im aufgehobenen Bescheid, VKS-13111/11 (Seite 23),(richtig VKS-13110/11, Seite 20f) wurde von der Zuschlagsempfängerin im Bieterlückenverzeichnis zwar ein Fabrikat (ein Erzeuger), nicht aber ein konkretes Produkt (konkretes Material) angeführt.

Dabei handelt es sich um einen unbehebaren Mangel, weil seine Behebung nach Angebotseröffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen kann (VwGH 29.6.2005, 2005/05/0024): Die Zuschlagsempfängerin konnte dadurch nach Angebotsabgabe ihr Angebot in Ansehung der verlesenen Preise nachbessern und ergänzen bzw. durch Verwendung eines preisgünstigeren Produktes desselben Herstellers nachträglich wirtschaftlicher machen. Das Angebot der Zuschlagsempfängerin hätte daher ausgeschieden werden müssen.

5.5 Unzulässige mehrfache Mängelbehebungsversuche durch die Zuschlagsempfängerin

Gemäß der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden darf der Auftraggeber einem Bieter nur einmal die Möglichkeit zur Mängelbehebung einräumen. Mehrmalige Aufklärung könnten nämlich letztlich zum Ergebnis führen, dass ein nach erstmaligem klaren Mängelbehebungsauftrag nicht ordnungsgemäß verbessertes Angebot auf Grund

der eingeräumten Möglichkeit, eine weitere Mängelbehebung zu demselben Mangel zuzulassen, letzten Endes sogar zum Bestangebot avancieren könnte, was im Widerspruch zu § 19 Abs 1 BVergG 2006 stünde (vgl nur BVA 2.5.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 unter Verweis auf BVA, 22.12.2005, 1 IN-117/05-12).

Gemäß den Feststellungen im mittlerweile aufgehobenen Bescheid zur Zahl VKS-13111/11 (S. 15) hat die Auftraggeberin mit Schreiben vom 29.8.2011 die Zuschlagsempfängerin zur weiteren Aufklärung von nicht hinreichend geklärten Fragen zur Kalkulation aufgefordert. Offenbar hat die Zuschlagsempfängerin bereits im Zuge der ersten Phase der Angebotsprüfung eine Aufklärung ihrer Preiskalkulation gegeben, aus der die Auftraggeberin zweifelsfrei den Schluss zog, dass eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt (vgl die Feststellungen des Sachverständigen H. im Erstgutachten betreffend die geringen Preisbestandteile im „Lohn“).

Bereits mit Schreiben vom 28.2.2011 hat die Auftraggeberin die Zuschlagsempfängerin insbesondere zur Darlegung der Kalkulation aller wesentlichen Positionen aufgefordert. Diese Aufforderung der Auftraggeberin ist hinreichend klar und bestimmt, weil die wesentlichen Positionen im Leistungsverzeichnis ausgewiesen wurden. Die Zuschlagsempfängerin hätte darauf nicht pauschal, sondern konkret je wesentlicher Position eine Aufklärung erstatten müssen. Im Falle von Unklarheiten wäre sie als Bieterin zur Nachfrage verpflichtet gewesen (vgl VKS Wien 14.6.2007, VKS-3567/07), was sie jedoch unterlassen hat.

Indem die Auftraggeberin der Zuschlagsempfängerin in der zweiten Phase der Angebotsprüfung durch eine Anfrage erneut die Möglichkeit gab, ihre Preise nachvollziehbar aufzuklären, hat sie gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter verstoßen (BVA 2.12.2008, N/0146-BVA/06/2008-17). Auch aus diesem Grund ist die angefochtene Zuschlagsentscheidung rechtswidrig.

(...)“

Mit Stellungnahme vom 05.05.2015 entgegnete die Antragsgegnerin wie folgt:

Die beabsichtigte Vergabe eines Rahmenvertrages für die Gewerke Anstreicher-, Maler-, Bodenleger- und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1 - 23 sei sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Gemeinde Wien sowie im Amtsblatt der Stadt Wien bekannt gemacht worden. Die Ausschreibungsunterlagen seien insgesamt acht Mal berichtigt worden. Die Vergabe des gegenständlichen Bauauftrages sei im Rahmen eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich erfolgt; einziges Zuschlagskriterium sei der Preis (Billigstbieterprinzip) gewesen. Die Ausschreibungsunterlagen seien so konstruiert gewesen, dass den Bietern je nach Leistungsfähigkeit die Möglichkeit eingeräumt worden sei, entweder ein Gesamtangebot für Wien oder Teilangebote auf Gebietsebene zu legen. Vorgesehen sei eine Teilvergabe an den Billigstbieter des jeweiligen Loses gewesen.

Die berichtigten Ausschreibungsunterlagen seien den interessierten Unternehmen als Gratisdownload zur Verfügung gestanden. Die Letztfassung sei vom 08.03.2010 gewesen. Überdies hätten die Ausschreibungsunterlagen kostenpflichtig in Hardcopy bezogen werden können.

Die Angebotsfrist habe am 30.04.2010, 09:00 Uhr, geendet. Die Angebotsöffnung habe am 30.04.2010, 10:00 Uhr, stattgefunden.

Soweit dies im gegenständlichen Feststellungsverfahren relevant sei, seien im KD 11 Angebote für folgende Lose gelegt worden:

Die E. GmbH am 29.04.2010 ein Angebot für folgende fünf Lose: KD 11 GE 2 bis 6.

Die S. GmbH am 29.04.2010 ein Angebot für folgende fünf Lose: KD 11 GE 1 bis 5.

Die ARGE ... am 30.04.2011 ein Angebot für 17 Lose, darunter auch für die Lose KD 11 GE 1 bis 3.

L. Gesellschaft m.b.H. ein Angebot für insgesamt 21 Lose, unter anderem auch für die Lose KD 11 GE 4 bis 6.

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung seien die Billigstbieter mehrfach aufgefordert worden, die Kalkulationsunterlagen vorzulegen bzw. die Kalkulation offen zu legen und zu erklären. Die Prüfung der Aufklärung durch den externen Kalkulationssachverständigen Ing. H. habe ergeben, dass die gegebenen Aufklärungen unzureichend und nicht nachvollziehbar gewesen seien. Aus diesem Grund seien sowohl E. und S. mit Ausscheidungsentscheidung vom 20.05.2011 vom Ausscheiden ihrer Angebote verständigt worden.

Am 20.05.2011 seien den Bietern im hier relevanten KD 11 die Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten der nachgerückten Billigstbieter zur Kenntnis gebracht worden. Bei den Losen KD 11 GE 4 (Los 16), KD 11 GE 5 (Los 17) und KD 11 GE 6 (Los 18) sei L. und bei den Losen KD 11 GE 1 (Los 13), KD 11 GE 2 (Los 14) und KD 11 GE 3 (Los 15) die ARGE ... präsumtive Zuschlagsempfängerin gewesen.

Auf Grund von Nachprüfungsanträgen der E. sowie S. betreffend Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zu Gunsten von L. betreffend Los 16, 17 und 18 sowie Nichtigerklärung der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der ARGE ... betreffend Los 13 sei mit Bescheid des VKS vom 26.07.2011, VKS-5959/11, die Ausscheidens- sowie die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der ARGE ... betreffend Los 14 und 15 für nichtig erklärt und mit Bescheid des VKS Wien vom 13.09.2011, VKS-5962/11, die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zu Gunsten von L. betreffend die Lose 16, 17 und 18 für nichtig erklärt worden, da das Nachprüfungsverfahren unter anderem ergeben habe, dass bei der Prüfung der Angebote „nicht in gleicher Weise und Tiefe vorgegangen“ worden sei. Nicht zuletzt auf Grund dieser Entscheidungen des VKS Wien sei im Kontrollverfahren VKS-5947/11 betreffend das Los 13 die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung zurückgenommen worden und das Verfahren mit Bescheid des VKS Wien vom 18.08.2011, VKS-5947/11, eingestellt worden.

Gegen die aufhebenden Bescheide des VKS Wien vom 26.07.2011, VKS-5959/11, und vom 13.09.2011, VKS-5962/11, seien von L. und ARGE ... Beschwerden an den VwGH erhoben worden. Diese Beschwerden seien mit der Begründung abgelehnt worden, dass der VKS Wien „im angefochtenen Bescheid nicht von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen ist“ und keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung aufgeworfen worden seien.

Auf Grund der aufhebenden Bescheide des VKS Wien vom 26.07.2011, VKS-5959/11, und vom 13.09.2011, VKS-5962/11, habe Wiener Wohnen - und dies in Bindung an die Vorgaben des VKS Wien - die Angebotsprüfung fortgesetzt. Es seien ausnahmslos alle für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebote noch einmal geprüft und insbesondere E. und S. aber auch die Antragstellerin zur Aufklärung von Unklarheiten aufgefordert worden. Es sei dem Gebot der Gleichbehandlung Rechnung getragen und aufgezeigte Dokumentationsmängel im Vergabeakt beseitigt worden. Die Aufklärungen der Zuschlagsempfängerin seien von einem externen Kalkulationsexperten, Herrn Ing. H., auf ihre baubetriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit überprüft worden. Da die Zuschlagsempfängerin ihre Kalkulation plausibel erklären und nachweisen habe können, sei zu ihren Gunsten die nunmehr auch im sekundären Feststellungsverfahren angefochtene Zuschlagsentscheidung bekanntgegeben worden.

Gegen die Zuschlagsentscheidung vom 06.12.2011 betreffend die Lose KD 11 GE 2 und 3 habe die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag beim VKS Wien eingebracht. Mit Bescheid des VKS Wien vom 15.03.2012, VKS-13110/11, sei der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin als unbegründet abgewiesen, die erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufgehoben und ausgesprochen worden, dass die Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen habe. Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 17.09.2014, 2012/04/0091-7, sei der Bescheid des VKS Wien vom 15.03.2012, VKS-13110/11, in seinen Spruchpunkten 1 und 3 wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben worden. Die Aufhebung sei aus rein formalen Gründen (Feststellungsmängel) erfolgt.

Die Antragstellerin habe in ihrem Feststellungsantrag ausgeführt, dass auf das ganze Vorbringen im Vergabekontrollverfahren vor dem Vergabekontrollsenat und Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof verwiesen werde. Die Antragstellerin verkenne freilich, dass ein Verweis nur auf das Vorbringen im Verfahren vor dem mittlerweile aufgelösten VKS Wien in Betracht kommen könne. Dem gegenüber sei das Verfahren vor einem Gerichtshof des öffentlichen Rechts, konkret vor dem VwGH, nicht Teil des gegenständlichen Feststellungsaktes beim VGW. Der Beschwerdeakt des VwGH sei auch nicht Teil des Aktes des VGW. Schon aus diesem Grund könne nicht - noch dazu unspezifiziert - auf das dortige Vorbringen verwiesen werden.

Zum Punkt 5.1 des Feststellungsantrages (§§ 19 Abs. 1, 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006):

Soweit die Antragstellerin aus dem Umstand personeller Verflechtungen - die noch dazu nicht einmal auf Gesellschafter- oder Geschäftsführerebene bestünden - auf verbotene Abreden im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 schließe, verwundere das doch sehr, zumal gerade zwischen L. und den Mitgliedern der ARGE ... immer engste personelle Verflechtungen bestanden hätten und bestünden und die Unternehmen evidenter Maßen regelmäßig ihr Angebotsverhalten aufeinander abgestimmt hätten.

Folge man nun der Argumentation der Antragstellerin, dass bereits personelle Verflechtungen und Doppelmandate eine wettbewerbswidrige Absprache begründeten, dann wäre das Angebot der Antragstellerin zwingend gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 auszuscheiden. Wäre das Angebot der Antragstellerin in Folge personeller Verflechtungen auszuscheiden, käme der Antragstellerin im gegenständlichen Kontrollverfahren keine Antragslegitimation zu.

Die Antragstellerin habe bereits im Kontrollverfahren vor dem VKS Wien behauptet, dass im Fall einer personellen Verschränkung bereits die bloße Möglichkeit der Einflussnahme auf die Angebotserstellung ausreiche. Die von ihr angeführten vermeintlichen Belegstellen vermögen jedoch die Behauptung der Antragstellerin nicht zu stützen. Gerade die einschlägige Literatur verweise ausdrücklich darauf, dass für die Frage der Zulässigkeit von personellen Verflechtungen immer eine Einzelfallbetrachtung anzustellen sei und eben nicht aus dem Umstand eines Doppelmandates auf eine verpönte Abrede im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 geschlossen werden könne. Vielmehr trage der Auftraggeber die Beweislast für das Vorliegen eines Ausscheidenstatbestandes. Könne der Auftraggeber einem Bieter das Vorliegen einer verpönten Abrede nicht mit der für die Prüfung von Angeboten erforderlichen Sicherheit begründen, habe er vom Ausscheiden des betroffenen Angebotes Abstand zu nehmen.

Faktum sei, dass der bei Angebotslegung „gemeinsame“ gewerbliche Geschäftsführer der E. und S., Herr M. S., lediglich gewerberechtigter Geschäftsführer für das Gewerk „Bodenleger“ gewesen sei. Ein solcher gewerberechtigter Geschäftsführer sei gemäß § 39 Abs. 1 GewO 1994 lediglich „dem Gewerbeinhaber gegenüber für die fachlich einwandfreie Ausübung des Gewerbes und der Behörde gegenüber für die Einhaltung der gewerberechtlichen Vorschriften verantwortlich“. Ihm komme auf Grund seines eingeschränkten Tätigkeitsfeldes keinerlei Einfluss auf Unternehmensgeschicke sowie auf Angebotskalkulationen zu. Dass Herr M. S. tatsächlich weder bei E. noch bei S. mit der Angebotserstellung und Angebotskalkulation zu tun gehabt hätte, habe bereits das Verfahren vor dem VKS Wien eindeutig ergeben.

Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin sei selbstverständlich vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung geprüft worden, ob allenfalls zwischen den Bietern Abreden getroffen worden seien. So wurden E. als auch S. mit Schreiben vom 28.02.2011 auf mögliche Verflechtungen und Parallelen in der Kalkulation angesprochen und um Aufklärung ersucht, ob Abreden im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 getroffen worden seien. Sowohl E. als auch S. hätten mit Aufklärungsschreiben vom 09.03.2011 klargestellt, dass keinerlei für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 getroffen worden seien und dargelegt, dass sie jeweils selbst kalkuliert hätten und wie kalkuliert worden sei.

In diesem Zusammenhang dürfe nicht unerwähnt bleiben, dass einen Auftraggeber die Beweislast für das Vorliegen einer verpönten Abrede im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 treffe. Da einerseits auf Grund der Aufklärungen von E. und S. und andererseits sowohl im Lichte der Rechtsprechung des VKS Wien als auch im Lichte der herrschenden Literatur keine konkreten Hinweise für eine „für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abrede“ vorgelegen seien, wäre ein Ausscheiden von E. und S. jedenfalls rechtswidrig gewesen. Dies habe auch der VKS Wien im Bescheid zu VKS-13110/11 (Seite 30) festgehalten. Genau diese Ausführungen des VKS Wien habe der VwGH nicht beanstandet.

Auch mit der von der Antragstellerin einmal mehr fälschlich aufgestellten Behauptung, E. und S. hätten „lineare Nachlässe in beinahe identer Höhe“ angeboten, habe sich der VKS Wien bereits befasset (Bescheid VKS-13110/11, Seite 31f). Auch diese zutreffenden Ausführungen des VKS Wien habe der VwGH in keinster Weise beanstandet.

Schließlich übersehe die Antragstellerin, dass Abreden nach dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 „für den Auftraggeber nachteilig“ sein müssten. Eine solche nachteilige Abrede liege aber nur dann vor, wenn das Wettbewerbsergebnis auf Grund der Abrede tatsächlich oder möglicherweise ungünstiger ausfallen könnte als ohne Abrede. Dies könne im gegenständlichen Zusammenhang schon deshalb nicht der Fall sein, weil das Angebot von S. im Los KD 11 GE 1 und die Angebote von E. in den Losen KD 11 GE 2 bis 6 günstiger seien, als jene der Mitbewerber. Damit wäre aber selbst eine fälschlich unterstellte Abrede alles andere als nachteilig. Selbst wenn man also - freilich verfehlt - von einer Abrede zwischen E. und S. ausgehen wollte, wäre es keine solche, die gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 zu einem Ausscheiden führen könnte.

Zum Punkt 5.2 des Feststellungsantrages (§ 129 Abs. 2 BVergG 2006):

Die Antragstellerin verkenne offenbar die den Auftraggeber bindende Entscheidung des VKS Wien vom 13.09.2011,

VKS-5962/11, die im Übrigen auch vom VwGH bestätigt worden seien. Nicht zuletzt auf Grund dieser bindenden Vorgaben des VKS Wien sei die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, an die Zuschlagsempfängerin zusätzliche und konkrete Fragen zu stellen und allfällige aus ihrer Sicht fehlende Unterlagen und Nachweise ausdrücklich nachzufordern. Eine derartige Aufforderung habe es in weiterer Folge auch gegeben:

Mit Schreiben des Rechtsvertreters von Wiener Wohnen vom 29.08.2011 sei die Zuschlagsempfängerin um umfassende Aufklärung zu konkreten Fragen zu einzelnen Positionen aufgefordert worden. Mit 15-seitigem Schreiben des Rechtsvertreters der Zuschlagsempfängerin vom 23.09.2011 - diesem lagen auch umfangreiche Beilagen und Nachweise bei - seien sämtliche gestellten Fragen umfassend beantwortet worden. Eine Prüfung der Antworten der Zuschlagsempfängerin habe schließlich ergeben, dass die Aufklärungen baubetriebswirtschaftlich nachvollziehbar gewesen seien.

Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin habe sehr wohl eine sachverständige Prüfung der Erklärungen der Zuschlagsempfängerin stattgefunden. Hierzu werde auf das im Vergabeakt aufliegende, von der Akteneinsicht auszunehmende Gutachten des von Wiener Wohnen beigezogenen externen Kalkulationssachverständigen vom 24.10.2011 verwiesen.

Selbstverständlich habe die Auftraggeberin die in den Bescheiden des VKS Wien vom 26.07.2011, VKS-5959/11, und vom 13.09.2011, VKS-5962/11, festgestellte Ungleichbehandlung ebenfalls im fortgesetzten Verfahren behoben. Neben E. und S. seien selbstverständlich auch L. und die ARGE ... mit Schreiben vom 08.09.2011 um Aufklärung zu Leistungs- und Mengenansätzen, zu Lohn- und Materialkosten und zur Detailkalkulation ersucht worden.

Zu Punkt 5.3. des Feststellungsantrages (§ 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006):

Die Antragstellerin unterstelle, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin im fortgesetzten Vergabeverfahren nicht ausreichend auf Plausibilität geprüft worden sein könne, und leite dies einzig und allein aus dem Umstand ab, dass die Zuschlagsempfängerin zunächst – und zwar wegen mangelhafter Aufklärung – ausgeschieden worden sei. Diese Ausscheidung sei jedoch nur erfolgt, weil der beigezogene externe Kalkulationssachverständige festgestellt habe, dass die Kalkulation nicht plausibel und nachvollziehbar erklärt worden sei und unter Zugrundelegung von mangels entsprechender Aufklärungen zu treffenden Annahmen die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis nicht gedeckt seien. Genau diese Vorgehensweise habe der VKS Wien im Bescheid vom 26.7.2011, VKS-5959/11, (aber auch im Bescheid vom 13.9.2011, VKS-5962/11) für unzulässig erklärt. Nach Ansicht des VKS Wien hätte die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit den Ergebnissen der gutachterlichen Stellungnahme des von der Antragsgegnerin beigezogenen externen Kalkulationssachverständigen konfrontiert werden müssen. Genau diesen Schritt habe die Antragsgegnerin im fortgesetzten Verfahren nachgeholt.

Die Zuschlagsempfängerin sei mit Schreiben vom 29.08.2011 ausdrücklich mit den gutachterlichen Stellungnahmen konfrontiert worden. Auch die Antragstellerin sei ausdrücklich mit allen offenen Fragen konfrontiert und letztmalig zur Aufklärung zu allen offenen Punkten aufgefordert worden.

Die Antragstellerin unterstelle, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht gemäß ÖNORM B 2061 kalkuliert hätte und das Angebot der Antragstellerin teilweise nicht kostendeckende Positionen aufweise. Eine Kostendeckung in Bezug auf den Gesamtpreis reiche jedenfalls nicht aus. Hierzu werde auf Feststellungen des VKS Wien im Bescheid vom 26.07.2011, VKS-5959/11, und im Bescheid vom 13.09.2011, VKS-5962/11, verwiesen. Nach den zitierten Stellen sei die Geltung der ÖNORM 2061 nicht vollständig vereinbart, und werde nach Ansicht des VKS Wien bei Rahmenverträgen immer eine Durchschnitts- bzw. Mischkalkulation erforderlich sein. Zur Frage, wie weit die Tiefe und Genauigkeit bei den Nachforderungen der Auftraggeberin gehen könne, würde eine 100% Genauigkeit im Ergebnis keinen Platz mehr für unternehmerisches Risiko lassen.

Die Zuschlagsempfängerin habe mit Schreiben vom 23.09.2011 ihre Kalkulation umfangreich erklärt und insbesondere auch eine 30-seitige gutachterliche Stellungnahme samt umfangreichen Beilagen und Nachweisen vorgelegt, welche sämtliche Fragen zur Kalkulation beantwortet habe. Der seitens der Antragsgegnerin beigezogene Kalkulationssachverständige habe sich mit sämtlichen Aufklärungen der Zuschlagsempfängerin und ihrer Gutachter in einer abschließenden gutachterlichen Stellungnahmen auseinandergesetzt. Er sei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Preise aus betriebswirtschaftlicher Sicht „nachvollziehbar erklärt wurden (...) und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt“ seien.

Faktum sei, dass die Antragsgegnerin den in Bindung an die im Übrigen vom VwGH bestätigten Vorgaben des VKS Wien vollständig entsprochen habe. Die Zuschlagsempfängerin habe umfangreiche Aufklärungen gegeben, die ihr gestellten Fragen beantwortet und durch entsprechende Nachweise, aber auch Gutachten, belegt. Die Prüfungsschritte seien ausreichend im Vergabeakt dokumentiert. Der VwGH habe mit Erkenntnis vom 17.9.2014, 2012/04/0091-7, nur deshalb den Bescheid des VKS Wien vom 15.3.2012, VKS-13110/11, aufgehoben, weil dem VKS Wien formale Fehler unterlaufen seien. Diese formalen Mängel – konkret Feststellungsmängel – müssten nun im gegenständlichen sekundären Feststellungsverfahren behoben werden. Konkret habe der VwGH auf seine Begründung im Parallelverfahren zur Zahl 2012/04/0016-8 verwiesen.

Zu Punkt 5.4. des Feststellungsantrages (Bieterlücken):

Nicht nachvollziehbar sei die Behauptung, dass die Antragstellerin im Bieterlückenverzeichnis zwar ein Fabrikat, nicht aber ein konkretes Produkt angeführt hätte. Dabei handele es sich nach Ansicht der Antragstellerin um einen unbehebbarer Mangel, weil seine Behebung nach Angebotsöffnung zu einer Änderung der Wettbewerbsstellung der Bieter führen könnte.

Zunächst werde festgehalten, dass die kalkulierten Materialien bereits im Angebot ordnungsgemäß angegeben gewesen seien; dies nicht nur in den Bieterlücken, sondern auch in den K4-Blättern, die bereits dem Angebot der Zuschlagsempfängerin beigelegt seien.

Mit Schreiben vom 14.03.2011 sei die Zuschlagsempfängerin aufgefordert worden, die kalkulierten Materialansätze durch Vorlage von Produktdatenblättern der kalkulierten Materialien nachzuweisen. Die Zuschlagsempfängerin hätte also nicht die Möglichkeit gehabt, Produkte erst zu spezifizieren, sondern lediglich die Gelegenheit, die kalkulierten Werte für die angebotenen Produkte nachzuweisen.

Die Antragstellerin hätte mit ihren Behauptungen zur vermeintlichen Bieterlückenproblematik bereits vor dem VwGH nicht reüssiert. Wäre diese Problematik tatsächlich relevant, hätte der VwGH den angefochtenen Bescheid nicht aus formalen Gründen aufgehoben, sondern gleich ausgesprochen, dass das Angebot der Zuschlagsempfängerin auszuschneiden gewesen wäre. Dies sei nachweislich nicht geschehen.

Zu Punkt 5.5 des Feststellungsantrages (mehrfache Mängelbehebungsversuche):

Die Antragsgegnerin habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ursprünglich drei Mal und zwar mit Schreiben vom 28.02., 14.03. und 06.04.2011 um Aufklärung zur Kalkulation ersucht. Der VKS Wien habe mit Bescheid vom 26.07.2011, VKS-5959/11, (aber auch vom 13.09.2011, VKS-5962/11) jedoch festgestellt, dass vor allem das entscheidende letzte Aufklärungsschreiben vom 06.04.2011 nicht konkret genug gefasst und deshalb ein Ausscheiden wegen mangelhafter Aufklärung nicht zulässig gewesen wäre, weshalb im Ergebnis die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung nichtig zu erklären gewesen wäre.

Die Antragstellerin habe gegen diese aufhebenden Bescheide des VKS Wien Beschwerde an den VwGH erhoben, dieser habe die Entscheidung des VKS Wien eindeutig bestätigt.

Aus diesem Grund wäre die Zuschlagsempfängerin im fortgesetzten Verfahren mit Schreiben vom 29.08.2011 mit allen offenen Fragen konfrontiert und letztmalig zur Aufklärung zu allen offenen Punkten aufgefordert worden. Diese durchgeführte Aufklärung habe mithin den rechtskräftigen Vorgaben des VKS Wien entsprochen und sei sohin keinesfalls rechtswidrig.

Die Antragstellerin beantragte am 29.06.2015 Einsicht in sämtliche in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin aufgelisteten Beilagen.

In der Replik der Antragstellerin vom 17.09.2015 brachte diese vor, dass nach Einstellung des Verfahrens vor dem VKS mit Bescheid vom 18.08.2011, VKS-5947/11, eine inhaltliche Befassung mit den von der damaligen Antragstellerin (nunmehr Zuschlagsempfängerin) behaupteten Rechtswidrigkeiten nicht erfolgt sei, weshalb eine Bindungswirkung ausgeschlossen sei. Eine Bindung des Verwaltungsgerichtes an den zweiten Bescheid bestünde aufgrund der Aufhebung durch den VwGH nicht. Hingegen bestünde eine Bindung an die im Folgeerkenntnis geäußerte Rechtsansicht des VwGH. Daraus folge, dass das Verwaltungsgericht neuerlich und ohne Bindung an die VKS-Entscheidungen darüber zu befinden haben werde, ob

- mehrfache Aufklärungsersuchen zulässig gewesen seien,

- die (verspätete) Aufklärung die Aufklärungsersuchen ausreichend beantwortet hätte,
- wettbewerbswidrige Absprachen erfolgt seien,
- die Bieterlücken ordnungsgemäß ausgefüllt worden seien und
- der Angebotspreis plausibel zusammengesetzt gewesen sei.

Nach dem Erkenntnis des VwGH vom 27.06.2007, 2005/04/0111, bestünde keine Bindung des nun erkennenden Verwaltungsgerichts an den Bescheid des VKS Wien.

Die Auftraggeberin werde sich im gegenständlichen Verfahren zu erklären haben, welches ihrer widersprüchlichen Vorbringen zum Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines Ausscheidensgrundes der Zuschlagsempfängerin nun gelte: Das Vorbringen im Verfahren vor dem ersten VKS-Bescheid oder jenes danach.

Zum Verweis auf das Vorbringen im Vergabekontrollverfahren werde ausgeführt, dass entgegen der Behauptung der Auftraggeberin im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 10.11.2014, VGW-123/072/10241/2014, dies gerade nicht ableitbar sei, sondern sei dort in Bezug auf das Vorbringen im Nichtigerklärungsverfahren das Gegenteil ausgeführt worden.

Mangels Inhaltserfordernisse für den Antrag nach § 39 Abs. 2 WVRG 2014 müsse auch ein Verweis auf das Vorbringen im Verfahren vor dem VwGH zulässig sein.

Die Antragstellerin werde im Folgenden zur Vermeidung von Wiederholungen auf genau bezeichnetes Vorbringen der Auftraggeberin im VKS-Verfahren zu VKS-5947/11 verweisen und dieses Vorbringen ausdrücklich auch zum eigenen Vorbringen erheben.

Die Begründung der Auftraggeberin zur Einhaltung der Grundsätze des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 und zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 sei nicht nachvollziehbar. Gerade im vorliegenden konkreten Einzelfall sei geradezu evident, dass die personellen Verflechtungen Einfluss auf die Angebotskalkulation der Zuschlagsempfängerin und der E. GmbH hätten. Dies schon deshalb, weil sich die linearen Nachlässe bei zahlreichen Obergruppen dieser beiden Bieter kaum unterschieden, vielmehr seien diese nahezu ident, und auch die Zeitansätze wiesen auffällige Ähnlichkeiten auf: Die E. GmbH habe auf 21 von insgesamt 29 Oberleistungsgruppen Abschläge auf Lohn und Sonstiges in Höhe von jeweils 62,5 % angeboten. Die Zuschlagsempfängerin habe auf 20 von insgesamt 29 Oberleistungsgruppen beinahe idente Abschläge auf Lohn und Sonstiges in Höhe von 62,3% angeboten. Sowohl bei der Zuschlagsempfängerin als auch bei der E. GmbH sei bei Überprüfung der K7-Blätter festgestellt worden, dass bei 29 als wesentlich gekennzeichneten Positionen die Zeitansätze deutlich von jenen der Basiskalkulationen aber auch der Mitbewerber abwichen und diese um mehr als die Hälfte unterschreiten würden. Hiezu habe auch der von der Auftraggeberin beigezogene Kalkulationsexperte in seinem Gutachten vom 02.05.2011 festgehalten, dass die gewährten linearen Nachlässe nicht nachvollziehbar bzw. die Zeit- und Mengenansätze unrealistisch seien.

Wenn die Auftraggeberin auf Ausführungen im Bescheid des VKS Wien zu VKS-13110/11 verweise, so sei festzuhalten, dass dieser Bescheid vom VwGH als rechtswidrig aufgehoben worden sei. Mit dieser Frage habe sich der VwGH nicht auseinandergesetzt.

Die Begründung der Antragsgegnerin, eine allfällige Absprache sei für sie jedenfalls nicht nachteilig, vermag an diesem Umstand nichts zu ändern. Selbstverständlich könne etwa die Abgabe von Deckofferten gerade bei vorliegenden unbehebaren Mängeln nachteilig für den Auftraggeber sein. Es könne in derartigen Konstellationen nicht darauf ankommen, ob das betreffende Unternehmen Billigstbieter sei oder nicht. Würde man der diesbezüglichen Argumentation der Auftraggeberin folgen, wären Wettbewerbsbeeinträchtigungen stets unbeachtlich, wenn das Unternehmen den niedrigsten Preis anböte.

Im Gegenteil könne es nur auf den Umstand der Beeinträchtigung und Störung des Wettbewerbes und auf den Verstoß gegen § 19 Abs. 1 BVergG 2006 ankommen. Aufgrund des Verdachts wettbewerbsbeeinträchtigender Abreden wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, eine Überprüfung des Angebots der Zuschlagsempfängerin nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 vorzunehmen. Dies habe die Auftraggeberin im gegenständlichen Fall aber offenbar unterlassen.

Hätte die Auftraggeberin die tatsächlichen notwendigen Aufklärungen eingeholt, hätte sie zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Angebote dieser beiden Bieter auf unzulässigen Abreden basieren und aus diesem Grund ausgeschlossen hätten werden müssen.

Wenn die Auftraggeberin behauptete, die Antragstellerin weise ihrerseits enge Verflechtungen mit der L.-Gesellschaft m.b.H. (idF „L.“) auf und habe ihr Angebot mit dem Angebot dieser abgestimmt, sei ihr entgegen zu halten, dass diese Behauptung unrichtig sei und wenig überraschend völlig unsubstantiiert bleibe. Die Auftraggeberin habe bereits im Nachprüfungsverfahren mit offensichtlich unrichtigen Angaben über angebliche personelle Verflechtungen zwischen der Antragstellerin und L. versucht, der Antragstellerin die Antragslegitimation abzusprechen. Der VKS sei dieser Auffassung nicht gefolgt.

Zur Bieterlücke werde festgehalten, dass die Behauptung der Auftraggeberin den Feststellungen im aufgehobenen Bescheid widerspreche, nach denen im Bieterlückenverzeichnis eben nur ein Fabrikat, nicht jedoch ein Produkt angegeben worden sei. Die Zuschlagsempfängerin habe offenbar erst mit Schreiben vom 17.03.2011 die Produktdatenblätter hinsichtlich des in der Bieterlücke angeführten Produzenten vorgelegt. Eine derartige Vorgehensweise sei bei Vorliegen eines unbehebbareren Angebotsmangels im Sinn des § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 unzulässig. Nach der Judikatur des VwGH liege im gegenständlichen Fall ein unbehebbarer Mangel vor und werde auf das Vorbringen dazu im Feststellungsantrag sowie in der Bescheidbeschwerde verwiesen.

Wenn die Antragsgegnerin zuletzt behauptete, der VwGH habe die Argumentation der Antragstellerin zur Bieterlücke in seinem aufhebenden Erkenntnis nicht aufgegriffen, sei ihr zu entgegnet, dass der VwGH den Bescheid des VKS bereits aufgrund von Verfahrensmängeln aufgehoben habe. Daraus könne jedoch nicht geschlossen werden, dass diese oder eine andere Rechtswidrigkeit nicht vorliege.

Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 2 BVergG 2006 werde ausgeführt, dass die Rechtsansicht der Antragsgegnerin mangels Bindung des Auftraggebers an die Entscheidung der Vergabekontrollbehörde unrichtig sei, wenngleich natürlich aus prozessökonomischen Gründen nachvollziehbar. Daraus folge, dass das Vorgehen der Auftraggeberin, nach der Entscheidung des VKS mit Bescheid vom 18.08.2011 zu VKS-5947/11 mit Verweisen auf die Entscheidungen vom 26.07.2011, VKS-5959/11 und vom 13.09.2011, VKS-5962/11, nochmals Aufklärung zu verlangen, nicht aufgrund des VKS-Bescheides zu einem rechtmäßigen Vorgehen werde. Vielmehr hätte die Antragsgegnerin nach der Aufhebung ihrer Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung durch die erwähnten Bescheide neuerlich prüfen müssen, ob eine nochmalige Aufklärung überhaupt rechtlich zulässig sei. Dies sei zu verneinen und verweise die Antragstellerin zunächst auf das Vorbringen in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 08.06.2011 im Verfahren VKS-5947/11, Punkt 2.2 und 2.3 und erhebe dieses zum eigenen Vorbringen. Die Zuschlagsempfängerin habe trotz mehrfacher Aufklärungsversuche ihre Preise nicht betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar darstellen können. Zudem habe der beigezogene externe Sachverständige Ing. H. bei seiner (ersten) Prüfung der Kalkulation auf Ungereimtheiten und Unklarheiten hingewiesen. Dazu werde auf Vorbringen in Punkt 2.2.2 des Nachprüfungsantrages vom 16.12.2011 und Punkt 2 der Replik der Antragsgegnerin vom 29.02.2012 jeweils im Verfahren VKS-13110/11 verwiesen.

Dazu werde noch neues Vorbringen erstattet: Aus der Stellungnahme vom 8.6.2011 der Antragsgegnerin im Verfahren VKS-5947/11 gehe hervor, dass im Angebot der Antragstellerin die erforderlichen Referenzangaben gefehlt hätten. Die nunmehrige Zuschlagsempfängerin sei damals deswegen drei Mal zur Mängelbehebung aufgefordert worden und sei dieser nicht nachgekommen.

Zum Ausscheidensgrund gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 sei die Rechtsansicht der Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar. Eine Kostendeckung in Bezug auf den Gesamtpreis allein sei jedenfalls nicht ausreichend. Dies stehe auch keineswegs im Widerspruch zu den genannten Bescheiden des VKS Wien, in welchen dieser ausführte, dass bei Rahmenverträgen eine Durchschnitts- bzw. Mischkalkulation nicht zu verhindern und daher eine 100-%ige Genauigkeit nicht erforderlich sei. Die Antragstellerin habe nicht behauptet, dass eine solche 100%ige Genauigkeit im Sinn einer Überprüfung jeder einzelner Positionen im Hinblick auf ihre betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit erforderlich sei. Das BVergG 2006 verlange dies jedoch ausdrücklich. Gegenständlich habe bereits der Sachverständige H. in seinen Gutachten vom 02.05.2011 festgestellt, dass eine unplausible Preiszusammensetzung im Angebot der Zuschlagsempfängerin vorliege. Sofern der Sachverständige aufgrund der ergänzenden Aufklärungen der Zuschlagsempfängerin zu einem kostendeckenden Ergebnis gekommen sei, sei dies nicht nachvollziehbar. Die

Antragstellerin könne dazu mangels bisher gewährter Akteneinsicht unter anderem in die Folgegutachten des Sachverständigen nur punktuell Stellung nehmen. Fest stünde jedoch aufgrund des von der Antragstellerin im Verfahren VKS – 13110/11 vorgelegten Gutachtens des Sachverständigen W., dass von der Zuschlagsempfängerin zumindest in der wesentlichen Position 50.1320 C („Linoleum“) ein Unterpreis angeboten worden sei.

Wenn die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme vom 10.09.2015 ausführe, dass das Angebot der Antragstellerin keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte und daher die Prüfung des zu bestellenden Sachverständigen auch das Angebot der Antragstellerin umfassen müsse, sei dies nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes nicht zutreffend. Die in den genannten Urteilen bezeichneten Grundsätze hätten auch für das Feststellungsverfahren Geltung (VwGH 23.05.2007, 2005/04/0214). Da die nun von der Auftraggeberin behaupteten Mängel im Angebot der Antragstellerin erst durch einen Sachverständigenbeweis feststellbar wären, komme dem Vorbringen keine Berechtigung zu.

Die Antragstellerin beantragte mit gegenständlichem Feststellungsantrag die Bestellung eines behördlichen Sachverständigen. Mit Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 10.9.2015 und der Antragstellerin vom 17.9.2015 wurden Namen von (externen) Sachverständigen auf dem Gebiet Bauwesen – Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung bekannt gegeben. Die Antragstellerin hatte im Nichtigerklärungsverfahren die Bestellung eines Sachverständigen beantragt. Die Antragstellerin regte in ihrem Schriftsatz vom 17.9.2015 an, dass die Bestellung eines Sachverständigen nur dann erforderlich sei, wenn dem Antrag nicht schon aufgrund jener geltend gemachten Rechtswidrigkeiten stattzugeben sei, die ohne Beziehung eines Sachverständigen festgestellt werden könnten.

Mit Schriftsatz vom 02.10.2015 führte die Antragsgegnerin zuerst zur Bindungswirkung von Nichtigerklärungen in Vergabekontrollverfahren aus, dass im Hinblick auf den im gegenständlichen Feststellungsverfahren maßgeblichen Umstand, ob für Wiener Wohnen aber auch für sämtliche Verfahrensbeteiligten eine Bindungswirkung an die rechtskräftigen aufhebenden Bescheide des VKS Wien vom 26.07.2011, VKS – 5959/11, und vom 13.09.2011, VKS-5962/11, bestanden hätte, die Anregung erstattet werde, das Verwaltungsgericht möge im Wege der Vorabentscheidung diese Frage an den EuGH herantragen.

Selbst wenn man eine rechtliche Bindung ablehnen wollte, habe im gegenständlichen Fall zumindest eine faktische Bindung an die vom VwGH bestätigten, rechtskräftigen aufhebenden Bescheide des VKS Wien bestanden. Eine Missachtung der Rechtsmeinung des VKS Wien hätte lediglich ein weiteres Vergabekontrollverfahren provoziert. Dies erkenne offenbar auch die Antragstellerin, wenn sie selbst festhält, dass die Annahme der Bindung „natürlich aus prozessökonomischen Gründen nachvollziehbar“ sei.

Vor diesem Hintergrund habe die Auftraggeberin - und hierbei werde von einer rechtlichen Bindungswirkung an die aufhebenden Bescheide des VKS Wien vom 26.07.2011, VKS – 5959/11, und vom 13.09.2011, VKS- 5962/11, ausgegangen - zwingend der Forderung des VKS Wien nachkommen müssen und alle involvierten Bieter um nochmalige Aufklärung ersuchen müssen. Alle Beteiligten seien in der gleichen Art und Tiefe zu ihrer Kalkulation befragt worden. Die von allen Bietern erstatteten Aufklärungen seien in derselben Art und Tiefe vom externen Kalkulationssachverständigen geprüft und schließlich das Prüfergebnis der Kalkulation für jeden der vier Bieter in einer abschließenden gutachterlichen Stellungnahme festgehalten worden. Kurzum seien alle Bieter gleich behandelt worden. Sollte das vom VKS Wien geforderte Vorgehen falsch sein, so treffe das alle involvierten vier Bieter. Damit hätte die Antragstellerin ohnedies niemals Aussicht auf den Zuschlag gehabt.

Zum Verweis auf andere Verfahren werde vorgebracht, dass die Antragstellerin das Wesen des sekundären Feststellungsverfahrens verkenne. Gegenstand des Feststellungsverfahrens sei lediglich das in Folge der Aufhebung der Entscheidung des VKS Wien im vorangegangenen Nichtigerklärungsverfahren durch den VwGH „wiedereröffnete“ und über Antrag als Feststellungsverfahren weiterzuführende Nichtigerklärungsverfahren. Faktisch handle es sich um eine bloße Fortsetzung des ursprünglichen Nichtigerklärungsverfahrens. Dies bedeute im gegenständlichen Feststellungsverfahren, dass einzig und allein das Vorbringen im verfahrenseinleitenden Antrag des vorangegangenen Nichtigerklärungsverfahrens vor dem VKS Wien zu VKS – 13110/11 beachtlich sei. Das darüber hinausgehende Vorbringen sei unbeachtlich.

Nicht nachvollziehbar sei, warum nach Ansicht der Antragstellerin auch das Verfahren vor dem VwGH Teil des gegenständlichen sekundären Feststellungsverfahrens sein sollte und daher ein Verweis auf das dort erstattete

Vorbringen möglich wäre. Einerseits sei nur jenes Vorbringen im sekundären Feststellungsverfahren relevant, das Gegenstand des ursprünglichen Nachprüfungsverfahrens gewesen sei, andererseits würde das Wesen des höchstgerichtlichen Verfahrens verkannt. Der beim VwGH geführte Verfahrensakt werde auch nach der Entscheidung des VwGH nicht an die belangte Behörde übermittelt, sondern werde beim VwGH archiviert, könne also schon deshalb niemals Teil des sekundären Feststellungsverfahrens sein.

Völlig unverständlich sei die Behauptung der Antragstellerin, dass sich die Antragsgegnerin im gegenständlichen Verfahren zu erklären haben werde, welches ihrer widersprüchlichen Vorbringen zum Vorliegen bzw. Nichtvorliegen eines Ausscheidensgrundes bei Zuschlagsempfängern nun gelte. Hier verkenne die Antragstellerin einmal mehr, dass das erste VKS-Verfahren nicht Teil des nunmehr als sekundäres Feststellungsverfahren fortgesetzten Nichtigerklärungsverfahrens vor dem VKS Wien zur Zahl VKS-13110/11 sei. Außerdem verkenne die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin nach der Nichtigerklärung der ursprünglich getroffenen Ausscheidensentscheidung in Bindung an die Entscheidung des VKS Wien eine ergänzende Aufklärung und Prüfung vornehmen musste und nach Vorliegen der entsprechenden Aufklärung und einer sachverständigen Prüfung die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Zuschlagsempfängerin getroffen habe. Schon auf Grund der vom VKS Wien angeordneten ergänzenden Aufklärungs- und Prüfungsschritte habe sich sämtliches Vorbringen aus dem ersten VKS-Verfahren als obsolet erwiesen und sei daher auch im nunmehr maßgeblichen Vorverfahren zu VKS-13110/11 nicht wiederholt worden. Es liege mithin kein widersprüchliches Vorbringen vor.

Zur unzulässigen personellen Verflechtung werde vorgebracht, dass die Antragstellerin wissen müsse, dass E. und S. gerade nicht gleiche Nachlässe angeboten und die Angebote damit evidenten Maßen nicht aufeinander abgestimmt hätten und schon gar nicht gleich kalkuliert worden seien. Beide Bieter hätten im Rahmen der vom VKS Wien aufgetragenen ergänzenden Aufklärung und Angebotsprüfung ihre Kalkulationen plausibel erklärt, eine aufeinander abgestimmte Kalkulation habe nicht festgestellt werden können.

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at