

TE Verg Bescheid 2012/8/23 VKS-7738/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.08.2012

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §83

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125 Abs5

BVergG 2006 §126 Abs1

BVergG 2006 §129

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 83 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 83 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
-
1. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 126 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch Siemer-Siegl-Füederer & Partner Rechtsanwälte in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe der "GU-Fassade Geriatriezentrum Donaustadt, Langobardenstraße 122, 1220 Wien", Ausschreibungsnummer 43500, durch die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Kleist-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle Wiener Krankenanstaltenverbund, Sozialmedizinisches Zentrum Ost, Geriatriezentrum Donaustadt, Langobardenstraße 122, 1220 Wien, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nichtöffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1) Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 10.7.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen. 2) Der Antrag, die Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin vom 10.7.2012 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

3) Die einstweilige Verfügung vom 23.7.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

4) Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 4, 12, 19 Abs. 1, 83, 123, 125 Abs. 5, 126 Abs. 1, 129 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins, und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 4, 12, 19 Absatz eins, 83, 123, 125, Absatz 5, 126, Absatz eins, 129, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle Sozialmedizinisches Zentrum Ost - Geriatriezentrum Donaustadt (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge des Umbaus des Geriatriezentrums Donaustadt und des Neubaus des Zentrums Langzeitbeatmung und AKO. Im Zuge dieses Vorhabens wurde mit dem gegenständlichen Vergabeverfahren die Generalunternehmerleistungen zur Herstellung der Fassadenkonstruktion in Form einer Vorhangsfassade mit Alu-Glas P/R, Holz-Glas-Fensterelementen, Stahlbauleistungen und einer Putzfassade einschließlich Spenglerarbeiten

ausgeschrieben. Es handelt sich dabei um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich, wobei die Vergabe nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen soll. Die Kundmachung des Verfahrens ist am 27.2.2012 im Supplement des Amtsblattes der EU, Zl. 2012/S40-064521, ordnungsgemäß erfolgt. Das Angebotsende war der 30.3.2012, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich drei Bieter am Vergabeverfahren durch Abgabe eines Angebotes beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Nach den Ergebnissen der Angebotsöffnung wurde die Antragstellerin an erster Stelle gereiht.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27.4.2012 der Antragstellerin zunächst mitgeteilt hat, zu beabsichtigen, deren Angebot nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 auszuscheiden. Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass auch die Angebote der beiden anderen Bieter auszuscheiden waren, weshalb "das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 1 Z 4 widerrufen werden muss (siehe beiliegende Widerrufsentscheidung)". In der Folge hat die Antragstellerin gleichfalls am 27.4.2012 auch eine Widerrufsentscheidung unter Hinweis auf § 139 Abs. 1 Z 4 BVergG 2006 erhalten. Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 27.4.2012 der Antragstellerin zunächst mitgeteilt hat, zu beabsichtigen, deren Angebot nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 auszuscheiden. Gleichzeitig hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass auch die Angebote der beiden anderen Bieter auszuscheiden waren, weshalb "das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4, widerrufen werden muss (siehe beiliegende Widerrufsentscheidung)". In der Folge hat die Antragstellerin gleichfalls am 27.4.2012 auch eine Widerrufsentscheidung unter Hinweis auf Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG 2006 erhalten.

Diese beiden Entscheidungen wurden von der Antragstellerin rechtzeitig am 4.5.2012 mit Nichtigkeitsanträgen zu VKS- 5126/12 angefochten. Beide Entscheidungen wurden mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 21.6.2012 für nichtig erklärt. Auch eine weitere Bieterin hat die ihr zugewandene Ausscheidungsentscheidung bzw. Widerrufsentscheidung rechtzeitig angefochten. Nach den Ergebnissen des Nichtigkeitsverfahrens VKS - 5126/12 hat die Antragsgegnerin diese beiden weiteren Entscheidungen zurückgezogen und damit die zweite Bieterin im Vergabeverfahren klaglos gestellt. Die dritte Bieterin hat die ihr gleichfalls zugewandenen Entscheidungen nicht angefochten, weshalb im Vergabeverfahren nur mehr zwei Bieter, nämlich die Antragstellerin und eine weitere Bieterin, verblieben sind.

Nach Beendigung des Verfahrens zu VKS- 5126/12 hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren mit Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin fortgesetzt. Als Ergebnis des fortgesetzten Vergabeverfahrens ist der Antragstellerin am 10.7.2012 die hier angefochtene Ausscheidungsentscheidung im Faxwege zugewandene, in der vor allem geltend gemacht wird, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, trotz Hinweises im Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 26.6.2012, fristgemäß hinreichende Aufklärung zu ihrem Angebot zu geben, was zu dessen Ausscheidung führen musste. Die Ausscheidungsentscheidung enthält in den Punkten lit. a bis v eine Aufzählung all jener Umstände, die nach Ansicht der Antragsgegnerin zum Ausscheiden des Angebotes führen mussten. Nach Beendigung des Verfahrens zu VKS- 5126/12 hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren mit Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin fortgesetzt. Als Ergebnis des fortgesetzten Vergabeverfahrens ist der Antragstellerin am 10.7.2012 die hier angefochtene Ausscheidungsentscheidung im Faxwege zugewandene, in der vor allem geltend gemacht wird, dass es die Antragstellerin unterlassen habe, trotz Hinweises im Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 26.6.2012, fristgemäß hinreichende Aufklärung zu ihrem Angebot zu geben, was zu dessen Ausscheidung führen musste. Die Ausscheidungsentscheidung enthält in den Punkten Litera a bis v eine Aufzählung all jener Umstände, die nach Ansicht der Antragsgegnerin zum Ausscheiden des Angebotes führen mussten.

Gleichfalls mit Schreiben vom 10.7.2012, der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugewandene, hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, zu beabsichtigen, "das Vergabeverfahren entsprechend den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes (§ 139 Abs. 1 Z 4 und Abs. 2 Z 3 BVergG) sowie der Ausschreibungsunterlagen (Punkt 8, dritter Bulletpoint der WD307 Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen)" zu widerrufen (Widerrufsentscheidung). Gleichfalls mit Schreiben vom 10.7.2012, der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugewandene, hat die Antragsgegnerin bekannt gegeben, zu beabsichtigen, "das Vergabeverfahren entsprechend den Vorgaben des Bundesvergabegesetzes (Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer 4 und Absatz 2, Ziffer 3, BVergG) sowie der Ausschreibungsunterlagen (Punkt 8, dritter Bulletpoint der WD307 Allgemeine Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen)" zu widerrufen (Widerrufsentscheidung).

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 18.7.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte

Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Widerrufsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen, sie habe vollständige Aufklärung gegeben. Die Antragsgegnerin habe in erheblichem Ausmaß gegen das Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren verstoßen, wonach sie verpflichtet gewesen wäre, nicht nur ihre Überlegungen, die zur Ausscheidungsentscheidung geführt haben, darzustellen, sondern auch jeden Schritt im Bezug auf die Prüfung, etwa wie gegenständlich der Eignung, dem betroffenen Bieter vorzuhalten und ihm die Gelegenheit zu geben, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Damit habe sie auch die Bestimmung des § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt. Das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 26.6.2012 sei vergaberechtswidrig, da entgegen den Bestimmungen des BVergG unzulässige Nachweise gefordert worden seien. Nach den Bestimmungen des BVergG habe der Auftraggeber zwar Aufklärung zu verlangen, der Bieter habe jedoch die Wahl, ob er die Aufklärung durch Information und/oder Beilagen erteilt. Der Auftraggeber habe sich sodann mit den eingelangten Informationen auseinanderzusetzen. Ein Ausscheiden eines Angebotes, weil in einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung geforderte Unterlagen bzw. Informationen fehlen, deren Forderung vergaberechtlich nicht gedeckt seien, sei vergaberechtlich nicht zulässig. Soweit das Angebot wegen mangelnder Preisangemessenheit ausgeschieden werden soll, "obwohl keine vergaberechtskonforme vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden hat und der Antragstellerin in den gegenständlichen Vergabeverfahren nie detailliert mitgeteilt worden sei, bei welchen Positionen aus welchen Gründen an der Angemessenheit der Preise gezweifelt wird" sei dies vergaberechtlich nicht gedeckt. Auch eine "ausschreibungswidrige Auspreisung" sei der Antragstellerin bisher nicht vorgehalten worden. Sodann nimmt die Antragstellerin zu den einzelnen, in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Ausscheidungsgründen im Detail Stellung. Zur Widerrufsentscheidung führt sie aus, dass ein "sonstiger sachlicher Widerrufsgrund" nicht vorliege. Die Auftraggeberin hätte keine ordnungsgemäße und somit vergaberechtskonforme Kostenschätzung vorgenommen, die Angebotspreise könnten im Hinblick darauf nicht über der Kostenschätzung liegen. Da eine auf die Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin, "im Übrigen auch der übrigen Bieter", vorliege, sei auch die Widerrufsentscheidung rechtswidrig. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 18.7.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Widerrufsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ausscheidungsgründe würden nicht vorliegen, sie habe vollständige Aufklärung gegeben. Die Antragsgegnerin habe in erheblichem Ausmaß gegen das Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren verstoßen, wonach sie verpflichtet gewesen wäre, nicht nur ihre Überlegungen, die zur Ausscheidungsentscheidung geführt haben, darzustellen, sondern auch jeden Schritt im Bezug auf die Prüfung, etwa wie gegenständlich der Eignung, dem betroffenen Bieter vorzuhalten und ihm die Gelegenheit zu geben, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Damit habe sie auch die Bestimmung des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 verletzt. Das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 26.6.2012 sei vergaberechtswidrig, da entgegen den Bestimmungen des BVergG unzulässige Nachweise gefordert worden seien. Nach den Bestimmungen des BVergG habe der Auftraggeber zwar Aufklärung zu verlangen, der Bieter habe jedoch die Wahl, ob er die Aufklärung durch Information und/oder Beilagen erteilt. Der Auftraggeber habe sich sodann mit den eingelangten Informationen auseinanderzusetzen. Ein Ausscheiden eines Angebotes, weil in einer nicht gesondert anfechtbaren Entscheidung geforderte Unterlagen bzw. Informationen fehlen, deren Forderung vergaberechtlich nicht gedeckt seien, sei vergaberechtlich nicht zulässig. Soweit das Angebot wegen mangelnder Preisangemessenheit ausgeschieden werden soll, "obwohl keine vergaberechtskonforme vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden hat und der Antragstellerin in den gegenständlichen Vergabeverfahren nie detailliert mitgeteilt worden sei, bei welchen Positionen aus welchen Gründen an der Angemessenheit der Preise gezweifelt wird" sei dies vergaberechtlich nicht gedeckt. Auch eine "ausschreibungswidrige Auspreisung" sei der Antragstellerin bisher nicht vorgehalten worden. Sodann nimmt die Antragstellerin zu den einzelnen, in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Ausscheidungsgründen im Detail Stellung. Zur Widerrufsentscheidung führt sie aus, dass ein "sonstiger sachlicher Widerrufsgrund" nicht vorliege. Die Auftraggeberin hätte keine ordnungsgemäße und somit

vergaberechtskonforme Kostenschätzung vorgenommen, die Angebotspreise könnten im Hinblick darauf nicht über der Kostenschätzung liegen. Da eine auf die Rechtswidrigkeit der Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin, "im Übrigen auch der übrigen Bieter", vorliege, sei auch die Widerrufsentscheidung rechtswidrig.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Nichtausscheiden ihres Angebotes und in der Folge in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und sei auch zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen befugt und in der Lage. Sollten die angefochtenen Entscheidungen jedoch nicht für nichtig erklärt werden, drohe ihr der Eintritt eines näher bezifferten Schadens durch Verlust der bisher aufgewendeten Kosten sowie eines entsprechenden Gewinnes. Dazu käme der Verlust eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 23.7.2012 erlassen; diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 25.7.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und ausgeführt, sie habe ein transparentes, sorgfältig dokumentiertes Vergabeverfahren geführt. Eine detaillierte Aufstellung, wie die Antragsgegnerin zur Ausscheidungsentscheidung gekommen sei, würde sich "selbstverständlich im Vergabeakt" finden. Im fortgesetzten Vergabeverfahren habe sie am 26.6.2012 ein neuerliches Aufklärungsersuchen an die Antragstellerin gerichtet und darin detailliert und unter Bezugnahme auf die jeweiligen Mängel des Angebotes (auf Positionsebene) samt Hinweis auf die anwendbare gesetzliche Bestimmung ihre Bedenken dargelegt und verbal ausführlich begründet, warum welcher Mangel bzw. welche Unklarheiten in welcher Position des Angebotes vorgelegen sei. Das Aufklärungsersuchen sei vergaberechtskonform, unzulässige Nachweise seien nicht verlangt worden, sondern lediglich Aufklärungen. Die Antragsgegnerin habe sich intensiv und detailliert mit den Aufklärungen und Nachreichungen der Antragstellerin auseinandergesetzt. Ein über das Aufklärungsersuchen vom 26.6.2012 hinausgehendes weiteres Ersuchen sei nicht erforderlich gewesen und hätte überdies gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen. Auch habe eine vertiefte Angebotsprüfung hinsichtlich der Preisangemessenheit stattgefunden, wie sich aus dem Inhalt der Vergabeakten ergebe. In weitere Folge nimmt die Antragsgegnerin zu jedem der Anfechtungspunkte einzeln und ausführlich Stellung. Die von ihr aufgegriffenen Mängel im Angebot der Antragstellerin würden jedenfalls eine Ausscheidung des Angebotes rechtfertigen.

Zur Widerrufsentscheidung führt die Antragsgegnerin aus, dass es diesbezüglich der Antragstellerin an der Antragslegitimation für die Beantragung der Nichtigerklärung des Widerrufs mangle, weil die Ausscheidung ihres Angebotes gerechtfertigt sei. Im Übrigen sei die Widerrufsentscheidung rechtskonform erfolgt, da alle Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren zu Recht ausgeschieden worden seien. Letztlich macht sie geltend, dass sie ihre Widerrufsentscheidung auch auf den fakultativen Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006 gestützt habe. Die sachliche Rechtfertigung dafür liege darin, dass bei allen drei Angeboten erhebliche Abweichungen des Angebotsergebnisses vom geschätzten Wert der Leistung gegeben seien. Dazu verweist sie auch auf Punkt 8 der WD307, die mangels Anfechtung bestandfest geworden sei. Der sachkundig geschätzte Auftragswert habe € 13,86 Mio. betragen, das Angebot der Antragstellerin als Billigstbieterin sei ca. 41% über dem sachkundig geschätzten Auftragswert gelegen. Damit sei eine budgetäre Deckung nicht mehr gegeben. Selbst wenn die Ausscheidungsentscheidung betreffend die Antragstellerin für nichtig erklärt werden sollte, wäre sie die einzige im Verfahren verbliebene Bieterin. Dieser Umstand rechtfertige jedenfalls eine Widerrufsentscheidung nach § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006. Zur Widerrufsentscheidung führt die Antragsgegnerin aus, dass es diesbezüglich der Antragstellerin an der Antragslegitimation für die Beantragung der Nichtigerklärung des Widerrufs mangle, weil die Ausscheidung ihres Angebotes gerechtfertigt sei. Im Übrigen sei die Widerrufsentscheidung rechtskonform erfolgt, da alle Bieter im gegenständlichen Vergabeverfahren zu Recht ausgeschieden worden seien. Letztlich macht sie geltend, dass sie ihre Widerrufsentscheidung auch auf den fakultativen Widerrufsgrund gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006 gestützt habe. Die sachliche Rechtfertigung dafür liege darin, dass bei allen drei Angeboten erhebliche Abweichungen des Angebotsergebnisses vom geschätzten Wert der Leistung gegeben seien. Dazu verweist sie auch auf Punkt 8 der WD307, die mangels Anfechtung bestandfest geworden sei. Der sachkundig geschätzte Auftragswert habe € 13,86 Mio. betragen, das Angebot der Antragstellerin als Billigstbieterin sei ca. 41% über dem sachkundig geschätzten Auftragswert gelegen. Damit sei eine budgetäre Deckung nicht mehr gegeben. Selbst wenn die

Ausscheidungsentscheidung betreffend die Antragstellerin für nichtig erklärt werden sollte, wäre sie die einzige im Verfahren verbliebene Bieterin. Dieser Umstand rechtfertigt jedenfalls eine Widerrufsentscheidung nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006.

Diese Stellungnahme wurde von der Antragstellerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 1.8.2012 beantwortet, indem sie, ohne weitere wesentliche Argumente zu bringen, ihren bereits bekannten Rechtsstandpunkt ausbaut.

Dieser Schriftsatz wurde mit Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 3.8.2012 beantwortet, die gleichfalls ihr bisheriges Vorbringen weiter auszubauen versucht.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien, die auch jeweils der anderen Seite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie letztlich den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 23.8.2012 ausgegangen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt im Zuge des Umbaus des Geriatriezentrums Donaustadt und Neubau des Zentrums Langzeitbeatmung und AKO ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Generalunternehmerleistungen zur Herstellung der Fassade. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war der 30.3.2012, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich drei Bieter am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Legung von Angeboten beteiligt. Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung wurde die Antragstellerin als an erster Stelle liegend gereiht. Der von der Antragsgegnerin sachkundig ermittelte, geschätzte Auftragswert beträgt rund € 13,86 Mio., der Gesamtpreis im Angebot der Antragstellerin (Billigstbieterin) beläuft sich auf € 19,5 Mio., das Angebot der zweitgereihten Bieterin auf € 20,9 Mio., jenes der drittgereihten Bieterin auf € 22,3 Mio. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt im Zuge des Umbaus des Geriatriezentrums Donaustadt und Neubau des Zentrums Langzeitbeatmung und AKO ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe der Generalunternehmerleistungen zur Herstellung der Fassade. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war der 30.3.2012, die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Insgesamt haben sich drei Bieter am Vergabeverfahren durch rechtzeitige Legung von Angeboten beteiligt. Aufgrund der Ergebnisse der Angebotsöffnung wurde die Antragstellerin als an erster Stelle liegend gereiht. Der von der Antragsgegnerin sachkundig ermittelte, geschätzte Auftragswert beträgt rund € 13,86 Mio., der Gesamtpreis im Angebot der Antragstellerin (Billigstbieterin) beläuft sich auf € 19,5 Mio., das Angebot der zweitgereihten Bieterin auf € 20,9 Mio., jenes der drittgereihten Bieterin auf € 22,3 Mio.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin mit zwei Schreiben je vom 27.4.2012 allen Bietern mitgeteilt hat, deren Angebote ausscheiden zu wollen und in Folge dessen zu beabsichtigen, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Diese beiden Entscheidungen wurden sowohl von der Antragstellerin als auch der drittgereihten Bieterin angefochten. Die Anträge der Antragstellerin wurden zu VKS - 5126/12 protokolliert. Schließlich wurde ihren Nichtigerklärungsanträgen mit Bescheid des Senates vom 21.6.2012 stattgegeben und sowohl die Ausscheidungs- als auch die Widerrufsentscheidung für nichtig erklärt.

In dem darauf von der Antragsgegnerin fortgesetzten Vergabeverfahren wurde die Antragstellerin mit Aufklärungsersuchen vom 26.6.2012 - dessen Inhalt in der Folge jeweils mit den Erklärungen der Antragstellerin wiedergegeben werden wird - aufgefordert, Verbesserungen bzw. Aufklärungen zu den Mängeln und Unklarheiten ihres Angebotes bis spätestens (nach Erstreckung) 6.7.2012 vorzulegen bzw. vorzunehmen. Gleichzeitig wurde die Antragstellerin darauf hingewiesen, dass eine nicht fristgerechte Aufklärung sowie die Erstattung einer nicht hinreichenden (weil unvollständigen bzw. nicht nachvollziehbaren) Aufklärung zum Ausscheiden des Angebotes führen und eine weitere Aufforderung nicht mehr ergehen werde.

Mit Schreiben vom 5.7.2012 hat die Antragstellerin dieses Aufklärungsersuchen beantwortet, Erklärungen abgegeben und diverse Unterlagen vorgelegt. Die Erklärungen sowie die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen werden im Folgenden wiedergegeben werden. Dabei wird der Senat bei seiner Entscheidung, um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten, zunächst die Punkte aus dem Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom 26.6.2012

wiedergeben, diesem Ersuchen die jeweiligen Erklärungen bzw. Unterlagen der Antragsgegnerin gegenüber stellen, erforderliche Feststellungen treffen und anschließend daran jeweils die rechtliche Beurteilung zu den einzelnen Anfechtungspunkten vornehmen, wobei er der Gliederung in der Ausscheidungsentscheidung vom 10.7.2012 lit. a bis v folgt. Mit Schreiben vom 5.7.2012 hat die Antragstellerin dieses Aufklärungsersuchen beantwortet, Erklärungen abgegeben und diverse Unterlagen vorgelegt. Die Erklärungen sowie die von der Antragstellerin vorgelegten Unterlagen werden im Folgenden wiedergegeben werden. Dabei wird der Senat bei seiner Entscheidung, um eine bessere Verständlichkeit zu gewährleisten, zunächst die Punkte aus dem Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom 26.6.2012 wiedergeben, diesem Ersuchen die jeweiligen Erklärungen bzw. Unterlagen der Antragsgegnerin gegenüber stellen, erforderliche Feststellungen treffen und anschließend daran jeweils die rechtliche Beurteilung zu den einzelnen Anfechtungspunkten vornehmen, wobei er der Gliederung in der Ausscheidungsentscheidung vom 10.7.2012 Litera a bis v folgt.

Die Ausscheidungs- und Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am 10.7.2012 zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 18.7.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt, wobei die Anfechtung beider Entscheidungen nach § 20 Abs. 2 WVRG 2007 zulässigerweise in einem Schriftsatz erfolgt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 Abs. 1 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Die Ausscheidungs- und Widerrufsentscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am 10.7.2012 zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 18.7.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt, wobei die Anfechtung beider Entscheidungen nach Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 zulässigerweise in einem Schriftsatz erfolgt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen nach § 2 Z 16 lit. a sublit aa BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor. Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen nach Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. In ihrem einleitenden Schriftsatz hat die Antragstellerin sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch den ihr allenfalls drohenden Schaden ausreichend dargestellt. Dass sie zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen an sich befugt ist, kann als unstrittig angesehen werden. Ihr Antrag entspricht auch sonst den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Die dabei festgestellten Verfahrensvoraussetzungen für den Nachprüfungsantrag liegen weiterhin vor.

Da die Ausscheidungs- und Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 gegeben. Da die Ausscheidungs- und Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin angefochten wird, ist die Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates nach Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 gegeben.

Zu den einzelnen Ausscheidungsgründen:

Zu lit. a und b Zu Litera a und b:

Bei den Pos. 01.12.04.B Wartungsarbeiten zu 011205AZ Beispiel AN (Teil A und B) wurde eine Beschreibung der durchzuführenden Wartungsarbeiten inklusive der Angabe der erforderlichen Wartungszyklen gefordert. Die Festlegung zu dieser Position lautet wie folgt:

011204B Z Wartungsarbeiten zu 011205A Z, Beispiel AN Seitens des AN ist für die Wartungsarbeiten eine Beschreibung vorzulegen. Weiters sind die erforderlichen Wartungszyklen anzugeben.

Teil A:

- Beschreibung Wartungsarbeiten für Profile, Gläser,

Dichtungen, Anschlussfugen:

- Wartungszyklen für Profile, Gläser, Dichtungen,

Anschlussfugen:

Teil B:

- Beschreibung Wartungsarbeiten für bewegliche und kraftbetätigte Fassadenteile:

- Wartungszyklen für bewegliche und kraftbetätigte Fassadenteile:

- Beschreibung Wartungsarbeiten für Fenster- und Türbeschläge:

- Wartungszyklen für Fenster- und Türbeschläge:

- Beschreibung Wartungsarbeiten für Elektroantriebe:

- Wartungszyklen für Elektroantriebe:

- Beschreibung Wartungsarbeiten für Sonnen- und

Blendschutzanlagen inklusive Antriebe:

- Wartungszyklen für Sonnen- und Blendschutzanlagen

inklusive Antriebe:

Diese Bieterlücken wurden von der Antragstellerin nicht ausgefüllt. Daraufhin wurde sie von der Antragstellerin aufgefordert anzugeben:

"Wie oft bzw. in welchem Abstand (umgelegt auf Jahre nach Fertigstellung) die im abgegebenen K7-Blatt beschriebenen Leistungen anfallen, welcher Art bzw. welchen Umfanges diese Leistungen sind und insbesondere wie sich das Verhältnis An- und Abfahrtskosten (unter Angabe der zugrunde gelegten Anfahrtszeiten) zu den Lohnkosten je Leistungsinhalt verhält. Insbesondere ist der Aufwandsatz für die An- und Abfahrtskosten anzugeben".

Dazu hat die Antragstellerin nur eine generelle Beschreibung eines "Wartungskataloges" übermittelt. Eine Zuordnung zur jeweiligen Leistungsposition (Wartungsarbeiten Teil A bzw. Teil B) ist nicht erfolgt. Aus den mehr als 20 Einzelangaben wurden keinerlei kalkulatorische Ansätze (Leistungs- und Verbrauchsansätze) bekannt gegeben.

In ihrer Nachreichung hat die Antragstellerin dazu ausgeführt:

"Der Wartungszyklus für die zu wartenden Elemente beträgt: 1 Jahr. Aufwandsatz der An- und Abfahrtskosten: 580 km mal 0,345€/km.

Es wurde eine generelle Beschreibung der Wartungsarbeiten übermittelt (Dokumentation Wartung)".

Auch in den mit Schreiben vom 6.7.2012 vorgelegten "neuen" K7-Blättern sind die Angaben lediglich in "Kategorien" erfolgt (Kleinmaterial, Reinigungsmittel, Schmiermittel, ..). Beim Anteil "Lohn" werden Stunden für Facharbeiter und Helfer (Teil A: je 28h für Facharbeiter und Helfer sowie 3,31 weitere Facharbeiterstunden; Teil B: 2 mal je 45h für Facharbeiter und Helfer sowie 5,90 weitere Facharbeiterstunden) angeführt. Eine Zuordnung zu den Einzelschritten erfolgte weder beim Anteil "Lohn" noch beim Anteil "Sonstiges". Auf den Teil des Aufklärungsersuchens "welchen Umfang diese Leistungen haben, wie sich das Verhältnis der An- und Abfahrtskosten zu den Lohnkosten verhält" wurde von der Antragstellerin überhaupt nicht eingegangen. Der Aufwandansatz für die An- und Abfahrtskosten wurde nur im Anteil "Sonstiges" gesondert angegeben (nicht beim Anteil "Lohn" und nicht Gesamt). Im K7-Blatt zum Teil B ist zusätzlich ein nicht hergeleiteter Gesamtansatz "An/Abfahrtskosten Clauss Markisen" angeführt.

In der Niederschrift über die fortgesetzte Aufklärung wurde auch versucht, den erforderlichen Zeitbedarf für die Pos. Wartungsarbeiten abzuschätzen. Einleitend wird eine "Gesamtbetrachtung" (Teile A und B) als Prämisse aufgestellt. Die Auflistung der Antragsgegnerin ergibt 333,28 Stunden. Laut Niederschrift sollen diese jedoch nur 108 "angegebene Stundenaufwendungen" der Antragstellerin gegenüberstehen. Wie die Antragsgegnerin 108 Stunden errechnet, ist

nicht nachvollziehbar. Die K7-Blätter der zugehörigen Position weisen insgesamt 245,21 Stunden auf. Weiters hat die Antragsgegnerin festgestellt, dass im K7-Blatt zu dieser Position keine Kosten für mobile Hebezeuge vorgesehen sind, obwohl diese für die Überprüfung der Structuralglazing Verglasung erforderlich sein sollen. Diese Frage hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin jedoch nicht vorgehalten.

Bei der Position 01.12.04.B Wartungsarbeiten handelt es sich um eine "echte" Bieterlücke. Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis, in die ein Bieter das von ihm angebotene Produkt, Verfahren oder Leistungsmerkmale einträgt (S/A/F/T Bundesvergabegesetz 2006, Rz. 54 zu § 98). Im Falle einer echten Bieterlücke kann der Auftraggeber ohne Nennung eines Leitproduktes im Falle einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß § 97 Abs. 2 oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass dieser das angebotene Produkt oder die Leistung genau darstellt oder bezeichnet. Echte Bieterlücken sind dadurch erkennbar, dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt. Die Bieter haben ein dieser Beschreibung entsprechendes Produkt bzw. eine Darstellung der Leistung anzubieten (RPA 2008, 312). Bei der Position 01.12.04.B Wartungsarbeiten handelt es sich um eine "echte" Bieterlücke. Bieterlücken sind freie Zeilen oder Teile davon in einem Leistungsverzeichnis, in die ein Bieter das von ihm angebotene Produkt, Verfahren oder Leistungsmerkmale einträgt (S/A/F/T Bundesvergabegesetz 2006, Rz. 54 zu Paragraph 98.). Im Falle einer echten Bieterlücke kann der Auftraggeber ohne Nennung eines Leitproduktes im Falle einer Beschreibung der anzubietenden Leistung gemäß Paragraph 97, Absatz 2, oder 3 BVergG 2006 vom Bieter verlangen, dass dieser das angebotene Produkt oder die Leistung genau darstellt oder bezeichnet. Echte Bieterlücken sind dadurch erkennbar, dass der Auftraggeber kein konkretes Produkt bzw. kein konkretes Verfahren vorgibt, sondern sich auf eine mehr oder weniger konkrete Beschreibung der Qualität oder der technischen Spezifikation bzw. des Ablaufs der Leistung beschränkt. Die Bieter haben ein dieser Beschreibung entsprechendes Produkt bzw. eine Darstellung der Leistung anzubieten (RPA 2008, 312).

Die von der Antragstellerin mit ihrer Nachreichung vom 6.7.2012 gegebenen Erklärungen stehen im Widerspruch zu der Festlegung, wonach "der Auftragnehmer.. für die Wartungsarbeiten eine Beschreibung für Profile, Gläser, Dichtungen, Anschluss" bzw. eine Beschreibung der Wartungsarbeiten für bewegliche und kraftbetätigte Fassadenteile zu geben hatte. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass die von der Antragstellerin abgegebene "generelle Beschreibung der Wartungsarbeiten .. (Dokumentation Wartung)" diesen Anforderungen nicht entspricht. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vom 23.8.2012 hat die Antragstellerin zu der von ihr gegebenen Aufklärung betreffend die Wartungsarbeiten vorgebracht, der Umfang der Wartungsarbeiten ergebe sich ohnedies aus der ÖNORM 5305. Der Hinweis auf die ÖNORM 5305 sei ihrer Ansicht nach ausreichend, weil "zu diesem Leitfaden für die Fassaden, Fassadenwartung und Instandhaltung ausreichend festgelegt ist, was zu tun ist". Auch mit ihrem Hinweis im Leistungsverzeichnis sei ihrer Ansicht nach ausreichend determiniert, was unter Wartungsleistungen zu verstehen sei, in dem sie angegeben hat "zur Aufrechterhaltung der Gewährleistungsansprüche" (Seite 4).

Der Hinweis auf die ÖNORM 5305 ist erstmalig in der mündlichen Verhandlung erfolgt. Weder im Angebot noch in den Aufklärungsschreiben der Antragstellerin wird diese ÖNORM erwähnt.

Rechtlich ergibt sich, dass die im fortgesetzten Vergabeverfahren geforderte Aufklärung seitens der Antragstellerin nicht vollständig gegeben worden ist. Ein Hinweis auf die ÖNORM 5305 ist weder im Angebot noch in den Aufklärungsschreiben erfolgt. Eine konkrete Beschreibung der Leistungen, die die Antragstellerin unter dieser Position angeboten hat, ist von ihr weder im Angebot noch im fortgesetzten Vergabeverfahren gegeben worden. Insgesamt war es der Antragsgegnerin daher neuerlich nicht möglich, die Preisangemessenheit zu prüfen, da ihr nicht bekannt war, welche Leistungen in welcher Position konkret kalkuliert wurden, wer welche Leistungen erbringen wird bzw. welchen Leistungen welche Zeit- bzw. Mengenansätze zugrunde gelegt wurden. Damit hat die Antragstellerin weder formal die geforderte Aufklärung gegeben oder angeführt, weshalb sie nicht gegeben wird/nicht gegeben werden konnte, noch die angebotenen Preise nachvollziehbar erläutert. Es ist ihr im fortgesetzten Vergabeverfahren nicht gelungen, das wegen des Nichtausfüllens der Bieterlücken mangelhafte Angebot zu verbessern. Allein dieser Sachverhalt rechtfertigt die Annahme des Ausscheidungsgrundes des § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006. Dennoch soll zu den weiters geltend gemachten Ausscheidungsgründen kurz Stellung genommen werden. Rechtlich ergibt sich, dass die im fortgesetzten Vergabeverfahren geforderte Aufklärung seitens der Antragstellerin nicht vollständig gegeben worden ist. Ein Hinweis auf die ÖNORM 5305 ist weder im Angebot noch in den Aufklärungsschreiben erfolgt. Eine konkrete

Beschreibung der Leistungen, die die Antragstellerin unter dieser Position angeboten hat, ist von ihr weder im Angebot noch im fortgesetzten Vergabeverfahren gegeben worden. Insgesamt war es der Antragsgegnerin daher neuerlich nicht möglich, die Preisangemessenheit zu prüfen, da ihr nicht bekannt war, welche Leistungen in welcher Position konkret kalkuliert wurden, wer welche Leistungen erbringen wird bzw. welchen Leistungen welche Zeit- bzw. Mengenansätze zugrunde gelegt wurden. Damit hat die Antragstellerin weder formal die geforderte Aufklärung gegeben oder angeführt, weshalb sie nicht gegeben wird/nicht gegeben werden konnte, noch die angebotenen Preise nachvollziehbar erläutert. Es ist ihr im fortgesetzten Vergabeverfahren nicht gelungen, das wegen des Nichtausfüllens der Bieterlücken mangelhafte Angebot zu verbessern. Allein dieser Sachverhalt rechtfertigt die Annahme des Ausscheidungsgrundes des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG 2006. Dennoch soll zu den weiters geltend gemachten Ausscheidungsgründen kurz Stellung genommen werden.

Zu lit. c:

Bei der Position 51.19.20 A Schwellenausbildung barrierefrei, Breite: ca. 1,6m hat die Antragstellerin einen Einheitspreis von 57,50 € angeboten. Nach sachverständiger Schätzung durch die Antragsgegnerin stellt dieser Betrag lediglich 10% eines angemessenen Preises dar. Dieser Umstand wurde bereits in der für nichtig erklärten, vorangegangenen Ausscheidungsentscheidung als Begründung angeführt. Im neuerlichen Aufklärungsersuchen vom 10.7.2012 hat die Antragsgegnerin jedoch keine konkreten Fragen zu Zeit-, Mengen oder Kostenansätzen gestellt. Sie hat lediglich um die Vorlage eines detaillierten Sub-Angebotes, eine Erklärung des Subunternehmers oder eine Erklärung der Antragstellerin zur Kostenfrage gefordert. Weiters wurde die Antragstellerin ersucht, offenbar allfällige Kostenumlagen nachvollziehbar darzustellen.

Dazu hat die Antragstellerin ein "neues" K7-Blatt vorgelegt, das weiterhin lediglich die Kosten für die Subunternehmer-Leistung enthält. Einen Hinweis auf "zusätzliche Montageleistungen" enthält dieses K-Blatt nicht. Jedoch enthält das nachgereichte K7-Blatt zur Pos. 51.1305A einen Hinweis beim Anteil "Lohn" "davon Montageanteil Schwelle barrierefrei zwei Std./Stk." Zuvor sind jeweils 3,339 Facharbeiter- und Helferstunden angeführt. Nicht klar ist, ob jeweils eine Stunde, jeweils zwei Stunden oder insgesamt zwei Stunden (welcher Kategorie? Vergleiche auch K7- zu Pos. 52.2101A mit klarer Formulierung) als Umlage zu werten sind. Jedenfalls ergibt sich aus dieser Beantwortung, dass unzulässigerweise Montagekosten aus der dafür vorgesehenen Position 51.19.20.A in eine andere Position umgelagert wurde. Eine Zuordnung der Montagedauer zu Facharbeiter und Helfer ist nicht erfolgt, weshalb es für die Antragsgegnerin nicht möglich war, die Kosten der Montage der barrierefreien Schwellenausbildung zu bestimmen.

Rechtlich ergibt sich, dass die Antragstellerin die konkret an sie gerichteten Fragen nur unzureichend und unvollständig beantwortet hat. Damit hat sie es unterlassen, dem Aufklärungsersuchen zu entsprechen, insbesondere eine Darstellung allfälliger Umlagen durch Abzüge in einer Position und gegen gleiche Zuschläge in einer anderen Position darzustellen. Aufgrund mehrdeutiger Auslegungsmöglichkeiten ist damit die Preisgestaltung nicht nachvollziehbar.

Auch dieser Sachverhalt rechtfertigt die Annahme eines Ausscheidungsgrundes nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006. Auch dieser Sachverhalt rechtfertigt die Annahme eines Ausscheidungsgrundes nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006.

Zu lit. d:

Bei der Position 57.18.45A AzE-Motor für Außenverschattung mit Seilführung hat die Antragstellerin laut dem von ihr vorgelegten Kalkulationsblatt K7 den Preisanteil "Lohn" mit € 0 ausgewiesen. Bereits im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 26.6.2012 um Aufklärung wie folgt ersucht:

"In der AZ Position Elektromotor für Außen-Verschattung ist lediglich ein Anteil "Sonstiges" angeführt, nicht aber die unseres Erachtens notwendige Montage bzw. der Anschluss. Falls diese Leistungen vom Subunternehmer erbracht werden sollen, ersuchen wir sie, das Subunternehmerangebot vorzulegen oder die Subunternehmer-Leistung in "Lohn" und "Sonstiges" einschließlich der jeweils direkt zuordenbaren Aufwandsätze aufzugliedern.

Sollten diese in eine oder mehrere andere Position(en) eingerechnet sein, fordern wir sie auf, die K7-Blätter der entsprechenden Position(en) vorzulegen; aus diesem Kalkulationsblatt K7 muss hervorgehen, welcher Leistungsansatz für die Montage der ihr gegenständlichen Position gewählt wurde."

Dazu hat die Antragstellerin erklärt, dass eine Aufschlüsselung des Preisanteils "Sonstiges" im Materialanteil und Lohnanteil des Subunternehmers erfolgte. Beides sei in den Preisanteil "Sonstiges" einkalkuliert, worden.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass es sich dabei um eine unzulässige Umlage des Lohnanteils in den Anteil "Sonstiges" handelt, da zu veränderlichen Preisen ausgeschrieben wurde und die beiden Preisanteile mit unterschiedlichen Indizes umgerechnet werden.

Rechtlich gesehen erweist sich die Sichtweise der Antragsgegnerin als zutreffend. Anzumerken ist jedoch, dass auch bei Leistungen zu veränderlichen Preisen die Sub-Vergaben selbst nicht zu veränderlichen Preisen erfolgen müssen. Bei Zukäufen mit Bestpreis unterscheiden sie sich für den Hauptunternehmer nicht von Materialzukaufen; sie lösen selbst auch keine "Lohnkosten" beim Hauptunternehmer aus. Für die Buchhaltung sind sie auch als Sachkosten zu betrachten. Für die Auftraggeber wäre die von der Antragsgegnerin verlangte "sachlich richtige" Zuordnung wünschenswert. Die Ausschreibung selbst sieht diesbezüglich keine besonderen Regelungen, kein Verbot von Umlagen bzw. keine zwingende Zuordnung vor. Daher erscheint die Sanktion des Ausscheidens allein aus diesem Grunde überschießend. Anzumerken ist jedoch, dass die Aufgliederung des Sub-Angebotes keine Herleitung enthält (zB. Zeiteinsatz mal Kostensatz). Es bleibt daher unklar, ob sich die 10 € Lohnanteil aus einer Stunde zu 10 € oder 15 Minuten zu 40 € ergeben. Damit ist auch hier die Preisgestaltung nicht nachvollziehbar aufgeklärt.

Nach Ansicht des Senates ist die Darstellung einer Sub-Leistung von der Nachweis- oder Prüfpflicht des Auftraggebers im Rahmen der Preisangemessenheitsprüfung nicht befreit. Dazu ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass dieses Problem bereits Thema im Vorverfahren gewesen ist und es ihr daher bekannt sein musste, dass die Preisaufgliederungen von Subunternehmerleistungen in den K7-Blättern die gleiche Aussagekraft aufweisen müssen, wie Preisaufgliederungen der Antragstellerin selbst. In diesem Zusammenhang von der Antragsgegnerin zu verlangen, ein weiteres Mal um Aufklärung zu ersuchen, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Antragsgegnerin hat im Aufklärungsersuchen konkret die Aufgliederung in direkt zuordenbare Aufwandsersätze gefordert. Die Antragstellerin hat daher in diesem Punkt formal dem Aufklärungsersuchen nicht ausreichend entsprochen und hat die Angebotspreise auch nicht plausibel und nachvollziehbar erläutert. Damit liegt der Ausscheidungsgrund es § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vor. Nach Ansicht des Senates ist die Darstellung einer Sub-Leistung von der Nachweis- oder Prüfpflicht des Auftraggebers im Rahmen der Preisangemessenheitsprüfung nicht befreit. Dazu ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass dieses Problem bereits Thema im Vorverfahren gewesen ist und es ihr daher bekannt sein musste, dass die Preisaufgliederungen von Subunternehmerleistungen in den K7-Blättern die gleiche Aussagekraft aufweisen müssen, wie Preisaufgliederungen der Antragstellerin selbst. In diesem Zusammenhang von der Antragsgegnerin zu verlangen, ein weiteres Mal um Aufklärung zu ersuchen, ist jedoch nicht gerechtfertigt. Die Antragsgegnerin hat im Aufklärungsersuchen konkret die Aufgliederung in direkt zuordenbare Aufwandsersätze gefordert. Die Antragstellerin hat daher in diesem Punkt formal dem Aufklärungsersuchen nicht ausreichend entsprochen und hat die Angebotspreise auch nicht plausibel und nachvollziehbar erläutert. Damit liegt der Ausscheidungsgrund es Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vor.

Zu lit. e:

Zu den Positionen 57.20.40F, 57.20.42G, 57.20.42.A und 57.20.42M, jeweils Sonnenschutz im Scheibenzwischenraum, hat die Antragstellerin im Kalkulationsblatt K7 beim Preisanteil "Sonstiges" auf ein Subunternehmerangebot verwiesen. Im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmern ist die Erbringung dieser Leistungen durch einen Subunternehmer nicht vorgesehen. Im Preisanteil "Lohn" hat die Antragstellerin auf die Hauptposition verwiesen und den Anteil "Lohn" mit € 0 angegeben. Im von der Antragstellerin nachgereichten K7-Blatt (11 Stück) wird der Sub-Zukauf ohne Leistungsansätze erläutert. Im Anteil "Lohn" hat die Antragstellerin auf die Hauptposition 92.21.09.A verwiesen. Die Antragsgegnerin erblickt darin eine unzulässige Umlage.

Im K7-Blatt zur Position 92.21.01A werden 0.25 h/Stk. ausgewiesen (17 Stück). Die beiden Positionen weisen jedoch unterschiedliche Mengen auf. Es ist nicht ersichtlich, ob diese Mengendifferenz überhaupt berücksichtigt wurde, etwa über eine Mischkalkulation. Eine Preisangemessenheitsprüfung ist ohne neuerliche Aufklärung nicht möglich, wozu die Antragsgegnerin jedoch im Hinblick auf die von ihr konkret gestellten Anfragen nicht verpflichtet war. Auch bei dieser Position hat die Antragstellerin ihren Angebotspreis nicht plausibel und nachvollziehbar erläutert, womit der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 gegeben ist. Im K7-Blatt zur Position 92.21.01A werden 0.25 h/Stk. ausgewiesen (17 Stück). Die beiden Positionen weisen jedoch unterschiedliche Mengen auf. Es ist nicht ersichtlich, ob diese Mengendifferenz überhaupt berücksichtigt wurde, etwa über eine Mischkalkulation. Eine Preisangemessenheitsprüfung ist ohne neuerliche Aufklärung nicht möglich, wozu die Antragsgegnerin jedoch im Hinblick auf die von ihr konkret gestellten Anfragen nicht verpflichtet war. Auch bei dieser Position hat die

Antragstellerin ihren Angebotspreis nicht plausibel und nachvollziehbar erläutert, womit der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 gegeben ist.

Zu lit. f und g: Zu Litera f und g:

Bei den Positionen 57.22.40A und 57.22.45A Az E-Motor hat die Antragstellerin in den von ihr vorgelegten Kalkulationsblättern den Preisanteil "Lohn" mit € 0 ausgewiesen.

Nach Aufforderung, zu diesen beiden Positionen Stellung zu nehmen, warum in den K7-Blättern nur der Anteil "Sonstiges" ausgewiesen wurde, hat die Antragstellerin dazu erklärt, "es erfolgte eine Aufschlüsselung des Preisanteils "Sonstiges" im Materialanteil und Lohnanteil des Subunternehmers. Beides wurde in dem Preisanteil "Sonstiges" einkalkuliert".

Auch hier ist eine ausreichende und nachvollziehbare Aufklärung bzw. Mängelbehebung durch die Antragstellerin nicht erfolgt. Beide Positionen wurden nach veränderlichen Preisen ausgeschrieben. Eine Trennung der Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" ist deshalb erforderlich, weil hier die Preisleitung nach unterschiedlichen Indizes erfolgt. Damit erweist sich die Umlagerung des Preisanteils "Lohn" in den Preisanteil "Sonstiges" als unzulässig, womit eine Preisprüfung nicht möglich ist. Der Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 ist gegeben. Auch hier ist eine ausreichende und nachvollziehbare Aufklärung bzw. Mängelbehebung durch die Antragstellerin nicht erfolgt. Beide Positionen wurden nach veränderlichen Preisen ausgeschrieben. Eine Trennung der Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" ist deshalb erforderlich, weil hier die Preisleitung nach unterschiedlichen Indizes erfolgt. Damit erweist sich die Umlagerung des Preisanteils "Lohn" in den Preisanteil "Sonstiges" als unzulässig, womit eine Preisprüfung nicht möglich ist. Der Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 ist gegeben.

Zu lit. h, i und j: Zu Litera h, i und j:

Zu den Positionen 92.10.01B, 92.10.01.C und 92.12.01A hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin um Aufklärung zu den Materialkosten "Holzrahmen, Preisanteil Sonstiges" ersucht. Dabei sollte die Antragstellerin jeweils das Subunternehmer-Angebot für den Holzrahmen vorlegen oder die Subunternehmerleistungen in "Lohn" und "Sonstiges" einschließlich der jeweils direkt zuordenbaren Aufwandsersätze auflgliedern.

In den von der Antragstellerin nachgereichten K7-Blättern wird der Sub-Zukauf von Holzrahmen aufgeschlüsselt. Die Aufgliederung enthält auch einen Lohnanteil, im Materialanteil wird "Aluminiumblech inn. + auß." angegeben.

Die Antragsgegnerin hält den Materialpreis für Holz "zu hoch" und verweist darauf, dass eine Stahlbeschichtung ausgeschrieben ist. Damit liegt nach Ansicht der Antragsgegnerin ein nicht zulässiges Abänderungsangebot vor.

Unter der Position 92.10 00A Systembeschreibung für das Außenwandsystem Putz/Vakuum Paneele wurde unter der Allgemeinbeschreibung festgelegt, dass die Leichtbauwand bestehend aus einer Holzunterkonstruktion mit Stahlblech, Vakuumdämmpaneelen und Dämmung auszuführen ist. Dennoch findet sich im K7-Blatt unter "Sonstiges" der Ansatz für "Aluminiumblech inn. + auß.". In der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin nach Vorhalt dazu angegeben, dass es sich "um einen Eintragungsfehler" handelt. Wir haben das Stahlblech, sicher ist uns der Fehler bei der Zeile Aluminiumblech .. unterlaufen. Hier müsste es heißen "Stahlblech" (Protokoll Seite 5). Wenn auch dieser Vorhalt der Antragstellerin im Nachforderungsschreiben vom 26.6.2012 nicht gemacht wurde, ist offensichtlich, dass in diesem Punkt eine Abweichung von den Ausschreibungsunterlagen vorliegt.

Eine Aufklärung zur Richtigstellung der geforderten Aufwandsersätze hat die Antragstellerin abermals nicht gegeben. Die Preisangemessenheitsprüfung ist für die Antragsgegnerin ohne neuerliche Aufklärung nicht möglich. Ein derartiges abermaliges Aufklärungsersuchen zu dieser Position war jedoch nicht vorzunehmen, zumal die Antragstellerin durch den Inhalt der ersten Ausscheidungsentscheidung die Problematik kennen musste. Die Angebotspreise sind daher nicht plausibel und nachvollziehbar erörtert. Dies und das Vorliegen eines Abänderungsangebotes (Alu- statt Stahlblech) bildet den Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1, Z 2 und Abs. 2 BVergG 2006. Eine Aufklärung zur Richtigstellung der geforderten Aufwandsersätze hat die Antragstellerin abermals nicht gegeben. Die Preisangemessenheitsprüfung ist für die Antragsgegnerin ohne neuerliche Aufklärung nicht möglich. Ein derartiges abermaliges Aufklärungsersuchen zu dieser Position war jedoch nicht vorzunehmen, zumal die Antragstellerin durch den Inhalt der ersten Ausscheidungsentscheidung die Problematik kennen musste. Die Angebotspreise sind daher nicht plausibel und nachvollziehbar erörtert. Dies und das Vorliegen eines Abänderungsangebotes (Alu- statt Stahlblech) bildet den Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins., Ziffer 2 und Absatz 2, BVergG 2006.

Zu lit. k:

Zur Position 92.44.01.A Modulwand + Verkleidung mit Brandschutzplatte wurde die Antragstellerin zu dem von ihr vorgelegten Kalkulationsblatt K7 ersucht zusätzlich zu den direkt zuordenbaren Kosten die Aufwandsansätze für den Materialverbrauch dazulegen.

Dazu hat die Antragstellerin ein K7-Blatt nachgereicht, das eine grobe Aufgliederung ohne Herleitung der Material- und Kostenansätze enthält. Die Antragstellerin weist in dem Blatt darauf hin, dass der Materialansatz bzw. -verbrauch ersichtlich ist, ohne die Fundstelle anzugeben. Erklärt wird von ihr auch, dass je m² Modulwand 1m² Brandschutzplatte kalkuliert worden ist.

Dazu vertritt die Antragsgegnerin den Standpunkt, dass der Materialverbrauch ca. 2,5m² pro m² beträgt, womit für sie die Aufklärung unzureichend ist.

Formal hat die Antragstellerin hier die Aufklärung nicht vollständig erfüllt, weil die Material- und Kostenansätze fehlen. Ebenso sind die Angebotspreise nicht plausibel und nachvollziehbar erläutert; zudem scheint ein Mehrverbrauch (zB konstruktiv bedingt, Verschnitt) nicht berücksichtigt. Dieser Umstand wurde der Antragstellerin jedoch nur indirekt durch die erste Ausscheidungsentscheidung vorgehalten. Da ein konkreter Vorhalt auch im fortgesetzten Vergabeverfahren nicht erfolgte, bildet dieser Sachverhalt keine geeignete Grundlage für die Annahme eines Ausscheidungsgrundes.

Zu lit. l:

Bei der Position 52.50.06B Dunkelklappen hat die Antragstellerin in dem von ihr vorgelegten Kalkulationsblatt K7 beim Preisanteil "Sonstiges" auf ein Subunternehmerangebot verwiesen. Im Antrag auf Genehmigung von Subunternehmen hat sie jedoch für die Unterleistungsgruppe 52.50 keinen Subunternehmer genannt. Im Preisanteil "Sonstiges" hat sie sämtliche Montageleistungen eingerechnet, den Preisanteil "Lohn" mit € 0 angegeben. Dazu wurde die Antragstellerin um Aufklärung ersucht. Die Antragstellerin hat daraufhin ein Subunternehmerangebot ohne Aufgliederung der Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" vorgelegt. Im nachgereichten K7-Blatt ist lediglich der Gesamtpreis des Subunternehmers angeführt und der Zusatz "inkl. Montage" ergänzt. Auch hier hat die Antragsgegnerin die notwendige Aufgliederung in "Lohn" und "Sonstiges" sowie die jeweilige Angabe der Zeit-, Material oder Kostenansätze gefordert. Dieser Aufforderung hat die Antragstellerin nicht entsprochen.

Rechtlich ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin trotz Aufforderung keine weitere Aufschlüsselung gegeben hat, obwohl dieses Problem bereits Thema im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens gewesen ist. Dadurch war es der Antragsgegnerin weiterhin nicht möglich, eine Preisangemessenheitsprüfung durchzuführen. Da eine ungenügende Aufklärung vorliegt, ist die Ausscheidung nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 gerechtfertigt. Rechtlich ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin trotz Aufforderung keine weitere Aufschlüsselung gegeben hat, obwohl dieses Problem bereits Thema im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens gewesen ist. Dadurch war es der Antragsgegnerin weiterhin nicht möglich, eine Preisangemessenheitsprüfung durchzuführen. Da eine ungenügende Aufklärung vorliegt, ist die Ausscheidung nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 gerechtfertigt.

Zu lit. m:

Bei der Position 92.81.06.C Beschläge einflügelige Fluchttüre EN 1125 hat die Antragstellerin im vorgelegten Kalkulationsblatt den Preisanteil "Lohn" mit € 0 angesetzt. Dazu wurde die Antragstellerin von der Antragsgegnerin zur Vorlage der K7-Blätter für jene Positionen aufgefordert, aus denen sich der Leistungsansatz für die Montage des Beschlages ergibt

In dem von der Antragstellerin nachgereichten K7-Blatt ist der Anteil "Sonstiges" bedingt nachvollziehbar aufgelistet. Beim Anteil "Lohn" wird auf die Tür-Positionen verwiesen (jeweils 48 Minuten/Stk. für Montage). Die geforderten K7-Blätter dieser Tür-Positionen wurden nicht nachgereicht und damit ist eine Ersichtlichmachung der Umlage nicht erfolgt.

Auch hier ist der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund berechtigt. Die gegenständliche Position enthält die Menge 1. Die Antragstellerin weist nicht darauf hin, dass die Umlage nur "anteilig" erfolgt ist bzw. dass sie möglicherweise den Mengenunterschied unberücksichtigt gelassen hat. Auch wurden die anderen K7-Blätter trotz Aufforderung nicht vorgelegt, womit die Antragstellerin auch formal nicht vollständig aufgeklärt hat und damit die Preise nicht nachvollziehbar aufgeklärt wurden. Der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 liegt

vor. Auch hier ist der von der Antragsgegnerin angenommene Ausscheidungsgrund berechtigt. Die gegenständliche Position enthält die Menge 1. Die Antragstellerin weist nicht darauf hin, dass die Umlage nur "anteilig" erfolgt ist bzw. dass sie möglicherweise den Mengenunterschied unberücksichtigt gelassen hat. Auch wurden die anderen K7-Blätter trotz Aufforderung nicht vorgelegt, womit die Antragstellerin auch formal nicht vollständig aufgeklärt hat und damit die Preise nicht nachvollziehbar aufgeklärt wurden. Der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 liegt vor.

Zu lit. n und o: Zu Litera n und o:

In den nachgereichten K7-Blättern zu den Positionen 92.81.08 AZ (22 Stück) und 92.81.08 BZ (14 Stück) sind jeweils die Lohnkosten für die Montage der Türfeststeller ausgewiesen. Für diese Türfeststeller sind eigene Positionen ausgeschrieben, nämlich 92.81.12 AZ (3 Stück) und 92.81.12 BZ (12 Stück). Die Preisumlagerung für Montagekosten für einen Türfeststeller für einflügelige Türen auf alle integrierten Türschließer ist aufgrund der Tatsache, dass nur bei ca. 10% der Türschließer auch ein Türfeststeller ausgeführt wird, nicht nachvollziehbar. Ebenso ist eine Preisumlagerung der Montagekosten für einen Türfeststeller bei zweiflügeligen Türen auf alle integrierten Türschließer aufgrund der Tatsache, dass nur bei ca. 85% der Türschließer auch ein Türfeststeller ausgeführt wird, nicht nachvollziehbar bzw. von der Antragstellerin nicht ausreichend und nachvollziehbar erklärt worden. Damit ergibt sich auch für diese beiden Positionen, dass eine plausible Preiszusammensetzung nicht angenommen werden kann. Auch hier ist der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 gegeben. In den nachgereichten K7-Blättern zu den Positionen 92.81.08 AZ (22 Stück) und 92.81.08 BZ (14 Stück) sind jeweils die Lohnkosten für die Montage der Türfeststeller ausgewiesen. Für diese Türfeststeller sind eigene Positionen ausgeschrieben, nämlich 92.81.12 AZ (3 Stück) und 92.81.12 BZ (12 Stück). Die Preisumlagerung für Montagekosten für einen Türfeststeller für einflügelige Türen auf alle integrierten Türschließer ist aufgrund der Tatsache, dass nur bei ca. 10% der Türschließer auch ein Türfeststeller ausgeführt wird, nicht nachvollziehbar. Ebenso ist eine Preisumlagerung der Montagekosten für einen Türfeststeller bei zweiflügeligen Türen auf alle integrierten Türschließer aufgrund der Tatsache, dass nur bei ca. 85% der Türschließer auch ein Türfeststeller ausgeführt wird, nicht nachvollziehbar bzw. von der Antragstellerin nicht ausreichend und nachvollziehbar erklärt worden. Damit ergibt sich auch für diese beiden Positionen, dass eine plausible Preiszusammensetzung nicht angenommen werden kann. Auch hier ist der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gegeben.

Zu lit. p und q: Zu Litera p und q:

Bei den Positionen 92.81.19C und 92.81.19E hat die Antragstellerin in den vorgelegten Kalkulationsblättern den Preisanteil "Lohn" jeweils mit € 0 ausgepreist. Dazu wurde die Antragstellerin um Aufklärung ersucht.

Die Antragstellerin hat angegeben, die Montage der unterschiedlichen Türdrücker seien im Einheitspreis der Türen enthalten. Daraufhin hat die Antragsgegnerin die Vorlage von K7-Blättern entsprechenden Tür-Positionen mit Aufschlüsselungen nach Aufwands- und Verbrauchssätzen gefordert.

Die Antragstellerin hat die geforderten K7-Blätter nicht vorgelegt.

Rechtlich ergibt sich, dass auch bei diesen Positionen eine Aufklärung unvollständig erfolgt ist und die Antragsgegnerin nicht prüfen konnte, ob umgelegte Leistungen in den anderen Positionen tatsächlich berücksichtigt sind. Damit war es der Antragsgegnerin nicht möglich zu prüfen, ob eine Kostendeckung gegeben ist. Auch dieser Sachverhalt bildet den Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006. Rechtlich ergibt sich, dass auch bei diesen Positionen eine Aufklärung unvollständig erfolgt ist und die Antragsgegnerin nicht prüfen konnte, ob umgelegte Leistungen in den anderen Positionen tatsächlich berücksichtigt sind. Damit war es der Antragsgegnerin nicht möglich zu prüfen, ob eine Kostendeckung gegeben ist. Auch dieser Sachverhalt bildet den Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006.

Zu lit. r:

Bei der Position 92.81.19F AZ Profilzylinderrosette-Edelstahl hat die Antragstellerin den Preisanteil "Lohn" im Kalkulationsblatt K7 mit € 0 ausgepreist. Dazu wurde die Antragstellerin aufgefordert K7-Blätter zu den entsprechenden Türpositionen vorzulegen.

Im nachgereichten K7-Blatt wird beim Anteil "Lohn" auf die Tür-Positionen verwiesen (jeweils 48 Minuten pro Stück). Die geforderten K7-Blätter dieser Tür-Positionen wurden jedoch nicht nachgereicht, sodass eine Überprüfung der

Umlage nicht erfolgen konnte. Da nicht alle Türen mit Profilzylinderrosetten-Edelstahl ausgerüstet werden sollen, kann nicht beurteilt werden, ob eine Mischkalkulation vorliegt. Ein Hinweis darauf ist jedenfalls in den Stellungnahmen der Antragstellerin nicht enthalten.

Rechtlich gesehen kann nicht beurteilt werden, ob eine Mischkalkulation vorliegt oder nicht bzw. ob hier ein Ansatz für eine mögliche Spekulation gegeben ist. Jedenfalls ist die Aufklärung formal unvollständig erfolgt. Die Antragsgegnerin kann nicht prüfen, ob umgelegte Leistungen in den anderen Positionen tatsächlich berücksichtigt sind und ob Kostendeckung gegeben ist. Da die Preise nicht nachvollziehbar aufgegliedert wurden, liegt der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vor. Rechtlich gesehen kann nicht beurteilt werden, ob eine Mischkalkulation vorliegt oder nicht bzw. ob hier ein Ansatz für eine mögliche Spekulation gegeben ist. Jedenfalls ist die Aufklärung formal unvollständig erfolgt. Die Antragsgegnerin kann nicht prüfen, ob umgelegte Leistungen in den anderen Positionen tatsächlich berücksichtigt sind und ob Kostendeckung gegeben ist. Da die Preise nicht nachvollziehbar aufgegliedert wurden, liegt der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vor.

Zu lit. s:

Bei der Position 92.97.01A Fassadenbefahranlage, G-Bauwerk hat die Antragstellerin in dem von ihr vorgelegten Kalkulationsblatt beim Preisanteil "Sonstiges" und beim Preisanteil "Lohn" auf ein Subunternehmerangebot verwiesen, ohne einen Subunternehmer genannt zu haben. Auch eine Subunternehmererklärung wurde von der Antragstellerin für diese Leistungen nicht vorgelegt.

Dazu wurde die Antragstellerin bereits mit Schreiben vom 26.6.2006 aufgefordert "entweder das Subunternehmerangebot beizulegen oder eine Aufstellung der Aufwands- und Verbrauchsansätze dieser Position vorzulegen".

In der Folge hat die Antragstellerin das Subunternehmerangebot der Fa. *** vorgelegt.

Bei der unter diesem Punkt zusammengefassten Leistung handelt es sich um Leistungen, die die Antragstellerin zweifellos selbst erbringen kann. Sie war daher nicht auf die Leistungen eines Subunternehmers angewiesen. Damit kann sie sich zutreffend auf die Festlegung in den Angebotsunterlagen stützen, wonach Subunternehmer nur dann bekannt zu geben sind, wenn der auf sie entfallene Anteil 5% der Angebotssumme überschreitet. Da es sich nicht um einen "notwendigen" Subunternehmer handelt, der im Genehmigungsblatt zu benennen gewesen wäre, hält der Senat diesbezüglich einen Ausscheidungsgrund für nicht gegeben.

Zu lit. t:

Unter der Position 92.97.02.A Wartung Fassadenbefahranlagen während Gewährleistung hat die Antragstellerin beim Preisanteil "Sonstiges" und "Lohn" auf ein Subunternehmerangebot verwiesen. Im Ersuchen um Aufklärung hat die Antragsgegnerin verlangt, anzugeben "wie oft bzw. in welchem Abstand (umgelegt auf Jahre nach Fertigstellung) die im abgegebenen K7-Blatt beschriebenen Leistungen anfallen und welcher Art bzw. welchen Umfanges diese Leistungen sind".

Dazu hat die Antragstellerin in ihrer Nachreichung ausgeführt, "sie haben das Subunternehmerangebot der Fa. ***".

Die Antragsgegnerin vertritt dazu den Standpunkt, sie habe weder eine Aufgliederung nach Verbrauch noch nach Aufwandsaufwendungen erhalten und es seien auch von der Antragstellerin die Wartungsintervalle nicht angegeben worden.

Zutreffend ist, dass die Antragstellerin die geforderten Angaben nicht gemacht hat, womit eine unvollständige Aufklärung vorliegt. Die Antragsgegnerin konnte daher die Preisangemessenheit der Leistungen zu dieser Position ohne Kenntnis von Art bzw. Umfang der Leistungen nicht beurteilen. Damit liegt der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vor. Zutreffend ist, dass die Antragstellerin die geforderten Angaben nicht gemacht hat, womit eine unvollständige Aufklärung vorliegt. Die Antragsgegnerin konnte daher die Preisangemessenheit der Leistungen zu dieser Position ohne Kenntnis von Art bzw. Umfang der Leistungen nicht beurteilen. Damit liegt der Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vor.

Zu lit. u:

Die Antragstellerin hat im Kalkulationsblatt K3 einen Gesamtzuschlag auf die Lohnkosten von 40% ermittelt.

Nach Ansicht der Antragsgegnerin ist dieser Generalunternehmerzuschlag von 40% nicht plausibel, angemessen

wären 8-12%.

Tatsächlich scheinen die Zuschläge, die die Antragstellerin im K3-Blatt einsetzt, generell außergewöhnlich hoch. Allgemein üblich sind Gesamtzuschläge von ca. 25%. Der von der Antragstellerin angesetzte Gesamtzuschlag bildet für sich allein gesehen noch keinen Ausscheidungsgrund. Da die Antragsgegnerin der Antragstellerin den ihrer Ansicht nach zu hohen Gesamtzuschlag nicht konkret vorgehalten hat, liegt ein tauglicher Ausscheidungsgrund nicht vor.

Zu lit. v:

Nach den Festlegungen im Leistungsverzeichnis sind vom gegenständlichen Leistungsbild auch komplexe statistische Berechtigungen umfasst (zB Positionen 32.0001Q, 92.0008F und 92.00.50G).

Hinsichtlich der Befugnisse ist strittig, ob konkret eine Baumeisterbefugnis erforderlich ist oder die Leistung auch im Rahmen der Nebenrechte von Gewerbetreibenden ausgeführt werden kann. Konkret erscheint fraglich, ob komplexe statische Berechnungen oder nur einfache statische Berechnungen, die auch von Metalltechnikern erbracht werden dürfen, ausgeschrieben sind. Die Antragsgegnerin bezieht sich auf die wiedergegebenen Positionen. Diese Frage hat die Antragsgegnerin in den Aufklärungsersuchen jedoch nicht thematisiert, sodass die Antragstellerin nicht verhalten war, zu dieser Problematik eine Stellungnahme oder Aufklärung abzugeben. Wäre hier ein konkreter Vorhalt an die Antragstellerin erfolgt, hätte diese eventuell darlegen können, weshalb sie meint, dass diese Leistungen im Rahmen der Nebenrechte zulässig sind. Mangels entsprechenden Vorhaltes liegt damit ein tauglicher Ausscheidungsgrund nicht vor.

Zusammenfassend gesehen erweist sich die angefochtene Ausscheidungsentscheidung berechtigt. Sofern die Antragstellerin vorbringt, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen, ergibt sich aus dem Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten das Gegenteil. Nach den Vergabeakten hat die Antragsgegnerin sowohl eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen, als auch im zweiten Verfahrensabschnitt ein § 126 BVergG 2006 entsprechendes Aufklärungsverfahren durchgeführt. Das Aufklärungsersuchen vom 26.6.2012 enthält - nicht zuletzt aufgrund der Ergebnisse des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens - ins Detail gehende konkrete Fragen bzw. Vorhalte, auf die die Antragstellerin jedoch nur unzulänglich bzw. überhaupt nicht geantwortet hat. Zusammenfassend gesehen erweist sich die angefochtene Ausscheidungsentscheidung berechtigt. Sofern die Antragstellerin vorbringt, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unterlassen, ergibt sich aus dem Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten das Gegenteil. Nach den Vergabeakten hat die Antragsgegnerin sowohl eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen, als auch im zweiten Verfahrensabschnitt ein Paragraph 126, BVergG 2006 entsprechendes Aufklärungsverfahren durchgeführt. Das Aufklärungsersuchen vom 26.6.2012 enthält - nicht zuletzt aufgrund der Ergebnisse des vorangegangenen Nachprüfungsverfahrens - ins Detail gehende konkrete Fragen bzw. Vorhalte, auf die die Antragstellerin jedoch nur unzulänglich bzw. überhaupt nicht geantwortet hat.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Angebot der Antragstellerin nicht wegen mangelnder Preisangemessenheit sondern vor allem wegen mangelhafter Aufklärung bzw. nicht nachvollziehbarer Preisgestaltung ausgeschieden worden ist. Die Antragsgegnerin hat im fortgesetzten Vergabeverfahren neuerlich um Aufklärung ersucht, die Antragstellerin ist dieser Aufforderung jedenfalls in den dargestellten Punkten nur unvollständig nachgekommen, obwohl die Antragsgegnerin im Aufklärungsersuchen abschließend darauf hingewiesen hat, dass eine nicht fristgerechte oder nicht hinreichende Aufklärung zur Ausscheidung des Angebotes führen muss. Aufgrund der zum überwiegenden Teil nicht ausreichenden Aufklärung ist der Antragsgegnerin eine Prüfung der Preisangemessenheit bei vielen Positionen nicht möglich gewesen. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung vom 10.7.2012 unter den lit. a bis j, l bis t angeführten Ausscheidungsgründe gegeben sind und jedenfalls die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 rechtfertigt, da es der Antragstellerin weithin nicht gelungen ist, eine plausible Preisgestaltung bei den von der Antragsgegnerin nachgefragten Positionen nachzuweisen. Jedenfalls erweist sich die Nichtausfüllung der echten Bieterlücke (Wartungsarbeiten) für sich allein betrachtet jedenfalls als Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1 Z 7 und Abs. 2 BVergG 2006. Schon dieser Sachverhalt musste zur Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das Angebot der Antragstellerin nicht wegen mangelnder Preisangemessenheit sondern vor allem wegen mangelhafter Aufklärung bzw. nicht nachvollziehbarer Preisgestaltung ausgeschieden worden ist. Die Antragsgegnerin hat im fortgesetzten Vergabeverfahren neuerlich um Aufklärung ersucht, die Antragstellerin ist dieser Aufforderung jedenfalls in den dargestellten Punkten nur

unvollständig nachgekommen, obwohl die Antragsgegnerin im Aufklärungsersuchen abschließend darauf hingewiesen hat, dass eine nicht fristgerechte oder nicht hinreichende Aufklärung zur Ausscheidung des Angebotes führen muss. Aufgrund der zum überwiegenden Teil nicht ausreichenden Aufklärung ist der Antragsgegnerin eine Prüfung der Preisangemessenheit bei vielen Positionen nicht möglich gewesen. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung vom 10.7.2012 unter den Litera a bis j, l bis t angeführten Ausscheidungsgründe gegeben sind und jedenfalls die Ausscheidung des Angebotes der Antragstellerin nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 rechtfertigt, da es der Antragstellerin weithin nicht gelungen ist, eine plausible Preisgestaltung bei den von der Antragsgegnerin nachgefragten Positionen nachzuweisen. Jedenfalls erweist sich die Nichtausfüllung der echten Bieterlücke (Wartungsarbeiten) für sich allein betrachtet jedenfalls als Ausscheidungsgrund nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 7 und Absatz 2, BVergG 2006. Schon dieser Sachverhalt musste zur Abweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen.

Damit erweist sich aber auch der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 10.7.2012 als nicht berechtigt. Mit der Entscheidung, mit der der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung abgewiesen wurde, ist die Antragstellerin nicht mehr Bieter im Vergabeverfahren. Ohne sachlich prüfen zu müssen, ob die gegen die Widerrufsentscheidung geltend gemachten Gründe vorliegen oder nicht, war der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung mangels Parteistellung zurückzuweisen.

Nach § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit nur beantragen, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie der Höchstgerichte ist die Antragslegitimation eines Bieters zu verneinen, wenn es seinem Angebot an der grundsätzlichen Eignung mangelt, für den Zuschlag überhaupt in Betracht zu kommen. Ein Bieter, dem es nicht gelingt aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist nicht schutzwürdig (vgl. VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 u.a.). Da sich die die Antragstellerin betreffende Ausscheidungsentscheidung als vergaberechtskonform erwiesen hat, mangelt es der Antragstellerin zur Bekämpfung der Widerrufsentscheidung an der notwendigen Antragslegitimation, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung des Widerrufs als unzulässig zurückzuweisen war (Spruch Punkt 2). Nach Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit nur beantragen, wenn ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Nach ständiger Judikatur der Nachprüfungsbehörden sowie der Höchstgerichte ist die Antragslegitimation eines Bieters zu verneinen, wenn es seinem Angebot an der grundsätzlichen Eignung mangelt, für den Zuschlag überhaupt in Betracht zu kommen. Ein Bieter, dem es nicht gelingt aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist nicht schutzwürdig vergleiche VwGH 28.3.2007, 2005/04/0200 u.a.). Da sich die die Antragstellerin betreffende Ausscheidungsentscheidung als vergaberechtskonform erwiesen hat, mangelt es der Antragstellerin zur Bekämpfung der Widerrufsentscheidung an der notwendigen Antragslegitimation, weshalb ihr Antrag auf Nichtigerklärung des Widerrufs als unzulässig zurückzuweisen war (Spruch Punkt 2).

Da mit diesen Entscheidungen das Nachprüfungsverfahren beendet ist, war die mit Bescheid vom 23.7.2012 erlassene einstweilige Verfügung mit sofortiger Wirkung aufzuheben (Spruch Punkt 3).

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 genannten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Kostenentscheidung gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, genannten Voraussetzungen liegen nicht vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen. Gemäß Paragraph 13, Absatz 3, WVRG 2007 war dieser Bescheid im Anschluss an die mündliche Verhandlung öffentlich zu verkünden. Die Frist zur Anrufung der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes beginnt jedoch erst mit der Zustellung dieses Bescheides zu laufen.

Schlagworte

Ausscheidungsentscheidung; Widerrufsentscheidung; Abweisung; Zurückweisen; vergaberechtskonformes Ausscheiden wegen Nichtausfüllung einer echten Bieterlücke, mangelhafter Aufklärung und nicht nachvollziehbarer

Preisgestaltung; keine Antragslegitimation bzgl. Widerrufsentscheidung;

Zuletzt aktualisiert am

10.12.2012

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at