

TE Verg Bescheid 2012/6/21 VKS-5193/12

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 21.06.2012

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 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §124

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §126

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 § 3 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 3 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
1. BVergG 2006 § 124 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
-
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 DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergaben der Elektrobauarbeiten im Zuge des Bauvorhabens "Teilabbruch und Neubau des Geriatriezentrums Donaustadt", Ausschreibungsnummer 33200, durch die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE GP GZD-DMAA/V+P, Grinzinger Allee 18, 1190 Wien, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden: Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch DLA Piper Weiss-Tessbach Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergaben der Elektrobauarbeiten im Zuge des Bauvorhabens "Teilabbruch und Neubau des Geriatriezentrums Donaustadt", Ausschreibungsnummer 33200, durch die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, Thomas-Klestil-Platz 7/1, 1030 Wien, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE Gesetzgebungsperiode GZD-DMAA/V+P, Grinzinger Allee 18, 1190 Wien, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 27.4.2012 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
1. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 14.5.2012 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
1. 3.Ziffer 3
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 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 124, 125, 126, 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, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 124, 125, 126, 129, BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE GP GZD-DMAA/V+P (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt derzeit den Teilabbruch und den Neubau des Geriatriezentrums Donaustadt durch. Im Zuge dieses Projekts hat die Antragsgegnerin in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich, die damit in Verbindung stehenden Elektroarbeiten ausgeschrieben. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.1.2012, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt. Die Stadt Wien - Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch die vergebende Stelle ARGE Gesetzgebungsperiode GZD-DMAA/V+P (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt derzeit den Teilabbruch und den Neubau des Geriatriezentrums Donaustadt durch. Im Zuge dieses Projekts hat die Antragsgegnerin in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich, die damit in Verbindung stehenden Elektroarbeiten ausgeschrieben. Die Kundmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Das Ende der

Angebotsfrist war der 20.1.2012, 12.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend statt.

Insgesamt haben sich neun Unternehmer am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Deren Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem niedrigsten Preis und damit an erster Stelle liegend verlesen. Im Zuge der Angebotsprüfung fanden zwei Aufklärungsgespräche mit der Antragstellerin statt.

Mit Schreiben vom 27.4.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot "gemäß § 129 Abs. 2 BVergG" auszuschneiden, weil die von der Antragstellerin vorgelegten Kalkulationsblätter dem Angebot widersprechen würden. Mit Schreiben vom 27.4.2012, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot "gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG" auszuschneiden, weil die von der Antragstellerin vorgelegten Kalkulationsblätter dem Angebot widersprechen würden.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 7.5.2012 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, sie habe im Zuge der Aufklärung zu ihrem Angebot über Aufforderung der Antragsgegnerin auch die K 7 - Blätter vorgelegt. Dabei sei ihr aber insoweit ein Fehler unterlaufen, als ihr Kalkulant dem E-Mail vom 25.4.2012 eine Vorversion der K 7 - Blätter angehängt hatte, während die mit der Post versendeten, firmenmäßig gefertigten K 7 - Formblätter die richtigen gewesen wären. Die Antragstellerin habe unverzüglich bei Erkennen dieses Umstandes Kontakt mit der Antragsgegnerin aufgenommen und ihr mit Schreiben vom 3.5.2012 die richtigen K 7 - Formblätter nochmals "mit dem Ausdruck des Bedauerns, dass dem Kalkulanten bei seinem E-Mail ein Fehler passiert war und mit dem Ersuchen, die Ausscheidungsentscheidung zurückzunehmen", übersandt. Mit E-Mail vom 4.5.2012 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass es bei der Ausscheidungsentscheidung bleibe. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 7.5.2012 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, sie habe im Zuge der Aufklärung zu ihrem Angebot über Aufforderung der Antragsgegnerin auch die K 7 - Blätter vorgelegt. Dabei sei ihr aber insoweit ein Fehler unterlaufen, als ihr Kalkulant dem E-Mail vom 25.4.2012 eine Vorversion der K 7 - Blätter angehängt hatte, während die mit der Post versendeten, firmenmäßig gefertigten K 7 - Formblätter die richtigen gewesen wären. Die Antragstellerin habe unverzüglich bei Erkennen dieses Umstandes Kontakt mit der Antragsgegnerin aufgenommen und ihr mit Schreiben vom 3.5.2012 die richtigen K 7 - Formblätter nochmals "mit dem Ausdruck des Bedauerns, dass dem Kalkulanten bei seinem E-Mail ein Fehler passiert war und mit dem Ersuchen, die Ausscheidungsentscheidung zurückzunehmen", übersandt. Mit E-Mail vom 4.5.2012 habe die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass es bei der Ausscheidungsentscheidung bleibe.

Bei dem von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 handle es sich um eine "Kann-Bestimmung", von der der Auftraggeber nicht notwendigerweise Gebrauch machen müsste. Die Antragsgegnerin hätte im Hinblick auf die, ihr im Postwege übersandten K 7 - Blätter erkennen müssen, dass der Antragstellerin ein Fehler unterlaufen ist. Der Antragstellerin sei der ihr unterlaufene Irrtum erst durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 27.4.2012 bewusst geworden, worauf sie unverzüglich "von sich aus und unaufgefordert die Umstände aufgeklärt und firmenmäßig gefertigte und vor Ablauf der Aufklärungsfrist datierte K 7 - Formblätter vorgelegt" hätte. Es wäre der Antragsgegnerin möglich und zumutbar gewesen, von einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin abzusehen, zumal die Antragstellerin den ihr unterlaufenen Irrtum rechtzeitig aufgeklärt habe. Unter Verweis auf § 871 AGBG führt die Antragstellerin weiters aus, die Zurücknahme des Ausscheidens ihres Angebotes wäre "rechters", weil die Antragstellerin ihren Fehler bzw. Irrtum "wie bereits mehrfach erwähnt unverzüglich von sich aus und unaufgefordert aufgeklärt und zwar im konkreten Falle auch rechtzeitig, weil ja im offenen Verfahren zwischenzeitlich nichts passiert ist, das einen Schaden des Auftraggebers oder einen Nachteil anderer Bieter begründen könnte". Bei gesetzmäßiger Ermessensausübung wäre es angezeigt gewesen, "die Antragstellerin im Rennen zu lassen und vom Ausscheiden" abzusehen. Bei dem von der Antragsgegnerin angezogenen Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 handle es sich um eine "Kann-Bestimmung", von der der Auftraggeber nicht notwendigerweise Gebrauch machen müsste. Die Antragsgegnerin hätte im Hinblick auf die, ihr im Postwege übersandten K 7 - Blätter erkennen müssen, dass der Antragstellerin ein Fehler unterlaufen ist. Der

Antragstellerin sei der ihr unterlaufene Irrtum erst durch das Schreiben der Antragsgegnerin vom 27.4.2012 bewusst geworden, worauf sie unverzüglich "von sich aus und unaufgefordert die Umstände aufgeklärt und firmenmäßig gefertigte und vor Ablauf der Aufklärungsfrist datierte K 7 - Formblätter vorgelegt" hätte. Es wäre der Antragsgegnerin möglich und zumutbar gewesen, von einem Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin abzusehen, zumal die Antragstellerin den ihr unterlaufenen Irrtum rechtzeitig aufgeklärt habe. Unter Verweis auf Paragraph 871, ABGB führt die Antragstellerin weiters aus, die Zurücknahme des Ausscheidens ihres Angebotes wäre "rechters", weil die Antragstellerin ihren Fehler bzw. Irrtum "wie bereits mehrfach erwähnt unverzüglich von sich aus und unaufgefordert aufgeklärt und zwar im konkreten Falle auch rechtzeitig, weil ja im offenen Verfahren zwischenzeitig nichts passiert ist, das einen Schaden des Auftraggebers oder einen Nachteil anderer Bieter begründen könnte". Bei gesetzmäßiger Ermessensausübung wäre es angezeigt gewesen, "die Antragstellerin im Rennen zu lassen und vom Ausscheiden" abzusehen.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, weitere Berücksichtigung ihres Angebotes im Vergabeverfahren und vollständige Angebotsprüfung sowie letztlich in ihrem Recht auf eine Zuschlagserteilung verletzt. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und sei auch zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen in der Lage. Sollte die angefochtene Entscheidung jedoch nicht für nichtig erklärt werden, drohe ihr der Eintritt eines näher dargestellten und bezifferten Schadens durch den bisher getätigten Aufwand. Dazu käme noch der Verlust eines Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 14.5.2012 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 14.5.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, bei Prüfung des Angebotes der Antragstellerin hätten sich für sie Anhaltspunkte für das Vorliegen einer fehlenden Plausibilität der Angebotskalkulation sowie das Fehlen diverser Unterlagen ergeben. Es seien daher Nachforderungen an die Antragstellerin gegangen sowie ein Aufklärungsgespräch durchgeführt worden. Mit Schreiben vom 6.4.2012 sei die Antragstellerin darauf hingewiesen worden, dass Widersprüche zwischen ihrem Begleitschreiben und dem Angebot bestünden. Die Antragstellerin wurde um Aufklärung konkret angeführter Widersprüche ersucht. Dieses Schreiben habe die Antragstellerin am 13.4.2012 beantwortet und darin im Wesentlichen ausgeführt, dass ihrer Ansicht nach kein Widerspruch zwischen dem Begleitschreiben und dem Angebot vorliege. Schließlich sei die Antragstellerin abschließend mit Schreiben vom 20.4.2012 zur Übermittlung von Kalkulationsnachweisen für diverse Leistungspositionen aufgefordert worden. In diesem Schreiben sei die Antragstellerin ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass ein Unterlassen der Übermittlung der geforderten Unterlagen das Ausscheiden ihres Angebotes zur Folge haben würde. Als Frist für die Nachreichung sei der 25.4.2012, 12.00 Uhr gesetzt worden. Die Antragstellerin habe mit E-Mail vom 25.4.2012 die verlangten Kalkulationsnachweise in Form der Kalkulationsblätter K 7 zu den bezeichneten Positionsnummern übermittelt. Da die von der Antragstellerin vorgelegten Kalkulationsblätter mehrfach deren Angebot widersprochen hätten, sei die Antragsgegnerin gezwungen gewesen, wegen einer nicht bzw. nicht fristgemäß erfolgten Aufklärung, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Weiters führt die Antragsgegnerin aus, das Angebot der Antragstellerin hätte eine spekulative Preisgestaltung aufgewiesen, weil sie bei einzelnen Positionen Einzelpreise von je Euro 0,01 angegeben habe. Die Antragstellerin habe auch unzulässiger Weise Kosten- bzw. Aufwandsverschiebungen unter den Positionen vorgenommen. Bei diversen Positionen des Angebotes fänden sich zu den von der Antragstellerin vorgelegten K 7 - Blättern unterschiedliche Aufteilungen der Preisanteile "Lohn" und "Material". Es sei daher unklar und unplausibel, wie sich diese Positionspreise zusammensetzen würden. Die unterschiedlichen Verhältnisse zwischen diesen Positionsanteilen würden jedoch im Hinblick auf die Preisgleitungsformeln in den Ausschreibungsunterlagen Spekulationsmöglichkeiten eröffnen.

Diesem Vorbringen hat die Antragstellerin am 25.5.2012 entgegnet und ihren Standpunkt zum fakultativen Ausscheiden gemäß § 129 Abs. 2 BVergG 2006 im Sinne einer gesetzmäßigen Ermessensausübung ausgebaut. Zur Auspreisung einzelner Positionen mit Euro 0,01 führt die Antragstellerin aus, dies nicht aus Gründen der Preisspekulation vorgenommen zu haben, sondern einzig und allein um den formalen Kalkulationsvorschriften der Ausschreibung zu entsprechen, die ja bei diesen inhaltsleeren Positionen dennoch Bieterlücken vorsehen. Bei den hier fraglichen vier Positionen werde auf nicht existente Positionen verwiesen und damit keine Leistung beschrieben. Eine

unzulässige Vermischung von Positionen liege auch nicht vor, wenn auch die Bemerkung im Begleitschreiben vom 25.5.2012 entgegnet und ihren Standpunkt zum fakultativen Ausscheiden gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 im Sinne einer gesetzmäßigen Ermessensausübung ausgebaut. Zur Auspreisung einzelner Positionen mit Euro 0,01 führt die Antragstellerin aus, dies nicht aus Gründen der Preisspekulation vorgenommen zu haben, sondern einzig und allein um den formalen Kalkulationsvorschriften der Ausschreibung zu entsprechen, die ja bei diesen inhaltsleeren Positionen dennoch Bieterlücken vorsehen. Bei den hier fraglichen vier Positionen werde auf nicht existente Positionen verwiesen und damit keine Leistung beschrieben. Eine unzulässige Vermischung von Positionen liege auch nicht vor, wenn auch die Bemerkung im Begleitschreiben vom

19.1.2012, wonach "alle Positionen, welche mit Euro 0,01 ausgepreist wurden ... in

den Hauptpositionen enthalten" sind, suboptimal formuliert wurde. Eine verspätete Beantwortung der Aufklärungsaufforderung vom 20.4.2012 könne die Antragsgegnerin nur deshalb behaupten, weil die Antragstellerin "wenngleich rechtzeitig, aber die falschen Urkunden vorgelegt hat, woraus der Auftraggeber kein Ausscheiden nach § 129 Abs. 2 BVergG 2006 konstruieren könne. Die Aufklärungsaufforderung war entbehrlich und deren Beantwortung daher im Ergebnis auch, will man nicht willkürliches Nachfragen mit dem Freibrief belohnen, einen Bieter loszuwerden".den Hauptpositionen enthalten" sind, suboptimal formuliert wurde. Eine verspätete Beantwortung der Aufklärungsaufforderung vom 20.4.2012 könne die Antragsgegnerin nur deshalb behaupten, weil die Antragstellerin "wenngleich rechtzeitig, aber die falschen Urkunden vorgelegt hat, woraus der Auftraggeber kein Ausscheiden nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 konstruieren könne. Die Aufklärungsaufforderung war entbehrlich und deren Beantwortung daher im Ergebnis auch, will man nicht willkürliches Nachfragen mit dem Freibrief belohnen, einen Bieter loszuwerden".

Diese Stellungnahme hat die Antragsgegnerin am 19.6.2012 beantwortet und abermals darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin nicht rechtzeitig im Sinne der letzten Aufforderung die ihrer Kalkulation zugrunde gelegten "richtigen" K 7 - Blätter vorgelegt habe. Dass sie die "falschen" K 7 - Blätter übermittelt habe, hätte die Antragstellerin selbst zugestanden. Eine weitere Aufforderung zur Aufklärung durch die Antragsgegnerin sei unzulässig gewesen, zu den von der Antragstellerin behaupteten "inhaltsleeren Positionen" weist die Antragsgegnerin zunächst darauf hin, dass alle anderen acht Bieter im Vergabeverfahren die fraglichen Positionen korrekt und ausschreibungskonform ausgepreist hätten. Sofern das Leistungsverzeichnis tatsächlich unklar gewesen sein sollte, wäre es der Antragstellerin freigestanden, eine Bieteranfrage an die Antragsgegnerin zu richten, was jedoch nicht geschehen sei. Im Übrigen hätte die Antragstellerin mit Fertigung des Angebotes gemäß den Besonderen Angebotsbestimmungen "rechtsverbindlich und unwiderruflich" erklärt, dass "die gesamten Angebotsunterlagen auf (ihre) Vollständigkeit überprüft" und "die Texte und Angaben auf Unverständlichkeit und Mehrdeutigkeit geprüft" wurden. Die Antragsgegnerin begehrt daher weiterhin die Abweisung der gestellten Anträge.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der aufgrund des Parteienvorbringens als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Stellungnahme übermittelt wurden, sowie letztlich dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 21.6.2012, folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006) im Zuge ihres Vorhabens des Teilabbruches und Neubaus des Geriatriezentrums Donaustadt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich der damit in Verbindung stehenden Elektroarbeiten. Die Kundmachung dieses Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.1.2012, 12.00 Uhr. Insgesamt haben sich neun Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Deren Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen. Im Zuge der Angebotsprüfung haben sich für die vergebende Stelle beim Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf eine vermutete, fehlende Plausibilität der Angebotskalkulation, vor allem hinsichtlich der Preisangemessenheit einzelner Einheitspreise, Unklarheiten ergeben. Die Antragstellerin wurde daher zunächst mit Schreiben vom 30.1.2011 um die Übermittlung der Kalkulationsdatenblätter K 7 sowie diverser Datenblätter und Systembeschreibungen aufgefordert. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006) im Zuge ihres Vorhabens des Teilabbruches und Neubaus des Geriatriezentrums Donaustadt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich der damit in

Verbindung stehenden Elektroarbeiten. Die Kundmachung dieses Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.1.2012, 12.00 Uhr. Insgesamt haben sich neun Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch die Antragstellerin. Deren Angebot wurde im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen. Im Zuge der Angebotsprüfung haben sich für die vergebende Stelle beim Angebot der Antragstellerin im Hinblick auf eine vermutete, fehlende Plausibilität der Angebotskalkulation, vor allem hinsichtlich der Preisangemessenheit einzelner Einheitspreise, Unklarheiten ergeben. Die Antragstellerin wurde daher zunächst mit Schreiben vom 30.1.2011 um die Übermittlung der Kalkulationsdatenblätter K 7 sowie diverser Datenblätter und Systembeschreibungen aufgefordert.

Am 6.2.2012 hat ein Aufklärungsgespräch zwischen der vergebenden Stelle und Vertretern der Antragstellerin stattgefunden, das unter anderem die Preisangemessenheit diverser Einheitspreise in einzelnen Leistungspositionen zum Gegenstand hatte.

Schließlich hat mit Schreiben vom 6.4.2012 die Antragsgegnerin die Antragstellerin auf Widersprüche zwischen dem Begleitschreiben und dem Angebot hingewiesen. Der Antragstellerin wurden dabei folgende Vorhalte gemacht und sie um Aufklärung ersucht:

1. "1.Ziffer eins

Es besteht ein Widerspruch zwischen den Ausführungen in Ihrem Begleitschreiben

"Alle Positionen, welche mit EUR 0,01 ausgepreist wurden sind in den Hauptpositionen enthalten."

und

"Bei Position 280 102A und 280 IO2CZ (Wartung Gewährleistungszeitraum) sowie 2901 O2AZ und 29Q 1 Q2CZ (Wartung außerhalb Gewährleistungszeitraum) (...) Somit sind diese nicht ausgepreist."

einerseits und andererseits der Tatsache, dass diese Positionen im LV mit Einzelpreisen der Höhe EUR 0.01 bewertet sind.

Wir bitten zur Aufklärung des Widerspruches".

Dieses Schreiben hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 13.4.2012 beantwortet und im Wesentlichen ausgeführt, dass kein Widerspruch zwischen Begleitschreiben und Angebot vorliege. Unter anderem hat sie Folgendes angemerkt:

"In unserem Begleitschreiben wollten wir lediglich darlegen, dass diese nicht enthaltenen Positionen (055054A, 0550548 und 055055A) nicht ausgepreist wurden, da wir keinen Preis für nicht zu erbringende Leistungen veranschlagen. Der ausgepreiste Betrag von EUR 0,01 bezieht sich daher auch nicht auf diese nicht im LV enthaltenen Positionen. Die Grundpositionen Wartung ESA-LJSV (280102A, 280102CZ, 290102AZ und 290102CZ) wurde aber dennoch mit EUR 0,01 ausgepreist, um ein vollständig bepreistes Angebot abzugeben".

Schließlich wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 20.4.2012 zur Übermittlung von Kalkulationsnachweisen für diverse Leistungspositionen aufgefordert. Die wesentlichen Passagen dieses Aufklärungsversuchens lauten wie folgt:

1. a)Litera a

"Für jene Positionen, die in Ihrem Anbot nicht ausgepreist sind, sondern mit Verweisen auf andere Positionen gekennzeichnet sind, ist der Nachweis zu führen, dass die Leistungen in den entsprechenden Positionen auch tatsächlich kalkuliert wurden.

Für diese Positionen sind die Kalkulationsdatenblätter (K7-Blätter) einschließlich Aufgliederung in Einzelleistungen und Zuordnung von Leistungsgeräten zu den nachfolgenden Positionen zu übermitteln.

Hinweis:

In den Kalkulationsangaben sind alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten. Zusätzlich sind die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar aufzugliedern. Auch umgelegte Gemeinkostenanteile (Baustellengemeinkosten, Geschäftsgemeinkosten, sonstige Gemeinkosten und dergleichen) sind gesondert auszuweisen.

1. b)Litera b

Des Weiteren ist die Kalkulation für Positionen, die in ihrem Anbot mit auffallend niedrigen Einheitspreisen ausgepreist wurden, aufzuklären. Die entsprechenden Positionen sind ebenfalls in der Anlage dargestellt.

Es sind alle zur Aufklärung erforderlichen Kalkulationsdatenblätter (K7-Blätter) einschließlich Aufgliederung in Einzelleistungen und Zuordnung von Leistungsgeräten zu den nachfolgenden Positionen zu übermitteln.

Hinweis:

In den Kalkulationsangaben sind alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten. Zusätzlich sind die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar aufzugliedern. Auch umgelegte Gemeinkostenanteile (Baustellengemeinkosten, Geschäftsgemeinkosten, sonstige Gemeinkosten und dergleichen) sind gesondert auszuweisen.

Wir fordern Sie auf, sämtliche Nachweise umgehend, spätestens aber bis Mittwoch, den 25.4.2012- 12.00 Uhr an uns zu übermitteln. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass ein Unterlassen der Übermittlung der geforderten Unterlagen das Ausscheiden ihres Angebotes nach § 129 Abs 2 BVergG zur Folge hat".Wir fordern Sie auf, sämtliche Nachweise umgehend, spätestens aber bis Mittwoch, den 25.4.2012- 12.00 Uhr an uns zu übermitteln. Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass ein Unterlassen der Übermittlung der geforderten Unterlagen das Ausscheiden ihres Angebotes nach Paragraph 129, Absatz 2, BVergG zur Folge hat".

Die Positionen mit Aufklärungserfordernis sind in der nachstehenden Tabelle gelistet

Pos. Nr.

10 22A

Z 61 10AZiffer 61, 10A

Z 61 10CZiffer 61, 10C

Z 61 10FZiffer 61, 10F

Z 61 10GZiffer 61, 10G

Z 01 02A

Z 01 02C

Z 01 02A

Z 01 02C

Z

Diese letzte Aufforderung zur Aufklärung hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 25.4.2012 beantwortet. Diesem E-Mail waren zu den in der Tabelle angeführten Positionen die Kalkulationsnachweise in Form der K 7 - Blätter angeschlossen. Dabei handelt es sich (nach den Angaben der Antragstellerin) nicht um die richtigen K 7 - Formblätter, die der Kalkulation zu Grunde gelegt wurden, sondern um irrtümlich angehängte Vorversionen der K 7 - Blätter. Nicht festgestellt werden konnte, dass der Antragsgegnerin im Postwege das Schreiben vom 25.4.2012 mit den "richtigen K 7 - Formblättern" zugekommen ist. Der Antragstellerin ist es auch nicht gelungen, nachzuweisen, dass sie entsprechend ihrem Vorbringen im einleitenden Schriftsatz (Rz 4.4.) dieses Schreiben samt Formblättern tatsächlich an die Antragsgegnerin abgesendet hat.

Nach Erhalt des E-Mails vom 25.4.2012 samt den ihm angeschlossenen K 7 - Formblättern hat die Antragsgegnerin die gegenständliche Ausscheidungsentscheidung vom 27.4.2012 getroffen. In diesem, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangenem Schreiben stellt die Antragsgegnerin die Gründe für ihre Entscheidung ausführlich dar. Sie weist zunächst darauf hin, dass die von der Antragstellerin zu einzeln näher bezeichneten Positionen vorgelegten Kalkulationsblätter K 7, jeweils dem Angebot widersprechen. Das vorgelegte Kalkulationsblatt K 7 könne daher in der vorgelegten Form nicht Grundlage des vorgelegten Angebotes gewesen sein. Da die bezug habenden Positionen als Wartungspositionen über mehrere Jahre zu leisten wären und dafür veränderliche Preise zu vereinbaren sind, sei das Verhältnis der Preisanteile Lohn und Sonstiges zueinander für eine künftige Preisgestaltung wesentlich. Der Antragstellerin sei es nicht gelungen, innerhalb der ihr gestellten Frist eine nachvollziehbare Begründung für ihre Kalkulation zu geben, sodass das Angebot gemäß § 129 Abs. 2 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen ist. Nach Erhalt des E-Mails vom 25.4.2012 samt den ihm angeschlossenen K 7 - Formblättern hat die Antragsgegnerin die gegenständliche Ausscheidungsentscheidung vom 27.4.2012 getroffen. In diesem, der

Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugewandtem Schreiben stellt die Antragsgegnerin die Gründe für ihre Entscheidung ausführlich dar. Sie weist zunächst darauf hin, dass die von der Antragstellerin zu einzelnen näher bezeichneten Positionen vorgelegten Kalkulationsblätter K 7, jeweils dem Angebot widersprechen. Das vorgelegte Kalkulationsblatt K 7 könne daher in der vorgelegten Form nicht Grundlage des vorgelegten Angebotes gewesen sein. Da die bezughabenden Positionen als Wartungspositionen über mehrere Jahre zu leisten wären und dafür veränderliche Preise zu vereinbaren sind, sei das Verhältnis der Preisanteile Lohn und Sonstiges zueinander für eine künftige Preisgestaltung wesentlich. Der Antragstellerin sei es nicht gelungen, innerhalb der ihr gestellten Frist eine nachvollziehbare Begründung für ihre Kalkulation zu geben, sodass das Angebot gemäß Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen ist.

Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 27.4.2012 im Faxwege zugewandtem Schreiben ist, ist ihr am 7.5.2012 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangter Antrag auf Nichtigerklärung derselben rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin am 27.4.2012 im Faxwege zugewandtem Schreiben ist, ist ihr am 7.5.2012 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangter Antrag auf Nichtigerklärung derselben rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Nach Erhalt der Ausscheidungsentscheidung vom 27.4.2012 hat die Antragstellerin unverzüglich Kontakt mit der Antragsgegnerin aufgenommen und ihr mit Schreiben vom 3.5.2012 "die richtigen K 7 - Formblätter" übersandt und sie ersucht, ihre Ausscheidungsentscheidung im Hinblick auf den dem Kalkulanten unterlaufenen Fehler zurückzunehmen. Mit Schreiben vom 4.5.2012 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass die Ausscheidungsentscheidung nicht zurückgenommen werde.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der sorgfältig und übersichtlich geführten Vergabeakten sowie des Vorbringens der Parteien. Danach kann vor allem aufgrund des Vorbringens der Antragstellerin als unstrittig angesehen werden, dass ihrer Antwort vom 25.4.2012, auf das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin vom 20.4.2012, nicht jene K 7 - Formblätter angeschlossen waren, die ihrem Vorbringen nach der Kalkulation ihres Angebotes zugrunde liegen. Damit war aber als eindeutig nachvollziehbar festzustellen, dass die Antragstellerin bis zu dem ihr gesetzten Zeitpunkt 25.4.2012, 12.00 Uhr, richtige "K 7 - Blätter" nicht vorgelegt, sondern dies erst nach Erhalt der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung vom 27.4.2012 am 3.5.2012 mit einem Entschuldigungsschreiben getan hat. Die Antragstellerin hat dazu vorgebracht und ihr Anfechtungsbegehren im Wesentlichen darauf gestützt, dass sie gleichzeitig mit der Übersendung des E-Mails vom 25.4.2012, mit den irrtümlich angehängten Vorversionen der K 7 - Blätter, ihr Schreiben auch postalisch mit den "richtigen K - Blättern" an die Antragsgegnerin abgesandt hat. Freilich musste die Antragstellerin dazu angeben, dass sie über einen Nachweis über die Absendung dieses Schreibens samt K 7 - Blättern nicht verfüge. Sie hat dieses Vorbringen auch weiter nicht verfolgt, sodass irgendwelche Hinweise darauf, dass der Antragsgegnerin die "richtigen" K - Blätter rechtzeitig zugekommen sein müssten, nicht vorliegen. Soweit der Senat aus den Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin Feststellungen vorgenommen hat, vor allem, was die von der Antragsgegnerin aufgezeigten Widersprüchlichkeiten in einzelnen Positionen anlangt, werden diese als nachvollziehbar und zutreffend übernommen und seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Die Belegstellen wurden im Rahmen der Feststellungen jeweils zitiert.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Elektroarbeiten im Zuge des Teilabbruches und des Neubaus des Geriatriezentrums Donaustadt. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.1.2012, 12.00 Uhr. Insgesamt haben sich neun Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen wurde. Da eine Zuschlagserteilung bzw. ein Widerruf des Beschaffungsvorganges nicht erfolgt ist, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung der Elektroarbeiten im Zuge des Teilabbruches und des Neubaus des Geriatriezentrums Donaustadt. Die Kundmachung ist europaweit ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen. Das Ende der Angebotsfrist war der 20.1.2012, 12.00 Uhr. Insgesamt haben sich neun

Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter auch Antragstellerin, deren Angebot im Zuge der Angebotseröffnung als jenes mit dem niedrigsten Preis verlesen wurde. Da eine Zuschlagserteilung bzw. ein Widerruf des Beschaffungsvorganges nicht erfolgt ist, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des § 22 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der von ihr angefochtenen Entscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen grundsätzlich den Bestimmungen des Paragraph 22, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Die angefochtene Entscheidung vom 27.4.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr am 7.5.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Die angefochtene Entscheidung vom 27.4.2012 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen. Ihr am 7.5.2012 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist davon auszugehen, dass die Antragstellerin von der Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung mit Schreiben vom 20.4.2012 aufgefordert wurde Kalkulationsnachweise (K 7 - Blätter) zu genau bezeichneten Leistungspositionen vorzulegen. Dafür wurde ihr eine Frist bis 25.4.2012, 12.00 Uhr gesetzt. Dieses Aufklärungsersuchen hat die Antragstellerin mit E-Mail vom 25.4.2012 beantwortet und zu den näher bezeichneten Positionen im Leistungsverzeichnis Kalkulationsnachweise in Form der Kalkulationsblätter K 7 übermittelt. Wie die Antragstellerin selbst vorgebracht hat, waren diesem E-Mail nicht jene Kalkulationsformblätter angeschlossen, die sie zur Kalkulation ihres Angebotes verwendet haben will. Die "richtigen" Kalkulationsblätter sind der Antragsgegnerin erst nach der der Antragstellerin am 27.4.2012 zugekommenen Ausscheidungsentscheidung, nämlich am 3.5.2012, übermittelt worden.

In ihrer Ausscheidungsentscheidung hat sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 berufen. Danach hat ein Auftraggeber Angebote von Bietern auszuschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Die Antragsgegnerin hat im Aufklärungsersuchen vom 20.4.2012 ausdrücklich unter Hinweis auf diese Bestimmung die Antragstellerin zur Aufklärung aufgefordert. Wenn auch - worauf die Antragstellerin hinweist - es sich bei der Bestimmung des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 grundsätzlich um eine "Kann-Bestimmung" handelt, war die Antragsgegnerin verpflichtet, von diesem Ausscheidungsgrund Gebrauch zu machen, nachdem sie dessen Anwendung im Aufklärungsschreiben ausdrücklich angekündigt hat. Ein Nicht-Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin trotz nicht fristgemäßer Aufklärung würde einen Verstoß gegen die Grundprinzipien des Vergaberechts, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedeuten. Die Antragstellerin wäre gegenüber anderen Bietern, welche fristgerecht Aufklärung erstattet haben, bevorzugt worden. Selbst wenn, wofür sich im Verfahren keinerlei Hinweise ergeben

haben, der Antragsgegnerin entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin das Antwortschreiben vom 25.4.2012 samt den "richtigen" K 7 - Blättern im Postwege zugegangen wäre, wäre dieser Umstand nicht weiters zu berücksichtigen gewesen, weil jedenfalls auch in diesem Fall eine fristgerechte Aufklärung nicht vorliegen würde. In ihrer Ausscheidungsentscheidung hat sich die Antragsgegnerin auf die Bestimmung des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 berufen. Danach hat ein Auftraggeber Angebote von Bietern auszuschneiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Die Antragsgegnerin hat im Aufklärungsersuchen vom 20.4.2012 ausdrücklich unter Hinweis auf diese Bestimmung die Antragstellerin zur Aufklärung aufgefordert. Wenn auch - worauf die Antragstellerin hinweist - es sich bei der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 grundsätzlich um eine "Kann-Bestimmung" handelt, war die Antragsgegnerin verpflichtet, von diesem Ausscheidungsgrund Gebrauch zu machen, nachdem sie dessen Anwendung im Aufklärungsschreiben ausdrücklich angekündigt hat. Ein Nicht-Ausschneiden des Angebotes der Antragstellerin trotz nicht fristgemäßer Aufklärung würde einen Verstoß gegen die Grundprinzipien des Vergaberechts, insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes bedeuten. Die Antragstellerin wäre gegenüber anderen Bietern, welche fristgerecht Aufklärung erstattet haben, bevorzugt worden. Selbst wenn, wofür sich im Verfahren keinerlei Hinweise ergeben haben, der Antragsgegnerin entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin das Antwortschreiben vom 25.4.2012 samt den "richtigen" K 7 - Blättern im Postwege zugegangen wäre, wäre dieser Umstand nicht weiters zu berücksichtigen gewesen, weil jedenfalls auch in diesem Fall eine fristgerechte Aufklärung nicht vorliegen würde.

Zusammenfassend ergibt sich, dass die mit dem E-Mail vom 25.4.2012 vorgelegten K 7 - Blätter, die von der Antragstellerin selbst als die falschen bezeichnet wurden, nicht Grundlage der Kalkulation des vorgelegten Angebotes gewesen sein können. Dies hat die Antragsgegnerin zutreffend in ihrer Ausscheidungsentscheidung vom 27.4.2012 nachvollziehbar dargestellt. Dazu kommt, dass die Antragstellerin eine Reihe von Positionen des Leistungsverzeichnisses mit Euro 0,01 ausgepreist hat, womit sie zu erkennen gegeben hat, dass sie dem Auftraggeber die Kosten für zahlreiche, nach der Ausschreibung zu erbringende Leistungen nicht in Rechnung stellen wird. Dies bedeutet aber im Ergebnis, dass der Gesamtangebotspreis nicht nachvollziehbar erklärbar ist. Die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen führt dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschießbar ist. Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungen, dann darf der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), wenn er dies dennoch tut, legt er ein ausschreibungswidriges Angebot.

Es ist daher davon auszugehen, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, die von ihr verlangte Aufklärung fristgerecht und nachvollziehbar, trotz entsprechenden Hinweises auf eine mögliche Ausscheidung ihres Angebotes, zu geben. Damit liegt der von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung geltend gemachte Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 vor, weshalb der Antrag auf deren Nichtigklärung als unbegründet abzuweisen war. Es ist daher davon auszugehen, dass es der Antragstellerin nicht gelungen ist, die von ihr verlangte Aufklärung fristgerecht und nachvollziehbar, trotz entsprechenden Hinweises auf eine mögliche Ausscheidung ihres Angebotes, zu geben. Damit liegt der von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung geltend gemachte Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 vor, weshalb der Antrag auf deren Nichtigklärung als unbegründet abzuweisen war.

Im Hinblick auf den vorliegenden Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 erübrigt sich ein näheres Eingehen auf die sonst noch geltend gemachten Ausscheidungsgründe (vgl. VwGH v. 22.5.2012, Zl. 2008/04/0032). Im Hinblick auf den vorliegenden Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 erübrigt sich ein näheres Eingehen auf die sonst noch geltend gemachten Ausscheidungsgründe vergleiche VwGH v. 22.5.2012, Zl. 2008/04/0032).

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 14.5.2012 gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die einstweilige Verfügung vom 14.5.2012 gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über das Kostenersatzbegehren gründet sich auf

Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

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

Schlagworte

Ausscheidungsbedingungen; Abweisung; keine fristgerechte Aufklärung;

Zuletzt aktualisiert am

09.10.2012

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