

TE Verg Bescheid 2012/2/23 VKS-12725/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 23.02.2012

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 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §5

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §163

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §269 Abs1 und 3

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 § 5 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 § 163 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 169 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 269 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 269 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 269 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 Bietergemeinschaft ***, und ***, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung, betreffend die Vergabe der Rohbau- und Baumeisterarbeiten, in 1100 Wien, Bauabschnitt U 1/10 "Troststraße", Ausschreibungsnummer WLB6710-U1/10-11-1/11, durch die Wiener Linien GmbH & Co KG, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich, Rechtsanwalt-Partnerschaft in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin vom 25.11.2011 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.

1. 2.Ziffer 2

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, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 5, 12 Abs. 1 Z 3, 163, 164, 169, 269 Abs. 1 und 3 BVergG 2006. Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 24 Absatz eins, 25, Absatz eins, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 5, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 163, 164, 169, 269, Absatz eins und 3 BVergG 2006.

Begründung

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich der Rohbau- und Baumeisterarbeiten für den Bauabschnitt U1/10 "Troststraße". Dabei soll unterirdisch in geschlossener Bauweise eine Verlängerung des U1-Bahntunnels erfolgen. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Am Vergabeverfahren hat sich neben anderen Bietern auch die Antragstellerin durch rechtzeitige Legung eines Angebotes beteiligt. Die Angebotsfrist hat (nach Berichtigung) am 8.7.2011 geendet. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung hat die Antragstellerin das zweitbilligste Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 8.11.2011 hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, der nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Bieterin den Zuschlag erteilen zu wollen. Diese Zuschlagsentscheidung wurde von der Antragstellerin mit Nachprüfungsantrag vom 18.11.2011 rechtzeitig mit dem Begehren auf Nichtigklärung und Erlassung einer einstweiligen Verfügung angefochten. Dieses Nachprüfungsverfahren wurde zu VKS - 12048/11 protokolliert; es hat zwischenzeitig durch Rückziehung des Nachprüfungsantrages geendet.

Am 25.11.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, deren Angebot auszuscheiden. Als Gründe dafür hat sie angeführt, das Angebot der Antragstellerin würde den Ausschreibungsbedingungen widersprechen und eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen.

Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 5.12.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Ausscheidungsentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin hätte ihr Angebot bis zur Bekämpfung ihrer Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 nicht ausgeschieden, die von ihr behaupteten Ausscheidungsgründe würden auch jetzt nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot entsprechend den vorgegebenen Kalkulationsvorschriften mit angemessenen Preisen kalkuliert. Soweit die Antragstellerin geltend mache, es habe eine nachträgliche Angebotsprüfung stattgefunden, seien deren Ergebnisse der Antragstellerin niemals vorgehalten worden, das Vorgehen der Antragsgegnerin sei willkürlich erfolgt

und sachlich nicht gerechtfertigt. Dadurch, dass die Antragsgegnerin die Ausscheidungsentscheidung nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 getroffen habe, habe sie gegen § 269 Abs. 3 BVergG 2006 verstoßen. Im Übrigen enthalte die Ausscheidungsentscheidung nur eine unzureichende Bekanntgabe der Gründe. Soweit die Antragsgegnerin eine unzureichende Aufklärung hinsichtlich einzelner Positionen im Angebot geltend mache, läge diese nicht vor. Schließlich nimmt die Antragstellerin zu den einzelnen von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe Stellung. Aus diesen Gründen wäre die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären. Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 5.12.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigserklärung der Ausscheidungsentscheidung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Im Wesentlichen macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin hätte ihr Angebot bis zur Bekämpfung ihrer Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 nicht ausgeschieden, die von ihr behaupteten Ausscheidungsgründe würden auch jetzt nicht vorliegen. Die Antragstellerin habe ihr Angebot entsprechend den vorgegebenen Kalkulationsvorschriften mit angemessenen Preisen kalkuliert. Soweit die Antragstellerin geltend mache, es habe eine nachträgliche Angebotsprüfung stattgefunden, seien deren Ergebnisse der Antragstellerin niemals vorgehalten worden, das Vorgehen der Antragsgegnerin sei willkürlich erfolgt und sachlich nicht gerechtfertigt. Dadurch, dass die Antragsgegnerin die Ausscheidungsentscheidung nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 getroffen habe, habe sie gegen Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen. Im Übrigen enthalte die Ausscheidungsentscheidung nur eine unzureichende Bekanntgabe der Gründe. Soweit die Antragsgegnerin eine unzureichende Aufklärung hinsichtlich einzelner Positionen im Angebot geltend mache, läge diese nicht vor. Schließlich nimmt die Antragstellerin zu den einzelnen von der Antragsgegnerin in ihrer Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe Stellung. Aus diesen Gründen wäre die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären.

Durch die angefochtene Entscheidung fühlt sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebotes, Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten und Zuschlagserteilung, Durchführung eines fairen und transparenten Vergabeverfahrens nach den Grundsätzen der Gleichbehandlung, gesetzeskonforme Angebotsprüfung, insbesondere nach gleichen Maßstäben und Aufklärung unklarer Preise vor Abänderung der ursprünglichen Beurteilung ihres Angebotes, einschließlich einer nachvollziehbaren Bekanntgabe der Ausscheidungsgründe und Übermittlung einer vollständigen Niederschrift über die Prüfung ihres Angebotes mit aktuellem Stand, verletzt.

Sollte die angefochtene Entscheidung nicht für nichtig erklärt werden, drohe der Antragstellerin durch Verlust eines erheblichen Erfüllungsinteresses, Verlust der bisher aufgewendeten Kosten für die Angebotslegung sowie der Kosten der rechtsfreundlichen Beratung ein nicht unerheblicher Schaden zu entstehen, der im einleitenden Schriftsatz plausibel dargestellt wird. Schließlich drohe der Antragstellerin auch der Verlust einer für sie notwendigen Spezialreferenz.

Mit Schriftsatz vom 7.12.2011 ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Partei dem Verfahren beigetreten und hat unter Hinweis auf die von der Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 die Abweisung der gestellten Anträge begehrt.

In ihrer Stellungnahme vom 15.12.2011 hat die Antragsgegnerin gleichfalls die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und in der Sache ausgeführt, vergaberechtlich sei die Erlassung einer Ausscheidungsentscheidung nach einer vorangegangenen Zuschlagsentscheidung nicht unzulässig. Eine Ausscheidung eines Angebotes könne zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens bis zu dessen Beendigung erfolgen. Die Ausscheidungsgründe seien der Antragstellerin ausreichend bekannt gegeben und im Einzelnen erläutert worden. Das Angebot der Antragstellerin sei, wie eine nachträgliche Prüfung ergeben habe, auszuschneiden gewesen, weil diese unzulässige Kostenumlagerungen in zahlreichen Positionen vorgenommen und damit gegen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen verstoßen habe. So sei insbesondere der Ausbruch für Kalotte/Strosse und Sohle separat anzubieten gewesen. Tatsächlich habe die Antragstellerin die Lohnkosten für den Sohlvortrieb nur bei den Ausbruchpositionen für Kalotte und Strosse berücksichtigt und damit eine unzulässige Umlagerung von Kosten vorgenommen. Bei einzelnen, von der Antragsgegnerin näher ausgeführten Positionen habe die Antragstellerin eine schlüssige und plausible Erklärung für die von ihr vorgenommene Kalkulation nicht geben können. Zu mehreren einzeln angeführten Positionen habe die Antragstellerin im ersten Aufklärungsgespräch lediglich erklärt, dass diese Positionen "im vertraglich geforderten

Umfang" kalkuliert worden seien. Soweit die Antragstellerin einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot behauptete, der darin liegen soll, dass die mangelnde Plausibilität einzelner Positionen nur bei ihr beanstandet worden sei und nicht bei den Mitbewerbern, liege dieser Sachverhalt nicht vor.

Mit Schriftsatz vom 13.1.2012 hat die Teilnehmereberechtigte ihren Standpunkt näher ausgeführt und insbesondere darauf hingewiesen, dass nach den klaren Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen die Lohnkosten für den Sohlvortrieb nicht bei den Ausbruch-Positionen für Kalotte/Strosse zu berücksichtigen gewesen seien. Wenn daher die Antragstellerin dies dennoch getan habe, hätte sie gegen § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 verstoßen und einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis angeboten. Mit Schriftsatz vom 13.1.2012 hat die Teilnehmereberechtigte ihren Standpunkt näher ausgeführt und insbesondere darauf hingewiesen, dass nach den klaren Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen die Lohnkosten für den Sohlvortrieb nicht bei den Ausbruch-Positionen für Kalotte/Strosse zu berücksichtigen gewesen seien. Wenn daher die Antragstellerin dies dennoch getan habe, hätte sie gegen Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 verstoßen und einen nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis angeboten.

Eine weitere ergänzende Stellungnahme hat die Antragsgegnerin am 16.2.2012 abgegeben und insbesondere dargestellt, warum ihrer Ansicht nach die Antragstellerin eine Vielzahl von Positionen nicht nachvollziehbar kalkuliert habe, sondern dabei viel zu geringe Einheitspreise angeboten hätte. An vier beispielhaft angeführten Positionen stellt sodann die Antragsgegnerin dar, wieso die Preisgestaltung der Antragstellerin diesbezüglich unplausibel wäre.

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite samt Beilagen mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung vom 23.2.2012 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin nach §§ 165 Abs. 1 und 169 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Verlängerung der U-Bahnlinie U1. Dabei soll unterirdisch in geschlossener Bauweise der U-Bahntunnel verlängert werden. Die Kundmachung dieses Bauvorhabens ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Angebotsfrist hat am 8.7.2011 geendet, die Öffnung der Angebote fand anschließend statt. Neben anderen Bietern hat auch die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, das nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung als an zweiter Stelle liegend verlesen wurde. Unstrittig handelt es sich bei der Antragsgegnerin um ein öffentliches Unternehmen, das im Sektorenbereich tätig ist. Sie ist damit Sektorenauftraggeberin nach Paragraphen 165, Absatz eins und 169 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Zuge der Verlängerung der U-Bahnlinie U1. Dabei soll unterirdisch in geschlossener Bauweise der U-Bahntunnel verlängert werden. Die Kundmachung dieses Bauvorhabens ist ordnungsgemäß europaweit erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Angebotsfrist hat am 8.7.2011 geendet, die Öffnung der Angebote fand anschließend statt. Neben anderen Bietern hat auch die Antragstellerin ein Angebot abgegeben, das nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung als an zweiter Stelle liegend verlesen wurde.

Im Punkt A.10.5 "Preisermittlung" der unangefochten gebliebenen Angebotsbestimmungen Teil A sind Regelungen zur Preisangemessenheit, Offenlegung der Kalkulationsunterlagen, Berücksichtigung von Nachlässen sowie über Koppelungsangebote enthalten. Nach Punkt A.10.5.2 "hatten die Bieter ihre Angebote nach den Vorschriften der ÖNORM B 2021 zu erstellen", wonach

"Kosten- bzw. Aufwandsverschiebungen auf andere Positionen ... nicht zulässig"

sind.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin festgestellt, dass die Antragstellerin bei zahlreichen Positionen Kosten- und Aufwandsverschiebungen auf andere Positionen vorgenommen hat. So hat die Antragstellerin insbesondere im Leistungsverzeichnis bei jenen Positionen, die die Durchführung des Ausbruches für Kalotte/Strosse und Sohle betreffen, die Lohnkosten für den Sohlvortrieb bei den betreffenden Positionen nicht berücksichtigt, sondern vielmehr bei den Ausbruchpositionen für Kalotte und Strosse. Dabei ist sie davon ausgegangen, dass es keine Sohle ohne Kalotte und Strosse gibt.

Dazu hat die Antragsgegnerin Aufklärung von der Antragstellerin verlangt und mit ihr am 2.9.2011 ein in den Vergabeakten im Detail festgehaltenes Aufklärungsgespräch geführt.

Nach dem Leistungsverzeichnis war der Aufwand für den Ausbruch für Kalotte/Strosse und Sohle separat anzugeben. Die Positionen 503101ff des Leistungsverzeichnisses regeln die Preisgestaltung für den Ausbruch der Streckenröhre, Kalotte und Strosse. Den jeweiligen Positionen sind dabei verschiedene Vortriebsklassen (VKL) zugeordnet. Die Ermittlung der Vortriebsklasse hatte für Kalotte und Strosse gemeinsam zu erfolgen, "unabhängig davon, dass der Ausbruch der Kalotte und Strosse entsprechend dem Längsablauf in gesonderten Arbeitsabschnitten zu erfolgen hat. Der Kalotte wird die jeweils, die unterhalb des Kalottenquerschnitts liegende Strosse zugeordnet". Im Leistungsverzeichnis wurden zu diesen Positionen für die unterschiedlichen Vortriebsklassen für Kalotte/Strosse einerseits und Sohle andererseits jeweils die dazugehörigen Massen gemäß Planteil ermittelt. Im Planteil der Ausschreibung wurde beim Stützmittel- und Vortriebsschema zwar der Gesamtquerschnitt zur jeweiligen Vortriebsklasse dargestellt, jedoch mit extra ausgewiesenen Massen für Kalotte/Strosse einerseits und Sohle andererseits.

Die Positionen 503102ff betreffen den Ausbruch der Streckenröhre - Sohle. Dazu

ist festgelegt "dass zusätzlich zur Öffnungslänge und der Ausbauart ... die Sohle in

Erweiterung zur ÖNORM B 2203-1 nach den eingebauten Stützmitteln und der Anzahl der Teilfläche unterschieden" wird. In den Positionen 503102ff ist der Ausbruch der Streckenröhre Sohle und die Vortriebsklasse näher definiert. Die Positionen 503114 betreffen den Ausbruch des Restquerschnittes der Stationsröhre - Sohle. Die Positionen 503132ff betreffen gleichfalls den Ausbruch Querschlag - Sohle, wobei der Umfang der Stützmittel im Planteil der Ausschreibungsunterlagen angegeben ist. In der Position 503132E war auch der Ausbruch der Strosse beim Ausbruch des Querschlags anzugeben. Bei all diesen, die Sohle betreffenden Leistungsbeschreibungen handelt es sich entsprechend den jeweils angegebenen Vortriebsklassen um unterschiedliche Leistungsinhalte. Dies ergibt sich nicht nur aus den Positionstexten sondern auch aus dem Planteil, aus dem die unterschiedlichen Ausbruchsquerschnitte ersichtlich sind. Die Antragstellerin hat bei allen Sohlvortriebsklassen denselben Einheitspreis von Euro 25,47/m³ angeboten. Im Zuge des ersten Aufklärungsgesprächs vom 2.9.2011 hat die Antragstellerin dazu erklärt, dass die Lohnkosten bei den gegenständlichen Positionen ausschließlich für die Sohlräumung berücksichtigt wurden. "Die Lohnkosten für den Sohlvortrieb wurden bei den Ausbruchpositionen für Kalotte und Strosse berücksichtigt (in Anlehnung an die Bauzeitermittlung)".

Auch bei den Positionen 503112 und 503112A Ausbruch Ulmenstolle der Stationsröhre - Sohle bzw. Ausbruchstation Ulmenstollen - Sohle war eine getrennte Kalkulation von Kalotte/Strosse einerseits und Sohle andererseits mit unterschiedlichen Sohlvortriebsklassen gefordert. So zeigt die Gegenüberstellung der Leistungsbeschreibung bei diesen beiden Positionen, dass bei der Leistungsposition 503112A zusätzlich eine 5 cm starke Ortsbrustsicherung mit Spritzbeton zu kalkulieren war, hingegen bei der Leistungsposition 503114A nicht. Dennoch hat die Antragstellerin bei diesen beiden Positionen gleiche Werte eingesetzt.

In der Position 50.3811A Sondierbohrungen bis 3 lfm hatten die Bieter den Aufwand für die zusätzliche Erkundung (Pos. 5038) sowie für das Herstellen von Bodenerkundungsbohrungen (unabhängig von der Art der Herstellung, Ansatzpunkt und Richtung der Bohrung) vom Vortrieb aus (Pos. 503811) bis zu einer maximalen Bohrlänge von 3 lfm (Pos. 503811A) anzubieten. Die Antragstellerin hat die dafür anfallenden Lohnkosten beim Arbeitsprozess Vortrieb mitkalkuliert, da ihrer Ansicht nach keine zusätzlichen Lohnkosten durch Sondierbohrungen anfallen. Dazu hat sie der Antragsgegnerin im Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 erklärt, dass die Gerätekosten für die Sondierbohrung in der Position 011513A für den Vortrieb berücksichtigt wurden. "Der Preisanteil Lohn wurde bei den Vortriebskosten Kalotte + Strosse berücksichtigt".

Auch zur Position 510133 (Nachsetzen Ortsbrustanker) hat die Antragstellerin keine zusätzlichen Lohnkosten durch das Setzen derartiger Stützmaßnahmen im Leistungsverzeichnis eingesetzt. Über Vorhalt der Antragsgegnerin hat dazu die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 erklärt "der Preisanteil Lohn wurde bei den Vortriebspositionen Kalotte + Strosse berücksichtigt". Dazu enthalten die Ausschreibungsunterlagen im Leistungsverzeichnis Seite 201, LG 50 - Abbrucharbeiten (1) Leistungsumfang, folgende Festlegungen:

"Die Vergütung für den Vortrieb und die Sicherung erfolgt mit den Positionen unter LG 50 - Ausbruch und den Positionen der LG 51-Stützmaßnahmen. In Abänderung zur ÖNORM B 2061 wird die Umlage eines Lohnanteils von

Stützmitteln in den Ausbruch dann gestattet, wenn diese Umlage in den K 7 - Blättern gesondert ausgewiesen ist".

Unter Position 016215 "zusätzliche Gerätekosten DSV" hatte die Preisgestaltung für die Positionen dieser Unterleistungsgruppe wie folgt zu erfolgen:

"LT 1 zusätzliche Gerätekosten für DSV-Arbeiten.

Verrechnet wird:

In VE. der Preis einer VE errechnet sich durch Division der angebotenen Pauschale durch die Summe der prognostizierten Dauer der Bohr- und DSV-Arbeiten netto (ohne Stillliegezeiten) gemäß Vertrag,

der Abrechnung zugrunde gelegt wird der tatsächliche Umfang der Bohr- und DSV-Arbeiten auf Basis der vertraglichen Geschwindigkeiten, zuzüglich Stillliegezeiten DSV kurz und allfälliger Erschwerniszeiten und sonstiger Festzeiten gemäß Vertrag 1,00 PA".

Dazu hat die Antragstellerin die dafür vorgesehenen Kosten/Aufwendungen unter der Allgemeinen Position 01.6215 kalkuliert, soweit sie nicht bereits unter der Leistungsposition "DSV" kalkuliert wurden. Gerätekosten, die im Zuge der DSV-Methode eingesetzt werden sollen, hat die Antragsgegnerin bei der diesbezüglichen Leistungseinheit DSV kalkuliert. Die Antragstellerin hat diese Leistungen mit einem Einheitspreis von Euro 2,33 angeboten. Über Vorhalt der Antragsgegnerin hat sie im Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 dazu erklärt "dass das DSV-Gerät in der Leistungsposition kalkulatorisch berücksichtigt wurde und in ggst. Position nur der Werkstattcontainer berücksichtigt wurde".

Unter der Position 720302 war die Aufrechterhaltung der Entwässerungsarbeiten während des Vortriebes anzubieten. Nach der Leistungsbeschreibung war dabei zu kalkulieren die Aufrechterhaltung/der Betrieb der Entwässerungsarbeiten GBW von Vortriebsbeginn bis Vortriebsende, einschließlich etwaiger Anbindungen von Mehrschlägen für einen Zeitraum von ca. acht Monaten. Die Antragstellerin hat diese Position mit einer Pauschale von Euro 53,65/PA angeboten. Über Vorhalt hat die Antragstellerin dazu erklärt, dass die Entwässerungsarbeiten von ihr bereits mit den Positionen der LG 50 kalkuliert worden wären. Diese LG betrifft jedoch nur Erschwernisse während des Vortriebes aufgrund eines Wasserandranges, während die Position ULG 7203 die Wasserförderung aus dem Tunnel betrifft. Diese Leitungen sind während der mit rund 10 Monaten angenommenen Baudauer zu erbringen.

Bei der Kalkulation der Position 720302, die die Aufrechterhaltung der Entwässerungsarbeiten betrifft, hat die Antragstellerin einen Einheitspreis von Euro 53,65/PA kalkuliert. Über Vorhalt, dass dieser Einheitspreis sehr niedrig angesetzt sei, hat die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch ausgeführt, dass sie die diesbezüglich anfallenden Kosten in andere Positionen umgelagert habe. Dazu vertritt sie die Ansicht, dass die Wasserhaltung bereits bei den Ausbruchsarbeiten bis zu einer Grenzwassermenge von zwei Liter/Sekunde zu kalkulieren gewesen wäre. Tatsächlich waren in der ULG 7203 die Kosten der Wasserförderung GBW für die Aufrechterhaltung/Betrieb der Entwässerungsarbeiten von Vortriebsbeginn bis Vortriebsende zu kalkulieren. Der örtliche Anfall von Grundwässern war daher nicht im Bereich der Vortriebsarbeiten und der Ausbruchpositionen zu berücksichtigen, sondern in der Leistungsposition ULG 7203 für die gesamte bereits aufgefahrene Tunnelstrecke. Mit dem angegebenen Pauschalbetrag können die geforderten Leistungen über den Zeitraum von rund 10 Monaten nicht abgedeckt werden.

Zu den Positionen 01.1411C, 01.1511C, 01.1413B, 01.3122, 01.3815, 01.5222, 01.6215, 01.7023A, 01.7215A, 50.3211, 50.3811A hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin im Zuge der Angebotsprüfung vorgehalten, dass die dort kalkulierten Preise nicht nachvollziehbar wären. Dazu hat die Antragstellerin im Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 lediglich erklärt, dass die "Positionen im vertraglich geforderten Umfang" kalkuliert worden sind.

In den Vergabeakten finden sich im Zusammenhang mit der Prüfung der sonst für den Zuschlag in Betracht kommenden Angebote keinerlei Hinweise dafür, dass die Antragsgegnerin dabei gegen das Gleichbehandlungsgebot verstoßen hätte. Insbesondere das Angebot der Teilnahmberechtigten wurde im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung eingehend auf die Angemessenheit und Plausibilität der darin angeführten Preise geprüft.

Aus den sorgfältig geführten Vergabeakten ergibt sich, dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 mit jenen Punkten, die in der Ausscheidungsentscheidung vom 25.11.2011 als Ausscheidungsgründe angeführt sind, konfrontiert und diesbezüglich um Aufklärung ersucht hat. Das Aufklärungsgespräch hat am 2.9.2011 stattgefunden. Dabei wurden der Antragstellerin alle jene Positionen teilweise

als ausschreibungswidrig, teilweise als nicht plausibel vorgehalten, wie sie in der Ausscheidungsentscheidung enthalten sind. Die Stellungnahme der Antragstellerin zu diesen Vorhalten sind der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 zu entnehmen. Daraus ist insbesondere ersichtlich, dass bei zahlreichen Positionen der Antragstellerin eine unzulässige Umlagerung von Kosten vorgehalten worden ist und von ihr im Wesentlichen zugestanden wurde.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist eindeutig erwiesen, dass nach Ergehen der Zuschlagsentscheidung am 8.11.2011 eine weitere, nachträgliche Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nicht stattgefunden hat, sondern, nachdem die Antragstellerin am 18.11.2011 ihren Nichtigerklärungsantrag gestellt hat, eine juristische Prüfung der Vergabeakten stattgefunden hat, deren Ergebnis schließlich zur gegenständlichen Ausscheidungsentscheidung geführt hat. Die Ausscheidungsentscheidung vom 25.11.2011 enthält im Detail jene Positionen, die nach Ansicht der Antragsgegnerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, bzw. jene Positionen, in denen die Antragsgegnerin der Ansicht ist, dass der Antragstellerin eine nachvollziehbare Aufklärung im Zuge des Aufklärungsgesprächs nicht gelungen ist. Im Hinblick auf die Aufwandsverschiebungen hat die Antragsgegnerin ausdrücklich in der angefochtenen Entscheidung festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen widerspricht und darüber hinaus eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist. Damit habe die Antragstellerin Abschnitt A.10.5.2 der Ausschreibungsbedingungen widersprochen. Die Ausscheidungsentscheidung vom 25.11.2011 ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 5.12.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach § 25 WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich. Nach dem Inhalt der Vergabeakten ist eindeutig erwiesen, dass nach Ergehen der Zuschlagsentscheidung am 8.11.2011 eine weitere, nachträgliche Prüfung des Angebotes der Antragstellerin nicht stattgefunden hat, sondern, nachdem die Antragstellerin am 18.11.2011 ihren Nichtigerklärungsantrag gestellt hat, eine juristische Prüfung der Vergabeakten stattgefunden hat, deren Ergebnis schließlich zur gegenständlichen Ausscheidungsentscheidung geführt hat. Die Ausscheidungsentscheidung vom 25.11.2011 enthält im Detail jene Positionen, die nach Ansicht der Antragsgegnerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, bzw. jene Positionen, in denen die Antragsgegnerin der Ansicht ist, dass der Antragstellerin eine nachvollziehbare Aufklärung im Zuge des Aufklärungsgesprächs nicht gelungen ist. Im Hinblick auf die Aufwandsverschiebungen hat die Antragsgegnerin ausdrücklich in der angefochtenen Entscheidung festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin den Ausschreibungsbedingungen widerspricht und darüber hinaus eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist. Damit habe die Antragstellerin Abschnitt A.10.5.2 der Ausschreibungsbedingungen widersprochen. Die Ausscheidungsentscheidung vom 25.11.2011 ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 5.12.2011 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Verständigung der Antragsgegnerin nach Paragraph 25, WVRG 2007 ist ebenso nachgewiesen wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich.

Diese Feststellungen gründen sich vor allem auf den unbedenklichen Inhalt des sorgfältig geführten Vergabeaktes. Danach war zunächst - was im Grunde von der Antragstellerin gar nicht bestritten wurde - als erwiesen anzunehmen, dass diese in zahlreichen Positionen, insbesondere in den den Tunnelbau unmittelbar betreffenden Positionen, entgegen den Festlegungen in der Angebotsunterlage "Aufwandsverschiebungen" auf andere Positionen vorgenommen und den Kostenaufwand nicht bei jenen Leistungspositionen kalkuliert hat, wo er anzusetzen gewesen wäre. So steht eindeutig fest, dass die Antragstellerin Lohnkosten bei den Ausbruchpositionen Kalotte und Strosse kalkuliert hat, nicht aber bei der Ausbruchposition Sohle, wo sie Null eingesetzt hat. Damit hat sie gegen die Vorgaben der Ausschreibung verstoßen, wonach sowohl bei den Positionen Kalotte/Strosse als auch bei den Positionen Sohle der an Lohnkosten anfallende Betrag einzusetzen gewesen wäre. Gleiches gilt für die Positionen "Sondierbohrungen", wo ebenfalls die Lohnkomponente eigens auszuwerfen gewesen wäre, was jedoch nicht geschehen ist. Die Feststellungen, dass bei den näher bezeichneten Positionen die Preisgestaltung nicht plausibel erfolgt ist, konnte auf die in den Vergabeakten enthaltenen Rechenbeispiele gegründet werden. Dass etwa eine nicht plausible Preisgestaltung bei den Positionen Aufrechterhaltung - Entwässerungsarbeiten während Vortrieb vorliegt, weil mit den von der Antragstellerin dabei kalkulierten Positionspreisen nicht das Auslangen gefunden werden kann, konnte schon aufgrund der Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates als erwiesen angenommen werden. Dass

durch die Antragsgegnerin nach der Zuschlagsentscheidung und nach Anfechtung derselben durch die Antragstellerin eine "nachträgliche" Prüfung des Angebotes der Antragstellerin stattgefunden hätte, konnte den Vergabeakten nicht entnommen werden. Hingegen war als erwiesen anzunehmen, dass in diesem Stadium des Vergabeverfahrens eine (abermalige) juristische Beurteilung des Sachverhaltes vorgenommen wurde, deren Ergebnis zu der angefochtenen Ausscheidungsentscheidung geführt hat. Anhaltspunkte für die von der Antragstellerin behauptete Ungleichbehandlung bei Prüfung der Angebote konnten nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht festgestellt werden. Die Feststellung, dass der Antragstellerin die Ausscheidungsgründe vorgehalten wurden, gründen sich auf den Inhalt des Protokolls vom 2.9.2011.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 BVergG 2006, die eine Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber durchführt (§§ 163, 164, 169 BVergG 2006). Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um die Erbringung der Rohbau- und Baumeisterarbeiten, die unterirdisch in geschlossener Bauweise im Zuge der Verlängerung der U-Bahnlinie U1 erfolgen sollen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als das zweitbilligste verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 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, BVergG 2006, die eine Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber durchführt (Paragraphen 163, 164, 169, BVergG 2006). Bei den ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um die Erbringung der Rohbau- und Baumeisterarbeiten, die unterirdisch in geschlossener Bauweise im Zuge der Verlängerung der U-Bahnlinie U1 erfolgen sollen. Die Kundmachung des Vergabeverfahrens ist ordnungsgemäß erfolgt. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als das zweitbilligste verlesen. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausscheidungsentscheidung, wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin im Faxwege am 25.11.2011 zugegangen ist, ist der am 5.12.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. 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 beantragen, sofern ihm oder ihr durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Erlangung des Auftrages und die behaupteten Rechtswidrigkeiten der Ausscheidungsentscheidung, wie auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 rechtzeitig nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung 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 Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits anlässlich der Erlassung der beantragten

einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Da die Ausscheidungsentscheidung der Antragstellerin im Faxwege am 25.11.2011 zugegangen ist, ist der am 5.12.2011 eingelangte Nachprüfungsantrag rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Ausscheidungsentscheidung ist im Ergebnis jedoch nicht berechtigt.

Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die Antragsgegnerin habe mit ihrer Ausscheidungsentscheidung, da diese erst nach der gesondert angefochtenen Zuschlagsentscheidung ergangen ist, gegen § 269 Abs. 3 BVergG 2006 verstoßen. So habe eine Einsicht in die Vergabeakten ergeben, dass auf Grund der Ergebnisse der Angebotsprüfung das Angebot der Antragstellerin vor Zuschlagsentscheidung als ausschreibungskonform gewertet worden sei. Wenn nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 nunmehr eine Ausscheidungsentscheidung ergangen sei, müsse eine nachträgliche Angebotsprüfung stattgefunden haben, deren Ergebnisse der Antragstellerin bisher nicht vorgehalten worden sind. In der unterlassenen Aufforderung zur Aufklärung bzw. Rechtfertigung liege ein vergaberechtlicher Verstoß, der zur Nichtigkeit der Ausscheidungsentscheidung führen müsse. Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die Antragsgegnerin habe mit ihrer Ausscheidungsentscheidung, da diese erst nach der gesondert angefochtenen Zuschlagsentscheidung ergangen ist, gegen Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 verstoßen. So habe eine Einsicht in die Vergabeakten ergeben, dass auf Grund der Ergebnisse der Angebotsprüfung das Angebot der Antragstellerin vor Zuschlagsentscheidung als ausschreibungskonform gewertet worden sei. Wenn nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 nunmehr eine Ausscheidungsentscheidung ergangen sei, müsse eine nachträgliche Angebotsprüfung stattgefunden haben, deren Ergebnisse der Antragstellerin bisher nicht vorgehalten worden sind. In der unterlassenen Aufforderung zur Aufklärung bzw. Rechtfertigung liege ein vergaberechtlicher Verstoß, der zur Nichtigkeit der Ausscheidungsentscheidung führen müsse.

Es trifft zu, dass nach § 269 Abs. 3 BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Sektorenauftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden kann, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nun hat das Nachprüfungsverfahren zu diesem Thema ergeben, dass die Antragsgegnerin sowohl das Angebot der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragstellerin einer eingehenden, vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat, bevor sie die Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 versendet hat. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die Antragstellerin unter genauer Bezeichnung der aufklärungsbedürftigen Punkte um Aufklärung ersucht. Dazu hat auch ein ausführliches, in den Vergabeakten in unbedenklicher Form dokumentiertes Aufklärungsgespräch am 1.9.2011 stattgefunden. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin hat nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 eine weitere, inhaltliche Prüfung ihres Angebotes durch die Antragsgegnerin nicht mehr stattgefunden. Vielmehr hat eine juristische Beurteilung des Sachverhaltes nach Eingang des Antrages auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 bei der Antragsgegnerin stattgefunden, als deren Ergebnis die Antragsgegnerin zur Überzeugung gelangt ist, dass das Angebot der Antragstellerin aus mehreren Gründen (Verstoß gegen Kalkulationsvorschriften, unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, unzureichende Aufklärung) auszuschneiden gewesen wäre. Wenn auch der Zeitpunkt, zu dem die Ausscheidungsentscheidung getroffen wurde, ungewöhnlich erscheinen mag, so ist doch darauf zu verweisen, dass § 269 Abs. 1 BVergG 2006 keine Bestimmung enthält, zu welchem Zeitpunkt ein auszuschneidendes Angebot auszuschneiden bzw. ein Bieter von der Ausscheidung seines Angebotes zu verständigen ist. Ein Auftraggeber ist daher berechtigt, zu jedem Zeitpunkt des noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens Angebote auszuschneiden. Ein Ausscheiden eines Angebotes ist somit in jedem Verfahrensstadium bis zur Zuschlagserteilung möglich, insbesondere dann, wenn sich Anhaltspunkte für das Vorliegen von Ausscheidungsgründen im Zuge der Prüfung der Antragslegitimation eines nicht zum Zuge gekommenen Bieters nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ergeben. Da die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung auf Grundlage jenes Sachverhaltes getroffen hat, der bereits vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung gegeben war, war sie auch nicht verpflichtet, der Antragstellerin die von ihr herangezogenen Ausscheidungsgründe nochmals vorzuhalten. Die Antragsgegnerin war daher berechtigt, da das Vergabeverfahren noch nicht beendet ist, auch zu dem von ihr gewählten Zeitpunkt das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden (vgl. VwGH 21.12.2004, 2002/04/0177; Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1435). Es trifft zu, dass nach Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung der Sektorenauftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden kann, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt. Nun hat das Nachprüfungsverfahren zu diesem Thema

ergeben, dass die Antragsgegnerin sowohl das Angebot der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragstellerin einer eingehenden, vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat, bevor sie die Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 versendet hat. Im Zuge der Angebotsprüfung wurde die Antragstellerin unter genauer Bezeichnung der aufklärungsbedürftigen Punkte um Aufklärung ersucht. Dazu hat auch ein ausführliches, in den Vergabeakten in unbedenklicher Form dokumentiertes Aufklärungsgespräch am 1.9.2011 stattgefunden. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin hat nach der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 eine weitere, inhaltliche Prüfung ihres Angebotes durch die Antragsgegnerin nicht mehr stattgefunden. Vielmehr hat eine juristische Beurteilung des Sachverhaltes nach Eingang des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 8.11.2011 bei der Antragsgegnerin stattgefunden, als deren Ergebnis die Antragsgegnerin zur Überzeugung gelangt ist, dass das Angebot der Antragstellerin aus mehreren Gründen (Verstoß gegen Kalkulationsvorschriften, unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises, unzureichende Aufklärung) auszuschneiden gewesen wäre. Wenn auch der Zeitpunkt, zu dem die Ausscheidungsentscheidung getroffen wurde, ungewöhnlich erscheinen mag, so ist doch darauf zu verweisen, dass Paragraph 269, Absatz eins, BVergG 2006 keine Bestimmung enthält, zu welchem Zeitpunkt ein auszuschneidendes Angebot auszuschneiden bzw. ein Bieter von der Ausscheidung seines Angebotes zu verständigen ist. Ein Auftraggeber ist daher berechtigt, zu jedem Zeitpunkt des noch nicht abgeschlossenen Vergabeverfahrens Angebote auszuschneiden. Ein Ausscheiden eines Angebotes ist somit in jedem Verfahrensstadium bis zur Zuschlagserteilung möglich, insbesondere dann, wenn sich Anhaltspunkte für das Vorliegen von Ausscheidungsgründen im Zuge der Prüfung der Antragslegitimation eines nicht zum Zuge gekommenen Bieters nach Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ergeben. Da die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung auf Grundlage jenes Sachverhaltes getroffen hat, der bereits vor Ergehen der Zuschlagsentscheidung gegeben war, war sie auch nicht verpflichtet, der Antragstellerin die von ihr herangezogenen Ausscheidungsgründe nochmals vorzuhalten. Die Antragsgegnerin war daher berechtigt, da das Vergabeverfahren noch nicht beendet ist, auch zu dem von ihr gewählten Zeitpunkt das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden vergleiche VwGH 21.12.2004, 2002/04/0177; Heid/Preslmayer, Handbuch Vergaberecht³, Rz 1435).

Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin hält der angerufene Senat auch die von der Antragsgegnerin in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe für ausreichend konkretisiert und damit als im Einklang mit der Bestimmung des § 269 Abs. 4 BVergG 2006 stehend. Nicht zuletzt auf Grund des Inhaltes der Zuschlagsentscheidung war es der Antragstellerin möglich, ihren umfangreichen, detaillierten Nachprüfungsantrag zu stellen. Entgegen dem Standpunkt der Antragstellerin hält der angerufene Senat auch die von der Antragsgegnerin in der Ausscheidungsentscheidung angeführten Gründe für ausreichend konkretisiert und damit als im Einklang mit der Bestimmung des Paragraph 269, Absatz 4, BVergG 2006 stehend. Nicht zuletzt auf Grund des Inhaltes der Zuschlagsentscheidung war es der Antragstellerin möglich, ihren umfangreichen, detaillierten Nachprüfungsantrag zu stellen.

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der Antragstellerin im Wesentlichen mit der Begründung ausgeschieden, dieses widerspreche den Ausschreibungsbedingungen. Nach den Angebotsbestimmungen ist im Kapitel "Kalkulationsvorschriften", Punkt A.10.5.2 unter anderem festgelegt, dass "die gesamte Kalkulation ...gemäß ÖNORM B 2021 zu erfolgen (hat) und Kosten- bzw. Aufwandsverschiebungen auf andere Positionen...nicht zulässig" sind. Dazu hat die Antragstellerin zunächst geltend gemacht, dass entgegen dieser Bestimmung im Leistungsverzeichnis in den jeweiligen Vorbemerkungen zu den Leistungsgruppen davon abweichende Kalkulationsvorschriften enthalten wären, wie zum Beispiel im Leistungsverzeichnis Seite 23, LG01 Baustellengemeinkosten, wo festgelegt ist "unter allgemeinen Kosten sind die Baustellengemeinkosten sowie Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen und dergleichen zu verstehen, soweit sie nicht auf Leistungspositionen umgelegt sind". Als weiteres Beispiel führt die Antragstellerin an, im Leistungsverzeichnis Seite 170, LG50, Ausbrucharbeiten (1 Leistungsumfang): "Die Vergütung für den Vortrieb und die Sicherung erfolgt mit den Positionen unter LG50-Ausbruch und den Positionen der LG51- Stützmaßnahmen. In Abänderung zur ÖNORM B2061 wird die Umlage eines Lohnanteils von Stützmitteln in den Ausbruch dann gestattet, wenn diese Umlage in den K7-Blättern gesondert ausgewiesen ist." Daraus leitet die Antragstellerin ab, dass sie berechtigt gewesen sei, die Kosten- bzw. Aufwendungen in jenen Positionen zu kalkulieren in denen sie - laut Ausschreibung - tatsächlich anfallen. Bei den strittigen Leistungspositionen habe sie die mit dem Vortrieb verbundenen Lohnkosten - in Ermangelung gegenteiliger Vorgaben - unter den für den Vortrieb primären Ausbruchpositionen

"Kalotte + Strosse" kalkuliert und nicht in der Ausbruchposition "Sohle". Damit seien die Lohnkosten nicht verlagert worden, da bei der Errichtung "Sohle" keine zusätzlichen Lohnkosten beim Ausbruch anfallen, sei sie berechtigt gewesen dort in der Spalte Lohn 0 einzusetzen.

Dazu ist die Antragstellerin zunächst darauf zu verweisen, dass in den Angebotsbestimmungen Teil A.10.5 festgelegt ist:

"Die Preise müssen für die angebotenen Leistungen angemessen sein und alle für die einwandfreie, dem Stand der Technik entsprechende Leistungserbringung erforderlichen Teilkosten enthalten...".

"Die Positionspreise haben den Bestimmungen im Sinne des § 125 Abs. 4 BVergG2006 zu genügen und müssen mindestens folgende Komponenten enthalten:"Die Positionspreise haben den Bestimmungen im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, BVergG2006 zu genügen und müssen mindestens folgende Komponenten enthalten:

Materialkosten;

Gerätekosten - die Abschreibung darf in schriftlich begründeten Fällen entfallen, die Reparaturkosten müssen in angemessener Höhe enthalten sein. Eine Aufgliederung in AV- und Rep.-Entgelt letzteres getrennt nach Lohn- und sonstiges ist vorzunehmen;

Lohnkosten - die kalkulierten MLP (Mittellohnpreis) und die Kalkulationszuschläge müssen mit den zwingend abzugebenden K-Blättern belegt sein. Der Leistungsansatz muss in der betreffenden Position (Arbeitsstunden) belegt sein. Der Leistungsansatz in der betreffenden Position (Arbeitsstunden je anzubietender Einheit) wird anhand von gleichartigen Leistungen bzw. Erfahrungswerten überprüft;

sind K-Blätter nur teilweise oder nur widersprüchlich ausgefüllt oder fehlen sie überhaupt, so gehen die sich daraus ergebenden Unklarheiten zulasten des Auftragnehmers, dh der AG behält sich vor, nicht aufgegliederte oder nicht angeführte Werte in einer in ihm plausibel erscheinenden Form aufzuteilen oder zu ergänzen".

Aufgrund der Vorbemerkungen zur LG50 (Leistungsverzeichnis Seite 168) ergibt sich daraus, dass für diese Positionen eine begrenzte Umlage (Lohnanteil von Stützmittel in den Ausbruch, wenn in K7-Blättern ausgewiesen) zulässig ist. Die Umlage weiterer Lohnanteile wird dadurch jedoch nicht zulässig, sodass diesbezüglich dem Standpunkt der Antragstellerin nicht gefolgt werden kann. Im Übrigen ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass die Festlegungen zu dem von ihr als unsachlich bezeichneten Verbot von Aufwandsverschiebungen bzw. Kostenumlagerungen nicht angefochten worden sind und diesbezüglich die Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden sind. Wenn die Antragstellerin weiters argumentiert, dass keine Kosten- bzw. Aufwandsverschiebungen auf andere Positionen von ihr vorgenommen wurden, steht dies nicht nur im Widerspruch zu ihrem tatsächlichen Vorbringen, sondern auch zum Inhalt des von ihr abgegebenen Angebotes sowie zu den von ihr im Zuge des Aufklärungsgespräches abgegebenen Begründungen. Es ist technisch gesehen richtig, dass der Ausbruch von Kalotte + Strosse praktisch gleichzeitig mit dem Ausbruch Sohle erfolgt, sodass nach Ansicht der Antragstellerin Mengenverschiebungen zwischen Kalotte, Strosse und Sohle denkunmöglich wären. Dennoch handelt es sich um eine bestandfest gewordene Festlegung, wonach jeder Bieter auch beim Ausbruch "Sohle" den Lohnanteil auszuwerfen hatte. Diesbezüglich in eine Prüfung der Sachlichkeit dieser Festlegungen einzutreten, besteht kein Anlass, zumal es für jeden Bieter ein leichtes war, die gesamten Lohnkosten entsprechend der Flächen der Querschnittsanteile oder anderer zweckmäßiger Schlüsse aufzuteilen und anteilig, entsprechend den Festlegungen im Leistungsverzeichnis, den einzelnen Positionen zuzuordnen. Da die Antragstellerin, wie von ihr im Tatsächlichen zugestanden, Aufwandsverschiebungen bzw. Kostenumlagerungen bei den Vortriebspositionen vorgenommen hat und entgegen dem Text des Leistungsverzeichnisses beim Ausbruch Sohle den Lohnanteil bei den einzelnen Positionen nicht angegeben hat, hat sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot abgegeben. Obwohl ihr diese Mängel ihres Angebotes vorgehalten wurden und sie in dem Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 Gelegenheit hatte, ihre diesbezügliche Kalkulation zu erklären, hat sie im Gegenteil bestätigt, dass sie "die Lohnkosten für den Sohlevortrieb ...bei den Ausbruchpositionen für Kalotte + Strosse berücksichtigt" hat. Selbst wenn diese Umlagerungen von Lohnkosten keine wesentlichen Auswirkungen auf die Kalkulation des Gesamtpreises haben sollten - wie von der Antragstellerin vorgebracht - wäre für sie nichts gewonnen, da durch diese Art der Kalkulation eindeutig gegen die in der Ausschreibung vorgegebenen Kalkulationsbestimmungen verstoßen wurde. Bereits dieser Umstand reicht aus, den Ausscheidungsgrund des § 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006 zu rechtfertigen, ohne auf die sonst in der Ausscheidungsentscheidung genannten weiteren Gründe einzugehen. Aufgrund der Vorbemerkungen zur LG50

(Leistungsverzeichnis Seite 168) ergibt sich daraus, dass für diese Positionen eine begrenzte Umlage (Lohnanteil von Stützmittel in den Ausbruch, wenn in K7-Blättern ausgewiesen) zulässig ist. Die Umlage weiterer Lohnanteile wird dadurch jedoch nicht zulässig, sodass diesbezüglich dem Standpunkt der Antragstellerin nicht gefolgt werden kann. Im Übrigen ist die Antragstellerin darauf zu verweisen, dass die Festlegungen zu dem von ihr als unsachlich bezeichneten Verbot von Aufwandsverschiebungen bzw. Kostenumlagerungen nicht angefochten worden sind und diesbezüglich die Ausschreibungsunterlagen bestandfest geworden sind. Wenn die Antragstellerin weiters argumentiert, dass keine Kosten- bzw. Aufwandsverschiebungen auf andere Positionen von ihr vorgenommen wurden, steht dies nicht nur im Widerspruch zu ihrem tatsächlichen Vorbringen, sondern auch zum Inhalt des von ihr abgegebenen Angebotes sowie zu den von ihr im Zuge des Aufklärungsgesprächs abgegebenen Begründungen. Es ist technisch gesehen richtig, dass der Ausbruch von Kalotte + Strosse praktisch gleichzeitig mit dem Ausbruch Sohle erfolgt, sodass nach Ansicht der Antragstellerin Mengenverschiebungen zwischen Kalotte, Strosse und Sohle denkunmöglich wären. Dennoch handelt es sich um eine bestandfest gewordene Festlegung, wonach jeder Bieter auch beim Ausbruch "Sohle" den Lohnanteil auszuwerfen hatte. Diesbezüglich in eine Prüfung der Sachlichkeit dieser Festlegungen einzutreten, besteht kein Anlass, zumal es für jeden Bieter ein leichtes war, die gesamten Lohnkosten entsprechend der Flächen der Querschnittsanteile oder anderer zweckmäßiger Schlüsse aufzuteilen und anteilig, entsprechend den Festlegungen im Leistungsverzeichnis, den einzelnen Positionen zuzuordnen. Da die Antragstellerin, wie von ihr im Tatsächlichen zugestanden, Aufwandsverschiebungen bzw. Kostenumlagerungen bei den Vortriebspositionen vorgenommen hat und entgegen dem Text des Leistungsverzeichnisses beim Ausbruch Sohle den Lohnanteil bei den einzelnen Positionen nicht angegeben hat, hat sie ein den Ausschreibungsbestimmungen widersprechendes Angebot abgegeben. Obwohl ihr diese Mängel ihres Angebotes vorgehalten wurden und sie in dem Aufklärungsgespräch vom 2.9.2011 Gelegenheit hatte, ihre diesbezügliche Kalkulation zu erklären, hat sie im Gegenteil bestätigt, dass sie "die Lohnkosten für den Sohlvortrieb ...bei den Ausbruchpositionen für Kalotte + Strosse berücksichtigt" hat. Selbst wenn diese Umlagerungen von Lohnkosten keine wesentlichen Auswirkungen auf die Kalkulation des Gesamtpreises haben sollten - wie von der Antragstellerin vorgebracht - wäre für sie nichts gewonnen, da durch diese Art der Kalkulation eindeutig gegen die in der Ausschreibung vorgegebenen Kalkulationsbestimmungen verstoßen wurde. Bereits dieser Umstand reicht aus, den Ausscheidungsgrund des Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006 zu rechtfertigen, ohne auf die sonst in der Ausscheidungsentscheidung genannten weiteren Gründe einzugehen.

Die Antragstellerin hat die Lohnkosten beim Ausbruch Kalotte + Strosse unter Einbeziehung der Lohnkosten für die Sohle gesamthaft kalkuliert. Sie ist der Ansicht, dass zusätzliche Lohnkosten beim Ausbruch der Streckenröhre Sohle nicht anfallen, die nicht bereits durch die Leistungsposition Ausbruch Kalotte + Strosse abgegolten wären. Sie betont in ihrem einleitenden Schriftsatz, dennoch

"eine Kostenverlagerung bzw. Aufwandsverlagerung ... nicht vorgenommen" zu

haben, sondern die "direkt beim Ausbruch Kalotte + Strosse entstehenden Lohnkosten in dieser Position zur Gänze kalkuliert" zu haben. Es habe keine Pflicht bestanden, diese direkt beim Ausbruch Kalotte + Strosse entstehenden Lohnkosten auf die Sohle umzulegen.

Damit steht sie jedoch eindeutig im Widerspruch zu den Festlegungen in der Leistungsbeschreibung, aus der sich insbesondere ergibt, dass bei den entsprechenden Vortriebsklassen der Leistungsinhalt der Positionen unterschiedlich ist. Dies geht nicht nur aus den Positionstexten, sondern auch aus dem Planteil, aus dem die unterschiedlichen Ausbruchsschnitte ersichtlich sind, hervor. Aus dem Begriff "Ausbruch Sohle" ergibt sich eindeutig, dass nicht nur - wie von der Antragstellerin vorgebracht - die Sohlräumung, sondern auch der Ausbruch des gewachsenen Bodens vom Umfang erfasst ist. Die Antragstellerin wäre daher verpflichtet gewesen, sämtliche beim Ausbruch "Sohle" zu erbringenden Leistungen in diesen Positionen zu kalkulieren. Da sie dies nicht getan hat, liegt eine unzulässige und ausschreibungswidrige Kostenumlagerung vor.

Ähnlich argumentiert die Antragstellerin zur Kalkulation der Position 503811A (Sondierbohrungen). Laut Leistungsverzeichnis wird hier aber eine getrennte Verrechnung der Leistungen und daher eine getrennte Kalkulation verlangt. Da bei diesen Positionen je nach Mutterboden (Vortriebsklassen) der Leistungsanteil veränderlich ist, ist auch eine getrennte Kalkulation erforderlich. Da die Antragstellerin diesen Vorgaben nicht entsprochen hat, liegt ein Widerspruch zu den Ausschreibungsbedingungen vor.

Bei der Position 510133, Nachsetzen Ortsbrustanker, argumentiert die Antragstellerin damit, dass es sich dabei um

Stützmaßnahmen handelt, deren Umlage laut Vorbemerkung zu LG 50 zulässig wäre, zumal sie sie auch in K 7 - Blättern ausgewiesen habe. Hier ist der Antragstellerin beizupflichten, sodass - entgegen dem Standpunkt der Antragsgegnerin - in dieser Position eine Ausschreibungswidrigkeit nicht gefunden werden kann.

Bei der Position 01621 - zusätzliche Gerätekosten DSV, argumentiert die Antragstellerin, dass ihre Kalkulation den Vorgaben der ÖNORMB 2061 entspricht.

Dies trifft zwar grundsätzlich zu, Nebenleistungen sind jedoch nur solange einzukalkulieren, solange keine gesonderten Positionen vorgesehen sind. Gegenständlich sind gesonderte Positionen vorgesehen, weshalb es sich bei der von der Antragstellerin vorgenommenen Kalkulation um eine unzulässige Kostenumlage handelt. Der in den Feststellungen wiedergegebene Positionstext nimmt eindeutig Bezug auf den Leistungsfortschritt und damit auf die Leistungsposition der DSV-Arbeiten. Die Leistungen sind daher auch der entsprechenden Leistungsposition zuzuordnen, was sich auch aus den abgefragten Angaben zur Bauzeit (Angebotsunterlagen D, D-1, Tabelle E, Seite 19) ergibt. Auch die Abrechnungsvereinbarung zur Position 016215 "zusätzliche Gerätekosten DSV" nimmt eindeutig Bezug auf den tatsächlichen Umfang der DSV-Arbeiten. Es liegt auf der Hand, dass der von der Antragstellerin hier eingesetzte Einheitspreis von Euro 2,33 nicht angemessen und auch nicht in den von der Antragstellerin im Aufklärungsgespräch angegebenen Kosten für den Werkstattcontainer gedeckt sein kann. Auch in diesem Punkt liegt damit eine ausschreibungswidrige Umlagerung von Kosten einer Position in andere Positionen vor, die ebenfalls geeignet sind, einen Ausscheidungsgrund abzugeben.

Bei den Positionen 720302ff betreffend die Aufrechterhaltung der Entwässerungsarbeiten während des Tunnelvortriebs hat die Antragstellerin gleichfalls, entgegen den Festlegungen in der Ausschreibung, unzulässige Aufwandsverschiebungen vorgenommen und damit gegen die ÖNORM B2061 verstoßen. Diese Positionen beinhalten einen anderen Leistungsinhalt als die Erschwernisse bei Ausbruch von Kalotte/Strosse und Sohle. Unter diesen Positionen waren anzubieten die Kosten für die Aufrechterhaltung bzw. den Betrieb der Entwässerungsarbeiten von Vortriebsbeginn bis Vortriebsende. Die Leistungen waren für den gesamten bereits aufgefahrenen Tunnelbereich und nicht ausschließlich für den Bereich der Vortriebsarbeiten anzubieten. Da die Antragstellerin die dafür anfallenden Kosten für die Ableitung der gesamten, im hergestellten Tunnelbereich anfallenden Wassermenge unter der Position der Abbrucharbeiten kalkuliert hat, hat sie abermals gegen die Festlegungen im Leistungsverzeichnis verstoßen. Damit erweist sich der Standpunkt der Antragsgegnerin, die Antragstellerin hätte bei diesen Positionen einen nicht plausiblen Preis angeboten, nämlich Euro 53,65/PA für einen Zeitraum von ca. 10 Monaten, als zutreffend. Auch bei diesen Positionen wurden daher unzulässige Aufwandsverschiebungen innerhalb der Positionen vorgenommen und nicht plausibel zusammengesetzte Preise angeboten.

Wenn auch eine nicht plausible Kalkulation nur bei einzelnen Positionen gegeben ist, handelt es sich dabei doch, auch in Summe gesehen, um den Großteil der ausgeschriebenen Leistungen, eine nicht plausible Preisgestaltung wirkt sich damit erheblich auf den Gesamtpreis aus.

Soweit jedoch die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung auf § 269 Abs. 3 BVergG 2006 stützt, liegt dieser Tatbestand nicht vor. Die Antragstellerin hat stets Aufklärung gegeben, es ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich, welche Antworten die Antragsgegnerin als nicht nachvollziehbar erachtet. Das Fehlen von konkreten Antworten auf nicht konkrete Fragen reicht für ein Ausscheiden alleine nicht aus, umso weniger, als tatsächlich Aufklärungsgespräche geführt wurden. Bei diesen hätten weitere Erläuterungen durch konkretere Fragen eingefordert werden müssen, was jedoch nur teilweise erfolgt ist. Soweit jedoch die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung auf Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 stützt, liegt dieser Tatbestand nicht vor. Die Antragstellerin hat stets Aufklärung gegeben, es ist aus der Aktenlage nicht ersichtlich, welche Antworten die Antragsgegnerin als nicht nachvollziehbar erachtet. Das Fehlen von konkreten Antworten auf nicht konkrete Fragen reicht für ein Ausscheiden alleine nicht aus, umso weniger, als tatsächlich Aufklärungsgespräche geführt wurden. Bei diesen hätten weitere Erläuterungen durch konkretere Fragen eingefordert werden müssen, was jedoch nur teilweise erfolgt ist.

Der Vorwurf der Antragstellerin, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung verstoße gegen § 269 Abs. 3 BVergG 2006 ist nicht berechtigt. Wie bereits ausgeführt, kann der Antragsgegner solange eine Ausscheidungsentscheidung treffen, solange das Vergabeverfahren nicht beendet ist. Wenn auch in den Vergabeakten nicht erkennbar dokumentiert ist, was dazu geführt hat, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin, welches die Antragsgegnerin in dem der Zuschlagsentscheidung zu Grunde liegenden

Prüfbericht noch als ausschreibungskonform bezeichnet hat, nun als nicht ausschreibungskonform erachtet, erweist sich dies als irrelevant für den Ausgang des Verfahrens, weil jedenfalls erwiesen ist, dass eine weitere Prüfung des Angebotes der Antragstellerin (deren Ergebnis ihr vorgehalten hätte werden müssen) nicht stattgefunden hat. Für die gegenständliche Entscheidung ist es auch nicht relevant, ob die für die Zuschlagserteilung vorgesehene Bieterin geeignet ist oder nicht. Der Vorwurf der Antragstellerin, die Ausscheidungsentscheidung der Antragsgegnerin nach Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung verstoße gegen Paragraph 269, Absatz 3, BVergG 2006 ist nicht berechtigt. Wie bereits ausgeführt, kann der Antragsgegner solange eine Ausscheidungsentscheidung treffen, solange das Vergabeverfahren nicht beendet ist. Wenn auch in den Vergabeakten nicht erkennbar dokumentiert ist, was dazu geführt hat, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Antragstellerin, welches die Antragsgegnerin in dem der Zuschlagsentscheidung zu Grunde liegenden Prüfbericht noch als ausschreibungskonform bezeichnet hat, nun als nicht ausschreibungskonform erachtet, erweist sich dies als irrelevant für den Ausgang des Verfahrens, weil jedenfalls erwiesen ist, dass eine weitere Prüfung des Angebotes der Antragstellerin (deren Ergebnis ihr vorgehalten hätte werden müssen) nicht stattgefunden hat. Für die gegenständliche Entscheidung ist es auch nicht relevant, ob die für die Zuschlagserteilung vorgesehene Bieterin geeignet ist oder nicht.

Zusammenfassend hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass die Ausscheidungsentscheidung ausreichend und nachvollziehbar begründet ist. Die Antragsgegnerin hat die Ausscheidungsgründe grundsätzlich dargelegt und beispielweise einzelne Aussagen der Antragstellerin aus der Aufklärung zur Preisangemessenheit wiedergegeben und die Widersprüche zu den Ausschreibungsbedingungen aufgezeigt. Da die Antragsgegnerin nach der Zuschlagsentscheidung keine weitergehende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin vorgenommen hat, war sie auch nicht verpflichtet, ihr vor der Ausscheidungsentscheidung eine weitere Möglichkeit zur Aufklärung zu geben. Soweit die Antragstellerin vermeint, dass nach einer Zuschlagsentscheidung eine nachträglich geänderte Bewertung/Prüfung eines Angebotes unzulässig wäre, ist grundsätzlich darauf zu verweisen, dass Entscheidungen eines Auftraggebers, solange das Vergabeverfahren nicht beendet ist, grundsätzlich immer abänderbar sind (zB.: Zurücknahme von Zuschlagsentscheidungen etc.). Selbst eine neuerliche Prüfung von Angeboten bedarf nach Ansicht des Senates nicht zwingend einer sachlichen Rechtfertigung. Unterlässt jedoch der Auftraggeber einen Bieter zu einer erforderlich gewordenen Aufklärung aufzufordern, riskiert er damit die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Zwar ist das Vorbringen der Antragstellerin, dass offenkundige Verstöße bereits vor Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung zum Anlass des Ausscheidens von Angeboten genommen werden können und müssen, richtig, jedoch macht es eine spätere Ausscheidungsentscheidung nicht unzulässig. Eine neuerliche Zuschlagsentscheidung nach einem nachträglichen Ausscheiden eines Angebotes ist nur dann erforderlich, wenn diese Ausscheidungsentscheidung tatsächlich Einfluss auf die Zuschlagsentscheidung hat.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass sowohl der Tatbestand eines der Ausschreibung widersprechenden Angebotes (§ 269 Abs. 1 Z 5 BVergG 2006) als auch der Tatbestand der nicht plausibel nachvollziehbaren Preisgestaltung (§ 269 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006) vorliegt. Damit erweist sich die angefochtene Ausscheidungsentscheidung als durchaus im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehend, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass sowohl der Tatbestand eines der Ausschreibung widersprechenden Angebotes (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG 2006) als auch der Tatbestand der nicht plausibel nachvollziehbaren Preisgestaltung (Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006) vorliegt. Damit erweist sich die angefochtene Ausscheidungsentscheidung als durchaus im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen stehend, weshalb der Antrag auf deren Nichtigerklärung abzuweisen war.

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

Ausscheidungsentscheidung; Abweisung; ausschreibungswidriges Angebot; nicht plausible Preisgestaltung;
Ausscheidungsentscheidung in jedem Verfahrensstadium bis Zuschlagserteilung möglich;

Zuletzt aktualisiert am

10.04.2012

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