

TE Verg Bescheid 2011/7/26 VKS-5959/11

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 26.07.2011

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs1 und 2

WVRG 2007 §13

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs7 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z3

BVergG 2006 §123

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §129

BVergG 2006 §130 Abs1

1. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
-
1. BVergG 2006 § 123 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 123 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 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

1. BVergG 2006 § 130 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder, *** über den Antrag der *** GmbH, ***, vertreten durch ScherbaumSeebacher, Rechtsanwälte GmbH in Graz, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für "Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1-23, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AS-AMBR-2009-LTV" hinsichtlich der Lose KD11 GE 2 und 3 durch die Stadt Wien - Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1) Ziffer eins

Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin betreffend die Lose KD11 GE 2 und 3 je vom 20.5.2011 werden für nichtig erklärt.

1. 2) Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 1.6.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3) Ziffer 3

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 3.967,50 binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit.a sublit.aa, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 123, 125, 129, 130 Abs. 1 BVergG 2006
Rechtsgrundlagen: Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz eins und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 31, Absatz 7, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 4, 12 Absatz eins, Ziffer 3, 123, 125, 129, 130, Absatz eins, BVergG 2006

Begründung:

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten sowie von Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigertätigkeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im "Supplement" zum Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist insgesamt in 48 Lose (Gebietsteile) gegliedert. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war nach mehrfacher Verlängerung der 30.4.2010, 9 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend ab 10 Uhr statt.

Unter anderen hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot für fünf Lose gelegt, darunter die im Spruch genannten zwei Lose. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot hinsichtlich aller fünf Lose als an erster Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben jeweils vom 20.5.2011, der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 BVergG 2006 auszuschneiden. Weiters hat sie mit der gesondert ausgefertigten Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, zu beabsichtigen, den Zuschlag hinsichtlich der Lose KD11 GE 2 und 3 einer Arbeitsgemeinschaft, hinsichtlich der Lose KD11 GE 4-6 einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen. Mit Schreiben jeweils vom 20.5.2011, der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage im Faxwege zugekommen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt, dass sie beabsichtige, das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, BVergG 2006 auszuschneiden. Weiters hat sie mit der gesondert ausgefertigten Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, zu beabsichtigen, den Zuschlag hinsichtlich der Lose KD11 GE 2 und 3 einer Arbeitsgemeinschaft, hinsichtlich der Lose KD11 GE 4-6 einem anderen Unternehmen erteilen zu wollen.

Im Hinblick darauf, dass die Antragsgegnerin beabsichtigt, den Zuschlag für die fünf von der Antragstellerin angebotenen Lose an zwei andere Unternehmen erteilen zu wollen, war die Nachprüfungsbehörde genötigt, den Nachprüfungsantrag je nach Zuschlagsempfänger in zwei verschiedenen Verfahren zu behandeln. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft die Anfechtung der Ausscheidungs- bzw. Zuschlagsentscheidung bezüglich der Lose KD11 GE 2 und 3, das Nachprüfungsverfahren betreffend die Lose KD11 GE 4-6 wird getrennt zu VKS - 5962/11 geführt.

Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 30.5.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund würde nicht vorliegen, insbesondere liege eine nicht plausible spekulative Preisgestaltung nicht vor. Die Antragstellerin habe im Zuge der Angebotsprüfung alle von der Antragsgegnerin verlangten Aufklärungen gegeben. Dazu habe sie auch gutachterliche Stellungnahmen eines Sachverständigen zur Erklärung ihrer Kalkulationsansätze vorgelegt. Sie habe damit nachgewiesen, dass eine Unterdeckung in den in ihrem Angebot enthaltenen Preisen nicht gegeben sei. Die umfangreichen Aufklärungen seien von der Antragsgegnerin jedoch ignoriert worden, da sie offenbar "von Anfang an nicht gewillt gewesen sei, ein zwar äußerst kompetitives und extrem günstiges, aber immer noch kostendeckendes und sogar gewinnbringendes Angebot zu akzeptieren". Eine sachkundige Prüfung ihres Angebotes hätte ergeben müssen, dass "letztlich keine Unterdeckung in wesentlichen Positionen, und zwar weder in Lohn- noch in Materialansätzen" vorliege. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher nicht auszuschneiden gewesen und müsste nach dem einzigen Zuschlagskriterium, dem niedrigsten Preis, den Zuschlag erhalten. Gegen diese Entscheidungen richtet sich der am 30.5.2011 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, der von der Antragsgegnerin angezogene Ausscheidungsgrund würde nicht vorliegen, insbesondere liege eine nicht plausible spekulative Preisgestaltung nicht vor. Die Antragstellerin habe im Zuge der Angebotsprüfung alle von der Antragsgegnerin verlangten Aufklärungen gegeben. Dazu habe sie auch gutachterliche Stellungnahmen eines Sachverständigen zur Erklärung ihrer Kalkulationsansätze vorgelegt. Sie habe damit nachgewiesen, dass eine Unterdeckung in den in ihrem Angebot enthaltenen Preisen nicht gegeben sei. Die umfangreichen Aufklärungen seien von der Antragsgegnerin jedoch ignoriert worden, da sie offenbar "von Anfang an nicht gewillt gewesen sei, ein zwar äußerst kompetitives und extrem günstiges, aber immer noch kostendeckendes und sogar gewinnbringendes Angebot zu akzeptieren". Eine sachkundige Prüfung ihres Angebotes hätte ergeben müssen, dass "letztlich keine Unterdeckung in wesentlichen Positionen, und zwar weder in Lohn- noch in Materialansätzen" vorliege. Das Angebot der Antragstellerin wäre daher nicht auszuschneiden gewesen und müsste nach dem einzigen Zuschlagskriterium, dem niedrigsten Preis, den Zuschlag erhalten.

Durch die angefochtene Ausscheidungsentscheidung werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines dem Gesetz entsprechenden Vergabeverfahrens verletzt. Sollten die angefochtenen Entscheidungen nicht für nichtig

erklärt werden, drohe der Antragstellerin durch Gewinnentgang, den sie in ihrem einleitenden Schriftsatz näher beziffert, ein Schaden zu entstehen, zu dem noch die frustrierten Kosten der Angebotslegung sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung kämen. Schließlich drohe der Antragstellerin auch der Verlust eines Referenzprojektes.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 1.6.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses den Parteien zugewandten Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 8.7.2011 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen und die Abweisung der gestellten Anträge begehrt. Im einzelnen hat sie ausgeführt, dass bei Überprüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der Antragstellerin festgestellt werden musste, dass diese auf 21 von insgesamt 29 Obergruppen dieselben Abschläge von jeweils 62,50% sowohl auf den Preisanteil "Lohn" als auch auf den Preisanteil "Sonstiges" angeboten habe, obwohl es sich dabei um unterschiedliche Leistungen handle und daher lineare Nachlässe von vornherein nicht nachvollziehbar wären. Außerdem sei bei Überprüfung der K7- Kalkulation festgestellt worden, dass bei 29 als wesentlich gekennzeichneten Positionen die Zeitansätze deutlich von jenen der Basiskalkulation aber auch der Mitbewerber abweichen und diese um mehr als die Hälfte unterschreiten würden. Schließlich sei auch bei einigen Positionen eine deutliche Unterdeckung festgestellt worden. Es sei die Antragstellerin daher um Aufklärung ersucht worden. Zu diesem Aufklärungsersuchen habe die Antragstellerin unter anderem eine gutachterliche Stellungnahme des Univ. Prof. Dr. Ing. *** vom 10.9.2011 (richtig wohl 2010) vorgelegt, in dem die linearen Nachlässe jedoch nicht ausreichend erklärt werden konnten. Da bei der Kalkulation der Antragstellerin außerdem festgestellt werden musste, dass bei insgesamt 18 wesentlichen Positionen die kalkulierten Materialansätze nicht nur die Materialansätze der Musterkalkulation sondern auch die der Mitbewerber signifikant und zwar zum Teil mehr als die Hälfte, unterschreiten, wurde am 14.3.2011 von der Antragstellerin eine Erklärung zu den Materialansätzen verlangt. Dazu habe die Antragstellerin die Produktdatenblätter übermittelt, aus denen sich allerdings zum Teil doppelt so hohe Materialansätze als von der Antragstellerin kalkuliert, ergeben würden. In weiterer Folge habe die Antragsgegnerin eine Kalkulationssachverständigen beigezogen, dessen Überprüfung der von der Antragstellerin gegebenen Aufklärungen ergeben habe, dass diese weder kalkulatorisch nachvollziehbar noch belegt seien. Es sei daher die Antragstellerin mit Aufklärungsschreiben vom 6.4.2011 letztmalig und unter Hinweis auf die Ausscheidensfolgen um Aufklärung ersucht worden. Da die Aufwands- und Verbrauchswerte auch von der eingesetzten Produktionsmethode abhingen, sei die Antragstellerin aufgefordert worden, bekannt zu geben, welche erforderlichen Geräte kalkuliert worden sind und wo und in welcher Höhe diese in der Kostenberechnung enthalten wären. Für Bau- bzw. Vorhaltegeräte (z.B. Spritzgeräte) sei die Vorlage von K6-Blättern gefordert worden. Außerdem sei die Antragstellerin "darauf hingewiesen (worden), dass die bisherigen Aufklärungen zu den Zeit- und Materialansätzen unzureichend sind". Die Antragsstellerin sei daher aufgefordert worden für alle wesentlichen Positionen die Leistungsansätze für "Lohn" (Zeitansätze) und "Sonstiges" (Materialansätze) anhand der zum Einsatz kommenden Produktionsverfahren sowie der kalkulierten Mannschaftsstärke und der kalkulierten Tagesleistung zu erklären. Dazu habe die Antragstellerin wiederum eine gutachterliche Stellungnahme von Univ. Prof. Dr. Ing. *** vom 14.4.2011 und Datenblätter für "beispielhafte Applikationsgeräte" vorgelegt. Sämtliche Kalkulationsunterlagen inklusive der Aufforderungsschreiben samt den von der Antragstellerin vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen seien dem externen Kalkulationssachverständigen zur Prüfung und abschließenden Beurteilung übergeben worden. Dieser sei in seinem Gutachten vom 2.5.2011 zu dem eindeutigen Schluss gekommen, dass die Antragstellerin "und ihr Gutachter zwar weitschweifig zu den linearen Nachlässen Stellung nehmen, die sie jedoch nicht erklären und keinen Nachweis führen, wie *** zum Abschlag von 62,50% gelangt ist". Schließlich komme dieser externe Sachverständige zum Ergebnis, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Preise im Angebot nicht plausibel und nachvollziehbar erklärt worden sind und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis nicht gedeckt wären. Da sohin die von der Antragstellerin trotz mehrfacher Aufklärungsversuche geforderten Aufklärungen unzureichend bzw. gar nicht erteilt worden sind, auch die Preise nachweislich nicht plausibel zusammengesetzt wären, habe deren Angebot ausgeschlossen werden müssen.

Die Preisangemessenheit des Angebotes der Antragstellerin sei entsprechend den Bestimmungen des BVergG 2006 geprüft worden. Es müsse zurückgewiesen werden, dass die Antragsgegnerin "offenbar von Anfang an nicht gewillt gewesen wäre", auf das Angebot der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen. Selbstverständlich habe die Antragsgegnerin ein besonderes Interesse, dem billigsten Bieter zuzuschlagen "allerdings können wir im Sinne einer

Bietergleichbehandlung die Vorgaben des BVergG 2006 nicht negieren; ebenso wenig können und wollen wir sehenden Auges den Auftrag an einen Bieter vergeben, der womöglich den Auftrag aufgrund der zu niedrigen Preise wirtschaftlich nicht durchhält". In diesem Sinne habe die Antragsgegnerin eine vertiefte Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt, jedoch nur unvollständige Aufklärung seitens der Antragstellerin erhalten. Dabei seien auch die von der Antragstellerin vorgelegten Gutachten ebenso berücksichtigt worden wie die Gutachten des von der Antragsgegnerin beigezogenen Sachverständigen. Dabei habe sich für die Antragsgegnerin ergeben, dass die Richtigkeit des Gutachtens des Univ. Prof. Dr. Ing. ***, wie von dem von ihr beigezogenen Sachverständigen ausgeführt, in Frage stehe.

Mit Schriftsatz vom 8.6.2011 ist die für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft dem Verfahren als Partei beigetreten.

Mit Schriftsatz vom 27.6.2011 hat sich die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin geäußert und im Wesentlichen zur Ansicht des Gutachters der Antragsgegnerin, dass bereits 15-20% Preisunterschiede zwischen ersten und zweiten Bieter betriebswirtschaftlich kaum erklärbar wären, Stellung genommen und darauf hingewiesen, dass sie durch unzählige Referenzen nachgewiesen habe, als alteingesessener Betrieb von hoher wirtschaftlicher und technischer Leistungsfähigkeit in der Lage zu sein, Aufträge zu den angebotenen Preisen auf die gesamte Vertragsdauer verlässlich ausführen zu können.

Mit Schriftsatz vom 4.7.2011 hat die Antragstellerin weitere gutachterliche Stellungnahmen über die Aufwandswerte für die Beschichtung von Wand- und Deckenflächen mit Innendispersion bzw. REFA-Aufnahmen vorgelegt.

Am 22.7.2011 hat die Antragsgegnerin auf den Schriftsatz der Antragstellerin repliziert und ihrerseits das Gutachten des von ihr beigezogenen Sachverständigen verteidigt. Dazu hat sie vorgelegt eine ergänzende betriebswirtschaftliche Stellungnahme des von ihr beigezogenen Sachverständigen vom 14.7.2011.

Die Teilnahmerechtliche hat in ihrer Stellungnahme vom 22.7.2011 die Verpflichtung der Antragsgegnerin zur vertieften Angebotsprüfung unterstrichen und hingewiesen, dass ihrer Ansicht nach es Sache des Auftraggebers sei, "die Tauglichkeit der erteilten Auskünfte, die aufgetretene Unklarheit oder den aufgetretenen Mangel zu überprüfen und das Angebot abschließend hinsichtlich seiner Ausschreibungskonformität zu beurteilen".

Bei seiner Entscheidung ist der Senat vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien wie es eingangs des Bescheides wiedergegeben wurde, sowie vom unbedenklichen Inhalt des Vergabeaktes und der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 26.7.2011 ausgegangen.

Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden "Anstreicher-; Maler-; Bodenleger-; und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerleistungen" in den von ihr verwalteten Städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung jedoch auch Einzelabrufe bis zu einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von € 100.000 (ohne USt) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibung wurde mehrfach berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß kundgemacht. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit haben, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Die Bieter haben auch die Möglichkeit, für jedes Los auf der Ebene von Obergruppen sowie auf die einzelnen Lose Aufschläge oder Nachlässe zu den in der Ausschreibung aufgrund einer Basiskalkulation der Auftraggeberin vorgegebenen Bezugspreisen zu geben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis", wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war nach mehrfacher Verlängerung der 30.4.2010, 9 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend ab 10 Uhr statt. Bei der Antragstellerin handelt es sich um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (Paragraphen 4, Ziffer eins, 12, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden "Anstreicher-; Maler-; Bodenleger-; und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigerleistungen" in den von ihr verwalteten Städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener

Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung jedoch auch Einzelabrufe bis zu einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von € 100.000 (ohne USt) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibung wurde mehrfach berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß kundgemacht. Die Ausschreibungsunterlage ist in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit haben, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Die Bieter haben auch die Möglichkeit, für jedes Los auf der Ebene von Obergruppen sowie auf die einzelnen Lose Aufschläge oder Nachlässe zu den in der Ausschreibung aufgrund einer Basiskalkulation der Auftraggeberin vorgegebenen Bezugspreisen zu geben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis", wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war nach mehrfacher Verlängerung der 30.4.2010, 9 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend ab 10 Uhr statt.

Insgesamt haben sich 31 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die für fünf Lose im KD11 Angebote gelegt hat. Ihr Angebot wurde bei allen fünf Losen preislich erstgereiht. Die teilnahmeberechtigte Arbeitsgemeinschaft liegt mit ihrem Angebot bei diesen beiden Losen preislich an zweiter Stelle.

Im Zuge der Angebotsprüfung hat die Antragsgegnerin zunächst die Eignung der Antragstellerin geprüft und entsprechende Unterlagen zu den Referenzen nachgefordert. So dann ist die Antragsgegnerin in die Angebotsprüfung eingetreten und hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.2.2011 zunächst aufgefordert, die "linearen Nachlässe" von jeweils 62,50% auf den Preisanteil "Lohn" und auf den Preisanteil "Sonstiges" aufzuklären. Dieser Aufforderung hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 9.3.2011 entsprochen und dazu eine gutachterliche Stellungnahme des Univ. Prof. Dr. Ing. ***, ein Formblatt K7, sowie Referenznachweise vorgelegt. Im Gutachten Dr. *** wird zu den einzelnen im Schreiben vom 28.2.2010 angeführten Positionen Stellung genommen. Zusammenfassend kommt dieser Sachverständige zu folgendem Ergebnis:

"Fazit

Hinsichtlich fehlender Referenzen des Bieters *** GesmbH zum Gewerk "Bodenleger" im von Wiener Wohnen angegebenen Ausmaß von € 132.450,27 werden in gegenständlicher Stellungnahme zu wertende Referenzen in Höhe von € 381.047,10 netto nachgewiesen.

Hinsichtlich fehlender Referenzen zum Gewerk "Reinigung" im von Wiener Wohnen angegebenen Ausmaß von € 8.316,54 werden in gegenständlicher Stellungnahme zu wertende Referenzen in Höhe von € 29.941,30 netto nachgewiesen.

Die nachgefragten linearen Nachlässe auf Lohn und Sonstiges bei den diversen Obergruppen haben sich durch die kalkulatorischen Annahmen des Bieters *** Ges.m.b.H ergeben.

Die Zeitansätze bei den wesentlichen Positionen konnten plausibel erklärt werden und ergeben sich diese insbesondere aus den langjährigen, betriebsinternen Erfahrungen der *** Ges.m.b.H. Dabei kommt dem seit 10 Jahren bestehenden Kontrahentenvertrag mit dem AG Wiener Wohnen besondere Bedeutung zu.

Eine Unterdeckung bei den Regieposten der Obergruppen 58 und 98 auf Basis des gegebenen Nachlasses in Höhe von 23% liegt in Bezug auf die Deckung der direkten Kosten keinesfalls vor."

In der gutachterlichen Stellungnahme, die von der Antragstellerin vorgelegt wurde, hat die Antragstellerin zunächst die eigene Kalkulation dargestellt und sie so dann der Musterkalkulation gegenüber gestellt. Daraus ergeben sich Nachlässe in annähernd gleicher Höhe. Letztendlich hat sich die Antragstellerin dazu entschieden, innerhalb der jeweiligen OG gleiche Nachlässe für Lohn und Sonstiges anzubieten.

Im Aufklärungsersuchen vom 14.3.2011 findet sich kein direkter Hinweis darauf, dass für die Antragsgegnerin die Aufklärung zu den "linearen Nachlässen" unzureichend gewesen wäre und diesbezüglich ein weiterer Aufklärungsbedarf besteht. Schwerpunkt dieses Aufklärungsersuchens vom 14.3.2011 ist der Umstand, dass die Antragsgegnerin bei Prüfung der nachgereichten K7- Detailkalkulation festgestellt hat, dass bei einer Vielzahl von Positionen die kalkulierten Materialansätze nicht nur die Materialansätze der Musterkalkulation sondern auch die der

Mitbewerber um mehr als die Hälfte unterschreiten. Dazu werden 18, als wesentlich bezeichnete Positionen, im Detail angeführt. Die Antragstellerin wird bezüglich dieser Positionen ersucht, Produktdatenblätter der kalkulierten Materialien vorzulegen und nachzuweisen, dass die jeweils kalkulierten Materialansätze ausreichend sind.

Dieser Aufforderung ist die Antragstellerin mit Schreiben vom 17.3.2011 unter Anschluss der Produktdatenblätter und Erzeugerauskünfte rechtzeitig nachgekommen.

Am 6.4.2011 hat die Antragsgegnerin abermals ein Schreiben an die Antragstellerin mit dem Ersuchen um Aufklärung gerichtet, das folgenden Wortlaut hat:

"Rahmenvertrag für die Gewerke "Anstreicher", "Maler", "Bodenleger" und "Denkmal-, Fassaden und Gebäudereiniger" in städt. WHA der Bez. 1-23; Ausschreibungsnummer LV/WW DT/AS-AMBR-2009-LTV; Aufklärung zur Kalkulation

Sehr geehrte Damen und Herren!

Im oben genannten Vergabeverfahren haben sich nach Prüfung Ihres Angebots, der vorgelegten Kalkulationsunterlagen sowie der erteilten Aufklärungen folgende Unklarheiten ergeben:

1. 1)Ziffer eins

Unklar ist, welche Geräte kalkuliert wurden.

Sie werden deshalb aufgefordert, bekannt zu geben, welche erforderlichen Geräte kalkuliert wurden und wo und in welcher Höhe diese in der Kostenberechnung enthalten sind; im K3-Blatt unter Gesamtzuschlag in den Geschäftsgemeinkosten oder in den Leistungspositionen. Für Vorhaltegeräte sind die erforderlichen K6- Blätter vorzulegen.

1. 2)Ziffer 2

Sie wurden bereits aufgefordert, die auffällig niedrigen Leistungsansätze für "Lohn" (Zeitansätze) als auch für "Sonstiges" (Materialansätze) für alle wesentlichen Positionen aufzuklären. Die von Ihnen gegebene Aufklärung ist unzureichend bzw. wirft weitere Fragen und Unklarheiten auf. Es ist nicht nachvollziehbar erklärt, warum die Leistungsansätze der Vorgabekalkulation, zum Teil aber auch der Hersteller, vielfach um mehr als die Hälfte unterschritten werden.

Vor diesem Hintergrund werden Sie aufgefordert, für alle wesentlichen Positionen die Leistungsansätze sowohl beim Preisanteil "Lohn" (Zeitansätze) als auch beim Preisanteil "Sonstiges" (Materialansätze) anhand der zum Einsatz kommenden Produktionsverfahren sowie der kalkulierten Mannschaftsstärke und der kalkulierten Tagesleistung zu erklären. Bei Produktionsmethoden, für die Geräte erforderlich sind, sind die kalkulierten Leistungsgeräte und deren technische Kenndaten zu beschreiben sowie deren Auswirkung auf die Leistungsansätze für "Lohn" (Zeitansätze) und für "Sonstiges" (Materialansätze) darzustellen.

Die geforderten Aufklärungen bzw. Nachweise sind bis längstens Freitag, den 15.4.2011, 12 Uhr (einlangend), vorzulegen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine nicht fristgerechte bzw. nicht ordnungsgemäße oder unvollständige Aufklärung oder Klarstellung sowie Nachreichung von Unterlagen das Ausscheiden Ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren zur Folge hat (vgl § 129 Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 BVergG 2006). "Die geforderten Aufklärungen bzw. Nachweise sind bis längstens Freitag, den 15.4.2011, 12 Uhr (einlangend), vorzulegen. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine nicht fristgerechte bzw. nicht ordnungsgemäße oder unvollständige Aufklärung oder Klarstellung sowie Nachreichung von Unterlagen das Ausscheiden Ihres Angebots aus dem Vergabeverfahren zur Folge hat vergleiche Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3 und Absatz 2, BVergG 2006)."

Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin rechtzeitig am 14.5.2011 beantwortet und dazu eine gutachterliche Stellungnahme des Dr. *** vorgelegt. In dieser gutachterlichen Stellungnahme wird zusammenfassend auch zu den Aufklärungsversuchen vom 28.2.2011 sowie 14.3.2011 Stellung genommen.

Zu der von der Antragsgegnerin hinterfragten Höhe des Abschlages von 62,50% hat der von ihr beigezogene Sachverständige in seiner betriebswirtschaftlichen Stellungnahme vom 2.5.2011 (Seite 8 von 16) zunächst ausgeführt, "dass sich der Nachlass in Höhe von 62,50% aus der Kalkulation des Bieters *** ergeben hat". Dennoch ist er auf Seite 16 dieser Stellungnahme (Punkt 4.1.) zum Ergebnis gelangt, dass "nicht erklärt (wurde) und auch kein Nachweis geführt (wurde) wie der Bieter zum Abschlag von 62,50% gelangt ist". Trotz dieses Widerspruches hat die Antragsgegnerin bei ihren weiteren Aufklärungsersuchen diesbezüglich keine Nachweise oder Erklärungen verlangt. Zu der im Schreiben

vom 14.3.2011 verlangten Aufklärung zur Kalkulation der Materialansätze in einzelnen wesentlichen, näher bezeichneten Positionen, ist zunächst auf die Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen zu verweisen, wonach die Geltung der ÖNORM 2061 nicht vollständig vereinbart wurde. Die Festlegung lautet:

"Zur Überprüfung der Preisangemessenheit behält sich der Auftraggeber das Recht vor, in die Kalkulation des Bieters Einsicht zu nehmen bzw. Kalkulationsunterlagen, sofern deren Vorlage nicht bereits in der Ausschreibung bedungen war, nachzufordern. Die Bieter verpflichten sich mit der Abgabe des Angebotes einer derartigen Aufforderung umgehend nachzukommen. Dabei ist jedenfalls bei Vergabeverfahren über Bauleistungen die ÖNORM B2061 zu beachten. Die Kalkulationsunterlagen sind in Form der Kalkulationsformblätter gemäß ÖNORM B2061 vorzulegen."

Nach der in den Vergabeakten erliegenden Niederschrift über die Angebotsprüfung wurde bei sämtlichen im Verfahren verbliebenen Bietern die Kalkulationsunterlagen (K3-, K4- und K7-Blätter) vertieft geprüft. Die K3- und K4-Blätter weisen teilweise die üblichen Prüfvermerke auf. In den K7-Blättern sind offenbar "auffällige Ansätze" mit Leuchtschrift markiert. Zur vertieften Prüfung der K7-Detailkalkulation wurde in der Niederschrift über die Angebotsprüfung festgehalten: Excel-Liste mit Vorgabepreis; angebotener Preis; K7-Preis; K7 Preis ohne Zuschlag; Massen; (Gesamt) Preis; (Gesamt) Kosten (ohne Zuschlag). Jeweils aufgelistet sind auch die Preisaufgliederungen (Lohn/Sonstiges). Die K7-Blätter wurden mit den K3- und K4-Blättern verglichen. Durch Abzug des Gesamtzuschlages wurden die entstehenden Kosten abgebildet (letzte Spalte dieser Aufstellung); im Vergleich mit der vorletzten Spalte (Preis) zeigt sich, ob die Kosten gedeckt sind. Im Prüfordner, der das Angebot der Antragstellerin betrifft, findet sich ein Blatt mit vergleichbarem Text, auf dem noch ergänzt ist: "Hier zeigt sich, dass bei manchen Angeboten einzelne wesentliche Positionen in Obergruppen eine Preisunterdeckung aufweisen, jedoch die gesamte Obergruppe, bei der für den Bieter nur ein Auf- oder Abschlag auf Lohn/Sonstiges möglich war, insgesamt kostendeckend ist. Die Preisangemessenheit konnte daher bestätigt werden".

Der Inhalt der Vergabeakten erweckt den Eindruck, dass die Antragsgegnerin ursprünglich beabsichtigt haben könnte, es bei allen Bietern bei dieser Prüfung bewenden zu lassen (so beispielsweise auch bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, bei der sich ebenfalls einzelne Positionspreise als nicht kostendeckend erweisen).

Soweit erkennbar wurde von allen nicht (aufgrund etwa fehlender Eignung) ausgeschiedenen Bietern K-Blätter für die als wesentlich gekennzeichneten Positionen gefordert und je Bieter tatsächlich eine Excel-Tabelle erstellt. Dazu hat die Antragstellerin die gutachterliche Stellungnahme vom 10.3.2011 vorgelegt ("betriebswirtschaftlich und gutachterlich nachgewiesen, wie sich Zeitsätze erklären und das in Regiepositionen keine Unterdeckung vorliegt"). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat zu ihren konkret bezeichneten Positionen allgemein ausgeführt:

"Die Zeitansätze der ihnen vorgelegten K7-Kalkulation beruhen auf den, in unserem Betrieb seit Jahren durchgeführten Erhebungen, Nachkalkulationen und statistischen Auswertungen von Einzelleistungen die im Wohnhaus Sanierungsbereich erfasst wurden." Mit dieser Aufklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat sich die Antragsgegnerin offensichtlich zufrieden gezeigt, da dazu keine weiteren Aufklärungsersuchen in den Vergabeakten ersichtlich sind.

Hingegen hat die Antragsgegnerin die Antragstellerin mit Schreiben vom 14.3.2011 (siehe oben) auch um Aufklärung zu den Materialansätzen ersucht. Der Bedarf dafür hat sich bei der "Prüfung der nachgereichten K7-Detailkalkulation" gezeigt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde hinsichtlich der Materialansätze nicht um Aufklärung ersucht, obwohl von dieser Bieterin beim Preisanteil "Sonstiges" das Angebot von einem Abschlag von 88% bis zu einem Zuschlag von 110% reicht.

Die Antragstellerin hat die geforderten Produktdatenblätter übermittelt und die Ansätze zum Materialverbrauch mit langjähriger Erfahrung und der Nachkalkulation von Referenzobjekten erklärt. Mit Schreiben vom 6.4.2011 hat die Antragsgegnerin jedoch der Antragstellerin bekannt gegeben, dass sie die bisherige Aufklärung zu den Leistungsansätzen (Zeit- und Materialansätzen) als unzureichend erachtet und allgemein ersucht, diese Leistungsansätze "anhand der zum Einsatz kommenden Produktionsverfahren sowie der kalkulierten Mannschaftsstärke und der kalkulierten Tagesleistung zu erklären". Die präsumtive Zuschlagsempfängerin wurde nicht mehr um Aufklärung ersucht, in den Vergabeakten finden sich keinerlei Hinweise darauf, warum weitere Aufklärungsersuchen unterblieben sind bzw. aus welchen Gründen die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegebenen Aufklärungen als ausreichend erachtet wurden.

Die Antragstellerin hat zum Aufklärungsersuchen vom 6.4.2011 - wie bereits dargestellt - mit Schreiben vom 14.4.2011

eine ergänzte gutachterliche Stellungnahme vorgelegt, die sich in den Abschnitten 5 und 6 mit den neuen Aufklärungsersuchen der Auftraggeberin befasst und im Abschnitt 7 zum Ergebnis gelangt:

"Der Bieter *** Ges.m.b.H wurde hinsichtlich des Vergabeverfahrens der Stadt Wien - Wiener Wohnen für den ausgeschriebenen Rahmenvertrag für die Gewerke "Anstreicher, Maler Bodenleger, Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger" mittlerweile mehrfach aufgefordert, verschiedenste Aufklärungen zu seinem Angebot und den getroffenen Kalkulationsansätzen nachzureichen. Diesen Aufforderungen ist die *** Ges.m.b.H bisher ausnahmslos und termingerecht nachgekommen.

Ein Ausscheiden eines Angebotes ist nach den Vorgaben des VfGH nur dann möglich (VfGH 22.9.2003), wenn sich die Kalkulation des Angebotes als betriebswirtschaftlich nicht erklärbar ("nicht plausibel") erweist. In diesem Kontext ist aus sachverständiger Sicht und auf Basis der - diesbzgl. einzig relevanten - Bestimmungen des BVergG festzustellen, dass die *** Ges.m.b.H ihre getroffenen kalkulatorischen Einschätzungen baubetrieblich und betriebswirtschaftlich ausreichend, nachvollziehbar und plausibel erklärt hat.

Nachdem seit Angebotsabgabe mehrfache Aufklärungsansuchen seitens Wiener Wohnen gestellt wurden, in denen sich die Fragestellung bereits wiederholen und mittlerweile auch unzulässige Aufklärungen gefordert werden, darf sachverständig dazu angemerkt werden, dass der Bogen im Zuge der vertieften Angebotsprüfung nicht unnötig überspannt werden darf."

In der Folge hat die Antragsgegnerin ihren Entscheidungen offenbar die betriebswirtschaftliche Stellungnahme *** und Partner (Ing. ***) zugrunde gelegt. In dieser betriebswirtschaftlichen Stellungnahme wird auf Seite 16, erster Absatz etwa ausgeführt, dass anhand der K7-Blätter erkennbar ist, dass die Antragstellerin Leistungslohn und Material nicht niedriger als in der vom Sachverständigen erstellten Vorgabekalkulation ermittelt hat. "Dies ist insbesondere auch durch die in den K3-Blättern dargestellten Mittellohnpreise und den in den K4-Blättern dargestellten Materialpreisen ersichtlich." Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass weitere Aufklärungsersuchen zum Angebot der Antragstellerin nicht erfolgt sind. Dass die Antragsgegnerin bei ihrer Ausscheidungsentscheidung offenbar von der betriebswirtschaftlichen Stellungnahme zur Aufklärung der Kalkulation ausgegangen ist, ergibt sich aus der Niederschrift über das Ergebnis der Angebotsprüfung.

Die daraufhin am 20.5.2011 ergangene Ausscheidungsentscheidung hat folgenden Wortlaut:

"Rahmenvertrag für die Gewerke "Anstreicher", "Maler", "Bodenleger" und "Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger" in städt. WHA der Bez. 1-23; Ausschreibungsnummer LV/WW DT/AS-AMBR-2009-LTV; Verständigung vom Ausscheiden des Angebotes § 129 Abs. 3 des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006"Rahmenvertrag für die Gewerke "Anstreicher", "Maler", "Bodenleger" und "Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger" in städt. WHA der Bez. 1-23; Ausschreibungsnummer LV/WW DT/AS-AMBR-2009-LTV; Verständigung vom Ausscheiden des Angebotes Paragraph 129, Absatz 3, des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem Vergabeverfahren vom 30.4.2011, 9 Uhr (Ablauf der Angebotsfrist), betreffend einen Rahmenvertrag für die Gewerke "Anstreicher", "Maler", "Bodenleger" und "Denkmal-, Fassaden und Gebäudereiniger" in städt. WHA der Bez. 1-23 (Ausschreibungsnummer LV/WW DT/AS-AMBR-2009-LTV), teilt Ihnen die Stadt Wien - Wiener Wohnen, Direktion Technik, als vergebende Stelle hiermit wie folgt mit:

Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung war Ihr Angebot vom 27.4.2010 aufgrund des Ergebnisses der Angebotsprüfung gemäß BVergG 2006 § 129 (1) Z 3 und (2) auszuschneiden. Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung war Ihr Angebot vom 27.4.2010 aufgrund des Ergebnisses der Angebotsprüfung gemäß BVergG 2006 Paragraph 129, (1) Ziffer 3 und (2) auszuschneiden.

Der Grund:

Sie wurden mehrfach - und zwar insb. mit Schreiben vom 28.2.2011, vom 14.3.2011 und vom 6.4.2011 - aufgefordert, Ihre Kalkulation offen zu legen und zu erklären. Sie wurden insb. mit Schreiben vom 28.2.2011 aufgefordert, sowohl die linearen Abschläge auf die Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" aber auch die auffallend und unerklärlich niedrigen Zeitansätze bei 29 wesentlichen Positionen sowie die gravierende Unterdeckung bei drei Regie-Positionen aufzuklären. Sie wurden außerdem mit Schreiben vom 14.3.2011 aufgefordert, für 18 wesentliche Positionen die auffallend und unerklärlich niedrigen Materialansätze aufzuklären und durch Vorlage der Produktblätter der kalkulierten Materialien

nachzuweisen. Sie wurden schließlich mit Schreiben vom 6.4.2011 darauf hingewiesen, dass trotz der erteilten Aufklärungen weiterhin Unklarheiten bestehen. Sie wurden deshalb sowohl zu den kalkulierten Geräten als auch zu den kalkulierten Zeit- und Materialansätzen sowie den zum Einsatz kommenden Produktionsmethoden, Leistungsgeräten und Mannschaftsstärken um Aufklärung ersucht.

Wie eine Prüfung Ihrer Aufklärungen durch einen externen Kalkulationssachverständigen ergeben hat, sind die gegebenen Aufklärungen - und das trotz mehrmaliger Aufforderung - unzureichend und nicht nachvollziehbar. Sie werden auch nicht im von Ihnen vorgelegten Gutachten der *** erklärt. Die in den K7-Blättern kalkulierten Leistungs- und Verbrauchswerte bei den ausdrücklich als wesentlich Positionen gekennzeichneten Positionen sind zum Großteil weder angemessen noch wurden sie plausibel dargestellt. Es wird nicht erklärt und auch kein Nachweis geführt, wie Sie zu einem linearen Abschlag von 62,50% kommen. Die kalkulierten Materialansätze weichen signifikant von den in den vorgelegten Produktblättern des Materialherstellers ab und konnten nicht nachvollziehbar erklärt werden. Trotz mehrmaliger Nachfrage werden die von den Produktblättern abweichenden Materialansätze lediglich mit langjährigen betriebsinternen Erfahrungswerten erklärt, ohne jedoch einen geeigneten Nachweis dafür vorzulegen. Bei näherer Prüfung erweisen sich die Verbrauchswerte auch als unrealistisch. Der im Rahmen der Angebotsprüfung beigezogene externe Kalkulationssachverständige kommt in seinem Gutachten vom 2.5.2011 schließlich zu folgendem Ergebnis: "Aus betriebswirtschaftlicher Sicht sind die Preise der Angebote nicht plausibel und nachvollziehbar erklärt worden und sind die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis nicht gedeckt."

Damit steht fest, dass Sie trotz mehrmaliger Aufforderung und Hinweis auf die Ausscheidensfolgen nur unvollständig aufgeklärt haben. Diese unvollständige Aufklärung hat aus Gründen der Bietergleichbehandlung das Ausscheiden Ihres Angebotes gemäß § BVergG 2006 § 129 (2) zur Folge. Außerdem steht aufgrund des Gutachtens des beigezogenen externen Kalkulationssachverständigen fest, dass eine im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung festgestellte mangelnde Preisangemessenheit und nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt. Dies hat zur Folge, dass Ihr Angebot zwingend gemäß BVergG 2006 § 129 Damit steht fest, dass Sie trotz mehrmaliger Aufforderung und Hinweis auf die Ausscheidensfolgen nur unvollständig aufgeklärt haben. Diese unvollständige Aufklärung hat aus Gründen der Bietergleichbehandlung das Ausscheiden Ihres Angebotes gemäß Paragraph BVergG 2006 Paragraph 129, (2) zur Folge. Außerdem steht aufgrund des Gutachtens des beigezogenen externen Kalkulationssachverständigen fest, dass eine im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung festgestellte mangelnde Preisangemessenheit und nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt. Dies hat zur Folge, dass Ihr Angebot zwingend gemäß BVergG 2006 Paragraph 129

(1) Z 3 auszuscheiden ist.(1) Ziffer 3, auszuscheiden ist.

Wir bedauern, Ihnen keine bessere Nachricht geben zu können, danken für Ihre Angebotslegung und hoffen, dass Sie sich auch bei künftigen Ausschreibungen der Stadt Wien - Wiener Wohnen beteiligen werden."

Die Antragstellerin war in den letzten elf Jahren laufend für die Antragsgegnerin tätig. Allein in den letzten sechs Jahren hat die Antragstellerin für die Antragsgegnerin 3.393 Aufträge ausgeführt, wobei die Leistungserbringung in den gegenständlichen Losen erfolgte. Es hat sich dabei "um genau solche Aufträge gehandelt, wie sie gegenständlich ausgeschrieben sind". Die Antragstellerin hat in diesen letzten zehn Jahren in Simmering in jenen Losen, die von ihrem gegenständlichen Angebot erfasst sind, gearbeitet. In diesen zehn Jahren hat es seitens der Antragsgegnerin keinerlei Beanstandungen gegeben, der Betrieb der Antragstellerin liegt direkt in Simmering (Protokoll Seite 3). Die Antragstellerin hat ihr Angebot auch aufgrund ihrer Erfahrungen mit der Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen in den gegenständlichen Losen kalkuliert.

Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten je vom 20.5.2011 sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser beiden Entscheidungen ist am 30.5.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Die Ausscheidungsentscheidung und die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten je vom 20.5.2011 sind der Antragstellerin jeweils am gleichen Tage zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung dieser beiden Entscheidungen ist am 30.5.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt der Vergabeakten. Danach ist der Ablauf des

Angebotsprüfungsverfahrens ausreichend und nachvollziehbar dokumentiert. Vor allem anhand des Inhaltes der Vergabeakten war auch eindeutig feststellbar, dass die Antragsgegnerin bei Prüfung der Angebote der Antragstellerin und der Teilnahmeberechtigten nicht mit den gleichen Anforderungen vorgegangen ist. So ist schwer nachvollziehbar, wieso die Erklärung zu den Materialansätzen bei der Antragstellerin zu einem weiteren Aufklärungsersuchen und Prüfverfahren geführt hat, nicht hingegen bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, obwohl beide Erklärungen inhaltlich praktisch gleich gewesen sind ("aufgrund unserer langjährigen Erfahrung..."). Auch fällt auf, dass die Antragsgegnerin die präsumtive Zuschlagsempfängerin hinsichtlich der Materialansätze nicht um Aufklärung ersucht hat, obwohl von dieser Bieterin beim Preisanteil "Sonstiges" das Angebot von einem Abschlag von 88% bis zu einem Zuschlag von 110% reicht, während die von der Antragstellerin vorgenommenen Abschläge zu weiteren Prüfungen geführt haben. Aus den Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass die Antragsgegnerin nach dem zweiten Aufklärungsersuchen offenbar zum Ergebnis gelangt ist, dass die Preisangemessenheit aufgrund der vorgenommenen Überprüfungen bestätigt werden kann. Wie von der Antragsgegnerin im Zuge der mündlichen Verhandlung zugestanden, ist es zu dem (dritten) Aufklärungsersuchen vom 6.4.2011 erst gekommen, nachdem der von ihr beigezogene externe Kalkulationsfachmann tätig geworden ist ("wir haben ihn gefragt, ob aufgrund dieser Aufklärungen die Kalkulation hinreichend aufgeklärt ist oder nicht"; Protokoll Seite 4). Dass die Antragstellerin in den letzten Jahren die ausgeschriebenen Leistungen im Bezirk Simmering in zahlreichen Fällen (3.393 Aufträge) erbracht hat und dass es in diesem Zeitraum keinerlei Beanstandungen seitens der Antragsgegnerin gegeben hat, gründet sich auf die Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, denen seitens der Antragsgegnerin nicht widersprochen wurde. Soweit Teile des Schriftverkehrs zwischen den Parteien wortwörtlich in die Feststellung übernommen wurden, gründen sie sich auf die bezogenen Fundstellen in den Vergabeakten.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich umstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von "Anstreicher-, Maler-, und Bodenlegerarbeiten und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigertätigkeiten" in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. 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 umstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von "Anstreicher-, Maler-, und Bodenlegerarbeiten und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigertätigkeiten" in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. 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 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. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungs- wie auch der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 den Bestimmungen des § 23 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. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungs- wie auch der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen 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 den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft die Vergabe der Lose KD11 GE 2 und 3. Die Antragstellerin hat sich am Vergabeverfahren beteiligt und bezüglich dieser Lose rechtzeitig Angebote gelegt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung liegt sie mit diesen beiden Losen mit ihren Angeboten preislich an erster Stelle.

Sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung je vom 20.5.2011 sind der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen.

Ihr am 30.5.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag, indem zulässigerweise beide Entscheidungen angefochten werden (§ 20 Abs. 2 WVRG 2007), ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007. Ihr am 30.5.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag, indem zulässigerweise beide Entscheidungen angefochten werden (Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007), ist daher rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung und in weiterer Folge der Zuschlagsentscheidung erweist sich im Ergebnis als berechtigt.

Nach § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtssprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde (vgl. EuGH 18.10.2010, Rs C-19/00; VKS Wien 15.2.2011, VKS - 14399/10 u.a.). Der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei Prüfungen der Frage besondere Bedeutung zu, ob die Bieter bei Bewertung ihrer Angebote gleichbehandelt wurden oder nicht. Nach Paragraph 19, Absatz eins, BVergG 2006 sind Aufträge oder Leistungen nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes, entsprechend den Grundsätzen eines freien und lauten Wettbewerbs unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtssprechung des EuGH sowie der innerstaatlichen Nachprüfungsbehörden setzt der Gleichbehandlungsgrundsatz eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Transparenz voraus, da ansonsten von der Nachprüfungsbehörde nicht geprüft werden könnte, ob er eingehalten wurde vergleiche EuGH 18.10.2010, Rs C-19/00; VKS Wien 15.2.2011, VKS - 14399/10 u.a.). Der Transparenz im Vergabeverfahren kommt insbesondere bei Prüfungen der Frage besondere Bedeutung zu, ob die Bieter bei Bewertung ihrer Angebote gleichbehandelt wurden oder nicht.

Es trifft zu, dass die Antragstellerin mit Schreiben vom 28.2.2011 aufgefordert wurde, die "linearen Nachlässe" beim Preisanteil Lohn und Sonstiges bei den angeführten Obergruppen aufzuklären. Die Antragstellerin hat dazu eine gutachterliche Stellungnahme vorgelegt, in der ihre Vorgangsweise bei der Kalkulation dargestellt wird. Die Antragstellerin hat auch begründet, weshalb sie innerhalb der jeweiligen Obergruppe gleiche Nachlässe für Lohn und Sonstiges angeboten hat. Mit dieser Erklärung hat sich die Antragsgegnerin zunächst offenbar zufrieden gezeigt, zumal in den beiden nachfolgenden Aufklärungsersuchen vom 14.3.2011 und vom 6.4.2011 sich keinerlei Hinweise darauf finden, dass die Aufklärung zu den linearen Nachlässen unzureichend gewesen wäre und ein weiterer Aufklärungsbedarf bestünde. Wenn daher die Antragstellerin davon ausgegangen ist, dass weitere Nachforderungen zu den im Schreiben der Antragsgegnerin vom 28.2.2011 aufgeworfenen Fragen nicht mehr gegeben sind, deckt sich dies durchaus mit der Aktenlage sowie mit dem Ergebnis der zunächst von einem Prüfer der Antragsgegnerin vorgenommenen Beurteilung der Angebote, wonach "die Preisangemessenheit...daher bestätigt werden" konnte.

Der von der Antragsgegnerin beigezogene externe Kalkulationsfachmann hat sich zwar mit der Antwort der Antragstellerin auf das Schreiben vom 28.2.2011, bzw. mit dem diesem Schreiben angeschlossenen Gutachten Dr. ***

auseinandergesetzt, kommt jedoch in seinem Gutachten vom 2.5.2011 zu widersprüchlichen Ergebnissen, indem er zunächst auf Seite 8 erklärt, dass sich aus der Kalkulation der Antragstellerin ein Nachlass von 62,50% ergeben hat, den er auf Seite 16 (Punkt 1.4.) als "nicht erklärt" bezeichnet. Im Hinblick auf dieses Ergebnis wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, im Zuge der von ihr eingeleiteten vertieften Angebotsprüfung darzustellen, aus welchen Gründen der von ihr beigezogene Experte Mängel in der Erklärung der Antragstellerin erblickt, und welche Gründe in weiterer Folge der Antragstellerin mit der Möglichkeit zur Stellungnahme mitzuteilen gewesen wären. Aus Sicht des Senates liegt jedenfalls eine Erklärung vor, mit der sich die Antragsgegnerin offenbar zunächst zufrieden gegeben hat, weil sie keine weitere Aufklärung oder Nachweise gefordert hat. Wenn nun die angefochtene Ausscheidungsentscheidung damit begründet wird, dass die Antragstellerin "sowohl die linearen Abschläge auf die Preisanteile "Lohn" und "Sonstiges" aber auch die auffallend und unerklärlich niedrigen Zeitansätze bei 29 wesentlichen Positionen sowie die gravierende Unterdeckung bei drei Regie/Positionen" nicht aufgeklärt hat, wird in der Ausscheidungsentscheidung nicht näher angeführt, wie die Antragsgegnerin zu diesen Annahmen kommt. Die Ausscheidung ausschließlich damit zu begründen, dass diese Aufklärung nicht ausreichend sei, erscheint dem Senat mangels entsprechenden Vorhaltes an die Antragstellerin und entsprechender fachlich fundierter Auseinandersetzung mit den von der Antragstellerin vorgelegten gutachterlichen Stellungnahmen für nicht gerechtfertigt.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin bei Prüfung der Angebote nicht in gleicher Weise und in gleicher Tiefe vorgegangen ist. So hat die Antragsgegnerin Kalkulationsblätter nachgefordert und einzelne Positionspreise anhand der K7-Blätter näher geprüft. Dazu wurden die Bieter um Stellungnahme ersucht, wobei die Antragsgegnerin die von der Antragstellerin vorgelegte gutachterliche Stellungnahme vom 10.3.2011, worin "betriebswirtschaftlich und gutachterlich nachgewiesen wurde, wie sich Zeitansätze erklären und dass in Regieposten keine Unterdeckung vorliegt "als nicht ausreichend erachtet hat, während bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sich die Antragsgegnerin mit der Erklärung zufrieden gegeben hat, dass "die Zeitansätze der ihnen vorgelegten K7-Kalkulationen..auf den in unserem Betrieb seit Jahren durchgeführten Erhebungen, Nachkalkulationen und statischen Auswertungen von Einzelleistungen, die in Wohnhaussanierungsbereich erfasst wurden beruhen". Mit dieser Aufklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hat sich die Antragsgegnerin offensichtlich zufrieden gezeigt und keine weiteren Nachfragen gestellt.

Ähnlich verhält es sich mit der Prüfung der Materialansätze. Dazu wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 14.3.2011 um Aufklärung ersucht, weil sich die damit zusammenhängenden Fragen bei "Prüfung der nachgereichten K7- Detailkalkulation" ergeben hätten. Bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde hinsichtlich der Materialansätze nicht um weitere Aufklärung ersucht, obwohl von dieser Bieterin beim Preisanteil "Sonstiges" das Angebot von einem Abschlag von 88% bis zu einem Zuschlag von 110% reicht. Die Antragstellerin hat die geforderten Produktdatenblätter übermittelt und ihre Ansätze zum Materialverbrauch mit langjähriger Erfahrung und der Nachkalkulation von Referenzobjekten erklärt. Obwohl sich die Antragsgegnerin mit einer Erklärung ähnlichen Inhaltes bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zufrieden gezeigt hat, wurde die Antragstellerin mit Schreiben vom 6.4.2011 neuerlich um Aufklärung zu den Leistungsansätzen für "Lohn" (Zeitansätze) als auch für "Sonstiges" (Materialansätze) für alle wesentlichen Positionen ersucht. In diesem Schreiben wird lediglich allgemein ausgeführt, dass die von der Antragstellerin "gegebene Aufklärung...unzureichend (ist) bzw. wirft weitere Fragen und Unklarheiten auf". Welche konkreten Fragen für die Antragsgegnerin gegeben waren bzw. welche konkreten Unklarheiten bestanden, wird in diesem Aufklärungsersuchen nicht angeführt. Ein weiterer Aufklärungsbedarf wurde von der Antragsgegnerin hingegen bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht gesehen, wie sich auf Grund der angefochtenen Zuschlagsentscheidung ergibt. Damit ist davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegebenen Aufklärungen für ausreichend und nicht weiter ergänzungsbedürftig erachtet hat.

Wenn im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Antragsgegnerin vorgebracht hat, die Antragstellerin habe es unterlassen, das Schreiben vom 6.4.2011 entsprechend und im Detail zu beantworten, muss ihr vorgehalten werden, dass im Aufforderungsschreiben vom 6.4.2011 keine konkreten Fragen oder Ersuchen um weitere Aufklärung gestellt wurden sondern - wie die Antragstellerin zutreffend ausführt - dieses Schreiben vor allem im Vergleich zu den beiden vorangegangenen Aufforderungen vom 28.2.2011 und 14.3.2011 als wenig konkret und allgemein gehalten bezeichnet werden muss. In den beiden vorangegangenen Aufforderungsschreiben hat die Antragsgegnerin im Detail jeden Punkt, der für sie aufklärungsbedürftig war, eigens angeführt und dazu konkrete Fragen gestellt. Warum dies im

Schreiben vom 6.4.2011, dem letzten Aufforderungsschreiben um Klarstellung nicht geschehen ist, insbesondere die Antragsgegnerin nicht dargestellt hat, welcher weitere konkrete Aufklärungsbedarf für sie gegeben war, konnte von ihr im Zuge des Verfahrens nicht erklärt werden. Unstrittig ist jedenfalls, dass die Antragstellerin rechtzeitig auch inhaltlich Aufklärungen gegeben hat, wozu der Gutachter der Antragsgegnerin in seinem Gutachten vom 2.5.2011 auch ausführt, dass anhand der K-Blätter erkennbar ist, dass die Antragstellerin Leistungslohn und Material nicht niedriger als die Vorgabekalkulation ermittelt hat.

Zur gutachterlichen Stellungnahme der Antragsgegnerin ist grundsätzlich auszuführen, dass darin über weite Strecken Sachverhaltsfeststellungen und allgemeine Ausführungen enthalten sind, sich jedoch auch einige Punkte ergeben, die nicht verständlich erscheinen. So findet sich in diesem Gutachten auf Seite 17 (Punkt 4.3., dritter Absatz) die Feststellung, dass die Minutensätze "nicht gemäß Ausschreibung abgestimmt auf das Angebot kalkuliert wurden". In den nachfolgenden Ausführungen wird der Antragstellerin vorgeworfen, dass trotz mehrmaliger Nachfrage die tatsächliche Mannschaftsstärke angegeben wurde und der Leistungsansatz 1,8 Minuten pro m² nicht auf die Umstände der Örtlichkeit und der Leistungserbringung abgestellt ist. Hier erhebt sich die Frage, wie die Antragstellerin bei einem Rahmenvertrag, bei dem die konkrete Örtlichkeit wie der konkrete Leistungsumfang des Einzelabrufes unbekannt sind, diese Frage beantworten soll. Aus Sicht des Senates wird bei Rahmenverträgen immer eine Durchschnitts- bzw. Mischkalkulation erforderlich sein. Es werden sowohl unterschiedliche Verfahren wie auch unterschiedliche Mannschaftsstärken zum Einsatz kommen. Wenn daher in dem Aufforderungsschreiben vom 6.4.2011 die Antragsgegnerin im Punkt 2, zweiter Absatz verlangt, für alle wesentlichen Positionen die Leistungsansätze sowohl beim Preisanteil "Lohn" (Zeitansätze) als auch beim Preisanteil "Sonstiges" (Materialansätze) anhand der zum Einsatz kommenden Produktionsverfahren sowie der kalkulierten Mannschaftsstärke und der kalkulierten Tagesleistung zu erklären, sowie bei Produktionsmethoden, für die Geräte erforderlich sind, die kalkulierten Leistungsgeräte und deren technische Kenndaten zu beschreiben sowie deren Auswirkung auf die Leistungsansätze für "Lohn" (Zeitansätze) und für "Sonstiges" (Materialansätze) darzustellen, ist dies im Hinblick auf die ausgeschriebenen Rahmenverträge, die eine Unzahl von Kleinabrufen beinhalten werden, für einen Bieter praktisch unmöglich, eine präzise Darstellung seiner Aufwände zu geben. Möglicherweise wollte die Antragsgegnerin mit diesem Schreiben nichts weiter als die "Musterkalkulation" der Antragstellerin, die zum Abschlag von 62,50% geführt hat, übermittelt bekommen. Dies hätte sie aber auch ganz klar zum Ausdruck bringen können.

Soweit die Antragsgegnerin die Richtigkeit der K7-Blätter bemängelt, ist nach den Vergabeakten nicht klar erkennbar, welche Ansätze konkret in Frage gestellt wurden. Dazu ist zu bemerken, dass es nicht Aufgabe des angerufenen Senates sein kann, alle pauschal in Frage gestellten Kalkulationsansätze nachzuprüfen. Es würde im Ergebnis dazu führen, dass ein Auftraggeber nur die Kalkulation des Bieters in Frage zu stellen braucht und bei allfälligen Anfechtungen die Nachprüfungsbehörde die Angebotsprüfung für die Auftraggeberseite "nachzuholen" hat.

Jedenfalls kommt der von der Antragsgegnerin beigezogene Gutachter in seinem Gutachten vom 2.5.2011 im Kapitel 4.3 Überprüfung des Leistungsansatzes "Lohn" zu dem abschließenden Ergebnis, dass ein Nachweis der langjährigen betriebsinternen Erfahrungswerte, welche von der Antragstellerin behauptet werden, nicht in geeigneter Form vorliegen. Dazu ist jedenfalls zu bemerken, dass auch bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keinerlei Nachweise für diese Behauptung vorliegen oder eingefordert wurden, was jedenfalls eine Ungleichbehandlung zumindest dieser beiden Bieter bedeutet.

Zu den Materialansätzen ist darauf hinzuweisen, dass nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens und dem Inhalt der Vergabeakten die Antragstellerin mehrfach darauf hingewiesen hat, dass Verbrauchsdaten in Produktdatenblättern von den Herstellern selbst relativiert werden. Relative Verbrauchswerte würden von Umständen wie Untergrundbeschaffenheit, Untergrundvorbereitung, Saugfähigkeit und Art der Verarbeitung abhängen. Die Antragstellerin begründet ihre Materialansätze mit ihrer langjährigen Erfahrung bei den von ihr angebotenen Gebietseinheiten und der Nachkalkulation von Referenzprojekten. Weiters hat sie eine Bestätigung ihrer Lieferanten vorgelegt, dass die wiedergegebenen Verbrauchsansätze der Detailkalkulation der Antragstellerin den in den jeweiligen Produktdatenblättern ausgewiesenen Verbrauchsansätzen bzw. Erfahrungswerten und Rückmeldungen ihrer Anwender entsprechen. Überdies hat die Antragstellerin dazu weitere gutachterliche Stellungnahmen nachgereicht, welche den Zeitaufwand und Materialverbrauch belegen sollen. Der Gutachter der Auftraggeberin hat die Erklärung der Antragstellerin zum Materialeinsatz (langjährige Erfahrung bei den angebotenen Gebietseinheiten und der Nachkalkulation von Referenzprojekten) als "nicht nachvollziehbar" dargestellt, ohne näher zu begründen, wie

er zu diesen Feststellungen gelangt ist. Hier stellt sich die Frage, wie weit die Tiefe und Genauigkeit bei den Nachforderungen der Auftraggeberseite gehen kann, insbesondere bei Rahmenverträgen, weil jeder "durchschnittliche" Ansatz an einem konkreten Projekt "falsch" sein wird (zumindest wenn die Genauigkeit tief genug reicht). Eine 100% Genauigkeit würde aber im Ergebnis keinen Platz mehr für unternehmerisches Risiko lassen.

Nachdem die Antragsgegnerin dem Gutachten ihres Experten folgend die Richtigkeit der Leistungsansätze der K7-Blätter bezweifelt hat, wäre sie nach Ansicht des Senates verpflichtet gewesen, im Aufklärungsverfahren konkrete Leistungsansätze zu bezeichnen oder die Antragstellerin zu ihrem Vorbringen, ihre Erfahrungswerte wären durch Nachkalkulation von Referenzobjekten belegt, aufzufordern, kurzfristig diese Nachkalkulation als Beleg vorzulegen. Damit hätte die Antragsgegnerin die Antragstellerin ausreichend klar mit jenen Sachverhalten konfrontiert, die für eine abschließende Beurteilung des Angebotes erforderlich waren und ihr Gelegenheit gegeben, konkret Stellung zu nehmen. Wenn der Gutachter der Auftraggeberin abschließend zum Ergebnis gelangt, dass "aus betriebswirtschaftlicher Sicht..die Preise der Angebote nicht plausibel und nachvollziehbar erklärt worden (sind) und sind die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis nicht gedeckt" ,wird diese Schlussfolgerung nicht näher in nachvollziehbarer Weise begründet. Nach Ansicht des Senates hat die Antragstellerin zu den Fragen der Auftraggeberin, insbesondere wie sie in den beiden Schreiben vom 28.2.2011 und 14.3.2011 formuliert wurden, plausible Antworten gegeben. Nachweise für diese Antworten hätten konkret eingefordert werden können und müssen, sofern die Antragsgegnerin die Beantwortung nicht für ausreichend erachtet hat. Diese Nachweise wurden jedoch nur pauschal verlangt, konkretere Fragen hätten zu konkreteren Antworten geführt.

Schließlich hat der von der Antragsgegnerin beigezogene Gutachter in seiner Beurteilung nicht schlüssig nachgewiesen, wieso die von der Antragstellerin kalkulierten Kosten durch die angebotenen Preise nicht gedeckt sein sollten. Vielmehr ergibt sich für den Senat, dass der Gutachter zur Ansicht gelangt, dass die aus seiner Sicht anzusetzenden Kosten nicht durch die Preise der Antragstellerin gedeckt sind.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 22.7.2011 zu allen im Verfahren aufgeworfenen Fragen ausführlich Stellung genommen und insbesondere versucht zu begründen, wieso die Aufklärungen der Antragstellerin unzureichend gewesen sind. Dazu hat die Antragsgegnerin ein erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nachträglich erstelltes Gutachten ihres Experten vom 14.7.2011 vorgelegt, worin sie jene Unklarheiten darstellt, die sie zweckmäßigerweise im Angebotsprüfungsverfahren, gleichsam als letzten Schritt, an die Antragstellerin hätte herantragen können und müssen. Die Antragsgegnerin hat ihrer Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung im Sinne des § 125 BVergG 2006 insoweit entsprochen, als sie die Antragstellerin schriftlich um Aufklärung ersucht hat. Während die beiden Aufforderungsschreiben vom 28.2.2011 und 14.3.2011 durchaus den Anforderung des § 125 Abs. 5 BVergG 2006 im Hinblick darauf entsprochen haben, dass konkrete Punkte als aufklärungsbedürftig bezeichnet wurden, kann dies von dem Aufforderungsschreiben vom 6.4.2011 nicht mehr gesagt werden. Bei einem Vorgehen nach Abs. 5 leg.cit. hat der Auftraggeber die erhaltenen Aufklärungen für seine Entscheidung zu berücksichtigen und das Ergebnis dieser Beurteilung jedenfalls in nachvollziehbarer Form festzuhalten. Insbesondere hat der Auftraggeber bei Prüfung des Ergebnisses der Nachforderung eingehend zu begründen, wenn er diese nicht für ausreichend hält. Nur dann, wenn die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze strittig ist, geht dies zu Lasten des Bieters wenn er deren Nachvollziehbarkeit nicht ausreichend darlegt, was jedoch voraussetzt, dass ihm konkrete gegebenenfalls ins Detail gehende Vorhaltungen gemacht wurden.Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 22.7.2011 zu allen im Verfahren aufgeworfenen Fragen ausführlich Stellung genommen und insbesondere versucht zu begründen, wieso die Aufklärungen der Antragstellerin unzureichend gewesen sind. Dazu hat die Antragsgegnerin ein erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens nachträglich erstelltes Gutachten ihres Experten vom 14.7.2011 vorgelegt, worin sie jene Unklarheiten darstellt, die sie zweckmäßigerweise im Angebotsprüfungsverfahren, gleichsam als letzten Schritt, an die Antragstellerin hätte herantragen können und müssen. Die Antragsgegnerin hat ihrer Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 insoweit entsprochen, als sie die Antragstellerin schriftlich um Aufklärung ersucht hat. Während die beiden Aufforderungsschreiben vom 28.2.2011 und 14.3.2011 durchaus den Anforderung des Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 im Hinblick darauf entsprochen haben, dass konkrete Punkte als aufklärungsbedürftig bezeichnet wurden, kann dies von dem Aufforderungsschreiben vom 6.4.2011 nicht mehr gesagt werden. Bei einem Vorgehen nach Absatz 5, leg.cit. hat der Auftraggeber die erhaltenen Aufklärungen für seine Entscheidung zu berücksichtigen und das Ergebnis dieser Beurteilung jedenfalls in nachvollziehbarer Form

festzuhalten. Insbesondere hat der Auftraggeber bei Prüfung des Ergebnisses der Nachforderung eingehend zu begründen, wenn er diese nicht für ausreichend hält. Nur dann, wenn die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze strittig ist, geht dies zu Lasten des Bieters wenn er deren Nachvollziehbarkeit nicht ausreichend darlegt, was jedoch voraussetzt, dass ihm konkrete gegebenenfalls ins Detail gehende Vorhaltungen gemacht wurden.

Von einer unvollständigen Aufklärung kann nur dann gesprochen werden, wenn dem Bieter konkrete Fragen gestellt wurden und er zum Nachweis konkreter Sachverhalte aufgefordert worden ist. Wenn daher die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung auch auf die Bestimmung des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 stützt, ist dies unzutreffend, weil vor dieser Entscheidung ein sorgfältig geführtes, kontradiktorisches Vorhalteverfahren, in dem konkrete Sachverhalte dem Bieter zur Aufklärung vorgelegt wurden, nicht stattgefunden hat. Da dies nicht geschehen ist, die vertiefte Angebotsprüfung vorzeitig beendet wurde, musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben. Von einer unvollständigen Aufklärung kann nur dann gesprochen werden, wenn dem Bieter konkrete Fragen gestellt wurden und er zum Nachweis konkreter Sachverhalte aufgefordert worden ist. Wenn daher die Antragsgegnerin ihre Ausscheidungsentscheidung auch auf die Bestimmung des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 stützt, ist dies unzutreffend, weil vor dieser Entscheidung ein sorgfältig geführtes, kontradiktorisches Vorhalteverfahren, in dem konkrete Sachverhalte dem Bieter zur Aufklärung vorgelegt wurden, nicht stattgefunden hat. Da dies nicht geschehen ist, die vertiefte Angebotsprüfung vorzeitig beendet wurde, musste das Vergabeverfahren mangelhaft bleiben.

Die Antragsgegnerin hat ihre Entscheidung auch auf § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 gestützt, wonach eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt. Nach Ansicht des Senates kann diese Frage noch nicht abschließend beurteilt werden, weil die Antragsgegnerin es unterlassen hat, in einer letzten Runde der vertieften Angebotsprüfung die von ihr als wichtig erachteten Unklarheiten konkret der Antragstellerin vorzuhalten. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin wie sich bei Beurteilung des Angebotes der Teilnehmberechtigten zeigt, bei Prüfung der Angebote in durchaus differenzierter Art und Weise vorgegangen ist, die letztlich zu einer Ungleichbehandlung und Benachteiligung der Antragstellerin führen musste. Dies verwundert umso mehr, als die Antragstellerin in den letzten Jahren in mehreren 1000 Fällen gleichartige Leistungen in den von ihr angebotenen Losen erbracht hat, ohne dass es im Hinblick auf die Durchführung dieser Arbeiten zu Bemängelungen durch die Antragsgegnerin gekommen ist. Die Antragsgegnerin musste daher aufgrund dieser zweifellos vorhandenen Erfahrungen davon ausgehen, dass die Antragstellerin durchaus in der Lage sein wird, ohne Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz, die ausgeschriebenen Leistungen zu den von ihr angebotenen Preisen zu erbringen. Nachdem Ausgang für die Basiskalkulation die Preisgestaltung der vorangegangenen Rahmenverträge war, die Antragstellerin bei der Erstellung ihrer Angebote zweifellos die von ihr gewonnenen Erfahrungen mit den ausgeschriebenen Leistungen in den ausgeschriebenen Losen verwerten konnte, wäre auch dieser Umstand entsprechend zu berücksichtigen gewesen. Die Antragsgegnerin hat ihre Entscheidung auch auf Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 gestützt, wonach eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises vorliegt. Nach Ansicht des Senates kann diese Frage noch nicht abschließend beurteilt werden, weil die Antragsgegnerin es unterlassen hat, in einer letzten Runde der vertieften Angebotsprüfung die von ihr als wichtig erachteten Unklarheiten konkret der Antragstellerin vorzuhalten. Dazu kommt, dass die Antragsgegnerin wie sich bei Beurteilung des Angebotes der Teilnehmberechtigten zeigt, bei Prüfung der Angebote in durchaus differenzierter Art und Weise vorgegangen ist, die letztlich zu einer Ungleichbehandlung und Benachteiligung der Antragstellerin führen musste. Dies verwundert umso mehr, als die Antragstellerin in den letzten Jahren in mehreren 1000 Fällen gleichartige Leistungen in den von ihr angebotenen Losen erbracht hat, ohne dass es im Hinblick auf die Durchführung dieser Arbeiten zu Bemängelungen durch die Antragsgegnerin gekommen ist. Die Antragsgegnerin musste daher aufgrund dieser zweifellos vorhandenen Erfahrungen davon ausgehen, dass die Antragstellerin durchaus in der Lage sein wird, ohne Gefährdung ihrer wirtschaftlichen Existenz, die ausgeschriebenen Leistungen zu den von ihr angebotenen Preisen zu erbringen. Nachdem Ausgang für die Basiskalkulation die Preisgestaltung der vorangegangenen Rahmenverträge war, die Antragstellerin bei der Erstellung ihrer Angebote zweifellos die von ihr gewonnenen Erfahrungen mit den ausgeschriebenen Leistungen in den ausgeschriebenen Losen verwerten konnte, wäre auch dieser Umstand entsprechend zu berücksichtigen gewesen.

Aus all diesen Gründen war daher die Ausscheidungsentscheidung für nichtig zu erklären.

Nach § 130 BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Im Hinblick darauf, dass die Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt wurde, liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot derzeit preislich an erster Stelle, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der

an zweiter Stelle gereihten Teilnehmereberechtigten ebenfalls für nichtig zu erklären war. Nach Paragraph 130, BVergG 2006 ist der Zuschlag gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis zu erteilen. Im Hinblick darauf, dass die Ausscheidungsentscheidung für nichtig erklärt wurde, liegt die Antragstellerin mit ihrem Angebot derzeit preislich an erster Stelle, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der an zweiter Stelle gereihten Teilnehmereberechtigten ebenfalls für nichtig zu erklären war.

Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 1.6.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 1.6.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 7, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen vor. Die Entscheidung über die Kostenersatzpflicht der Antragsgegnerin gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen 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; Zuschlagsentscheidung; Nichtigkeitserklärung; fehlende Bietergleichbehandlung bei der Angebotsprüfung;

Zuletzt aktualisiert am

25.01.2012

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