

# TE Verg Bescheid 2010/11/18 VKS-10683/10

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.11.2010

## Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2 Abs1

WVRG 2007 §11 Abs2

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20 Abs1 und 2

WVRG 2007 §22 Abs2

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §26 Abs2

WVRG 2007 §31 Abs6 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §164

BVergG 2006 §165

BVergG 2006 §169

BVergG 2006 §267

BVergG 2006 §268

BVergG 2006 §269 Abs1 Z3

BVergG 2006 §272

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

1. BVergG 2006 § 4 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 164 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 165 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 § 267 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 267 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 267 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 268 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 268 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
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
1. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 272 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 272 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden Sen. Präs. des OLG Wien i.R. \*\*\* und die Mitglieder \*\*\* über den Antrag der Baumeister \*\*\* GmbH, \*\*\*, vertreten durch Hule/Bachmayr - Heyda/Nordberg Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "Errichtung von VFGI-Anlagen in den Haltestellen der Wiener Linien", durchgeführt von der Antragsgegnerin Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Hochbau, Erdbergstraße 202, 1031 Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins  
Die Ausscheidungsentscheidung vom 17.9.2010 wird für nichtig erklärt.
2. 2.Ziffer 2  
Die Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2010 wird für nichtig erklärt.
3. 3.Ziffer 3  
Die einstweilige Verfügung vom 1.10.2010 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
4. 4.Ziffer 4  
Die Antragsgegnerin ist schuldig, der Antragstellerin die im Verfahren entrichteten Pauschalgebühren von Euro 7782,- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

### Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 2, 13 Abs. 3, 18, 19, 20 Abs. 1 und 2, 22 Abs. 2, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 26 Abs. 2, 31 Abs. 6 WVRG 2007 in Verbindung mit § 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1 Z 2, 4, 164, 165, 169, 267, 268, 269 Abs. 1 Z 3, 272 BVergG 2006. Paragraph eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 11, Absatz 2, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, Absatz eins und 2, 22 Absatz 2, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, 25, Absatz eins, 26, Absatz 2, 31, Absatz 6, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a., 3 Absatz eins, Ziffer 2, 4, 164, 165, 169, 267, 268, 269, Absatz eins, Ziffer 3, 272, BVergG 2006.

### Begründung:

Die Wiener Linien GmbH & Co KG, Abteilung Hochbau (im folgenden Antragsgegnerin genannt) hat die Vergabe eines Auftrages zur Durchführung von Aufgrabungs- und Instandsetzungsarbeiten zur Errichtung von visuellen Fahrgastinformations-Säulen (VFGI-Anlagen) in den Haltestellen der Wiener Linien öffentlich ausgeschrieben. Es

handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Bestimmungen für Sektorenauftraggeber. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Die Arbeiten sollen in "ca. 150 Straßenbahn- und Autobushaltestellenbereichen" der Antragsgegnerin durchgeführt werden, die Laufzeit des Vertrages soll 24 Monate mit der Möglichkeit einer Verlängerung betragen. Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt acht Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin durch Legung eines Angebotes beteiligt.

Im Zuge der Angebotseröffnung am 30.6.2010 wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an erster Stelle liegend verlesen.

Mit Schreiben vom 17.9.2010, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt das Angebot der Antragstellerin gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 und Z 3 BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Als Grund dafür wird im Wesentlichen angeführt, dass der Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht worden sei und zur Kalkulation keine nachvollziehbare Begründung geliefert wurde. Mit Schreiben vom 17.9.2010, der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt das Angebot der Antragstellerin gemäß Paragraph 269, Absatz eins, Ziffer 2 und Ziffer 3, BVergG 2006 ausscheiden zu wollen. Als Grund dafür wird im Wesentlichen angeführt, dass der Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit nicht erbracht worden sei und zur Kalkulation keine nachvollziehbare Begründung geliefert wurde.

Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 24.9.2010 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt die Antragstellerin aus, dass nach den Ausschreibungsunterlagen jeder Bieter eine Bestätigung vorzulegen hatte, wonach ihm bituminöses Mischgut und Gussasphalt ganzjährig zur Verfügung steht. Dazu hätte jeder Bieter als Nachweis eine in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Bestätigung mit Angabe des Mischwerkes abzugeben gehabt. Die Antragstellerin habe eine entsprechende Bestätigung mit ihrem Angebot abgegeben. Weiters habe die Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung mit der \*\*\* über die Lieferung von bituminösem Mischgut und Gussasphalt beigelegt, auf deren Grundlage die Antragstellerin seit Anfang November 2008 regelmäßig das benötigte Material bezieht. In der Ausscheidungsentscheidung habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass das von ihr genannte Asphaltunternehmen "angeblich im Winter mehrere Monate geschlossen hätte und kein bituminöses Mischgut ausliefern könne". Diese Behauptung sei unzutreffend. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin mit keinem Wort darüber informiert, dass das genannte Mischgutunternehmen nicht in der Lage sein sollte, im Winter Mischgut bzw. Gussasphalt zu liefern oder dass ihr eine diesbezügliche anders lautende Bestätigung dieses Unternehmen vorliege. Wäre die Antragstellerin mit dieser Tatsache konfrontiert worden, hätte sie diese entsprechend aufklären können. Das von ihr genannte Unternehmen habe im Zeitraum vom 20.12. - 31.1. jeden Jahres insofern einen eingeschränkten Betrieb, als in dieser Zeit nur ein ganzer Kessel pro Tag eingebaut werden könne. Diese ändere jedoch nichts daran, dass sie auch während dieser Zeit jederzeit ausreichend bituminöses Mischgut und Gussasphalt liefern könne, da ein Kessel zur Versorgung vollkommen ausreiche. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, vor ihrer Ausscheidungsentscheidung, die Antragstellerin klar und unmissverständlich auf diesen Umstand anzusprechen, was jedoch nicht geschehen sei. Damit sei die Antragsgegnerin ihrer Pflicht zur kontraktitorischen Aufklärung nicht nachgekommen, weshalb die Ausscheidungsentscheidung schon aus diesem Grund vergaberechtswidrig sei. Weiters habe die Antragsgegnerin behauptet, die Antragstellerin hätte unangemessene Preise angeboten. Dies sei "völlig haltlos", die Antragsgegnerin könne auch nicht darlegen welche Preise konkret unangemessen sein sollten. Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, die Prüfung des niedrigen Gesamtpreises vollständig und grundsätzlich durchzuführen und dazu jedem Bieter die Gelegenheit zu geben, konkret zu allfälligen angenommenen ungewöhnlichen Preisen Stellung zu beziehen. Abgesehen davon, dass ein "unangemessener Preis" nicht angeboten worden sei, sei die Antragstellerin während des Vergabeverfahrens niemals mit den nunmehr erhobenen Vorwürfen konfrontiert worden, insbesondere sei eine verbindliche schriftliche Aufklärung nicht verlangt worden. Die Ausscheidungsentscheidung erweise sich damit in mehrfacher Hinsicht als rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin sei das billigste, sodass ihr der Zuschlag zu erteilen wäre. Gegen diese Ausscheidungsentscheidung richtet sich der am 24.9.2010 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung und auf Kostenersatz. Im Wesentlichen führt

die Antragstellerin aus, dass nach den Ausschreibungsunterlagen jeder Bieter eine Bestätigung vorzulegen hatte, wonach ihm bituminöses Mischgut und Gussasphalt ganzjährig zur Verfügung steht. Dazu hätte jeder Bieter als Nachweis eine in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Bestätigung mit Angabe des Mischwerkes abzugeben gehabt. Die Antragstellerin habe eine entsprechende Bestätigung mit ihrem Angebot abgegeben. Weiters habe die Antragstellerin eine Rahmenvereinbarung mit der \*\*\* über die Lieferung von bituminösem Mischgut und Gussasphalt beigelegt, auf deren Grundlage die Antragstellerin seit Anfang November 2008 regelmäßig das benötigte Material bezieht. In der Ausscheidungsentscheidung habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt, dass das von ihr genannte Asphaltunternehmen "angeblich im Winter mehrere Monate geschlossen hätte und kein bituminöses Mischgut ausliefern könne". Diese Behauptung sei unzutreffend. Die Antragsgegnerin habe die Antragstellerin mit keinem Wort darüber informiert, dass das genannte Mischgutunternehmen nicht in der Lage sein sollte, im Winter Mischgut bzw. Gussasphalt zu liefern oder dass ihr eine diesbezügliche anders lautende Bestätigung dieses Unternehmen vorliege. Wäre die Antragstellerin mit dieser Tatsache konfrontiert worden, hätte sie diese entsprechend aufklären können. Das von ihr genannte Unternehmen habe im Zeitraum vom 20.12. - 31.1. jeden Jahres insofern einen eingeschränkten Betrieb, als in dieser Zeit nur ein ganzer Kessel pro Tag eingebaut werden könne. Diese ändere jedoch nichts daran, dass sie auch während dieser Zeit jederzeit ausreichend bituminöses Mischgut und Gussasphalt liefern könne, da ein Kessel zur Versorgung vollkommen ausreiche. Die Antragsgegnerin wäre verpflichtet gewesen, vor ihrer Ausscheidungsentscheidung, die Antragstellerin klar und unmissverständlich auf diesen Umstand anzusprechen, was jedoch nicht geschehen sei. Damit sei die Antragsgegnerin ihrer Pflicht zur kontraktitorischen Aufklärung nicht nachgekommen, weshalb die Ausscheidungsentscheidung schon aus diesem Grund vergaberechtswidrig sei. Weiters habe die Antragsgegnerin behauptet, die Antragstellerin hätte unangemessene Preise angeboten. Dies sei "völlig haltlos", die Antragsgegnerin könne auch nicht darlegen welche Preise konkret unangemessen sein sollten. Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, die Prüfung des niedrigen Gesamtpreises vollständig und grundsätzlich durchzuführen und dazu jedem Bieter die Gelegenheit zu geben, konkret zu allfällig angenommenen ungewöhnlichen Preisen Stellung zu beziehen. Abgesehen davon, dass ein "unangemessener Preis" nicht angeboten worden sei, sei die Antragstellerin während des Vergabeverfahrens niemals mit den nunmehr erhobenen Vorwürfen konfrontiert worden, insbesondere sei eine verbindliche schriftliche Aufklärung nicht verlangt worden. Die Ausscheidungsentscheidung erweise sich damit in mehrfacher Hinsicht als rechtswidrig. Das Angebot der Antragstellerin sei das billigste, sodass ihr der Zuschlag zu erteilen wäre.

Durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten auf ein rechtskonformes Vergabeverfahren, in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebotes, Durchführung eines ordnungsgemäßen Verfahrens und letztlich auf Erteilung des Zuschlages als Billigstbieterin verletzt. Durch das rechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin drohe der Antragstellerin ein erheblicher Schaden durch Entgang eines Deckungsbeitrages, frustrierte Kosten der Angebotserstellung sowie Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung, den sie in ihrem einleitenden Schriftsatz ziffernmäßig aufschlüsselt. Dazu käme noch der Entgang eines für sie wichtigen Referenzprojektes.

Die von der Antragstellerin zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 1.10.2010 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses den Parteien zugekommenen Bescheides verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 4.10.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im einzelnen ausgeführt, die Angebotsunterlagen der Antragstellerin seien in sich nicht schlüssig gewesen. Zum einen sei eine Bestätigung über die ganzjährige Verfügbarkeit von bituminösem Mischgut mit dem Angebot abgegeben worden, zum anderen sei dem Angebot eine Kopie einer Preisliste des Unternehmens \*\*\* beigelegt, mit einem schriftlichen Vermerk "aktuelle Rahmenvereinbarung mit der Firma \*\*\*". In einem Aufklärungsgespräch dazu befragt, habe die Antragstellerin (außer Protokoll) eingeräumt, bituminöses Mischgut von der Firma \*\*\* zu beziehen. Die Antragsgegnerin habe deshalb beim Unternehmen \*\*\* nachgefragt, ob es ganzjährig bituminöses Mischgut liefern könne. \*\*\* habe am 20.7.2010 der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass "sie vom 20. Dezember bis Ende Februar geschlossen haben und dass kleine Mengen von ihr in mehreren Bauvorhaben zusammengezogen werden". Bei Durchführung der Grabungsarbeiten würden im Regelfall Kleinstmengen von bituminösem Mischgut und provisorisch Heißmischgut, zum Teil nicht einmal im Ausmaß von 20 m<sup>2</sup> für eine provisorische Oberflächenherstellung, benötigt. Nach Sicht der Antragsgegnerin sei aufgrund der Auskünfte des

Unternehmens \*\*\* nicht sichergestellt, dass das benötigte bituminöse Mischgut jederzeit von diesem Unternehmen geliefert werden könne. Die Antragsgegnerin habe auch beim Unternehmen \*\*\* überprüft, ob tatsächlich eine Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin bestehe. \*\*\* habe mit Schreiben vom 10.9.2010 der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass eine derartige Rahmenvereinbarung über den Bezug von bituminösem Mischgut mit der Antragstellerin nicht bestehe und dass es nicht "den Geschäftsgewohnheiten der \*\*\* entspricht, derartige Vereinbarungen durch handschriftlichen Vermerk auf einer Preisliste zu erstellen". Nach Auskunft des Unternehmens \*\*\* sei die Antragstellerin am 21.7.2010 aufgefordert worden, zur Thematik "ganzjährige Verfügbarkeit von bituminösen Mischgut" Stellung zu nehmen. Es sei ihr auch die Möglichkeit eingeräumt worden, eventuell andere Firmen als die Firma \*\*\* für die Lieferung von bituminösem Mischgut in den Wintermonaten zu nennen. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht und in ihrem Antwortschreiben inhaltlich keine neuen Erklärungen abgegeben. Nach dem Schreiben der \*\*\* vom 10.9.2010 sei für die Antragsgegnerin klar gewesen, dass nicht nur die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht ausreichend nachgewiesen werden konnte, "sondern dass sich die Antragstellerin auch gemäß § 229 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 bei der Erteilung der Auskunft über ihre technische Leistungsfähigkeit durch die Vorspiegelung eines tatsächlich nicht bestehenden Vertragsverhältnisses einer falschen Erklärung schuldig gemacht" habe. Mit Schriftsatz vom 4.10.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und im einzelnen ausgeführt, die Angebotsunterlagen der Antragstellerin seien in sich nicht schlüssig gewesen. Zum einen sei eine Bestätigung über die ganzjährige Verfügbarkeit von bituminösem Mischgut mit dem Angebot abgegeben worden, zum anderen sei dem Angebot eine Kopie einer Preisliste des Unternehmens \*\*\* beigelegt, mit einem schriftlichen Vermerk "aktuelle Rahmenvereinbarung mit der Firma \*\*\*". In einem Aufklärungsgespräch dazu befragt, habe die Antragstellerin (außer Protokoll) eingeräumt, bituminöses Mischgut von der Firma \*\*\* zu beziehen. Die Antragsgegnerin habe deshalb beim Unternehmen \*\*\* nachgefragt, ob es ganzjährig bituminöses Mischgut liefern könne. \*\*\* habe am 20.7.2010 der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass "sie vom 20. Dezember bis Ende Februar geschlossen haben und dass kleine Mengen von ihr in mehreren Bauvorhaben zusammengezogen werden". Bei Durchführung der Grabungsarbeiten würden im Regelfall Kleinstmengen von bituminösem Mischgut und provisorisch Heißmischgut, zum Teil nicht einmal im Ausmaß von 20 m<sup>2</sup> für eine provisorische Oberflächenherstellung, benötigt. Nach Sicht der Antragsgegnerin sei aufgrund der Auskünfte des Unternehmens \*\*\* nicht sichergestellt, dass das benötigte bituminöse Mischgut jederzeit von diesem Unternehmen geliefert werden könne. Die Antragsgegnerin habe auch beim Unternehmen \*\*\* überprüft, ob tatsächlich eine Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin bestehe. \*\*\* habe mit Schreiben vom 10.9.2010 der Antragsgegnerin mitgeteilt, dass eine derartige Rahmenvereinbarung über den Bezug von bituminösem Mischgut mit der Antragstellerin nicht bestehe und dass es nicht "den Geschäftsgewohnheiten der \*\*\* entspricht, derartige Vereinbarungen durch handschriftlichen Vermerk auf einer Preisliste zu erstellen". Nach Auskunft des Unternehmens \*\*\* sei die Antragstellerin am 21.7.2010 aufgefordert worden, zur Thematik "ganzjährige Verfügbarkeit von bituminösen Mischgut" Stellung zu nehmen. Es sei ihr auch die Möglichkeit eingeräumt worden, eventuell andere Firmen als die Firma \*\*\* für die Lieferung von bituminösem Mischgut in den Wintermonaten zu nennen. Die Antragstellerin habe von der Möglichkeit zur Stellungnahme keinen Gebrauch gemacht und in ihrem Antwortschreiben inhaltlich keine neuen Erklärungen abgegeben. Nach dem Schreiben der \*\*\* vom 10.9.2010 sei für die Antragsgegnerin klar gewesen, dass nicht nur die technische Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht ausreichend nachgewiesen werden konnte, "sondern dass sich die Antragstellerin auch gemäß Paragraph 229, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 bei der Erteilung der Auskunft über ihre technische Leistungsfähigkeit durch die Vorspiegelung eines tatsächlich nicht bestehenden Vertragsverhältnisses einer falschen Erklärung schuldig gemacht" habe.

Weiters bringt die Antragsgegnerin vor, das Angebot der Antragstellerin weise in den Positionen 011203A, 011203B und 012001B in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen und den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen die Leistung zu erbringen sei, nicht angemessene Preise auf. Mit der Antragstellerin sei am 8.7.2010 ein Aufklärungsgespräch geführt worden, in dem sie zu den Positionen 011203A und 012001B befragt worden sei, insbesondere welche Kalkulationsannahmen diesen Preisen zugrunde liegen würden. Dazu habe die Antragstellerin lediglich erklärt, dass sie zu ihren Preisen stehe, was hinsichtlich der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der Preise keine ausreichende Erklärung darstelle. Die Behauptung der Antragstellerin, dass sie überhaupt keine Gelegenheit gehabt hätte, sich zu ihren Preisen zu erklären, vermöge daher nicht zu überzeugen.

Zusammenfassend führt die Antragsgegnerin aus, es möge sein "dass die Antragsgegnerin die Antragstellerin nicht mit den oben detailliert ausgeführten Ergebnissen der vertieften Überprüfung der Angemessenheit der Preise konfrontiert hat, wozu sich die Antragsgegnerin jedoch nach Bekanntwerden der falschen Angabe über ein angeblich bestehendes Vertragsverhältnis mit der \*\*\* und den damit einhergehenden begründeten Zweifel an der beruflichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin nicht mehr veranlasst" gesehen habe. Diese Vorgangsweise "hat von vornherein das Vertrauen in eine korrekte Vertragsabwicklung mit der Antragstellerin nicht nur erschüttert, sondern zerstört".

Mit Schriftsatz vom 18.10.2010 hat die Antragstellerin vorgebracht, sie habe am 15.10.2010 im Zuge einer Einsicht in die Vergabeakten Kenntnis davon erlangt, dass zwischenzeitlich eine Zuschlagsentscheidung an die zweitgereichte Bieterin ergangen sei. Eine Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin nicht zugestellt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei klar vergaberechtswidrig, da über die die Antragstellerin betreffende Ausscheidungsentscheidung bisher nicht rechtskräftig abgesprochen worden sei. Billigstbieterin sei die Antragstellerin und müsste ihr damit der Zuschlag erteilt werden. Die Antragstellerin begehrt daher, gestützt auf § 20 Abs. 2 WVRG 2007, auch die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 17.9.2010 für nichtig zu erklären. Mit Schriftsatz vom 18.10.2010 hat die Antragstellerin vorgebracht, sie habe am 15.10.2010 im Zuge einer Einsicht in die Vergabeakten Kenntnis davon erlangt, dass zwischenzeitlich eine Zuschlagsentscheidung an die zweitgereichte Bieterin ergangen sei. Eine Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin nicht zugestellt worden. Die Zuschlagsentscheidung sei klar vergaberechtswidrig, da über die die Antragstellerin betreffende Ausscheidungsentscheidung bisher nicht rechtskräftig abgesprochen worden sei. Billigstbieterin sei die Antragstellerin und müsste ihr damit der Zuschlag erteilt werden. Die Antragstellerin begehrt daher, gestützt auf Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007, auch die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 17.9.2010 für nichtig zu erklären.

Mit Schriftsatz vom 25.10.2010 hat die Antragsgegnerin erklärt, die Ausscheidungsentscheidung an die Antragstellerin und die Zuschlagsentscheidungen an die übrigen Bieter "zur selben Zeit versendet" zu haben. Die Antragsgegnerin erblickt darin keine Schlechterstellung der Antragstellerin zumal der Zuschlag noch nicht erteilt worden sei. Im übrigen begehrt sie den Antrag, den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ab-, in eventu zurückzuweisen.

Im Schriftsatz vom 15.11.2010 nimmt die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin im Schriftsatz vom 4.10.2010 Stellung und macht zusammengefasst geltend, dass ihr im Zuge der Angebotsprüfung jene Umstände und Bedenken, die letztlich von der Antragstellerin zur Ausscheidung ihres Angebotes herangezogen worden sind, nicht vorgehalten wurden. Damit habe die Antragsgegnerin die Pflicht zur kontradiktorischen Aufklärung eindeutig verletzt. Auch der von der Antragsgegnerin behauptete unangemessene Preis, soweit er drei Positionen betrifft, liege nicht vor. Die Antragstellerin habe ihr Angebot kostendeckend kalkuliert. Selbst wenn man der Argumentation der Antragsgegnerin folgen wollte, so betrage der für alle drei von der Antragsgegnerin als unangemessen bezeichneten Positionen angebotene Preis insgesamt netto €

15.593,20, was 0,98 % des Angebotspreises entspreche. Ein von der Antragstellerin kalkulierter Deckungsbeitrag, wie er sich aus dem vorgelegten K3-Blatt ergebe, sei um ein mehrfaches höher als der Preis der drei Positionen. Das Angebot der Antragstellerin sei daher nicht auszuschneiden. Dazu brachte die Antragsgegnerin am 17.11.2010 vor, die Äußerungen der Antragstellerin seien und blieben widersprüchlich und räumten die Zweifel der Antragsgegnerin bezüglich der Sicherstellung der vertragsgemäßen Leistungserbringung nicht aus. Bestünden nach Aufklärung des Angebotes weiterhin Zweifel an der ordnungsgemäßen Leistungserbringung und habe der Bieter die bestehenden Zweifel nicht ausräumen können, dürfe der Auftraggeber den Zuschlag nicht erteilen. Selbst wenn man davon ausgehen wollte, dass kein kontradiktorisches Verfahren durchgeführt wurde, würde es der Antragstellerin auch bei einer allfälligen erneuten Aufklärung nicht gelingen "die bestehenden Widersprüche in ihrem Angebot aufzuklären ohne ihr Angebot nachträglich abzuändern".

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt der als unstrittig angesehen werden kann, trifft der Vergabekontrollsenat anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren inhaltliche Richtigkeit an sich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite mit der Möglichkeit zur Äußerung zugestellt wurden, sowie den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung vom 18.11.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Aufgrabungs- und Instandsetzungsarbeiten für VFGI-Anlagen in ihren Haltestellen. Der

Auftrag betrifft Leistungen in ca. 150 Straßenbahn- und Autobushaltestellenbereichen, die Laufzeit des Vertrages ist mit 24 Monaten vorgesehen, mit einer Verlängerungsmöglichkeit. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, wobei die Antragsgegnerin als Sektorenauftraggeberin im Sinne der § 164, 165, 169 BVergG 2006 tätig wird. Das Vergabeverfahren wurde ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Das Angebotsende war der 30.6.2010. Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages, nämlich zur Durchführung von Aufgrabungs- und Instandsetzungsarbeiten für VFGI-Anlagen in ihren Haltestellen. Der Auftrag betrifft Leistungen in ca. 150 Straßenbahn- und Autobushaltestellenbereichen, die Laufzeit des Vertrages ist mit 24 Monaten vorgesehen, mit einer Verlängerungsmöglichkeit. Es handelt sich um die Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich, wobei die Antragsgegnerin als Sektorenauftraggeberin im Sinne der Paragraph 164, 165, 169, BVergG 2006 tätig wird. Das Vergabeverfahren wurde ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem "niedrigsten Preis" erfolgen. Das Angebotsende war der 30.6.2010.

Am Vergabeverfahren haben sich insgesamt acht Unternehmen, darunter auch die Antragstellerin, durch Legung eines Angebotes beteiligt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung vom 30.6.2010 wurde das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von Euro \*\*\* als das billigste, jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem Betrag von Euro 1.820.828,40 als zweitbilligstes Angebot verlesen.

Nach den besonderen Angebotsbestimmungen, Punkt 3.3.3 Verfügbarkeit bituminöses Mischgut/Gussasphalt hat ein Bieter als Eignungskriterium eine Bestätigung vorzulegen "dass bituminöses Mischgut und Gussasphalt ganzjährig zu seiner Verfügung steht". Der Nachweis war mit einer "Bestätigung gemäß Beilage mit Angabe des Mischwerkes" zu erbringen.

Zu diesem Eignungskriterium hat die Antragstellerin unter Verwendung des Musters aus den Ausschreibungsunterlagen eine entsprechende Bestätigung über den Bezug von bituminösem Mischgut bzw. Gussasphalt vom Mischwerk des Unternehmens \*\*\* mit Standort \*\*\* vorgelegt. Gleichfalls vorgelegt hat die Antragstellerin eine Kopie einer Preisliste des Unternehmens \*\*\* AG vom 27.10.2008 über die ab 1.10.2008 gültigen Mischgutpreise ab Werk \*\*\*. Diese Kopie trägt einen handschriftlichen Vermerk: "aktuelle Rahmenvereinbarung mit Fa. \*\*\*".

Folgende weitere Festlegungen aus den Ausschreibungsunterlagen, die für das gegenständliche Vergabeverfahren von Bedeutung sind und in die Feststellungen des Bescheides übernommen werden, werden folgend wiedergegeben:

"01.1203A Z, Mitwirkung Planung 150,00 PA W

Sämtliche Baustellen werden vor Baudurchführung einer Besichtigung vor Ort unter besonderem Augenmerk auf die technischen Erfordernisse mit den Fachdienststellen der WIENER LINIEN unterzogen. Der Auftragnehmer hat an diesen Begehungen teilzunehmen und eine Bestandskizze im Maßstab 1:500 zu erstellen. Diese Bestandskizze hat die örtliche Situation (inkl. Bebauung, Straßenzüge etc.) sowie durchzuführende Grabungen und die aufzustellenden Masten sowie Leitungen und Einbauten zu enthalten. Die Bestandskizze dient zur Einreichung der Baumaßnahmen bei der MA 46 und muss dafür geeignet sein. Die Bestandskizze ist dem AG spätestens zwei Wochen nach der Begehung digital und 3-fach in Papierform zu übermitteln.

Inkl. Aller Nebenleistungen.

01.1203 B Z Bestandsplan MA 14 150,00 ST W

Ankauf der digitalen Plangrundlage des Projektgebietes von der MA 14. Erstellen eines Bestandsplanes der neu verlegten Lichwellenleiter im Maßstab 1:500 und Lieferung in 3-facher Ausfertigung. Aufarbeitung der digitalen Bestandspläne gemäß den Richtlinien der MA 14 und Lieferung digital an den AG.

01.2001B Entsorgen Bodenaushub verunreinigt 20,00 t

Entsorgen von verunreinigtem Bodenaushub, der gemäß Deponieverordnung für eine Deponierung auf Bodenaushubdeponien ungeeignet ist, aber den Grenzwert der Baurestmassendeponien einhält."

Die Antragstellerin hat die Position 011203AZ (Mitwirkung Planung) mit Einheitspreis von Euro \*\*\* und einem Positionspreis von Euro \*\*\* angeboten. Für Lohn hat sie Euro \*\*\*, für Sonstiges Euro \*\*\* ausgewiesen.

Die Position 011203BZ (Bestandsplan MA14) wurde von ihr mit einem Einheitspreis von Euro \*\*\* und einem Positionspreis von Euro \*\*\* angeboten. Als Lohn hat sie für diese Position Euro \*\*\* und Sonstiges mit Euro \*\*\* ausgewiesen.

Die Position 012001B (Entsorgung Bodenaushub verunreinigt, 20 Tonnen) hat die Antragstellerin mit einem Einheitspreis von Euro \*\*\* und einem Positionspreis von

Euro \*\*\* angeboten. An Lohn hat sie für diese Position Euro \*\*\* und Sonstiges mit Euro \*\*\* ausgewiesen.

Die Antragstellerin hat mit ihrem Angebot zahlreiche Referenzennachweise erbracht, aus denen sich ergibt, dass sie mehrfach umfangreiche Leistungen für die Antragsgegnerin, aber auch für Wien Energie Gasnetz und zahlreiche Magistratsabteilungen erbracht hat.

Nach der am 30.6.2010 erfolgten Angebotseröffnung, als deren Ergebnis die Antragstellerin als Billigstbieterin hervorgegangen ist, hat die Antragsgegnerin deren Angebot einer Prüfung unterzogen. Dazu findet sich in den Vergabeakten eine Niederschrift vom 8.7.2010 über eine Verhandlung mit Vertretern der Antragstellerin und Vertretern der Auftraggeberin. Für die Antragstellerin wird DI Seidl und Ing. Ringler angeführt, für die Antragsgegnerin Ing. Gipfl und DI Polt. Als Verlauf und Ergebnis der Verhandlung wird zunächst protokolliert, dass der Aufwand für die Begehungen und Planerstellung (ca. 2 Stunden/Standort) nicht unterschätzt werden darf und ein großes Maß an Erfahrung vom Bauleiter erforderlich ist. Die Antragstellerin hat dazu eine ordnungsgemäße Durchführung zugesagt. Im Protokoll ist weiter festgehalten, dass "der gewonnene Bodenaushub auf Grund der Erfahrungen der Auftraggeberin dabei "fast ausschließlich Bodenaushub rein" ist. "Verunreinigt" fällt kaum an. Dazu haben die Vertreter der Antragstellerin erklärt, den Bodenaushub "rein" in einer Deponie im Bezirk Wiener Neustadt, den Aushub "verunreinigt" in der Deponie Langes Feld zu entsorgen. Dazu wird von ihnen ein Preis pro Tonne genannt.

Neben anderen Punkten, die besprochen wurden, jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens sind, findet sich abschließend der Satz "die Firma \*\*\* steht zu ihrem Angebot und sichert eine ordnungsgemäße Durchführung zu". Der Niederschrift ist nicht zu entnehmen, ob der Antragstellerin die Bedenken zur Position 011203BZ im Detail vorgehalten worden wären. Ebenso wenig ist dieser Niederschrift zu entnehmen, inwiefern die Antragsgegnerin Bedenken hinsichtlich der ordnungsgemäßen Kalkulation der Position 011203AZ bzw. 012001B vorgehalten hat.

Nach diesen Gesprächen findet sich dann, ohne dass dazu nähere Überlegungen aus den Akten ersichtlich wären, ein E-Mail an jenes Unternehmen, das von der Antragstellerin als Mischgut- und Gussasphaltilieferant (\*\*\*) namhaft gemacht wurde. Dieses E-Mail ist mit 16.7.2010 datiert und hat folgenden Wortlaut:

"Anfrage Gussasphalt

Sehr geehrte Firmenleitung,

für ein Bauvorhaben in Wien wird von unserer Seite Gussasphalt benötigt. Die Arbeiten beginnen ca. im September dieses Jahres und werden bis ca. August 2011 abschnittsweise fortgeführt. Es kann in Folge des Bauablaufes auch zum Abruf von kleineren Chargen Gussasphalt kommen. Im Vorfeld ersuche ich um Information, ob von Ihrem Mischwerk im gesamten Umsetzungszeitraum Gussasphalt bezogen werden kann und ob es ggf. Mindestbestimmungsmengen gibt".

Dieses E-Mail wurde vom Unternehmen \*\*\* am 20.7.2010 wie folgt beantwortet:

"Betreff: Re: Anfrage Gussasphalt

Sehr geehrter Herr .....!

Unser Betrieb ist saisonbedingt jedes Jahr vom 20. Dezember bis Ende Februar geschlossen. In diesem Zeitraum kann von uns kein GA bezogen werden. Bei kleineren Mengen werden mehrere BVH im näheren Umfeld zusammengezogen." Abschließend erfolgt eine Preisangabe.

Aus den Vergabeakten ergibt sich nicht, dass das Ergebnis dieses E-Mailverkehrs der Antragstellerin vorgehalten worden wäre. Vielmehr findet sich in den Vergabeakten ein Schreiben der Antragsgegnerin vom 21.7.2010 an die Antragstellerin, das folgenden Inhalt hat:

"Angebotslegung der Aufgrabungs- und Instandsetzungsarbeiten für die Errichtung von VFGI-Anlagen in den Haltestellen der WIENER LINIEN - Kennwort WLB65-OS4-08

EU-Ausschreibung

Ihre Bewertung vom 20.06.2010

Sehr geehrte Geschäftsführung,

in Ergänzung zum Aufklärungsgespräch vom 8.7.2010 ersuchen die WIENER LINIEN GmbH & Co KG um Übermittlung folgender Unterlagen:

-K7-Blatt für die Pos. 011203A

-K7-Blatt für die Pos. 011203B

-K7-Blatt für die Pos. 012001A

-K7-Blatt für die Pos. 012001B

-K7-Blatt für die Pos. 012002A

-K7-Blatt für die Pos. 012003A

-K7-Blatt für die Pos. 070105X

Betreffend die dem Angebot vom 30.6.2010 angeschlossene Unterlage, titulierte mit dem Zusatz "aktuelle Rahmenvereinbarung mit Firma \*\*\*" (Preisliste vom 27.10.2008), ersuchen die WIENER LINIEN GmbH & Co KG um Auskunft, ob eine Anlieferung von bituminösen Mischgut/Gussasphalt auch von einem anderen, als dem in den Angebotsunterlagen genannten, und von Ihnen mit der "Bestätigung über die ganzjährige Verfügbarkeit bituminöses Mischgut/Gussasphalt" ausgewiesenem Mischwerk der Firma Heinz \*\*\* Asphaltunternehmen, geplant ist."

Die WIENER LINIEN GmbH & Co KG ersuchen um Übermittlung der Unterlagen bis 26.7.2010."

Dieses Schreiben wurde von der Antragstellerin fristgerecht unter Vorlage der angeforderten K 7 - Blätter beantwortet. Abschließend erklärt darin die Antragstellerin:

"Betreffend ihrer weiteren Anfrage geben wir Ihnen bekannt, dass die zum Angebot abgegebenen Bestätigungen Gültigkeit haben und die eventuell erforderlichen Lieferungen gemäß den Angebotsunterlagen durchgeführt wurden".

Über Ersuchen der Antragsgegnerin vom 25.8.2010 haben die Bieter der Verlängerung der Bindefrist ihrer Angebote bis zum 30.10.2010 zugestimmt.

Im Zuge der Angebotsprüfung findet sich sodann in den Vergabeakten eine E-Mailanfrage der Antragstellerin an das Unternehmen \*\*\* vom 9.9.2010 mit folgendem Wortlaut:

"Betreffend die Ausschreibung "VFGI Anlagen" wurde von der Firma \*\*\* ein an die Firma \*\*\* adressiertes Preisblatt der \*\*\* beigelegt, das mit dem handschriftlichen Vermerk "Rahmenvereinbarung" betr. die Lieferung von Gussasphalt/bituminöses Mischgut, versehen wurde.

Bitte um Information, ob mit der Firma \*\*\* eine Geschäftsverbindung hinsichtlich der Anlieferung von Gussasphalt/bituminöses Mischgut besteht bzw. bestanden hat".

Diese E-Mail wurde von dem Unternehmen \*\*\* wie folgt beantwortet:

"Anlieferung bituminöses Mischgut / Gussasphalt

Sehr geehrte Damen und Herren,

Bezug nehmend auf Ihre Anfrage teilen wir Ihnen mit, dass zwischen der Firma \*\*\* und der Firma \*\*\* keine Rahmenvereinbarung über den Bezug von bituminösem Mischgut besteht.

Gleichzeitig halten wir auch mit Nachdruck fest, dass es mit Sicherheit nicht den Geschäftsgepflogenheiten unseres Unternehmens entspricht, derartige Vereinbarungen durch handschriftliche Vermerke auf einer Preisliste zu erstellen.

In Kenntnis der besonderen Angebotsbestimmungen der gegenständlichen Ausschreibung erklären wir, dass die Firma \*\*\* keine

Bestätigung über die ganzjährige Verfügbarkeit von bituminösem Mischgut / Gussasphalt der Firma \*\*\* ausgestellt hat."

Dass der Inhalt dieses Schreibens der Antragstellerin vorgehalten worden wäre, ist aus den Vergabeakten nicht ersichtlich.

Es findet sich sodann im Ordner 1/3 der Vergabeakten unter Beilage 6 eine nicht näher datierte Niederschrift über die Angebotsprüfung, in der im Kapitel A Prüfung der Erfüllung der Eignungskriterien des Bieters festgehalten wird, dass die Antragstellerin die Eignungskriterien nicht erfüllt und deshalb auszuschneiden sei. Im Übrigen wird in diesem Abschnitt die Antragstellerin als zuverlässige Bieterin gewertet. Im Abschnitt C - vertiefte Angebotsprüfung wird zunächst festgehalten, dass eine solche durchzuführen war, weil beim Angebot begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen und die Einheitspreise einiger Positionen ungewöhnlich niedrig wären. Die Angebotsprüfung erfolgte anhand eines Preisspiegels über sämtliche Positionen sowie eines Aufklärungsgespräches.

In welchem Punkt die Antragstellerin konkret die Eignungskriterien nicht erfüllt, ist der Niederschrift nicht zu entnehmen.

Sodann werden im Kapitel vertiefte Angebotsprüfung die drei Positionen 011203A, 011203B und 012001B näher behandelt und ausgeführt, warum hier von einer nicht plausiblen Preisgestaltung auszugehen ist. So wird insbesondere bei der Position 011203AZ - Mitwirkung Planung und 011203BZ - Bestandsplan MA14 im Wesentlichen davon ausgegangen, dass der von der Antragstellerin angenommene Personalaufwand mit 0,6 Stunden je Standort zu niedrig sei. Weiters werden detaillierte Berechnungen angestellt, ob zu den angebotenen Preisen die Erbringung der Leistung unter Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen möglich ist.

Zur Position 012001B - Entsorgung Bodenaushub verunreinigt wird vor allem festgehalten, dass von der Antragstellerin die für die Entsorgung zu entrichtende ALSAG - Gebühren zu niedrig angesetzt worden sind, nämlich mit Euro 7,55/to. Unter Berücksichtigung des Gesamtnachlasses betrage der Kostenanteil Euro 7,06/to. während gemäß der Deponieverordnung 2008 die ALSAG - Gebühr für Baurestmassen Euro 8,-- je angefangener Tonne beträgt. Auch etwaige Deponiekosten für die Deponie "Langes Feld" seien mit den angeführten Kosten für die Deponie (Listenpreis für die Entsorgung von Bodenaushub verunreinigt, von Euro 18,30 pro Tonne exklusive ALSAG - Gebühr) nicht abgedeckt. Aus den Vergabeakten ist in diesem Zusammenhang nicht ersichtlich, dass diese Berechnungen vor Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin vorgehalten worden wären, was im Ergebnis die Antragsgegnerin auch in ihrem Schriftsatz vom 17.11.2010, Punkt 6, zugestanden hat.

Als Ergebnis der Niederschrift wird festgehalten, dass das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden sei und der Zuschlag dem zweitgereihten Bieter zu erteilen wäre.

Mit Schreiben vom 17.9.2010 hat die Antragsgegnerin der Antragstellerin die Ausscheidung deren Angebotes wie folgt mitgeteilt:

"Angebotslegung der Aufgrabungs- und Instandsetzungsarbeiten für die Errichtung

von VFGI-Anlagen in den Haltestellen der WIENER LINIEN -

Kennwort WLB65-OS4-08-10

EU-Ausschreibung

Ihre Bewertung vom 20.06.2010

Sehr geehrter Bieter,

die WIENER LINIEN GmbH & Co KG beziehen sich auf das o.a. Vergabeverfahren und teilen Ihnen mit, dass ihr Angebot nach Abschluss der vertieften Angebotsprüfung aus nachstehenden Gründen ausgeschieden werden muss:

1. 1.Ziffer eins

§ 269 Abs. 1 Ziff. 2 BVergG 2006 i.d.g.F.Paragraph 269, Absatz eins, Ziff. 2 BVergG 2006 i.d.g.F.

Sie haben Ihrem Angebot eine Lieferbestätigung für die ganzjährige Lieferung von bituminösem Mischgut der Firma \*\*\* beigelegt. Aus anderen Geschäften mit der Firma \*\*\* ist den WIENER LINIEN GmbH & Co KG bekannt, dass diese im Winter mehrere Monate geschlossen hat und kein bituminöses Mischgut ausliefert. Die Firma \*\*\* hat den WIENER LINIEN GmbH & Co KG für den vorliegenden Fall nochmals aktuell schriftlich bestätigt, dass sie in den Wintermonaten kein bituminöses Mischgut abgibt. Auf nochmalige Nachfrage der WIENER LINIEN GmbH & Co KG zu diesem Punkt in Ihrem Angebot, insbesondere auf die Frage, was es mit dem Preisblatt der \*\*\* AG auf sich hat, haben Sie keine weitere

inhaltliche Aufklärung vorgenommen.

Es liegen somit widersprüchliche Aussagen Ihres Zulieferers vor, die zu Ihren Lasten gehen und die Sie auch nicht weiter aufgeklärt haben. Aus diesem Grund sehen die WIENER LINIEN GmbH & Co KG den Nachweis zur technischen Leistungsfähigkeit als nicht erbracht an, weshalb Ihr Angebot aus dem Verfahren auszuschneiden ist.

1. 1.Ziffer eins

§ 269 Abs. 1 Ziff. 3 BVerG 2006 i.d.g.F Paragraph 269, Absatz eins, Ziff. 3 BVerG 2006 i.d.g.F.

Ihr Angebot weist in den Positionen 011203A, 0112001B, 012001B in Bezug auf die ausgeschriebene Leistungen und den Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen und unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen die Leistungen zu erbringen ist, nicht angemessene Preise auf.

Ihre diesbezüglichen Angaben im Aufklärungsgespräch vom 8.7.2010 und im Fax vom 26.8.2010 haben für die WIENER LINIEN GmbH & Co KG keine nachvollziehbare Begründung zur Kalkulation geliefert.

Die Stillhaltefrist laut § 273 BundesvergabeGesetz 2006, endet am 27.9.2010.'Die Stillhaltefrist laut Paragraph 273, BundesvergabeGesetz 2006, endet am 27.9.2010."

Diese Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin im Faxwege am gleichen Tage zugegangen.

Gleichfalls mit Datum 17.9.2010 hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidung den anderen Bietern, nicht aber der Antragstellerin, bekannt gegeben.

Weder den Besonderen Angebotsbestimmungen noch dem Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis ist eine Festlegung darüber zu entnehmen, in welchem Zeitrahmen die ausgeschriebenen Arbeiten pro Haltestelle zu erbringen sind, wie die Baustellen nach Beendigung der Arbeiten abzusichern sind und in welchem zeitlichen Rahmen die zur provisorischen Herstellung der Oberfläche erforderlichen Asphaltierungsarbeiten durchzuführen sind. Insbesondere findet sich keine Festlegung dahingehend, dass der Auftragnehmer zur Herstellung der provisorischen Oberflächen mehrere Kleinbaustellen nicht zusammenfassen kann. Zu den Pos. 011203A und Pos. 011203B finde sich keine Vorgaben bezüglich des Zeitaufwandes in der Ausschreibung.

Aufgrund des Vorbringens der Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 4.10.2010, Seite 5) sowie der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung werden nach der Durchführung der Grabungsarbeiten im Regelfall Kleinstmengen von bituminösem Mischgut und provisorischem Heißmischgut im Ausmaß von rund 20 m2 benötigt. Nach dem Vorbringen der Antragstellerin sowie aufgrund der von ihr vorgelegten Bestätigungen des Unternehmens \*\*\* steht fest (Schreiben vom 29.6.2010 und vom 23.9.2010), dass dieses Unternehmen im Bedarfsfall in der Zeit vom 20.12. bis 31.1. jeden Jahres bituminöses Mischgut (Gussasphalt) ausliefern kann. Der Einbauort der Restmassen einer ganzen Charge (rund 200 m2) ist dabei von der Antragstellerin mit dem Unternehmen \*\*\* abzuklären.

Nachdem die Antragstellerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens von der Zuschlagsentscheidung vom 17.9.2010 erfahren hat, hat sie noch innerhalb der zehntägigen Anfechtungsfrist mit dem am 18.10.2010 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangten Antrag auch die Nichtigkeitsklage der Zuschlagsentscheidung begehrt. Die Verständigung der Antragsgegnerin von der beabsichtigten Einleitung des Nachprüfungsverfahrens ist ebenso nachgewiesen, wie die Entrichtung der Pauschalgebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat aufgrund des Inhaltes der vorgelegten Vergabeakten. Soweit daraus Zitierungen erfolgt sind, werden diese als Feststellungen der gegenständlichen Entscheidung zugrunde gelegt. Daraus ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragsgegnerin im Zuge der Eignungsprüfung das Ergebnis der von ihr vorgenommenen Prüfschritte auch nicht ansatzweise der Antragstellerin zur Kenntnis gebracht hat. Ebenso hat es die Antragsgegnerin - wie von ihr teilweise auch zugestanden - unterlassen, jene Überlegungen die zum Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin geführt haben, dieser vorzuhalten, wie sie in der Niederschrift über die Angebotsprüfung hinsichtlich der drei zitierten Positionen angestellt worden sind. Warum diese Vorhalte, die vom erkennenden Senat für durchaus erforderlich erachtet werden, nicht erfolgt sind, vermochte die Antragsgegnerin nicht nachvollziehbar zu erklären. Der Senat hatte keinen Grund an der Richtigkeit der zwei Bestätigungen des Unternehmens \*\*\* zu zweifeln und anzunehmen, dass die Antragstellerin tatsächlich von diesem Unternehmen auch während der kalten Jahreszeit, die für die Haltestellen benötigte Materialien nicht beziehen kann. Nach dem nicht bestrittenen Vorbringen der Antragstellerin war auch davon auszugehen, dass sie neben dem Bezug des Mischgutes vom Unternehmen \*\*\* auch in der Lage ist, zu den von der \*\*\* in ihrer Preisliste vorgegebenen Preisen Mischgut von

diesem Unternehmen zu beziehen. Hinsichtlich des Vermerkes "Rahmenvereinbarung" auf der vorgelegten Kopie der Preisliste ist auf die Ausführungen im Rahmen der rechtlichen Beurteilung zu verweisen. Die Anzahl der VFGI-Anlagen in den Haltestellen der Wiener Linien ergibt sich aus der Bekanntmachung, ebenso der Leistungszeitraum. Ausgehend von der Überlegung, dass 150 Haltestellen innerhalb von zwei Jahren auf derartige Anlagen umgerüstet werden sollen, was im Jahr rund 75 Haltestellen ergibt, hält der Senat die Darstellung der Antragstellerin, dass sie auch in der kalten Jahreszeit mit einer Asphaltmenge für 200 m<sup>2</sup> täglich das Auslangen finden kann, für durchaus realistisch. Es bestehen daher keine Bedenken, diese Darstellung als plausibel in die Feststellungen zu übernehmen.

In seiner rechtlichen Beurteilung hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich, nämlich im Bereich des Verkehrs (§ 164, 165, 169 BVergG 2006) tätig ist und die ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Oberschwellenbereich führt. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Der Leistungszeitraum beträgt zwei Jahre mit der Möglichkeit einer Verlängerung. Neben der Antragstellerin haben sich sieben weitere Unternehmen durch Legung von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an erster Stelle liegend verlesen. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin, die im Sektorenbereich, nämlich im Bereich des Verkehrs (Paragraph 164, 165, 169, BVergG 2006) tätig ist und die ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen im Oberschwellenbereich führt. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß und europaweit bekannt gemacht worden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Der Leistungszeitraum beträgt zwei Jahre mit der Möglichkeit einer Verlängerung. Neben der Antragstellerin haben sich sieben weitere Unternehmen durch Legung von Angeboten am Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde das Angebot der Antragstellerin als preislich an erster Stelle liegend verlesen.

Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 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 die behauptete Rechtswidrigkeit sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung und 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 Ausscheidungsentscheidung bzw. der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen gesondert anfechtbare Entscheidungen im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die in § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurde entrichtet. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. 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 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 die behauptete Rechtswidrigkeit sowohl der Ausscheidungsentscheidung als auch der Zuschlagsentscheidung und 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 Ausscheidungsentscheidung bzw. 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 in Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich wurde entrichtet. 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.

Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 17.9.2010 zugekommen. Der Antrag auf deren Nichtigerklärung ist am 24.09.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der

Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Von der mit gleichem Tag datierten Zuschlagsentscheidung hat die Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens am 15.10.2010 Kenntnis erlangt. Fest steht nach den Ergebnissen des Verfahrens, dass die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin nicht zugestellt worden ist. Hätte die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach § 131 BVerGG 2006 entsprochen (der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen ...), wäre der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 17.9.2010 zugegangen. Sie hätte dann den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemeinsam mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung im Sinne des § 20 Abs. 2 WVRG 2007 stellen können. Es ist daher davon auszugehen, dass die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung für die Antragstellerin erst mit dem Tag, an dem sie von deren Existenz Kenntnis erlangt hat, zu laufen begonnen hat. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt ist die am 18.10.2010 begehrte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ebenfalls als rechtzeitig zu werten. Die angefochtene Ausscheidungsentscheidung ist der Antragstellerin am 17.9.2010 zugekommen. Der Antrag auf deren Nichtigerklärung ist am 24.09.2010 und damit rechtzeitig im Sinne des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt. Von der mit gleichem Tag datierten Zuschlagsentscheidung hat die Antragstellerin erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens am 15.10.2010 Kenntnis erlangt. Fest steht nach den Ergebnissen des Verfahrens, dass die Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin nicht zugestellt worden ist. Hätte die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung nach Paragraph 131, BVerGG 2006 entsprochen (der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern unverzüglich und nachweislich mitzuteilen ...), wäre der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung am 17.9.2010 zugegangen. Sie hätte dann den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemeinsam mit dem Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, WVRG 2007 stellen können. Es ist daher davon auszugehen, dass die Frist zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung für die Antragstellerin erst mit dem Tag, an dem sie von deren Existenz Kenntnis erlangt hat, zu laufen begonnen hat. Im Hinblick auf diesen Sachverhalt ist die am 18.10.2010 begehrte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ebenfalls als rechtzeitig zu werten.

Die Anträge sind im Ergebnis auch 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 Wettbewerbes, unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung 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 18.10.2001, RsC 19/00, VKS Wien vom 3.5.2007, VKS - 1960/07 vom 10.9.2009, VKS - 6315/09 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt nicht nur bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, sondern auch bei der Entscheidung des Auftraggebers, ein Angebot auszuschneiden. Es muss aus den Vergabeakten objektiv nachvollziehbar und klar ersichtlich sein, aus welchen Gründen er einen bestimmten Bieter ausscheiden möchte. Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, nicht nur seine Überlegungen, die zur Ausscheidungsentscheidung geführt haben, darzustellen, sondern auch jeden Schritt in Bezug auf die Prüfung, etwa wie vorliegend der Eignung, dem betroffenen Bieter vorzuhalten und ihm Gelegenheit zu geben, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Diesen Anforderungen wird die Ausscheidungsentscheidung in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. 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 Wettbewerbes, unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu vergeben. Nach der Rechtsprechung 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 18.10.2001, RsC 19/00, VKS Wien vom 3.5.2007, VKS - 1960/07 vom 10.9.2009, VKS - 6315/09 u.a.). Dem Gebot der Transparenz im Vergabeverfahren kommt nicht nur bei der Wahl des Angebotes für den Zuschlag fundamentale Bedeutung zu, sondern auch bei der Entscheidung des Auftraggebers, ein Angebot auszuschneiden. Es muss aus den Vergabeakten objektiv nachvollziehbar und klar ersichtlich sein, aus welchen Gründen er einen bestimmten Bieter ausscheiden möchte. Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, nicht nur seine Überlegungen, die zur

Ausscheidungsentscheidung geführt haben, darzustellen, sondern auch jeden Schritt in Bezug auf die Prüfung, etwa wie vorliegend der Eignung, dem betroffenen Bieter vorzuhalten und ihm Gelegenheit zu geben, strittige Umstände oder Sachverhalte aufzuklären. Diesen Anforderungen wird die Ausscheidungsentscheidung in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht.

Nach den Ausschreibungsbedingungen hatte jeder Bieter eine Bestätigung darüber vorzulegen, dass ihm bituminöses Mischgut und Gussasphalt ganzjährig zur Verfügung steht. Diesbezüglich hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot eine entsprechende Bestätigung des Unternehmens \*\*\* vorgelegt und eine Preisliste \*\*\*, zu welchen Preisen von diesem Unternehmen Mischgut bezogen werden kann. Es trifft zwar zu, dass der Zweck der Vorlage dieser Preisliste von der Antragstellerin nicht erklärt wurde. Es ist daher der Antragsgegnerin zuzubilligen, dass sie die Richtigkeit der Bestätigung des Unternehmens \*\*\* hinterfragt hat. Der Senat ist jedoch der Ansicht, dass sie diese Überprüfung derart hätte vornehmen müssen, dass dem Unternehmen die von ihm ausgestellte Bestätigung vorgehalten hätte werden müssen. Mit dem E-Mail, das auf den gegenständlichen Vergabevorgang keinen Bezug nimmt, war nicht zu erwarten, dass das Unternehmen \*\*\* darin eine Überprüfung seiner am 29.6.2010 ausgestellten Bestätigung erkennt. Unabhängig davon, dass die Art und Weise, wie der Mitarbeiter der Antragsgegnerin die Richtigkeit dieser Bestätigung überprüft hat, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, den Inhalt dieser Antwort der Antragstellerin vorzuhalten und ihr Gelegenheit zu geben, darzustellen, wie sie sich das Mischgut beschaffen wird. In diesem Zusammenhang hätte die Antragsgegnerin auch mit der Antragstellerin zu erörtern gehabt, in welchen Mengen Mischgut bei Durchführung der Arbeiten jeweils pro konkreter Baustelle benötigt wird, was bei Einbau von Kleinstmengen (ca. 20 m<sup>2</sup>) mit Überschussmengen geschehen wird. Damit hätte die von der Antragstellerin erst in ihren Schriftsätzen gegebene Darstellung auf ihre Plausibilität geprüft werden können, ebenso ob sie in den Preisansätzen ihre Deckung finden kann. Zusammenfassend gesehen wäre die Antragsgegnerin nach Ansicht des Senates dazu verpflichtet gewesen, jene Überlegungen, die sie insbesondere in ihrem Schriftsatz vom 4.10.2010 angestellt hat, bezüglich der Preisangemessenheit der Antragstellerin bereits im Verfahren vorzuhalten und dann das Ergebnis entsprechend begründet in der Niederschrift über die Angebotsprüfung festzuhalten. So ist der Niederschrift über die Angebotsprüfung zur Erfüllung der Eignungskriterien lediglich zu entnehmen, dass der Bieter die Eignungskriterien nicht erfüllt und daher ausgeschieden werden soll. Als Begründung ist dafür lediglich angeführt "vom Bieter wurde kein anderes Mischwerk nachgenannt". Die Verpflichtung zur Nachnennung eines anderen Mischwerkes ist weder den Ausschreibungsbedingungen zu entnehmen noch nach der Sachlage gerechtfertigt, da die Bestätigung des Unternehmens \*\*\*, keineswegs ausschließt, dass die Antragstellerin über entsprechendes Mischgut auch während der kalten Jahreszeit verfügen wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Bieter zum Bezug von Mischgut keine Subunternehmen, sondern nur Lieferanten zu nennen hatten. Wenn nun die Antragstellerin eine Preisliste der \*\*\* vorgelegt hat, die sie mit dem handschriftlichen Vermerk "Rahmenvereinbarung" versehen hat, wäre die Antragsgegnerin nach Erhalt der Auskunft dieses Unternehmens verpflichtet gewesen, diese der Antragstellerin vorzuhalten. Dass dies nicht geschehen ist, bildet einen wesentlichen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz und damit einen Mangel des Vergabeverfahrens, ohne dass dies von der Antragsgegnerin als Ausscheidungsgrund in der Mitteilung vom 17.09.2010 angeführt worden wäre, versucht sie in ihrem Schriftsatz vom 17.11.2010 der Antragstellerin in diesem Zusammenhang "falsche Angaben" nachträglich vorzuwerfen. Abgesehen davon, dass sie hier die Bestimmung des § 68 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 vollkommen verkennt ("in erheblichem Ausmaß falsche Erklärungen"; vgl. VWGH 18.03.2009, Zl. 2007/04/0234-12), wäre auch dieser Sachverhalt vorzuhalten gewesen. Jedenfalls kann dieser Standpunkt der Antragstellerin, der regelmäßige Bezug von Mischgut von der \*\*\* auf Grundlage der von dieser aufgelegten Preisliste stelle eine durch konkludente Handlung zu Stande gekommene Rahmenvereinbarung dar, nicht als unvertretbar bezeichnet werden. Nach den Ausschreibungsbedingungen hatte jeder Bieter eine Bestätigung darüber vorzulegen, dass ihm bituminöses Mischgut und Gussasphalt ganzjährig zur Verfügung steht. Diesbezüglich hat die Antragstellerin mit ihrem Angebot eine entsprechende Bestätigung des Unternehmens \*\*\* vorgelegt und eine Preisliste \*\*\*, zu welchen Preisen von diesem Unternehmen Mischgut bezogen werden kann. Es trifft zwar zu, dass der Zweck der Vorlage dieser Preisliste von der Antragstellerin nicht erklärt wurde. Es ist daher der Antragsgegnerin zuzubilligen, dass sie die Richtigkeit der Bestätigung des Unternehmens \*\*\* hinterfragt hat. Der Senat ist jedoch der Ansicht, dass sie diese Überprüfung derart hätte vornehmen müssen, dass dem Unternehmen die von ihm ausgestellte Bestätigung vorgehalten hätte werden müssen. Mit dem E-Mail, das auf den gegenständlichen Vergabevorgang keinen Bezug nimmt, war nicht zu erwarten, dass das Unternehmen \*\*\* darin eine Überprüfung seiner am 29.6.2010 ausgestellten Bestätigung erkennt. Unabhängig davon, dass die Art und Weise,

wie der Mitarbeiter der Antragsgegnerin die Richtigkeit dieser Bestätigung überprüft hat, wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, den Inhalt dieser Antwort der Antragstellerin vorzuhalten und ihr Gelegenheit zu geben, darzustellen, wie sie sich das Mischgut beschaffen wird. In diesem Zusammenhang hätte die Antragsgegnerin auch mit der Antragstellerin zu erörtern gehabt, in welchen Mengen Mischgut bei Durchführung der Arbeiten jeweils pro konkreter Baustelle benötigt wird, was bei Einbau von Kleinstmengen (ca. 20 m<sup>2</sup>) mit Überschussmengen geschehen wird. Damit hätte die von der Antragstellerin erst in ihren Schriftsätzen gegebene Darstellung auf ihre Plausibilität geprüft werden können, ebenso ob sie in den Preisansätzen ihre Deckung finden kann. Zusammenfassend gesehen wäre die Antragsgegnerin nach Ansicht des Senates dazu verpflichtet gewesen, jene Überlegungen, die sie insbesondere in ihrem Schriftsatz vom 4.10.2010 angestellt hat, bezüglich der Preisangemessenheit der Antragstellerin bereits im Verfahren vorzuhalten und dann das Ergebnis entsprechend begründet in der Niederschrift über die Angebotsprüfung festzuhalten. So ist der Niederschrift über die Angebotsprüfung zur Erfüllung der Eignungskriterien lediglich zu entnehmen, dass der Bieter die Eignungskriterien nicht erfüllt und daher ausgeschieden werden soll. Als Begründung ist dafür lediglich angeführt "vom Bieter wurde kein anderes Mischwerk nachgenannt". Die Verpflichtung zur Nachnennung eines anderen Mischwerkes ist weder den Ausschreibungsbedingungen zu entnehmen noch nach der Sachlage gerechtfertigt, da die Bestätigung des Unternehmens \*\*\*, keineswegs ausschließt, dass die Antragstellerin über entsprechendes Mischgut auch während der kalten Jahreszeit verfügen wird. In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Bieter zum Bezug von Mischgut keine Subunternehmen, sondern nur Lieferanten zu nennen hatten. Wenn nun die Antragstellerin eine Preisliste der \*\*\* vorgelegt hat, die sie mit dem handschriftlichen Vermerk "Rahmenvereinbarung" versehen hat, wäre die Antragsgegnerin nach Erhalt der Auskunft dieses Unternehmens verpflichtet gewesen, diese der Antragstellerin vorzuhalten. Dass dies nicht geschehen ist, bildet einen wesentlichen Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz und damit einen Mangel des Vergabeverfahrens, ohne dass dies von der Antragsgegnerin als Ausscheidungsgrund in der Mitteilung vom 17.09.2010 angeführt worden wäre, versucht sie in ihrem Schriftsatz vom 17.11.2010 der Antragstellerin in diesem Zusammenhang "falsche Angaben" nachträglich vorzuwerfen. Abgesehen davon, dass sie hier die Bestimmung des Paragraph 68, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2006 vollkommen verkennt ("in erheblichem Ausmaß falsche Erklärungen"; vergleiche VWGH 18.03.2009, Zl. 2007/04/0234-12), wäre auch dieser Sachverhalt vorzuhalten gewesen. Jedenfalls kann dieser Standpunkt der Antragstellerin, der regelmäßige Bezug von Mischgut von der \*\*\* auf Grundlage der von dieser aufgelegten Preisliste stelle eine durch konkludente Handlung zu Stande gekommene Rahmenvereinbarung dar, nicht als unvertretbar bezeichnet werden.

Die Antragsgegnerin hat ihre Ausscheidungsentscheidung auch darauf gegründet, dass in den Positionen 011203AZ - Mitwirkung Planung, 011203BZ - Bestandsplan MA14 sowie bei der Position 012001B - Entsorgung Bodenaushub verunreinigt, eine unplausible Preisgestaltung vorliegen würde. Abgesehen davon, dass von der Antragstellerin ein ausdrücklicher Vorhalt, worin sie die unplausible Preisgestaltung erblickt, den Vergabeakten nicht zu entnehmen ist, ein Ansatz dafür und zwar, soweit es die Mitwirkung bei der Planung und den Bestandsplan MA14 betrifft, der Niederschrift vom 8.7.2010 entnommen werden kann, ist zur Position Entsorgung Bodenaushub verunreinigt, darauf hinzuweisen, dass hier ein Vorhalt ebenfalls nicht dokumentiert ist, sondern lediglich die Bemerkung der Auftraggeberin, dass ein Bodenaushub verunreinigt "kaum anfällt". Jedenfalls hat es nach dem Inhalt der Vergabeakten die Antragsgegnerin unterlassen jene detaillierten Überlegungen, wie sie sich aus ihrem Schriftsatz vom 4.10.2010 zu diesen Positionen ergeben, der Antragstellerin konkret vorzuhalten. Dies wäre umso mehr zu erwarten gewesen, als die Antragstellerin über Ersuchen der Antragsgegnerin dieser die entsprechenden K 7 - Blätter vorgelegt hat und - wäre diesbezüglich ein Aufklärungsbedarf seitens der Antragsgegnerin weiterhin gegeben gewesen - sie verpflichtet gewesen wäre, die Antragstellerin zu einer entsprechenden Aufklärung aufzufordern. Im Rahmen eines derartigen kontradiktorisch geführten Vorhalteverfahrens hätte die Antragsgegnerin auch Gelegenheit gehabt, jene Überlegungen, wie sie sie im Schriftsatz vom 17.11.2010 angestellt hat, der Antragstellerin darzulegen.

Nach § 268 Abs. 1 BVergG 2006 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dazu hat der Sektorenauftraggeber vom Bieter eine verbindliche, schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung zu verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Dies bedeutet aber im Ergebnis, dass der Auftraggeber nicht nur diese Überprüfungsschritte setzen kann bzw. gegebenenfalls setzen muss, sondern auch dass er deren Ergebnis entsprechend zu dokumentieren hat. Es hat daher der Auftraggeber eine

verbindliche, schriftliche Aufklärung zu verlangen und zu dokumentieren, welche Wertung er diesen Auskünften im Rahmen seiner Prüfschritte einräumt. Nach Paragraph 268, Absatz eins, BVergG 2006 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dazu hat der Sektorenauftraggeber vom Bieter eine verbindliche, schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung zu verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Dies bedeutet aber im Ergebnis, dass der Auftraggeber nicht nur diese Überprüfungsschritte setzen kann bzw. gegebenenfalls setzen muss, sondern auch dass er deren Ergebnis entsprechend zu dokumentieren hat. Es hat daher der Auftraggeber eine verbindliche, schriftliche Aufklärung zu verlangen und zu dokumentieren, welche Wertung er diesen Auskünften im Rahmen seiner Prüfschritte einräumt.

Nun sieht die Antragsgegnerin eine nicht plausible Preisgestaltung bei insgesamt drei Positionen, die, nach den unwidersprochen gebliebenen Ausführungen der Antragstellerin, in Summe Euro \*\*\* und damit 0,98 % des Angebotspreises ausmachen. Nach der ständigen Spruchpraxis des Senates ist entscheidend, ob ein Auftragnehmer mit den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln im individuellen und wirtschaftlichen Umfeld gesehen, in der Lage sein wird, die gewünschten Leistungen zu den angebotenen Preisen zu erbringen (VKS - 6991/09). Dabei ist im Wesentlichen auf den Gesamtangebotspreis abzustellen (VKS - 38/07, VKS - 2942/10 u.a.). Auch nach der Rechtsprechung des VwGH muss nur geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (VwGH 29.3.2006, 2003/04/0181 u.a.), wobei auch hier grundsätzlich auf den Gesamtangebotspreis abzustellen ist. Da sich die Antragsgegnerin mit dieser Problematik nicht auseinandergesetzt hat, hat sie im Hinblick darauf, dass der auf die genannten drei Positionen entfallende Preisanteil nur 0,98 % des Angebotspreises ausmacht, nicht geprüft, ob die Antragstellerin nicht doch trotz der von ihr vorgenommenen Kalkulation bei diesen drei Positionen noch einen angemessenen Deckungsbeitrag erwirtschaften wird. Es musste das Vergabeverfahren auch aus diesen Gründen mangelhaft bleiben.

Das Nachprüfungsverfahren hat somit zusammenfassend ergeben, dass eine den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 entsprechende Prüfung des Angebotes der Antragstellerin in einer ausreichend dokumentierten und nachvollziehbaren Art und Weise nicht stattgefunden hat. Da es nicht Aufgabe der Nachprüfungsbehörde sein kann, eine Bewertung von Angeboten vorzunehmen und damit jene Tätigkeiten zu vollziehen, die der Auftraggeber vor der Zuschlagsentscheidung vorzunehmen gehabt hätte, war die angefochtene Ausscheidungsentscheidung als nichtig aufzuheben. Die Antragsgegnerin wird im fortzusetzenden Vergabeverfahren in nachvollziehbarer Art und Weise eine Prüfung des Angebotes der Antragstellerin im aufgezeigten Sinn vorzunehmen und dabei die Gründe ihrer Beurteilung in den Vergabeakten ausreichend darzustellen und zu dokumentieren haben, um eine etwaige erforderliche Überprüfung ihrer Entscheidung zu ermöglichen. Nach dem derzeitigen Inhalt der Vergabeakten ist dies in mehrfacher Hinsicht nicht möglich, weil insbesondere eine ausreichende Dokumentation darüber fehlt, aufgrund welcher Überlegungen und Schlüsse die Antragsgegnerin zu ihren Prüfschritten veranlasst wurde und sie insbesondere die ihr vorliegenden Ergebnisse dieser Prüfschritte nicht der Antragstellerin vorgehalten hat, sodass diese eine Widerlegung der für sie ungünstigen Erhebungsergebnisse bzw. eine Klarstellung nicht möglich war.

Die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung hat zur Folge, dass im Hinblick auf das gewählte Billigstbieterprinzip auch die der Antragstellerin entgegen der Bestimmung des § 272 BVergG 2006 nicht bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären war, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung mit ihrem Angebot nur an zweiter Stelle liegt. Die Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung hat zur Folge, dass im Hinblick auf das gewählte Billigstbieterprinzip auch die der Antragstellerin entgegen der Bestimmung des Paragraph 272, BVergG 2006 nicht bekannt gegebene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären war, da die präsumtive Zuschlagsempfängerin nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung mit ihrem Angebot nur an zweiter Stelle liegt.

Mit diesen Entscheidungen ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 1.10.2010 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 1.10.2010 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**

Anfechtung der Ausscheidung; Sektorenbereich; Transparenzgebot; Preisgestaltung; Stattgebung; Mangelhaftes Prüfverfahren;

**Zuletzt aktualisiert am**

07.02.2011

**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](http://www.jusline.at)