

TE Verg Bescheid 2010/3/4 VKS-7173/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.03.2010

Norm

WVRG 2007 §1 Abs1

WVRG 2007 §2. Abs1

WVRG 2007 §13 Abs3

WVRG 2007 §18

WVRG 2007 §19

WVRG 2007 §20

WVRG 2007 §23 Abs1

WVRG 2007 §24 Abs1 Z6

WVRG 2007 §25 Abs1

WVRG 2007 §31 Abs6

WVRG 2007 §39 in Verbindung mit

BVergG 2006 §2 Z16 lita sublitaa

BVergG 2006 §3 Abs1

BVergG 2006 §4

BVergG 2006 §12 Abs1 Z1

BVergG 2006 §19 Abs1

BVergG 2006 §79

BVergG 2006 §80

BVergG 2006 §125

BVergG 2006 §345

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 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 19 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.01.2008 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 19 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 79 gültig von 05.03.2010 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 79 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010
1. BVergG 2006 § 80 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 80 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 80 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 § 345 gültig von 27.02.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 345 gültig von 12.07.2013 bis 26.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 345 gültig von 24.05.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2012
4. BVergG 2006 § 345 gültig von 17.02.2012 bis 23.05.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 345 gültig von 05.03.2010 bis 17.02.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
7. BVergG 2006 § 345 gültig von 27.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
8. BVergG 2006 § 345 gültig von 01.02.2006 bis 26.11.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag des ***, Platten- und Fliesenlegermeister, ***, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in Wien auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines „Rahmenvertrages Fliesenlegerarbeiten in den Bezirken 1-23; Ausschreibungsnummer LV/WWDT/QS-FLIESENLEGER-LTV-V02“, für die Lose „KD 09 – GE 2, KD 21 – GE 5, KD 21 – GE 6, KD 22 – GE 1, KD 22 – GE 4 und KD 22 – GE 5“ durch die Stadt Wien, Wiener Wohnen, Direktion – Technik/Qualitätssicherung, Doblhoffgasse 6, 1080 Wien, vertreten durch schwartz und huber-medek, rechtsanwälte oeg in Wien, nach mündlicher Verhandlung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins
Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin je vom 31.7.2009, betreffend die Lose KD 09 – GE 2, KD 21 – GE 5, KD 21 – GE 6, KD 22 – GE 1, KD – 22 – GE 4 und KD 22 – GE 5, wird abgewiesen.
2. 2.Ziffer 2
Die einstweilige Verfügung vom 18.8.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. 3.Ziffer 3
Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 13 Abs. 3, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Z 6, 25 Abs. 1, 31 Abs. 6, 39 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit. aa, 3 Abs. 1, 4, 12 Abs. 1 Z 1, 19 Abs. 1, 79, 80, 125, 345 BVergG.Paragraphen eins, Absatz eins, 2, Absatz eins, 13, Absatz 3, 18, 19, 20, 23, Absatz eins, 24, Absatz eins, Ziffer 6, 25, Absatz eins, 31, Absatz 6, 39, WVRG 2007 in Verbindung mit Paragraphen 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 3 Absatz eins, 4, 12, Absatz eins, Ziffer eins,

19, Absatz eins, 79, 80, 125, 345, BVergG.

Begründung:

Die Stadt Wien, Wiener Wohnen (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten städtischen Wohnhausanlagen bzw. Wohnhäusern. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisauflags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 26.6.2008, ZL 2008/S122-163284, als auch auf der gemäß der Wiener Publikationsmedien-Verordnung (LGBL Nr. 33/2006) maßgeblichen Website www.gemeinderecht.wien.at sowie im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 27 vom 3.7.2008 bekannt gemacht worden. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung auf weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Ausschreibungsunterlagen wurden einmal berichtigt, die Berichtigung ist ordnungsgemäß kund gemacht worden. 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. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“, wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Die (berichtigten) Ausschreibungsunterlagen wurden während der Anfechtungsfrist des § 24 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 nicht angefochten. Die Stadt Wien, Wiener Wohnen (im folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten städtischen Wohnhausanlagen bzw. Wohnhäusern. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisauflags- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung ist ordnungsgemäß sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 26.6.2008, ZL 2008/S122-163284, als auch auf der gemäß der Wiener Publikationsmedien-Verordnung (LGBL Nr. 33 aus 2006,) maßgeblichen Website www.gemeinderecht.wien.at sowie im Amtsblatt der Stadt Wien Nr. 27 vom 3.7.2008 bekannt gemacht worden. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung auf weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Ausschreibungsunterlagen wurden einmal berichtigt, die Berichtigung ist ordnungsgemäß kund gemacht worden. 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. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“, wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Die (berichtigten) Ausschreibungsunterlagen wurden während der Anfechtungsfrist des Paragraph 24, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 nicht angefochten.

Das Ende der Angebotsfrist war der 30.9.2008, 8 Uhr. Die Öffnung der Angebote fand anschließend ab 8.30 Uhr statt. Insgesamt haben sich an der Ausschreibung 18 Bieter beteiligt, wovon vier Bieter für alle Lose Angebote gelegt haben, mehrere Bieter für einige Lose und ein Bieter für nur ein Los. Der Antragsteller hat rechtzeitig Angebote für dreizehn Lose gelegt, darunter die gegenständlichen Lose KD09, GE 2, KD 21 – GE 5 und 6, KD 22 – GE 1, 4 und 5.

Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung kam der Antragsteller mit seinem Angebot bei den gegenständlichen Gebietseinheiten jeweils an zweiter Stelle zu liegen.

Mit Schreiben vom 31.7.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, das Angebot hinsichtlich dieser sechs Lose, der nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Arbeitsgemeinschaft (= ARGE) erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 13.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 13.8.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins Z, 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz.

Zum Einzelnen macht der Antragsteller geltend, der präsuntiven Zuschlagsempfängerin (= ARGE) würde es an der technischen Leistungsfähigkeit mangeln. Die ARGE habe für sämtliche 48 Lose ein Angebot gelegt und hätte daher bereits im Zeitpunkt der Angebotslegung entsprechende Referenzen über Leistungen in den letzten drei Jahren in

bewohnten mehrgeschossigen Wohnhausanlagen nachweisen müssen. Sie hätte Auftragsvolumina von über Euro 20.000.000,-- nachweisen müssen, was ihr nach Information des Antragstellers nicht gelungen sei.

Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise würden eine unplausible Zusammensetzung aufweisen, da die von ihr vorgenommenen Abschläge von jeweils mehr als 32 % (und damit deutlich über jenen der übrigen Bieter) gänzlich unnachvollziehbar wären. Um zu derartigen Angebotspreisen zu gelangen, müssten den Angeboten der ARGE entweder Beschaffungskosten zugrunde liegen, die weit niedriger als die am Markt erzielbaren Einkaufspreise für das in concreto ausgeschriebene Material wären oder Löhne, die arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletzen oder eine Kombination aus beiden darstellen. Ein Unterschreiten des geschätzten Auftragswertes um rund 33 % sei jedenfalls als besonders auffällig zu qualifizieren und hätte daher auf Seiten der Antragsgegnerin zu einer vertieften Angebotsprüfung führen müssen. Eine solche sei aber offensichtlich nicht durchgeführt worden. Im Detail führt der Antragsteller aus, dass er seine Angebote „bereits fast zu Selbstkosten kalkuliert“ habe, weshalb die Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls Preise wären, mit welchen die ausgeschriebenen Leistungen nicht kostendeckend erbracht werden könnten. Es sei daher davon auszugehen, dass bei den Billigstangeboten ein Unterpreis vorliege. Die Antragsgegnerin habe es offensichtlich unterlassen nachzuprüfen, ob die Leistungen mit dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angenommenen Personal- und Sachaufwand zu bewerkstelligen und ob die Kosten für diesen Aufwand realistisch in die jeweiligen Angebote bezüglich der einzelnen Lose eingeflossen sind. Sodann stellt die Antragstellerin dar, wie ihrer Ansicht nach von der Antragsgegnerin die vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen wäre. Unter Anwendung der Mittelwertmethode würden sich bei den gegenständlichen Losen Differenzen zwischen den jeweiligen Gesamtangebotspreisen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem errechneten Mittelwert zwischen 21,32 % und 23,52 % ergeben. Auf Grund der von der Lehre entwickelten Grundsätze wäre die Antragsgegnerin jedenfalls zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen, da die Differenzen weit über dem Schwellenwert von 15 % lägen. Dabei wäre eine Prüfung der Preisangemessenheit sowohl des Materials als auch der Löhne vorzunehmen gewesen, was offenbar nicht erfolgt sei. Da die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung offensichtlich unterlassen habe, sei die Angebotsprüfung daher noch nicht abgeschlossen, weshalb auch aus diesem Grunde die Zuschlagsentscheidungen bezüglich der sechs angefochtenen Lose als nichtig aufzuheben wären. Letztlich macht der Antragsteller geltend, dass die Auftraggeberin das Angebot der ARGE nach § 129 Z 8 BVergG 2006 wegen Vorliegens wettbewerbswidriger Absprachen zwischen den ARGE Mitgliedern auszuschneiden hätte. Da nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit besteht, auch nur ein einziges Los anzubieten, zeige diese deutlich, dass das Vergabeverfahren auf einen breiten Wettbewerb gerichtet werden sollte. „Durch die vorgesehene Einzelvergabe der Lose sollte insbesondere auch Kleinunternehmen die Chance eingeräumt werden, sich an der gegenständlichen Ausschreibung zu beteiligen. Wenngleich die Ausschreibungsunterlage die Anzahl der Mitglieder der ARGE nicht begrenzt, so ist die Bildung einer ARGE, wie die des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die sich aus drei einzelnen jeweils marktrelevanten Unternehmen zusammensetzt, für das einzelne Los betrachtet, als eklatanter Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Grundsätze sowie kartellrechtliche Vorschriften zu werten. Bei den drei Mitgliedern der ARGE handelt es sich nämlich um bedeutende Marktteilnehmer, die auf diesem Markt grundsätzlich als Konkurrenten auftreten, sich jedoch gegenständlich zur Abgabe eines gemeinsamen Angebotes pro Los verbunden“ hätten. Die Bildung dieser ARGE sei daher als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, weil mit der Vereinbarung über die ARGE gleichzeitig die Abrede verbunden sein muss, bei einer konkreten Ausschreibung kein eigenes Angebot zu legen und hiedurch eine Reduktion der Bieteranzahl herbeizuführen. In diesem Zusammenhang verweist der Antragsteller auf die umfassende Neuregelung der Kartellrechts-Novelle 2005. Der Zusammenschluss der drei Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher nicht nur eklatant wettbewerbsbeschränkend im Sinne des § 19 BVergG 2006, sondern auch kartellrechtswidrig, weshalb die Auftraggeberin mit einer Ausscheidungsentscheidung hinsichtlich der von dieser gelegten Angebote nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 hätte vorgehen müssen. Die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise würden eine unplausible Zusammensetzung aufweisen, da die von ihr vorgenommenen Abschläge von jeweils mehr als 32 % (und damit deutlich über jenen der übrigen Bieter) gänzlich unnachvollziehbar wären. Um zu derartigen Angebotspreisen zu gelangen, müssten den Angeboten der ARGE entweder Beschaffungskosten zugrunde liegen, die weit niedriger als die am Markt erzielbaren Einkaufspreise für das in concreto ausgeschriebene Material wären oder Löhne, die arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletzen oder eine Kombination aus beiden darstellen. Ein Unterschreiten des geschätzten Auftragswertes um rund 33 % sei jedenfalls als besonders auffällig zu qualifizieren und hätte daher auf

Seiten der Antragsgegnerin zu einer vertieften Angebotsprüfung führen müssen. Eine solche sei aber offensichtlich nicht durchgeführt worden. Im Detail führt der Antragsteller aus, dass er seine Angebote „bereits fast zu Selbstkosten kalkuliert“ habe, weshalb die Angebotspreise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls Preise wären, mit welchen die ausgeschriebenen Leistungen nicht kostendeckend erbracht werden könnten. Es sei daher davon auszugehen, dass bei den Billigtangeboten ein Unterpreis vorliege. Die Antragsgegnerin habe es offensichtlich unterlassen nachzuprüfen, ob die Leistungen mit dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angenommenen Personal- und Sachaufwand zu bewerkstelligen und ob die Kosten für diesen Aufwand realistisch in die jeweiligen Angebote bezüglich der einzelnen Lose eingeflossen sind. Sodann stellt die Antragstellerin dar, wie ihrer Ansicht nach von der Antragsgegnerin die vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen gewesen wäre. Unter Anwendung der Mittelwertmethode würden sich bei den gegenständlichen Losen Differenzen zwischen den jeweiligen Gesamtangebotspreisen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem errechneten Mittelwert zwischen 21,32 % und 23,52 % ergeben. Auf Grund der von der Lehre entwickelten Grundsätze wäre die Antragsgegnerin jedenfalls zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen, da die Differenzen weit über dem Schwellenwert von 15 % lägen. Dabei wäre eine Prüfung der Preisangemessenheit sowohl des Materials als auch der Löhne vorzunehmen gewesen, was offenbar nicht erfolgt sei. Da die Auftraggeberin eine vertiefte Angebotsprüfung offensichtlich unterlassen habe, sei die Angebotsprüfung daher noch nicht abgeschlossen, weshalb auch aus diesem Grunde die Zuschlagsentscheidungen bezüglich der sechs angefochtenen Lose als nichtig aufzuheben wären. Letztlich macht der Antragsteller geltend, dass die Auftraggeberin das Angebot der ARGE nach Paragraph 129, Ziffer 8, BVergG 2006 wegen Vorliegens wettbewerbswidriger Absprachen zwischen den ARGE Mitgliedern auszuschneiden hätte. Da nach den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen die Möglichkeit besteht, auch nur ein einziges Los anzubieten, zeige diese deutlich, dass das Vergabeverfahren auf einen breiten Wettbewerb gerichtet werden sollte. „Durch die vorgesehene Einzelvergabe der Lose sollte insbesondere auch Kleinunternehmen die Chance eingeräumt werden, sich an der gegenständlichen Ausschreibung zu beteiligen. Wenngleich die Ausschreibungsunterlage die Anzahl der Mitglieder der ARGE nicht begrenzt, so ist die Bildung einer ARGE, wie die des präsumtiven Zuschlagsempfängers, die sich aus drei einzelnen jeweils marktrelevanten Unternehmen zusammensetzt, für das einzelne Los betrachtet, als eklatanter Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Grundsätze sowie kartellrechtliche Vorschriften zu werten. Bei den drei Mitgliedern der ARGE handelt es sich nämlich um bedeutende Marktteilnehmer, die auf diesem Markt grundsätzlich als Konkurrenten auftreten, sich jedoch gegenständlich zur Abgabe eines gemeinsamen Angebotes pro Los verbunden“ hätten. Die Bildung dieser ARGE sei daher als unzulässige Wettbewerbsbeschränkung anzusehen, weil mit der Vereinbarung über die ARGE gleichzeitig die Abrede verbunden sein muss, bei einer konkreten Ausschreibung kein eigenes Angebot zu legen und hiedurch eine Reduktion der Bieteranzahl herbeizuführen. In diesem Zusammenhang verweist der Antragsteller auf die umfassende Neuregelung der Kartellrechts-Novelle 2005. Der Zusammenschluss der drei Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher nicht nur eklatant wettbewerbsbeschränkend im Sinne des Paragraph 19, BVergG 2006, sondern auch kartellrechtswidrig, weshalb die Auftraggeberin mit einer Ausscheidungsentscheidung hinsichtlich der von dieser gelegten Angebote nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 hätte vorgehen müssen.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde der Antragsteller in seinem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und dem lautereren Wettbewerb und somit vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in seinem Recht auf eine zu seinen Gunsten zu treffende Zuschlagsentscheidung, in seinem Recht auf Erteilung des Zuschlages an ihn als eigentlichen Bestbieter sowie in seinem Recht auf gesetzeskonforme Beendigung des Vergabeverfahrens verletzt.

Sollte der Antragsteller den Auftrag nicht erhalten, drohe ihm durch die frustrierten Kosten an der Teilnahme an dem gegenständlichen Vergabeverfahren, der Rechtsberatungskosten für das Nachprüfungsverfahren sowie an entgangenem Gewinn (der im Antrag näher beziffert wird) und letztlich durch Verlust eines Referenzprojektes ein nicht unwesentlicher Schaden zu entstehen.

Die zur Sicherung seiner Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 18.8.2009 antragsgemäß erlassen. Die Dauer der Wirksamkeit dieser einstweiligen Verfügung wurde mehrfach von Amts wegen verlängert. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieser den Parteien zugekommenen Bescheide verwiesen werden, um Wiederholungen zu vermeiden.

Mit Schriftsatz vom 19.8.2009 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft (im

Folgenden Teilnahmeberechtigte oder ARGE genannt) im Sinne des § 22 Abs. 2 WVRG 2007 als Partei in das Verfahren eingetreten, hat die Abweisung der Anträge des Antragstellers begehrt und in der Sache ausgeführt, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unter Berücksichtigung sämtlicher K3-Blätter sowie aller Hilfsblätter dazu sowie der K7- Blätter für alle Ausschreibungspositionen vorgenommen. Sämtliche Aufklärungen, die von der Antragsgegnerin gefordert worden seien, seien von der Teilnahmeberechtigten erbracht worden. Es könne keine Rede davon sein, dass es sich beim Angebot der Teilnahmeberechtigten um ein unterpreisiges bzw. spekulatives Angebot handle. Die von dem von der Antragsgegnerin mit der Erstellung der Basiskalkulation betrauten Sachverständigen zu Grunde gelegten Preise würden mindestens 15-20 % über den Preisen, „um die (die) mitbeteiligte Partei bis zum heutigen Tage (inklusive Lohnerhöhungen) arbeitet“ liegen. Der vom Antragsteller beeinspruchte und bekämpfte Preisnachlass „von ca. 32 % ist in Wirklichkeit keiner in einer solchen Höhe, da die Preise des Sachverständigen um ca. 20 % (natürlich nur im Mittel der Positionen) über den Preisen liegen, um welchen die mitbeteiligte Partei bis zum heutigen Tag für Wiener Wohnen arbeitet“. Die Erfahrungen der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft seien, wie es die Referenznachweise verlangten, äußerst umfangreich im mehrgeschossigen Wohnhausbau besonders für die Auftraggeberin Wiener Wohnen. Dazu käme, dass die Kenntnis der Örtlichkeiten (der Objekte) „sowie die Kenntnis der besonderen Umstände zur Ausführung der Bauleistungen“ in der Kalkulation ebenso Eingang gefunden hätte wie der umfangreiche Erfahrungsschatz der ARGE-Mitglieder. Diese Erfahrungswerte und die kalkulatorischen Annahmen würden sich in den Ansätzen der K7-Blätter sämtlicher Vertragspositionen widerspiegeln. Zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass sich zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung (30.9.2008) der Mitarbeiterstand der ARGE auf 184 Mitarbeiter belaufen habe. Alle ARGE Partner würden über den Referenzzeitraum der letzten drei Jahre über weit mehr als die verlangten Referenzen verfügen wobei zu bemerken sei, dass die ARGE Mitglieder über Jahrzehnte Vertragspartner der Auftraggeberin seien und umfangreiche Erfahrungen besitzen. Mit Schriftsatz vom 19.8.2009 ist die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft (im Folgenden Teilnahmeberechtigte oder ARGE genannt) im Sinne des Paragraph 22, Absatz 2, WVRG 2007 als Partei in das Verfahren eingetreten, hat die Abweisung der Anträge des Antragstellers begehrt und in der Sache ausgeführt, die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung unter Berücksichtigung sämtlicher K3-Blätter sowie aller Hilfsblätter dazu sowie der K7- Blätter für alle Ausschreibungspositionen vorgenommen. Sämtliche Aufklärungen, die von der Antragsgegnerin gefordert worden seien, seien von der Teilnahmeberechtigten erbracht worden. Es könne keine Rede davon sein, dass es sich beim Angebot der Teilnahmeberechtigten um ein unterpreisiges bzw. spekulatives Angebot handle. Die von dem von der Antragsgegnerin mit der Erstellung der Basiskalkulation betrauten Sachverständigen zu Grunde gelegten Preise würden mindestens 15-20 % über den Preisen, „um die (die) mitbeteiligte Partei bis zum heutigen Tage (inklusive Lohnerhöhungen) arbeitet“ liegen. Der vom Antragsteller beeinspruchte und bekämpfte Preisnachlass „von ca. 32 % ist in Wirklichkeit keiner in einer solchen Höhe, da die Preise des Sachverständigen um ca. 20 % (natürlich nur im Mittel der Positionen) über den Preisen liegen, um welchen die mitbeteiligte Partei bis zum heutigen Tag für Wiener Wohnen arbeitet“. Die Erfahrungen der Mitglieder der Arbeitsgemeinschaft seien, wie es die Referenznachweise verlangten, äußerst umfangreich im mehrgeschossigen Wohnhausbau besonders für die Auftraggeberin Wiener Wohnen. Dazu käme, dass die Kenntnis der Örtlichkeiten (der Objekte) „sowie die Kenntnis der besonderen Umstände zur Ausführung der Bauleistungen“ in der Kalkulation ebenso Eingang gefunden hätte wie der umfangreiche Erfahrungsschatz der ARGE-Mitglieder. Diese Erfahrungswerte und die kalkulatorischen Annahmen würden sich in den Ansätzen der K7-Blätter sämtlicher Vertragspositionen widerspiegeln. Zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass sich zum Zeitpunkt der Angebotseröffnung (30.9.2008) der Mitarbeiterstand der ARGE auf 184 Mitarbeiter belaufen habe. Alle ARGE Partner würden über den Referenzzeitraum der letzten drei Jahre über weit mehr als die verlangten Referenzen verfügen wobei zu bemerken sei, dass die ARGE Mitglieder über Jahrzehnte Vertragspartner der Auftraggeberin seien und umfangreiche Erfahrungen besitzen.

Mit Schriftsatz vom 21.1.2010 hat die Teilnahmeberechtigte ein Gutachten des Univ. Prof. DI Dr. Andreas Kropik zur Angemessenheit der Angebotspreise der ARGE für Fliesenlegerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen vorgelegt. Dieses Gutachten ist mit 2.10.2009 datiert und enthält eine ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen vom 8.1.2010.

Mit Schriftsatz vom 25.1.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der Anträge des Antragstellers begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, dass nach Angebotsprüfung im Hinblick sowohl auf die Eignung als auch die Preisangemessenheit die Angebote von sechs Bietern ausgeschieden worden sind. Diese

Ausscheidungen seien nicht angefochten worden. Bei den gegenständlichen sechs Losen komme die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle zu liegen. Im Anschluss an die Eignungsprüfung habe die Antragsgegnerin zunächst mit eigenen Mitarbeitern eine elektronische Durchrechnung der Angebote und eine Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote eingeleitet. Sie stellt in der Folge den Gang dieses Prüfverfahrens dar und führt aus, dass im Zuge der Angebotsprüfung insgesamt eine zweimalige Verlängerung der Zuschlagsfrist erforderlich geworden sei. Alle im Verfahren verbliebenen Bieter, darunter auch der Antragsteller, hätten der Verlängerung der Zuschlagsfrist (der Bindefrist ihrer Angebote) fristgerecht zugestimmt. In der Folge sei aufgrund organisatorischer Änderungen bei der Antragsgegnerin mit der Angebotsprüfung ihre Rechtsvertretung betraut worden, von der ein externer, betriebswirtschaftlicher Kalkulationssachverständiger, nämlich Ing. Norbert Holzinger (= SV Holzinger) mit der Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote der Billigstbieter je Gebietseinheit (Los), also auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, beauftragt worden sei. Dieser habe unter Einbindung des mit der Basiskalkulation der Ausschreibung betrauten Sachverständigen Günther Pavlik (= SV Pavlik) auf Basis der ihm vollständig vorgelegten Kalkulationsunterlagen sowie der von den Bietern über Aufforderung erteilten Aufklärungen eine vollständige und vertiefte Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote der jeweiligen Billigstbieter gemäß § 125 BVergG 2006 vorgenommen und die Prüfergebnisse in seinem Gutachten vom 15.7.2009 festgehalten. Darin sei der Sachverständige zum Ergebnis gelangt, dass die Preise der Teilnehmberechtigten aber auch der anderen Billigstbieter je Los nach den Regeln der ÖNORM B2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“ und des BVergG 2006 aus betriebswirtschaftlicher Sicht plausibel und nachvollziehbar erklärbar seien und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt wären. Dieses Gutachten sei die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen, auch für die gegenständlich angefochtenen, gewesen. Soweit der Antragsteller vorbringe, die Teilnehmberechtigte würde angeblich nicht über die notwendigen Ressourcen verfügen, um eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung sicher stellen zu können und das Angebot der Teilnehmberechtigten würde keine plausible Preisgestaltung aufweisen, treffe dies nicht zu. Die Mitglieder der Teilnehmberechtigten seien der Antragsgegnerin als langjährige Vertragspartner bekannt, die zusammen bisher in 27 Losen tätig geworden sind. Der Antragsgegnerin sei daher die Leistungsfähigkeit der Teilnehmberechtigten ausreichend bekannt, auch die von der ARGE beschäftigten qualifizierten Mitarbeiter seien in ausreichender Anzahl vorhanden. Letztlich sei zu beachten, dass die Teilnehmberechtigte, obwohl sie für alle Lose angeboten habe, den Zuschlag nur für einige Lose erhalten soll. Die von der ARGE nachgewiesenen Ressourcen seien daher mehr als ausreichend. Mit Schriftsatz vom 25.1.2010 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der Anträge des Antragstellers begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, dass nach Angebotsprüfung im Hinblick sowohl auf die Eignung als auch die Preisangemessenheit die Angebote von sechs Bietern ausgeschieden worden sind. Diese Ausscheidungen seien nicht angefochten worden. Bei den gegenständlichen sechs Losen komme die Antragstellerin mit ihrem Angebot an zweiter Stelle zu liegen. Im Anschluss an die Eignungsprüfung habe die Antragsgegnerin zunächst mit eigenen Mitarbeitern eine elektronische Durchrechnung der Angebote und eine Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote eingeleitet. Sie stellt in der Folge den Gang dieses Prüfverfahrens dar und führt aus, dass im Zuge der Angebotsprüfung insgesamt eine zweimalige Verlängerung der Zuschlagsfrist erforderlich geworden sei. Alle im Verfahren verbliebenen Bieter, darunter auch der Antragsteller, hätten der Verlängerung der Zuschlagsfrist (der Bindefrist ihrer Angebote) fristgerecht zugestimmt. In der Folge sei aufgrund organisatorischer Änderungen bei der Antragsgegnerin mit der Angebotsprüfung ihre Rechtsvertretung betraut worden, von der ein externer, betriebswirtschaftlicher Kalkulationssachverständiger, nämlich Ing. Norbert Holzinger (= SV Holzinger) mit der Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote der Billigstbieter je Gebietseinheit (Los), also auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, beauftragt worden sei. Dieser habe unter Einbindung des mit der Basiskalkulation der Ausschreibung betrauten Sachverständigen Günther Pavlik (= SV Pavlik) auf Basis der ihm vollständig vorgelegten Kalkulationsunterlagen sowie der von den Bietern über Aufforderung erteilten Aufklärungen eine vollständige und vertiefte Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote der jeweiligen Billigstbieter gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 vorgenommen und die Prüfergebnisse in seinem Gutachten vom 15.7.2009 festgehalten. Darin sei der Sachverständige zum Ergebnis gelangt, dass die Preise der Teilnehmberechtigten aber auch der anderen Billigstbieter je Los nach den Regeln der ÖNORM B2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“ und des BVergG 2006 aus betriebswirtschaftlicher Sicht plausibel und nachvollziehbar erklärbar seien und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt wären. Dieses Gutachten sei die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen, auch für die gegenständlich angefochtenen, gewesen. Soweit der Antragsteller vorbringe, die Teilnehmberechtigte würde

angeblich nicht über die notwendigen Ressourcen verfügen, um eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung sicher stellen zu können und das Angebot der Teilnahmeberechtigten würde keine plausible Preisgestaltung aufweisen, treffe dies nicht zu. Die Mitglieder der Teilnahmeberechtigten seien der Antragsgegnerin als langjährige Vertragspartner bekannt, die zusammen bisher in 27 Losen tätig geworden sind. Der Antragsgegnerin sei daher die Leistungsfähigkeit der Teilnahmeberechtigten ausreichend bekannt, auch die von der ARGE beschäftigten qualifizierten Mitarbeiter seien in ausreichender Anzahl vorhanden. Letztlich sei zu beachten, dass die Teilnahmeberechtigten, obwohl sie für alle Lose angeboten habe, den Zuschlag nur für einige Lose erhalten soll. Die von der ARGE nachgewiesenen Ressourcen seien daher mehr als ausreichend.

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung habe die Antragsgegnerin vor allem durch Beiziehung eines externen Sachverständigen die Preisangemessenheit im Angebot der ARGE unter Zugrundelegung der Bestimmungen der ÖNORM B2061 eingehend geprüft. Diese Prüfung sei anhand der von der Teilnahmeberechtigten bereits mit dem Angebot vorgelegten K3-, K4- und K7-Kalkulationsformblätter erfolgt. In diesem Zusammenhang sei die präsumtive Zuschlagsempfängerin am 10.11.2008 zur Aufklärung von Fragen und Unklarheiten betreffend einzelne Leistungspositionen ersucht worden. Diese Auskünfte seien rechtzeitig und befriedigend erfolgt. Nach Fortsetzung des Verfahrens nach Beiziehung des SV Holzinger habe die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigten mit Schreiben vom 3.6.2009 um weitere Aufklärung zu einigen vom Sachverständigen formulierten Fragen ersucht. Auch diesem Aufklärungsersuchen sei „aus Sicht des Sachverständigen vollständig, nachvollziehbar und ausreichend“ entsprochen worden. Schließlich sei der Sachverständige zum Ergebnis gelangt, dass im Angebot der Teilnahmeberechtigten alle ausgabenwirksamen Kosten – also die anfallenden Lohn- und Materialkosten – gedeckt seien und darüber hinaus noch ein Deckungsbeitrag für die unternehmerische Tätigkeit erwirtschaftet werde. Ein Grund, das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden, sei nicht gegeben.

Schließlich verweist die Antragsgegnerin auf das Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens zu VKS – 6991/09, in dem die Zuschlagsentscheidung betreffend das Los KD 09 – GE 1 als nichtig angefochten worden ist. Diese Zuschlagsentscheidung hat als Zuschlagsempfängerin die ARGE vorgesehen. Die dort antragstellende Partei habe nahezu gleichlautende Anfechtungspunkte zur Preisangemessenheit des Angebotes der ARGE geltend gemacht, wie vorliegend der Antragsteller. In diesem, von der Antragsgegnerin als Musterverfahren bezeichneten Nachprüfungsverfahren, ist der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abgewiesen worden, weil das Verfahren ergeben hat, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung des Angebotes der auch hier präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgenommen und, ohne gegen die Bestimmung des Vergaberechtes zu verstoßen, das Ergebnis der Angebotsprüfung des SV Holzinger ihrer Zuschlagsentscheidung zugrunde gelegt hat. Abschließend führt die Antragsgegnerin aus: „Da die von uns vorgenommene Preisangemessenheitsprüfung und vertiefte Angebotsprüfung für das gesamte Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin – also für alle Lose gleich – erfolgte, muss das Ergebnis des Musterverfahrens (VKS – 6991/09) auch für die verfahrensgegenständlichen Lose gelten“.

Zum Vorwurf des Antragstellers, die ARGE – Bildung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre kartellrechtswidrig, bringt die Antragsgegnerin vor, dass sie „selbstverständlich vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“ unter Einbeziehung der einschlägigen Judikatur des Vergabekontrollsenates Wien sowie der herrschenden Literatur geprüft habe, ob die Bildung der ARGE wettbewerbsrechtlichen bzw. kartellrechtlichen Bedenken begegnet. Das Ergebnis sei in den Vergabeakten niederschriftlich festgehalten worden. Das Ergebnis dieser Prüfung lasse sich „so zusammenfassen, dass sowohl im Lichte der Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates Wien als auch im Lichte der herrschenden Literatur keine konkreten Hinweise dafür vorliegen, dass die ARGE der mitbeteiligten Partei kartellrechtswidrig wäre“. Nach herrschender Meinung trage der Auftraggeber die Beweislast für das Vorliegen einer verpönten Abrede im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006, könne er eine derartige verpönte Abrede nicht mit der für die Prüfung von Angeboten erforderlichen Sicherheit begründen, habe ein Ausscheiden des betroffenen Angebotes nicht zu erfolgen. Dazu komme, dass § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 erfordert, dass für den Auftraggeber nachteilige, noch dazu gegen die guten Sitten und den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden vorliegen müssen. Davon könne gegenständlich nicht die Rede sein, zumal das Angebot der ARGE bezüglich der hier gegenständlichen Lose das Billigste gewesen sei. Weiters weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass aus der durchschnittlichen Anzahl der Arbeitnehmer der einzelnen ARGE Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unschwer zu ersehen sei, „dass jedes einzelne Mitglied der ARGE – geht man davon aus, dass sie auch für andere Auftraggeber als Wiener Wohnen tätig sind – alleine

nicht in der Lage gewesen wäre, eigenständig ein Angebot für sämtliche Lose („ganz Wien“) zu legen. Erst die Bildung einer ARGE habe es diesen Unternehmen ermöglicht, ein Angebot für sämtliche Lose zu legen“. Ein konkreter Hinweis dafür, dass die Teilnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am Vergabeverfahren wettbewerbsbeschränkend wäre, bestehe nicht. Tatsächlich habe das Vergabeverfahren gezeigt, dass für ganz Wien ein entwickelter Wettbewerb bestehe, insgesamt hätten nämlich 16 Bieter und zwei Bietergemeinschaften Angebote abgegeben. Selbst wenn man nur die verfahrensgegenständlichen sechs Lose betrachtet, zeige sich, dass für diese Lose jeweils zwischen fünf und acht Bieter (darunter Bietergemeinschaften) Angebote abgegeben hätten. Es bestehe daher auch auf Losebene ein entwickelter Wettbewerb. Wollte man jedoch eine Kartellbildung als erwiesen annehmen, würde gemäß der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes als Kartellobergericht und im Lichte der Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates Wien lediglich ein Bagatellkartell vorliegen. Offenbar gehe der Antragsteller von einer im Lichte der Rechtsprechung völlig verfehlten Markabgrenzung aus; die Fliesenlegerarbeiten für Wiener Wohnen seien kein eigener Markt. Zum Vorwurf des Antragstellers, die ARGE – Bildung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre kartellrechtswidrig, bringt die Antragsgegnerin vor, dass sie „selbstverständlich vor der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung“ unter Einbeziehung der einschlägigen Judikatur des Vergabekontrollsenates Wien sowie der herrschenden Literatur geprüft habe, ob die Bildung der ARGE wettbewerbsrechtlichen bzw. kartellrechtlichen Bedenken begegnet. Das Ergebnis sei in den Vergabeakten niederschriftlich festgehalten worden. Das Ergebnis dieser Prüfung lasse sich „so zusammenfassen, dass sowohl im Lichte der Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates Wien als auch im Lichte der herrschenden Literatur keine konkreten Hinweise dafür vorliegen, dass die ARGE der mitbeteiligten Partei kartellrechtswidrig wäre“. Nach herrschender Meinung trage der Auftraggeber die Beweislast für das Vorliegen einer verpönten Abrede im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006, könne er eine derartige verpönte Abrede nicht mit der für die Prüfung von Angeboten erforderlichen Sicherheit begründen, habe ein Ausscheiden des betroffenen Angebotes nicht zu erfolgen. Dazu komme, dass Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 erfordert, dass für den Auftraggeber nachteilige, noch dazu gegen die guten Sitten und den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden vorliegen müssen. Davon könne gegenständlich nicht die Rede sein, zumal das Angebot der ARGE bezüglich der hier gegenständlichen Lose das Billigste gewesen sei. Weiters weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass aus der durchschnittlichen Anzahl der Arbeitnehmer der einzelnen ARGE Mitglieder der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unschwer zu ersehen sei, „dass jedes einzelne Mitglied der ARGE – geht man davon aus, dass sie auch für andere Auftraggeber als Wiener Wohnen tätig sind – alleine nicht in der Lage gewesen wäre, eigenständig ein Angebot für sämtliche Lose („ganz Wien“) zu legen. Erst die Bildung einer ARGE habe es diesen Unternehmen ermöglicht, ein Angebot für sämtliche Lose zu legen“. Ein konkreter Hinweis dafür, dass die Teilnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am Vergabeverfahren wettbewerbsbeschränkend wäre, bestehe nicht. Tatsächlich habe das Vergabeverfahren gezeigt, dass für ganz Wien ein entwickelter Wettbewerb bestehe, insgesamt hätten nämlich 16 Bieter und zwei Bietergemeinschaften Angebote abgegeben. Selbst wenn man nur die verfahrensgegenständlichen sechs Lose betrachtet, zeige sich, dass für diese Lose jeweils zwischen fünf und acht Bieter (darunter Bietergemeinschaften) Angebote abgegeben hätten. Es bestehe daher auch auf Losebene ein entwickelter Wettbewerb. Wollte man jedoch eine Kartellbildung als erwiesen annehmen, würde gemäß der ständigen Judikatur des Obersten Gerichtshofes als Kartellobergericht und im Lichte der Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates Wien lediglich ein Bagatellkartell vorliegen. Offenbar gehe der Antragsteller von einer im Lichte der Rechtsprechung völlig verfehlten Markabgrenzung aus; die Fliesenlegerarbeiten für Wiener Wohnen seien kein eigener Markt.

Auf dieses Vorbringen hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 11.2.2010 geantwortet und eingangs desselben zunächst vorgebracht, „dass der Antragsteller in Kenntnis des Ergebnisses des „Musterverfahrens“ zu GZ VKS – 6991/09 ist, in welchem der Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin zugunsten der mitbeteiligten Partei, für das in diesem Verfahren angefochtene Los abgewiesen“ worden sei. Die Ergebnisse dieses Verfahrens könnten jedoch nicht auf das vorliegende Verfahren übertragen werden, weil im Verfahren VKS – 6991/09 der „Anfechtungsgrund wettbewerbswidrige Absprache“ vom erkennenden Senat nicht behandelt worden sei und die tragende Begründung für die Abweisung des Nichtigerklärungsantrages, nämlich dass die Angebotsprüfung der Antragsgegnerin ausreichend gewesen wäre, nicht im Einklang mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stünde. Erstmals in diesem Schriftsatz bringt der Antragsteller einen weiteren Anfechtungsgrund vor, nämlich dass die Teilnahmeberechtigte ihr Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist offenbar noch geändert hätte, was einen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot des § 101 Abs. 4 BVergG 2006 darstelle. Weiters führt der Antragsteller aus, dass es im

Hinblick auf die Officialmaxime dem erkennenden Senat obliege, den wahren Sachverhalt festzustellen. „Die Vergabekontrollbehörde hat daher auch sämtliche Verfahrensergebnisse aus den weiteren zur gegenständlichen Ausschreibung anhängigen Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen, die für die vorliegenden Nachprüfungsverfahren relevant sind. Das Vorbringen der jeweiligen Antragsteller, insbesondere im Verfahren VKS – 6991/09, samt den darin von diesen vorgelegten Privatgutachten wird daher auch – soweit es nicht mit dem eigenen Vorbringen in Widerspruch steht – zum Vorbringen in diesem Verfahren erhoben“. Anschließend stellt der Antragsteller zusammenfassend vier Gründe dar, weshalb die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen rechtswidrig wären. Es liege ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot des § 101 Abs. 4 BVerG 2006 vor, es sei eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben (in welchem Zusammenhang der Antragsteller sich mit den Ergebnissen der Gutachten der SV Holzinger, SV Bodner, SV Kropik, SV Heck und SV Schieder auseinandersetzt), die Mitglieder der ARGE hätten wettbewerbswidrige Absprachen getroffen und letztlich, dass es der ARGE an der erforderlichen Leistungsfähigkeit fehle. Auf dieses Vorbringen hat der Antragsteller mit Schriftsatz vom 11.2.2010 geantwortet und eingangs desselben zunächst vorgebracht, „dass der Antragsteller in Kenntnis des Ergebnisses des „Musterverfahrens“ zu GZ VKS – 6991/09 ist, in welchem der Nachprüfungsantrag gegen die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin zugunsten der mitbeteiligten Partei, für das in diesem Verfahren angefochtene Los abgewiesen“ worden sei. Die Ergebnisse dieses Verfahrens könnten jedoch nicht auf das vorliegende Verfahren übertragen werden, weil im Verfahren VKS – 6991/09 der „Anfechtungsgrund wettbewerbswidrige Absprache“ vom erkennenden Senat nicht behandelt worden sei und die tragende Begründung für die Abweisung des Nichtigerklärungsantrages, nämlich dass die Angebotsprüfung der Antragsgegnerin ausreichend gewesen wäre, nicht im Einklang mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes stünde. Erstmals in diesem Schriftsatz bringt der Antragsteller einen weiteren Anfechtungsgrund vor, nämlich dass die Teilnahmeberechtigte ihr Angebot nach Ablauf der Angebotsfrist offenbar noch geändert hätte, was einen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot des Paragraph 101, Absatz 4, BVerG 2006 darstelle. Weiters führt der Antragsteller aus, dass es im Hinblick auf die Officialmaxime dem erkennenden Senat obliege, den wahren Sachverhalt festzustellen. „Die Vergabekontrollbehörde hat daher auch sämtliche Verfahrensergebnisse aus den weiteren zur gegenständlichen Ausschreibung anhängigen Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen, die für die vorliegenden Nachprüfungsverfahren relevant sind. Das Vorbringen der jeweiligen Antragsteller, insbesondere im Verfahren VKS – 6991/09, samt den darin von diesen vorgelegten Privatgutachten wird daher auch – soweit es nicht mit dem eigenen Vorbringen in Widerspruch steht – zum Vorbringen in diesem Verfahren erhoben“. Anschließend stellt der Antragsteller zusammenfassend vier Gründe dar, weshalb die angefochtenen Zuschlagsentscheidungen rechtswidrig wären. Es liege ein Verstoß gegen das Verhandlungsverbot des Paragraph 101, Absatz 4, BVerG 2006 vor, es sei eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben (in welchem Zusammenhang der Antragsteller sich mit den Ergebnissen der Gutachten der SV Holzinger, SV Bodner, SV Kropik, SV Heck und SV Schieder auseinandersetzt), die Mitglieder der ARGE hätten wettbewerbswidrige Absprachen getroffen und letztlich, dass es der ARGE an der erforderlichen Leistungsfähigkeit fehle.

In ihrer Stellungnahme vom 19.2.2010 zu diesem Vorbringen, hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass der vom Antragsteller behauptete Verstoß gegen das Verhandlungsverbot nicht vorliege. Weder mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin noch mit irgendeinem anderen Bieter sei verhandelt worden. In der Aufklärung von Unklarheiten bzw. der Behebung von Angebotsmängeln liege keine Angebotsänderung vor. Für die Antragsgegnerin seien einige Punkte in der – im Übrigen bereits mit dem Angebot vorgelegten – K 7 - Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unklar gewesen. Diese Unklarheiten seien von der ARGE aufgeklärt worden, wozu von ihr auch Unterlagen vorgelegt worden seien. Dadurch sei kein einziger Materialpreis, kein einziger Positionspreis, kein einziger Teilangebotspreis und schon gar nicht der Gesamtpreis geändert worden. Im Einzelnen nimmt sodann die Antragsgegnerin zu den Ausführungen des Antragstellers zum Gutachten Holzinger Stellung und verweist unter Hinweis auf das Gutachten des SV Kropik aber auch den Inhalt des Gutachtens Holzinger darauf, dass ein Grund zur Ausscheidung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen unplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht gegeben wäre. Abermals bestreitet die Antragsgegnerin das Vorliegen wettbewerbswidriger, zu ihrem Nachteil getroffener Absprachen zwischen den Mitgliedern der ARGE.

Zu den vom Antragsteller behaupteten fehlenden Referenzen der ARGE weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass die Mindestreferenzsumme der ARGE Mitglieder bereits „alleine durch Referenzen für Wiener Wohnen“ nachgewiesen worden sind.

Mit Schriftsatz vom 1. März 2010 hat der Antragsteller unter Vorlage einer gutachterlichen Stellungnahme des Univ. Prof. Dr. Arnold Tautschnig (= SV Tautschnig) über Fliesenlegerarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen KD 17/1 vom 21.12.2009 Stellung zu den Gutachten der SV Dr. Kropik und SV Holzinger genommen. Darin hält er die Schlussfolgerungen sowohl des SV Kropik als auch SV Holzinger unter Hinweis auf den Inhalt des Gutachtens des SV Tautschnig für unrichtig.

Im Schriftsatz vom 1.3.2010 nimmt die Antragsgegnerin zum Inhalt der Gutachten SV Tautschnig Stellung und weist vor allem darauf hin, dass diesem Sachverständigen bei Erstellung seines Gutachtens die Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung vom 9.9.2008 nicht zur Verfügung gestanden seien. Darüber hinaus betreffe dieses Gutachten das Angebot eines anderen Mitbewerbers. Unter Einem legt die Antragsgegnerin eine gutachterliche Stellungnahme des SV Holzinger vom 22.2.2010 vor.

Dieser Schriftsatz wurde vom Antragsteller mit Schriftsatz vom 3.3.2010 dahingehend beantwortet, dass „das Gutachten Tautschnig – wenngleich es im Zuge des Vergabeverfahrens über Fliesenlegerarbeiten in KD 17/1, bei dem die Firma Pfeiler Zuschlagsempfänger ist, erstellt wurde – generelle Aussagen hinsichtlich der gelegten Angebote, so auch bezüglich des Angebotes der mitbeteiligten Partei, enthalte“. Es sei daher für das gegenständliche Verfahren durchaus relevant. In der Folge nimmt auf der Grundlage des Gutachtens des SV Tautschnig der Antragsteller zu den Gutachten Kropik und Holzinger im Detail Stellung.

Mit Schriftsatz vom 1.3.2010 hat die Teilnahmeberechtigte ihrerseits eine Stellungnahme des SV Kropik zum Gutachten des SV Tautschnig, datiert mit 24.2.2010, vorgelegt.

In der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010 hat der Antragsteller zu den vorliegenden Gutachten ergänzend vorgebracht, dass seiner Ansicht nach die Plausibilität der Preise auf Positionsebene und nicht auf Obergruppenebene zu prüfen gewesen wäre. Schwerpunkt der Verhandlung war im Wesentlichen die Frage, ob Zeiten für „unproduktives Personal“ im Angebot der ARGE berücksichtigt wurden und in welchem Ausmaß bzw. unter welcher Position sie in Anschlag gebracht wurden.

Die Frage, in welchen Ansätzen Aufwendungen für „unproduktives Personal“ von der Teilnahmeberechtigten kalkuliert wurden, war das Hauptthema der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010. Ansatzpunkt dafür war die Ausführung des SV Kropik, dass die unproduktiven Stunden bei den einzelnen Positionen nicht einkalkuliert wurden sondern auf andere Positionen umgelegt wurden. Dazu hat der SV Holzinger umfangreiche Erläuterungen gegeben (Protokoll Seite 5f), wonach die unproduktiven Zeiten des produktiven Personals in allen Positionen enthalten sind, was von ihm überprüft worden sei. Es sei aber auch möglich, unproduktive Stunden unter anderen Ansätzen etwa im K 3 – Blatt unter der Zeile „unproduktives Personal“ zu kalkulieren oder etwa bei den Baustellengemeinkosten. Der Senat hält die Erklärungen des SV Holzinger in der mündlichen Verhandlung zum Thema „unproduktives Personal“ für plausibel und den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates entsprechend. Der Senat hat in diesem Zusammenhang keinen Anlass gesehen, den Beweisanträgen des Antragstellers auf Einholung eines Gutachtens eines weiteren Sachverständigen zu diesem Thema bzw. auf Vernehmung des SV Bodner (Schriftsatz vom 11.2.2010) bzw. SV Tautschnig (mündliche Verhandlung vom 4.3. 2010) Folge zu leisten, weil er die Rechtssache für spruchreif erachtet.

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 Gegenäußerung zugestellt wurden, des Inhaltes des vom SV Bodner im Verfahren VKS – 6991/09 erstellten Gutachtens, der von den Parteien vorgelegten Gutachten der Sachverständigen Kropik und Tautschnig sowie des Gutachtens des SV Holzinger und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr in allen Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausobjekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisaufschlag- und Preisnachlassverfahren. Die Ausschreibung wurde ordnungsgemäß und europaweit bekanntgemacht, ebenso eine erfolgte Berichtigung. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit der Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundenzentren gegliedert (KD), die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) unterteilt sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig

zugeordnet ist, bilden Lose des Gesamtvorhabens. Den Bieter stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose anzubieten. Einziges Zuschlagskriterium ist der „niedrigste Preis“, wobei eine Teilvergabe je Los an den jeweiligen Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war der 30.9.2008, 8.00 Uhr. Die Öffnung der Angebote fand anschließend ab 8.30 Uhr statt. Insgesamt haben sich an der Ausschreibung 18 Bieter beteiligt, wovon vier Bieter für alle Lose Angebote gelegt haben, mehrere Bieter für einige Lose und ein Bieter für nur ein Los. Der Antragsteller hat rechtzeitig Angebote für dreizehn Lose gelegt, darunter für die gegenständlichen Lose KD09 - GE 2, KD 21 – GE 5 und 6, KD 22 – GE 1, 4 und 5.

Folgende Festlegungen aus den Vergabeverfahrensbestimmungen für Rahmenverträge sind für das gegenständliche Verfahren von Bedeutung:

Nach dem Angebotsdeckblatt MDBD – SR 75 hatten die Bieter unter Berücksichtigung der „Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen“ (Drucksorte VD 307) ihre Angebote zu erstellen. Weiters gilt der Abschnitt Punkt 5.2 „Vertragsbestandteile“ der ÖNORM B 2110 Ausgabe 1. März 2002 unter anderem mit folgenden besonderen Bestimmungen:

„Zu Punkt 5.2.5:

Die „Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Bauleistungen“ (Drucksorte VD 314) inklusive Ergänzungen in der jeweils geltenden Fassung (Seite 2 des Angebotsdeckblattes). Auf Seite 4 des Angebotsdeckblattes wird unter Punkt 13 festgelegt, dass dem Angebot unter anderem anzuschließen ist:

„13.04 Kalkulationsangaben

13.04.1 K 3, K 4 (Kalkulationsformblätter gemäß ÖNORM B 2061)“.

1. 2.Ziffer 2

VERGABEVERFAHRENSBESTIMMUNGEN FÜR RAHMENVERTRÄGE

2.2 Art des Vergabeverfahrens

Auftragsgegenständlich ist die Vergabe eines Bauauftrags im Rahmen eines Offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (§ 25 Abs. 2 iVm § 27 BVergG 2006). Der Bauauftrag wird im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren (§ 2 Z 28 BVergG 2006) vergeben; Abweichungen von der – sachverständig vorgenommenen – Basiskalkulation sind mithin möglich. Auftragsgegenständlich ist die Vergabe eines Bauauftrags im Rahmen eines Offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich (Paragraph 25, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 27, BVergG 2006). Der Bauauftrag wird im Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren (Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006) vergeben; Abweichungen von der – sachverständig vorgenommenen – Basiskalkulation sind mithin möglich.

2.2.1. Preisaufschlags-/nachlassverfahren

Die sachverständig vorgenommene Basiskalkulation beruht auf den langjährigen Erfahrungswerten des Auftraggebers und ist als Durchschnittsbetrachtung zu verstehen. Den Ausschreibungsunterlagen sind Unterlagen beigegeben (Siehe Pkt. 1.1 lit. i Basiskalkulation), die näheren Aufschluss über Art und Umfang der zu erwartenden Leistungen geben. Die sachverständig vorgenommene Basiskalkulation beruht auf den langjährigen Erfahrungswerten des Auftraggebers und ist als Durchschnittsbetrachtung zu verstehen. Den Ausschreibungsunterlagen sind Unterlagen beigegeben (Siehe Pkt. 1.1 Litera i, Basiskalkulation), die näheren Aufschluss über Art und Umfang der zu erwartenden Leistungen geben.

Technische Leistungsfähigkeit

Der Bieter muss nachweisen, dass er in den letzten 3 (drei) Jahren Leistungen über ein Auftragsvolumen von zumindest

KD	Gebietseinheit	Leistungsfähigkeit
09	1	€ 449.000
	2	€ 377.000
	3	€ 475.000
	4	€ 435.000

	5	€ 419.000
	6	€ 689.000
10	1	€ 340.000
	2	€ 381.000
	3	€ 335.000
	4	€ 582.000
	5	€ 524.000
	6	€ 479.000
11	1	€ 372.000
	2	€ 353.000
	3	€ 431.000
	4	€ 173.000
	5	€ 310.000
	6	€ 179.000
12	1	€ 558.000
	2	€ 391.000
	3	€ 316.000
	4	€ 476.000
	5	€ 619.000
16	1	€ 603.000
	2	€ 619.000
	3	€ 470.000
	4	€ 378.000
	5	€ 555.000
	6	€ 482.000
17	1	€ 579.000
	2	€ 472.000
	3	€ 440.000
	4	€ 530.000
21	1	€ 293.000
	2	€ 378.000
	3	€ 480.000
	4	€ 269.000
	5	€ 366.000
	6	€ 433.000
22	1	€ 338.000
	2	€ 464.000
	3	€ 314.000

4	€ 230.000
5	€ 293.000
23 1	€ 436.000
2	€ 458.000
3	€ 259.000
4	€ 262.000

in bewohnten, mehrgeschossigen Wohnhausanlagen erbracht hat. Die angegebenen Beträge verstehen sich netto exkl. USt. Als Referenzprojekte anerkannt werden nur Projekte, die in den letzten 36 (sechsenddreißig) Monaten vor Ende der Angebotsfrist ordnungsgemäß abgeschlossen und abgenommen worden sind.

Der Nachweis ist durch Beilage einer Liste der wesentlichen Leistungen mit Angabe des jeweiligen Auftraggebers, der Gesamtleistungssumme pro Auftraggeber, der Gesamtauftragszahl pro Auftraggeber und eines entsprechend auskunftsbereiten Vertreters dieser Auftraggeber samt dessen Kontaktdaten (E-Mail, Telefax und Telefon) zu erbringen.

Auf die Formerfordernisse für Referenzen gemäß § 75 Abs. 2 und 3 BVergG 2006 wird hingewiesen; eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um die Stadt Wien – Wiener Wohnen gehandelt hat. Auf die Formerfordernisse für Referenzen gemäß Paragraph 75, Absatz 2 und 3 BVergG 2006 wird hingewiesen; eine Amtsbescheinigung bzw. beglaubigte Bescheinigung des öffentlichen Auftraggebers ist nur dann nicht notwendig, wenn es sich bei diesem Auftraggeber um die Stadt Wien – Wiener Wohnen gehandelt hat.

2.11. Zuschlagskriterien

Die Vergabe erfolgt nach dem Billigstbieterprinzip. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Das billigste zulässige Angebot pro Los erhält den Zuschlag.

2.21. Kalkulation

2.21.1. Detailkalkulation

Die Detailkalkulation für jede Position wurde in einzelnen Tabellenblättern erfasst und wurde gemäß dem geforderten Leistungsumfang detailliert aufgeschlüsselt.

Die sich daraus ergebenden und sachverständig ermittelten Preise sind die Vorgabepreise des Auftraggebers und liegen der Ausschreibung bei.

2.21.2. Kalkulationsgrundlagen

Der Auftraggeber ist bei seiner sachverständig erstellten Detailkalkulation von den nachfolgend beschriebenen Kalkulationsgrundlagen ausgegangen:

Stand der Kalkulation ist Februar 2008 wobei die letzten zur Verfügung stehenden Betriebsdaten aus der KMU1) Ermittlung 2007 stammen.

Dabei wurden 307 auswertbare Jahresabschlüsse im Hafner-, Platten- und Fliesenlegergewerbe ausgewertet und die daraus ergebenden Kalkulationsdaten verwendet.

Die Grunddaten der Kalkulation basieren beim Anteil Lohn auf den kollektivvertraglichen Mindest-Bruttolöhnen ohne Überzahlung (s. KMU Seite 8) auf die mittels Multiplikator (4,29=329%) die Betriebsaufschläge aufgeschlagen werden.

In diesem Aufschlag sind sämtliche betriebsrelevanten Kalkulationsaufschläge lohnbezogen enthalten.

Bei Löhnen, die nicht im Kollektivvertrag enthalten sind und leistungsbezogen verrechnet werden, wurden diese branchenüblich und sachverständig ermittelt.

Die Errechnung des Aufschlages ergibt sich aus dem durchschnittlichen Verkaufspreis Netto von 43,88 € / Stundenlohn bzw. Leistungseinheit von 10,23 € = 4,29 (Multiplikator) (s. Seite 8 KMU)

Beim Material wurden die Händler-(Brutto)Listenpreise, abzüglich der branchenüblichen Händlerrabatte von bis zu 30 %, herangezogen.

Der daraus entstehende Einkaufspreis (Netto) wurde gemäß der KMU-Annahme (s. Seite 6 KMU) mit 25 % also einem Multiplikator von 1,25 zur Geschäftsgemeinkostendeckung beaufschlagt.

In diesem Aufschlag sind anteilig und sofern nicht dem Anteil Lohn zuordenbar, Transportkosten, Manipulation, Bruch – Verlust usw. abgegolten.

Materialbezogene Anteile sind in der Position Sonstiges eingetragen.

Die Gerätekosten und sonstigen Werkzeuge und betrieblich zuordenbare Abnutzungskosten sind, gemäß der betrieblich erfassten Daten der Bilanzauswertungen (KMU-Austria) in den genannten Aufschlägen auf Arbeit bzw. Lohn und Sonstiges bzw. Material, in den einzelnen Positionen abgegolten.

Die Verbrauchswerte von Materialien, die zur Leistungserbringung benötigt werden (z.B. Kleber/ Fugenmaterial/ Zusatzstoffe u.s.w.), wurden gemäß der Eignung und den Herstellerangaben berechnet.

In Positionen, bei denen keine derartigen Angaben vorliegen, wurden diese sachverständig und den Regeln des Handwerks wie auch dem Stand der Technik entsprechend ermittelt.

1. 1)Ziffer eins

KMU= KMU FORSCHUNG AUSTRIA – Austrian Institute for SME Research" (Ende der Zitate aus den Vergabeverfahrensbestimmungen).

Die in Punkt 2.21.2 der Ausschreibungsunterlage unter den Kalkulationsgrundlagen erwähnte „sachverständig erstellte Detailkalkulation" der Antragsgegnerin ist den Ausschreibungsunterlagen angeschlossen. Diese 187-seitige Detailkalkulation wurde von dem allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen Günter Pavlik, geprüfter Platten- und Fliesenlegermeister, erstellt. Sie enthält die Datengrundlage, eine Ermittlung der Anwesenheitszeit, die Ermittlung der Lohnnebenkosten, die Ermittlung der Bauarbeiter-Urlaubs- und Abfertigungskasse, die Ermittlung der Gemeinkosten je Stunde sowie eine Musterstundensatzkalkulation. Die Basiskalkulation enthält auch die Wiedergabe der Kollektivverträge für das Hafner-, Platten- und Fliesenleger- und Keramikergewerbe unter Anschluss eines Akkordvertrages für Österreich.

Der Kalkulation liegt ein Mittellohnpreis von Euro 43,88, welcher dem Dokument „Kalkulationsgrundlage 2007 für Hafner, Platten- und Fliesenleger und Keramiker" von KMU Forschung Austria entnommen wurde, zugrunde. Dieser Wert stimmt nicht exakt mit dem Mittellohnpreis des K3-Blattes der Ausschreibung überein, dort wird ein Mittellohnpreis in der Höhe von Euro 43,86 errechnet.

Zur Ermittlung der jeweiligen Richtpreise für die Preisanteile Lohn wurden – dort wo möglich – die Akkordsätze in Euro dem Akkordvertrag für Österreich des Kollektivvertrages für das Hafner-, Platten- und Fliesenlegergewerbe (2008) entnommen und mit dem Multiplikator 4,29 (Aufschlag vom KV-Lohn auf den Mittellohnpreis) beaufschlagt. In Positionen, wo keine Akkordsätze vorliegen, wurden vom Kalkulanten Aufwandswerte angenommen und diese mit dem Mittellohnpreis multipliziert.

Für den Preisanteil Sonstiges wurden zumeist Preise von Händlerpreislisten bzw. von Angeboten auf konkrete Anfrage hin zu Grunde gelegt, teilweise wurde ein fiktiver Rabatt zwischen 0 und 30 % abgezogen und generell ein Aufschlag von 25 % (ebenfalls gemäß dem Vorschlag von KMU) für die Geschäftsgemeinkosten hinzugerechnet.

Insgesamt haben sich 18 Bieter am Verfahren beteiligt, wobei nicht alle Bieter Gesamtangebote für alle 48 Gebietsteile gelegt haben. Der Antragsteller hat Angebote für insgesamt dreizehn Lose gelegt, darunter für die gegenständlichen sechs Lose. Der Antragsteller hat für das Los KD 09 – GE 2 EUR 713.607,47; für KD 21 – GE 5 EUR 692.726,74; für KD 21 – GE 6 EUR 819.618,66; für KD 22 – GE 1 EUR 639.526,00; für KD 22 – GE 5 EUR 411.531,28 und für KD 22 – GE 5 EUR 537.490,42 geboten. Die Teilnahmeberechtigte liegt bei diesen Losen mit ihrem Angebot von EUR 611.140,21; EUR 593,192,59; EUR 702.125,03; EUR 547.917,12; EUR 371.711,93 und EUR 476.358,90 jeweils an erster Stelle vor dem Antragsteller. Die Nachlässe des Antragstellers liegen zwischen 21,08 % und 25,54 %, jene der ARGE zwischen 32,29 % und 32,75 %.

Die Angebotsprüfung, und zwar sowohl die Eignungsprüfung als auch die Preisangemessenheitsprüfung, erfolgte zunächst durch einen Mitarbeiter der Antragsgegnerin. Als deren Ergebnis wurden bei einigen Bietern Mängel

festgestellt, die letztlich zur Ausscheidung von sechs Bietern geführt haben. Die Ausscheidungsentscheidungen wurden nicht angefochten. Sowohl bei der Teilnahmeberechtigten als auch beim Antragsteller wurde die verlangte Eignung festgestellt.

Die Teilnahmeberechtigte hat mit ihrem Angebot die verlangten K 3 und K 4 – Blätter abgegeben und, wie sich aus einem Stempel auf einem Begleitschreiben der Teilnahmeberechtigten ergibt, im Zuge der Angebotsöffnung am 30.9.2008 auch die K 7- Blätter aller LV-Positionen abgegeben. Nach elektronischer Durchrechnung der Angebote mit dem Programm ABK erfolgte die Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote, zunächst der Angebote der Billigstbieter. Dabei hat die Antragsgegnerin die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten K 3, K 4 und K 7 – Blätter verwendet. Die Prüfung erfolgte zunächst ebenfalls durch einen Mitarbeiter der Auftraggeberin. Nachdem dieser Mitarbeiter im Zuge der Angebotsprüfung in das Kontrollamt der Stadt Wien wechselte, hat die Antragsgegnerin ihre Rechtsvertreter mit der Fortsetzung des Verfahrens unter Beiziehung geeigneter Sachverständiger beauftragt. Dies hat die Antragsgegnerin mit Telefax vom 21.4.2009 allen im Verfahren verbliebenen Bietern mitgeteilt. Der im Zuge des Angebotsprüfungsverfahrens erforderlich gewordenen zweimaligen Verlängerung der Zuschlagsfrist (Bindefrist ihrer Angebote) haben die im Verfahren verbliebenen Bieter (auch der Antragsteller) zugestimmt.

Von der mit der Fortsetzung des Angebotsprüfungsverfahrens betrauten Rechtsanwalts OEG wurde ein unabhängiger, externer, betriebswirtschaftlicher Kalkulationssachverständiger beigezogen, nämlich Ing. Norbert Holzinger (im Folgenden SV Holzinger), dem die Prüfung der Preisangemessenheit der Billigstbieter je Gebietseinheit (Los), also auch der Teilnahmeberechtigten im gegenständlichen Verfahren, aufgetragen wurde. Im Zuge der Angebotsprüfung ist die präsumtive Zuschlagsempfängerin zweimal um Aufklärung zu ihrem Angebot ersucht worden, erstmalig mit Aufklärungsersuchen vom 10.11.2008, in dem mehrere, detaillierte Fragen an sie gestellt wurden. Dieses Aufklärungsersuchen nimmt Bezug auf die von der Teilnahmeberechtigten über sämtliche Leistungspositionen mit dem Angebot vorgelegten K 7 – Blätter. Gleichzeitig wurde die Teilnahmeberechtigte „um Übermittlung der Hilfsblätter der Mittellohnpreisbildung“ gebeten.

Die Teilnahmeberechtigte ist diesem Ersuchen mit fünfseitigem Schreiben nachgekommen, in dem sie zu jedem einzelnen Anfragepunkt ausführlich Stellung genommen hat. Ihrem Antwortschreiben sind angeschlossen zahlreiche Nachweise, insbesondere Prüfberichte, Zertifikate über verschiedene Materialien, Prüfprotokolle etc.. Auch die Hilfsblätter zur Mittellohnpreisbildung hat sie rechtzeitig vorgelegt.

Ein weiteres Aufklärungsersuchen ist am 3.6.2009 an die Teilnahmeberechtigte ergangen, in dem diese um Erläuterung zu Löhnen, Material, Geräteeinsatz, Fremdleistungen ersucht wurde. Auch diese Fragen wurden von der Teilnahmeberechtigten umfangreich und fristgerecht beantwortet.

Anhand der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Kalkulationsblätter, den Antworten auf die beiden Aufklärungsersuchen vom 10.11.2008 und 3.6.2009 hat der SV Holzinger unter Einbindung des mit der Basiskalkulation der Ausschreibung betrauten SV Pavlik die Prüfung der Preisangemessenheit der Angebote aller Billigstbieter vorgenommen und die Prüfergebnisse in seinem Gutachten vom 15.7.2009 festgehalten. In diesem Gutachten, das die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin abgibt, kommt der Sachverständige zum Ergebnis, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht die Preise im Angebot der Teilnahmeberechtigten aber auch der beiden anderen Billigstbieter nach den Regeln der ÖNORM B 2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“ und des BVergG 2006 aus betriebswirtschaftlicher Sicht plausibel und nachvollziehbar erklärt wurden und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt sind (Die Prüfung der Angebote der Teilnahmeberechtigten ist im Ordner 9 „Bieterprüfung ARGE“ dokumentiert, die K-Blätter tragen jeweils auch Prüfvermerke.)

Auf der Grundlage dieses Gutachtens hat die Antragsgegnerin ihre Zuschlagsentscheidungen für alle 48 Lose zu Gunsten von insgesamt drei Bietern bekannt gegeben, wobei die Teilnahmeberechtigte mit ihren Angeboten bei 21 Losen, darunter bei den gegenständlichen 6 Losen als Billigstbieterin zum Zuge kommen soll. Diese Zuschlagsentscheidungen wurden am 31.7.2009 im Faxwege versendet, die Zuschlagsentscheidungen für die gegenständlichen Lose sind dem Antragsteller am gleichen Tage zugekommen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 12.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der sechs Zuschlagsentscheidungen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 12.8.2009 und damit rechtzeitig

(Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigserklärung der sechs Zuschlagsentscheidungen.

In dem daraufhin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren hat am 4.3.2010 eine mündliche Verhandlung stattgefunden.

In dem von der Antragstellerin als „Musterverfahren“ bezeichneten Verfahren VKS - 6991/09, war die Bieterin ARGE als präsumtive Zuschlagsempfängerin Teilnahmeberechtigte. Die im Verfahren VKS-6991/09 erstatteten Gutachten bzw. von den Parteien vorgelegten Gutachten, sind sowohl dem Antragsteller als auch der Antragsgegnerin bekannt, der Akt wurde in der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010 verlesen.

Anzumerken ist, dass bis zur mündlichen Verhandlung im gegenständlichen Verfahren am 4.3.2010 der Senat mit Bescheid vom 4.3.2010 in den zu VKS-7126/09 und VKS-7134/09 protokollierten Nachprüfungsverfahren die Anträge eines Bieters auf Nichtigserklärung von zwei Zuschlagsentscheidungen zu Gunsten der ARGE betreffend die Lose KD 12 – GE 2 und KD 17 – GE 4 abgewiesen hat. In allen diesen Fällen hat der Senat die Ansicht vertreten, dass die Angebote der ARGE nicht auszuschneiden waren, weil sie aufgrund einer von der Antragsgegnerin sorgfältig geführten vertieften Angebotsprüfung zutreffend als plausibel und nachvollziehbar erkannt worden sind.

Unter Verwendung des Gutachtens des SV Dr. Bodner (SV Bodner, erstattet im Akt VKS – 6991/09) sowie des von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Gutachtens des Univ. Prof. Dr. Andreas Kropik (SV Kropik), der von der Antragstellerin vorgelegten Gutachten der Univ. Prof. Dr. Arnold Tautschnig (SV Tautschnig) und des von der Antragsgegnerin beigezogenen SV Holzinger, je samt Ergänzungen, hat der Senat eine Überprüfung vorgenommen, ob die von der ARGE vorgelegte Kalkulation (K3-, K4- und K7-Kalkulationen) unter Zugrundelegung der Ausschreibungsunterlagen sowie der ÖNORM B-2061 (Ausgabe 1991) den Vorgaben der Ausschreibung und den anerkannten Regeln einer Kalkulation entspricht und die von der ARGE angebotenen Preise plausibel, angemessen und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sind. Bei seinen diesbezüglichen Feststellungen konnte der Senat im Wesentlichen den schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten der SV Kropik und SV Holzinger sowie teilweise des SV Bodner folgen.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin Rahmenverträge für 48 Lose (Gebietseinheiten) ausgeschrieben und am 31.7.2009 dementsprechend 48 Zuschlagsentscheidungen versendet hat. Davon wurden die Zuschlagsentscheidungen für 29 Lose (Gebietseinheiten) mit Nichtigserklärungsanträgen angefochten. Die Teilnahmeberechtigten sind für insgesamt 21 Lose, das Unternehmen Pfeiler für 19 Lose und das Unternehmen Lawi für 8 Lose als Zuschlagsempfänger vorgesehen. Die Mitglieder der teilnahmeberechtigten Bietergemeinschaft waren und sind seit Jahrzehnten Vertragspartner der Antragsgegnerin und haben bisher für diese in allen KDs Leistungen, wie die ausgeschriebenen, erbracht.

Die Prüfung der Kalkulation der ARGE (wobei auch die Ergebnisse der Verfahren zu VKS – 7126/09, VKS - 7173/09, VKS - 7134/09 verwertet werden konnten) hat ergeben:

Zur K 3-Kalkulation (aus dem Gutachten des SV Kropik):

Der Ausschreibung liegt eine K3-Kalkulation des Sachverständigen Pavlik bei. Diese Kalkulation beruht auf den im Dokument der KMU-Forschung ermittelten Preisen. In diesem Zusammenhang ist die unter Punkt 1 in diesem Dokument angeführte „Methodischen Vorbemerkung“ kurz darzustellen. Als Datengrundlage für diese Berechnungen wurden ausschließlich Hafner-, Platten- und Fliesenlegerbetriebe mit einem Jahresumsatz von weniger als Euro 3,5 Mio. herangezogen, wobei der erhobene Durchschnittsbetrieb eine Betriebsleistung von Euro 800.000 auswies.

Weiters ist dezidiert angemerkt:

Die folgenden Berechnungen wurden beispielhaft auf Basis von Branchen dadurch erstellt. Derartige Berechnungen sollten jedenfalls auf der Ebene des konkreten Unternehmens durchgeführt werden. Bekannterweise weichen teilweise die für die Stundensatzkalkulation entscheidenden Größen (zB. betriebliche Anwesenheitszeit, Anteil der verrechenbaren Stunden, Lohnniveau, restliche Gemeinkosten) beträchtlich vom Branchendurchschnitt ab.

Die Gegenüberstellung der ausschreibungsgegenständlichen Richtpreiskalkulation der K3-Kalkulation gegenüber der Kalkulation der ARGE ergibt folgende Unterschiede:

- -Strichaufzählung

Die Ausschreibungskalkulation beruht auf dem Kollektivvertrag ab 01.05.2007, die Kalkulation der ARGE auf dem

Kollektivvertrag ab Mai 2008.

- -Strichaufzählung

Die Kalkulation der Ausschreibung beruht ausschließlich auf dem Einsatz von Facharbeitern, der Kalkulation der ARGE hingegen liegt eine Mannschaftszusammensetzung von einem Facharbeiter nach dem zweiten Verwendungsjahr und einem Helfer (bzw. jeweils ein Vielfaches davon) zugrunde.

- -Strichaufzählung

In der Ausschreibungskalkulation wird eine Umlage für unproduktives Personal berücksichtigt, nicht jedoch in der Kalkulation der ARGE.

- -Strichaufzählung

Während die Ausschreibungskalkulation weder überkollektivvertraglichen Mehrlohn noch Aufzahlung für Mehrarbeit berücksichtigt, werden von der ARGE jeweils geringfügige Ansätze eingerechnet.

- -Strichaufzählung

In Zeile G „andere abgabepflichtige Lohnbestandteile“ werden in der Ausschreibungskalkulation keine Beträge in Ansatz gebracht, währenddessen die ARGE einen erheblichen Betrag, welcher offenbar eine freiwillige Überzahlung in Form von Taggeld berücksichtigt, einkalkuliert.

- -Strichaufzählung

In den Zeilen J, K, L (direkte Lohnnebenkosten, umgelegte Lohnnebenkosten sowie andere lohngebundene Kosten) werden in den beiden Kalkulationen zwar jeweils unterschiedliche Beträge angesetzt, die Summe dieser drei Zeilen weist jedoch kaum Unterschiede auf.

- -Strichaufzählung

Die Gemeinschaftskosten werden in der Ausschreibungskalkulation mit 35,5 % angesetzt, wohingegen in der Kalkulation der ARGE % (jeweils des Mittellohn-Preises) angesetzt werden. Dies stellt einen gravierenden Unterschied dar.

- -Strichaufzählung

Für Bauzinsen, Wagnis und Gewinn werden in den beiden Kalkulationen ähnliche Ansätze verwendet.

Im Folgenden wird die Kalkulation der ARGE auf ihre Konformität mit der ÖNORM B 2061 sowie hinsichtlich der Plausibilität der Zusammensetzung und Angemessenheit der Preiskomponenten überprüft.

- -Strichaufzählung

Zeile A, KV-Mittellohn: Die ARGE hat eine Partiezusammensetzung von -jeweils einem Facharbeiter nach dem zweiten Verwendungsjahr und einem Helfer ihrer Kalkulation zugrunde gelegt, wodurch gemäß dem Kollektivvertrag ab dem 01.05.2008 sich ein durchschnittlicher KV-Mittellohn von Euro 9,59 errechnet. Diese Mannschaftszusammensetzung ist in Anbetracht der vorgesehenen Arbeiten als plausibel zu qualifizieren.

- -Strichaufzählung

Zeile B, Umlage unproduktives Personal: Hier wurden seitens der ARGE keine Kosten berücksichtigt. Dies erscheint als nachvollziehbar, da in der Ausschreibung eigene Positionen für die Baustelleneinrichtung vorgesehen sind, worin auch allfällige Kosten für unproduktives Personal berücksichtigt werden können. Darüber hinaus erscheint es bei der vorliegenden Art der Arbeiten beim Einsatz eines qualifizierten Facharbeiters gar nicht notwendig, zusätzlich zu den Gemeinschaftskosten eine Umlage für unproduktives Personal zu berücksichtigen.

- -Strichaufzählung

Zeile C, Zulagen aus Zusatzkollektivverträgen: Es wurden keine Kosten seitens der ARGE berücksichtigt, da für diese Leistung keine Zusatzkollektivverträge bestehen.

- -Strichaufzählung

Zeile D, überkollektivvertraglicher Mehrlohn: Seitens der ARGE wurde ein

durchschnittlicher überkollektivvertraglicher Mehrlohn von Euro pro Stunde berücksichtigt.

- -Strichaufzählung

Zeile E, Aufzahlung für Mehrarbeit: Die ARGE hat ihrer Kalkulation 1,0 Überstunden pro Woche zugrunde gelegt. Dies ist ein baupraktisch erklärbarer Ansatz.

- -Strichaufzählung

Zeile F, Aufzahlung für Erschwernisse: Seitens der ARGE wurde für den gesamten

Arbeiterstand eine Schmutzzulage in der Höhe von Euro pro Stunde

berücksichtigt, was ebenfalls als ein üblicher Ansatz unter den zu erwartenden Bedingungen zu qualifizieren ist.

- -Strichaufzählung

Zeile G, andere abgabenpflichtige Lohnbestandteile: Wie im Beiblatt „andere Lohnbestandteile“ zur K3-Kalkulation der ARGE nachgewiesen wird, soll den

Arbeitern ein Taggeld in der Höhe von Euro (an 5 Tagen pro Woche) vergütet

werden. Üblicherweise ist ein Taggeld nicht abgabenpflichtig, jedoch dann schon, wenn dem Personal dieses gemäß dem Kollektivvertrag nicht zustehen würde. Daher kann diese freiwillige Leistung der ARGE als

überkollektivvertraglicher Mehrlohn qualifiziert werden. Zwar erscheint der auf die geleistete Stunde umgelegte Betrag von Euro als verhältnismäßig hoch, wenn man jedoch bedenkt, dass dem

Personal zB für andere Bauvorhaben, welche gemäß dem KV ein verpflichtendes Taggeld erfordern würden (in entsprechender Entfernung zum Wohnort), so erscheint es durchaus als plausibel, dem produktiven Personal solche Beträge zu vergüten. Darüber hinaus kann eine freiwillige Überzahlung durchaus als Motivator für das produktive Personal gesehen werden, wodurch höhere Leistungen erzielt werden können. Auch dieser Umstand lässt die im Vergleich zur Ausschreibungskalkulation niedrigeren Aufwandswerte in der K7-Kalkulation (siehe unten) als nachvollziehbar erscheinen.

- -Strichaufzählung

Zeile I, andere nicht abgabenpflichtige Lohnbestandteile: Nachdem das gemäß Kollektivvertrag nicht zustehende Taggeld den abgabenpflichtigen Lohnbestandteilen zugeordnet wird, offenbar kein Nächtigungsgeld und keine Reisezeitvergütung erforderlich ist, erscheint der allein für die Fahrgeldpauschale veranschlagte Wert als plausibel. Zeile römisch eins, andere nicht abgabenpflichtige Lohnbestandteile: Nachdem das gemäß Kollektivvertrag nicht zustehende Taggeld den abgabenpflichtigen Lohnbestandteilen zugeordnet wird, offenbar kein Nächtigungsgeld und keine Reisezeitvergütung erforderlich ist, erscheint der allein für die Fahrgeldpauschale veranschlagte Wert als plausibel.

- -Strichaufzählung

Zeile J, direkte Lohnnebenkosten: Der von der ARGE gewählte Ansatz von 26,20 % des Mittellohns entspricht exakt der Summe der gemäß ÖNORM B 2061 berücksichtigungswürdigen direkten Lohnnebenkosten.

- -Strichaufzählung

Zeile K, umgelegte Lohnnebenkosten: Die umgelegten Nebenkosten sind einerseits abhängig von den geleisteten Überstunden pro Woche und andererseits vom Mehrlohn über dem KV-Lohn. Eine Ermittlung dieses Prozentsatzes wird von der ARGE im Beiblatt „Die umgelegten Lohnnebenkosten (ULNK)“ dokumentiert und erscheint höchst nachvollziehbar und auch der Höhe nach plausibel.

- -Strichaufzählung

Zeile L, andere lohngebundene Kosten: Auch die Ermittlung dieses Prozentsatzes wird von der ARGE in einem Beiblatt detailliert dokumentiert und erscheint im Bezug auf die berücksichtigten Bestandteile und auf die jeweiligen dafür angesetzten Prozentsätze als plausibel.

- -Strichaufzählung

Zeile M, Mittellohn-Kosten: Auf Basis der diskutierten Faktoren ermittelt die ARGE

Mittellohnkosten von Euro . Diese liegen etwa 10 % über den vom SV Pavlik

in der Kalkulation der Ausschreibung ermittelten MLK von Euro 25,18. Beide Werte liegen aus der Erfahrung der Sachverständigen Kropik und Bodner unter Berücksichtigung sämtlicher Faktoren jedenfalls innerhalb einer Bandbreite, die als plausibel und angemessen zu qualifizieren ist.

- Zeile N, Geschäftsgemeinkosten (GGK): die ARGE legt Geschäftsgemeinkosten in

der Höhe von % des Mittellohnpreises ihrer K3-Kalkulation zugrunde. Zu

beachten ist, dass weitere den GKK zuordenbare Kosten in den „anderen

lohngebundenen Kosten“ (Zeile L) berücksichtigt wurden, nämlich Kosten für die

Lohnverrechnung im Ausmaß von % auf den Lohn (siehe Beilagen zur Aufklärung

der ARGE vom 09.06.2009). Dies erhöht den Gesamtzuschlag um ...%. Dieser Wert

erscheint im Vergleich innerhalb der Branche als eher niedrig, kann aber dennoch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass eine ARGE mit guter Organisationsstruktur und Logistikplanung gebildet werden würde, als plausibel und auskömmlich qualifiziert werden. In diesem Zusammenhang ist sicherlich auch zu berücksichtigen, dass der zu erwartende Auftrag für zumindest drei Jahre den an der ARGE teilnehmenden Unternehmen eine gute Grundaustattung bieten würde. Dies lässt es als zulässig erscheinen, hier einen kompetitiven Wert einzusetzen. Der gravierende Unterschied zu den vom SV Pavlik in der Ausschreibungskalkulation angesetzten Prozentsatz von 35,5 %, welcher aus der Untersuchung der KMU Forschung entnommen ist, ist insofern erklärlich, als hier auf die Vorbemerkungen im Dokument der KMU Forschung verwiesen werden muss, wonach unter anderem auch die Gemeinkosten beträchtlich vom Branchendurchschnitt abweichen können und es sich dabei um erhobene Durchschnittsbetriebe mit einer Betriebsleistung von nur Euro 800.000,-- handelt.

In diesem Zusammenhang ist auf die Bestimmung im BVergG hinzuweisen, wonach nur die direkt zuordenbaren Kosten eines Bauvorhabens (dazu zählen die GVK nicht) abgedeckt werden müssen.

- -Strichaufzählung

Zeilen O, P, G, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn: Die hier zugrunde gelegten Werte erscheinen als branchenüblich und höchst plausibel unter Zugrundelegung der ausgeschriebenen Leistung.

- Zeile S, Summe: Als Summe errechnet sich % , was einem Gesamtzuschlag

(Zeile T) von % entspricht. Dieser Wert erscheint als plausibel.

- Zeile U, Mittellohn-Preis: Die ARGE ermittelt sohin einen MLP in der Höhe von

Euro . Dieser Wert setzt sich aus plausiblen Bestandteilen zusammen und ist

branchenüblich.

K 4-Blätter

Mit Schreiben vom 9.6.2009 hat die Arge der Antragsgegnerin die aufgrund des Aufklärungsbegehrens vom 3.6.2009 im Zuge der vertieften Angebotsprüfung erstellten K4-Blätter übermittelt. Darin sind für 26 verschiedene (mutmaßlich kostenintensivsten) Materialien Materialbezeichnung, Einheit, Lieferantenpreis und Materialkosten frei Bau sowie der prozentuale Verlust und die daraus resultierenden Materialkosten ermittelt. Beaufschlagt wurden diese Einzelkosten mit dem im K3-

Kalkulationsblatt ermittelten Gesamtzuschlag von %. Es handelt sich dabei um die

Materialien für einen Großteil der Leistungspositionen. Es wurden gemäß dem erwähnten Schreiben bereits zuvor seitens der ARGE Nachweise erbracht, dass die Lieferantenpreise und somit die Materialkosten frei Bau erreicht werden könne. Ein Teil dieser Nachweise lag dem SV Kropik vor (Preis-anfrage der artbau an die Austria Bau Niederösterreich/Wien). Die dort angeführten Preise fanden vorschriftsmäßig im Sinne der ÖNORM B2061 in das K4-Kalkulationsformblatt Eingang. Die von der ARGE kalkulierten prozentualen Verlustbeträge erscheinen realistisch,

denn für Fliesen und ähnliches wird ein Verlust von %, für Fliesenkleber,

Fugenmasse und ähnliche Materialien ein Verlust im Bereich von % kalkuliert.

(Aus der Basiskalkulation ist nicht ersichtlich, ob der SV Pavlik einen Materialaufschlag für Verluste berücksichtigt hat). Der SV Pavlik hat in der Ausschreibungskalkulation einen Gesamtzuschlag von 25 % auf den Preisanteil Sonstiges zugrunde gelegt. Diese 25 % stehen im Widerspruch zum ebenfalls vom SV Pavlik erstellten K3-Kalkulationsformblatt, wo ein Gesamtzuschlag von 74,22 % ausgewiesen ist (auch für die Geräte- und Materialkosten). Es ist also ein Gesamtzuschlag von 25 % auf den Preisanteil Sonstiges in die Richtpreise eingeflossen.

Die ARGE konnte im Zuge der Aufklärung gegenüber dem Auftraggeber nachweisen, dass die in der K4-Kalkulation angeführten Materialkosten bzw. Preise, welche nachfolgend in der K7-Kalkulation zugrunde gelegt wurden, marktkonform und jedenfalls realistisch sind. Es gibt keinen Hinweis darauf, dass die in der K4-Kalkulation ermittelten Materialpreise für die ARGE nicht auskömmlich sein würden. Die von der ARGE gelegten K3- und K4-Blätter wurden sowohl vom SV Bodner (GA vom 21.12.2009) als auch vom SV Kropik als nach den Bestimmungen der ÖNORM B2061 erstellt und als plausibel, angemessen und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar beurteilt.

K 7-Kalkulation

Die in der K3- und K4-Kalkulation ermittelten Preise wurden von der ARGE der K7-Kalkulation zugrunde gelegt. Dabei ist auf den von der Ausschreibungskalkulation erheblich abweichenden Mittellohnpreis sowie die Materialpreise hinzuweisen. Der Mittellohnpreis der Ausschreibungskalkulation beträgt Euro 43,86. Der Mittellohnpreis der ARGE beträgt Euro , das sind um % weniger. Ebenfalls unterscheiden sich die Materialpreise schon alleine dadurch, dass der zugrunde gelegte Gesamtzuschlag auf den Preisanteil Sonstiges in der Richtpreiskalkulation 25 % beträgt, der Gesamtzuschlag der ARGE durchgängig %. Würde man hier dieselben Materialkosten zugrunde legen, so käme man alleine dadurch bei der ARGE auf minus 7,51 % was aber durch den Zuschlag für Verlust ausgeglichen wird.

Preisanteil Lohn

Der Richtpreiskalkulation des Preisanteiles Lohn sind zum überwiegenden Teil Vergütungssätze bzw. Aufwandswerte aus dem „Kollektivvertrag für das Hafner-, Platten-, Fliesenleger- und Keramikgewerbe, Akkordvertrag für Österreich“ zugrunde gelegt. Für einige der ausgeschriebenen Leistungen sind in diesem Akkordvertrag keine Leistungsansätze zu finden, weshalb der SV Pavlik Aufwandswerte angenommen hat. Man kann zu Recht davon ausgehen, dass diese Aufwandswerte genauso wie die im Akkordvertrag vereinbarten Aufwandswerte um über 30 % (siehe dazu unten) unterboten werden können.

Im Gegensatz zur Richtpreiskalkulation basiert die Angebotskalkulation der ARGE nicht auf dem Akkordvertrag. Dies ist auch dadurch ablesbar, dass in der K3- Kalkulation der Teilnehmereberechtigten überkollektivvertragliche Zulagen einkalkuliert wurden, wohingegen in der Richtpreiskalkulation keine diesbezüglichen Zuschläge berücksichtigt wurden. Somit wurde das Wesen eines Akkordvertrages von SV Pavlik in dessen Ausschreibungskalkulation so berücksichtigt, dass vereinbarte Akkordsätze oder Richtwerte dafür jedenfalls vom gewerblichen Personal signifikant unterschreitbar sein müssen. So heißt es in dem zugrunde gelegten Kollektivvertrag (§ 5 Akkordarbeit): Im Gegensatz zur Richtpreiskalkulation basiert die Angebotskalkulation der ARGE nicht auf dem Akkordvertrag. Dies ist auch dadurch ablesbar, dass in der K3- Kalkulation der Teilnehmereberechtigten überkollektivvertragliche Zulagen einkalkuliert wurden, wohingegen in der Richtpreiskalkulation keine diesbezüglichen Zuschläge berücksichtigt wurden. Somit wurde das Wesen eines Akkordvertrages von SV Pavlik in dessen Ausschreibungskalkulation so berücksichtigt, dass vereinbarte Akkordsätze oder Richtwerte dafür jedenfalls vom gewerblichen Personal signifikant unterschreitbar sein müssen. So heißt es in dem zugrunde gelegten Kollektivvertrag (Paragraph 5, Akkordarbeit):

§ 5 Akkordarbeit Paragraph 5, Akkordarbeit

Wird im Akkord- oder Prämiensystem gearbeitet, so sind die Ansätze für den Akkord- bzw. Prämienvvertrag zwischen dem Arbeitgeber und den beteiligten Arbeitnehmern schriftlich zu vereinbaren, und zwar so, dass für die Arbeitnehmer bei durchschnittlicher Akkordleistung und bei betriebsüblichen Arbeitsbedingungen ein Mehrverdienst [Anm.: vom KV-Lohn] von 30 % erreichbar ist. Diese 30 Prozent sind jedoch keine Höchstgrenze. [...] bei Akkord-, Prämien- oder sonstigen Leistungsarbeiten wird der jeweilige Stundenlohn garantiert.

Univ. Prof. Jodl schreibt in „Betriebsorganisation und Personalführung“ zu den üblichen Vereinbarungsmodalitäten von Akkordlöhnen:

„Der Vorgabewert (Anm.: also der Aufwandswert bzw. das Entgelt pro Leistungseinheit) wird zwischen den Arbeitspartnern ausgehandelt. Durch eine raschere Arbeitsleistung muss es zu einem Überverdienst kommen können. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer ziehen aus einer Akkordentlohnung einen Nutzen. Der Unternehmer bekommt mehr Leistung für das gleiche Geld und der Arbeitnehmer mehr Geld pro Zeiteinheit.“ „Der Vorgabewert (Anmerkung, also der Aufwandswert bzw. das Entgelt pro Leistungseinheit) wird zwischen den Arbeitspartnern ausgehandelt. Durch eine raschere Arbeitsleistung muss es zu einem Überverdienst kommen können. Sowohl der Arbeitgeber als auch der Arbeitnehmer ziehen aus einer Akkordentlohnung einen Nutzen. Der Unternehmer bekommt mehr Leistung für das gleiche Geld und der Arbeitnehmer mehr Geld pro Zeiteinheit.“

Grundsätzlich muss also bei einer Akkordlohnvereinbarung zwischen Dienstgeber (DG) und Dienstnehmer (DN) der

Kollektivvertragslohn (bei Zeitlohn) vom DN erheblich überschreitbar sein. Andernfalls würde sich der DN nicht auf eine Akkordlohnvereinbarung einlassen, denn eine solche Vereinbarung ist nur einvernehmlich zwischen DG und DN möglich (siehe Ziffer 1 des Akkordvertrages für Österreich, Teil der Ausschreibung).

Es ist ferner davon auszugehen, dass im Sinne der paritätischen Aufteilung bei Akkordvereinbarungen die möglichen Einsparungen zwischen DN und DG auch für den DG eine Verdienstmöglichkeit bieten müssen, da eine erfolgreiche Akkordvereinbarung auch organisatorischer Vorleistungen des Dienstgebers bedarf. Andernfalls wäre der Anreiz für eine solche, gewisse Risiken (etwa die aus dem KV-Zitat ersichtliche Garantie des jeweiligen Stundenlohnes seitens des DG gegenüber seinem DN) beinhaltende Vereinbarung seitens des DG nicht gegeben. Vorsichtig kann der DG-Anteil zusätzlich mit 20 % bewertet werden („paritätisch“ wären 30 %). Folgendes Beispiel (mit vereinfachten, im Vergleich zum gegenständlichen Sachverhalt abgeänderten Zahlen) soll demonstrieren, welche Aufwandswerte bei Zeitlohn (in Ableitung von der Akkordvereinbarung) daher erreichbar sind:

- -Strichaufzählung
Akkordvorgabe gemäß KV: 1,0 Mannstunden/Leistungseinheit
- -Strichaufzählung
Angenommener KV-Lohn: EUR 10,-/Std
- -Strichaufzählung
Es muss für den DN ein 30 %iger Mehrverdienst möglich sein, also EUR 13,-/Std
- -Strichaufzählung
Der DG kalkuliert für sich weitere 20 %, also EUR 2,-/Std, insgesamt sind das EUR 15,-/Std

- Es muss für den DN unter betriebsüblichen Arbeitsbedingungen somit möglich sein,

in einer Stunde $1,0 \times (15/10) = 1,5$ Leistungseinheiten zu erbringen oder umgekehrt

$1,0 / 1,5 = 0,667$ Mannstunden/Leistungseinheit aufzuwenden.

- -Strichaufzählung
Dies entspricht einer Reduktion des kalkulierten Aufwandswertes von 1,0 (bei Akkordlohn) auf 0,667 Mannstunden/Leistungseinheit (bei Zeitlohn), prozentual ausgedrückt um $(1,0 - 0,667) / 1,0 \times 100 = 33,33 \%$ (dieser Wert ändert sich mit abweichendem KV-Lohn nicht).

Man kann daher davon ausgehen, dass die im Akkordvertrag vereinbarten und der Richtpreiskalkulation zugrunde gelegten Aufwandswerte um ca. 33 % unterboten werden können. Der Ausschreibungskalkulation (Richtpreiskalkulation) ist also immanent, dass die zugrunde gelegten Aufwandswerte realistischerweise um 33 % unterboten werden können (GA SV Kropik).

Die folgende Schlussfolgerung kann aus einer vergleichenden Analyse von K3- und K7-Blättern der Ausschreibung und des Angebots gezogen werden:

Hoher Aufwandswert und niedriger Lohn (kleine Überzahlungen auf den KV-Lohn) dienen als Basis für die Richtpreiskalkulation, umgekehrt sind ein geringerer, aber dennoch für den DN erreichbarer Aufwandswert und ein höherer Lohn (Überzahlungen auf den KV-Lohn von über 30 %) Basis für die Angebotskalkulation der Teilnahmeberechtigten. Insgesamt sind die Lohnkosten sehr ähnlich, was folgende Rechnungen bestätigen:

Richtpreiskalkulation: $12.937 \text{ Stunden} \times \text{EUR } 25,18 \text{ (MLK)} = \text{EUR } 325.753,66$

Angebotskalkulation der ARGE: $11.656 \text{ Stunden} \times 27,91 \text{ (MLK)} = \text{EUR } 325.318,96$

(Die Mannstunde wurden dem Gutachten des SV Heck entnommen. Das Gutachten profacto (= Prof. Heck) wurde von der dortigen Antragstellerin im Verfahren VKS- 6991/09 zum Nachweis der falschen Kalkulation im Angebot der Teilnahmeberechtigten vorgelegt).

Auch dies ist ein Nachweis dafür, dass die direkten Kosten der ARGE im Preisanteil Lohn plausibel und darüber hinaus durchaus im Bereich der Richtpreiskalkulation liegen, obwohl in der Richtpreiskalkulation in den MLK zusätzlich hohe Beträge für unproduktives Personal berücksichtigt wurden.

Im Gutachten des SV Bodner wurde für den Preisanteil Lohn ein Vergleich der Aufwandswerte zwischen Ausschreibungskalkulation und Angebotskalkulation der Teilnahmeberechtigten erstellt (7.2. „Befund zu den

Leistungsansätzen", Seiten 8ff). Im Abschnitt 8.1 seines Gutachtens kommt SV Bodner zusammenfassend zu folgenden Abweichungen zwischen Ausschreibungs- und Angebotskalkulation:

OG 1 Baustellengemeinkosten	+	%
OG 2 Entsorgen von Bauresten	+	%
OG 3 Verputz abschlagen, Verkleidungen abbrechen	-	%
OG 4 Fußböden und Unterböden abbrechen	-	%
OG 5 Vorbereiten des Untergrundes	-	%
OG 6 Wandbeläge in Innenräumen	-	%
OG 7 Bodenbeläge in Innenräumen	-	%
OG 8 Wandbeläge an Außenflächen	-	%
OG 9 Bodenbeläge an Außenflächen	-	%
OG 10 Stufenbeläge, Innenräume und Außenbereich	-	%
OG 11 Sockel in Innenräumen und Außenbereich	-	%
OG 12 Elastische Fugen, Aufzählung	+	%
OG 13 Sonstige Leistungen	+	%
OG 14 Loggien- und Balkonaufbauten	-	%

Daraus ist ersichtlich, dass mit Ausnahme der OG 4 in der Angebotskalkulation der ARGE die Aufwandswerte der Ausschreibungskalkulation nicht um mehr als 33 % unterboten wurden. Sämtliche OG mit Ausnahme von OG 4 sind schon allein aus diesem Grund als plausibel und jedenfalls erreichbar (dokumentiert durch den Kollektivvertrag) und dadurch angemessen zu bezeichnen, wodurch – nachdem auch eine plausible K3-Kalkulation nachgewiesen wurde, siehe oben – auch die Einheitspreise im Preisanteil Lohn für diese OG als plausibel zu qualifizieren sind. In der gegenständlichen Obergruppe OG 4 befinden sich lediglich zwei Positionen, die eine für das Abbrechen von Bodenbelägen aus Kunststoff (Positions Nr. 04021403A) sowie das Schneiden und Abbrechen von Terrazzohohlkehlen (Positions Nr. 04021408B). SV Pavlik hat in seiner Kalkulation nicht auf Aufwandswerte des Akkordvertrages zurückgegriffen (dort sind keine Ansätze für solche Leistungen vorhanden), sondern aus seiner Sicht realistische Werte angenommen. Aus Sicht des fachkundig besetzten Senates sind jedoch auch die von

der ARGE zugrunde gelegten Aufwandswerte Stunden pro m³ Bodenbelag

Abbrechen, sowie Stunden pro lfm Schneiden und Abbrechen von

Terrazzohohlkehlen als durchaus realistisch zu qualifizieren, zumal bei solchen Arbeiten im Bestand in Abhängigkeit der vorgefundenen Bedingungen (Alter des abzubrechenden Materials, Klebestärke des Klebers, etc.) die Aufwandswerte nur grob innerhalb einer sehr großen Bandbreite kalkuliert werden können. Da der SV Pavlik in seiner Ausschreibungskalkulation auch im Falle nicht vorhandener Akkordwerte eine gewisse Möglichkeit zur Unterschreitung seiner zugrunde gelegten Aufwandswerte vorsehen musste (wie oben dargestellt, ist in seiner K3-Kalkulation kein üblicher überkollektivvertraglicher Aufschlag berücksichtigt), kann davon ausgegangen werden, dass die von der ARGE in der OG 4 zugrunde gelegten Aufwandswerte ebenfalls erzielbar bzw. erreichbar und plausibel und angemessen sind.

Es konnte somit für den Preisanteil Lohn nachgewiesen werden, dass sowohl der zugrunde gelegte, in der K3-Kalkulation ermittelte Mittellohnpreis als auch die positionsbezogenen Aufwandswerte als plausibel und wirtschaftlich nachvollziehbar zu beurteilen sind.

Betrachtet man die von SV Heck in seiner Stellungnahme (zum Gutachten SV Bodner vom 18.9.2009 im Akt VKS – 6991/09) vom 29.9.2009 ermittelte Stundensumme der ARGE in der Höhe von 11.656 und stellt diese der Stundensumme der Richtpreis-/Ausschreibungskalkulation von 12.937 gegenüber, so kommt man unter Beachtung der

oben geführten Argumentation der möglichen Unterbietbarkeit von Akkordsätzen des Kollektivvertrages um 33 % zu dem Schluss, dass hinsichtlich der Stundensumme (gesamter Preisanteil Lohn) von der ARGE die Richtpreis-/Aus-schreibungskalkulation nur um % unterschritten wird, obwohl eine Unterschreitung um 33 % immer noch plausibel wäre.

In der Gegenüberstellung der Aufwandswerte der ARGE von Fliesenlegerarbeiten im Innen- und Außenbereichen kommt SV Heck zu dem Ergebnis, dass seitens der ARGE für die gleiche Art der Arbeit für die Außenbereiche geringere Aufwandswerte veranschlagt wurden als für Innenbereiche. Da die Außenbereiche „höherwertiger“ seien als jene in Innenbereichen, sei es betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar, dass dafür niedrigere Aufwandswerte angesetzt werden.

Zunächst ist festzuhalten, dass auch der Akkordvertrag nicht zwischen Arbeiten in Außen- und Innenbereichen unterscheidet. Daraus ist zu schließen, dass der Akkordvertrag von einer Gleichwertigkeit (innerhalb einer gewissen beidseitigen Bandbreite) ausgeht. Weiters ist die K7-Kalkulation der ARGE zu beleuchten, in welcher sich der Stundenaufwand jeder Leistungsposition aus zwei summierten Ansätzen zusammensetzt, nämlich dem „Verlegen+Schneiden“ einerseits und dem „Reinigen+Vertragen“ andererseits. Dabei werden für das Verlegen und Schneiden von der Teilnahmberechtigten zumeist die gleichen Aufwandswerte für gleichartige Tätigkeiten im Außen- und Innenbereich angesetzt, große (prozentuale) Unterschiede sind bei der Tätigkeit des Reinigens und Vertragens ersichtlich. Unter diesem Aspekt erscheint die Argumentation des SV Heck als nicht haltbar, denn es ist eindeutig nachvollziehbar (und wurde in der Aufklärung von der ARGE gegenüber der Antragsgegnerin dargelegt), dass die ARGE das Verbringen des Materials mittels Hebezug auf die Balkone (Großteil der Außenbereiche) geplant hat, wobei dieser Vorgang einen geringeren Aufwand als das händische Vertragen über Stiegenhäuser (Lift darf idR nicht benützt werden) und durch Wohnungen hat. Auch ist der Reinigungsaufwand in Außenbereichen als geringer zu qualifizieren. Das Schneiden von Fliesen kann direkt auf dem Balkon, also im Bereich des Einbauortes, erfolgen, wohingegen bei Arbeiten im Innenbereich für das Schneiden – insbesondere wenn die Wohnung bewohnt ist, was zumindest teilweise der Fall sein dürfte – aufgrund der Unmöglichkeit der Durchführung beim Einbauort mehr Zeit für das Aufsuchen eines adäquaten Ortes (wohl wiederum der Balkon der jeweiligen Wohnung bzw. sogar ein Platz vor dem Wohnhaus) aufgewendet werden muss. Unter Zugrundelegung dieser – von der Teilnahmberechtigten in ihrer Kalkulation dokumentierten und der Aufklärung gegenüber dem AG dargelegten – realistischen Vorgangsweise ist es betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, dass von der Teilnahmberechtigten für die Arbeiten in den Außenbereichen niedrigere Aufwandswerte als für die Innenbereiche veranschlagt wurden (Diesbezüglich schließt sich der Senat den Ausführungen der SV Kropik und Holzinger an).

Auf Basis des dargestellten Sachverhalts und der genannten Argumente sind sämtliche Preise (Preisanteil Lohn) als plausibel, angemessen und betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar zu qualifizieren. (GA SV Kropik v. 2.10.2009, Ergänzung 8.1.2010; tlw. GA SV Bodner v. 21.12.2009).

Preisanteil Sonstiges

Wie schon im Abschnitt zur K4-kalkulation erörtert, hat die ARGE im Zuge ihrer Aufklärungsschreiben ein mehrseitiges K4-Kalkulationsformblatt mit den wesentlichen Materialien an den AG übermittelt. Die darin angeführten Materialkosten frei Bau werden zumindest zum Großteil mittels Angeboten von Lieferanten nachgewiesen. Kleingerät und Kleingerüst wurden von der ARGE bereits in den Mittellohnen (konkret in Zeile L „Andere lohngebundene Kosten“ des K3- Formblattes) berücksichtigt. Dies erklärt im Vergleich zur Ausschreibungskalkulation das teilweise Fehlen von Ansätzen für Geräte.

Gemäß dem Gutachten des SV Bodner werden die Kosten im Bereich des Preisanteils Sonstiges (also Preise abzüglich des Gesamtzuschlages) im Angebot der ARGE um die folgenden Werte über- bzw. unterschritten, wobei der Einsatz von Werten zur Wahrung von Betriebsgeheimnissen der ARGE unterbleiben musste:

OG 1	Baustellengemeinkosten	+	%
OG 2	Entsorgen von Bauresten	+	%
OG 5	Vorbereiten des Untergrundes	-	%
OG 6	Wandbeläge in Innenräumen	-	%

OG 7	Bodenbeläge in Innenräumen	-	%
OG 8	Wandbeläge an Außenflächen	-	%
OG 9	Bodenbeläge an Außenflächen	-	%
OG 10	Stufenbeläge, Innenräume und Außenbereich	-	%
OG 11	Sockel in Innenräumen und Außenbereich	-	%
OG 12	Elastische Fugen, Aufzählung	+	%
OG 13	Sonstige Leistungen	-	%
OG 14	Loggien- und Balkonaufbauten	-	%

Die Abweichung von den Preisen der Ausschreibungskalkulation ist dadurch zu erklären, dass vom SV Pavlik zum Teil überhaupt keine bzw. zu geringe Nachlässe auf die Listenpreise kalkuliert wurden. Gerade im Fall eines langfristigen Auftrages und dadurch langfristigen Liefervertrages können erhebliche (weitaus größer als 30 %) Preisnachlässe auf die Listenpreise der Lieferanten erzielt werden. Dies wird durch die beigebrachten Nachweise der ARGE eindeutig dokumentiert. Weitere Gründe für das zum Teil erhebliche Abweichen der ARGE von den Preisen im Preisanteil Sonstiges von der Angebotskalkulation sind darin zu finden, dass auch von der Angebotskalkulation abweichende Produkte die Ausschreibungsanforderungen erfüllen, jedoch andere als der Ausschreibungskalkulation zugrunde gelegte Preise haben. Darüber hinaus wurde beispielsweise für die Entsorgung von Abfällen sowie für Abdeckfolien vom SV Pavlik jeweils nur ein Angebot eingeholt. Dieses stellt einen singulären, wenig repräsentativen Betrag dar, welcher nicht als allgemein gültig qualifiziert werden kann und somit durch andere eingeholte Angebote seitens der ARGE entweder erheblich über- oder auch erheblich unterschritten werden kann.

Für jene Materialpreise, welche in der vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber von der ARGE abgefragt wurden, liegen eindeutige Nachweise für die Preisangemessenheit vor. Die möglichen Gründe für die teilweise erheblichen Abweichungen der Preise im Preisanteil Sonstiges zwischen Ausschreibungs- und Angebotskalkulation wurden oben dargelegt und sind aus Sicht des Senates betriebswirtschaftlich nachweisbar und begründbar. Für Materialpreise, für welche seitens der ARGE kein Nachweis im Zuge der vertieften Angebotsprüfung vorgelegt werden musste, wurde vom SV Kropik eine stichprobenartige Überprüfung vorgenommen, welche ebenfalls eine plausible Preiszusammensetzung ergab. Gleiches gilt für die Preiszusammensetzung der Gerätekosten, sofern diese nicht ohnehin im Mittellohnpreis enthalten sind.

Diese Ausführungen des SV Kropik werden als schlüssig, widerspruchsfrei und nachvollziehbar vom Senat übernommen und seinen Feststellungen zu Grunde gelegt.

Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass insbesondere nach Beiziehung des SV Holzinger vor allem die wirtschaftlich relevanten Positionen der Leistungsbeschreibung, das sind zwölf Positionen, welche 65 % der Angebotssumme ausmachen, zunächst einer eingehenden Überprüfung unterzogen wurden. Da jedoch im gegenständlichen Vergabeverfahren keine wesentlichen Positionen im Leistungsverzeichnis ausgeschrieben waren, hat SV Holzinger alle ausgeschriebenen Positionen in die vertiefte Angebotsprüfung einbezogen. Aus den Vergabeakten ist auch ersichtlich, dass SV Holzinger auf Basis der ausgeschriebenen Mengen überprüft hat, ob Unterdeckungen bei den einzelnen Positionen entstehen.

Es wird somit festgestellt, dass sämtliche im Gutachten des SV Holzinger angeführten Preise (Preisanteil Sonstiges) plausibel und angemessen sowie betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, in diesem Sinne das den Zuschlagsentscheidungen zugrunde liegende Gutachten Holzinger richtig ist.

Die Prüfung der Vergabeakten hat ergeben, dass die ARGE ihre Kalkulation gemäß der ÖNORM B2061 erstellt hat, was auch von den Sachverständigen Bodner und Kropik so gesehen wird. Die von der Antragsgegnerin durchgeführte Prüfung der Angemessenheit der Preise (vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des § 125 BVergG 2006) wurde unter Zugrundelegung der vorliegenden Unterlagen (Schreiben der Antragsgegnerin vom 10.11.2008 bzw. 4.6.2009 sowie den Antwortschreiben der ARGE vom 9.11.2008 bzw. 9.6.2009 samt angeschlossener Beilagen) vollinhaltlich dokumentiert und im Ergebnis gesetzeskonform durchgeführt. Trotz der teilweise großen Abschläge gegenüber der Basiskalkulation hat sich durchgehend gezeigt, dass eine Deckung sämtlicher variabler Kosten sowie auch der Fixkosten gewährleistet sein wird. Nur die Deckung der direkt zuordenbaren Kosten wird vom BVergG 2006 gefordert,

dies ist im Angebot der ARGE gegeben. Die ARGE hat in ihrer Kalkulation sowohl für den Preisanteil Lohn als auch den Preisanteil Sonstiges einen Gesamtzuschlag von über 15 % berücksichtigt. Dieser ist nicht den direkt zuordenbaren Kosten zuzurechnen. Diese Überlegung zeigt aber, dass die Preise der Teilnahmeberechtigten nach Abzug des über 15 % Gesamtzuschlages immer noch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar im Sinne des BVergG 2006 sind. Das Nachprüfungsverfahren hat auch ergeben, dass der Mittellohnpreis und die Leistungsansätze sowie beim Preisanteil Sonstiges die Materialpreise und zum Teil Gerätekosten nachvollziehbar in den jeweiligen Preisanteilen kalkuliert wurden. Aus der vorliegenden K7-Kalkulation der ARGE sind keinerlei Umlagerungen erkennbar. Auch die von der ARGE angeführten Mannstunden sind ausreichend angesetzt. Dazu ist auf die oben unter dem Kapitel „Preisanteil Lohn“ dargestellte Berechnung zu verweisen. Ein hoher Aufwandswert und niedriger Lohn (keine Überzahlungen auf den KV-Lohn) dienten als Basis für die Richtpreiskalkulation, umgekehrt sind ein geringerer, aber dennoch für den Dienstnehmer erreichbarer Aufwandswert und ein höherer Lohn (Überzahlungen auf den KV-Lohn von über 30 %) Basis für die Angebotskalkulation der ARGE. Insgesamt sind die Lohnkosten (ohne Gesamtzuschlag) nach beiden Berechnungsgrundlagen sehr ähnlich, woraus abzuleiten ist, dass die direkten Kosten der ARGE im Preisanteil Lohn plausibel und darüber hinaus durchaus im Bereich der Richtpreiskalkulation liegen, obwohl in der Richtpreiskalkulation in den MLK zusätzlich hohe Beträge für unproduktives Personal berücksichtigt wurden (GA SV Kropik, S 37/52). Die Prüfung der Vergabeakten hat ergeben, dass die ARGE ihre Kalkulation gemäß der ÖNORM B2061 erstellt hat, was auch von den Sachverständigen Bodner und Kropik so gesehen wird. Die von der Antragsgegnerin durchgeführte Prüfung der Angemessenheit der Preise (vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006) wurde unter Zugrundelegung der vorliegenden Unterlagen (Schreiben der Antragsgegnerin vom 10.11.2008 bzw. 4.6.2009 sowie den Antwortschreiben der ARGE vom 9.11.2008 bzw. 9.6.2009 samt angeschlossener Beilagen) vollinhaltlich dokumentiert und im Ergebnis gesetzeskonform durchgeführt. Trotz der teilweise großen Abschläge gegenüber der Basiskalkulation hat sich durchgehend gezeigt, dass eine Deckung sämtlicher variabler Kosten sowie auch der Fixkosten gewährleistet sein wird. Nur die Deckung der direkt zuordenbaren Kosten wird vom BVergG 2006 gefordert, dies ist im Angebot der ARGE gegeben. Die ARGE hat in ihrer Kalkulation sowohl für den Preisanteil Lohn als auch den Preisanteil Sonstiges einen Gesamtzuschlag von über 15 % berücksichtigt. Dieser ist nicht den direkt zuordenbaren Kosten zuzurechnen. Diese Überlegung zeigt aber, dass die Preise der Teilnahmeberechtigten nach Abzug des über 15 % Gesamtzuschlages immer noch betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar im Sinne des BVergG 2006 sind. Das Nachprüfungsverfahren hat auch ergeben, dass der Mittellohnpreis und die Leistungsansätze sowie beim Preisanteil Sonstiges die Materialpreise und zum Teil Gerätekosten nachvollziehbar in den jeweiligen Preisanteilen kalkuliert wurden. Aus der vorliegenden K7-Kalkulation der ARGE sind keinerlei Umlagerungen erkennbar. Auch die von der ARGE angeführten Mannstunden sind ausreichend angesetzt. Dazu ist auf die oben unter dem Kapitel „Preisanteil Lohn“ dargestellte Berechnung zu verweisen. Ein hoher Aufwandswert und niedriger Lohn (keine Überzahlungen auf den KV-Lohn) dienten als Basis für die Richtpreiskalkulation, umgekehrt sind ein geringerer, aber dennoch für den Dienstnehmer erreichbarer Aufwandswert und ein höherer Lohn (Überzahlungen auf den KV-Lohn von über 30 %) Basis für die Angebotskalkulation der ARGE. Insgesamt sind die Lohnkosten (ohne Gesamtzuschlag) nach beiden Berechnungsgrundlagen sehr ähnlich, woraus abzuleiten ist, dass die direkten Kosten der ARGE im Preisanteil Lohn plausibel und darüber hinaus durchaus im Bereich der Richtpreiskalkulation liegen, obwohl in der Richtpreiskalkulation in den MLK zusätzlich hohe Beträge für unproduktives Personal berücksichtigt wurden (GA SV Kropik, S 37/52).

Die Frage, unter welchen Ansätzen Aufwendungen für „unproduktives Personal“ von der Teilnahmeberechtigten kalkuliert wurden, war das Hauptthema der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010. Ansatzpunkt dafür war die Ausführung des SV Kropik, dass die unproduktiven Stunden bei den einzelnen Positionen nicht einkalkuliert, sondern auf andere Positionen umgelegt wurden. Dazu hat der SV Holzinger umfangreiche Erläuterungen gegeben (Protokoll Seite 5f), wonach die unproduktiven Zeiten des produktiven Personals in allen Positionen enthalten sind, was von ihm überprüft worden sei. Es sei aber auch möglich, unproduktive Stunden unter anderen Ansätzen etwa im K 3 – Blatt unter der Zeile „unproduktives Personal“ zu kalkulieren oder etwa bei den Baustellengemeinkosten. Der Senat hält die Erklärungen des SV Holzinger in der mündlichen Verhandlung zum Thema „unproduktives Personal“ für plausibel und den Erfahrungen des fachkundig zusammengesetzten Senates entsprechend. Der Senat hat in diesem Zusammenhang keinen Anlass gesehen, den Beweisanträgen des Antragstellers auf Einholung eines Gutachtens eines weiteren Sachverständigen zu diesem Thema bzw. auf Vernehmung des SV Bodner (Schriftsatz vom 11.2.2010) bzw. SV Tautschnig (mündliche Verhandlung vom 3.4.2010) Folge zu leisten, weil er die Rechtssache für spruchreif erachtet.

Im Zuge der Auswertung der K3-Kalkulationsblätter (Zeile N „Geschäftsgemeinkosten“) ergibt sich, dass der Betrag von % (des Preises) für die Geschäftsgemeinkosten als unter den vorliegenden Umständen ausreichend zu qualifizieren ist. Nach den vorliegenden Kalkulationsgrundlagen ist nachgewiesen, dass im Angebot der ARGE eine Deckung der Gemeinkosten gegeben ist. Der Deckungsbeitrag mit einem kalkulierten Ansatz von % der Geschäftsgemeinkosten liefert jedenfalls ausreichende Deckungsbeiträge und unter Einbeziehung des kalkulatorischen Ansatzes für Gewinn (%) stehen Beträge zur Verfügung, die entsprechenden Umsatz vorausgesetzt, bereits eine Volkkostendeckung bedeuten können.

Zum Einwand der Antragstellerin, die ARGE könnte eine Auftragserteilung für mehrere Lose „nicht durchstehen“, ist festzustellen, dass nach dem nicht bekämpften Vorbringen sowohl der ARGE als auch der Antragsgegnerin im Verfahren VKS- 6991/09, die ARGE-Mitglieder über 184 (Schriftsatz der TB vom 19.8.2009) bzw. 166 (Schriftsatz der AG vom 20.8.2009) geeignete Mitarbeiter verfügen. Damit ist jedenfalls gewährleistet, dass die ARGE, die den Zuschlag nicht für alle Lose erhalten soll, ausreichend geeignete Mitarbeiter zum Einsatz wird bringen können.

In den Ausschreibungsunterlagen Punkt 2.22 ist eine ausführliche Information über das Auftragspotential enthalten. Danach wurde das Auftragspotential für den einzelnen anbietbaren Gebietsteil aufgrund von Erfahrungswerten der Antragsgegnerin über drei Jahre ermittelt und stellt das prognostizierte Auftragsvolumen für die jeweilige Leistungsgruppe bestmöglich dar. Die bei den einzelnen Losen angegebenen Beträge beziehen sich auf eine Vertragslaufzeit von drei Jahren und sind gegliedert in Aufträge unter Euro 2.000,--, zwischen Euro 2.000,-- und Euro 4.000,-- sowie über Euro 4.000,--. Als zusätzliche Information für die Kalkulation der Angebote wird für die Preisbildung die Rechnungsbetragsverteilung aufgrund der Erfahrungswerte der Antragsgegnerin über drei Jahre für jedes einzelne Los bekannt gegeben.

Für die gegenständlichen Lose werden die Anzahl der Aufträge wie nachstehend dargestellt angegeben:

<= 2000 >2000<= 4000 >4000

Los	Anzahl/%	Anzahl/%	Anzahl/%
KD 9/2	114 52 %	95 48 %	1 1 %
KD 21/5	134 62 %	81 37 %	1 1 %
KD 21/6	131 53 %	116 47 %	1 1 %
KD 22/1	78 44 %	98 55 %	1 2 %
KD 22/4	62 61 %	41 39 %	1 2 %
KD 22/5	87 48 %	93 51 %	1 2 %

Diese für die einzelnen Lose angegebenen Mengen waren Grundlage für die Basiskalkulation durch SV Pavlik. Die gegenständliche Teilnahmeberechtigte hat ein Angebot für alle Lose abgegeben und ist für 21 Lose als Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Die Antragstellerin hat Angebote für dreizehn Lose gelegt, ist jedoch nach den Ergebnissen des Vergabeverfahrens nicht als Zuschlagsempfängerin für eines dieser Lose vorgesehen. Die Zuschlagsentscheidungen zugunsten der ARGE wurden in folgenden Verfahren mit Nichtigerklärungsanträgen angefochten und konnten in der Zwischenzeit einer Erledigung zugeführt werden:

Im Verfahren VKS – 6991/09 hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Los KD 9 – GE 1 begehrt. In diesem Verfahren wurde mit Bescheid vom 13.1.2010 der Nichtigerklärungsantrag der Antragstellerin abgewiesen.

Die Verfahren VKS – 7207/09 und VKS - 7208/09 haben die Zuschlagsentscheidungen hinsichtlich der Lose KD 9 – GE 4 und KD 9 – GE 5 betroffen; sie wurden von einem anderen Bieter mit Nichtigerklärungsanträgen bekämpft. Mit den Bescheiden je vom 18.2.2010 sind die Nichtigerklärungsanträge dieses Bieters abgewiesen worden.

Zu VKS – 7126/09 und VKS - 7134/09 hat ein anderer Bieter die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin je zugunsten der ARGE mit Nichtigerklärungsanträgen bekämpft. Es hat sich dabei um die Lose KD 12 – GE 2 und KD 17 – GE 4 gehandelt. In diesem Verfahren wurden die Anträge auf Nichtigerklärung der beiden Zuschlagsentscheidungen mit Bescheiden je vom 16.3.2010 abgewiesen.

In all diesen Fällen hat der Senat betreffend das Angebot der ARGE festgestellt, dass die Antragsgegnerin eine ordnungsgemäße, vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hat und ein Ausscheidungsgrund bezüglich dieser Angebote nicht vorliegt, weil sie eine plausible Zusammensetzung der Gesamtpreise aufweisen.

Das Ergebnis der Angebotsprüfung ist in der Niederschrift des SV Holzinger vom 15.7.2009, bezeichnet mit „gutachterliche Stellungnahme betreffend der vertieften Angebotsprüfung der Fliesenlegerarbeiten –Rahmenvertrag für die Bezirke 1 bis 23 aus bauwirtschaftlicher, technischer Sicht“, festgehalten. Diese gutachterliche Stellungnahme, die das Ergebnis der Angebotsprüfung wiedergibt, betrifft die Angebote der drei ermittelten Bestbieter, gegenständlich auch die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. In den Vergabeakten erliegen dazu zahlreiche Unterlagen, aus denen sich nachvollziehbar ergibt, dass die Antragsgegnerin bzw. die mit der Angebotsprüfung betraute Rechtsanwalts OEG Anfragen sowohl an die Bieter als auch an andere Stellen gerichtet hat. Hinsichtlich des Angebotes der ARGE liegen zwei Aufklärungsersuchen an die ARGE vor und zwar vom 10.11.2008 und 3.6.2009. Weiters sind Anfragen betreffend die Materialpreise sowie die Aufforderung zur Vorlage von Kalkulationshilfsblättern und die jeweilige Erledigung durch die Bieterin dazu dokumentiert. In der gutachterlichen Stellungnahme des SV Holzinger wird jeweils auf die entsprechenden, vollständig in den Vergabeakten erliegenden Auskünfte und Nachweise verwiesen, sodass sich die gutachterliche Stellungnahme, die die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin war, als Darstellung des Ablaufes der vertieften Angebotsprüfung und als Zusammenfassung deren Ergebnisse darstellt. Sowohl aus diesen Gutachten als auch aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass vom SV Holzinger die Prüfung für jedes Los und für jedes dazu erstellte Angebot der jeweiligen Billigstbieter unter Einhaltung der Grundsätze der §§ 123f BVergG 2006 sowie nach den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 erfolgt ist. Alle K-Blätter tragen auch die erforderlichen Prüfvermerke. Abschließend kommt SV Holzinger in seinem Gutachten (Seite 18 von 19) zum Ergebnis, dass die Angemessenheit der Gesamtpreise je Los „plausibel nach dem BVergG 2006 in Verbindung mit der vertraglich vereinbarten ÖNORM B 2061 – Preisermittlung für Bauleistungen (Ausgabe 1.9.1999) erklärt werden“ kann. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht seien die Preise der Angebote plausibel und nachvollziehbar erklärt worden und sind die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt. Das Ergebnis der Angebotsprüfung ist in der Niederschrift des SV Holzinger vom 15.7.2009, bezeichnet mit „gutachterliche Stellungnahme betreffend der vertieften Angebotsprüfung der Fliesenlegerarbeiten –Rahmenvertrag für die Bezirke 1 bis 23 aus bauwirtschaftlicher, technischer Sicht“, festgehalten. Diese gutachterliche Stellungnahme, die das Ergebnis der Angebotsprüfung wiedergibt, betrifft die Angebote der drei ermittelten Bestbieter, gegenständlich auch die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. In den Vergabeakten erliegen dazu zahlreiche Unterlagen, aus denen sich nachvollziehbar ergibt, dass die Antragsgegnerin bzw. die mit der Angebotsprüfung betraute Rechtsanwalts OEG Anfragen sowohl an die Bieter als auch an andere Stellen gerichtet hat. Hinsichtlich des Angebotes der ARGE liegen zwei Aufklärungsersuchen an die ARGE vor und zwar vom 10.11.2008 und 3.6.2009. Weiters sind Anfragen betreffend die Materialpreise sowie die Aufforderung zur Vorlage von Kalkulationshilfsblättern und die jeweilige Erledigung durch die Bieterin dazu dokumentiert. In der gutachterlichen Stellungnahme des SV Holzinger wird jeweils auf die entsprechenden, vollständig in den Vergabeakten erliegenden Auskünfte und Nachweise verwiesen, sodass sich die gutachterliche Stellungnahme, die die Grundlage für die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin war, als Darstellung des Ablaufes der vertieften Angebotsprüfung und als Zusammenfassung deren Ergebnisse darstellt. Sowohl aus diesen Gutachten als auch aus dem Akteninhalt ergibt sich, dass vom SV Holzinger die Prüfung für jedes Los und für jedes dazu erstellte Angebot der jeweiligen Billigstbieter unter Einhaltung der Grundsätze der Paragraphen 123 f, BVergG 2006 sowie nach den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 erfolgt ist. Alle K-Blätter tragen auch die erforderlichen Prüfvermerke. Abschließend kommt SV Holzinger in seinem Gutachten (Seite 18 von 19) zum Ergebnis, dass die Angemessenheit der Gesamtpreise je Los „plausibel nach dem BVergG 2006 in Verbindung mit der vertraglich vereinbarten ÖNORM B 2061 – Preisermittlung für Bauleistungen (Ausgabe 1.9.1999) erklärt werden“ kann. Aus betriebswirtschaftlicher Sicht seien die Preise der Angebote plausibel und nachvollziehbar erklärt worden und sind die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt.

Aus den Vergabeakten ergibt sich, dass die Auftraggeberin bzw. der von der mit der Prüfung beauftragten Rechtsanwaltskanzlei beigezogene Sachverständige Holzinger eine baubetriebswirtschaftlich ausreichende Prüfung der Aufwandswerte in den Angeboten der Teilnahmeberechtigten durchgeführt hat. Die Schritte, die dabei von ihm gesetzt wurden sowie die Schlussfolgerungen und Ergebnisse der Überprüfung sind in den Vergabeakten sorgfältig dokumentiert. So ist aus den Vergabeakten nachvollziehbar feststellbar, dass SV Holzinger die Angebote vor allem der für die Zuschlagserteilung in Frage kommenden Bieter anhand der bereits mit den Angeboten abgegebenen K 3 – und

K 4 – Blättern geprüft hat. Dabei wurde ein Vergleich in den Preisen der Obergruppe vorgenommen und die Kalkulationsblätter positionsweise auf deren Nachvollziehbarkeit von Plausibilität geprüft. Dazu hat SV Holzinger fallweise auch die Hilfsblätter zu den K – Blättern angefordert und sodann überprüft, wie die Mittellohncosten errechnet wurden. Bei den K 4 – Blättern wurde überprüft und festgehalten, dass die entsprechenden Ansätze am Markt auch tatsächlich erzielbar sind. Schließlich ist aus den Vergabeakten feststellbar, dass die Kalkulationsblätter K 7 in jeder einzelnen Position geprüft wurden und dort, wo Aufwands- oder Verbrauchswerte fraglich waren, die Bieter zur Aufklärung der Aufwands- und Verbrauchswerte aufgefordert wurden. Das Ergebnis dieser Nachfragen ist in den Vergabeakten ebenfalls dokumentiert. Bei Unklarheiten, die in Detailkalkulationen festgestellt wurden, haben Nachfragen stattgefunden, die Unklarheiten konnten durch die Bieter im Rahmen ihrer Beantwortung geklärt werden. Aus den Akten ist auch ersichtlich, dass der Sachverständige überprüft hat, wie viele Stunden im Verhältnis zur Vorgabekalkulation der einzelne Bieter tatsächlich angesetzt hat. Dies ist aus den in den Vergabeakten erliegenden Tabellen ersichtlich. Für jede einzelne Position wurden die Stunden der Basiskalkulation und die vom Bieter angesetzten Stunden angeführt. Aus dieser Gegenüberstellung ergibt sich, dass bei keiner Position eine Abweichung von mehr als 10 % gegeben ist. Schließlich ist aus den Vergabeakten ersichtlich, dass die wirtschaftlich wesentlichen Positionen, die wertmäßig etwa 80 % des Auftrages ausmachen, noch einmal hinsichtlich ihrer Leistungs- und Mengenansätze sowie hinsichtlich des tatsächlichen Ansatzwertes der Bieter, überprüft wurden. Dabei hat es sich um rund 20 Positionen des Leistungsverzeichnisses gehandelt, die wertmäßig 80 % des Auftrages pro Los ausmachen. Dabei wurde geprüft, ob der jeweilige Billigstbieter mit den von ihm angegebenen Aufwands- und Verbrauchswerten auch die Kosten einbringen kann. Schließlich hat der Sachverständige auf der Basis der Vorgabekalkulation (Kalkulation des SV Pavlik) mit den Einheitspreisen der Bieter eine zusätzliche Berechnung zur Deckungsbeitragsprüfung vorgenommen und damit gleichsam die Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung einer Kontrolle unterzogen.

Jedenfalls finden sich in den Vergabeakten nachvollziehbare Unterlagen über die Prüfung der Aufwands- und Verbrauchsansätze, auch die angebotenen Materialpreise wurden etwa durch Einholung von Auskünften einer Überprüfung unterzogen.

Aus den Vergabeakten ist ersichtlich und feststellbar, dass sich die Antragsgegnerin auch mit der Frage auseinandergesetzt hat, ob durch die Bildung der ARGE durch drei Mitglieder wettbewerbswidrige Absprachen vorliegen. Diesbezüglich ist auf den

Inhalt der Vergabeakten im Ordner 4 „Angebotsprüfung ARGE ... „ zu verweisen.

Darin ist dokumentiert, dass die Antragsgegnerin diese Frage geprüft hat, jedoch keine konkreten Hinweise darauf gefunden hat, dass von den Mitgliedern der ARGE eine kartellrechts- oder wettbewerbswidrige Absprache zum Nachteil der Auftraggeberin getroffen worden wäre.

Zu diesen Feststellungen betreffend das Angebot der ARGE gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes sowohl der gegenständlichen Vergabeakten als auch der Ergebnisse der oben zitierten Verfahren, in denen die Zuschlagsentscheidungen zugunsten der ARGE von verschiedenen Bietern mit Nichtigerklärungsanträgen angefochten worden sind, die jedoch erfolglos geblieben sind. Aus den Vergabeakten ist eindeutig ersichtlich, dass die Antragsgegnerin eine umfangreiche vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und diese auch entsprechend ausführlich und nachvollziehbar dokumentiert hat. Insoweit erweist sich der Vorwurf des Antragstellers, die Antragsgegnerin hätte eine dem BVerfG entsprechende vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen, als unberechtigt. Bei seinen Feststellungen zur Angebotskalkulation ist der Senat im Wesentlichen den Gutachten des SV Kropik sowie den Ausführungen des SV Bodner, der sich in seinen ergänzenden, im Verfahren VKS – 6991/09 abgegebenen Gutachten vom 21.12.2009 und vom 8.1.2010, weitgehend den Ausführungen des SV Kropik angeschlossen hat, gefolgt. Dagegen wendet sich der Antragsteller vor allem in seinem Schriftsatz vom 11.2.2010 und macht geltend, dass SV Bodner erklärt habe,

dass „die vertiefte Angebotsprüfung auch nicht ausreichend" war. Der

Sachverständige Bodner meint, dass die Aufwands- und Verbrauchsansätze („Leistungsansätze") in keiner Weise überprüft wurden. Diese Beurteilung hat SV Bodner allein auf der Grundlage des Gutachtens Holzinger vom 15.7.2009 abgegeben, das eine Darstellung der Überprüfung der Aufwands- und Verbrauchsansätze nicht enthält sondern nur das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung. Aus den Vergabeakten ist jedoch klar ersichtlich, dass vom SV Holzinger alle Aufwands- und Verbrauchsansätze hinsichtlich aller Positionen überprüft worden sind. Letztlich ist zu

berücksichtigen, dass auch SV Bodner in seinem Ergänzungsgutachten vom 21.12.2009 und schließlich in seinen Aussagen im Zuge der mündlichen Verhandlung vom 8.1.2010 im Verfahren VKS – 6991/09 zum Ergebnis kommt, dass das von der ARGE vorgelegte K 3 – Formblatt nachvollziehbar sei, „insbesondere im Hinblick auf die Aufklärungsauskunft der Biege vom 9.6.2009, dass kein Akkordlohn angesetzt wurde. Die Zuschläge (überkollektivvertraglicher Mehrlohn, Mehrarbeitsstunden; Erschwernisse, andere lohngebundene Kosten) sind plausibel in der Beilage 10 dargestellt“. Zum K 4 – Formblatt führt SV Bodner aus, dass dieses plausibel sei, dass die dort angeführten Materialpreise erreicht werden können (Seite 10/11 des Gutachtens vom 18.9.2009). In der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 im Verfahren VKS – 6991/09, hat SV Bodner (Seite 4f des Protokolls) sein Gutachten ergänzt und ist nach Diskussion mit SV Holzinger darüber, ob die ARGE in ihren K 7 - Blättern kalkuliert oder spekuliert habe, letztlich der Darstellung des SV Holzinger gefolgt als er diese als „an sich in Ordnung“ befunden hat.

Die Überprüfung der Vergabeakten hat auch eindeutig ergeben, dass die ARGE – entgegen dem Vorbringen des Antragstellers - im Zuge der Aufklärung von Unklarheiten und Überprüfung einzelner Positionen Ergänzungen zu den K 4 – Blättern vorgelegt hat, nicht aber die K 3 oder K 4 – Blätter ausgetauscht oder verbessert hat. Durch die Ergänzungen der K-Blätter wurde kein einziger ursprünglich angebotener Materialpreis, kein einziger Positionspreis, kein einziger Teilangebotspreis und schon gar nicht der Gesamtpreis im Angebot der ARGE geändert.

Danach konnte jedenfalls als erwiesen angenommen werden, dass die von der ARGE erstellten und bereits mit dem Angebot abgegebenen K3-, K4- und K7-Blätter sowie die dazu nachgereichten Kalkulationsunterlagen entsprechend der ÖNORM B 2061 erstellt wurden, plausibel, betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und die darin angeführten Preise angemessen sind. Das Gutachten des SV Kropik setzt sich eingehend mit der gegenständlichen Problematik der Preisangemessenheit im Angebot der ARGE auseinander, ist logisch und verständlich sowie nachvollziehbar aufgebaut und wird letztlich auch vom Gutachten des externen SV Bodner weitgehend bestätigt. Die Schlussfolgerungen des SV Kropik stehen auch nicht im Widerspruch zum Gutachten des von der Antragsgegnerin bestellten Sachverständigen Ing. Holzinger.

Unrichtig ist das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Schriftsatz vom 8.2.2010, dass die Auftraggeberin keine ordentliche Prüfung mangels entsprechender Unterlagen durchgeführt hätte. Aus dem, naturgemäß der Antragstellerin nicht im Wege einer Akteneinsicht zugänglich gemachten, Inhalt der Vergabeakten ergibt sich, dass die Antragsgegnerin nicht nur die Kalkulationsformblätter eingehend geprüft hat, sondern auch, ob die von der ARGE auf Obergruppenebene angebotenen Nachlässe plausibel erklärt werden können. Hier hat sich der Senat den Ausführungen des SV Kropik in seinem Gutachten vom 2.11.2009, Seite 10 von 45ff angeschlossen, weil dessen Erklärungen zum Preisaufschlag- /Preisnachlassverfahren in Verbindung mit der ÖNORM B 2061 dem Senat schlüssig und nachvollziehbar erscheinen (Seite 17 von 52ff aus dem Gutachten vom 8.2.2010). Soweit der Antragsteller das Gutachten des SV Holzinger, das die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin abgibt, bemängelt, weil es einzelne Prüfschritte vermissen lasse, ist darauf zu verweisen, dass – wie oben festgestellt – das Gutachten des SV Holzinger eine Zusammenfassung der Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung darstellt, die einzelnen Schritte und Zwischenergebnisse dieser vertieften Angebotsprüfung jedoch in den Vergabeakten ausführlich und nachvollziehbar dokumentiert sind und die Deckungsbeitragsprüfung zusätzlich, als Kontrolle, vorgenommen wurde (Protokoll v. 16.3.2010, Seite 11:

Holzinger: „Nachdem die Ergebnisse dieser Prüfung auch positiv waren, stand einer Zuschlagsentscheidung nichts mehr im Wege“).

Soweit der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 1.3.2010 zum Gutachten des SV Kropik vom 2.11.2009 sowie zu dessen Ergänzungsgutachten vom 8.1.2010 Stellung nimmt, vermag er nicht zu überzeugen. Hier will der Antragsteller offenbar nicht berücksichtigen, dass von allen dem Verfahren beigezogenen Sachverständigen im Ergebnis erklärt wurde, dass eine genaue, mathematisch nachvollziehbare Kalkulation von Aufschlägen – bzw. Nachlässen auf Obergruppenebene entsprechend dem System des gewählten Preisfindungsverfahrens nicht möglich ist.

Zu den bemängelten „Kalkulationsschritten“ ergibt sich für den Senat aus dem Umstand, dass Aufschläge/Nachlässe jeweils nur auf Obergruppen gegeben werden durften, zwingend, dass es sich bei diesen Nachlässen eben um „geschätzte“ Nachlässe handelt, die ihre Grundlage in den entsprechend der ÖNORM B2061 kalkulierten Positionspreisen finden. Auch hier hegt – im Zusammenhang mit den Ergebnissen des Gutachtens des SV Bodner, aber auch des Gutachtens des SV Holzinger - der Senat keine Zweifel an der Richtigkeit der Ausführungen des SV Kropik. Zu

diesem Problem kann auf dessen Gutachten vom 8.1.2010, Punkt 5, verwiesen werden. Dass die Kalkulation der ARGE konform mit den Bestimmungen der ÖNORM B2061 erfolgte, hat letztlich auch der SV Bodner hinsichtlich der K-Blätter angegeben. Diesbezüglich besteht eine übereinstimmende Meinung der Sachverständigen Kropik und Bodner. Auch zu den Einkaufspreisen hat der SV Bodner letztlich die Ausführungen des SV Kropik voll bestätigt. Im Verfahren VKS - 6991/09 ist der Senat den Ausführungen des Sachverständigen Kropik auch hinsichtlich der Erklärung des niedrigeren Preises bei Arbeiten im Außenbereich gefolgt. Hier hat der Senat die Ansicht vertreten, dass die von der ARGE im Zuge der Angebotsprüfung gegebenen Aufklärungen, wonach die Verbringung des Materials mittels Hebezug auf die Balkone (Großteil der Außenbereiche) geplant sei, wobei dieser Vorgang einen geringeren Aufwand als das händische Vertragen über Stiegenhäuser (Lift darf in der Regel nicht benutzt werden) und durch Wohnungen bedeutet, durchaus plausibel sind. Das Bearbeiten der Fliesen (Schneiden) im Freien erfordert weniger Arbeits- und Zeitaufwand, weil diese Tätigkeit in einer Wohnung nicht ausgeführt werden kann, sondern dafür eine entsprechende Stelle gesucht werden muss. Diese Erklärungen hält der Senat weiterhin für durchaus schlüssig und den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend. Soweit die Antragstellerin auch das Gutachten des SV Holzinger bemängelt, das die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen die Antragsgegnerin abgegeben hat, ist darauf zu verweisen, dass der Prüfvorgang und dessen Ergebnis sowohl vom SV Kropik als auch SV Bodner als richtig beurteilt wurde. Auch hier vermögen die Ausführungen des Antragstellers das Ergebnis der gutachterlichen Tätigkeit des SV Holzinger nicht zu erschüttern.

Aus dem Gutachten Kropik im Zusammenhalt mit den Gutachten Holzinger und Bodner ergibt sich auch, dass die Basiskalkulation des SV Pavlik nicht nach den Bestimmungen ÖNORM B2061 erstellt wurde und dieser Sachverständige bei seiner Basiskalkulation teils im großen Ausmaß von marktwirtschaftlichen Gegebenheiten abgewichen ist. Dass der SV Bodner zunächst in seinem Gutachten dargestellt hat, die Preise der Teilnahmeberechtigten seien deshalb für ihn nicht plausibel, weil innerhalb einer Obergruppe die einzelnen Positionen im gleichen Verhältnis zur Basiskalkulation angepasst wurden, war darauf zurückzuführen, dass diesem Sachverständigen die Aufklärungsschreiben der ARGE vom 19.11.2008 und 9.6.2009 samt Beilagen dazu in der ersten Phase seiner Tätigkeit nicht vorgelegen sind. In seinem Ergänzungsgutachten vom 21.12.2009 hat sich der SV Bodner jedoch den Überlegungen des SV Kropik angeschlossen, wonach aufgrund des besonderen Verfahrens (Preisauflage- und -nachlassverfahren) sich eine Prüfung des K7-Blattes daher lediglich auf den Gesamtpreis, unter Umständen noch auf die OG-Preise beziehen könne, jede andere Prüfmethode jedoch wegen der Umstände dieses besonderen Verfahrens versagen müsse. Zu prüfen bleibe also das Endergebnis (bzw. gruppenweise Teilergebnis) der Kalkulation. Nur so deckt sich das Ergebnis der ersten Kalkulationsphase mit jenem der zweiten Kalkulationsphase und mit dem Angebotspreis (bzw. Gruppenpreis). Es ist somit ausreichend, die kumulierten Ergebnisse der zweiten Kalkulationsphase auf Plausibilität zu überprüfen (vgl. ergänzende Stellungnahme des SV Kropik vom 8.1.2010). Zur Frage, warum die von der ARGE ermittelten Preise in allen Positionen im gleichen Verhältnis zu den Bezugspreisen zur Kalkulation des SV Pavlik stehen, hat im Verfahren VKS- 6991/09 in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 der SV Bodner aufgrund der Ausführungen des von der Antragsgegnerin bestellten SV Holzinger schließlich erklärt, seine Ansicht „dass bei einer Kalkulation nach ÖNORM B2061 die Wahrscheinlichkeit linearer Nachlässe auf alle Positionen praktisch gegen Null geht“ nicht weiter aufrecht zu erhalten und schließlich die Stellungnahme abgegeben, „Holzinger bringt jetzt genau das vor, was Kropik in seinem Gutachten darstellt und was ich auch so sehe. Der Kalkulationsvorgang kann also nur so sein wie soeben von Holzinger dargestellt und von mir und von Kropik im Gutachten ebenfalls wiedergegeben“ (Protokoll zu VKS – 6991/09, Seite 6). Damit konnte der Senat auch diese diesbezüglich zwischen den Sachverständigen zunächst bestehende Meinungsverschiedenheit als bereinigt ansehen und davon ausgehen, dass die vertiefte Angebotsprüfung, wie sie vom SV Holzinger vorgenommen wurde, im Ergebnis richtig gewesen ist und die zunächst vom SV Bodner bemängelten linearen Abschläge als plausibel anzusehen sind, sodass auch von einer vertieften Angebotsprüfung im Bezug auf die K7-Blätter auszugehen war. Dies deckt sich auch mit dem vom SV Holzinger erstellten Gutachten, das den Zuschlagsentscheidungen zu Grunde liegt. Das Nachprüfungsverfahren hat aber auch ergeben, dass der von der Antragsgegnerin mit der Erstellung eines Gutachtens betraute SV Holzinger neben den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot der ARGE auch alle die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffenden Unterlagen einer eingehenden Prüfung unterzogen hat. Seinem Gutachten vom 15.7.2009 liegt damit eine vollständige und vertiefte Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der ARGE zu Grunde, was jedenfalls durch die Gutachten SV Kropik und SV Bodner bestätigt wird. So hat sich das vom Sachverständigen Holzinger angewandte System einer Plausibilitätsprüfung vor allem nach Beurteilung des SV Kropik und SV Bodner als eine taugliche Methode einer Angebotsprüfung erwiesen, die geeignet war global festzustellen, ob

die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Aus dem Gutachten Kropik im Zusammenhalt mit den Gutachten Holzinger und Bodner ergibt sich auch, dass die Basiskalkulation des SV Pavlik nicht nach den Bestimmungen ÖNORM B2061 erstellt wurde und dieser Sachverständige bei seiner Basiskalkulation teils im großen Ausmaß von marktwirtschaftlichen Gegebenheiten abgewichen ist. Dass der SV Bodner zunächst in seinem Gutachten dargestellt hat, die Preise der Teilnahmeberechtigten seien deshalb für ihn nicht plausibel, weil innerhalb einer Obergruppe die einzelnen Positionen im gleichen Verhältnis zur Basiskalkulation angepasst wurden, war darauf zurückzuführen, dass diesem Sachverständigen die Aufklärungsschreiben der ARGE vom 19.11.2008 und 9.6.2009 samt Beilagen dazu in der ersten Phase seiner Tätigkeit nicht vorgelegen sind. In seinem Ergänzungsgutachten vom 21.12.2009 hat sich der SV Bodner jedoch den Überlegungen des SV Kropik angeschlossen, wonach aufgrund des besonderen Verfahrens (Preisauflage- und -nachlassverfahren) sich eine Prüfung des K7-Blattes daher lediglich auf den Gesamtpreis, unter Umständen noch auf die OG-Preise beziehen könne, jede andere Prüfmethode jedoch wegen der Umstände dieses besonderen Verfahrens versagen müsse. Zu prüfen bleibe also das Endergebnis (bzw. gruppenweise Teilergebnis) der Kalkulation. Nur so deckt sich das Ergebnis der ersten Kalkulationsphase mit jenem der zweiten Kalkulationsphase und mit dem Angebotspreis (bzw. Gruppenpreis). Es ist somit ausreichend, die kumulierten Ergebnisse der zweiten Kalkulationsphase auf Plausibilität zu überprüfen (ergänzende Stellungnahme des SV Kropik vom 8.1.2010). Zur Frage, warum die von der ARGE ermittelten Preise in allen Positionen im gleichen Verhältnis zu den Bezugspreisen zur Kalkulation des SV Pavlik stehen, hat im Verfahren VKS- 6991/09 in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 der SV Bodner aufgrund der Ausführungen des von der Antragsgegnerin bestellten SV Holzinger schließlich erklärt, seine Ansicht „dass bei einer Kalkulation nach ÖNORM B2061 die Wahrscheinlichkeit linearer Nachlässe auf alle Positionen praktisch gegen Null geht“ nicht weiter aufrecht zu erhalten und schließlich die Stellungnahme abgegeben, „Holzinger bringt jetzt genau das vor, was Kropik in seinem Gutachten darstellt und was ich auch so sehe. Der Kalkulationsvorgang kann also nur so sein wie soeben von Holzinger dargestellt und von mir und von Kropik im Gutachten ebenfalls wiedergegeben“ (Protokoll zu VKS – 6991/09, Seite 6). Damit konnte der Senat auch diese diesbezüglich zwischen den Sachverständigen zunächst bestehende Meinungsverschiedenheit als bereinigt ansehen und davon ausgehen, dass die vertiefte Angebotsprüfung, wie sie vom SV Holzinger vorgenommen wurde, im Ergebnis richtig gewesen ist und die zunächst vom SV Bodner bemängelten linearen Abschläge als plausibel anzusehen sind, sodass auch von einer vertieften Angebotsprüfung im Bezug auf die K7-Blätter auszugehen war. Dies deckt sich auch mit dem vom SV Holzinger erstellten Gutachten, das den Zuschlagsentscheidungen zu Grunde liegt. Das Nachprüfungsverfahren hat aber auch ergeben, dass der von der Antragsgegnerin mit der Erstellung eines Gutachtens betraute SV Holzinger neben den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot der ARGE auch alle die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betreffenden Unterlagen einer eingehenden Prüfung unterzogen hat. Seinem Gutachten vom 15.7.2009 liegt damit eine vollständige und vertiefte Prüfung der Preisangemessenheit des Angebotes der ARGE zu Grunde, was jedenfalls durch die Gutachten SV Kropik und SV Bodner bestätigt wird. So hat sich das vom Sachverständigen Holzinger angewandte System einer Plausibilitätsprüfung vor allem nach Beurteilung des SV Kropik und SV Bodner als eine taugliche Methode einer Angebotsprüfung erwiesen, die geeignet war global festzustellen, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind.

Der Antragsteller hat mit Schriftsatz vom 1.3.2010 im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eine gutachterliche Stellungnahme des SV Tautschnig vom 21.12.2009 als Beweis dafür vorgelegt, dass die Antragsgegnerin ein den Bestimmungen des Vergaberechtes entsprechendes Verfahren nicht geführt hat und das Angebot der Teilnahmeberechtigten auszuschneiden sei. Trotz seines Umfanges ist dieses Gutachten nicht geeignet, jene Gutachten, auf die der Senat seine Entscheidung stützt, zu widerlegen. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass dem SV Tautschnig offenbar bei diesem Gutachten nicht die aktuellen Ausschreibungsunterlagen in der Fassung der Berichtigung vom 9.9.2008 zur Verfügung gestanden sind. Das Gutachten wurde nicht über Auftrag des Antragstellers erstellt und betrifft das Vergabeverfahren zum Los KD 17 – GE 1, in dem als Zuschlagsempfängerin das Unternehmen „Pfeiler“ vorgesehen ist. Dementsprechend nimmt dieses Gutachten vor allem zum Angebot dieses Unternehmens Stellung, nicht aber zur Preisangemessenheit des Angebotes der ARGE. Weiters setzt sich der SV Tautschnig in diesem Gutachten nicht mit dem Gutachten des SV Kropik vom 2.10.2009/8.1.2010, das die Preisangemessenheit des Angebotes der Teilnahmeberechtigten zum Gegenstand hat, sondern lediglich mit dem Gutachten des SV Kropik vom 2.11.2009, betreffend das Angebot des Unternehmens Pfeiler auseinander. Weiters berücksichtigt SV Tautschnig offenbar nicht,

dass der SV Bodner sein ursprünglich abgegebenes Gutachten im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu VKS – 6991/09 wesentlich geändert und sich schließlich in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 den Ausführungen des SV Kropik und des SV Holzinger weitgehend angeschlossen hat.

In weiterer Folge hat der Antragsteller unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010 mit Schriftsatz vom 3.3.2010 umfangreich zu den Gutachten der SV Kropik und SV Holzinger Stellung genommen. Auch diese Ausführungen waren im Ergebnis nicht geeignet, begründete Zweifel des Senates an der Richtigkeit der Gutachten SV Kropik und SV Holzinger zu erwecken.

Mit der Frage, ob die vom Sachverständigen Pavlik bei der Erstellung der Basiskalkulation angenommenen Aufwandswerte, genauso wie die im Akkordvertrag vereinbarten Aufwandswerte um über 30 % unterschritten werden können, hat sich der Senat in mehreren Parallelverfahren bereits auseinandergesetzt und sich dabei jeweils dem Gutachten des SV Kropik und SV Holzinger angeschlossen. Auch im gegenständlichen Verfahren hält der Senat die Ausführungen des SV Kropik in seinem Gutachten vom 2.10.2009, Seite 27/52f für schlüssig und nachvollziehbar und kommt damit zum Ergebnis, dass der Ausschreibungskalkulation immanent ist, dass die zugrunde gelegten Aufwandswerte realistischerweise um 33 % und mehr unterboten werden können. Abgesehen davon, dass die Teilnahmeberechtigte ihrer Kalkulation nicht eine Akkordlohnvereinbarung zugrunde gelegt hat, sondern den Kollektivvertrag, hält der Senat damit die von der Teilnahmeberechtigten angesetzten Zeitwerte bzw. Leistungsentgelte für plausibel und angemessen.

Weiters geht SV Tautschnig – im Gegensatz zu den mehrfach zitierten Sachverständigen – von einer „Mengenproblematik“ aus, (Gutachten vom 21.12.2009, Seite 28/42) ohne zu berücksichtigen, dass das in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Mengengerüst bestandfest geworden ist. Es ist daher unzulässig, davon auszugehen, dass bei der vertieften Angebotsprüfung theoretisch mögliche Masseverschiebungen zu berücksichtigen gewesen wären. Die bestandfest festgelegten Massen waren sowohl Grundlage für die Basiskalkulation des SV Pavlik als auch die Grundlage für die Angebote der Bieter. Ein Abweichen davon ist daher für alle Beteiligten unzulässig, weshalb das Problem von „nie verrechneten bzw. viel öfter verrechneten Ausschreibungspositionen“ bei der Angebotsprüfung nicht auftreten kann. Die Ausführung des SV Tautschnig in diesem Zusammenhang, dass es abhängig vom tatsächlich auszuführenden Mengengerüst zu Über- bzw. Unterdeckungen in den einzelnen Positionen kommen kann, gehen im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates Wien zu Rahmenvertragsausschreibungen am Thema vorbei. Dazu ist auf die Entscheidungen vom 24.6.2005, VKS – 1352/00, 13.3.2008, VKS – 21/08 und vom 14.1.2010, VKS – 8022/09 zu verweisen. Entgegen den Ausführungen der Gutachter SV Holzinger, SV Kropik aber auch des SV Bodner, vertritt SV Tautschnig ohne für den Senat schlüssige Begründung den Standpunkt, dass die vom SV Holzinger durchgeführte Deckungsbeitragsrechnung für einen Rahmenvertrag ungeeignet sei. Damit steht SV Tautschnig aber auch im Widerspruch zur Literatur, die eine Deckungsbeitragsrechnung als ausreichend für eine Prüfung nach § 125 Abs. 4 Z 1 BVerGG 2006 ansieht (vgl. Kropik in S/A/F/T, Rz 2 zu § 125). Dazu kommt, dass mehrere Annahmen und Schlussfolgerungen unzutreffend sind, wie der SV Kropik in der von der Teilnahmeberechtigten mit Schriftsatz vom 1.3.2010 vorgelegten Stellungnahme vom 24.2.2010 ausführt. Die ergänzenden Ausführungen des SV Kropik in seiner Stellungnahme vom 24.2.2010 werden vom Senat als schlüssig angesehen und übernommen. Aus diesen Gründen erweist sich auch das Gutachten des SV Tautschnig sowie die Ausführungen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 3.3.2010 als nicht geeignet, die bereits mehrfach als schlüssig erkannten Gutachten der SV Kropik bzw. SV Holzinger zu widerlegen. Weiters geht SV Tautschnig – im Gegensatz zu den mehrfach zitierten Sachverständigen – von einer „Mengenproblematik“ aus, (Gutachten vom 21.12.2009, Seite 28/42) ohne zu berücksichtigen, dass das in den Ausschreibungsunterlagen enthaltene Mengengerüst bestandfest geworden ist. Es ist daher unzulässig, davon auszugehen, dass bei der vertieften Angebotsprüfung theoretisch mögliche Masseverschiebungen zu berücksichtigen gewesen wären. Die bestandfest festgelegten Massen waren sowohl Grundlage für die Basiskalkulation des SV Pavlik als auch die Grundlage für die Angebote der Bieter. Ein Abweichen davon ist daher für alle Beteiligten unzulässig, weshalb das Problem von „nie verrechneten bzw. viel öfter verrechneten Ausschreibungspositionen“ bei der Angebotsprüfung nicht auftreten kann. Die Ausführung des SV Tautschnig in diesem Zusammenhang, dass es abhängig vom tatsächlich auszuführenden Mengengerüst zu Über- bzw. Unterdeckungen in den einzelnen Positionen kommen kann, gehen im Hinblick auf die ständige Rechtsprechung des Vergabekontrollsenates Wien zu Rahmenvertragsausschreibungen am Thema vorbei. Dazu ist auf die Entscheidungen vom 24.6.2005, VKS – 1352/00, 13.3.2008, VKS – 21/08 und vom 14.1.2010, VKS – 8022/09 zu verweisen. Entgegen den

Ausführungen der Gutachter SV Holzinger, SV Kropik aber auch des SV Bodner, vertritt SV Tautschnig ohne für den Senat schlüssige Begründung den Standpunkt, dass die vom SV Holzinger durchgeführte Deckungsbeitragsrechnung für einen Rahmenvertrag ungeeignet sei. Damit steht SV Tautschnig aber auch im Widerspruch zur Literatur, die eine Deckungsbeitragsrechnung als ausreichend für eine Prüfung nach Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG 2006 ansieht (vergleiche Kropik in S/A/F/T, Rz 2 zu Paragraph 125.). Dazu kommt, dass mehrere Annahmen und Schlussfolgerungen unzutreffend sind, wie der SV Kropik in der von der Teilnahmeberechtigten mit Schriftsatz vom 1.3.2010 vorgelegten Stellungnahme vom 24.2.2010 ausführt. Die ergänzenden Ausführungen des SV Kropik in seiner Stellungnahme vom 24.2.2010 werden vom Senat als schlüssig angesehen und übernommen. Aus diesen Gründen erweist sich auch das Gutachten des SV Tautschnig sowie die Ausführungen der Antragstellerin im Schriftsatz vom 3.3.2010 als nicht geeignet, die bereits mehrfach als schlüssig erkannten Gutachten der SV Kropik bzw. SV Holzinger zu widerlegen.

Von den vom Antragsteller ursprünglich gestellten Beweisanträgen hat er in der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010 seinen Antrag auf Vernehmung der SV Bodner und Tautschnig aufrechterhalten und weiters beantragt einen weiteren Sachverständigen zur Frage, ob eine vertiefte Angebotsprüfung entsprechend den Vorgaben des BVergG 2006 erfolgt, zu bestellen.

Die beantragte Vernehmung der SV Bodner und Tautschnig hat sich nicht für erforderlich erwiesen, weil diese offenbar zu Rechtsfragen Auskunft über die Qualität der Angebotsprüfung erteilen sollten. Dabei handelt es sich aber um Rechtsfragen deren Beurteilung nicht in das Aufgabengebiet eines Sachverständigen fällt. Gleiches gilt für den Antrag auf Bestellung eines weiteren Sachverständigen, dem aus den dargestellten Gründen gleichfalls nicht stattzugeben war.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund der Gutachten des SV Kropik, aber schließlich auch des ergänzenden Gutachtens des SV Bodner im Verfahren VKS-6991/09, als erwiesen angenommen werden konnte, dass das vom SV Holzinger angewandte System einer Plausibilitätsprüfung eine taugliche Methode einer Angebotsprüfung dargestellt hat, um im Sinne des § 125 Abs. 4 BVergG 2006 global zu ermitteln, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Darüber hinaus ist der SV Kropik durch eine parallele Preisprüfung, ebenfalls wie der SV Holzinger, zum Ergebnis gelangt, dass die von der ARGE angebotenen Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar sind. Dieses Ergebnis wurde letztlich auch vom SV Bodner bestätigt. Durch das vom Antragsteller vorgelegte Gutachten des SV Tautschnig ist es ihm nicht gelungen, die den Feststellungen zu Grunde gelegten Gutachten zu widerlegen oder zu erschüttern. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund der Gutachten des SV Kropik, aber schließlich auch des ergänzenden Gutachtens des SV Bodner im Verfahren VKS-6991/09, als erwiesen angenommen werden konnte, dass das vom SV Holzinger angewandte System einer Plausibilitätsprüfung eine taugliche Methode einer Angebotsprüfung dargestellt hat, um im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, BVergG 2006 global zu ermitteln, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Darüber hinaus ist der SV Kropik durch eine parallele Preisprüfung, ebenfalls wie der SV Holzinger, zum Ergebnis gelangt, dass die von der ARGE angebotenen Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar sind. Dieses Ergebnis wurde letztlich auch vom SV Bodner bestätigt. Durch das vom Antragsteller vorgelegte Gutachten des SV Tautschnig ist es ihm nicht gelungen, die den Feststellungen zu Grunde gelegten Gutachten zu widerlegen oder zu erschüttern.

In der rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss von Rahmenverträgen zur Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr in allen Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausanlagen. Das gegenständliche Vergabeverfahren betrifft die Zuschlagsentscheidungen bezüglich der Lose KD9-GE2, KD21-GE5 und 6, KD 22- GE1, 4 und 5. 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 unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss von Rahmenverträgen zur Durchführung von Fliesenlegerarbeiten in den von ihr in allen Wiener Bezirken verwalteten Wohnhausanlagen. Das gegenständliche Vergabeverfahren betrifft die Zuschlagsentscheidungen bezüglich der Lose KD9-GE2, KD21-GE5 und 6, KD 22- GE1, 4 und 5. 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 BVerG 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 durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Antragsteller hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihm drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Er ist auch seiner Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Sein Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVerG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich (Losregelung) ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits bei 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 BVerG 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 durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Der Antragsteller hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihm drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Er ist auch seiner Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Sein Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVerG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich (Losregelung) ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits bei Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung dem Antragsteller am 31.7.2009 zugegangen ist, ist sein am 14.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung dem Antragsteller am 31.7.2009 zugegangen ist, ist sein am 14.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Antrag erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Zunächst war auf das Vorbringen des Antragstellers in seinem Schriftsatz vom 11.2.2010 einzugehen. Eingangs dieses Schriftsatzes führt der Antragsteller aus „...im Hinblick auf die Offizialmaxime obliege es dem VKS-Wien, den wahren Sachverhalt festzustellen. Die Vergabekontrollbehörde hat daher auch sämtliche Verfahrensergebnisse aus den weiteren zur gegenständlichen Ausschreibung anhängigen Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen, die für die vorliegenden Nachprüfungsverfahren relevant sind. Das Vorbringen der jeweiligen Antragsteller, insbesondere im Verfahren VKS-6991/09 samt den darin von diesen vorgelegten Privatgutachten, wird daher auch – soweit es nicht mit dem eigenen Vorbringen im Widerspruch steht – zum Vorbringen in diesem Verfahren erhoben“. Im Zusammenhang mit diesem Vorbringen hat der Antragsteller in der mündlichen Verhandlung vom 4.3.2010 ersucht „ihm die Möglichkeit der Erstattung eines Schriftsatzes dazu einzuräumen, welches Vorbringen der anderen Parteien im Widerspruch zu seinem Vorbringen steht“ (Protokoll Seite 11).

Es ist aktenkundig, dass der Antragsteller nicht Partei des Verfahrens VKS-6991/09 ist. Dennoch wurde im Einvernehmen mit den Parteien der in diesem Verfahren ergangenen Bescheid vom 13.1.2010 verlesen.

Den dargestellten Pauschalverweis hält der Senat für unzulässig. Beim gegenständlichen Nachprüfungsverfahren handelt es sich um ein antragsbedürftiges Verwaltungsverfahren. Eine Zuständigkeit des Vergabekontrollsenates zur Nichtigerklärung besteht „nur im Rahmen der vom Antragsteller ... geltend

gemachten Beschwerdepunkte“ (§ 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007; § 312 Abs. 2 Z 2 BVerG 2006). Die Vergabekontrollbehörden haben ihre Überprüfung daher auf die im Rahmen der Beschwerdepunkte rechtzeitig geltend gemachten Rechtswidrigkeiten des jeweils betreffenden Antragstellers zu beschränken. Der Antragsteller hat die Verpflichtung, in seinem verfahrenseinleitenden Antrag zu präzisieren, in welchem subjektiven Recht er sich durch

die angefochtene Entscheidung verletzt erachtet. Andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten können und dürfen die Vergabekontrollbehörden daher nicht aufgreifen (RV 1171 BlgNRXXII. GT zu § 312 BVergG 2006). Es können somit nicht jegliche Rechtswidrigkeiten geltend gemacht werden, sondern nur eine Verletzung in einem konkreten, subjektiven Recht. Die Vergabekontrollbehörden dürfen auch keine Rechtswidrigkeiten ins Nachprüfungsverfahren einbeziehen, die nicht bereits im verfahrenseinleitenden Antrag gerügt worden sind. Mithin wird durch den verfahrenseinleitenden Schriftsatz bindend für alle Verfahrensbeteiligten (Verfahrenparteien, Vergabekontrollbehörde, aber auch in einem Beschwerdeverfahren VfGH und VwGH) der Verfahrensgegenstand in Kontrollverfahren – hier die Frage der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidungen gemachten Beschwerdepunkte" (Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007; Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006). Die Vergabekontrollbehörden haben ihre Überprüfung daher auf die im Rahmen der Beschwerdepunkte rechtzeitig geltend gemachten Rechtswidrigkeiten des jeweils betreffenden Antragstellers zu beschränken. Der Antragsteller hat die Verpflichtung, in seinem verfahrenseinleitenden Antrag zu präzisieren, in welchem subjektiven Recht er sich durch die angefochtene Entscheidung verletzt erachtet. Andere als die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten können und dürfen die Vergabekontrollbehörden daher nicht aufgreifen Regierungsvorlage 1171 BlgNRXXII. GT zu Paragraph 312, BVergG 2006). Es können somit nicht jegliche Rechtswidrigkeiten geltend gemacht werden, sondern nur eine Verletzung in einem konkreten, subjektiven Recht. Die Vergabekontrollbehörden dürfen auch keine Rechtswidrigkeiten ins Nachprüfungsverfahren einbeziehen, die nicht bereits im verfahrenseinleitenden Antrag gerügt worden sind. Mithin wird durch den verfahrenseinleitenden Schriftsatz bindend für alle Verfahrensbeteiligten (Verfahrenparteien, Vergabekontrollbehörde, aber auch in einem Beschwerdeverfahren VfGH und VwGH) der Verfahrensgegenstand in Kontrollverfahren – hier die Frage der Rechtmäßigkeit der Zuschlagsentscheidungen

ausschließlich betreffend die gegenständlichen sechs Lose - jeweils zugunsten der

Teilnahmeberechtigten, einzig und alleine im Lichte der vom Antragsteller vorgetragenen Beschwerdepunkte und geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, abschließend festgelegt. Nachprüfungsverfahren, die einen anderen Verfahrensgegenstand, das heißt ein anderes Los, andere Beschwerdepunkte und/oder andere geltend gemachte Rechtswidrigkeiten, anderer Parteien betreffen, müssen daher unberücksichtigt bleiben, weil der Antragsteller diesbezüglich in keinem ihm zukommenden subjektiven Recht verletzt sein kann.

Durch den verfahrenseinleitenden Schriftsatz wird nicht nur der Verfahrensgegenstand, sondern werden auch die Verfahrensparteien bestimmt (§ 22 WVRG 2007). Parteien eines konkreten Nachprüfungsverfahrens sind immer nur die Antragstellerin, die Auftraggeberin und im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der präsumtive Zuschlagsempfänger. Schon aus diesem Grunde können Nachprüfungsverfahren, die von anderen Antragstellern betreffend andere Lose eingeleitet wurden und die gegebenenfalls andere präsumtive Zuschlagsempfänger betreffen, niemals für andere Kontrollverfahren relevant sein. Dem Antragsteller kommt in diesen (Parallel-) Verfahren keine Parteistellung zu, er kann daher auch nicht in subjektiven Rechten berührt sein (vgl. Thienel in FS. (2003) 543, FN 14). Durch den verfahrenseinleitenden Schriftsatz wird nicht nur der Verfahrensgegenstand, sondern werden auch die Verfahrensparteien bestimmt (Paragraph 22, WVRG 2007). Parteien eines konkreten Nachprüfungsverfahrens sind immer nur die Antragstellerin, die Auftraggeberin und im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der präsumtive Zuschlagsempfänger. Schon aus diesem Grunde können Nachprüfungsverfahren, die von anderen Antragstellern betreffend andere Lose eingeleitet wurden und die gegebenenfalls andere präsumtive Zuschlagsempfänger betreffen, niemals für andere Kontrollverfahren relevant sein. Dem Antragsteller kommt in diesen (Parallel-) Verfahren keine Parteistellung zu, er kann daher auch nicht in subjektiven Rechten berührt sein vergleiche Thienel in FS. (2003) 543, FN 14).

Da ein Vergabekontrollverfahren einen entsprechenden Antrag voraussetzt, kann jede Partei lediglich in einem von ihr selbst eingeleiteten Nachprüfungsverfahren ein Tatsachenvorbringen erstatten, das sich auf eigene subjektive Rechte beziehen muss. Ein Vorbringen von anderen Personen in anderen Kontrollverfahren, betreffend andere Zuschlagsentscheidungen für andere Lose an andere präsumtive Zuschlagsempfänger kann sich daher niemals auf subjektive Rechte des Antragstellers beziehen. Ein Verweis auf ein fremdes Vorbringen in einem anderen Verfahren ist daher unbeachtlich. Will der Antragsteller ein bestimmtes Verfahren für sich in dem ihn betreffenden Kontrollverfahren selbst „verwerten“, so muss er dieses eigenständig – sei es schriftlich oder mündlich – formulieren, vortragen und darlegen, inwieweit dieses Vorbringen für sein Kontrollverfahren relevant ist. Ein Verweis auf in Parallelverfahren vorgelegte Gutachten oder Stellungnahmen, die noch dazu nicht zu verfahrensgegenständlichen

Angeboten ergangen sind, ist jedenfalls unzulässig. Beruft sich ein Antragsteller auf ein solches Gutachten oder eine solche Stellungnahme, so muss er diese – und das schon aus Gründen der ihm als Antragsteller im Verfahren betreffenden Mitwirkungspflicht – als Beweismittel nicht nur der Nachprüfungsbehörde sondern auch allen Parteien des Kontrollverfahrens ausdrücklich zur Kenntnis bringen, dazu ein konkretes Tatsachenvorbringen erstatten und darlegen, inwieweit das Gutachten bzw. die Stellungnahme in einem anderen Verfahren als Beweismittel in konkreten Nachprüfungsverfahren überhaupt relevant sein soll.

Diesen zuletzt genannten Voraussetzungen wurde insoweit entsprochen, als der Akt VKS – 6991/09, in dem das Gutachten des SV Bodner erstattet wurde, als im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren als im Einverständnis mit den Parteien als verlesen gilt. Alle übrigen Voraussetzungen sind jedoch nicht gegeben, sodass auf das Vorbringen des Antragstellers, wonach das Vorbringen der Parteien in dem von ihm näher bezeichneten Verfahren zu seinem eigenen Vorbringen erhoben wird, nicht weiter zu berücksichtigen war. Aus diesen Gründen hatte auch die beantragte Erstreckung der Verhandlung zu unterbleiben.

Nach den eindeutigen Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens hat die Teilnahmerechtsfähige Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus drei Unternehmen, die in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Referenzen in ausreichendem Maße nachgewiesen. Damit ist der vom Antragsteller behauptete Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 nicht gegeben. Nach den eindeutigen Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens hat die Teilnahmerechtsfähige Arbeitsgemeinschaft, bestehend aus drei Unternehmen, die in den Ausschreibungsunterlagen verlangten Referenzen in ausreichendem Maße nachgewiesen. Damit ist der vom Antragsteller behauptete Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 nicht gegeben.

Weder in den Vergabeakten noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens haben sich Hinweise darauf ergeben, dass – wie vom Antragsteller vorgebracht – die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr Angebot dadurch geändert hätte, dass in den K4-Blättern nachträglich Ergänzungen vorgenommen wurden. Aus den Vergabeakten ist eindeutig ersichtlich, dass weder mit der Teilnahmerechtsfähigen noch sonst mit einem Bieter nach Angebotseröffnung irgendwelche Verhandlungen geführt worden wären. Richtig ist jedoch, dass die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung die Teilnahmerechtsfähige (aber auch andere präsumtive Zuschlagsempfänger) zur Aufklärung von Unklarheiten im Sinne des § 127 BVergG 2006 aufgefordert hat. Aus den Vergabeakten ist nachvollziehbar dokumentiert, dass für die Antragsgegnerin einige Punkte in der K7-Kalkulation der Teilnahmerechtsfähigen unklar waren. Aus den Akten ist ersichtlich, dass diese Unklarheiten die Antragsgegnerin darin erblickt hat, dass in den K4-Blättern nicht alle in der K7-Kalkulation enthaltenen Materialien aufgelistet waren. Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin Aufklärung verlangt und in umfassender und schlüssiger Art und Weise von der Teilnahmerechtsfähigen auch erhalten. Weiters hat die Teilnahmerechtsfähige ergänzte K4-Blätter vorgelegt, wobei die in den ursprünglich mit dem Angebot vorgelegten K4-Blättern genannten Materialien und Materialpreise unverändert geblieben sind und bei den ergänzten Materialpositionen die in der K7-Kalkulation angesetzten Materialien und Materialpreise übernommen wurden. Dazu hat die Teilnahmerechtsfähige zusätzliche Nachweise zu ihren Einkaufskonditionen vorgelegt. Durch die Nachreichung der Kalkulationsunterlagen bzw. – nachweise ist gegenständlich auch keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Teilnahmerechtsfähigen eingetreten (vgl. VKS-6080/07; Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, § 129 RZ. 86 und die dort zitierten Nachweisstellen). Aus den Vergabeakten ist auch festzustellen, dass die Teilnahmerechtsfähige bereits im Angebot ihre K7-Detaillkalkulation vorgelegt hat und in diesen K7-Blättern die kalkulierten Materialien sowohl namentlich als auch preislich eindeutig definiert und damit unveränderlich festgelegt hat. Im Rahmen der Aufklärung konnte die Teilnahmerechtsfähige lediglich in der K7-Kalkulation bereits namentlich und preislich festgelegte Materialien eins zu eins in die K4-Blätter übernehmen und für die Materialpreise Nachweise über die Einkaufskonditionen vorlegen. Es wurde dadurch kein einziger Materialpreis, kein einziger Positionspreis, kein einziger Teilangebotspreis und schon gar nicht der Gesamtpreis abgeändert. Damit konnte der vom Antragsteller behauptete Verstoß gegen das Verhandlungsverbot des § 101 Abs. 1 BVergG 2006 nicht erwiesen werden, weshalb auch der diesbezügliche Ausscheidungsgrund betreffend die Angebote der Teilnahmerechtsfähigen nicht gegeben ist. Weder in den Vergabeakten noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens haben sich Hinweise darauf ergeben, dass – wie vom Antragsteller vorgebracht – die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihr Angebot dadurch geändert hätte, dass in den K4-Blättern nachträglich Ergänzungen vorgenommen wurden. Aus den Vergabeakten ist eindeutig ersichtlich, dass weder mit der Teilnahmerechtsfähigen noch sonst mit einem Bieter nach Angebotseröffnung irgendwelche Verhandlungen geführt worden wären. Richtig ist jedoch, dass die Antragsgegnerin im Zuge der Angebotsprüfung die

Teilnahmeberechtigte (aber auch andere präsumtive Zuschlagsempfänger) zur Aufklärung von Unklarheiten im Sinne des Paragraph 127, BVergG 2006 aufgefordert hat. Aus den Vergabeakten ist nachvollziehbar dokumentiert, dass für die Antragsgegnerin einige Punkte in der K7-Kalkulation der Teilnahmeberechtigten unklar waren. Aus den Akten ist ersichtlich, dass diese Unklarheiten die Antragsgegnerin darin erblickt hat, dass in den K4-Blättern nicht alle in der K7-Kalkulation enthaltenen Materialien aufgelistet waren. Diesbezüglich hat die Antragsgegnerin Aufklärung verlangt und in umfassender und schlüssiger Art und Weise von der Teilnahmeberechtigten auch erhalten. Weiters hat die Teilnahmeberechtigte ergänzte K4-Blätter vorgelegt, wobei die in den ursprünglich mit dem Angebot vorgelegten K4-Blättern genannten Materialien und Materialpreise unverändert geblieben sind und bei den ergänzten Materialpositionen die in der K7-Kalkulation angesetzten Materialien und Materialpreise übernommen wurden. Dazu hat die Teilnahmeberechtigte zusätzliche Nachweise zu ihren Einkaufskonditionen vorgelegt. Durch die Nachreichung der Kalkulationsunterlagen bzw. – nachweise ist gegenständlich auch keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung der Teilnahmeberechtigten eingetreten vergleiche VKS-6080/07; Schramm, Aicher, Fruhmann, Thienel, Paragraph 129, RZ. 86 und die dort zitierten Nachweisstellen). Aus den Vergabeakten ist auch festzustellen, dass die Teilnahmeberechtigte bereits im Angebot ihre K7-Detaillkalkulation vorgelegt hat und in diesen K7-Blättern die kalkulierten Materialien sowohl namentlich als auch preislich eindeutig definiert und damit unveränderlich festgelegt hat. Im Rahmen der Aufklärung konnte die Teilnahmeberechtigte lediglich in der K7-Kalkulation bereits namentlich und preislich festgelegte Materialien eins zu eins in die K4-Blätter übernehmen und für die Materialpreise Nachweise über die Einkaufskonditionen vorlegen. Es wurde dadurch kein einziger Materialpreis, kein einziger Positionspreis, kein einziger Teilangebotspreis und schon gar nicht der Gesamtpreis abgeändert. Damit konnte der vom Antragsteller behauptete Verstoß gegen das Verbandsverbot des Paragraph 101, Absatz eins, BVergG 2006 nicht erwiesen werden, weshalb auch der diesbezügliche Ausscheidungsgrund betreffend die Angebote der Teilnahmeberechtigten nicht gegeben ist.

Das Nachprüfungsverfahren hat bezüglich des Angebotes der ARGE ergeben, dass von der Antragsgegnerin die Frage der Preisangemessenheit und plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises vergaberechtskonform und nachvollziehbar geprüft worden ist. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat die Antragsgegnerin eine ordnungsgemäße, vertiefte und ausreichende Angebotsprüfung durchgeführt und die Aufwands- und Verbrauchswerte nachvollziehbar und transparent überprüft. Dabei wurden die Detailkalkulationen insbesondere der ARGE, Position für Position überprüft, worüber sich entsprechende Prüfvermerke auf den K – Blättern befinden. Die Prüfungsvorgänge sind auch durch die Aufklärungsschreiben und ihre Beantwortung sowie das Gutachten des SV Holzinger ausreichend nachgewiesen. Die Prüfung der Detailkalkulation der K 7 – Blätter hat auch die Prüfung der Aufwands- und Verbrauchswerte sowie die Prüfung der gesamten Kalkulationsunterlagen (K 3, K 4 – und K 7 – Blätter) umfasst. Dabei hat die Antragsgegnerin – abermals entgegen der Ansicht der Antragstellerin - eine vertiefte Angebotsprüfung in erforderlichem Umfang, nämlich insoweit vorgenommen, als nicht die gesamte Kalkulation des Bieters bis ins Detail nachvollzogen werden musste, sondern „nur – grob – geprüft werden (muss), ob ein seriöser Bieter die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.“ (vgl. VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032). Das Nachprüfungsverfahren hat bezüglich des Angebotes der ARGE ergeben, dass von der Antragsgegnerin die Frage der Preisangemessenheit und plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises vergaberechtskonform und nachvollziehbar geprüft worden ist. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat die Antragsgegnerin eine ordnungsgemäße, vertiefte und ausreichende Angebotsprüfung durchgeführt und die Aufwands- und Verbrauchswerte nachvollziehbar und transparent überprüft. Dabei wurden die Detailkalkulationen insbesondere der ARGE, Position für Position überprüft, worüber sich entsprechende Prüfvermerke auf den K – Blättern befinden. Die Prüfungsvorgänge sind auch durch die Aufklärungsschreiben und ihre Beantwortung sowie das Gutachten des SV Holzinger ausreichend nachgewiesen. Die Prüfung der Detailkalkulation der K 7 – Blätter hat auch die Prüfung der Aufwands- und Verbrauchswerte sowie die Prüfung der gesamten Kalkulationsunterlagen (K 3, K 4 – und K 7 – Blätter) umfasst. Dabei hat die Antragsgegnerin – abermals entgegen der Ansicht der Antragstellerin - eine vertiefte Angebotsprüfung in erforderlichem Umfang, nämlich insoweit vorgenommen, als nicht die gesamte Kalkulation des Bieters bis ins Detail nachvollzogen werden musste, sondern „nur – grob – geprüft werden (muss), ob ein seriöser Bieter die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.“ vergleiche VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032).

Gemäß § 125 Abs. 1 BVergG 2006 hat der Auftraggeber die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen

und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen (Abs. 2 leg. cit.). Nach Abs. 3 muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und vertieft prüfen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 4 BVergG 2006 aufweisen oder nach Prüfung begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere ob im Preis bei allen wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind, der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringwertige Leistungen und ob die Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteil) aus der Erfahrung erklärbar ist (Abs. 4). Gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 hat der Auftraggeber die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen (Absatz 2, leg. cit.). Nach Absatz 3, muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und vertieft prüfen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 80, Absatz 4, BVergG 2006 aufweisen oder nach Prüfung begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere ob im Preis bei allen wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind, der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringwertige Leistungen und ob die Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteil) aus der Erfahrung erklärbar ist (Absatz 4,).

Der Antragsteller vertritt die Ansicht (Schriftsatz vom 11.2.2010), dass die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze beim Angebot der Teilnehmereberechtigten gemäß § 125 Abs. 4 BVergG 2006 auf Positionsebene des Angebotes zu prüfen wären und nicht auf Ebene der Obergruppe. Eine Prüfung auf Positionsebene sei durch die Antragsgegnerin offenbar nicht erfolgt, weshalb eine gesetzeskonforme vertiefte Angebotsprüfung nicht durchgeführt worden sein kann. Der Antragsteller vertritt die Ansicht (Schriftsatz vom 11.2.2010), dass die Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze beim Angebot der Teilnehmereberechtigten gemäß Paragraph 125, Absatz 4, BVergG 2006 auf Positionsebene des Angebotes zu prüfen wären und nicht auf Ebene der Obergruppe. Eine Prüfung auf Positionsebene sei durch die Antragsgegnerin offenbar nicht erfolgt, weshalb eine gesetzeskonforme vertiefte Angebotsprüfung nicht durchgeführt worden sein kann.

Hier ist zunächst darauf zu verweisen, dass das Verfahren ergeben hat, dass der von der Antragsgegnerin beigezogene Sachverständige Holzinger ohnedies die Plausibilität nicht nur der wirtschaftlich relevanten Positionen der Leistungsbeschreibung, wobei es sich um 12 Positionen, welche 65 % der Angebotssumme ausmachen, handelt, auf ihre Plausibilität geprüft hat, sondern letztlich alle ausgeschriebenen Positionen einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat, da in der Ausschreibung wesentliche Positionen nicht bezeichnet sind. Im Hinblick auf das gegenständlich anzuwendende Preisauflags- /Nachlassverfahren war jedoch die Plausibilität der auf Obergruppenebene gewährten Nachlässe bzw. Aufschläge auf Basis der Obergruppenpreise in der Vorgabekalkulation zu prüfen. Insoweit ist die „Obergruppenposition“ als wesentliche Position im Sinne des § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG 2006 zu werten. Eine Prüfung dieser Positionspreise hat nach dem Inhalt der Vergabeakten jedenfalls in ausreichender Tiefe stattgefunden. Hier ist zunächst darauf zu verweisen, dass das Verfahren ergeben hat, dass der von der Antragsgegnerin beigezogene Sachverständige Holzinger ohnedies die Plausibilität nicht nur der wirtschaftlich relevanten Positionen der Leistungsbeschreibung, wobei es sich um 12 Positionen, welche 65 % der Angebotssumme ausmachen, handelt, auf ihre Plausibilität geprüft hat, sondern letztlich alle ausgeschriebenen Positionen einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen hat, da in der Ausschreibung wesentliche Positionen nicht bezeichnet sind. Im Hinblick auf das gegenständlich anzuwendende Preisauflags- /Nachlassverfahren war jedoch die Plausibilität der auf Obergruppenebene gewährten Nachlässe bzw. Aufschläge auf Basis der Obergruppenpreise in der

Vorgabekalkulation zu prüfen. Insoweit ist die „Obergruppenposition“ als wesentliche Position im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG 2006 zu werten. Eine Prüfung dieser Positionspreise hat nach dem Inhalt der Vergabeakten jedenfalls in ausreichender Tiefe stattgefunden.

Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Prüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Einklang mit den Vorgaben des BVergG 2006 und der ÖNORM B2061 vorgenommen und diese Preisangemessenheitsprüfung umfangreich und nachvollziehbar in ihren Vergabeakten dokumentiert hat. Beim Umfang dieser vertieften Angebotsprüfung hat sich die Antragsgegnerin durchaus im Rahmen der dazu ergangenen Judikatur des VwGH sowie des angerufenen Senates bewegt. Danach ist die vertiefte Angebotsprüfung eine reine Plausibilitätsprüfung wonach „von der Behörde – ebenso wie vom Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung – unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen ist, wobei im Einzelnen die in Z 1 bis 3 des § 93 Abs. 4 BVergG (nunmehr § 125 Abs. 3 Z 1 bis 3 BVergG 2006) genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt (vgl. § 98 Z 3 BVergG = nunmehr § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann“. (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032; 29.3.2006, 2003/04/0181; Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Prüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Einklang mit den Vorgaben des BVergG 2006 und der ÖNORM B2061 vorgenommen und diese Preisangemessenheitsprüfung umfangreich und nachvollziehbar in ihren Vergabeakten dokumentiert hat. Beim Umfang dieser vertieften Angebotsprüfung hat sich die Antragsgegnerin durchaus im Rahmen der dazu ergangenen Judikatur des VwGH sowie des angerufenen Senates bewegt. Danach ist die vertiefte Angebotsprüfung eine reine Plausibilitätsprüfung wonach „von der Behörde – ebenso wie vom Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung – unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen ist, wobei im Einzelnen die in Ziffer eins bis 3 des Paragraph 93, Absatz 4, BVergG (nunmehr Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins bis 3 BVergG 2006) genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt vergleiche Paragraph 98, Ziffer 3, BVergG = nunmehr Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006), muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann“. (VwGH 15.9.2004, 2004/04/0032; 29.3.2006, 2003/04/0181:

Schramm/Aicher/Fruhmann

/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, RZ 36 zu § 125). Diesen von der Judikatur in Auslegung der Bestimmung des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 entwickelten Grundsätzen hat nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren der Antragsgegnerin vollinhaltlich entsprochen. Wie das Verfahren ergeben hat, hat die Antragsgegnerin die von den Billigstbieter, auch der ARGE, vorgelegten K 3 -Blätter sowie die dazu gehörenden K3-Hilfsblätter eingehend geprüft. Nicht nur SV Kropik sondern auch der vom Senat im Verfahren VKS-6991/09 beigezogene SV Bodner hat die Prüfungsvorgänge, die von dem von der Antragsgegnerin bestellten SV Holzinger vorgenommen wurden, als üblich bezeichnet und die K3- Blätter und K3-Hilfsblätter der Teilnahmeberechtigten als „ordnungsgemäß erstellt“ und als „nachvollziehbar“ bewertet./Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, RZ 36 zu Paragraph 125,). Diesen von der Judikatur in Auslegung der Bestimmung des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 entwickelten Grundsätzen hat nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens das Vergabeverfahren der Antragsgegnerin vollinhaltlich entsprochen. Wie das Verfahren ergeben hat, hat die Antragsgegnerin die von den Billigstbieter, auch der ARGE, vorgelegten K 3 -Blätter sowie die dazu gehörenden K3-Hilfsblätter eingehend geprüft. Nicht nur SV Kropik sondern auch der vom Senat im Verfahren VKS-6991/09 beigezogene SV Bodner hat die Prüfungsvorgänge, die von dem von der Antragsgegnerin bestellten SV Holzinger vorgenommen wurden, als üblich bezeichnet und die K3- Blätter und K3-Hilfsblätter der Teilnahmeberechtigten als „ordnungsgemäß erstellt“ und als „nachvollziehbar“ bewertet.

Ebenso hat das Verfahren ergeben, dass die K4-Blätter von der Antragsgegnerin eingehend geprüft wurden. Dazu hat der SV Holzinger, wie sich eindeutig aus den Vergabeakten ergibt, eigene Materialpreisanfragen vorgenommen, um überprüfen zu können, ob die von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Materialpreise tatsächlich am Markt

erzielbar sind. Dies ist nach den Verfahrensergebnissen eindeutig der Fall, was auch vom SV Bodner bestätigt wird. Sowohl SV Bodner als auch SV Kropik bezeichnen die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K4-Blätter als plausibel.

Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, was sowohl vom SV Bodner als auch SV Kropik bestätigt wird, dass die Teilnahmeberechtigte ihre nachvollziehbaren und plausiblen Werte aus den K3- und K4-Blätter richtig in ihre K7-Blätter übernommen hat. Die von der ARGE schon mit dem Angebot abgegebenen K7-Blätter wurden nicht nur geprüft, sondern – und zwar aus Sicht des SV Bodner sogar in vielen Punkten (z.B. Geräte- und Entsorgungskosten, Verbrauchsansätze, Materialpreise etc.) viel zu eingehend – hinterfragt, wobei die Aufklärungen der ARGE in beiden Fällen der Nachfragen in jedem Punkt nachvollziehbar erfolgt sind. Dass diese Aufklärungen der ARGE ausreichend und nachvollziehbar sind, wurde auch vom SV Holzinger sowie dem SV Kropik bestätigt. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist auch eindeutig erwiesen, dass der SV Holzinger zusätzlich zur Prüfung der K3-Blätter und der eingeholten Aufklärungen zur Überprüfung der Ergebnisse der Angebotsprüfung eine ordnungsgemäße Deckungsbeitragsrechnung als Kontrollprüfung vorgenommen hat. Die Ergebnisse der Überprüfung werden sowohl vom SV Bodner als auch SV Kropik als richtig bestätigt, wobei der SV Bodner die Deckungsbeitragsrechnung als „auch eine Möglichkeit (sieht) wenn es nur der Wahrheitsfindung dient“; er bezeichnet diese Deckungsbeitragsrechnung ausdrücklich als Plausibilitätsprüfung. Eine derartige Deckungsbeitragsrechnung wird auch in der Literatur als ausreichend für eine Prüfung nach § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG 2006 angesehen (vgl. Kropik in S/A/F/T, RZ 2 zu § 125). Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, was sowohl vom SV Bodner als auch SV Kropik bestätigt wird, dass die Teilnahmeberechtigte ihre nachvollziehbaren und plausiblen Werte aus den K3- und K4-Blätter richtig in ihre K7-Blätter übernommen hat. Die von der ARGE schon mit dem Angebot abgegebenen K7-Blätter wurden nicht nur geprüft, sondern – und zwar aus Sicht des SV Bodner sogar in vielen Punkten (z.B. Geräte- und Entsorgungskosten, Verbrauchsansätze, Materialpreise etc.) viel zu eingehend – hinterfragt, wobei die Aufklärungen der ARGE in beiden Fällen der Nachfragen in jedem Punkt nachvollziehbar erfolgt sind. Dass diese Aufklärungen der ARGE ausreichend und nachvollziehbar sind, wurde auch vom SV Holzinger sowie dem SV Kropik bestätigt. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist auch eindeutig erwiesen, dass der SV Holzinger zusätzlich zur Prüfung der K3-Blätter und der eingeholten Aufklärungen zur Überprüfung der Ergebnisse der Angebotsprüfung eine ordnungsgemäße Deckungsbeitragsrechnung als Kontrollprüfung vorgenommen hat. Die Ergebnisse der Überprüfung werden sowohl vom SV Bodner als auch SV Kropik als richtig bestätigt, wobei der SV Bodner die Deckungsbeitragsrechnung als „auch eine Möglichkeit (sieht) wenn es nur der Wahrheitsfindung dient“; er bezeichnet diese Deckungsbeitragsrechnung ausdrücklich als Plausibilitätsprüfung. Eine derartige Deckungsbeitragsrechnung wird auch in der Literatur als ausreichend für eine Prüfung nach Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, BVergG 2006 angesehen vergleiche Kropik in S/A/F/T, RZ 2 zu Paragraph 125,).

Zur Problematik des Preisaufschlags-/Nachlassverfahrens hat der Senat zu VKS – 7208/09 ausgeführt:

„Die Antragstellerin hat mehrfach vorgebracht, dass das von der Antragsgegnerin gewählte Preisaufschlags-/nachlassverfahren mit Ab- oder Zuschlägen nur auf Obergruppenebene eine den Bestimmungen des BVergG entsprechende Kalkulation verhindere. Hier ist die Antragstellerin zunächst darauf zu verweisen, dass die Ausschreibungsbedingungen mangels fristgerechter Anfechtung „bestandfest“ geworden sind, weshalb alle am Vergabeverfahren Beteiligten von diesen Festlegungen auszugehen haben. Nach § 2 Z 28 BVergG 2006 ist das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren jenes Verfahren, bei dem vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen zusätzlich zu den beschriebenen Leistungen auch Bezugspreise bekannt gegeben werden, zu denen die Bieter in ihren Angeboten – gewöhnlich in Prozent ausgedrückt – Aufschläge oder Nachlässe angeben. Nach § 24 Abs. 1 BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- oder Preisnachlassverfahren zu erstellen. Wenn auch in dieser Gesetzesstelle das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren als nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig erklärt wird, ist weder dem Gesetz noch den hiezu ergangenen Materialien eine Verpflichtung des Auftraggebers zu entnehmen, eine Begründung für die Wahl der Preisbildung anzugeben. Grundsätzlich ist das Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren dadurch gekennzeichnet, dass den Bietern bei der Preisermittlung nur wenige Freiheitsgrade offen stehen. Der Bieter kann dabei seine individuelle Preis- bzw. Kostenvorstellung je Position nur sehr begrenzt in seine Preisgestaltung einfließen lassen. Auch wenn obergruppenweise die Möglichkeit besteht, unterschiedliche Auf- bzw. Abschläge anzugeben, so werden diese in der Regel immer einen Durchschnittswert darstellen. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung hatten die Bieter die

Preise auf Basis einer Kalkulation zu ermitteln, welche der ÖNORM B 2061 entspricht. Konkret heißt es in den „Allgemeinen Angebotesbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, VD 307“, im Abschnitt 4.1: „Die Antragstellerin hat mehrfach vorgebracht, dass das von der Antragsgegnerin gewählte Preisaufschlags-/nachlassverfahren mit Ab- oder Zuschlägen nur auf Obergruppenebene eine den Bestimmungen des BVergG entsprechende Kalkulation verhindere. Hier ist die Antragstellerin zunächst darauf zu verweisen, dass die Ausschreibungsbedingungen mangels fristgerechter Anfechtung „bestandfest“ geworden sind, weshalb alle am Vergabeverfahren Beteiligten von diesen Festlegungen auszugehen haben. Nach Paragraph 2, Ziffer 28, BVergG 2006 ist das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren jenes Verfahren, bei dem vom Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen zusätzlich zu den beschriebenen Leistungen auch Bezugspreise bekannt gegeben werden, zu denen die Bieter in ihren Angeboten – gewöhnlich in Prozent ausgedrückt – Aufschläge oder Nachlässe angeben. Nach Paragraph 24, Absatz eins, BVergG 2006 ist der Preis nach dem Preisangebotsverfahren oder nach dem Preisaufschlags- oder Preisnachlassverfahren zu erstellen. Wenn auch in dieser Gesetzesstelle das Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren als nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig erklärt wird, ist weder dem Gesetz noch den hiezu ergangenen Materialien eine Verpflichtung des Auftraggebers zu entnehmen, eine Begründung für die Wahl der Preisbildung anzugeben. Grundsätzlich ist das Preisaufschlags-/Preisnachlassverfahren dadurch gekennzeichnet, dass den Bietern bei der Preisermittlung nur wenige Freiheitsgrade offen stehen. Der Bieter kann dabei seine individuelle Preis- bzw. Kostenvorstellung je Position nur sehr begrenzt in seine Preisgestaltung einfließen lassen. Auch wenn obergruppenweise die Möglichkeit besteht, unterschiedliche Auf- bzw. Abschläge anzugeben, so werden diese in der Regel immer einen Durchschnittswert darstellen. Nach den Festlegungen in der Ausschreibung hatten die Bieter die Preise auf Basis einer Kalkulation zu ermitteln, welche der ÖNORM B 2061 entspricht. Konkret heißt es in den „Allgemeinen Angebotesbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, VD 307“, im Abschnitt 4.1:

„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 B 2061 zu beachten. Die Kalkulationsunterlagen sind in Form der Kalkulationsformblätter gemäß ÖNORM B 2061 vorzulegen“. Dies bedeutet, dass die Kalkulation von den Bietern gemäß der ÖNORM B 2061 darzustellen ist und die Kalkulationsformblätter gemäß der ÖNORM vorzulegen sind. Durch die Anwendung der Bestimmungen der ÖNORM B 2061 soll eine Nachvollziehbarkeit der Kalkulation der Preise gewährleistet werden. Die ARGE hat für sämtliche Einheitspreise eine K 7 – Kalkulation erstellt und diese ihrem Angebot beigelegt. Damit sind die Erfordernisse der Ausschreibung, nämlich die ÖNORM B 2061 zu beachten und die Kalkulationsblätter in Form der ÖNORM B 2061 vorzulegen, erfüllt worden. Nach den Ergebnissen des Verfahrens ist die Teilnahmeberechtigte (= ARGE) bei der Preisermittlung derart vorgegangen, dass die Einheitspreise einer jeden ausgeschriebenen Position einzeln mittels K 7 – Kalkulation (unter Zugrundelegung der K 3 – und K 4 – Kalkulation) ermittelt wurden. Sie hat sodann die dadurch erhaltenen Positionspreise der jeweils beiliegenden Obergruppen aufaddiert und die jeweiligen Summen wiederum zur Ermittlung eines Auf- bzw. Abschlags mit den Ausschreibungssummen verglichen. In einem zweiten Kalkulationsschritt (nach Ermittlung der jeweiligen Abminderungs- bzw. Aufschlagsfaktoren) hat die Teilnahmeberechtigte (= ARGE) in Entsprechung der ÖNORM B 2061 die kalkulatorischen Ansätze so angepasst, damit in jeder Position der angebotene Preis als Ergebnis erhalten wird. Diese Vorgehensweise kann in Bezug auf das Preisaufschlags- und Nachlassverfahren als betriebswirtschaftlich sinnvolle Kontrolle qualifiziert werden und entspricht darüber hinaus den Anforderungen der Ausschreibung. Die Teilnahmeberechtigte (= ARGE) hat damit kontrolliert, ob die angebotenen Einheitspreise zB im Falle von Mengenänderungen noch ausreichend sind. Es wurde somit das besondere Einheitspreis- und Mengenrisiko, das sich in einem Preisaufschlags- und -nachlassverfahren ergibt, seitens der Teilnahmeberechtigten (= ARGE) überprüft. Diese von der Teilnahmeberechtigten (= ARGE) gewählte und beschriebene Vorgehensweise und die Darstellung der Kalkulation entsprechend der ÖNORM B 2061 ist nachvollziehbar und entspricht den Anforderungen der Ausschreibung.“

Dazu ist auch auf die ständige Judikatur des angerufenen Senates zu Rahmenvertragsausschreibungen zu verweisen, worin der Senat die Wahl des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens ausdrücklich für unbedenklich erklärt hat. Bei diesem Preisfindungsverfahren handelt es sich nach Ansicht des Senates grundsätzlich um eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene (vgl. VKS – 1352/00, VKS – 3860/07, VKS – 21/08 u. a.). Dazu ist auch auf die ständige Judikatur des angerufenen Senates zu

Rahmenvertragsausschreibungen zu verweisen, worin der Senat die Wahl des Preisaufschlags- und -nachlassverfahrens ausdrücklich für unbedenklich erklärt hat. Bei diesem Preisfindungsverfahren handelt es sich nach Ansicht des Senates grundsätzlich um eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene vergleiche VKS – 1352/00, VKS – 3860/07, VKS – 21/08 u. a.).

Der Senat sieht sich auch durch die Ergebnisse des gegenständlichen Verfahrens nicht veranlasst, von dieser seiner mehrfach geäußerten und festgelegten Ansicht, über die Zulässigkeit von Auf- und Abschlägen auf Obergruppenebene abzugehen. Da jeder Bieter grundsätzlich verpflichtet ist, die von ihm aufgrund einer für ihn passenden Kalkulation ermittelten Preise den Vorgabenpreisen gegenüber zu stellen, hat es sich im Ergebnis auch erübrigt, die vom Antragsteller begehrte Vernehmung des SV Bodner und Tautschnig durchzuführen. Sollten die Vorgabepreise die Marktsituation nicht entsprechend berücksichtigen, hat es der Bieter in der Hand, diesem Umstand durch entsprechend höhere oder niedrigere Auf- bzw. Abschläge entgegen zu wirken.

Bereits im Verfahren VKS – 6991/09, in dem die Nichtigerklärung der zugunsten der ARGE ergangenen Zuschlagsentscheidung begehrt wurde, welcher Antrag abgewiesen wurde, wurde festgestellt, dass das Angebot der ARGE plausibel, nachvollziehbar und wirtschaftlich erklärbar ist. Die Qualität des Angebotes konnte in der Folge in mehreren bereits beendeten, weiteren Nachprüfungsverfahren überprüft werden (VKS – 7207/09, VKS – 7208/09, VKS – 7126/09 und VKS-7134/09; diese Verfahren haben insgesamt vier Lose betroffen), wobei in allen vier Fällen die Nachprüfungsanträge gleichfalls abgewiesen wurden, weil auch in diesen Fällen die Angebote der ARGE als vergaberechtskonform befunden wurden.

Auch das gegenständliche Nachprüfungsverfahren hat bei nahezu gleich gelagertem Sachverhalt wie in den zitierten Verfahren ergeben, dass ein Grund, der die Ausscheidung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten wegen spekulativer Preisgestaltung rechtfertigen könnte, nicht vorliegt. So konnten insbesondere die von der Antragstellerin geltend gemachten Anfechtungsgründe, die sich großteils mit jenen Anfechtungsgründen in den genannten, parallel geführten Nachprüfungsverfahren decken, nicht erwiesen werden.

Die Antragstellerin hat bereits im einleitenden Schriftsatz geltend gemacht, das Angebot der ARGE sei das Ergebnis einer wettbewerbswidrigen Absprache, es wäre schon aus diesem Grunde auszuschneiden.

Der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 liegt nicht vorDer Ausscheidungsgrund des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 liegt nicht vor.

Zunächst verlangt, worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist, § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006, dass die „Abreden für den Auftraggeber nachteilig“ sein müssen. Eine solche nachteilige Abrede liegt aber nur dann vor, wenn das Wettbewerbsergebnis aufgrund der Abrede tatsächlich oder möglicherweise ungünstiger ausfallen könnte als ohne Abrede (vgl. Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 113 zu § 129 und die dort zitierten Belegstellen). Unbestritten ist das Angebot der ARGE für die verfahrensgegenständlichen Lose günstiger als jenes der Mitbewerber. Damit ist aber selbst eine vermeintliche Abrede nachweislich alles andere als nachteilig. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat die Antragsgegnerin aber dennoch geprüft, ob bei der ARGE eine verpönte Abrede im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 vorliegt (Vergabeakten, dort Niederschrift vom 17.7.2009). Dabei haben sich nachvollziehbar keine konkreten Hinweise auf das Vorliegen einer derartigen, für den Auftraggeber nachteiligen, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abreden ergeben.Zunächst verlangt, worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist, Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006, dass die „Abreden für den Auftraggeber nachteilig“ sein müssen. Eine solche nachteilige Abrede liegt aber nur dann vor, wenn das Wettbewerbsergebnis aufgrund der Abrede tatsächlich oder möglicherweise ungünstiger ausfallen könnte als ohne Abrede vergleiche Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Rz 113 zu Paragraph 129 und die dort zitierten Belegstellen). Unbestritten ist das Angebot der ARGE für die verfahrensgegenständlichen Lose günstiger als jenes der Mitbewerber. Damit ist aber selbst eine vermeintliche Abrede nachweislich alles andere als nachteilig. Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers hat die Antragsgegnerin aber dennoch geprüft, ob bei der ARGE eine verpönte Abrede im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 vorliegt (Vergabeakten, dort Niederschrift vom 17.7.2009). Dabei haben sich nachvollziehbar keine konkreten Hinweise auf das Vorliegen einer derartigen, für den Auftraggeber nachteiligen, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßenden Abreden ergeben.

Im Schriftsatz vom 11.2.2010 führt der Antragsteller eingehend aus, warum seiner Ansicht nach wettbewerbswidrige Absprachen, die einen Ausscheidungsgrund bilden können, durch die Bildung der Arbeitsgemeinschaft der

Teilnahmeberechtigten vorliegen. Ein Wettbewerbsverstoß im Sinne des BVergG 2006 sei wesentlich weiter zu sehen, als ein Kartellverstoß. Dazu verweist der Antragsteller auf Regelungen im EG-Vertrag sowie auf die Bestimmungen des Kartellgesetzes. Zutreffend führt der Antragsteller dazu aus, dass nach Art. 101 Abs. 3 AEUV das Kartellverbot nicht anwendbar ist, wenn eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zur Verbesserung der Warenerzeugung oder – Verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, sofern die Verbraucher an den entstehenden Gewinnen angemessen beteiligt werden und sichergestellt ist, dass den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind und die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit erlangen, für einen wesentlichen Teilnahmeberechtigten der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Nun erblickt der Antragsteller in der Konzentration der Fliesenlegerarbeiten im Bereich „Wiener Wohnen“ auf drei Unternehmen einen Umstand, der offenkundig „weder zum Schriftsatz vom 11.2.2010 führt der Antragsteller eingehend aus, warum seiner Ansicht nach wettbewerbswidrige Absprachen, die einen Ausscheidungsgrund bilden können, durch die Bildung der Arbeitsgemeinschaft der Teilnahmeberechtigten vorliegen. Ein Wettbewerbsverstoß im Sinne des BVergG 2006 sei wesentlich weiter zu sehen, als ein Kartellverstoß. Dazu verweist der Antragsteller auf Regelungen im EG-Vertrag sowie auf die Bestimmungen des Kartellgesetzes. Zutreffend führt der Antragsteller dazu aus, dass nach Artikel 101, Absatz 3, AEUV das Kartellverbot nicht anwendbar ist, wenn eine Vereinbarung oder eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise zur Verbesserung der Warenerzeugung oder – Verteilung oder zur Förderung des technischen und wirtschaftlichen Fortschritts beiträgt, sofern die Verbraucher an den entstehenden Gewinnen angemessen beteiligt werden und sichergestellt ist, dass den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind und die beteiligten Unternehmen nicht die Möglichkeit erlangen, für einen wesentlichen Teilnahmeberechtigten der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Nun erblickt der Antragsteller in der Konzentration der Fliesenlegerarbeiten im Bereich „Wiener Wohnen“ auf drei Unternehmen einen Umstand, der offenkundig „weder zu

einer Verbesserung der Warenerzeugungen oder –verteilung beiträgt, noch

sie den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt“ fördert. Dies habe zum Ergebnis, dass die durch Bildung der Arbeitsgemeinschaft durch die drei Unternehmen erfolgte Absprache eine verbotene Vereinbarung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellt, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sei und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt. Sie den technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt“ fördert. Dies habe zum Ergebnis, dass die durch Bildung der Arbeitsgemeinschaft durch die drei Unternehmen erfolgte Absprache eine verbotene Vereinbarung im Sinne des Artikel 101, Absatz eins, AEUV darstellt, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sei und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen Marktes bezweckt oder bewirkt.

Ebenso vertritt der Antragsteller die Ansicht, dass entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin ein Bagatellkartell nicht vorliege. Er argumentiert dahingehend, dass nahezu jede 4. Wohnung in Wien von der Antragsgegnerin verwaltet und vermietet werde. Es sei daher nicht unzulässig, den relevanten Markt über „Fliesenlegerarbeiten in Gemeindewohnungen“ abzugrenzen. Eine solche „engere Marktabgrenzung“ stehe auch im Einklang mit der Literatur. Durch die Definition des sachlich relevanten Marktes für Fliesenlegerarbeiten in Wiener Gemeindebauten sei der Markt bereits auch räumlich mit dem Wiener Gemeindegebiet definiert. Nach dem eigenen Vorbringen der Teilnahmeberechtigten hätten die Mitglieder im Bereich der ARGE im Bereich der Wiener Gemeindebauten einen Marktanteil von ca. 52,6 %. Damit werde sogar die gegenständlich nicht anwendbare Bagatellschwelle des § 2 Kartellgesetz um mehr als das Doppelte übertroffen. Damit werde aber auch der Bagatellschwellenwert von 10 % der auf Grund des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes vor nationalem Recht anwendbaren Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Art 81 Abs. 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, um das fünffache übertroffen. Selbst wenn man eine Marktabgrenzung „Fliesenlegerarbeiten in Wiener Gemeindebauten“ verneinen wollte, würde dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Antragsgegnerin 24 % aller Wiener Wohnungen verwaltet, bedeuten, dass die Teilnahmeberechtigten einen Gesamtmarktanteil an Fliesenlegerarbeiten in allen Wiener Wohnungen von 11,93 % innehaben. Eine Berufung auf das Vorliegen eines bloßen Bagatellkartells scheidet daher bereits auf Grund des Überschreitens der Schwellenwerte jedenfalls aus. Ebenso vertritt der Antragsteller die Ansicht, dass entgegen dem

Vorbringen der Antragsgegnerin ein Bagatellkartell nicht vorliege. Er argumentiert dahingehend, dass nahezu jede 4. Wohnung in Wien von der Antragsgegnerin verwaltet und vermietet werde. Es sei daher nicht unzulässig, den relevanten Markt über „Fliesenlegerarbeiten in Gemeindewohnungen“ abzugrenzen. Eine solche „engere Marktabgrenzung“ stehe auch im Einklang mit der Literatur. Durch die Definition des sachlich relevanten Marktes für Fliesenlegerarbeiten in Wiener Gemeindebauten sei der Markt bereits auch räumlich mit dem Wiener Gemeindegebiet definiert. Nach dem eigenen Vorbringen der Teilnahmereberechtigten hätten die Mitglieder im Bereich der ARGE im Bereich der Wiener Gemeindebauten einen Marktanteil von ca. 52,6 %. Damit werde sogar die gegenständlich nicht anwendbare Bagatellschwelle des Paragraph 2, Kartellgesetz um mehr als das Doppelte übertroffen. Damit werde aber auch der Bagatellschwellenwert von 10 % der auf Grund des Vorranges des Gemeinschaftsrechtes vor nationalem Recht anwendbaren Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die den Wettbewerb gemäß Artikel 81, Absatz eins, des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft nicht spürbar beschränken, um das fünffache übertroffen. Selbst wenn man eine Marktabgrenzung „Fliesenlegerarbeiten in Wiener Gemeindebauten“ verneinen wollte, würde dies unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Antragsgegnerin 24 % aller Wiener Wohnungen verwaltet, bedeuten, dass die Teilnahmereberechtigte einen Gesamtmarktanteil an Fliesenlegerarbeiten in allen Wiener Wohnungen von 11,93 % innehaben. Eine Berufung auf das Vorliegen eines bloßen Bagatellkartells scheidet daher bereits auf Grund des Überschreitens der Schwellenwerte jedenfalls aus.

Soweit die Antragsgegnerin vorbringe, dass jedes einzelne Mitglied der ARGE alleine nicht in der Lage gewesen wäre, eigenständig ein Angebot für sämtliche 48 Lose zu legen, verkenne die Antragsgegnerin offenbar den Sinn ihrer Ausschreibung in Losen. Mit einer solchen Ausschreibung solle ja gerade gewährleistet werden, dass es auch kleineren und mittleren Unternehmen möglich ist, sich an Ausschreibungen - insgesamt - großer Aufträge zu beteiligen, deren Gesamtvolumen die Leistungsfähigkeit des kleinen Unternehmens übersteigen würde. Die Auftraggeberin sei nicht gezwungen, Aufträge in Losen zu vergeben, wenn sie eine Ausschreibung in Losen vornehme, sei anzunehmen, dass sie Wert darauf lege, die ausgeschriebenen Leistungen an mehrere unterschiedliche Unternehmen auch mit geringeren Kapazitäten zu vergeben. Das Argument der Antragsgegnerin, die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre ohne Eingehen einer Arbeitsgemeinschaft nicht in der Lage gewesen „für alle Lose“ selbstständig ein Angebot zu legen, gehe daher ins Leere, weil die ARGE bzw. ihre Gesellschafter ja gerade nicht gezwungen sind, bei allen Losen mitzubieten. Die ARGE-Gesellschafter hätten im Rahmen des für sie betriebswirtschaftlich sinnvollen, bei jenen Losen anbieten können, die ihrer jeweiligen Unternehmenskapazität entspricht. Die Antragstellerin vertritt daher weiterhin den Standpunkt, dass es sich bei der Bildung der ARGE um eine, im Sinne der EU-Kartellrechtsvorschrift verbotene, Absprache handelt und das Angebot der Teilnahmereberechtigten von der Antragsgegnerin daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Selbst wenn man einen Verstoß gegen die EG-Kartellvorschriften nicht bejahen würde, läge dennoch zumindest ein Verstoß gegen den „Grundsatz des Wettbewerbs“ iSd § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG vor, der gerade nicht auf den Terminus des Kartellgesetzes abstellt, sondern diesen autonom normiert. Das Vorgehen der ARGE-Teilnehmer stelle jedenfalls einen Verstoß gegen „Grundsätze des Wettbewerbs“ dar, der ebenfalls zur Ausscheidung ihres Angebotes führen müsste. Soweit die Antragsgegnerin vorbringe, dass jedes einzelne Mitglied der ARGE alleine nicht in der Lage gewesen wäre, eigenständig ein Angebot für sämtliche 48 Lose zu legen, verkenne die Antragsgegnerin offenbar den Sinn ihrer Ausschreibung in Losen. Mit einer solchen Ausschreibung solle ja gerade gewährleistet werden, dass es auch kleineren und mittleren Unternehmen möglich ist, sich an Ausschreibungen - insgesamt - großer Aufträge zu beteiligen, deren Gesamtvolumen die Leistungsfähigkeit des kleinen Unternehmens übersteigen würde. Die Auftraggeberin sei nicht gezwungen, Aufträge in Losen zu vergeben, wenn sie eine Ausschreibung in Losen vornehme, sei anzunehmen, dass sie Wert darauf lege, die ausgeschriebenen Leistungen an mehrere unterschiedliche Unternehmen auch mit geringeren Kapazitäten zu vergeben. Das Argument der Antragsgegnerin, die präsuntive Zuschlagsempfängerin wäre ohne Eingehen einer Arbeitsgemeinschaft nicht in der Lage gewesen „für alle Lose“ selbstständig ein Angebot zu legen, gehe daher ins Leere, weil die ARGE bzw. ihre Gesellschafter ja gerade nicht gezwungen sind, bei allen Losen mitzubieten. Die ARGE-Gesellschafter hätten im Rahmen des für sie betriebswirtschaftlich sinnvollen, bei jenen Losen anbieten können, die ihrer jeweiligen Unternehmenskapazität entspricht. Die Antragstellerin vertritt daher weiterhin den Standpunkt, dass es sich bei der Bildung der ARGE um eine, im Sinne der EU-Kartellrechtsvorschrift verbotene, Absprache handelt und das Angebot der Teilnahmereberechtigten von der Antragsgegnerin daher gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre. Selbst wenn man einen Verstoß gegen die EG-Kartellvorschriften nicht bejahen würde, läge dennoch zumindest ein Verstoß gegen den „Grundsatz des Wettbewerbs“ iSd Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8,

BVergG vor, der gerade nicht auf den Terminus des Kartellgesetzes abstellt, sondern diesen autonom normiert. Das Vorgehen der ARGE-Teilnehmer stelle jedenfalls einen Verstoß gegen „Grundsätze des Wettbewerbes“ dar, der ebenfalls zur Ausscheidung ihres Angebotes führen müsste.

Zu diesem Vorbringen betreffend das wettbewerbswidrige Verhalten der Mitglieder der ARGE kann sich der Senat der Argumentation der Antragstellerin nicht anschließen. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass die gegenständliche ARGE-Vereinbarung nicht geeignet sei, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Tatsächlich sollen auf Grund der gegenständlich zu vergebenden Rahmenverträge zahlreiche Einzelabrufe mit geringen Auftragssummen vergeben werden. Nach Ansicht des Senates kann in der ARGE-Bildung eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, wie ihn die EU-Kommission vor Augen hat, nicht möglich sein. Auch die EU-Kommission hält ausdrücklich fest, dass Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) wie vorliegend gemäß der Definition im Anhang zur Empfehlung 2003/361/EG der Kommission (ABL124 vom 20.5.2003) den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht zu beeinträchtigen geeignet sind, weil die Tätigkeiten der KMU in der Regel lokal oder regional ausgerichtet sind. Gemäß Art. II Abs. 1 des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG gelten als KMU jene Unternehmen, „die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen EUR erzielten oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Millionen EUR beläuft“. Nicht einmal zusammen erreichen die drei Mitglieder der ARGE, die insgesamt 184 Mitarbeiter nachgewiesen haben, diese von der Kommission vorgegebenen Mitarbeiterzahlen und finanziellen Schwellenwerte. Damit kommt eine Anwendung des Art. 81 EUV nicht in Frage. Zu diesem Vorbringen betreffend das wettbewerbswidrige Verhalten der Mitglieder der ARGE kann sich der Senat der Argumentation der Antragstellerin nicht anschließen. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Antragsgegnerin darauf, dass die gegenständliche ARGE-Vereinbarung nicht geeignet sei, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen. Tatsächlich sollen auf Grund der gegenständlich zu vergebenden Rahmenverträge zahlreiche Einzelabrufe mit geringen Auftragssummen vergeben werden. Nach Ansicht des Senates kann in der ARGE-Bildung eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels, wie ihn die EU-Kommission vor Augen hat, nicht möglich sein. Auch die EU-Kommission hält ausdrücklich fest, dass Vereinbarungen zwischen kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) wie vorliegend gemäß der Definition im Anhang zur Empfehlung 2003/361/EG der Kommission (ABL124 vom 20.5.2003) den Handel zwischen Mitgliedstaaten nicht zu beeinträchtigen geeignet sind, weil die Tätigkeiten der KMU in der Regel lokal oder regional ausgerichtet sind. Gemäß Artikel römisch zwei, Absatz eins, des Anhangs zur Empfehlung 2003/361/EG gelten als KMU jene Unternehmen, „die weniger als 250 Personen beschäftigen und die entweder einen Jahresumsatz von höchstens 50 Millionen EUR erzielten oder deren Jahresbilanzsumme sich auf höchstens 43 Millionen EUR beläuft“. Nicht einmal zusammen erreichen die drei Mitglieder der ARGE, die insgesamt 184 Mitarbeiter nachgewiesen haben, diese von der Kommission vorgegebenen Mitarbeiterzahlen und finanziellen Schwellenwerte. Damit kommt eine Anwendung des Artikel 81, EUV nicht in Frage.

Ein Vorbringen dahingehend, dass die Mitglieder der ARGE jedes für sich in der Lage gewesen wäre, eigenständig ein Angebot für alle 48 Lose zu legen, hat der Antragsteller nicht gemacht. Hinweise darauf sind auch weder den Vergabeakten zu entnehmen noch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hervorgekommen.

Auch den Ausführungen des Antragstellers zum relevanten Markt im Sinne der kartellrechtlichen Bestimmungen vergab der Senat nicht zu folgen. Der geografisch relevante Markt umfasst nach der Definition der Kommission das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet. Die Antragsgegnerin hat Standard-Fliesenlegerarbeiten ausgeschrieben, die Wettbewerbsbedingungen dafür sind in ganz Österreich im Wesentlichen gleich. Die Bieter, die sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt haben, haben ihren Sitz in Wien, Niederösterreich, Burgenland und Oberösterreich. Sie bieten ihre Fliesenlegerleistungen nicht nur in diesen Bundesländern sondern den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend auch im übrigen Österreich an. In dieser Beziehung teilt der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin, wonach man die Fliesenlegerarbeiten in Österreich als sachlich und örtlich relevanten Markt ansehen muss. Auf diesen Markt haben die Mitglieder der ARGE nicht annähernd 5 % Marktanteil. Selbst wenn man von einem höheren Marktanteil ausgehen wollte, wäre lediglich ein Bagatell-Kartell iSd § 2 Abs. 2 Z 1 KartGesetz 2005 gegeben. Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass ein Auftraggeber zu einer eingehenden kartellrechtlichen Prüfung nicht verpflichtet ist. Die Fragen des Kartellrechts sind primär von den

Wettbewerbsbehörden und dem Kartellgericht zu behandeln, nicht jedoch von einem öffentlichen Auftraggeber (vgl. Eilmannspurger/Holubek, ÖZW 2008, 10f). Auch den Ausführungen des Antragstellers zum relevanten Markt im Sinne der kartellrechtlichen Bestimmungen vergab der Senat nicht zu folgen. Der geografisch relevante Markt umfasst nach der Definition der Kommission das Gebiet, in dem die beteiligten Unternehmen die relevanten Produkte oder Dienstleistungen anbieten, in dem die Wettbewerbsbedingungen hinreichend homogen sind und das sich von benachbarten Gebieten durch spürbar unterschiedliche Wettbewerbsbedingungen unterscheidet. Die Antragsgegnerin hat Standard-Fliesenlegerarbeiten ausgeschrieben, die Wettbewerbsbedingungen dafür sind in ganz Österreich im Wesentlichen gleich. Die Bieter, die sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt haben, haben ihren Sitz in Wien, Niederösterreich, Burgenland und Oberösterreich. Sie bieten ihre Fliesenlegerleistungen nicht nur in diesen Bundesländern sondern den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend auch im übrigen Österreich an. In dieser Beziehung teilt der Senat den Standpunkt der Antragsgegnerin, wonach man die Fliesenlegerarbeiten in Österreich als sachlich und örtlich relevanten Markt ansehen muss. Auf diesen Markt haben die Mitglieder der ARGE nicht annähernd 5 % Marktanteil. Selbst wenn man von einem höheren Marktanteil ausgehen wollte, wäre lediglich ein Bagatell-Kartell iSd Paragraph 2, Absatz 2, Ziffer eins, KartGesetz 2005 gegeben. Letztlich ist auch zu berücksichtigen, dass ein Auftraggeber zu einer eingehenden kartellrechtlichen Prüfung nicht verpflichtet ist. Die Fragen des Kartellrechts sind primär von den Wettbewerbsbehörden und dem Kartellgericht zu behandeln, nicht jedoch von einem öffentlichen Auftraggeber vergleiche Eilmannspurger/Holubek, ÖZW 2008, 10f).

Da sohin vom Senat weder eine kartellrechtswidrige Vereinbarung der Mitglieder der ARGE noch ein wettbewerbswidriges Handeln derselben erkannt werden kann, ist auch dieser vom Antragsteller geltend gemachte Ausscheidungsgrund nicht gegeben.

Soweit der Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 11.2.2010 behauptet, die Teilnahmerechtigten hätten ihre Angebote dadurch geändert, weil in den K 4 – Blättern nachträglich Ergänzungen vorgenommen worden seien, trifft dies nach dem Inhalt der Vergabeakten nicht zu. Weder hat die Teilnahmerechtigte (wie bereits oben ausgeführt) in irgendeiner Form ihre Angebote nachträglich geändert noch die K-Blätter ergänzt. Im Zuge der Angebotsprüfung ist die ARGE zu den von ihr bereits im Angebot vorgelegten K 7 – Blättern um Aufklärung ersucht worden. Die ARGE hat die Unklarheiten fristgerecht aufgeklärt und gleichzeitig ergänzte K 4 – Blätter vorgelegt, wobei die in den ursprünglichen (mit dem Angebot vorgelegten) K 4 – Blättern genannten Materialien und Materialpreise unverändert geblieben sind und bei den ergänzten Materialpositionen, die in der K 7 – Kalkulation angesetzten Materialien und Materialpreisen übernommen wurden. Auch dieser von der Antragstellerin angezogene Ausscheidungsgrund konnte nicht erwiesen werden.

Aus all diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 18.8.2009 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß § 31 Abs. 6 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war. Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 18.8.2009 erlassene, einstweilige Verfügung gemäß Paragraph 31, Absatz 6, WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor. Die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch gründet sich auf Paragraph 19, Absatz eins und 3 WVRG 2007; die in Absatz eins, angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

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

Schlagworte

Umfang einer vertieften Angebotsprüfung; Wettbewerbswidrige Absprachen bei Angeboten einer ARGE;
Preisaufschlags/nachlassverfahren;

Zuletzt aktualisiert am

26.07.2010

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