

TE Verg Bescheid 2010/1/13 VKS-6991/09

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 13.01.2010

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 sowie
AVG §53 in Verbindung mit
AVG §7 Abs1 Z3

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
-
1. AVG § 53 heute
 2. AVG § 53 gültig ab 01.09.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 50/2025
 3. AVG § 53 gültig von 01.01.2014 bis 31.08.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
 4. AVG § 53 gültig von 26.03.2009 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 20/2009
 5. AVG § 53 gültig von 01.02.1991 bis 25.03.2009
-
1. AVG § 7 heute
 2. AVG § 7 gültig ab 01.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 58/2018
 3. AVG § 7 gültig von 01.01.2008 bis 31.07.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
 4. AVG § 7 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der Bietergemeinschaft ARGE ***, 1. *** HandelsgesmbH, 2. ***, 3. *** GmbH, per Anschrift *** vertreten durch bpv Hügel Rechtsanwälte OEG 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“, Los „KD09- Gebietseinheit 1“ 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
Dem von der Antragsgegnerin am 12.10.2009 gestellten Ablehnungsantrag betreffend den Sachverständigen *** wird nicht statt gegeben.
2. 2.Ziffer 2

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 31.7.2009, betreffend das Los „KD09-Gebietseinheit 1“, wird abgewiesen.

3. 3.Ziffer 3

Die einstweilige Verfügung vom 12.8.2009 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.

4. 4.Ziffer 4

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 2006 sowie §§ 53 i.V.m. 7 Abs. 1 Z 3 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 2006 sowie Paragraphen 53, in Verbindung mit 7 Absatz eins, Ziffer 3

AVG

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. Die Antragsstellerin hat rechtzeitig Angebote für sieben Lose gelegt, darunter für das gegenständliche Los KD09, GE 1.

Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung kam die Antragstellerin zunächst mit ihrem Angebot bei der gegenständlichen Gebietseinheit an dritter Stelle zu liegen. Nach Ausscheidung des vor ihr liegenden, an zweiter Stelle gereihten Bieters, liegt die Antragstellerin nunmehr preislich an zweiter Stelle.

Mit Schreiben vom 31.7.2009, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, hat die Antragsgegnerin mitgeteilt zu beabsichtigen, das Angebot hinsichtlich des Loses KD09-GE 1, der nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung an erster Stelle liegenden Arbeitsgemeinschaft (= ARGE) erteilen zu wollen.

Gegen diese Entscheidung richtet der am 10.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft habe nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung, bezogen auf die von der Auftraggeberin sachverständig kalkulierte Ausschreibungssumme, einen mehr als doppelt so hohen Abschlag als alle anderen Bieter angeboten. Dies sei betriebswirtschaftlich weder erklär- noch nachvollziehbar. So würden Preise für das ausgeschriebene Material offenbar mit Abschlägen angeboten, die deutlich unter den im K4-Blatt der Antragstellerin angegebenen lägen; damit sei der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin spekulativ. Der von der Antragsgegnerin für die Erstellung der Basiskalkulation herangezogene Sachverständige habe dieser Kalkulation die arbeits- und sozialrechtlichen verbindlichen kollektivvertraglichen Löhne zu Grunde gelegt und mit einem fachkundig ermittelten Zeitbedarf pro ausgeschriebener Teilleistung gewichtet (multipliziert). Um einer angemessenen Marge Rechnung zu tragen, habe der Sachverständige einen „Multiplikator“ von 4,29 zur Anwendung gebracht. Auf diese Art bestehe ein gewisser Spielraum für Abschläge. So sei ein Abschlag von mehr als 18 % auf „Lohn“ in der Position „OG0624“ nicht nachvollziehbar. Dies würde bedeuten, dass entweder davon ausgegangen werde, dass viel schneller gearbeitet wird, als dies branchenüblich sei, was zumindest als generelle Annahme spekulativ wäre oder dass Löhne unterhalb des arbeits-, sozialrechtlich vorgeschriebenen gezahlt werden, was gesetzwidrig sei. Zu berücksichtigen sei, dass für mehr Lose angeboten werde, das heißt je bedeutender im Zuschlagsfall der Auftrag für das betreffende Unternehmen sei, desto deutlicher müsse die Kalkulation für jedes einzelne Los auch auf die Deckung von Gemeinkosten Rücksicht nehmen. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für ganz Wien angeboten habe, sei deren Preisgestaltung umso weniger nachvollziehbar. Zu ihrem Vorbringen beruft sich die Antragstellerin auf ein von ihr eingeholtes Gutachten des „allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen, Platten- und Fliesenlegermeisters, ***“, dass im gegenständlichen Fall „zum vorgesehenen kalkulierten Preis arbeits-, sozial-, kollektivvertragsrechtliche Vorschriften wie insbesondere die kollektivvertragsrechtlich bzw. akkordrechtliche Entlohnung, sowie die allgemein gültigen und branchenüblichen Gemeinkosten und Materialberechnungslinien bei einzelnen Losen, bis zu einem Nachlass in der Bandbreite von 16 % bis 22 % eingehalten werden“. Ein Nachlass, der über 10 % über der – objektiven – Obergrenze liege, nämlich im Fall der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 10,41 % über der objektiven Obergrenze, sei betriebswirtschaftlich jedenfalls nicht nachvollziehbar und „lege nahe, dass gesetzwidrig bzw. nicht ausschreibungskonforme Ansätze zu Grunde“ gelegt worden seien. Da die Antragsgegnerin jedoch beabsichtige, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Auftrag zu erteilen, sei davon auszugehen, dass sie keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung nach § 125 BVerG 2006 vorgenommen habe. Eine vergaberechtskonforme vertiefte Angebotsprüfung hätte ergeben, dass auf Grundlage des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine ausschreibungs- bzw. vertragskonforme Leistungserbringung nicht sicher gestellt sei, bzw. deren Angebot wegen nicht plausibler Preisgestaltung auszuscheiden wäre. Dazu käme, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch deswegen auszuscheiden gewesen wäre, weil sie für sämtliche Lose der gegenständlichen Ausschreibung Angebote gelegt habe ohne über die erforderlichen Ressourcen, insbesondere qualifizierte Arbeitnehmer zu verfügen, um eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung in einer derart großen Zahl von Gebietseinheiten sicher zu stellen. Gegen diese Entscheidung richtet der am 10.8.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins Z, 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Als Begründung ihres Antrages bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Arbeitsgemeinschaft habe nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung, bezogen auf die von der Auftraggeberin sachverständig kalkulierte Ausschreibungssumme, einen mehr als doppelt so hohen Abschlag als alle anderen Bieter angeboten. Dies sei betriebswirtschaftlich weder erklär- noch nachvollziehbar. So würden Preise für

das ausgeschriebene Material offenbar mit Abschlägen angeboten, die deutlich unter den im K4-Blatt der Antragstellerin angegebenen lägen; damit sei der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin spekulativ. Der von der Antragsgegnerin für die Erstellung der Basiskalkulation herangezogene Sachverständige habe dieser Kalkulation die arbeits- und sozialrechtlichen verbindlichen kollektivvertraglichen Löhne zu Grunde gelegt und mit einem fachkundig ermittelten Zeitbedarf pro ausgeschriebener Teilleistung gewichtet (multipliziert). Um einer angemessenen Marge Rechnung zu tragen, habe der Sachverständige einen „Multiplikator“ von 4,29 zur Anwendung gebracht. Auf diese Art bestehe ein gewisser Spielraum für Abschläge. So sei ein Abschlag von mehr als 18 % auf „Lohn“ in der Position „OG0624“ nicht nachvollziehbar. Dies würde bedeuten, dass entweder davon ausgegangen werde, dass viel schneller gearbeitet wird, als dies branchenüblich sei, was zumindest als generelle Annahme spekulativ wäre oder dass Löhne unterhalb des arbeits-, sozialrechtlich vorgeschriebenen gezahlt werden, was gesetzwidrig sei. Zu berücksichtigen sei, dass für mehr Lose angeboten werde, das heißt je bedeutender im Zuschlagsfall der Auftrag für das betreffende Unternehmen sei, desto deutlicher müsse die Kalkulation für jedes einzelne Los auch auf die Deckung von Gemeinkosten Rücksicht nehmen. Vor diesem Hintergrund und der Tatsache, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin für ganz Wien angeboten habe, sei deren Preisgestaltung umso weniger nachvollziehbar. Zu ihrem Vorbringen beruft sich die Antragstellerin auf ein von ihr eingeholtes Gutachten des „allgemein beeideten und gerichtlich zertifizierten Sachverständigen, Platten- und Fliesenlegermeisters, ***“, dass im gegenständlichen Fall „zum vorgesehenen kalkulierten Preis arbeits-, sozial-, kollektivvertragsrechtliche Vorschriften wie insbesondere die kollektivvertragsrechtlich bzw. akkordrechtliche Entlohnung, sowie die allgemein gültigen und branchenüblichen Gemeinkosten und Materialberechnungslinien bei einzelnen Losen, bis zu einem Nachlass in der Bandbreite von 16 % bis 22 % eingehalten werden“. Ein Nachlass, der über 10 % über der – objektiven – Obergrenze liege, nämlich im Fall der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit 10,41% über der objektiven Obergrenze, sei betriebswirtschaftlich jedenfalls nicht nachvollziehbar und „lege nahe, dass gesetzwidrig bzw. nicht ausschreibungskonforme Ansätze zu Grunde“ gelegt worden seien. Da die Antragsgegnerin jedoch beabsichtige, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Auftrag zu erteilen, sei davon auszugehen, dass sie keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung nach Paragraph 125, BVergG 2006 vorgenommen habe. Eine vergaberechtskonforme vertiefte Angebotsprüfung hätte ergeben, dass auf Grundlage des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine ausschreibungs- bzw. vertragskonforme Leistungserbringung nicht sicher gestellt sei, bzw. deren Angebot wegen nicht plausibler Preisgestaltung auszuschneiden wäre. Dazu käme, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auch deswegen auszuschneiden gewesen wäre, weil sie für sämtliche Lose der gegenständlichen Ausschreibung Angebote gelegt habe ohne über die erforderlichen Ressourcen, insbesondere qualifizierte Arbeitnehmer zu verfügen, um eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung in einer derart großen Zahl von Gebietseinheiten sicher zu stellen.

Letztlich macht die Antragstellerin hilfsweise geltend, das Vergabeverfahren wäre zwingend zu widerrufen. Sollten sich nämlich die Abschläge der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich nachvollziehbar erweisen, wären nachträglich Umstände hervorgekommen, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung – nämlich mit völlig anderen Ausgangspreisen (Abweichung von über 30 %) für das Preisaufschlags-/Abschlagsverfahren – geführt hätten. „Die Ausgangspreise (hätten) im Preisaufschlags-/Abschlagsverfahren naturgemäß einen ganz erheblichen Einfluss auf die Angebotslegung und (könne) jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass eine im Lichte des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin berichtigte Basiskalkulation Einfluss auf den Ausgang des Verfahrens hätte – damit liegt nach der Rechtsprechung und Literatur aber gerade ein Umstand vor, der zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte“.

Durch das Verhalten der Antragsgegnerin werde die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf ordnungsgemäße Durchführung des Vergabeverfahrens, insbesondere auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Nichterlassung einer Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines auszuschneidenden Bieters sowie auf Einhaltung der Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung aller Bieter im Zuge des Vergabeverfahrens, hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf eines zwingend zu widerrufenden Vergabeverfahrens, verletzt.

Sollte die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten, entginge ihr die Chance auf einen unternehmerischen Gewinn und würde sie überdies einen wichtigen Kunden (sämtliche Mitglieder der antragstellenden Bietergemeinschaft seien bisher für die Auftraggeberin tätig) und einen Deckungsbeitrag für die Unternehmen verlieren. Auch entginge der

Antragstellerin die Möglichkeit der Durchführung eines für sie wichtigen Referenzprojektes. Dazu kämen noch die Aufwendungen der Beteiligung am Vergabeverfahren, insbesondere der Angebotserstellung.

Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 12.8.2009 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 Teilnahmberechtigte genannt) im Sinne des § 22 Abs. 2 WVRG 2007 als Partei in das Verfahren eingetreten, hat die Abweisung der Anträge der Antragstellerin 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 Teilnahmberechtigten erbracht worden. Es könne keine Rede davon sein, dass es sich beim Angebot der Teilnahmberechtigten 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 von der Antragstellerin beanspruchte 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 Teilnahmberechtigte 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 20.8.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der Anträge der Antragstellerin 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. Beim gegenständlichen Los KD09-GE1 komme nach Ausscheidung des an zweiter Stelle liegenden Bieters nunmehr 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 die Antragstellerin, 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 *** (= SV H.), 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 *** (= SV P.) 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 Teilnehmereberechtigten aber auch der anderen Billigstbieter je Los nach den Regeln der ÖNORM B2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“ und des BVergG 2006 aus betriebswirtschaftlicher Sicht als plausibel und nachvollziehbar erklärt worden seien und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt wären. Dieses Gutachten sei die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen, auch für die gegenständlich angefochtene, gewesen. Soweit die Antragstellerin vorbringe, die Teilnehmereberechtigte würde angeblich nicht über die notwendigen Ressourcen verfügen, um eine ausschreibungskonforme Leistungserbringung sicher stellen zu können und das Angebot der Teilnehmereberechtigten würde keine plausible Preisgestaltung aufweisen, treffe dies nicht zu. Die Mitglieder der Teilnehmereberechtigten seien der Antragsgegnerin als langjährige Vertragspartner bekannt, die zusammen bisher in 27 Losen tätig geworden sind. Der Antragsgegnerin sei daher die Leistungsfähigkeit der Teilnehmereberechtigten ausreichend bekannt, auch die von der ARGE Beschäftigten qualifizierten Mitarbeiter seien in ausreichender Anzahl vorhanden. Letztlich sei zu beachten, dass die Teilnehmereberechtigte, 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 20.8.2009 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, gleichfalls die Abweisung der Anträge der Antragstellerin 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. Beim gegenständlichen Los KD09-GE1 komme nach Ausscheidung des an zweiter Stelle liegenden Bieters nunmehr 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 die Antragstellerin, 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 *** (= SV H.), 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 *** (= SV P.) 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 Teilnehmereberechtigten aber auch der anderen Billigstbieter je Los nach den Regeln der ÖNORM B2061 „Preisermittlung für Bauleistungen“ und des BVergG 2006 aus

betriebswirtschaftlicher Sicht als plausibel und nachvollziehbar erklärt worden seien und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt wären. Dieses Gutachten sei die Grundlage für die Zuschlagsentscheidungen, auch für die gegenständlich angefochtene, gewesen. Soweit die Antragstellerin vorbringe, die Teilnahmeberechtigte 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 Teilnahmeberechtigte, 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 H. habe die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigte 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 Teilnahmeberechtigte auszuschneiden, sei nicht gegeben.

Soweit die Antragstellerin hilfsweise den Widerruf der Ausschreibung begehrt, sei dieses Begehren unverständlich, weil selbst dann, wenn sich die „Ausgangspreise“ der Basiskalkulation als zu hoch angesetzt erweisen sollten, ein Bieter die Preise selbst kalkulieren muss, womit die Basiskalkulation eben nicht „ganz erheblichen Einfluss auf die Angebotslegung“ hat. Selbst wenn man diesen Umstand berücksichtigen wollte, hätten die Bedenken der Antragstellerin bereits im Rahmen einer Anfechtung der Ausschreibungsunterlagen geltend gemacht werden müssen, was jedoch nicht erfolgt sei. Letztlich macht die Antragsgegnerin geltend, dass nach der herrschenden Rechtsprechung und Meinung niemand – und zwar selbst bei Vorliegen von zwingenden Widerrufsgründen – ein Recht auf Widerruf hat.

In weiteren Schriftsätzen haben die Parteien ihre Standpunkte jeweils weiter ausgebaut und zwar die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 20.8.2009, 26.8.2009, 29.8.2009 und 2.11.2009, die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 26.8.2009, 4.9.2009, 2.10.2009 und 11.1.2010, die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 2.10.2009. Mit Schriftsatz vom 29.8.2009 hat die Antragstellern zum Nachweis dafür, dass eine nicht plausible Preisgestaltung im Angebot der Teilnahmeberechtigten vorläge, das Gutachten der *** GmbH, *** (= SV He.) vorgelegt, die Antragsgegnerin ihrerseits mit Schriftsatz vom 4.9.2009, das ihrer Zuschlagsentscheidung zu Grunde liegende Gutachten des SV H. sowie schließlich die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 2.10.2009, eine gutachterliche Stellungnahme des Sachverständigen *** (= SV K.), vorgelegt.

Am 26.8.2009 hat die Antragstellerin erstmalig unter Punkt 2 ihres Schriftsatzes (wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei) geltend gemacht, dass die Teilnahmeberechtigte nach ihrer Selbsteinschätzung auf einen relevanten „Marktanteil von ca. 52,6 %“ komme. Wenn diese zutreffe, sei die Bildung der für den Zuschlag vorgesehenen ARGE kartellrechtswidrig. Die Mitglieder der Teilnahmeberechtigten hätten jeweils alleine „bzw. in Zusammensetzung mit weniger potenten Unternehmen“ den gegenständlichen Auftrag erfüllen können. Da sie sich dennoch zu einer ARGE zusammengeschlossen hätten, führe dies zu einer Verknappung der potentiellen Angebote und damit einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des potentiellen Wettbewerbs. Die Bildung der ARGE sei somit kartellrechtswidrig „und hätte sie die Auftraggeberin auch aus diesem Grunde ausscheiden müssen“.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat im Einverständnis mit den Parteien der Vergabekontrollsenat als externen Gutachter den gerichtlich beeideten Sachverständigen *** (= SV B.) bestellt und ihm den Auftrag zur Erstattung eines

Gutachtens zur Frage der Preisangemessenheit des Angebotes der Teilnahmerechtigten sowie zur Qualität des von der Antragsgegnerin geführten Angebotsprüfungsverfahrens erteilt.

Nachdem der vom Senat bestellte Sachverständige am 18.9.2009 sein Gutachten abgegeben hat und dieses den Parteien zugestellt worden war, hat die Antragsgegnerin zunächst in ihrem Schriftsatz vom 2.10.2009 erstmalig geltend gemacht, dass ihrer Ansicht nach die „volle Unbefangenheit des SV B. im Zweifel zu ziehen“ sei. Schließlich hat sie mit Schriftsatz vom 12.10.2009 den Gutachter SV B. abgelehnt und den Antrag auf dessen Enthebung gestellt.

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 zu gestellt wurden, des Inhaltes des vom SV B. im Auftrage des Senates erstellten Gutachtens, der von den Parteien vorgelegten Gutachten der Sachverständigen K., O., He. sowie des Gutachtens des SV H. und der Ergebnisse der mündlichen Verhandlungen vom 27.8.2009 und 13.1.2010 folgende weitere, entscheidungserhebliche Feststellungen:

Vorweg hatte der Senat über den Antrag der Antragsgegnerin vom 12.10.2009, womit der vom Senat bestellte externe Sachverständige B. abgelehnt wurde, zu entscheiden. Diesem Antrag war aus folgenden Überlegungen nicht statt zu geben:

Zunächst ist auf dem Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 26.8.2009 zu verweisen, in dem sie unter Pkt. 4 c als profunde Kenner der ÖNORM B2061 sowie des BVergG 2006 fünf in die Liste der gerichtlich beeedeten Sachverständigen

eingetragene Fachleute anführt, darunter den Sachverständigen B. . Dieser wurde in

der mündlichen Verhandlung vom 27.8.2009, ohne dass die Antragsgegnerin irgendwelche Einwände dagegen erhoben hätte, im Einverständnis mit den anderen Parteien zum Sachverständigen bestellt. Nachdem das vom Sachverständigen am 18.9.2009 erstellte Gutachten den Parteien übermittelt worden war, hat die Antragsgegnerin zunächst mit Schriftsatz vom 2.10.2009 zum Gutachten Stellung genommen und unter einem ausgeführt, es lägen Gründe vor, die die volle Unbefangenheit des Sachverständigen B. in Zweifel ziehen würden. In diesem Schriftsatz weist die Antragsgegnerin darauf hin, dass der Sachverständige B. in einem anderen Vergabeverfahren („Rahmenvertrag Holzfußbodenleger“) als Berater für einen dort aufgetretenen Bieter tätig gewesen sei und zwei gutachtliche Stellungnahmen zur Preisangemessenheit des Angebotes dieses Bieters abgegeben habe. Es sei verwunderlich, dass der Sachverständige im gegenständlichen Verfahren mit nahezu gleichem Aufbau der Ausschreibungsbedingungen nunmehr zum Ergebnis gelange, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahren nicht „plausibel“ gewesen sein soll. Zu den weiteren Gründen, die die Antragsgegnerin für eine Befangenheit des Gutachters geltend macht, kann auf den Schriftsatz verwiesen werden.

Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 12.10.2009 einen Ablehnungsantrag hinsichtlich des Sachverständigen B. gestellt und diesen unter anderem damit begründet, aufgrund von Veröffentlichungen des Genannten sei für sie erwiesen, dass er von einer vorgefassten Meinung bei Erstellung seines Gutachtens ausgegangen sei und ausgehen werde, zumal er in einer jüngsten Veröffentlichung die Ausschreibungsbestimmungen der Antragsgegnerin als „unprofessionell“ bezeichnet habe. Es lägen daher die Befangenheitsgründe des § 53 Abs. 1 in Verbindung mit § 7 Abs. 1 Z 3 AVG vor. Schließlich hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 12.10.2009 einen Ablehnungsantrag hinsichtlich des Sachverständigen B. gestellt und diesen unter anderem damit begründet, aufgrund von Veröffentlichungen des Genannten sei für sie erwiesen, dass er von einer vorgefassten Meinung bei Erstellung seines Gutachtens ausgegangen sei und ausgehen werde, zumal er in einer jüngsten Veröffentlichung die Ausschreibungsbestimmungen der Antragsgegnerin als „unprofessionell“ bezeichnet habe. Es lägen daher die Befangenheitsgründe des Paragraph 53, Absatz eins, in Verbindung mit Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer 3, AVG vor.

In seiner Stellungnahme vom 27.10.2009 hat der Sachverständige entschieden bestritten, dass Befangenheitsgründe in seiner Person vorlägen. Er habe seine Beratungstätigkeit für einen konkreten Bieter offengelegt. Zu den „Ausschreibungsgebräuchen von Wiener Wohnen“ habe er seine Meinung als Wissenschaftler und als langjähriger Gutachter und Berater in Vergabeverfahren. Davon losgelöst könne er „trotzdem und ohne weiteres Sachfragen auch sachlich beantworten, den von (ihm) abgelegten Sachverständigen Eid nehme er“ sehr ernst.

Dazu hat der Senat erwogen:

Nach § 53 Abs. 1 AVG ist auf Amtssachverständige § 7 anzuwenden. Andere Sachverständige sind ausgeschlossen, wenn einer der Gründe des § 7 Abs. 1 Z 1 bis 3 und 5 AVG auf sie zutrifft; außerdem können sie von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellt. Die Ablehnung kann vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, „wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unabwendbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Abgesehen von der Erklärung des Sachverständigen, liegen die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 AVG gegenständlich nicht vor. Nach Paragraph 53, Absatz eins, AVG ist auf Amtssachverständige Paragraph 7, anzuwenden. Andere Sachverständige sind ausgeschlossen, wenn einer der Gründe des Paragraph 7, Absatz eins, Ziffer eins bis 3 und 5 AVG auf sie zutrifft; außerdem können sie von einer Partei abgelehnt werden, wenn diese Umstände glaubhaft macht, die die Unbefangenheit oder Fachkunde des Sachverständigen in Zweifel stellt. Die Ablehnung kann vor der Vernehmung des Sachverständigen, später aber nur dann erfolgen, „wenn die Partei glaubhaft macht, dass sie den Ablehnungsgrund vorher nicht erfahren oder wegen eines für sie unabwendbaren Hindernisses nicht rechtzeitig geltend machen konnte. Abgesehen von der Erklärung des Sachverständigen, liegen die Voraussetzungen des Paragraph 53, Absatz eins, AVG gegenständlich nicht vor.

Die Ablehnung des Sachverständigen hat zwar vor dessen Vernehmung in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 statt gefunden. Ohne näher auf die von der Antragsgegnerin geltend gemachten Ablehnungsgründe im einzelnen einzugehen, war dem Ablehnungsantrag nicht statt zu geben, weil die Ablehnung verspätet geltend gemacht wurde.

Aus dem Schriftsatz vom 2.10.2009 geht hervor, dass die Antragsgegnerin vor dessen Bestellung wusste, bzw. wissen musste, dass der Sachverständige B. in einem früher geführten Vergabeverfahren (Rahmenvertrag Holzfußbodenleger) tätig geworden ist und dort zwei gutachterliche Stellungnahmen zur Preisangemessenheit des Angebotes eines Bieters abgegeben hat. Nach ständiger Judikatur der Gerichte und Verwaltungsbehörden sind Ablehnungsgründe unverzüglich nach deren Bekanntwerden geltend zu machen. Gegenständlich ist davon auszugehen, dass der Antragsgegnerin die Tätigkeit des Sachverständigen B. für Bieter in anderen Vergabeverfahren lange vor dessen Bestellung im gegenständlichen Verfahren bekannt sein musste, sodass zu erwarten gewesen wäre, dass sie ihn in ihrem Schriftsatz vom 26.8.2009 nicht unter den ihrer Ansicht nach ganz wenigen in Frage kommenden Gerichtssachverständigen angeführt hätte. Die im Schriftsatz vom 12.10.2009 geltend gemachten Ablehnungsgründe (Artikel in der Festschrift „40 Jahre Institut für Baubetrieb und Bauwirtschaft, Oktober 2009) reichen nach Ansicht des Senates nicht aus, eine Befangenheit des SV B. anzunehmen. Es war daher dem „Ablehnungsantrag“ der Antragsgegnerin nicht Folge zu geben (Spruch Punkt 1).

Zum Nachprüfungsantrag:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellerbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Flieserlegerarbeiten, 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 Bieten 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 Los und ein Bieter für nur ein Los. Die Antragstellerin hat rechtzeitig Angebote für sieben Lose gelegt, darunter für das gegenständliche Los KD 09 – GE

1. 1.Ziffer eins

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

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 wurden 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 Händler Rabatte 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"

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 P., 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 Mittelohnpreis von € 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 Mittelohnpreis des K3-Blattes der Ausschreibung überein, dort wird ein MLP in der Höhe von € 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 Mittelohnpreis) beaufschlagt. In Positionen, wo keine Akkordsätze vorliegen, wurden vom Kalkulanten Aufwandswerte angenommen und diese mit dem Mittelohnpreis 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. Die Antragstellerin hat Angebote für insgesamt sieben Lose gelegt, darunter für das gegenständliche Los KD 09 – GE 1. Nach Ausscheidung des vor ihr liegenden Bieters kommt die Antragstellerin mit ihrem gegenständlichen Angebot mit einem Angebotspreis von €

920.514,22 an zweiter Stelle zu liegen, die Teilnehmberechtigte mit € 729.083,42 an erster Stelle. Damit ist das Angebot der Teilnehmberechtigten um 32,41 % billiger als jenes der Antragstellerin.

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 Teilnehmberechtigten als auch bei der Antragstellerin wurde die verlangte Eignung festgestellt.

Die Teilnehmberechtigte hat mit ihrem Angebot die verlangten K 3 und K 4 – Blätter abgegeben und, wie sich aus einem Stempel auf einem Begleitschreiben der Teilnehmberechtigten 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 Teilnehmberechtigten vorgelegten K 3, K 4 und K 7 – Blätter verwendet. Die Prüfung erfolgte zunächst ebenfalls durch den 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 zugestimmt.

Von der mit der Fortsetzung des Angebotsprüfungsverfahrens betrauten Rechtsanwalts OEG wurde ein unabhängiger externer betriebswirtschaftlicher Kalkulationssachverständiger beigezogen, nämlich (im Folgenden SV H.), dem die Prüfung der Preisangemessenheit der Billigstbieter je Gebietseinheit (Los), also auch der Teilnehmberechtigten 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 Teilnehmberechtigten über sämtliche Leistungspositionen mit dem Angebot vorgelegten K 7 – Blättern. Gleichzeitig wurde die Teilnehmberechtigte „um Übermittlung der Hilfsblätter der Mittelohnpreisbildung“ gebeten.

Die Teilnehmberechtigte ist diesem Ersuchen mit fünfseitigem Schreiben nachgekommen, in dem sie zu jedem einzelnen Anfragepunkt ausführlich Stellung genommen hat. Ihren Antwortschreiben sind angeschlossen zahlreiche

Nachweise, insbesondere Prüfberichte, Zertifikate über verschiedene Materialien, Prüfprotokolle etc.. Auch die Hilfsblätter der 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 H. unter Einbindung des mit der Basiskalkulation der Ausschreibung betrauten SV P. 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 „Preismittlung für Bauleistungen“ und des BVergG 2006 aus betriebswirtschaftlicher Sicht plausibel und nachvollziehbar erklärt wurden und die ausgabenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt sind.

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 beim gegenständlichen Los KD 09 – GE 1 als Billigstbieterin zum Zuge kommen soll. Diese Zuschlagsentscheidungen wurden am 31.7.2009 im Faxwege versendet, die Zuschlagsentscheidung für das gegenständliche Los ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 10.8.2009 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 10.8.2009 und damit rechtzeitig (Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung.

In dem daraufhin eingeleiteten Nachprüfungsverfahren haben insgesamt zwei mündliche Verhandlungen stattgefunden. Der Senat sah sich veranlasst mangels ausreichender sachkundiger Besetzung zur Prüfung der Frage der Preisangemessenheit des Angebotes der Teilnahmeberechtigten einen externen Sachverständigen (= SV B.) zu bestellen.

Unter Verwendung dieses Gutachtens sowie des von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Gutachtens des *** (SV K.), des von der Antragstellerin vorgelegten Gutachtens der *** GmbH (SV He.) hat der Senat eine Überprüfung der Vergabeentscheidung vorgenommen, insbesondere ob die von der Teilnahmeberechtigten vorgelegte Kalkulation (K3-, K4- und K7-Kalkulationen) unter Zugrundelegung der Ausschreibungsunterlagen sowie der ÖNORM 2061 (Ausgabe 1991) den Vorgaben der Ausschreibung und den anerkannten Regeln entspricht und die angebotenen Preise plausibel, angemessen und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sind. Bei seinen diesbezüglichen Feststellungen ist der Senat im Wesentlichen den schlüssigen und nachvollziehbaren Gutachten des SV K. sowie des bestellten SV B. gefolgt.

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 Nichtigerklärungsanträgen angefochten. Die Teilnahmeberechtigte ist 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 Teilnahmeberechtigten hat ergeben:

K3-Kalkulation

Der Ausschreibung liegt eine K3-Kalkulation des Sachverständigen P. 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 € 3,5 Mio. herangezogen, wobei der erhobene Durchschnittsbetrieb eine Betriebsleistung von € 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 Teilnahmeberechtigten (TB) ergibt folgende Unterschiede:

- -Strichaufzählung
Die Ausschreibungskalkulation beruht auf dem Kollektivvertrag ab 01.05.2007, die Kalkulation der TB auf dem Kollektivvertrag ab Mai 2008.
- -Strichaufzählung
Die Kalkulation der Ausschreibung beruht ausschließlich auf dem Einsatz von Facharbeitern, der Kalkulation der TB hingegen legt 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 TB.
- -Strichaufzählung
Während die Ausschreibungskalkulation weder überkollektivvertraglichen Mehrlohn noch Aufzahlung für Mehrarbeit berücksichtigt, werden von der TB jeweils geringfügige Ansätze eingerechnet.
- -Strichaufzählung
In Zeile G „andere abgabenpflichtige Lohnbestandteile“ werden in der Ausschreibungskalkulation keine Beträge in Ansatz gebracht, währenddessen die TB 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 % (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 TB 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 TB 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 € 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 TB 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 TB berücksichtigt, da für diese Leistung keine Zusatzkollektivverträge bestehen.

- -Strichaufzählung

Zeile D, überkollektivvertraglicher Mehrlohn: Seitens der TB wurde ein

durchschnittlicher überkollektivvertraglicher Mehrlohn von € pro Stunde berücksichtigt.

- -Strichaufzählung

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

- -Strichaufzählung

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

Arbeiterstand eine Schmutzzulage in der Höhe von € 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 TB nachgewiesen wird, soll den Arbeitern

ein Taggeld in der Höhe von € (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 TB als überkollektivvertraglicher Mehrlohn qualifiziert werden. Zwar erscheint der auf die geleistete Stunde umgelegte Betrag von € 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 TB 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 TB 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 TB 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, Mittelohn-Kosten: Auf Basis der diskutierten Faktoren ermittelt die TB

Mittelohnkosten von € . Diese liegen etwa 10 % über den vom SV P. in der

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

- -Strichaufzählung

Zeile N, Geschäftsgemeinkosten (GGK): die TB 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 1,5 % auf den Lohn (siehe Beilagen zur Aufklärung der BG 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 TB teilnehmenden Unternehmen eine gute Grundauslastung bieten würde. Dies lässt es als zulässig erscheinen, hier einen kompetitiven Wert einzusetzen. Der gravierende Unterschied zu den vom SV P. 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 € 800.000,-- handelt. Im übrigen kommt auch der SV He. in seiner Stellungnahme vom 29.09.2009 zu Ergebnis, dass die „gesamten Gemeinkosten“ (also wohl gemeint Geschäftsgemeinkosten und Baustellengemeinkosten) über der Bandbreite von ca. 5

bis 8 % liegen müssen, was jedenfalls von der TB erreicht wird, da zu den % noch

die hauptsächlich in der OG 01 berücksichtigten Baustellengemeinkosten hinzugezählt werden müssen.

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

- -Strichaufzählung

Zeilen O, P, G, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn: Die hier zugrundegelegten 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, Mittelohn-Preis: Die BG ermittelt sohin einen MLP in der Höhe von

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

branchenüblich.

K4-Blätter

Mit dem Schreiben vom 9.6.2009 hat die Teilnahmeberechtigte 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 Teilnahmeberechtigten Nachweise erbracht, dass die Lieferantenpreise und somit die Materialkosten frei Bau erreicht werden könne. Ein Teil dieser Nachweise lag dem SV K. 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-Kalkulationsform-blatt Eingang.

Die von der Teilnahmeberechtigten 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 P. einen Materialaufschlag für Verluste berücksichtigt hat). Der SV P. hat in der Ausschreibungskalkulation einen Gesamtzuschlag von 25 % auf den Preisanteil Sonstiges zugrunde gelegt. Diese 25 % stehen im Widerspruch zum ebenfalls vom SV P. erstellten K3-Kalkulationsformblatt, wo ein GZ 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 TB konnte im Zuge der Aufklärung gegenüber dem AG 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 Teilnehmerebene nicht auskömmlich sein würden. Die von der Teilnehmerebene gelegten K3- und K4-Blätter wurden sowohl von SV B. (GA vom 21.12.2009) als auch vom SV K. als nach den Bestimmungen der ÖNORM B2061 erstellt, plausibel, angemessen und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar beurteilt.

K7-Kalkulation

Die in der K3- und K4-Kalkulation ermittelten Preise wurden von der TB der K7-

Kalkulation zugrunde gelegt. Dabei ist auf den von der Ausschreibungskalkulation

erheblich abweichenden Mittellohnpreis sowie die Materialpreise hinzuweisen. Der

Mittellohnpreis der Ausschreibungskalkulation beträgt € 43,86. Der Mittellohnpreis

der BG beträgt € , 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 TB durchgängig %. Würde man hier dieselben

Materialkosten zugrunde legen, so käme man alleine dadurch bei der Teilnehmerebene 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 SV P. 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 könne.

Im Gegensatz zur Richtpreiskalkulation basiert die Angebotskalkulation der Teilnehmerebene nicht auf dem Akkordvertrag. Dies ist auch dadurch ablesbar, dass in der K3-Kalkulation der TB überkollektivvertragliche Zulagen einkalkuliert wurden, wohingegen in der Richtpreiskalkulation keine diesbezüglichen Zuschläge berücksichtigt wurden. Somit wurde das Wesen eines Akkordvertrages von SV P. in dessen Ausschreibungskalkulation 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 Teilnehmerebene nicht auf dem Akkordvertrag. Dies ist auch dadurch ablesbar, dass in der K3-Kalkulation der TB überkollektivvertragliche Zulagen einkalkuliert wurden, wohingegen in der Richtpreiskalkulation keine diesbezüglichen Zuschläge berücksichtigt wurden. Somit wurde das Wesen eines Akkordvertrages von SV P. in dessen Ausschreibungskalkulation 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 könne. 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 könne. 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 nämlich 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.

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 TB. Insgesamt sind die Lohnkosten sehr ähnlich, was folgende Rechnungen bestätigen:

Richtpreiskalkulation: 12.937 Stunden x EUR 25,18 (MLK) = EUR 325.753,66

Angebotskalkulation der BG: 11.656 Stunden x 27,91 (MLK) = EUR 325.318,96

(Die Mannstunde wurden dem Gutachten des SV He. entnommen).

Auch dies ist ein Nachweis dafür, dass die direkten Kosten der Teilnehmereberechtigten 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.

Nicht nachvollzogen werden kann die im Gutachten des SV He. zitierte Stellungnahme der Bundesinnung der Hafner, Platten- und Fliesenleger und Keramiker vom 23.9.2009. Abgesehen davon, dass der dort Bezug genommene Kollektivvertrag zum Ende der Angebotsfrist noch nicht in Geltung war und die Inhalte der erwähnten „Ziffer 1“ und „Tabelle 1“ („Mindestzeiteinheiten“) aus dem der Ausschreibung zugrundeliegenden KV nicht ersichtlich sind, wurde dieser Ausdruck missinterpretiert. Mindestzeiteinheiten sind nämlich nicht – wie behauptet –

„Jene Zeit [...], die mindestens erforderlich ist, um die jeweiligen Leistung über einen längeren Zeitraum ordnungsgemäß erbringen zu können“

denn diese würde dem oben zitierten § 5 des KV grundlegend widersprechen – sondern jene Aufwandswerte bzw. Lohnbeträge, welche in einer Vereinbarung des DG mit dem DN zumindest vereinbart werden müssen und daher nicht unterschritten werden dürfen (ebenfalls ganz im Sinne des § 5 des KV), denn diese würde dem oben zitierten Paragraph 5, des KV grundlegend widersprechen – sondern jene Aufwandswerte bzw. Lohnbeträge, welche in einer Vereinbarung des DG mit dem DN zumindest vereinbart werden müssen und daher nicht unterschritten werden dürfen (ebenfalls ganz im Sinne des Paragraph 5, des KV).

Im Gutachten des SV B. wurde für den Preisanteil Lohn ein Vergleich der Aufwandswerte zwischen Ausschreibungskalkulation und Angebotskalkulation der Teilnehmereberechtigten erstellt (7.2. „Befund zu den Leistungsansätzen“, Seiten 8ff). Im Abschnitt 8.1 seines Gutachtens kommt SV B. zusammenfassend zu folgenden Abweichungen zwischen Ausschreibungs- und Angebotskalkulation:

OG 1	Baustellengemeinkosten	+ %			
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	+ %
14	Loggien- und Balkonaufbauten	- %			

Daraus ist ersichtlich, dass mit Ausnahme der OG 4 in der Angebotskalkulation der Teilnehmereberechtigten 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, 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 P. 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 Senates sind jedoch auch die von der Teilnahmeberechtigten 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 P. 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 TB 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 He. in seiner Stellungnahme vom 29.9.2009 ermittelte Stundensumme der TB 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 Teilnahmeberechtigten die

Richtpreis-/Ausschreibungskalkulation nur um % unterschritten wird, obwohl eine

Unterschreitung um 33 % immer noch plausibel wäre.

In der Gegenüberstellung der Aufwandswerte der Teilnahmeberechtigten von Fliesenlegerarbeiten in Innen- und Außenbereichen kommt SV He. zu dem Ergebnis, dass seitens der TB 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 TB 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 TB 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 He. als nicht haltbar, denn es ist eindeutig nachvollziehbar (und wurde in der Aufklärung von der Teilnahmeberechtigten gegenüber der Antragsgegnerin dargelegt), dass die TB das Verbringen des Materials mittels Hebezeug auf die Balkone (Großteil der Außenbereiche) geplant hat, wobei dieser Vorgang einen geringeren Aufwand als das händische Vertragen über Siegenhäuser (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 TB in ihrer Kalkulation dokumentierten und der Aufklärung gegenüber dem AG dargelegten – realistischen Vorgangsweise ist es betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar, dass von der TB für die Arbeiten in den Außenbereichen niedrigere Aufwandswerte als für die Innenbereiche veranschlagt wurden (Diesbezüglich schließt sich der Senat den Ausführungen der SV K. und B. an).

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

Preisanteil Sonstiges

Wie schon im Abschnitt zur K4-kalkulation erörtert, hat die TB 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 TB bereits in den Mittellohnkosten (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 B. werden die Kosten im Bereich des Preisanteils Sonstiges (also Preise abzüglich des Gesamtzuschlages) im Angebot der TB um die folgenden Werte über- bzw. unterschritten:

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 von SV P. 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 vorgebrachten Nachweise der TB eindeutig dokumentiert. Weitere Gründe für das zum Teil erhebliche Abweichen der TB 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 P. 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 TB entweder erheblich über- oder auch erheblich unterschritten werden kann.

Für jene Materialpreise, welche in der vertieften Angebotsprüfung durch den AG von der TB 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 TB kein Nachweis im Zuge der vertieften Angebotsprüfung vorgelegt werden musste, wurde vom SV K. 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.

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

Die Prüfung der Vergabeakten hat jedenfalls ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte ihre Kalkulation gemäß der ÖNORM B2061 erstellt hat, was auch von den Sachverständigen B. und K. 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 Teilnahmeberechtigten 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 TB gegeben. Die Teilnahmeberechtigte 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 Teilnahmeberechtigten sind keinerlei Umlagerungen erkennbar. Auch die von der Teilnahmeberechtigten 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) dienen 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 Teilnahmeberechtigten. Insgesamt sind die Lohnkosten (ohne Gesamtzuschlag) nach beiden Berechnungsgrundlagen sehr ähnlich, woraus abzuleiten ist, dass die direkten Kosten der Teilnahmeberechtigten 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 K., S 37/52).

Die Prüfung der Vergabeakten hat jedenfalls ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte ihre Kalkulation gemäß der ÖNORM B2061 erstellt hat, was auch von den Sachverständigen B. und K. 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 Teilnahmeberechtigten 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 TB gegeben. Die Teilnahmeberechtigte 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 Teilnahmeberechtigten sind keinerlei Umlagerungen erkennbar. Auch die von der Teilnahmeberechtigten 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) dienen 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 Teilnahmeberechtigten. Insgesamt sind die Lohnkosten (ohne Gesamtzuschlag) nach beiden Berechnungsgrundlagen sehr ähnlich, woraus abzuleiten ist, dass die direkten Kosten der Teilnahmeberechtigten 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 K., S 37/52).

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 präsumtiven Zuschlagsempfängerin 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 Volkostendeckung bedeuten können.

Zum Einwand der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte verfüge nicht über die notwendigen personellen Ressourcen ist festzustellen, dass nach dem nicht bekämpften Vorbringen sowohl der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragsgegnerin 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 Teilnahmeberechtigte, die den Zuschlag nicht für alle Lose erhalten soll, ausreichend geeignete Mitarbeiter zum Einsatz wird bringen können.

Zu diesen Feststellungen gelangte der Senat im Wesentlichen aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten, aus denen eindeutig ersichtlich ist, dass die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen und diese auch entsprechend ausführlich und nachvollziehbar dokumentiert hat. Insoweit erweist sich der Vorwurf der Antragsstellerin, die Antragsgegnerin hätte eine dem BVergG entsprechende vertiefte Angebotsprüfung nicht vorgenommen, als unberechtigt. Bei seinen Feststellungen zur Angebotskalkulation ist der Senat im Wesentlichen dem Gutachten des Sachverständigen Dr. K. sowie des Sachverständigen B., der sich in seinem ergänzenden Gutachten vom 21.12.2009 und vom 8.1.2010 weitgehend den Ausführungen des SV K. angeschlossen hat, gefolgt. Danach konnte jedenfalls als erwiesen angenommen werden, dass die von der Teilnahmeberechtigten erstellten und bereits mit dem Angebot abgegebenen K3- und 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 K. setzt sich eingehend mit der gegenständlichen Problematik der Preisangemessenheit im Angebot der Teilnahmeberechtigten auseinander, ist logisch und verständlich sowie nachvollziehbar aufgebaut und wird letztlich auch vom Gutachten des vom Senat bestellten SV B. weitgehend bestätigt. Die Schlussfolgerungen des SV K. stehen auch nicht im Widerspruch zum Gutachten des von der Antragsgegnerin bestellten Sachverständigen Ing. H.. Soweit es im Widerspruch zu dem vom der Antragstellerin vorgelegten Gutachten der *** GmbH (SV He.) steht, hat der Sachverständige K. in seinem Gutachten ausführlich und nachvollziehbar dazu Stellung genommen, wobei sich seine Ausführungen durchaus mit den Erfahrungen des Senates decken. Beispielsweise dazu sei nur herausgegriffen dass der SV He. in seinem Gutachten vom 29.9.2009 etwa auf Seite 7 von 16 bemängelt dass „bei Durchsicht der Zeitaufwandswerte (Basisgutachten SV B....) von ihm festgestellt wurde, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die Zeitaufwandswerte beispielsweise für Verfließungsarbeiten im Außenbereich mit geringerem Zeitaufwand angegeben wurden als jene im Innenbereich". Die Arbeiten seien aus betrieblicher Sicht jedoch zeitintensiver zu beurteilen, da die Witterungseinflüsse (Sonne, Wind, Regen) es mit sich bringen, dass nur kleinere Flächen (als im Innenbereich) bearbeitet werden könnten. Es würden daher „höherwertige Leistungen von der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin um ca. 7 % niedriger angeboten... als gleichwertige

Leistungen". Dazu hat der SV K. in seinem Gutachten (Seite 33 von 52) unter Hinweis auf die von der Teilnahmeberechtigten gegebenen Aufklärungen im Zuge der Angebotsprüfung ausgeführt, dass die „Argumentation von He. als nicht haltbar" erscheint, weil die Teilnahmeberechtigte die Verbringung des Materials mittels Hebezeug auf die Balkone (Großteil der Außenbereiche) geplant hat, wobei dieser Vorgang einen geringeren Aufwand als das händische Vertragen über Stiegenhäuser (Lift darf in der Regel nicht benutzt werden) und durch Wohnungen hat. Das Bearbeiten der Fliesen (Schneiden) erfordert weniger Arbeits- und Zeitaufwand, als die gleiche Tätigkeit in einer Wohnung. Diese Erklärungen hält der Senat für durchaus schlüssig und den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend. Soweit im Gutachten He. Mannstunden errechnet wurden (Kapitel V) wurden diese Ergebnisse vom SV K. überprüft und als richtig bewertet sowie in der Folge seinen Ausführungen zu Grunde gelegt. Aus dem Gutachten K. im Zusammenhalt mit den Gutachten Ing. H. und B. ergibt sich auch, dass die Basiskalkulation des SV P. 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 B. zunächst in seinem Gutachten dargestellt hat, die Preise der Teilnahmeberechtigten seien deshalb für ihn nicht plausibel, weil innerhalb einer OG die einzelnen Positionen im gleichen Verhältnis zur Basiskalkulation angepasst wurden, war darauf zurückzuführen, dass diesem Sachverständigen die Aufklärungsschreiben der Teilnahmeberechtigten vom 19.11.2008 und 9.6.2009 in der

ersten Phase seiner Tätigkeit nicht vorgelegen sind. In seinem Ergänzungsgutachten vom 21.12.2009 hat sich der SV B. jedoch den Überlegungen des SV K. 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 Teilergebnisse 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 zu überprüfen (vgl. ergänzende Stellungnahme des SV K. vom 8.1.2010). Zur Frage, warum die von der Teilnahmeberechtigten ermittelten Preise in allen Positionen im gleichen Verhältnis zu den Bezugspreisen zur Kalkulation des SV P. stehen, hat sich in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 schließlich ergeben, dass der SV B. aufgrund der Ausführungen des von der Antragsgegnerin bestellten SV H. schließlich seine Ansicht, „dass bei einer Kalkulation nach ÖNORM B2061 die Wahrscheinlichkeit linearer Nachlässe auf alle Positionen praktisch gegen Null geht“ (Protokoll Seite 5) nicht weiter aufrecht erhalten hat und schließlich die Stellungnahme abgab, „H. bringt jetzt genau das vor, was K. in seinem Gutachten darstellt und was ich auch so sehe. Der Kalkulationsvorgang kann also nur so sein wie soeben von H. dargestellt und von mir und von K. im Gutachten ebenfalls wiedergegeben“ (Protokoll Seite 6). Damit konnte der Senat auch diese diesbezüglich zwischen den Sachverständigen bestehende Meinungsverschiedenheit als bereinigt ansehen und davon ausgehen, dass die vertiefte Angebotsprüfung, wie sie vom SV H. vorgenommen wurde, im Ergebnis richtig gewesen ist und die zunächst von SV B. 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 H. 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 H. neben den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot der Teilnahmeberechtigten 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 Teilnahmeberechtigten zu Grunde, was jedenfalls durch die Gutachten SV K. und SV B. bestätigt wird. So hat sich das vom Sachverständigen H. angewandte System einer Plausibilitätsprüfung vor allem nach Beurteilung des SV K. und SV B. als eine taugliche Methode einer Angebotsprüfung erwiesen, die geeignet war global festzustellen, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär und nachvollziehbar sind (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010). Leistungen“. Dazu hat der SV K. in seinem Gutachten (Seite 33 von 52) unter Hinweis auf die von der Teilnahmeberechtigten gegebenen Aufklärungen im Zuge der Angebotsprüfung ausgeführt, dass die „Argumentation von He. als nicht haltbar“ erscheint, weil die Teilnahmeberechtigte die Verbringung des Materials mittels Hebezeug auf die Balkone (Großteil der Außenbereiche) geplant hat, wobei dieser Vorgang einen geringeren Aufwand als das händische Vertragen über Stiegenhäuser (Lift darf in der Regel nicht benutzt werden) und durch Wohnungen hat. Das Bearbeiten der Fliesen (Schneiden) erfordert weniger Arbeits- und Zeitaufwand, als die gleiche Tätigkeit in einer Wohnung. Diese Erklärungen hält der Senat für durchaus schlüssig und den Erfahrungen des täglichen Lebens entsprechend. Soweit im Gutachten He. Mannstunden errechnet wurden (Kapitel römisch fünf) wurden diese Ergebnisse vom SV K. überprüft und als richtig bewertet sowie in der Folge seinen Ausführungen zu Grunde gelegt. Aus dem Gutachten K. im Zusammenhalt mit den Gutachten Ing. H. und B. ergibt sich auch, dass die Basiskalkulation des SV P. 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 B. zunächst in seinem Gutachten dargestellt hat, die Preise der Teilnahmeberechtigten seien deshalb für ihn nicht plausibel, weil innerhalb einer OG die einzelnen Positionen im gleichen Verhältnis zur Basiskalkulation angepasst wurden, war darauf zurückzuführen, dass diesem Sachverständigen die Aufklärungsschreiben der Teilnahmeberechtigten vom 19.11.2008 und 9.6.2009 in der ersten Phase seiner Tätigkeit nicht vorgelegen sind. In seinem Ergänzungsgutachten vom 21.12.2009 hat sich der SV B. jedoch den Überlegungen des SV K. 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 Teilergebnisse 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 zu überprüfen

vergleiche ergänzende Stellungnahme des SV K. vom 8.1.2010). Zur Frage, warum die von der Teilnahmeberechtigten ermittelten Preise in allen Positionen im gleichen Verhältnis zu den Bezugspreisen zur Kalkulation des SV P. stehen, hat sich in der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010 schließlich ergeben, dass der SV B. aufgrund der Ausführungen des von der Antragsgegnerin bestellten SV H. schließlich seine Ansicht, „dass bei einer Kalkulation nach ÖNORM B2061 die Wahrscheinlichkeit linearer Nachlässe auf alle Positionen praktisch gegen Null geht“ (Protokoll Seite 5) nicht weiter aufrecht erhalten hat und schließlich die Stellungnahme abgab, „H. bringt jetzt genau das vor, was K. in seinem Gutachten darstellt und was ich auch so sehe. Der Kalkulationsvorgang kann also nur so sein wie soeben von H. dargestellt und von mir und von K. im Gutachten ebenfalls wiedergegeben“ (Protokoll Seite 6). Damit konnte der Senat auch diese diesbezüglich zwischen den Sachverständigen bestehende Meinungsverschiedenheit als bereinigt ansehen und davon ausgehen, dass die vertiefte Angebotsprüfung, wie sie vom SV H. vorgenommen wurde, im Ergebnis richtig gewesen ist und die zunächst von SV B. 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 H. 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 H. neben den Ausschreibungsunterlagen und dem Angebot der Teilnahmeberechtigten 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 Teilnahmeberechtigten zu Grunde, was jedenfalls durch die Gutachten SV K. und SV B. bestätigt wird. So hat sich das vom Sachverständigen H. angewandte System einer Plausibilitätsprüfung vor allem nach Beurteilung des SV K. und SV B. als eine taugliche Methode einer Angebotsprüfung erwiesen, die geeignet war global festzustellen, ob die angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär und nachvollziehbar sind (Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 13.1.2010).

Das von der Antragstellerin mit dem einleitenden Schriftsatz vorgelegte Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen V. vom 4.4.2009 war wenig geeignet bei den Feststellungen des Senates Berücksichtigung zu finden. Der Sachverständige kommt zu dem Schluss dass bei Gewährung bis zu einem Nachlass in der Bandbreite von 16-22 % im Vergleich zur Ausschreibungskalkulation die arbeits-, sozial- und kollektivvertraglichen Vorschriften sowie die allgemein gültigen und branchenüblichen Gemeinkosten und Materialberechnungslinien eingehalten werden können. Bei einem Überschreiten dieser Bandbreite geht dieser Sachverständige offenbar davon aus, dass entweder die arbeits-, sozial- und kollektivvertragsrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten oder die branchenüblichen Gemeinkosten unterschritten werden. Was der Sachverständige V. unter „Materialberechnungslinien“ versteht, wird nicht dargestellt. Dem Gutachten des Sachverständigen V. fehlt jegliche Darstellung, aus welchen Gründen er zu den von ihm getroffenen Schlussfolgerungen kommt. Abgesehen davon, dass der Sachverständige V. keine Aussage darüber trifft, ob bei einem Nachlass von über 22 % die Preise nicht angemessen sind, findet sich weder eine Beurteilung des Preisniveaus der Ausschreibungskalkulation noch eine sachverständige Ermittlung der möglichen Einsparungspotenziale. Ebenso geht der Gutachter weder auf die Zusammensetzung des Mittellohnpreises ein, noch nimmt er dazu Stellung, dass die Ausschreibungskalkulation auf dem Akkordlohn beruht, währenddessen eine Angebotskalkulation nicht auf einer solchen Akkordlohnvereinbarung beruhen muss und tatsächlich die Teilnahmeberechtigte gegenständlich einen Kollektivvertragslohn angeboten hat. Wie der Sachverständige K. zutreffend darauf verweist, lässt der SV V. den Umstand, dass bei einer Akkordlohnvereinbarung für das gewerbliche Personal ein erhebliches Potenzial zum Unterbieten der Aufwandswerte vorhanden sein muss, außer Betracht. So hat das Verfahren ergeben, dass allein der Mittellohnpreis um zumindest 26 % unterboten werden kann, wozu die Möglichkeit kommt, bei Akkordlohnansätzen um weitere jedenfalls 33 % zu unterschreiten, um immer noch einen plausiblen und wirtschaftlich auskömmlichen Preis erzielen zu können. Ebenso setzt sich der SV V. überhaupt nicht mit den der Ausschreibungskalkulation zu Grunde gelegten Materialpreislisten und den der Kalkulation zu Grunde gelegten erwartbaren Preisnachlässen auseinander. Der Nachweis durch die Teilnahmeberechtigte zeigt, dass sehr wohl geringere Materialpreise als angenommen erzielt werden können und der Preis unter Berücksichtigung eines geringeren Gesamtzuschlages auch um wesentlich mehr als die vom SV V. 16-22 % unterschritten werden kann. Das Gutachten des Sachverständigen V. erweist sich daher als derart mangelhaft, sodass es vom Senat nicht weiter berücksichtigt werden konnte. Das von der Antragstellerin mit dem einleitenden Schriftsatz vorgelegte Gutachten des gerichtlich beeideten Sachverständigen römisch fünf. vom 4.4.2009 war wenig geeignet bei den Feststellungen des Senates Berücksichtigung zu finden. Der Sachverständige kommt zu dem Schluss dass bei Gewährung bis zu einem

Nachlass in der Bandbreite von 16-22 % im Vergleich zur Ausschreibungskalkulation die arbeits-, sozial- und kollektivvertraglichen Vorschriften sowie die allgemein gültigen und branchenüblichen Gemeinkosten und Materialberechnungslinien eingehalten werden können. Bei einem Überschreiten dieser Bandbreite geht dieser Sachverständige offenbar davon aus, dass entweder die arbeits-, sozial- und kollektivvertragsrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten oder die branchenüblichen Gemeinkosten unterschritten werden. Was der Sachverständige römisch fünf. unter „Materialberechnungslinien“ versteht, wird nicht dargestellt. Dem Gutachten des Sachverständigen römisch fünf. fehlt jegliche Darstellung, aus welchen Gründen er zu den von ihm getroffenen Schlussfolgerungen kommt. Abgesehen davon, dass der Sachverständige römisch fünf. keine Aussage darüber trifft, ob bei einem Nachlass von über 22 % die Preise nicht angemessen sind, findet sich weder eine Beurteilung des Preisniveaus der Ausschreibungskalkulation noch eine sachverständige Ermittlung der möglichen Einsparungspotenziale. Ebenso geht der Gutachter weder auf die Zusammensetzung des Mittellohnpreises ein, noch nimmt er dazu Stellung, dass die Ausschreibungskalkulation auf dem Akkordlohn beruht, währenddessen eine Angebotskalkulation nicht auf einer solchen Akkordlohnvereinbarung beruhen muss und tatsächlich die Teilnahmeberechtigte gegenständlich einen Kollektivvertragslohn angeboten hat. Wie der Sachverständige K. zutreffend darauf verweist, lässt der SV römisch fünf. den Umstand, dass bei einer Akkordlohnvereinbarung für das gewerbliche Personal ein erhebliches Potenzial zum Unterbieten der Aufwandswerte vorhanden sein muss, außer Betracht. So hat das Verfahren ergeben, dass allein der Mittellohnpreis um zumindest 26 % unterboten werden kann, wozu die Möglichkeit kommt, bei Akkordlohnansätzen um weitere jedenfalls 33 % zu unterschreiten, um immer noch einen plausiblen und wirtschaftlich auskömmlichen Preis erzielen zu können. Ebenso setzt sich der SV römisch fünf. überhaupt nicht mit den der Ausschreibungskalkulation zu Grunde gelegten Materialpreislisen und den der Kalkulation zu Grunde gelegten erwartbaren Preisnachlässen auseinander. Der Nachweis durch die Teilnahmeberechtigte zeigt, dass sehr wohl geringere Materialpreise als angenommen erzielt werden können und der Preis unter Berücksichtigung eines geringeren Gesamtzuschlages auch um wesentlich mehr als die vom SV römisch fünf. 16-22 % unterschritten werden kann. Das Gutachten des Sachverständigen römisch fünf. erweist sich daher als derart mangelhaft, sodass es vom Senat nicht weiter berücksichtigt werden konnte.

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 29.9.2009 eine gutachterliche Stellungnahme der *** GmbH (***) = SV He.) zum (1.) Gutachten des SV B. vorgelegt. Aus diesem Gutachten hat der Senat die Anzahl der Mannstunden (Pkt. V des Gutachtens He.) mit 11.656,00 entnommen, zumal dieser Ansatz vom SV K. als plausibel angesehen wurde. Zu den Akkord- und Lohnansätzen wurden die vom Senat aus dem Gutachten K. entnommenen Ausführungen bereits oben dargestellt. Hinsichtlich der Baustellegemeinkosten sind entgegen der Behauptung des SV He. in der Ausschreibung nicht nur Positionen für einmalige (also Baustelleeinrichtung und – Räumung), sondern auch für zeitgebundene Baustellenkosten Positionen vorgesehen. Aus den schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen K. im Pkt. 5.6.1.3 in seinem Gutachten vom 2.10.2009 hat der Senat diesen Ausführungen den Vorzug gegenüber der Darstellung des SV He. gegeben (Seite 44 von 52). Zu den Ausführungen der Antragstellerin, in ihrem Schriftsatz vom 29.9.2009, die Teilnahmeberechtigte hätte nicht „lege artis kalkuliert“ kann auf die Stellungnahme des SV K. im Gutachten vom 2.10.2009, Pkt. 5, Pkt. 6 und Pkt. 2 verwiesen werden. Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 29.9.2009 eine gutachterliche Stellungnahme der *** GmbH (***) = SV He.) zum (1.) Gutachten des SV B. vorgelegt. Aus diesem Gutachten hat der Senat die Anzahl der Mannstunden (Pkt. römisch fünf des Gutachtens He.) mit 11.656,00 entnommen, zumal dieser Ansatz vom SV K. als plausibel angesehen wurde. Zu den Akkord- und Lohnansätzen wurden die vom Senat aus dem Gutachten K. entnommenen Ausführungen bereits oben dargestellt. Hinsichtlich der Baustellegemeinkosten sind entgegen der Behauptung des SV He. in der Ausschreibung nicht nur Positionen für einmalige (also Baustelleeinrichtung und – Räumung), sondern auch für zeitgebundene Baustellenkosten Positionen vorgesehen. Aus den schlüssigen Ausführungen des Sachverständigen K. im Pkt. 5.6.1.3 in seinem Gutachten vom 2.10.2009 hat der Senat diesen Ausführungen den Vorzug gegenüber der Darstellung des SV He. gegeben (Seite 44 von 52). Zu den Ausführungen der Antragstellerin, in ihrem Schriftsatz vom 29.9.2009, die Teilnahmeberechtigte hätte nicht „lege artis kalkuliert“ kann auf die Stellungnahme des SV K. im Gutachten vom 2.10.2009, Pkt. 5, Pkt. 6 und Pkt. 2 verwiesen werden.

Die von der Antragstellerin begehrte Vernehmung der Zeugen P. und KR *** war – wie im Zuge der rechtlichen Beurteilung auszuführen sein wird – nicht erforderlich. Aufgrund welcher Überlegungen der Sachverständige P. die Basiskalkulation erstellte, kann im Hinblick auf das gewählte Preisaufschlag- und Abschlagsverfahren dahingestellt

bleiben. Damit spielt im Ergebnis die Höhe des Auf- oder Abschlages keine Rolle, weil jeder Bieter anhand eigener Kalkulation sein Angebot zu erstellen hat. Die Vernehmung des KR *** hat sich schon deshalb erübrigt, weil ohnedies ein vom Senat bestellter Sachverständiger die Frage der Preisangemessenheit zu beurteilen hatte.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund des Gutachtens des SV K., aber schließlich auch des ergänzenden Gutachtens des SV B., als erwiesen angenommen werden konnte, dass das vom SV H. 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 K. durch eine parallele Preisprüfung ebenfalls wie der SV H. zum Ergebnis gelangt, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar sind. Dieses Ergebnis wurde auch vom SV B. bestätigt. Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass aufgrund des Gutachtens des SV K., aber schließlich auch des ergänzenden Gutachtens des SV B., als erwiesen angenommen werden konnte, dass das vom SV H. 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 K. durch eine parallele Preisprüfung ebenfalls wie der SV H. zum Ergebnis gelangt, dass die von der Teilnahmeberechtigten angebotenen Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und erklärbar sind. Dieses Ergebnis wurde auch vom SV B. bestätigt.

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 Zuschlagsentscheidung bezüglich des Loses KD09-GE1. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den 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 Zuschlagsentscheidung bezüglich des Loses KD09-GE1. Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag nach den Billigstbieterprinzip erteilt werden. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß Paragraph 11, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006. Die Entrichtung der nach § 18 WVRG 2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich (Losregelung) ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des § 23 Abs. 1 WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde. Gemäß Paragraph 20, Absatz eins, WVRG 2007 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers oder der Auftraggeberin im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit begehren, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat sowohl die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung als auch den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht im Sinne des Paragraph 25, Absatz eins, WVRG 2007 nachgekommen. Ihr Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2006. Die Entrichtung der nach Paragraph 18, WVRG

2007 geforderten Gebühren für ein Verfahren im Oberschwellenbereich (Losregelung) ist nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen des Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007, wie bereits vor Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung festgestellt wurde.

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 31.7.2009 zugegangen ist, ist ihr am 10.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß § 24 Abs. 1 Z 6 WVRG 2007 rechtzeitig. Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am 31.7.2009 zugegangen ist, ist ihr am 10.8.2009 eingelangter Nachprüfungsantrag gemäß Paragraph 24, Absatz eins, Ziffer 6, WVRG 2007 rechtzeitig.

Der Antrag erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

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 alle 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 alle 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,).

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 Billigstbieterinnen, darunter auch der Teilnahmeberechtigten, vorgelegten K3-Blätter sowie die dazu gehörenden K3-Hilfsblätter eingehend geprüft. Nicht nur SV K. sondern auch der vom Senat beigezogene SV B. hat die Prüfungsvorgänge, die von dem von der Antragsgegnerin bestellten SV H. vorgenommen wurden, als üblich bezeichnet und die K3-Blätter und K3-Hilfsblätter der Teilnahmeberechtigten als „ordnungsgemäß erstellt" und als „nachvollziehbar" bezeichnet. Schramm/Aicher/Fruhmann/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 Billigstbieterinnen, darunter auch der Teilnahmeberechtigten, vorgelegten K3-Blätter sowie die dazu gehörenden K3-Hilfsblätter eingehend geprüft. Nicht nur SV K. sondern auch der vom Senat beigezogene SV B. hat die Prüfungsvorgänge, die von dem von der Antragsgegnerin bestellten SV H. vorgenommen wurden, als üblich bezeichnet und die K3-Blätter und K3-Hilfsblätter der Teilnahmeberechtigten als „ordnungsgemäß erstellt" und als „nachvollziehbar" bezeichnet.

Ebenso hat das Verfahren ergeben, dass die K4-Blätter von der Antragsgegnerin eingehend geprüft wurden. Dazu hat der SV H., 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 B. bestätigt wird. Sowohl SV B. als auch SV K. bezeichnen die von der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin vorgelegten K4-Blätter als plausibel.

Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, was sowohl vom SV B. als auch SV K. 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 Teilnahmeberechtigten schon mit dem Angebot abgegebenen K7-Blätter wurden nicht nur geprüft, sondern – und zwar aus Sicht des SV B. sogar in vielen Punkten (z.B. Geräte- und Entsorgungskosten, Verbrauchsansätze, Materialpreise ETC) viel zu eingehend – hinterfragt, wobei die Aufklärungen der präsidentlichen Zuschlagsempfängerin in beiden Fällen der Nachfragen in jedem Punkt nachvollziehbar erfolgt ist. Dass diese Aufklärungen der Teilnahmeberechtigten ausreichend und nachvollziehbar sind, wurde auch vom SV H. sowie dem SV K. bestätigt. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist auch eindeutig erwiesen, dass der SV H. zusätzlich zur Prüfung der K3-Blätter und der eingeholten Aufklärungen eine ordnungsgemäße Deckungsbeitragsrechnung vorgenommen hat. Die Ergebnisse der Überprüfung werden sowohl vom SV B. als auch SV K. als richtig bestätigt, wobei der SV B. 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. K. in S/A/F/T, RZ 2 zu § 125). Das Verfahren hat auch eindeutig ergeben, was sowohl vom SV B. als auch SV K. 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 Teilnahmeberechtigten schon mit dem Angebot abgegebenen K7-Blätter wurden nicht nur geprüft, sondern – und zwar aus Sicht des SV B. sogar in vielen Punkten (z.B. Geräte- und Entsorgungskosten, Verbrauchsansätze, Materialpreise ETC) viel zu eingehend – hinterfragt, wobei die

Aufklärungen der präsuntiven Zuschlagsempfängerin in beiden Fällen der Nachfragen in jedem Punkt nachvollziehbar erfolgt ist. Dass diese Aufklärungen der Teilnehmereberechtigten ausreichend und nachvollziehbar sind, wurde auch vom SV H. sowie dem SV K. bestätigt. Nach den Ergebnissen des Nachprüfungsverfahrens ist auch eindeutig erwiesen, dass der SV H. zusätzlich zur Prüfung der K3-Blätter und der eingeholten Aufklärungen eine ordnungsgemäße Deckungsbeitragsrechnung vorgenommen hat. Die Ergebnisse der Überprüfung werden sowohl vom SV B. als auch SV K. als richtig bestätigt, wobei der SV B. 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 K. in S/A/F/T, RZ 2 zu Paragraph 125,).

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 – gewöhnlichen 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 – gewöhnlichen 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 Teilnahmeberechtigte 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 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. Abschlages mit den Ausschreibungssummen verglichen. In einem zweiten Kalkulationsschritt (nach Ermittlung der jeweiligen Abminderungs- bzw. Aufschlagsfaktoren) hat die Teilnahmeberechtigte 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 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 überprüft. Diese von der Teilnahmeberechtigten 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 zulässig erklärt hat. Bei diesen Preisfindungsverfahren handelt es sich nach Ansicht des Senates grundsätzlich um eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreise (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 zulässig erklärt hat. Bei diesen Preisfindungsverfahren handelt es sich nach Ansicht des Senates grundsätzlich um eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreise vergleiche VKS – 1352/00, VKS – 3860/07, VKS – 21/08 u.a.).

Auch zur Frage der Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen nur auf Obergruppen hat der Senat bereits mehrfach in früheren Entscheidungen Stellung genommen. Weder dem BVerG 2006 noch einer sonstigen einschlägigen Norm, etwa der ÖNORM A 2050 oder der ÖNORM B 2063 lässt sich eine Verpflichtung entnehmen, wonach Preisaufschläge bzw. –nachlässe (nur) auf Positionsebene zuzulassen sind. Tatsächlich würde die Zulassung von Preisaufschlägen bzw. – nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags- bzw. Preisnachlassverfahren nach § 2 Z 28 BverG 2006 ad absurdum führen, weil dies den Bietern spekulative Angebote auf Einheitspreisebene ermöglichen würde und de facto zu einem Preisangebotsverfahren führen müsste. Wie der Senat bereits in einer Vorentscheidung vom 30.1.2007, VKS – 3664/06 bis VKS – 3675/06, ausgesprochen hat, stellt die Wahl des Preisaufschlags-/Nachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene dar. „Der Forderung der Antragstellerin, Aufschläge und Nachlässe auf Einheitspreisebene zuzulassen, kann daher nicht zugestimmt werden ...". Auch zur Frage der Zulässigkeit von Aufschlägen und Nachlässen nur auf Obergruppen hat der Senat bereits mehrfach in früheren Entscheidungen Stellung genommen. Weder dem BVerG 2006 noch einer sonstigen einschlägigen Norm, etwa der ÖNORM A 2050 oder der ÖNORM B 2063 lässt sich eine Verpflichtung entnehmen, wonach Preisaufschläge bzw. –nachlässe (nur) auf Positionsebene zuzulassen sind. Tatsächlich würde die Zulassung von Preisaufschlägen bzw. – nachlässen auf Positionsebene das Preisaufschlags- bzw. Preisnachlassverfahren nach Paragraph 2, Ziffer 28, BverG 2006 ad absurdum führen, weil dies den Bietern spekulative Angebote auf Einheitspreisebene ermöglichen würde und de facto zu einem Preisangebotsverfahren führen müsste. Wie der Senat bereits in einer Vorentscheidung vom 30.1.2007, VKS – 3664/06 bis VKS – 3675/06, ausgesprochen hat, stellt die Wahl des Preisaufschlags-/Nachlassverfahrens für die Ausschreibung von Rahmenverträgen über Bauleistungen grundsätzlich eine sinnvolle und gerechtfertigte Vorbeugung gegen spekulative Angebote auf Einheitspreisebene dar. „Der Forderung der Antragstellerin, Aufschläge und Nachlässe auf Einheitspreisebene zuzulassen, kann daher nicht zugestimmt werden ...".

In den Verfahren VKS – 3860/07 und VKS – 4578/07 hat der Senat zur gegenständlichen Problematik Folgendes ausgeführt:

„Hiezu ist ein Mal mehr festzustellen, dass im Preisaufschlags-/Nachlassverfahren der Bieter seine eigene Kalkulation in Relation zu den vorgegebenen Einheitspreisen (getrennt in „Lohn“ und „Sonstiges“) zuzubringen hat und daraus Aufschläge und Nachlässe je Leistungsgruppe errechnet. Die von der AG zur Verfügung gestellte Detailkalkulation sollte dem Bieter dabei Anhaltspunkte, insbesondere hinsichtlich der zu wählenden Leistungsansätze und der den vorgegebenen Preisen zugrunde liegenden Preisgrundlagen geben. Wenn daher die AG ein K 4 - Blatt über die Materialkosten bzw. Preise zur Verfügung stellt, so erkennt der Bieter daraus, zu welchem durchschnittlichen Preisniveau die Materialkosten in die Kalkulation der Vorgabepreise eingeflossen sind. Eine positionsweise Angabe von Rabattsätzen ist jedenfalls erforderlich. Das der Ausschreibung beigelegte K 4 – Blatt ist normkonform und als Information ausreichend“. Ebenso hat der Senat in der Vorentscheidung VKS – 21/08 vom 13.3.2008 erkannt, dass Aufschläge und Nachlässe auf die Preisanteile „Lohn“ und „Sonstiges“ ebenfalls lediglich auf Oberleistungsebene zulässig waren. Dazu hat der Senat ausgeführt:

„Es kommt daher nicht darauf an, ob die nachträglich erstellten K 6 – Blätter zu einem anderen Preis im K 7 – Blatt führen würden, sondern lediglich darauf, ob dem Bieter durch Abgabe von Aufschlägen oder Nachlässen getrennt in Lohn und Sonstiges auf Leistungsebene möglich ist, die von ihm nach seinen betrieblichen Vorgaben ermittelten Preise, ins Verhältnis zu den Vergabepreisen des Auftraggebers in seiner Basiskalkulation zu bringen. Somit ist festzustellen, dass die K 7 - Blätter zwar nicht zur Detailkalkulation passen, dass dies alleine aber noch keinen Mangel der Ausschreibungsunterlagen darstellt, der einen Bieter in der Erstellung seiner Kalkulation bzw. seines Angebotes behindert. Bezüglich der Vorgangsweise bei der Erstellung des Angebotes im Preisaufschlags-/Nachlassverfahren wird auf die diesbezüglichen Ausführungen im Bescheid zu VKS – 3860/07 verwiesen“.

Damit hat jeder Bieter die Pflicht, auch beim Preisaufschlags-/Nachlassverfahren eigenständig zu kalkulieren und die Ergebnisse seiner Kalkulation den Preisen der Musterkalkulation gegenüber zu stellen. Dazu hat der Senat im Bescheid vom 18.10.2007, VKS – 6080/07, ausgeführt:

„Zur Erstellung des Angebotes ist grundsätzlich zu sagen, dass die Bieter aufgrund der in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Positionspreise ihre eigenen Preise errechnen müssen. Dabei sind die für die Durchführung der Leistung notwendigen, eigenen Lohnkosten, mit dem dafür vorgesehenen Personal, der jeweilige Zeitaufwand und die je Position erforderlichen Materialkosten zu ermitteln. Dadurch ergeben sich die eigenen Angebotspreise, die dann zu den der Ausschreibung zugrunde liegenden Preisen in Vergleich zu setzen sind. Der damit ermittelte Unterschied ergibt den in Prozent auszudrückenden Aufschlag/Nachlass des Angebotes. Bei der Überprüfung der Kalkulation sind diese Berechnungen heranzuziehen, wobei dies üblicherweise beim mehreren Positionen aus einer Gruppe erfolgt. Danach kann vom Auftraggeber abgeschätzt werden, ob der angebotene Gesamtnachlass/-aufschlag plausibel ist. Diese Vorgangsweise wurde von Antragsgegnerin eingehalten“. Auch im Bescheid vom 13.3.2008, VKS – 21/08, hat der Senat ausgeführt, dass jeder Bieter selbst kalkulieren muss. Unter anderem hat der Senat diesbezüglich ausgesprochen: „Hiezu ist festzustellen, dass es zwar Sache des Bieters ist, eine für ihn passende Kalkulation zu erstellen, dass die Umsetzung seiner Preise auf die vom Antragsgegner vorgegebenen Preise im Leistungsverzeichnis jedoch nur über Aufschläge bzw. Nachlässe möglich ist. Zu den in diesem Punkt von der Antragstellerin behaupteten Fehlern in der Detailkalkulation ist festzustellen, dass es sich dabei nicht um Fehler sondern um unterschiedliche Auffassungen über die anzusetzenden Leistungsansätze handelt. Somit ist es dem Bieter sehr wohl möglich, durch Aufschläge bzw. Nachlässe getrennt in Lohn und Sonstiges je Leistungsgruppe seine Kalkulation zumindest näherungsweise umzusetzen. Eine 100%ige Übereinstimmung der Leistungsansätze wird unter keinen Umständen erzielbar sein. Würde man das unterstellen wollen, müsste man zum Schluss kommen, dass das Aufschlags-/Nachlassverfahren niemals zu einem vergaberechtskonformen Angebotspreis führen kann. Dies wiederum würde dem Vergabegesetz unterstellen, dass es eine Preisberechnungsmethode zulässt, die vergaberechtskonform nicht einsetzbar ist. Daher ist die bei dieser Methode entstehende Unschärfe bezogen auf die einzelne Leistungsposition unvermeidlich, und im Rahmen des üblichen wirtschaftlichen Risikos, das ein Unternehmer durch Ausübung seiner Tätigkeit zu tragen hat, umfasst. Es liegt daher auch am Unternehmer, wie er dieses Risiko in seiner Kalkulation bewertet (...)

Hiezu ist festzustellen, dass der Antragstellerin offensichtlich nicht bewusst ist, dass die von der Antragsgegnerin gewählten Ansätze der Kalkulation für die Vorgabepreise nur eine Möglichkeit von vielen sind. Die Überlegungen der

Antragstellerin zu den einzelnen Leistungen kann sie in ihrer Kalkulation berücksichtigen und so ihre Preise ermitteln. Es ist nicht anzunehmen, dass die von der Antragstellerin ermittelten Preise in allen Positionen im exakt gleichen Verhältnis zu den Vorgabepreisen der Antragsgegnerin liegen. Diese Unschärfe ist mit dem Preisaufschlags-/Nachlassverfahren verbunden und grundsätzlich nicht vergaberechtswidrig. Schon die aufgezeigten Beispiele der Antragstellerin ergeben, dass es dabei nicht zu unkalkulierbaren Risiken für die Bieter kommt. Wie bereits mehrfach vom Vergabekontrollsenat zum Ausdruck gebracht, ist nicht die einzelne Leistungsposition alleine für diese Bewertung maßgeblich, sondern ist zu berücksichtigen, dass im Laufe der Vertragslaufzeit eine große Zahl von Einzelabrufen über verhältnismäßig geringe Einzelauftragssummen erfolgen wird. Diese Einzelauftragssummen setzen sich in jedem Einzelfall aus verschiedenen Leistungspositionen zusammen. Es ist daher davon auszugehen, dass sich etwaige Unschärfen ausgleichen werden. Schließlich kann der Bieter etwaige Befürchtungen durch besonders gewissenhafte Kalkulation, Berücksichtigung eines entsprechenden Zuschlages für Wagnis und seriöse Ermittlung seiner Nachlässe entgegenwirken."

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 von der Antragstellerin begehrte Vernehmung des Zeugen KR *** und des SV P. 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.

Schließlich verweist die Antragsgegnerin zutreffend darauf, dass es ihr aufgrund des Erlasses der Magistratsdirektion – Geschäftsbereich Bauten und Technik vom 15.2.2006, MBD – 3741-3/03, betreffend die Vorgangsweise bei der Vergabe von Kontrahentenverträgen (Rahmenverträgen) untersagt ist, „die Abgabe von Aufschlägen oder Nachlässen auf Positionsebene sowie das Vorsehen nur eines Aufschlages oder Nachlasses für das gesamte Angebot" vorzusehen.

Zusammenfassend ergibt sich daher für den Senat, dass die von der Teilnehmereberechtigten kalkulierten Aufwandswerte plausibel sind. Die Richtpreiskalkulation der Ausschreibung basiert überwiegend auf Aufwandswerten aus der kollektivvertraglichen Vereinbarung über den Akkordlohn. Diese Aufwandswerte müssen in der Praxis unterbietbar sein. Aufwandswerten, denen ein Zeitlohn zugrunde gelegt wird, sind dann jedenfalls noch plausibel, wenn sie um 33 % unter dem Akkordwert liegen. Das Verfahren hat ergeben, dass die Teilnehmereberechtigten mit ihrer Kalkulation diese Vorgaben eingehalten hat. Die Teilnehmereberechtigte hat weiters die Einkaufspreise für das von ihr vorgesehene Material nachgewiesen. Tatsächlich wurden im K 4 - Kalkulationsformblatt (Materialkalkulation) ausreichende Ansätze für Materialverluste (bis zu 11 %) angesetzt. Auch diese sind plausibel. Der Gesamtzuschlag im Angebot der Teilnehmereberechtigten wurde ausreichend kalkuliert und dabei die in der ÖNORM B 2061 vorgesehenen Ansätze berücksichtigt. Für Geschäftsgemeinkosten und Gewinn hat die Teilnehmereberechtigte insgesamt über 10 % angesetzt, was für gut organisierte Unternehmen in der Praxis bereits Vollkostendeckung bedeutet. Spekulative Preisverschiebungen zwischen dem Preisanteil Lohn und Sonstiges konnten nicht festgestellt werden, da die Teilnehmereberechtigte großteils das in der Richtpreiskalkulation vorgegebene Verhältnis beibehalten hat. Auch innerhalb der Preisanteile existieren keine spekulativen Preisverschiebungen, diesbezüglich ist das Vorbringen der Antragstellerin durch die Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens eindeutig widerlegt. Zusammenfassend hat das Verfahren ergeben, dass im Sinne des § 125 Abs. 4 BVergG 2006 betriebswirtschaftlich erklärbare Preise im Angebot der Teilnehmereberechtigten vorliegen, deren Kalkulation dem Aufbau der ÖNORM B 2061 entspricht, das System der Zuschlagskalkulation (Kalkulationsverfahren der ÖNORM B 2061) eingehalten wurde und damit die geforderte Nachvollziehbarkeit der Preise gegeben ist. Damit ist auch allen Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens des von der Antragsgegnerin beigezogenen Sachverständigen H., das die Basis für die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin bildet, die Grundlage entzogen. Zusammenfassend ergibt sich daher für den Senat, dass die von der Teilnehmereberechtigten kalkulierten Aufwandswerte plausibel sind. Die Richtpreiskalkulation der Ausschreibung basiert überwiegend auf Aufwandswerten aus der kollektivvertraglichen Vereinbarung über den Akkordlohn. Diese Aufwandswerte müssen in der Praxis unterbietbar sein. Aufwandswerten, denen ein Zeitlohn zugrunde gelegt wird, sind dann jedenfalls noch plausibel, wenn sie um 33 % unter dem Akkordwert liegen. Das Verfahren hat ergeben, dass die Teilnehmereberechtigte mit ihrer Kalkulation diese Vorgaben eingehalten hat. Die Teilnehmereberechtigte hat weiters die Einkaufspreise für das von ihr vorgesehene Material nachgewiesen. Tatsächlich wurden im K 4 -

Kalkulationsformblatt (Materialkalkulation) ausreichende Ansätze für Materialverluste (bis zu 11 %) angesetzt. Auch diese sind plausibel. Der Gesamtzuschlag im Angebot der Teilnahmberechtigten wurde ausreichend kalkuliert und dabei die in der ÖNORM B 2061 vorgesehenen Ansätze berücksichtigt. Für Geschäftsgemeinkosten und Gewinn hat die Teilnahmberechtigte insgesamt über 10 % angesetzt, was für gut organisierte Unternehmen in der Praxis bereits Vollkostendeckung bedeutet. Spekulative Preisverschiebungen zwischen dem Preisanteil Lohn und Sonstiges konnten nicht festgestellt werden, da die Teilnahmberechtigte großteils das in der Richtpreiskalkulation vorgegebene Verhältnis beibehalten hat. Auch innerhalb der Preisanteile existieren keine spekulativen Preisverschiebungen, diesbezüglich ist das Vorbringen der Antragstellerin durch die Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens eindeutig widerlegt. Zusammenfassend hat das Verfahren ergeben, dass im Sinne des Paragraph 125, Absatz 4, BVergG 2006 betriebswirtschaftlich erklärbare Preise im Angebot der Teilnahmberechtigten vorliegen, deren Kalkulation dem Aufbau der ÖNORM B 2061 entspricht, das System der Zuschlagskalkulation (Kalkulationsverfahren der ÖNORM B 2061) eingehalten wurde und damit die geforderte Nachvollziehbarkeit der Preise gegeben ist. Damit ist auch allen Zweifeln an der Richtigkeit des Gutachtens des von der Antragsgegnerin beigezogenen Sachverständigen H., das die Basis für die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin bildet, die Grundlage entzogen.

Die Antragstellerin hat letztlich vorgebracht, dass das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen wäre, weil die von der Antragsgegnerin vorgenommene Basiskalkulation, die Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen ist, unrichtig sei. Damit seien die Angebotskalkulationen der Bieter in unzulässiger Weise beeinflusst worden, sodass von einem freien Wettbewerb im Sinne des § 19 Abs. 1 BVergG nicht die Rede sein könne. Hier ist zunächst - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist - darauf zu verweisen, dass mangels rechtzeitiger Rüge der Festlegungen in der Ausschreibung davon auszugehen ist, dass die Ausschreibungsbedingungen und damit auch die Basiskalkulation „bestandfest“ geworden sind. Unabhängig davon erweist sich die Ansicht der Antragstellerin, die Angebotskalkulation der Bieter sei unzulässiger Weise beeinflusst worden, als nicht berechtigt, weil - wie der Senat bereits mehrfach ausgesprochen hat (vgl. VKS - 21/08), - jeder Bieter selbst kalkulieren muss und das Ergebnis seiner Kalkulation der Basiskalkulation in der Ausschreibung gegenüber zu stellen hat (vgl. Wolkersdorfer/Lang, Praktische Baukalkulation³, 2007; Lang Preisangemessenheit - eine Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der angebotenen Preise, ZVB 2008/53, 200). Es liegen somit nach Ansicht des Senates keinerlei Umstände vor, die nachträglich hervorgekommen sind und zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die allenfalls als überhöht anzusehende Basiskalkulation war jedenfalls nach Ansicht des Senates nicht geeignet, zu „deutlich unangemessenen Preisen“ in den Angeboten der Bieter zu führen. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Judikatur des OGH sowie des BVA zitiert, liegt dieser ein nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Sowohl das Höchstgericht als auch das BVA hatten über die Frage der Zulässigkeit des Widerrufs für den Fall, dass alle Angebote die Auftraggeberkostenschätzung bzw. die marktüblichen Preise deutlich überschreiten, zu befinden. Vorliegend handelt es sich nicht um überhöhte Preise (Aufschläge) zur Basiskalkulation, sondern vielmehr um Preisnachlässe gegenüber der Basiskalkulation. Im Vergleich zur Auftraggeberkostenschätzung niedrigere Angebotspreise bilden jedenfalls keinen Widerrufsgrund. Die Antragstellerin hat letztlich vorgebracht, dass das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen wäre, weil die von der Antragsgegnerin vorgenommene Basiskalkulation, die Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen ist, unrichtig sei. Damit seien die Angebotskalkulationen der Bieter in unzulässiger Weise beeinflusst worden, sodass von einem freien Wettbewerb im Sinne des Paragraph 19, Absatz eins, BVergG nicht die Rede sein könne. Hier ist zunächst - worauf die Antragsgegnerin zutreffend verweist - darauf zu verweisen, dass mangels rechtzeitiger Rüge der Festlegungen in der Ausschreibung davon auszugehen ist, dass die Ausschreibungsbedingungen und damit auch die Basiskalkulation „bestandfest“ geworden sind. Unabhängig davon erweist sich die Ansicht der Antragstellerin, die Angebotskalkulation der Bieter sei unzulässiger Weise beeinflusst worden, als nicht berechtigt, weil - wie der Senat bereits mehrfach ausgesprochen hat vergleiche VKS - 21/08), - jeder Bieter selbst kalkulieren muss und das Ergebnis seiner Kalkulation der Basiskalkulation in der Ausschreibung gegenüber zu stellen hat vergleiche Wolkersdorfer/Lang, Praktische Baukalkulation³, 2007; Lang Preisangemessenheit - eine Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit der angebotenen Preise, ZVB 2008/53, 200). Es liegen somit nach Ansicht des Senates keinerlei Umstände vor, die nachträglich hervorgekommen sind und zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die allenfalls als überhöht anzusehende Basiskalkulation war jedenfalls nach Ansicht des Senates nicht geeignet, zu „deutlich unangemessenen Preisen“ in den Angeboten der Bieter zu führen. Soweit die Antragstellerin in diesem Zusammenhang die Judikatur des OGH sowie des BVA zitiert, liegt dieser ein nicht vergleichbarer Sachverhalt zugrunde. Sowohl das Höchstgericht als auch das BVA hatten über die

Frage der Zulässigkeit des Widerrufs für den Fall, dass alle Angebote die Auftraggeberkostenschätzung bzw. die marktüblichen Preise deutlich überschreiten, zu befinden. Vorliegend handelt es sich nicht um überhöhte Preise (Aufschläge) zur Basiskalkulation, sondern vielmehr um Preisnachlässe gegenüber der Basiskalkulation. Im Vergleich zur Auftraggeberkostenschätzung niedrigere Angebotspreise bilden jedenfalls keinen Widerrufsgrund.

Im Schriftsatz vom 26.8.2009 hat die Antragstellerin schließlich vorgebracht, dass die Bildung der Teilnahmeberechtigten ARGE kartellrechtswidrig wäre. Auf diesen Einwand war wegen dessen Verfristung nicht näher einzugehen. Nach § 23 Abs. 1 WVRG 2007 hat ein Antragstellerin in seinem Nichtigerklärungsantrag unter anderem eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt genau zu bezeichnen und anzugeben. Diese Gründe sind innerhalb der Antragsfrist des § 24 Abs. 1 WVRG 2007, gegenständlich innerhalb von 14 Tagen ab Zugang der gesondert anzufechtenden Entscheidung des Auftraggebers, geltend zu machen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 31.7.2009 zugegangen, der Vorwurf eines kartellrechtswidrigen Verhaltens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde erstmals im Schriftsatz vom 26.8.2009 erhoben. Damit erweist sich dieser Einwand als verspätet. Selbst wenn man aber von dessen Rechtzeitigkeit ausgehen wollte, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, da die Voraussetzungen des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 nicht vorliegen. Im Schriftsatz vom 26.8.2009 hat die Antragstellerin schließlich vorgebracht, dass die Bildung der Teilnahmeberechtigten ARGE kartellrechtswidrig wäre. Auf diesen Einwand war wegen dessen Verfristung nicht näher einzugehen. Nach Paragraph 23, Absatz eins, WVRG 2007 hat ein Antragstellerin in seinem Nichtigerklärungsantrag unter anderem eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt genau zu bezeichnen und anzugeben. Diese Gründe sind innerhalb der Antragsfrist des Paragraph 24, Absatz eins, WVRG 2007, gegenständlich innerhalb von 14 Tagen ab Zugang der gesondert anzufechtenden Entscheidung des Auftraggebers, geltend zu machen. Die angefochtene Zuschlagsentscheidung ist der Antragstellerin am 31.7.2009 zugegangen, der Vorwurf eines kartellrechtswidrigen Verhaltens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde erstmals im Schriftsatz vom 26.8.2009 erhoben. Damit erweist sich dieser Einwand als verspätet. Selbst wenn man aber von dessen Rechtzeitigkeit ausgehen wollte, wäre für die Antragstellerin nichts gewonnen, da die Voraussetzungen des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG 2006 nicht vorliegen.

Aufgrund der offengelegten Unterlagen und Aufklärungen der Teilnahmeberechtigten und der nachweislich erfolgten Plausibilitätsbetrachtung des von der Antragsgegnerin bestellten Sachverständigen H. ist erwiesen, dass im Hinblick auf das gewählte Preisverfahren (Preisauflage- und Nachlassverfahren) eine ausreichende Vertiefte Angebotsprüfung vorliegt. Die Niederschrift über das Ergebnis der Angebotsprüfung nach § 128 BVergG 2006 liegt in Form des Gutachtens des von der Auftraggeberin bestellten SV H. vor. Dieses Gutachten hat sich aufgrund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens als nachvollziehbar, schlüssig und fehlerfrei erwiesen, sodass auch die darauf gründende, von der Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung als im Einklang mit den Bestimmungen des Vergaberechtes stehend zu erkennen war. Aufgrund der offengelegten Unterlagen und Aufklärungen der Teilnahmeberechtigten und der nachweislich erfolgten Plausibilitätsbetrachtung des von der Antragsgegnerin bestellten Sachverständigen H. ist erwiesen, dass im Hinblick auf das gewählte Preisverfahren (Preisauflage- und Nachlassverfahren) eine ausreichende Vertiefte Angebotsprüfung vorliegt. Die Niederschrift über das Ergebnis der Angebotsprüfung nach Paragraph 128, BVergG 2006 liegt in Form des Gutachtens des von der Auftraggeberin bestellten SV H. vor. Dieses Gutachten hat sich aufgrund der Ergebnisse des Nachprüfungsverfahrens als nachvollziehbar, schlüssig und fehlerfrei erwiesen, sodass auch die darauf gründende, von der Antragstellerin angefochtene Zuschlagsentscheidung als im Einklang mit den Bestimmungen des Vergaberechtes stehend zu erkennen war.

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

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 12.8.2009 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 12.8.2009 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

Bauftrag; Ausmaß der vertieften Angebotsprüfung; Preisaufschlags-/ Preisabschlagsverfahren; Rahmenvertrag; nichtamtlicher SV; Plausibilität des Gesamtpreises;

Zuletzt aktualisiert am

11.06.2010

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