

# TE Verg Bescheid 2006/5/31 VKS-1359/06

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 31.05.2006

## Norm

- WVRG §11 Abs2 Z1
- WVRG §13 Abs1
- WVRG §14 Abs1
- WVRG §17 Abs1
- WVRG §20 Abs2 Z1 litc
- WVRG §22 Abs2
- WVRG §23
- WVRG §26 Abs1
- WVRG §30 in Verbindung mit BVergG 2002 §3 Abs1
- BVergG 2002 §7 Abs1 Z1
- BVergG 2002 §9 Abs1 Z4 und Abs2
- BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitaa
- BVergG 2002 §79 Abs2
- BVergG 2002 §90 Abs2
- BVergG 2002 §93
- BVergG 2002 §99
- AVG §74 Abs2
  - 1. AVG § 74 heute
  - 2. AVG § 74 gültig ab 01.01.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 5/2008
  - 3. AVG § 74 gültig von 01.02.1991 bis 31.12.2007

## Text

### BESCHEID

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden \*\*\* über den Antrag der \*\*\*, vertreten durch Cerha Hempel Spiegelfeld Hlawati, Partnerschaft von Rechtsanwälten in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung bezüglich der Vergabe von Rahmenverträgen zur Durchführung von Glaserarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen im 14., 15. und 16. Bezirk – GT 1, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AW-WW16-Glaser-KLV durch die Stadt Wien – Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz und huber - medek, rechtsanwälte oeg in Wien, sowie der Teilnahmeberechtigten \*\*\* GmbH, vertreten durch KWR, Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. 1.Ziffer eins

Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 11.4.2006 betreffend das Verfahren zur Vergabe von Glaserarbeiten in städtischen Wohnhausanlagen für den 14., 15. und 16. Bezirk, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AW-WW16-Glaser-KLV für den Gebietsteil 1 für nichtig zu erklären, wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

1. 2.Ziffer 2

Die einstweilige Verfügung vom 4.5.2006 wird mir sofortiger Wirkung aufgehoben.

1. 3.Ziffer 3

Festgestellt wird, dass die \*\*\* GmbH, vertreten durch KWR Karasek Wietrzyk, Rechtsanwälte GmbH in Wien, Partei des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens ist.

1. 4.Ziffer 4

Der Antragsteller \*\*\* hat der Teilnahmeberechtigten \*\*\* GmbH die von dieser entrichtete Pauschalgebühr von EUR 1.250,-- binnen 14 Tagen zu ersetzen.

1. 5.Ziffer 5

Der von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2006 gestellte Antrag auf Einholung eines Gutachtens eines Sachverständigen aus dem Baugewerbe wird abgewiesen.

Rechtsgrundlagen:

§§ 11 Abs. 2 Z 1, 13 Abs. 1, 14 Abs. 1, 17 Abs. 1, 20 Abs. 2 Z 1 lit. c, 22 Abs. 2, 23, 26 Abs. 1 und 30 WVRG in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1, 7 Abs. 1 Z 1, 9 Abs. 1 Z 4 und Abs. 2, 20 Z 13 lit. a sublit. aa, 79 Abs. 2, 90 Abs. 2, 93, 99 BVergG 2002 sowie § 74 Abs. 2 AVG.Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer eins, 13, Absatz eins, 14, Absatz eins, 17, Absatz eins, 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c,, 22 Absatz 2, 23, 26, Absatz eins und 30 WVRG in Verbindung mit Paragraphen 3, Absatz eins, 7, Absatz eins, Ziffer eins, 9, Absatz eins, Ziffer 4 und Absatz 2, 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a,, 79 Absatz 2, 90, Absatz 2, 93, 99, BVergG 2002 sowie Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

Begründung:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt insgesamt neun offene Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Glaserarbeiten in Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken. Dazu haben die jeweiligen Kundendienstzentren der Antragsgegnerin je ein Vergabeverfahren für ihren jeweiligen Zuständigkeitsbereich, der jeweils mehrere Bezirke umfasst und in Gebietsteile gegliedert ist, ausgeschrieben. Die Bekanntmachung dieser Vergabeverfahren erfolgte im Amtsblatt der Stadt Wien Nummer 52/04 vom 23.12.2004. Die Ausschreibungsbedingungen in diesen Vergabeverfahren sind bis auf einzelne Daten, die sich auf die betroffenen Objekte und den zu erwartenden Leistungsumfang beziehen, inhaltlich ident. Nach den Ausschreibungsbedingungen sind Teilangebote auch auf Ebene der Gebietsteile zulässig, Alternativangebote sind nicht zugelassen. Die Rahmenverträge sollen eine Laufzeit von drei Jahren mit einer Option auf Verlängerung für weitere drei Jahre haben. Die Vergabe der Leistungen soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Als Zuschlagskriterien sind der Preis mit 90 Prozent, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5 Prozent und die zertifizierten Abläufe der Leistungserbringung mit 5 Prozent angegeben. Das Ende der Angebotsfrist war jeweils der 9.5.2005, 10.00 Uhr, Angebote waren in den einzelnen Kundendienstzentren abzugeben.

Neben mehreren anderen Bietern hat die Antragstellerin in dem im Spruch angeführten Vergabeverfahren auch für den Gebietsteil 1 ein entsprechendes Angebot gelegt.

Zum bisherigen Gang des Vergabeverfahrens kann – um Wiederholungen zu vermeiden – zunächst auf den Inhalt des zuletzt ergangenen Bescheides des Vergabekontrollsenates vom 26.1.2006, Zl. VKS – 3764/05, verwiesen werden. Mit dem genannten Bescheid hat der Vergabekontrollsenat die hinsichtlich des Gebietsteiles 1 auf die Bieterin \*\*\* GmbH (im Folgenden kurz „\*\*\*\*“) lautende Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt. Im wesentlichen hat der Vergabekontrollsenat diese seine Entscheidung unter anderem auch damit begründet, dass Angebote die für mehrere Gebietsteile abgegeben wurden und die nur einen Gesamtpreis enthielten, ohne die Obergruppenpreis für Gebietsteile auszuweisen, nicht für die Zuschlagsentscheidung herangezogen werden dürfen. Weiters hat der Vergabekontrollsenat zum Ausdruck gebracht, dass nach dem Inhalt der Vergabeakten eine nachvollziehbare, vertiefte Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin nicht vorgenommen worden ist.

In dem daraufhin fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin am 11.4.2006 eine neuerliche Zuschlagsentscheidung gefasst, wonach beabsichtigt ist, im gegenständlichen Vergabeverfahren die ausgeschriebenen Leistungen dem Bieter „\*\*\*“ erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 25.4.2006 eingelangte und damit rechtzeitige (§20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG) Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im wesentlichen damit, weiterhin ein Interesse am Vertragsabschluss zu haben. Die neuerliche Zuschlagsentscheidung verstoße gegen vergaberechtliche Bestimmungen, weil es die Antragsgegnerin abermals unterlassen habe, eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des § 93 Abs. 3 BVergG durchzuführen. Die rein rechnerisch vor der Antragstellerin liegenden beiden Angebote wären bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung wegen unplausibel zusammengesetzter Preise auszuschneiden gewesen. Damit hätte die Antragstellerin mit ihrem Angebot an erster Stelle gereiht werden und den Zuschlag erhalten müssen. Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 25.4.2006 eingelangte und damit rechtzeitige (§20 Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG) Antrag der Antragstellerin auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie Kostenersatz. Die Antragstellerin begründet ihr Begehren im wesentlichen damit, weiterhin ein Interesse am Vertragsabschluss zu haben. Die neuerliche Zuschlagsentscheidung verstoße gegen vergaberechtliche Bestimmungen, weil es die Antragsgegnerin abermals unterlassen habe, eine vertiefte Angebotsprüfung im Sinne des Paragraph 93, Absatz 3, BVergG durchzuführen. Die rein rechnerisch vor der Antragstellerin liegenden beiden Angebote wären bei ordnungsgemäßer Angebotsprüfung wegen unplausibel zusammengesetzter Preise auszuschneiden gewesen. Damit hätte die Antragstellerin mit ihrem Angebot an erster Stelle gereiht werden und den Zuschlag erhalten müssen.

Beide vor der Antragstellerin liegenden Bieter hätten enorme Nachlässe auf die von einem Sachverständigen erstellte Basiskalkulation gegeben (bis zu 68 Prozent). Bei dieser Sachlage wäre von der Antragstellerin die Angemessenheit der Preise im Bezug auf die ausgeschriebene Leistung unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, gründlich zu prüfen gewesen. Eine derartige Prüfung sei offenbar abermals nicht erfolgt, weil die Antragstellerin im fortgesetzten Vergabeverfahren nicht zu einer Stellungnahme aufgefordert wurde, sondern als einzige Reaktion die angefochtene Zuschlagsentscheidung erhalten habe. Selbst wenn aber die Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt haben sollte, könne diese unmöglich den gesetzlichen Bestimmungen entsprochen haben. Die von den der Antragstellerin vorgereichten Bietern angebotenen Nachlässe könnten „unmöglich erklärt worden sein“. Diese Preise seien betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens hat die Antragstellerin mit weiterem Schriftsatz vom 10.5.2006 ihr Vorbringen ergänzt und insbesondere ausgeführt, wenn der Auftraggeber nun mehr behaupte, die Preise in dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot seien betriebswirtschaftlich – also bezogen auf die Leistung und die Möglichkeiten des konkreten Bieters – erklärbar und plausibel, könne dies unmöglich zutreffen, wie sich aus einer von der Antragstellerin vorgenommenen „Muster“ Kalkulation ergebe. Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, ihr Sachverständiger habe die Materialpreise unrichtig angenommen und sei deshalb mit seiner Schätzung deutlich über den prospektiven Bestbietern gelegen, sei dies nicht nachvollziehbar. Insbesondere bleibe die Antragsgegnerin in ihren Ausführungen die Gründe für die vermeintliche Nichtberücksichtigung marktüblicher Rabatte der Materialpreise schuldig. Inwiefern aus der vermeintlichen Nichtberücksichtigung von Materialrabatten auch geänderte Leistungsansätze (=Stundenansätze) abgeleitet werden sollten, bleibe nicht nachvollziehbar und unbewiesen. Von der Antragstellerin wird auch die Kalkulation zur Baustelleneinrichtung in dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot bemängelt. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, die Antragsgegnerin wäre auch verpflichtet gewesen, ihr Angebot betreffend den Gebietsteil 1 einer vertieften Prüfung zu unterziehen, was nicht geschehen sei.

Die Antragstellerin, die sich weiterhin an ihr Angebot gebunden erachte, müsste mit ihrem Angebot nach Ausscheidung der vor ihr gereihten Bieter den Zuschlag erhalten. Sollte sie hingegen den Auftrag nicht erhalten, drohe ihr ein wesentlicher Schaden von mindestens EURO 13.900,-- (entgehende Deckungsbeiträge, Angebotserstellungskosten, bisherige Vertretungs- und Beratungskosten). Die Antragsgegnerin sei rechtzeitig und vollständig von der beabsichtigten Einleitung des Nichtigklärungsverfahrens verständigt und die Gebühren seien entrichtet worden.

Unter Hinweis auf ihr Vorbringen zum Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens hat die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt. Diesem Antrag wurde vom Vergabekontrollsenat mit Bescheid vom 4.5.2006 entsprochen. Diesbezüglich kann – um Wiederholungen zu vermeiden – auf den Inhalt des beiden Teilen zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 3.5.2006 hat sich die Antragsgegnerin gegen die gestellten Anträge ausgesprochen und, – nach Darstellung des bisherigen Ablaufes ihres Vergabeverfahrens – ausgeführt, eine, den Bestimmungen des Bundesvergaberechtes entsprechende, vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen zu haben. Die Antragsgegnerin hätte ausnahmslos in jedem der parallel geführten Vergabeverfahren, in denen nicht alle Bieter zwingend auszuschneiden waren, die Angebote der prospektiven Zuschlagsempfänger entsprechend geprüft und dies auch in den Vergabeakten unter Berücksichtigung der in der Entscheidung des VKS vom 26.1.2006, VKS – 3764/05, angeführten Gründen, dokumentiert. Die Prüfung der einzelnen Positionen sei in den bereits vorgelegten K7 Blättern stichprobenartig mit den Angaben der K3 und K4 - Blätter erfolgt. Bei diesen Gegenüberstellungen sei der Antragsgegnerin auch aufgefallen, dass bei der von dem von ihr bestellten Sachverständigen durchgeführten Kalkulation für die Ausschreibung die Materialpreise offenbar zu hoch angesetzt wurden und die Bieter deshalb hohe Abschläge anbieten konnten. Dass die Sachverständigenkalkulation von vergleichsweise hohen Materialpreisen ausgegangen sei, habe der in die vertiefte Angebotsprüfung eingebundene Sachverständige auch mit Schreiben vom 25.4.2006 bestätigt. Da sich die Materialpreise in der Sachverständigenkalkulation als „wesentliche Preistreiber“ erwiesen hätten, hätte die Antragsgegnerin von jedem prospektiven Zuschlagsempfänger die Materialpreislisten abverlangt. Die für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommenen Bieter seien aufgefordert worden, den Nachweis zu führen, dass die von ihnen im K4 – Kalkulationsblatt angegebenen Materialpreise richtig sind. Diese Nachweise hätten die dazu aufgeforderten Bieter – auch die Teilnahmberechtigte – etwa durch Vorlage von Rechnung des jeweiligen Großhändlers erbracht. Nach Überprüfung der Richtigkeit der Materialpreisangaben habe die Antragsgegnerin schließlich die Angaben in den K7 – Kalkulationsblättern vertieft geprüft. Dort wo bei dieser Prüfung Unregelmäßigkeiten oder Unklarheiten aufgetaucht wären, sei der betreffende Bieter um verbindliche schriftliche Aufklärung binnen einer angemessenen Frist ersucht worden, so etwa auch das Unternehmen „\*\*\*“ mit Schreiben vom 5.4.2006. Darin sei dieses Unternehmen ersucht worden zu mehreren Positionen der K7 – Kalkulationsblätter Stellung zu nehmen sowie bekannt zu geben, wie die Gerätekosten in der Kalkulation berücksichtigt wurden. Die geforderte Aufklärung sei rechtzeitig erteilt worden. Zusätzlich seien bestimmte Positionen geprüft worden, so in etwa bestimmte Positionen aus der Hauptleistungsgruppe „Reparaturverglasung“. Dazu seien die Leistungs- und Materialansätze der sachverständigen Kalkulation für die Ausschreibung herangezogen worden. Der von den Bietern nachgewiesene und betriebswirtschaftlich erklärbarer Mittellohnpreis laut K3 – Kalkulationsblatt und die jeweils von den Bietern bekannt gegebenen und nachgewiesenen Materialpreise laut K4 – Kalkulationsblatt seien in die Berechnungen der sachverständigen Kalkulation eingesetzt worden. Das Ergebnis dieser Berechnungen habe mit den von den Bietern angebotenen Preisen übereingestimmt, zum Teil sei der Angebotspreis sogar geringfügig darüber gelegen. Aufgrund der Ergebnisse dieser Kontrollrechnung sei die Antragsgegnerin zum Ergebnis gelangt, dass die Preiszusammensetzung in dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot betriebswirtschaftlich erklärbar und plausibel sei. Zurückgewiesen wurde von der Antragsgegnerin die Vermutung der Antragstellerin, dass es nachträgliche Änderungen der Angebotspreise gegeben habe.

Eine Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung aller verbliebenen Angebote, insbesondere auch des Angebotes der Antragstellerin, habe nicht bestanden. Nach § 90 Abs. 2 erster Satz BVergG 2002 könne sich die Prüfung und Beurteilung der Angebote auf jene Angebote beschränken, die für eine Zuschlagsentscheidung auch tatsächlich in Frage käme. Aufgrund der Ergebnisse in den Nachprüfungsverfahren sei zwar die Antragstellerin nunmehr an dritter Stelle zu reihen, daraus sei aber keine Verpflichtung der Antragsgegnerin abzuleiten, auch hinsichtlich dieses Angebotes eine umfassende vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Eine Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung aller verbliebenen Angebote, insbesondere auch des Angebotes der Antragstellerin, habe nicht bestanden. Nach Paragraph 90, Absatz 2, erster Satz BVergG 2002 könne sich die Prüfung und Beurteilung der Angebote auf jene Angebote beschränken, die für eine Zuschlagsentscheidung auch tatsächlich in Frage käme. Aufgrund der Ergebnisse in den Nachprüfungsverfahren sei zwar die Antragstellerin nunmehr an dritter Stelle zu reihen, daraus sei aber keine Verpflichtung der Antragsgegnerin abzuleiten, auch hinsichtlich dieses Angebotes eine umfassende vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Mit Schriftsatz vom 3.5.2006 ist das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen „\*\*\*“ dem Verfahren als Partei beigetreten. In diesem Schriftsatz hat sich die Teilnahmeberechtigte den Ausführungen der Antragsgegnerin angeschlossen und ausgeführt, dass die von ihr angebotenen Preise betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und keinesfalls spekulativ seien. Da die Kalkulation und der angebotene Gesamtpreis betriebswirtschaftlich plausibel erklärt wurde und damit nachvollziehbar sei, komme ein Ausscheiden des Angebotes der Teilnahmeberechtigten nicht in Frage. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtskonform. Die Teilnahmeberechtigte sei nach wie vor am Vertragsabschluss interessiert. Die angebotenen Preise würden den Marktverhältnissen entsprechen und wären angemessen, was sich auch daraus ableiten lasse, dass die Teilnahmeberechtigte die gleichen Arbeiten für andere Auftraggeber der Stadt Wien zu derzeit teilweise niedrigeren Preisen erbringe (SS vom 23.5.2006).

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig anzusehen ist, trifft der Vergabekontrollsenat anhand der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten sowie den Schriftsätzen der am Verfahren Beteiligten, die auch jeweils der Gegenseite zugestellte wurden und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlung (18.5.2006 und 31.5.2006) folgende weitere Feststellungen:

Die Stadt Wien – Wiener Wohnen führt insgesamt neun offene Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Erbringung von Glaserarbeiten in Wohnhausobjekten in allen 23 Wiener Bezirken. Das gegenständliche Verfahren wurde am 23.12.2004 ordnungsgemäß im Amtsblatt der Stadt Wien kundgemacht. Das Ende der Angebotsfrist war der 9.5.2005. Die Vergabe der Leistungen soll nach dem Bestbieterprinzip erfolgen. Als Zuschlagskriterien sind der Preis mit 90 Prozent, die Verlängerung der Gewährleistungsfrist mit 5 Prozent und die zertifizierter Abläufe der Leistungserbringung mit 5 Prozent angegeben.

Die Angebotseröffnung fand am 12.6.2005 ab 13.30 statt. Insgesamt wurden 10 Angebote abgegeben, wovon das Angebot der Antragstellerin die Gebietsteil 1 und 2 betroffen hat. Dabei wurden von der Antragsgegnerin alle zivilrechtlichen Preise, die Leistungsgruppenpreise und soweit eingetragen, auch die Obergruppenpreise verlesen.

Das Angebotsergebnis stellt sich auf Grund der verlesenen Summen wie folgt dar:

Die Teilnahmeberechtigte hat GT 1 und 2 angeboten. Sie hat den Gesamtpreise sowie jeweils die Obergruppensumme für die Gebietsteile ausgefüllt. Preislich Billigstbieter im Gebietsteil 1 ist die Teilnahmeberechtigte. Der preislich zunächst an dritter Stelle gereichte Bieter „\*\*\*“ hat alle drei Gebietsteile angeboten, jedoch keine Obergruppensummen gebildet. An vierter Stelle wurde für den Gebietsteil 1 zunächst das Angebot der Antragstellerin gereicht. Nach Nichtigerklärung des Widerrufs der Ausschreibung mit Bescheid des VKS vom 26.8.2005, VKS – 2581/05, hat die Antragsgegnerin mit Zuschlagsentscheidung vom 9.11.2005 für die Zuschlagserteilung das Unternehmen „\*\*\*“ vorgesehen. Mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 26.1.2006, VKS – 3764/05, wurde diese Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt.

Im fortgesetzten Verfahren hat die Antragsgegnerin, unter Berücksichtigung der Ausführungen in diesem Bescheid der Vergabekontrollbehörde, eine vertiefte Angebotsprüfung insbesondere des Angebotes des Bieters „\*\*\*“ vorgenommen und dazu Baumeister Ing. \*\*\*, der auch die Basiskalkulation erstellt hat, beigezogen.

Im Zuge dieser Angebotsprüfung wurde der Bieter \*\*\* mit Schreiben vom 5.4.2006 aufgefordert, Erklärungen zu seiner Kalkulation bis spätestens 10.4.2006 nachzureichen. Das Unternehmen „\*\*\*“ hat die von ihm verlangten Stellungnahmen termingerecht nachgereicht. Mit Datum vom 10.4.2006 hat die Antragsgegnerin neuerlich eine Niederschrift über die Angebotsprüfung zur gegenständlichen Ausschreibung verfasst. In dieser Niederschrift wurde unter Bezugnahme auf den Bescheid des VKS – 3764/05 festgestellt, „dass der Bieter „\*\*\*“ zwingend auszuschneiden ist. Damit verbleiben die Angebote der Bieter „\*\*\*“, „\*\*\*“ und „\*\*\*“ sowie der nachgereichte Unternehmer „\*\*\*“ zur Bewertung“. Abschließend kommt in dieser Niederschrift zur Angebotsprüfung die Antragsgegnerin zum Ergebnis, dass die neuerlich durchgeführte Bestbieterermittlung das Unternehmen „\*\*\*“ als Zuschlagsempfänger ergibt. Dazu wurde von der Antragsgegnerin ausgeführt:

„Im Sinne der Entscheidung des VKS wurde in einem zweiten Schritt eine vertiefte Angebotsprüfung insbesondere hinsichtlich der LG04 unter Einbindung unseres Sachverständigen durchgeführt. Nachdem sich die Leistungsansätze trotz nachträglich durchgeführter Einheitspreisanpassung nicht geändert haben, wurde als Berechnungsgrundlage für die vertiefte Angebotsprüfung die Basiskalkulation (Preisbasis 1.1.2003) herangezogen. Im konkreten wurden die vom Sachverständigen erhobenen Leistungsansätze belassen und mit den Angaben des Bieters aus den Kalkulationsunterlagen (Lohn und Material) ersetzt. Die Durchrechnung von konkreten Positionen hat ergeben, dass

die vorgelegte Kalkulation von der Firma „\*\*\*“ trotz der hohen Abschläge nachvollziehbar und plausibel ist (siehe Beilage D). Der Unterschied begründet sich zum einen damit, dass die Firma die Materialien zu wesentlich günstigeren Konditionen bezieht und zum anderen einen günstigeren Mittellohnpreis angeboten hat. Die ausgewiesenen Materialpreise im K4-Blatt stimmen mit den vorgelegten Materialpreislisten überein. Die relativ hohen Vorgabepreise sind unter anderem auf Gespräche mit der Innung (Herr \*\*\* und Herr \*\*\*, siehe Aktenvermerk vom 10.5.2004 und Schreiben vom 25.4.2006) zurückzuführen.“

Der Sachverständige der Antragsgegnerin BM Ing. \*\*\* bestätigt in einem Schreiben vom 25.4.2006 der Antragsgegnerin, dass er aus der von ihm zunächst erstellten Basiskalkulation den 30 bis 35 prozentigen Nachlass auf die Listenpreise für Materialien auf Wunsch der Antragsgegnerin gestrichen hat, nach dem in einem Gespräch mit der Innung diese Vorgangsweise so vereinbart wurde. Darüber hinaus stellt er fest, dass aufgrund der seit der Ermittlung eingetretenen Kostenerhöhungen die Preise um 5 Prozent hinaufgesetzt wurden.

Die zur weiteren vertieften Angebotsprüfung herangezogenen Unterlagen des Unternehmens „\*\*\*“ bestehen aus einem K3 Blatt über die Mittellohnpreisberechnung und einem K4 Blatt über die Materialpreise. Die Materialpreise werden von dem Unternehmen „\*\*\*“ durch eine von seinem Lieferanten im Februar 2005 festgehaltene Sondervereinbarung über unterschiedliche Glasmaterialien und eine auf dieser Vereinbarung erstellten Rechnung vom 13.4.2005 bestätigt. Weiters hat die Antragsgegnerin eine Serie von K7 Blättern über sämtliche ausgeschriebene Positionen geprüft und mit handschriftlichen Vermerken über die stattgefundene Angebotsprüfung versehen.

In der zur Niederschrift angeschlossenen Beilage D sind Anmerkungen und Eintragungen von Preisanteilen und Einheitspreisen enthalten, die durchaus auffällige Abweichungen auf Preisanteile – aber auch auf Einheitspreisebene zu den sachverständig ermittelten Ansätzen und den in den Kalkulationsgrundlagen des Bieters „\*\*\*“ ermittelten Werten und jenen wie sie sich aus den Angebot des Bieters „\*\*\*“ ergeben, aufweisen. Diesbezüglich wurde der Bieter um Aufklärung insbesondere hinsichtlich der dort enthaltenen Geschäftsgemeinkosten ersucht. Weiters wurde „\*\*\*“ aufgefordert bekannt zu geben, in welcher Form die Gerätekosten in der Kalkulation berücksichtigt wurden. In seinem Antwortschreiben begründet das Unternehmen „\*\*\*“ das Fehlen des Gesamtzuschlages in zwei Positionen damit, dass es ihm, aufgrund der vorgegebenen Preise und der Möglichkeit lediglich auf Leistungsgruppenebene Aufschläge und Nachlässe zu geben, nicht anders möglich gewesen sei, die Preise dieser beiden Positionen zu erklären, als den Anteil für den Gesamtzuschlag mit 0 anzusetzen. Hinsichtlich der Gerätekosten erklärte „\*\*\*“ diese in die Position für die Baustelleneinrichtung einkalkuliert zu haben.

Die Antragsgegnerin hat im Jahre 2002 das Unternehmen \*\*\* und Partner mit der Erstellung der Basiskalkulation beauftragt. Diese Aufgabe wurde von BM Ing. \*\*\* durchgeführt. Die Basiskalkulation hat K3 und K4 Blätter beinhaltet, die als Grundlage für die Kalkulation gedient haben. Das Ergebnis der Basiskalkulation samt Kalkulationsblättern wurden der Antragsgegnerin am 8.8.2002 vorgelegt. Dabei war bei Material ein Nachlass von 30 bis 35 Prozent von Ing. \*\*\* eingesetzt worden. Die Basiskalkulation wurde in der Folge von der Auftraggeberin mit Vertretern der Innung der Glaser besprochen. Als Ergebnis dieser Besprechungen wurde von der Auftraggeberin Ing. \*\*\* eine Preisliste übergeben, die er seiner (zweiten) Basiskalkulation zugrunde zu legen hatte. Insbesondere ist der von Ing. \*\*\* in der (ersten) Basiskalkulation vorgesehen Nachlass von 30 bis 35 Prozent auf die Marktpreise weggefallen. Auch bei den Leistungspositionen wurden über Wunsch der Antragsgegnerin zusätzliche Leistungen eingefügt, die bei der „zweiten“ Kalkulation zu berücksichtigen waren. Im K3 Blatt wurde von Ing. \*\*\* von einer durchschnittlichen Mannschafts- bzw. Betriebsgröße von 10 Personen ausgegangen und die damals dafür gültigen Werte angesetzt. Im K4 Blatt sind die Ing. \*\*\* von der Antragsgegnerin überbundenen Preise eingesetzt worden, teilweise auch mit Hinzurechnung von Preiserhöhungen. Die Preise die der Ausschreibung zugrunde gelegt wurden basieren damit nicht auf den von Ing. \*\*\* erstellten K3, K4 und K7 Blättern. Die Auftraggeberin hat in Abstimmung mit den Innungen entsprechende Hinzurechnungen zu den von Ing. \*\*\* ermittelten Basispreisen vorgenommen und dann in die Musterausschreibung eingesetzt. Hätte die Antragsgegnerin die Erstkalkulation des Ing. \*\*\* für ihre Ausschreibung verwendet, so wären die Abweichungen des Angebotes der Teilnehmereberechtigten von dieser Schätzung in etwa bei 25 bis 30 Prozent gelegen. Im Zuge der nunmehrigen vertieften Angebotsprüfung wurden auch insbesondere die angebotenen Pauschalen für Baustellengemeinkosten eingehend geprüft. Dabei war eine Verlagerung zu den Gemeinkosten nicht feststellbar. Es wurde jedenfalls nach dem Inhalt der Vergabeakten das Problem der Baustelleneinrichtungskosten unter dem Aspekt

überprüft, ob Kosten aus den Leistungspositionen in die Gemeinkosten verschoben wurden. In den von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Baustelleneinrichtungskosten sind Kosten für Löhne, Material und Geräte enthalten.

Die von der Antragsgegnerin nunmehr durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung ist unter Beiziehung des Sachverständigen Ing. \*\*\* erfolgt, sie ist ausführlich und nachvollziehbar in den Vergabeakten dokumentiert. Ein Hinweis in den Vergabeakten, dass auch das Angebot der Antragstellerin einer vertieften Prüfung unterzogen worden wäre, findet sich nicht.

Das Vergabeverfahren wurde mit der Kundmachung vom 23.12.2004 eingeleitet. Nach den Ausschreibungsunterlagen beträgt die Zuschlagsfrist 7 Monate. Gemäß § 79 Abs. 4 BVergG 2002 wird der Fortlauf der Zuschlagsfrist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt. Das erste Nachprüfungsverfahren, in dem die Nichtigkeitsklärung des Widerrufs erfolgte, wurde mit Antrag vom 11.8.2005 eingeleitet und mit dem am 21.9.2005 zugestellten Bescheid beendet. Daraus ergibt sich eine Unterbrechung von 42 Tagen. Das zweite Nachprüfungsverfahren, mit dem die erste Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin angefochten wurde, ist am 23.11.2005 eingeleitet worden und hat mit Zustellung des Bescheides am 7.3.2006 geendet. Daraus ergibt sich eine Unterbrechung von 105 Tagen. Das theoretische Ende der in der Ausschreibung angegebenen Zuschlagsfrist ist der 9.12.2005. Zuzüglich der durch die ersten beiden Nachprüfungsverfahren entstandenen Unterbrechungen von 148 Tagen ergibt sich ein mit 5.5.2005 errechnetes Ende der Zuschlagsfrist. Das Vergabeverfahren wurde mit der Kundmachung vom 23.12.2004 eingeleitet. Nach den Ausschreibungsunterlagen beträgt die Zuschlagsfrist 7 Monate. Gemäß Paragraph 79, Absatz 4, BVergG 2002 wird der Fortlauf der Zuschlagsfrist für die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gehemmt. Das erste Nachprüfungsverfahren, in dem die Nichtigkeitsklärung des Widerrufs erfolgte, wurde mit Antrag vom 11.8.2005 eingeleitet und mit dem am 21.9.2005 zugestellten Bescheid beendet. Daraus ergibt sich eine Unterbrechung von 42 Tagen. Das zweite Nachprüfungsverfahren, mit dem die erste Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin angefochten wurde, ist am 23.11.2005 eingeleitet worden und hat mit Zustellung des Bescheides am 7.3.2006 geendet. Daraus ergibt sich eine Unterbrechung von 105 Tagen. Das theoretische Ende der in der Ausschreibung angegebenen Zuschlagsfrist ist der 9.12.2005. Zuzüglich der durch die ersten beiden Nachprüfungsverfahren entstandenen Unterbrechungen von 148 Tagen ergibt sich ein mit 5.5.2005 errechnetes Ende der Zuschlagsfrist.

Die Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2006 ist der Antragstellerin am gleichen Tage zugekommen. Nach Ausscheidung des Angebotes „\*\*\*“ ist die Antragstellerin preislich mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht, wobei eine Änderung dieser Reihung bei Berücksichtigung der Zuschlagskriterien (Verlängerung der Gewährleistungsfrist und zertifizierte Abläufe der Leistungserbringung mit je 5 Prozent), nicht eintritt.

Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 25.4.2006 eingelangt, die Gebühren sind entrichtet, die Antragsgegnerin ist gemäß § 14/1 WVRG rechtzeitig und vollständig verständigt worden. Der Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens ist am 25.4.2006 eingelangt, die Gebühren sind entrichtet, die Antragsgegnerin ist gemäß Paragraph 14 /, eins, WVRG rechtzeitig und vollständig verständigt worden.

Die von der Antragstellerin beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 4.5.2006 erlassen. Diesbezüglich kann auf den Inhalt des allen Beteiligten zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Diese Feststellungen konnten vor allem aufgrund des Inhaltes der Vergabeakten sowie der Ergebnisse der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2006 getroffen werden. Aufgrund der Aussage des sachverständigen Zeugen Ing. \*\*\* steht fest, dass die Antragsgegnerin nunmehr – entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin – im fortgesetzten Verfahren eine vertiefte Angebotsprüfung zumindest jenes Angebotes vorgenommen hat, das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommen ist. Es trifft zu, dass der Vergabekontrollsenat in seinem Bescheid vom 26.1.2006 die Ansicht vertreten hat, dass im Hinblick auf die in den Angeboten aufscheinenden Nachlässe von bis zu 68 Prozent Bedenken an einer vergaberechtlichen Grundsätzen entsprechenden Kalkulation gegeben wären. Dieser Umstand konnte vor allem aufgrund der nunmehr vorgenommenen vertieften Angebotsprüfung unter Beiziehung des Sachverständigen Ing. \*\*\* hinreichend aufgeklärt werden. Danach steht fest, dass bei Zugrundelegung der ersten Basiskalkulation, die aber nicht die Grundlage der Ausschreibung war, Preisnachlässe wie sie in den Angeboten auf das Material enthalten sind, die hohen Preisvorgaben entzogen gewesen wären. Ebenso konnte als erwiesen angenommen werden, dass verschiedene Ansätze in den Leistungspositionen über Wunsch der Auftraggeberin geändert wurden, ohne dass die damit verbundene Kalkulationsgrundlagen geändert worden wären. Erst die, mit den Preisgrundlagen

im Angebot „\*\*\*“ und den Leistungsansätzen der sachverständig erstellten (ersten) Basiskalkulation des Ing. \*\*\* berechneten Vergleichsrechnungen ergeben zwischen den angebotenen Preisen und den so ermittelten effektiven Vergleichspreisen eine nachvollziehbare Herleitung der sich aus den Nachlässen ergebenden Einheitspreise. Daraus folgt, dass wesentliche Leistungsansätze (Aufwands- und Verbrauchsansätze) zwischen den der Ausschreibung durch die Antragsgegnerin zugrunde gelegten Preisen und den Preisen in den Angeboten divergieren müssen. Diese Divergenzen konnten aufgrund der Ausführungen des Zeugen in der mündlichen Verhandlung sowie den im Zuge der vertieften Angebotsprüfung vorgenommenen Berechnungen aufgeklärt werden. In den Vergabeakten ist nunmehr auch ausreichend dokumentiert, wie sich dies auch aus der Aussage des Zeugen Ing. \*\*\* ergibt, dass die Antragstellerin nicht nur die Plausibilität der Mittellohnpreise sondern auch die Kalkulation der Baustellengemeinkosten einer eingehenden Prüfung unterzogen hat.

Die Antragstellerin hat ihren Antrag auf Vernehmung der Zeugen \*\*\*, \*\*\* und \*\*\* (Schriftsatz vom 10.5.2006) in der mündlichen Verhandlung vom 18.5.2006 zurückgezogen.

In der mündlichen Verhandlung vom 31.5.2006 hat die Antragstellerin abschließend beantragt, ein Gutachten eines Sachverständigen aus dem Baugewerbe zur Frage, ob die vom Zeugen (\*\*\*) behaupteten Prüfungsschritte tatsächlich durchgeführt wurden und in den Vergabeakten dokumentiert wurden, sowie ob die Angaben dieses Zeugen zutreffen, dass die in dem für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot eingesetzten Preise des Bestbieters plausibel sind, einzuholen. Der Vergabekontrollsenat hat diesen Antrag nicht stattgegeben, da der Sachverhalt ausreichend geklärt ist. Abgesehen davon, dass die Frage der Prüfung einer ausreichenden Dokumentation der vertieften Angebotsprüfung allein vom Vergabekontrollsenat an Hand der Vergabeakten vorzunehmen war, ist nach dem Inhalt der Vergabeakten festzustellen, dass die im fortgesetzten Verfahren vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung tatsächlich durchgeführt und entsprechend dokumentiert wurde. Ebenso hat das Beweisverfahren ergeben, dass die in dem für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Angebot enthaltenen Preise plausibel sind, sodass es der Einholung des beantragten Sachverständigengutachtens nicht bedurfte.

Auf die von der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 10.5.2006 erstmals vorgelegte „Musterkalkulation“ war nicht näher einzugehen, weil sie von eigenen Annahmen ausgeht und nicht von Ansätzen der Teilnahmeberechtigten, vor allem was die Kalkulation der „Geschäftsgemeinkosten“, bzw. ihre Berücksichtigung im Gesamtzuschlag oder in den Baustellengemeinkosten betrifft.

Bei seiner rechtlichen Beurteilung hat der Vergabekontrollsenat nachstehendes erwogen:

Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens (Kundmachung 23.12.2004) gemäß § 345 Abs. 2 BVergG 2006 die Bestimmungen des BVergG 2002 auf den vorliegenden Sachverhalt weiterhin anzuwenden sind. Vorauszuschicken ist, dass im Hinblick auf die Einleitung des Vergabeverfahrens (Kundmachung 23.12.2004) gemäß Paragraph 345, Absatz 2, BVergG 2006 die Bestimmungen des BVergG 2002 auf den vorliegenden Sachverhalt weiterhin anzuwenden sind.

Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 7 Abs. 1 BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß § 3 Abs. 1 BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Bei dem dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegenden Los handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Erbringung von Bauleistungen, nämlich Glaserarbeiten in Wohnhausanlagen der Stadt Wien, Gebrechensbehebung und Instandsetzung allgemeiner Teile sowie zur Leerwohnungsinstandsetzung. Es handelt sich um einen Auftrag im Unterschwellenbereich, wobei vorliegend die Zuschlagsentscheidung betreffend die Ausschreibung für den Gebietsteil 2 der Bezirke 14., 15. und 16. angefochten wird. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den §§ 11 Abs. 2 Z 2 und 13 Abs. 1 WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig. Bei der Antragsgegnerin – Wiener Wohnen handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des Paragraph 7, Absatz eins, BVergG 2002. Die gegenständlichen Leistungen wurden als Bauauftrag gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVergG 2002 ordnungsgemäß bekannt gemacht. Bei dem dem gegenständlichen Verfahren zugrunde liegenden Los handelt es sich um die Vergabe eines Rahmenvertrages zur Erbringung von Bauleistungen, nämlich Glaserarbeiten in Wohnhausanlagen der Stadt Wien, Gebrechensbehebung und Instandsetzung allgemeiner Teile sowie zur Leerwohnungsinstandsetzung. Es handelt sich um einen Auftrag im Unterschwellenbereich, wobei vorliegend die Zuschlagsentscheidung betreffend die Ausschreibung für den Gebietsteil

2 der Bezirke 14., 15. und 16. angefochten wird. Da der Zuschlag noch nicht erteilt wurde ist der Vergabekontrollsenat gemäß den Paragraphen 11, Absatz 2, Ziffer 2 und 13 Absatz eins, WVRG zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Die Entrichtung der nach § 30 WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen den § 17 Abs. 1 WVRG, insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, zumal sie zwar mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht ist, aber bei Zutreffen der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieters nicht berücksichtigt werden dürfte. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 11.4.2006 erfolgte, ist der am 25.4.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung im Sinne des § 20 Abs. 2 Z 1 lit. c WVRG rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 20 Z 13 lit. a sublit. aa BVergG 2002. Gemäß Paragraph 13, Absatz eins, WVRG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2002 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Antragstellerin hat die behauptete Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung und den ihr drohenden Schaden ausreichend dargelegt. Sie ist auch ihrer Mitteilungspflicht gemäß Paragraph 14, Absatz eins, WVRG rechtzeitig und vollständig nachgekommen. Die Entrichtung der nach Paragraph 30, WVRG geforderten Gebühren wurde nachgewiesen. Der Antrag entspricht auch im Übrigen den Bestimmungen den Paragraph 17, Absatz eins, WVRG, insoweit ist die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben, zumal sie zwar mit ihrem Angebot an dritter Stelle gereiht ist, aber bei Zutreffen der von ihr behaupteten Rechtswidrigkeiten das Angebot des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Bieters nicht berücksichtigt werden dürfte. Da die Verständigung der Antragstellerin von der Zuschlagsentscheidung am 11.4.2006 erfolgte, ist der am 25.4.2006 eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung im Sinne des Paragraph 20, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, WVRG rechtzeitig. Er richtet sich auch gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des Paragraph 20, Ziffer 13, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2002.

Wie das Verfahren ergeben hat, hat die Antragsgegnerin das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot der Teilnahmeberechtigten einer nunmehr den vergaberechtlichen Bestimmungen (§ 93 Abs. 3 BVergG 2002) entsprechenden Prüfung unterzogen, als deren Ergebnis festzustellen war, dass dessen Kalkulation richtig und plausibel erfolgt ist. Zusammengefasst war davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin zur Vorbereitung der Ausschreibung durch einen Sachverständigen (Ing.\*\*\*\*) eine Kalkulation erstellen ließ. In dieser Kalkulation wurden in der Folge nach Wünschen des Auftraggebers, die sich aus Gesprächen mit der Innung herausgebildet haben, sowohl Kosten- und Preisgrundlagen (Mittellohnpreis, Materialpreise) als auch Leistungsansätze massiv geändert. Die so entstandenen von der (ersten) Basiskalkulation des Sachverständigen massiv nach oben abweichenden Einheitspreise wurden als Vorgabepreise im Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin der Ausschreibung zu Grunde gelegt. Diese Preise spiegeln jedoch nicht – wie das Beweisverfahren ergeben hat – den zum Zeitpunkt der Angebotslegung bestehenden Markt wieder, sondern sind gegenüber diesem maßgeblich überhöht. Allein diese Tatsache lässt die teilweise gegebenen hohen Nachlässe der Bieter – auch im Angebot der Teilnahmeberechtigten – in einem anderen Licht erscheinen. Für die Prüfung der Preisangemessenheit sind derartige Nachlässe zwar ein erstes Indiz, insbesondere für die Notwendigkeit der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung, stellen jedoch für sich noch nicht eine endgültige Aussage über die Angemessenheit dar. Eine Ausscheidung der Angebote, wie sie die Antragstellerin fordert, allein aufgrund der hohen Nachlässe ohne weitere Prüfung wäre unsachlich und durch Bestimmungen des Vergaberechtes nicht gedeckt. Vielmehr ist dies die Ausgangsposition für die vertiefte Angebotsprüfung, wie sie nunmehr auch von der Antragsgegnerin im fortgesetzten Verfahren durchgeführt wurde. In deren Zuge wurde unter Einbeziehung des Vorgabepreises des Auftraggebers und der entsprechenden Nachlässe des Bieters die tatsächlich errechneten Einheitspreise ermittelt. Die nunmehr im Zuge der Angebotsprüfung von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergleichrechnungen, anhand der ursprünglich vom Sachverständigen ermittelten

(ersten) Kalkulationsansätze, verbunden mit den verhältnismäßig niedrigen, aber dennoch als plausibel anzusehenden Preisgrundlagen für Mittellohn und Material, haben zweifelsfrei ergeben, dass die angebotenen Preise kostendeckend sind. Damit erweist sich das Vorbringen der Antragstellerin, eine vergabegesetzeskonforme vertiefte Angebotsprüfung habe nicht stattgefunden sowie die vom Bieter der Teilnahmeberechtigten abgegebenen Nachlässe hätten zu unplausibel zusammengesetzten Preisen geführt, als nicht berechtigt. Wie das Verfahren ergeben hat, hat die Antragsgegnerin das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Angebot der Teilnahmeberechtigten einer nunmehr den vergaberechtlichen Bestimmungen (Paragraph 93, Absatz 3, BVergG 2002) entsprechenden Prüfung unterzogen, als deren Ergebnis festzustellen war, dass dessen Kalkulation richtig und plausibel erfolgt ist. Zusammengefasst war davon auszugehen, dass die Antragsgegnerin zur Vorbereitung der Ausschreibung durch einen Sachverständigen (Ing.\*\*\*\*) eine Kalkulation erstellen ließ. In dieser Kalkulation wurden in der Folge nach Wünschen des Auftraggebers, die sich aus Gesprächen mit der Innung herausgebildet haben, sowohl Kosten- und Preisgrundlagen (Mittelohnpreis, Materialpreise) als auch Leistungsansätze massiv geändert. Die so entstandenen von der (ersten) Basiskalkulation des Sachverständigen massiv nach oben abweichenden Einheitspreise wurden als Vorgabepreise im Leistungsverzeichnis der Antragsgegnerin der Ausschreibung zu Grunde gelegt. Diese Preise spiegeln jedoch nicht – wie das Beweisverfahren ergeben hat – den zum Zeitpunkt der Angebotslegung bestehenden Markt wieder, sondern sind gegenüber diesem maßgeblich überhöht. Allein diese Tatsache lässt die teilweise gegebenen hohen Nachlässe der Bieter – auch im Angebot der Teilnahmeberechtigten – in einem anderen Licht erscheinen. Für die Prüfung der Preisangemessenheit sind derartige Nachlässe zwar ein erstes Indiz, insbesondere für die Notwendigkeit der Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung, stellen jedoch für sich noch nicht eine endgültige Aussage über die Angemessenheit dar. Eine Ausscheidung der Angebote, wie sie die Antragstellerin fordert, allein aufgrund der hohen Nachlässe ohne weitere Prüfung wäre unsachlich und durch Bestimmungen des Vergaberechtes nicht gedeckt. Vielmehr ist dies die Ausgangsposition für die vertiefte Angebotsprüfung, wie sie nunmehr auch von der Antragsgegnerin im fortgesetzten Verfahren durchgeführt wurde. In deren Zuge wurde unter Einbeziehung des Vorgabepreises des Auftraggebers und der entsprechenden Nachlässe des Bieters die tatsächlich errechneten Einheitspreise ermittelt. Die nunmehr im Zuge der Angebotsprüfung von der Antragsgegnerin durchgeführten Vergleichsrechnungen, anhand der ursprünglich vom Sachverständigen ermittelten (ersten) Kalkulationsansätze, verbunden mit den verhältnismäßig niedrigen, aber dennoch als plausibel anzusehenden Preisgrundlagen für Mittellohn und Material, haben zweifelsfrei ergeben, dass die angebotenen Preise kostendeckend sind. Damit erweist sich das Vorbringen der Antragstellerin, eine vergabegesetzeskonforme vertiefte Angebotsprüfung habe nicht stattgefunden sowie die vom Bieter der Teilnahmeberechtigten abgegebenen Nachlässe hätten zu unplausibel zusammengesetzten Preisen geführt, als nicht berechtigt.

Zum weiteren Vorwurf der Antragstellerin, die Teilnahmeberechtigte habe ein spekulatives Angebot in der Form erstellt, als von ihr Kostenanteile aus den Leistungspositionen in die Baustellen – Gemeinkostenpositionen verschoben wurden ist festzustellen, dass auch dieser Vorwurf nach Überprüfung der Kalkulationsunterlagen der Teilnahmeberechtigten und aufgrund der Ergebnisse des Beweisverfahrens nicht haltbar ist. In den Kalkulationsunterlagen der Teilnahmeberechtigten und den daraufhin durchgeführten Überprüfungen der Antragsgegnerin sowie aus der schon erwähnten Vergleichsrechnung ist erkennbar, dass diese Positionen für die Baustellen- Gemeinkosten auch nur die entsprechenden Kosten enthalten und es nicht zu Verschiebungen von Kostenanteilen aus den Leistungspositionen in die Baustellen – Gemeinkostenpositionen gekommen ist. Die Tatsache, dass die Baustellen – Gemeinkostenpositionen aufgrund der eher kleinen Einzelauftragssummen einen verhältnismäßig hohen Anteil der Einzelabrechnungssummen ergeben, kann als kalkulatorisches Faktum hingenommen werden. Gerade aufgrund der Problematik, dass sich die größtenteils aus Fixkosten bestehenden Baustellen – Gemeinkosten bei derart kleinen Auftragssummen (nach Erhebungen der Antragsgegnerin EURO 400 bis EURO 500 im Schnitt) erheblich bemerkbar machen, würde die Notwendigkeit solche Positionen auch gesondert von den Leistungspositionen auszuschreiben begründen, um die Kontrahentenleistungen kalkulierbar zu machen. Dies ist zwar gegenständlich nicht geschehen, welcher Umstand jedoch unberücksichtigt bleiben muss, weil die Ausschreibungsbestimmungen nicht bekämpft wurden.

Das auf den ersten Blick erklärungsbedürftige Bild im Angebot der Teilnahmeberechtigten, wonach in den Leistungspositionen erhebliche Nachlässe, in den Baustellen – Gemeinkostenpositionen aber durchaus ins Gewicht fallende Aufschläge angeboten wurden, ist kalkulatorisch wie folgt erklärbar: Die Baustellengemeinkosten bestehen im gegenständlichen Fall mehrheitlich aus Fixkosten, die je nach Unternehmensphilosophie zu einem Teil entweder in die

so genannten Geschäftsgemeinkosten eingerechnet werden oder eben in die entsprechenden Positionen der Baustellen – Gemeinkosten. Werden sie vom Bieter in die Baustellen – Gemeinkostenpositionen eingerechnet, dann folgt daraus, dass der Gesamtzuschlag entlastet und der Mittellohnpreis sowie die Materialpreise in die der Gesamtzuschlag eingeht, niedriger werden. Mittellohnpreis und Materialpreis sind die wesentlichen Grundlagen für die Kalkulation der Leistungspositionen und erlauben daher dort die höheren Nachlässe. Bieter, die diese Kosten in den Gesamtzuschlag einbezogen haben, erhöhen dadurch ihren Mittellohnpreis und ihre Materialpreise, was ihnen einerseits nur geringere Nachlässe in den Leistungspositionen erlaubt, andererseits jedoch günstigere Preise in den Baustellengemeinkosten. Diese Variation in der Kalkulation nach unternehmerischen Überlegungen ist jedenfalls zulässig und widerspricht daher auch nicht der plausiblen Zusammensetzung eines Angebotes, zumal die Ausschreibungsbedingungen derartige Kalkulationen auch nicht ausschließen.

Die durch die Antragsgegnerin in der Ausschreibung versäumte Festlegung von entsprechenden Mengen je Position, die dann eine entsprechende angebotswirksame Gewichtung der Baustellen – Gemeinkosten zu den Leistungspositionen erbringen würde, kann im jetzigen Stadium des Vergabeverfahrens nicht mehr kritisiert werden, da diesbezüglich Präklusion eingetreten ist. Daher ist auch die von der Antragstellerin angestellte Überlegung, dass sich die Höhe der Baustellen – Gemeinkostenpositionen mit zunehmender Zahl an Einzelaufträgen negativ auf einen Wirtschaftlichkeitsvergleich aus Sicht der Antragsgegnerin zwischen diesen beiden Kalkulationsstrategien auswirkt, nicht weiter zu verfolgen.

Das Beweisverfahren hat jedenfalls ergeben, dass sich die Angebotspreise der Teilnehmereberechtigten nachvollziehbar erklären lassen und dass die nunmehr vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung entsprechend dokumentiert ist. Damit ist aber auch erwiesen, dass das Angebot der Teilnehmereberechtigten, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, wegen nicht plausibler Preisgestaltung nicht auszuschneiden war. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war die Antragsgegnerin auch nicht verpflichtet neben der vertieften Angebotsprüfung des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebotes auch die übrigen, noch verbliebenen Angebote einer Prüfung zu unterziehen. Nach § 90 Abs. 2 BVergG 2002 kann sich die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes auf jene Angebote beschränken, die für eine Zuschlagsentscheidung auch tatsächlich in Frage kommen. Ebenso sieht § 93 Abs. 3 BVergG 2002 eine vertiefte Angebotsprüfung nur für jene Angebote vor „die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommen“. Solange als Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung das aufgrund der Reihung für eine Zuschlagsentscheidung in Frage kommende Angebote nicht auszuschneiden ist, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die nachgereichten Angebote einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Da gegenständlich sich das Angebot der Teilnehmereberechtigten aufgrund der vorgenommenen vertieften Angebotsprüfung als nachvollziehbar und plausibel kalkuliert erwiesen hat, bestand für die Antragsgegnerin keinen Anlass, die nachgereichten Angebote ebenfalls zu prüfen. Damit ergibt sich aber, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot hinter dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot zu liegen kommt und damit im Ergebnis keine Chance hat, den Auftrag selbst zu erhalten. Der Antragstellerin kann somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vgl. VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Das Beweisverfahren hat jedenfalls ergeben, dass sich die Angebotspreise der Teilnehmereberechtigten nachvollziehbar erklären lassen und dass die nunmehr vorgenommene vertiefte Angebotsprüfung entsprechend dokumentiert ist. Damit ist aber auch erwiesen, dass das Angebot der Teilnehmereberechtigten, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, wegen nicht plausibler Preisgestaltung nicht auszuschneiden war. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war die Antragsgegnerin auch nicht verpflichtet neben der vertieften Angebotsprüfung des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebotes auch die übrigen, noch verbliebenen Angebote einer Prüfung zu unterziehen. Nach Paragraph 90, Absatz 2, BVergG 2002 kann sich die Prüfung und Beurteilung eines Angebotes auf jene Angebote beschränken, die für eine Zuschlagsentscheidung auch tatsächlich in Frage kommen. Ebenso sieht Paragraph 93, Absatz 3, BVergG 2002 eine vertiefte Angebotsprüfung nur für jene Angebote vor „die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommen“. Solange als Ergebnis einer vertieften Angebotsprüfung das aufgrund der Reihung für eine Zuschlagsentscheidung in Frage kommende Angebote nicht auszuschneiden ist, ist der Auftraggeber nicht verpflichtet, die nachgereichten Angebote einer vertieften Prüfung zu unterziehen. Da gegenständlich sich das Angebot der Teilnehmereberechtigten aufgrund der vorgenommenen vertieften Angebotsprüfung als nachvollziehbar und plausibel kalkuliert erwiesen hat, bestand für die Antragsgegnerin keinen Anlass, die nachgereichten Angebote ebenfalls zu prüfen. Damit ergibt sich aber, dass die Antragstellerin mit ihrem

Angebot hinter dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot zu liegen kommt und damit im Ergebnis keine Chance hat, den Auftrag selbst zu erhalten. Der Antragstellerin kann somit im gegenständlichen Verfahren ein Schaden nicht entstehen. Voraussetzung für eine wirksame Anfechtung ist jedoch, dass die Bewerbung eines Bieters für die Zuschlagserteilung geeignet gewesen wäre. Ist dieser Umstand nicht gegeben, ist die Antragslegitimation zu verneinen (vergleiche VwGH 27.9.2000, 2000/04/0050) und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Es war daher wie aus dem Spruche unter Punkt 1 ersichtlich zu entscheiden.

Mit der Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß § 23 Abs. 5 WVRG die einstweilige Verfügung vom 4.5.2006 mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Mit der Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet. Es war daher gemäß Paragraph 23, Absatz 5, WVRG die einstweilige Verfügung vom 4.5.2006 mit sofortiger Wirkung aufzuheben.

Da der Antrag auf Nichtigerklärung zurückgewiesen wurde, hat die Antragstellerin gemäß § 30 Abs. 5 WVRG die ihr entstandenen Kosten des Nachprüfungsverfahrens selbst zu tragen. Da der Antrag auf Nichtigerklärung zurückgewiesen wurde, hat die Antragstellerin gemäß Paragraph 30, Absatz 5, WVRG die ihr entstandenen Kosten des Nachprüfungsverfahrens selbst zu tragen.

Mit Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2006 ist das Unternehmen \*\*\* GmbH als Zuschlagsempfänger für den Gebietsteil 1 in Aussicht genommen worden. Mit Schriftsatz vom 3.5.2006 hat dieses Unternehmen einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt. Nach § 16 Abs. 2 WVRG sind auch jene Bieter Parteien des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliches Interesse durch die Entscheidung des Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt werden könnten. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof mit seinem Erkenntnis vom 24.2.2006, ZI 2004/04/0140-7, ausgesprochen, dass präsuntive Zuschlagsempfänger jedenfalls – unabhängig von einer Beitrittserklärung – Partei des Nachprüfungsverfahrens sind. Das Interesse des Zuschlagsempfängers ist darauf gerichtet, dass eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung unterbleibt. Seine Parteistellung im Nachprüfungsverfahren unterliegt keinem Verlusttatbestand. In diesem Sinne war festzustellen, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte Partei des Verfahrens ist. Da die Teilnahmeberechtigte im Hinblick auf die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung als obsiegend anzusehen ist, hat ihr die Antragstellerin gemäß § 30 Abs. 5 WVRG die von ihr entrichteten Gebühren zu ersetzen. Mit Zuschlagsentscheidung vom 11.4.2006 ist das Unternehmen \*\*\* GmbH als Zuschlagsempfänger für den Gebietsteil 1 in Aussicht genommen worden. Mit Schriftsatz vom 3.5.2006 hat dieses Unternehmen einen Antrag auf Teilnahme am Nachprüfungsverfahren gestellt. Nach Paragraph 16, Absatz 2, WVRG sind auch jene Bieter Parteien des Nachprüfungsverfahrens, deren rechtliches Interesse durch die Entscheidung des Vergabekontrollsenates unmittelbar berührt werden könnten. In diesem Sinne hat der Verwaltungsgerichtshof mit seinem Erkenntnis vom 24.2.2006, ZI 2004/04/0140-7, ausgesprochen, dass präsuntive Zuschlagsempfänger jedenfalls – unabhängig von einer Beitrittserklärung – Partei des Nachprüfungsverfahrens sind. Das Interesse des Zuschlagsempfängers ist darauf gerichtet, dass eine Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung unterbleibt. Seine Parteistellung im Nachprüfungsverfahren unterliegt keinem Verlusttatbestand. In diesem Sinne war festzustellen, dass das für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommene Unternehmen als Teilnahmeberechtigte Partei des Verfahrens ist. Da die Teilnahmeberechtigte im Hinblick auf die Zurückweisung des Antrages auf Nichtigerklärung als obsiegend anzusehen ist, hat ihr die Antragstellerin gemäß Paragraph 30, Absatz 5, WVRG die von ihr entrichteten Gebühren zu ersetzen.

Die Aufnahme der Kostenentscheidungen im Spruch gründet sich auf § 74 Abs. 2 AVG. Die Aufnahme der Kostenentscheidungen im Spruch gründet sich auf Paragraph 74, Absatz 2, AVG.

### **Schlagworte**

Vertiefte Angebotsprüfung; plausible Preisgestaltung; Basiskalkulation.

### **Dokumentnummer**

VERGT\_20060531\_1359\_06\_00

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

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