



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/074/16784/2018-23
A. Gesellschaft m.b.H.

Wien, 14.2.2019

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.^a Mandl und die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner über den Antrag der A. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Vergabeverfahren "B. Zimmererarbeiten an Bauwerken im Kompetenzbereich der MA 29, in Wien und in den Quellschutzgebieten", der Stadt Wien, Magistratsabteilung 29, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung und Verkündung,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 13.12.2018 wird stattgegeben und die angefochtene Entscheidung wird nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von EUR 4.681,50 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Stadt Wien, Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 29 (im Folgenden Antragsgegnerin, Auftraggeberin) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über drei Jahre (mit Option auf einmalige Verlängerung um weitere drei Jahre), nämlich "B. Zimmererarbeiten an Bauwerken im Kompetenzbereich der MA 29, in Wien und in den Quellschutzgebieten". Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Die Antragstellerin hat sich am Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Angebot gelegt.

Mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 13.12.2018, der Antragstellerin am selben Tag zugegangen, wurde mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der C. KG (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin, Bestbieterin, Teilnahmeberechtigte) zu erteilen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 20.12.2018 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 WVRG 2014) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 13.12.2018, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass es sich beim gegenständlichen Auftrag um einen Bauauftrag zum Abschluss eines Rahmenvertrages über drei Jahre handle und Gegenstand die Erbringung von Zimmererarbeiten an Bauwerken im Kompetenzbereich der Magistratsabteilung 29 in Wien und in den Quellschutzgebieten sei. Die Erstellung der Preise sei nach dem Preisaufschlags- und Preisnachlassverfahren erfolgt. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten habe die höchstmögliche Punkteanzahl (100 Punkte: 5 Qualitätspunkte und 95 Preispunkte) erhalten, das Angebot der Antragstellerin sei mit rund 83 Punkten bewertet worden. Bei der Bewertung der Qualitätspunkte hätten die Antragstellerin und die Teilnahmeberechtigte die maximal möglichen 5 Punkte erhalten. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich zweitgereiht von insgesamt vier abgegebenen Angeboten.

Gegenständlich liege eine Abweichung des Angebots der präsumtiven Bestbieterin vom zweitgereihten Angebot der Antragstellerin in Höhe von 17,97 % vor; im Vergleich zum Mittelwert der zwei bis vier nächstteureren Angebote liege eine Abweichung von 17,47 % und im Vergleich zum geschätzten Auftragswert der Auftraggeberin liege eine Abweichung von 27,85 % vor. Es sei nach der Literatur ab einer Abweichung von 15 % von einer groben Abweichung zu sprechen. Auch habe die Antragstellerin ihr Angebot sehr knapp kalkuliert und sei der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich nicht erklärbar. Es lägen auch die angebotenen Gesamtpreise der weiteren zwei Bieter nur geringfügig über dem angebotenen Preis der Antragstellerin. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Auftraggeberin keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt habe, weil sonst zutage getreten wäre, dass dieser Preis betriebswirtschaftlich nicht erklärbar sei und somit die präsumtive Bestbieterin eigentlich hätte ausgeschieden werden müssen. In weiterer Folge werden von der Antragstellerin mögliche Kalkulationsfehler aufgelistet und festgehalten, dass, wenn das Angebot der präsumtiven Bestbieterin auch nur eine Fehlkalkulation aufweise, dies dazu führe, dass der kalkulierte Preis nicht plausibel sei und somit ein nicht vergaberechtskonformes Angebot abgegeben worden sei. Des Weiteren hege die Antragstellerin Zweifel, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin tatsächlich die erforderlichen Referenzen für „konstruktiven Holzbau“ aufweise bzw. vermute sie, dass die vorgelegten Referenzen in Wirklichkeit „nur“ Zimmermannsarbeiten im Zuge von Dachsanierungen aber ohne konstruktive Leistungen umfassten. Fraglich sei auch, ob die vorgelegten Referenzen von der präsumtiven Bestbieterin selbst oder von der Tochtergesellschaft erbracht worden seien.

Als mögliche Kalkulationsfehler seien zu nennen:

1. Es sei davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte einen derart hohen Gesamtnachlass angeboten habe, dass dieser den Gesamtzuschlag gemäß K3-Blatt übersteige und der Gesamtpreis dadurch nicht mehr betriebswirtschaftlich erklärbar sei.
2. Es sei davon auszugehen, dass die Teilnahmeberechtigte versucht habe, den Mittellohn zu drücken, indem sie im K3-Blatt keine Mitarbeiter der Lohngruppe Hilfspolier oder Vorarbeiter vorgesehen habe und zusätzlich keine Zulagen für Aufsicht (Zeile F in K3-Blatt) kalkuliert habe.

3. Aus dem Formblatt K3 der Kalkulation der Auftraggeberin ergebe sich, dass mit einer Wochenarbeitszeit von 39,5 Stunden gerechnet worden sei. Die Normalarbeitszeit gemäß Kollektivvertrag betrage aber nur 39 Stunden. Wenn die Teilnahmeberechtigte der Kalkulation die irrtümliche Annahme der Auftraggeberin zugrunde gelegt habe, so bedürfe es hier zwingend der Berücksichtigung eines Mehrarbeitszuschlages. Sollte dieser Zuschlag nicht mitberücksichtigt worden sein, so seien die Personalkosten im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge nicht nachvollziehbar.
4. Im Formblatt K4 der Auftraggeberin sei erkennbar, dass diese den Gesamtschlag nicht auf alle Materialien angewendet habe. Wenn die Teilnahmeberechtigte dieser fehlerhaften Kalkulation gefolgt sei, verletze diese das Erfordernis einer normgemäßen Kalkulation gemäß ÖNORM B2061 und das Angebot weise einen unbehebbarer Mangel auf.
5. Die Auftraggeberin habe entgegen ihrer Festlegung in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen in ihrer K7-Kalkulation keine Kosten in den Positionen der Unterleistungsgruppen 02.01 und 02.02 für die erforderlichen Absperrungen berücksichtigt.
6. Dies gelte auch für die Positionen 02.01.43, 02.01.44, 02.01.49 und 02.02.42, welche allesamt die Baustellengemeinkosten für Nacharbeit betreffen. Hier seien in der K7-Kalkulation keine Kosten für die Baustellenbeleuchtung kalkuliert worden.
7. Ebenso fehlerhaft sei die K7-Kalkulation der Auftraggeberin in den Positionen 38.0101 und 38.0102 – es hätten die Kosten für die Entsorgung berücksichtigt werden müssen, da dies laut Positionstext verlangt sei.
8. Gemäß der Position 38.25.10 „Pfofenbelag fertigen und liefern“ sei aufgrund des eindeutigen Wortlautes auch die Lieferung geschuldet. Die Auftraggeberin habe in ihrer Kalkulation keine Transportkosten berücksichtigt. Auch in den Positionen 38.25.16 „Handläufe aus Brettschichtholz“ und 38.26.20 „Standard Holzgeländer Typ HG-1, HG-2 und HG-3“ sei ebenso die Lieferung verlangt und hätte dies bei der Angebotskalkulation berücksichtigt werden müssen.
9. In der Position 38.26.20 „Standard Holzgeländer Typ HG-1, HG-2 und HG-3“ weise die Kalkulation der Auftraggeberin eine weitere Abweichung auf: Die Auftraggeberin habe kein Brettschichtholz, sondern „Lärchenholz gehobelt“ für die Handgriffe kalkuliert, welches günstiger als Brettschichtholz sei. Wenn die Teilnahmeberechtigte dieser (falschen) Kalkulation gefolgt sei, weiche sie mit

ihrem Angebot von der Ausschreibung ab, da im LV das teurere Brettschichtholz für die Ausführung der Handgriffe gefordert werde.

10. In Position 96.01.01B sei in der Kalkulation der Auftraggeberin „diverse Stoffkosten frei Bau“ angesetzt, wodurch es zu einer unzulässigen Mischkalkulation durch Beaufschlagung von Lohnkosten mit Materialkosten komme, da hier ein Faktor für den Preisanteil Lohn ermittelt werde. Es würden die Zuschläge für Mehrarbeit am Wochenende, welche zweifelsfrei Lohnkosten darstellten, mit Materialkosten beaufschlagt.

11. In einigen der Positionen der Unterleistungsgruppe 97.03 „Regiegeräte nach Stunden inkl. Bedienung“ sei seitens der Auftraggeberin fälschlicherweise der Mittelohn für Zimmerer anstelle des korrekten Mittelohns Regie angesetzt worden. Wenn die Teilnahmeberechtigte dieser Fehlkalkulation gefolgt sei, würde das im Auftragsfall unweigerlich zu Fehlverrechnungen führen und sei das Angebot somit als Vertragsgrundlage ungeeignet.

Schließlich werde vermutet, dass die Teilnahmeberechtigte die erforderlichen Referenzen für „konstruktiven Holzbau“ nicht aufweise bzw. dass die vorgelegten Referenzen in Wirklichkeit nur Zimmermannsarbeiten im Zuge von Dachsanierungen aber ohne konstruktive Leistungen umfassten. Fraglich sei auch, ob die vorgelegten Referenzen überhaupt von der präsumtiven Bestbieterin oder von einer Tochtergesellschaft erbracht worden seien.

Der Antragstellerin erachte sich durch die Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung in ihren Rechten auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere einer gesetzeskonformen Prüfung der Angebote, Durchführung der gebotenen vertieften Angebotsprüfung und Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises, Ausscheiden von nicht ausschreibungskonformen Angeboten, insbesondere der Ausschreibung widersprechenden Angeboten und eine auf die Antragstellerin als Bestbieterin lautende Zuschlagsentscheidung, mit welchem Unternehmen der Rahmenvertrag abgeschlossen werden soll, als verletzt.

Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 14.1.2019:

Die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Die Ausschreibung samt der darin enthaltenen Amtskalkulation sei bestandsfest. Die Amtskalkulation bzw. die vorgegebenen Richtpreise dienten nur als Basis für die Ermittlung der Angebotspreise durch die Bieter. Die Amtskalkulation stelle lediglich einen Vorschlag dar, wie ein Bieter in diesem Verfahren kalkulieren könne. Die Richtpreise in der Amtskalkulation seien kostendeckend kalkuliert worden, die Amtskalkulation sei schlüssig und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar und weise einen plausiblen Gesamtrichtpreis auf. Die Antragstellerin habe auf den Gesamtrichtpreis einen Nachlass von 12,04 % gegeben und seien Nachlässe der Antragstellerin auch in den Positionen erfolgt, wo nun eine Fehlberechnung und folglich Unterdeckung des kalkulierten Richtpreises vorgebracht werde.

Zum Gesamtnachlass:

Die Teilnahmeberechtigte habe auf die Leistungsgruppen verschiedene Nachlässe gegeben, die in den K3 Blättern ermittelten Lohnpreise seien geprüft und für richtig befunden worden, sie korrespondierten mit den Kalkulationsansätzen in den K7 Blättern und seien aus Sicht der Auftraggeberin angemessen. Es gebe beim angebotenen Gesamtzuschlag im K3 Blatt für die Ermittlung des Mittellohnes kaum Differenzen zwischen der Teilnahmeberechtigte und der Antragstellerin.

Zur Arbeitspartie:

Im K3 Blatt der Amtskalkulation sei mit einer Mannschaftsstärke von 10 Mann kalkuliert. Wie sich die Partiestärke zusammensetze, hänge vom jeweiligen Einsatz ab. Erfahrungsgemäß seien die Einsätze auch nur mit 2 Mann (Kleinstleistungen) durchzuführen; die 10-Mann-Partie stelle einen Vorschlag dar. Die Zulagen seien in der Amtskalkulation derart kalkuliert, dass nicht alle Mannschaftsmitglieder einen über den Kollektivvertrag hinausgehenden Zuschlag erhielten. Welche Personen einen Zuschlag erhielten, obliege einzig und allein dem Bieter. Der Bieter müsse seine Einschätzungen für das Angebot selbst wählen. Somit ergebe sich eine Mischkalkulation. Die Nachvollziehbarkeit des K3 Blattes der Amtskalkulation sei vollständig gegeben.

Zur Wochenarbeitszeit:

Die der Ausschreibung beigelegte Detailkalkulation weise eine Wochenarbeitszeit von 39,5 Stunden auf und stütze sich auf Erfahrungswerte der Auftraggeberin. Wenn der Bieter der Ansicht sei, diese kalkulierten Wochenstunden würden nicht seiner fachlichen Erfahrungen für die ausgeschriebenen Leistung entsprechen, habe er diese in seinem Angebot durch seine Kalkulation und folglich durch seinen Angebotspreis (Auf- oder Abschlag) zu berücksichtigen. Die Antragstellerin wie auch die Teilnahmeberechtigte habe mit der im Kollektivvertrag angegebenen Wochenarbeitszeit von 39 Stunden kalkuliert.

Zur Kalkulation der Auftraggeberin:

Der Vorwurf, dass der Gesamtzuschlag auf einzelne Materialien nicht angewendet worden sei, sei falsch. Das K4 Blatt stelle lediglich eine Übersicht über die kalkulierten Materialien dar. Wesentlich sei, dass der kalkulierte Zuschlag in die Preise der Positionen einfließe. Für alle Leistungen sei der gesamte Zuschlag im K7 Blatt (Kalkulation der Einzelpositionen) gesondert angeführt. Die Einzelpositionen seien somit kostendeckend kalkuliert und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar.

Zu in Kalkulation fehlende Kosten für Absperrungen:

Die Absperrung von Baustelleneinrichtungs- bzw. Lagerflächen sei erfahrungsgemäß als sehr gering anzusehen, weil zumeist in der abgeschränkten Baustellenabsicherung gelagert werden könne – daher keine Berücksichtigung in K7. Für Baustellenabsicherung seien gesonderte Positionen im LV vorhanden. Im K3 Blatt der Amtskalkulation sei für unproduktive Maßnahmen wie Kleinreinigung, kleine Baustellensicherungsmaßnahmen und Absperrungen, Beleuchtungen, kleine Entsorgung etc. ein Zuschlag von 0,26 % auf Lohn, Material, Stoff und Gerät als „Sonstiges“ kalkuliert. Somit seien diese Leistungen insgesamt mit netto Euro 45.783 in der Amtskalkulation berücksichtigt.

Zu in Kalkulation fehlende Beleuchtung bei Nacharbeiten:

Nacharbeiten kämen erfahrungsgemäß sehr selten vor. Wie bereits ausgeführt sei die Baustellenbeleuchtung in der Ausschreibungsposition 98.0465 Scheinwerfer 500 W und somit auch in der Kalkulation im K3 Blatt berücksichtigt.

Zu in Kalkulation fehlende Kosten für Entsorgung:

Richtig sei, dass die Entsorgungskosten nicht explizit in der Leistungsposition 38.0101 und 38.0102 angeführt seien, Entsorgungskosten seien vernachlässigbar, das abgebrochene Holz werde erfahrungsgemäß von jedem Zimmermeister weiterverwendet (zum Beispiel als Hackschnitzel oder Ähnlichem). Damit seien die Entsorgungskosten mit Euro 0 zu bewerten. Im Übrigen werde wiederum auf das K3 Blatt – Gesamtzuschlag „Sonstiges“ verwiesen. Dem Bieter bleibe es unbenommen, diesen Preisvorteil nicht weiterzugeben.

Zu in Kalkulation fehlende Kosten für Transporte:

Im Positionstext für 38.2510, 38.2516, 38.620 werde das Liefern der erforderlichen Leistung verlangt. Der Vorwurf sei demnach nicht korrekt. Die Materialien würden üblicherweise von der Werkstatt zum Einsatzort mit der jeweiligen Partie mitgenommen. Die Transportkosten seien als Synergien anzusehen und seien somit auch berücksichtigt. Die Positionen seien somit kostendeckend kalkuliert und betriebswirtschaftlich nachvollziehbar. Es sei dem Bieter unbenommen, etwaige Extratransportkosten zu kalkulieren.

Zu Kalkulation Standardgeländer Holztypen:

Im Preisspeicher für die Amtskalkulation sei das Brettschichtholz gleichpreisig gegenüber dem Lärchenholz gehobelt. Die Antragstellerin habe in dieser Leistungsgruppe einen Nachlass im „Sonstigen“ gegeben, daher könne der angegebene Richtpreis nicht zu niedrig angesetzt gewesen sein.

Zu Kalkulation POS 96.01.01B Zuschläge Wochenende und Feiertage:

Arbeiten am Wochenende und an Feiertagen kämen erfahrungsgemäß sehr selten vor. Die Kalkulation stelle eine Annahme für die Leistungsansätze der ausgeschriebenen Leistung dar. Jeder Bieter habe unterschiedliche Firmenstrukturen, Standorte, Lieferanten, Fremdleister, Ressourcen etc.. Der Bieter sei verpflichtet, seine Randbedingungen in seine Kalkulation und letztendlich in die Angebotspreise einfließen zu lassen. Im gegenständlichen Verfahren sei davon ausgegangen worden, dass die durchschnittlichen Unternehmen, die an einem solchen Vergabeverfahren teilnehmen, den Wirtschaftshof als Kostenstelle führen. Kostenstellen von Wirtschaftspark, Baustofflager etc. würden üblicherweise als Fremdleistungen und folglich als

„sonstiger Anteil“ in der Kalkulation berücksichtigt. Würden an Wochenenden und Feiertagen Leistungen abgerufen und von Wirtschaftspark oder Baustofflagermaterialien benötigt werden, so würden diese Personalkosten als „Sonstiger Anteil“ berücksichtigt. Dies stelle eine normgerechte Kalkulationsführung dar.

Zur Kalkulation LG 97.03 Regiegeräte nach Stunden inklusive Bedienung:

Die Ansätze der Amtskalkulation seien derart gewählt, dass bestimmte Geräte nur von bestimmten Personen (Kategorie gemäß Kollektivvertrag) bedient werden können. Aus diesem Grunde seien unterschiedliche Personalkosten angesetzt. Der Bieter sei verpflichtet, seine Einschätzungen und Erfahrungen betreffend den Personaleinsatz in die Preisgestaltung einfließen zu lassen. Die kalkulierten Einheitspreise seien betriebswirtschaftlich eindeutig nachvollziehbar.

Zu mangelnde Referenzen:

Als Referenznachweis seien in der Ausschreibung mindestens 3 Bauvorhaben (Auftragssumme größer Euro 60.000 netto) im konstruktiven Holzbau in den letzten 3 Jahren vorgeschrieben gewesen. Von der Teilnahmeberechtigten seien 5 Referenzen übermittelt worden, die den geforderten Kriterien entsprechen.

Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten vom 2.1.2019:

Aus Sicht der Teilnahmeberechtigten sei kein Grund vorgelegen, den Auftraggeber auf etwaige Ausschreibungsfehler hinzuweisen, da keine Fehler vorgelegen wären.

Es habe eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden. Die Teilnahmeberechtigte habe sämtliche Unterlagen zur Beurteilung des Angebots vorzulegen gehabt und zu einzelnen K-Blättern genau erläutert, wie die Preisbildung erfolgt sei. Die Antragsgegnerin sei damit ihrer Verpflichtung, bei einer Abweichung um mehr als 15 % eine vertiefte Angebotsprüfung vorzunehmen, nachgekommen.

Zur Kalkulation:

Die Kalkulation sei entsprechend der Ausschreibung erstellt worden, es seien Erfahrungswerte eingeflossen. Die Teilnahmeberechtigte unterhalte in Wien einen Filialstandort samt Lager und Werkstatt und könne aus diesem Grund etwaige

Weg- und Anfahrtszeiten optimieren. Sie führe gegenständliche Leistungen bereits über Jahre für die Auftraggeberin aus. Das Team, welches zum Einsatz komme, sei im K3 Blatt entsprechend kalkuliert und entspreche dem geltenden Kollektivvertrag für Zimmermeisterarbeiten. Die Lohnnebenkosten und Lohnbestandteile seien kalkuliert, das K3 Blatt sei mit aktueller Software entsprechend der ÖNORM B2061 erstellt worden. Welche Mitarbeiter die Bestbieterin in ihrer Kalkulation vorgesehen habe, hänge von der Struktur des Unternehmens ab. Im K3 Blatt seien nur Arbeiter zu kalkulieren; Angestellte, Hilfspolier, sonstige Aufsichtsorgane, die im Angestelltenverhältnis seien, seien bei den Geschäftsgemeinkosten berücksichtigt. Unter Erschwernisse sei ein Aufschlag angeführt und bei den Geschäftsgemeinkosten ein Prozentsatz Lohn/Gehalt; mit diesen Positionen seien allfällige Zulagen für Aufsichtszimmerer bzw. Hilfspolier abgedeckt. Auch sei zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer selbst auch als Bauleiter bzw. Polier eingesetzt werde und daher im K3 Blatt nur mittelbar berücksichtigt sei. Es sei mit 39 Stunden laut Kollektivvertrag wöchentliche Arbeitszeit kalkuliert worden und liege diesbezüglich kein Kalkulationsfehler vor. Der Kalkulation lägen K7 Blätter bei, die eindeutig das Leistungsbild der jeweiligen Leistungsposition widerspiegeln. Aufgrund der Erfahrungswerte hätten sehr realistische Zeitansätze kalkuliert werden können und treffe dies auch beim Geräteinsatz zu. Dies sei in den K7 Blättern dargestellt und ersichtlich. Die Behauptung der Antragstellerin, die K3-Kalkulation widerspreche den gesetzlichen Bestimmungen des Kollektivvertrages, gehe somit ins Leere. Dass beim K4 Blatt nicht erkennbar wäre, dass diese den Gesamtzuschlag auf alle Materialien anwende, sei zu entgegnen, dass dieser Gesamtzuschlag sowohl kalkuliert worden sei und diesbezüglich kein Mangel vorliege. In welchem Bereich die erforderlichen Absperrungen berücksichtigt würden, sei Sache der Bestbieterin. Ein gesonderter Ausweis in der K7-Kalkulation bei den Positionsgruppen 02.01 und 02.02 sei diesbezüglich nicht erforderlich. Dies treffe ebenso auf die Kosten für etwaige Baustellenbeleuchtung zu. Es seien Beträge kalkuliert, welche diese Kosten abdeckten und würden dennoch umfangreiche Baustellenbeleuchtungen erforderlich, gebe es hierfür Positionen und zwar zum Beispiel 970366Z Warnleitanhänger und 970465Z Scheinwerfer 500 W. Unrichtig sei, dass keine Entsorgungskosten berücksichtigt worden wären, da im K4 Blatt die Entsorgung durch ein namhaftes Entsorgungsunternehmen verzeichnet und kalkuliert worden sei. Unrichtig sei auch, dass unter der Position 38.25.10 „Pfofenbelag fertigen

und liefern“ keine Kosten für die Lieferung berücksichtigt worden wären, da im K4 Blatt der Transport sehr wohl kalkuliert worden sei. Die behauptete Abweichung bei der Position 38.26.20 sei schlichtweg falsch. Aus dem K4 Blatt gehe hervor, dass die Bestbieterin Brettschichtholz kalkuliert habe. In der Position 96 01.01B sei von der Bestbieterin kein Preisanteil Lohn kalkuliert, auch wenn dies in der Amtskalkulation aufgeschienen sei. Der Vorwurf, dass in der Unterleistungsgruppe 97.03 seitens der Antragsgegnerin fälschlicherweise der Mittelohn für Zimmerer anstelle des korrekten Mittellohns Regie angesetzt worden sei, sei nicht gerechtfertigt, da es nicht zwingend vorgeschrieben sei, dass eine Abweichung zwischen Mittelohn Mitarbeiter und Regielohn erforderlich sei. Es sei immer ein Facharbeiter kalkuliert. Die Antragstellerin vermute Widersprüche in der Amtskalkulation zu den Bestimmungen zum Leistungsverzeichnis bzw. zum Text der Positionen des Leistungsverzeichnisses. Dazu sei anzumerken, dass die Ausschreibungsunterlagen die Vertragsbestimmungen für Bauleistungen der Stadt Wien WD 314 hiezu eine eindeutige Regelung treffen. Als höchstes Gut gelte der Positionstext samt Positionsüberschrift für die Kalkulation und werde auf § 914 ABGB hingewiesen. Festzustellen sei, dass die Antragstellerin ihrer Verpflichtung gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 zur Aufklärung oder Aufforderung zur Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen nicht nachgekommen sei und werde hingewiesen, dass alle behaupteten Ausschreibungsfehler bereits präkludiert seien. Dem Angebot der Bestbieterin seien in Summe 5 Referenzen beigelegt gewesen, alle 5 vorgelegten Referenzen seien von der Bestbieterin selbst erbracht worden und umfassten sehr wohl konstruktive Leistungen auf den Dächern wie gefordert.

Replik der Antragstellerin vom 21.1.2019:

Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, dass eine vertiefte Angebotsprüfung der zwei bestgereihten Angebote, also jenes der Teilnahmeberechtigten und der Antragstellerin erfolgt sei, so könne dies nicht nachvollzogen werden, da die Antragstellerin in keiner Weise zur Vorlage von weiteren Unterlagen oder zur Aufklärung aufgefordert worden sei. Wenn bei der behaupteten vertieften Angebotsprüfung die fehlerhafte und unvollständige Kalkulation der Antragsgegnerin als Prüfmaßstab herangezogen worden sei, so müsse dies zwangsläufig fehlschlagen, da dann eine fehlerhafte Kalkulation den Prüfmaßstab

gebildet habe. In diesem Fall könne auch nicht die Angemessenheit des Gesamtpreises der Teilnahmeberechtigten ermittelt werden.

Zur Arbeitspartie:

Wenn die Antragsgegnerin anführe, dass regelmäßig Einsätze auch nur mit 2 Mann (Kleinstleistungen) durchzuführen seien, dann sei dem entgegenzuhalten, dass diese Kleinstleistungen (= Auftragsleistungen bis Euro 2500) in den Jahren 2015-2017 nur rund 25 % der Einzelaufträge ausgemacht habe und ein redlicher Bieter daher zwingend mit größeren Arbeitspartien kalkulieren müsse. Umso mehr sei in Punkt 3.4 Gesamtzahl der Arbeitskräfte – Arbeitskräfteeinsatz – festgelegt sei, dass bis zu 7 Arbeitskräfte beizustellen seien.

Wenn die Antragsgegnerin betreffend Zulagen behaupte, dass es einzig dem Bieter obliege, welche Personen einen Zuschlag erhielten, so verwechsle diese anscheinend den überkollektivvertraglichen Mehrlohn (Zeile D des K3 Blattes) mit Zulagen und Aufzahlungen der Zeilen C, E und F des K3 Blattes. Ersterer werde tatsächlich zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber frei vereinbart, zweitere sind die dem Arbeiter zustehenden Zulagen und Aufzahlungen in den jeweiligen zwingenden Kollektivvertragsbestimmungen.

Wenn die Antragsgegnerin vorbringe, dass die Nachvollziehbarkeit der K3 Blätter in ihrer Kalkulation vollständig gegeben sei, könne dem entgegengehalten werden, dass zwar das K3 Blatt Regie mit einer kalkulierten Wochenarbeitszeit von 39,5 Stunden und einer in Zeile E ausgewiesenen Aufzahlung für Mehrarbeit von 0 % nicht korrekt sei, der Antragsteller die Korrektheit der K3 Blätter der Kalkulation der Antragsgegnerin gar nicht bestreite. Diese könnten jedoch unter Berücksichtigung des von der Bestbieterin angebotenen Nachlasses in Höhe von 27,85 % nicht ident mit den K3 Blättern der Mitbeteiligten sein und dessen Nachvollziehbarkeit werde somit bestritten.

Zur Kalkulation des Personals durch die präsumtive Bestbieterin:

Zum Vorbringen der präsumtiven Bestbieterin wird auf die Bestimmungen der ÖNORM B2061 verwiesen und habe die präsumtive Bestbieterin mit ihren Angaben zu erkennen gegeben, dass sie ihr Angebot nicht entsprechend dieser ÖNORM kalkuliert habe und damit ein fehlerhaftes Angebot gelegt habe.

Zur Kalkulation der Auftraggeberin:

Die Behauptung der Antragsgegnerin, den Gesamtzuschlag auf alle Materialien angewendet zu haben, sei falsch. Es fehlten bei den folgenden Materialien im K4 Blatt ihrer Kalkulation: Nummer 2: Leitkegel 75 cm schwer; Nummer 3: Leitbacke 100/25 inklusive Fußplatte; Nummer 14: Bauzaunelement 3,50 m/h = 2,00 m.

Die Behauptung der Antragsgegnerin, dass das K4 Blatt lediglich eine Übersicht der kalkulierten Materialien darstelle, sei falsch. Die Ausschreibung lege fest, dass mit dem Angebot neben den Kalkulationsformblättern K3 und K7 auch das Formblatt K4 abzugeben sei und sei in der ÖNORM B2061 festgelegt, dass die Kalkulationsformblätter, wie in der Norm definiert, zu verwenden seien, wenn die Antragsgegnerin die Vorlage derselben bedungen habe. Damit ergebe sich für den Bieter das zwingende Erfordernis einer Kalkulation gemäß ÖNORM B2061. Habe die präsumtive Bestbieterin also auch nur bei einem der kalkulierten Materialien den Fehler der Kalkulation der Antragsgegnerin übernommen und in ihrem K4 Blatt keinen oder einen anderen als den Gesamtzuschlag laut K3 angewendet, dann habe sie ein nicht den Erfordernissen der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt.

Ebenso falsch sei die Behauptung der Antragsgegnerin, den Gesamtzuschlag auf Materialien in allen K7-Blättern korrekt angewendet zu haben. Vielmehr habe die Antragsgegnerin in ihrer Kalkulation die fehlenden Gesamtzuschläge aus dem K4 Blatt konsequent in ihre K7 Blätter übernommen. Verwiesen werde hierzu beispielhaft auf die Position 06.02.33 (mobiler Bauzaun 2m) im K7 Blatt. In der Spalte „Sonstiges (EUR)“ errechne sich aus Herstellkosten von Euro 1 und einem Zuschlag von Euro 0,09 ein Einheitspreis je Verrechnungseinheit von Euro 1,09. Bei korrekter Anwendung des Gesamtzuschlages laut K3 Blatt in Höhe von 17 % würden Kosten von Euro 1 mit einem Zuschlag von Euro 0,17 einen Einheitspreis von Euro 1,17 ergeben. Da das Bauzaunelement 3,50 m/h = 2,00 m (Nummer 3 im K4 Blatt) aber ohne Aufschlag übernommen worden sei, komme es zu dem fehlerhaften Einheitspreis. Habe die präsumtive Bestbieterin also auch nur bei einem der kalkulierten Materialien den Fehler der Kalkulation der Auftraggeberin übernommen und in ihrem K4 Blatt keinen oder einen anderen als den Gesamtzuschlag laut K3 Blatt angewendet und das auch in ihrem K7 Blatt

fortgesetzt, dann habe sie ein nicht den Erfordernissen der Ausschreibung (gemäß ÖNORM) entsprechendes Angebot gelegt.

Zu fehlende Kosten für Absperrungen:

Die Antragsgegnerin übersehe, dass sie in ihrer Ausschreibung festgelegt habe, dass die Baustelleneinrichtungsflächen sowie Lagerungsflächen des Auftragnehmers bis zur Räumung ständig mittels eines geeigneten Mobilzaunes (2 m hohe, aneinander reihbare und untereinander kraftschlüssig verbundene Elemente mit entsprechenden Beschwerungsgewichten) abzuschränken seien. Die Kosten für die erforderlichen Absperrungen im Bereich der Baustelleneinrichtungs- sowie Lagerflächen des Auftragnehmers seien in die Baustellengemeinkosten einzurechnen. Habe die präsumtive Bestbieterin daher in den Positionen der Unterleistungsgruppe 02.01 und 02.02 keine Kosten für diese Absperrungen kalkuliert, dann habe sie in 2 kompletten Unterleistungsgruppe nicht alle direkt zuordenbaren Kosten erfasst, was zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führe und einen zwingenden Ausscheidungsgrund darstelle.

Aus dem Vorbringen der präsumtiven Bestbieterin sei zu schließen, dass diese die direkt zuordenbaren Kosten tatsächlich nicht berücksichtigt habe.

Wenn die Antragsgegnerin auf die im Leistungsverzeichnis enthaltenen Positionen für Absperrungen verweise, übersehe sie, dass sie diese in ihrer Ausschreibung als eigene Leistungspositionen ausgeschrieben habe und diese in keinerlei Zusammenhang mit den im Zuge der Baustelleneinrichtung herzustellenden und die hierfür vorgesehenen Positionen einzukalkulierenden Absperrungen stünden.

Die Antragsgegnerin führe auch an, dass sie in ihrer Kalkulation unter anderem für „kleine Baustellensicherungsmaßnahmen und Absperrungen“ einen Zuschlag von 0,26 % im K3 Blatt kalkuliert habe. Festzuhalten sei, dass die Ausschreibung Positionen für die Baustellengemeinkosten beinhalte und diese Kosten auch ausdrücklich dort zu kalkulieren seien. Wenn die präsumtive Bestbieterin der behaupteten Vorgangsweise der Antragsgegnerin gefolgt sei und die Kosten für die Absperrungen ebenfalls in diesen Aufschlag eingerechnet habe, so habe sie

damit nichts gewonnen, weil dies eine Umlagerung von Kosten darstellen würde und ihr Angebot somit eine unzulässige Mischkalkulation aufweisen würde.

Zu fehlende Beleuchtung bei Nacharbeiten:

Zum Vorbringen der Antragsgegnerin sei festzuhalten, dass Nacharbeiten offenbar doch häufig genug vorkommen, um dafür eine eigene Positionen in der Ausschreibung vorzusehen und dass gemäß Punkt 2.8.9 Nachteilsabgeltung 5 eine solche bei Abweichung von den im Vertrag angegebenen Mengen ausdrücklich ausgeschlossen sei und unter Berücksichtigung der Vertragslaufzeit von bis zu 6 Jahren niemand ausschließen könne, dass die jetzige oder eine kommende Stadtregierung die vertragsgegenständlichen Leistungen in einem wesentlich höheren Ausmaß oder gar zur Gänze in der Nacht ausführen lassen werde. Der Verweis auf die Menge gehe daher ins Leere.

Zur Position 98.0465 Scheinwerfer sei der Antragsgegnerin entgegenzuhalten, dass gemäß Ausschreibung die Kosten für die Beleuchtung ausdrücklich in die Baustellengemeinkosten einzukalkulieren seien (vgl. Position 02.02.41). Habe die präsumtive Bestbieterin daher in den Positionen 02.01.43, 02.01.44, 02.0149 und 02.02.42, welche allesamt die Baustellengemeinkosten für Nacharbeit betreffen, keine Kosten für die Beleuchtung kalkuliert, dann habe sie nicht alle direkt zuordenbaren Kosten erfasst, was zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führe.

Wenn die Antragsgegnerin auf den Zuschlag von 0,26 % auf alle Zuschlagsträger in ihrem K3 Blatt verweise, sei festzuhalten, dass die Ausschreibung Positionen für die Baustellengemeinkosten beinhalte und die Kosten für die Beleuchtung auch ausdrücklich dort zu kalkulieren seien. Ist also die präsumtive Bestbieterin der behaupteten Vorgangsweise der Antragsgegnerin gefolgt und hat die Kosten für die Beleuchtung ebenfalls in diesem Aufschlag eingerechnet, würde dies eine Umlagerung von Kosten darstellen und ihr Angebot eine unzulässige Mischkalkulation aufweisen.

Zu fehlende Kosten für Entsorgung:

Es erscheine verwunderlich, warum die Antragsgegnerin vorbringe, dass keine Kosten für die Entsorgung von abgebrochenen Holz vorzusehen seien, obwohl die präsumtive Bestbieterin im K4 Blatt die Entsorgung durch ein namhaftes

Entsorgungsunternehmen verzeichnet und kalkuliert habe. Es sei nicht erklärbar, warum die Antragsgegnerin – nach angeblich vertiefter Angebotsprüfung – nicht darauf verweise, dass diese Kosten sehr wohl von der präsumtiven Bestbieterin kalkuliert worden seien.

Auch sei nicht richtig, dass die Kosten für die Entsorgung vernachlässigbar seien. Die Wiederverwendung von Bauholz sei der absolute Ausnahmefall, weil das gegenständlich abzubrechende Material vom Außenbereich stamme, verwittert und teilweise schadhaft sei und damit anders als zum Beispiel Deckenträume oder Teile von Dachstuhlkonstruktion nicht für die Weiterverwendung als sogenanntes Altholz durch Tischler geeignet sei. Dazu komme, dass das abzubrechende Material teilweise imprägniert und selbst für die Hackschnitzelerzeugung ungeeignet sei. In jedem Fall seien aber sowohl die Entsorgung, also eine mögliche (teilweise) Zuführung von abgebrochenem Material zum Recycling, mit Kosten verbunden, die einen möglichen Wiederverkaufswert deutlich überstiegen. Es bleibe vom Gericht zu prüfen, ob die Bestbieterin in den Positionen 38.01.01 und 38.01.02 Kosten für die Entsorgung kalkuliert habe. Wäre dies nicht der Fall, dann habe sie nicht alle direkt zuordenbaren Kosten erfasst, was zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führe.

Zu Fehlende Kosten für Transporte:

Die zum Thema Beleuchtung getroffenen Aussagen könnten auch auf die Kalkulation von Transportkosten umgelegt werden. Auch diese seien zwingend zu kalkulieren: Wenn die Antragsgegnerin zu den Positionen 38.25.10, 38.265.16 und 38.25.20 ausführt, dass die Materialien üblicherweise von der Werkstatt zum Einsatzort von der jeweiligen Partie mitgenommen und daher keine Transportkosten anfallen würden, sei dem entgegenzuhalten, dass einerseits im Leistungsverzeichnis explizit festgelegt sei, dass das Liefern Teil dieser Positionen sei und es darüber hinaus keine Gewähr gebe, dass die gelieferten Materialien/Bauteile auch vom Auftragnehmer montiert würden. Ebenso gut stehe es der Antragsgegnerin oder einer der anderen bekannt gegebenen Stellen, welche Leistungen aus diesem Rahmenvertrag abrufen dürften, frei, die Materialien/Bauteile durch den Auftragnehmer herstellen und liefern zu lassen, sie durch diesen aber erst zu einem späteren Zeitpunkt oder auch überhaupt nicht montieren zu lassen, weil diese Leistung selbst erbracht werde oder die

Materialien/Bauteile eine Lagerbestellung darstellten. Eine Umlagerung der Transportkosten in die Baustellengemeinkosten (dort seien die Kosten für die Personalanfahrt/-abfahrt zu kalkulieren) stelle damit nicht nur eine unzulässige Mischkalkulation dar, sondern gehe dann völlig ins Leere.

Richtig sei, dass die Bestbieterin tatsächlich eine Betriebsstätte in Wien besitze, welche allerdings nur für das Dachdeckergewerbe gemeldet sei. Für das hier relevante Zimmerergewerbe bestehe lediglich ein Standort in D. Wenn man der präsumtiven Bestbieterin nicht unterstellen wolle, dass sie erforderliche Gewerbeanmeldungen unterlassen habe, so werde das Zimmerergewerbe nur vom Standort in D. aus ausgeübt. Wenn der Dachdecker-Standort in Wien vollumfänglich auch für Zimmererarbeiten genutzt werde, so hätte dieser Standort als weitere Betriebsstätte des Zimmerergewerbes gemeldet werden müssen.

Zu Kalkulation Standardgeländer Holztype:

Wenn die Antragsgegnerin vorbringt, dass Brettschichtholz gleichpreisig gegenüber Lärchenholz gehobelt wäre, so irre sie. Selbst im K4 Blatt ihrer Kalkulation würden Kosten von Euro 1046 pro Kubikmeter für Brettschichtholz Kosten von Euro 395 pro Kubikmeter für Lärchenholz gehobelt gegenübergestellt. Die präsumtive Bestbieterin behaupte sogar, dass sie sehr wohl Brettschichtholz kalkuliert habe, was vom Gericht zu prüfen sein werde.

Darüber hinaus fehle in der Kalkulation der Antragsgegnerin bei den Standardgeländern (Position 38.26) wie auch bei den Handläufen (Position 38.25) der laut diesen Positionen zwingend einzukalkulierende Holzschutz. Die K7 Blätter enthielten kein Holzschutzmittel. Wenn die präsumtive Bestbieterin in ihrer Kalkulation der Kalkulation der Auftraggeberin gefolgt sei und kein Holzschutzmittel kalkuliert habe, dann habe sie nicht alle direkt zuordenbaren Kosten erfasst, was zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führe.

Zu Zuschläge Wochenende und Feiertage:

Die Einlassungen der Antragsgegnerin stellten den untauglichen Versuch einer Rechtfertigung für den Ansatz von Materialkosten anstelle von Lohnkosten dar. Selbst wenn tatsächlich von den Kosten für ein „firmeninternes Profitcenter“

ausgegangen worden sei, sei auch bei dergestalt konstruierten firmeninternen Fremdleistungen korrekt zwischen den Preisanteilen für Lohn und Sonstiges zu unterscheiden und sei hier eindeutig falsch zugeordnet worden (Preisanteil Sonstiges). Sei die präsumtive Bestbieterin dieser Vorgehensweise in ihrem K7 Blatt gefolgt, stelle dies eine unzulässige Mischkalkulation dar.

Zu Kalkulation Regie Geräte:

Dass bei der Amtskalkulation nach Kategorien gemäß Kollektivvertrag unterschieden worden sei, sei falsch. Es gebe in der Amtskalkulation nur 2 Lohnarten – Leistungslohn und Regielohn. Beide leiteten sich aus der kalkulierten Arbeitspartie her – eine Unterscheidung nach der Einstufung gemäß Kollektivvertrag gebe es in der Kalkulation nicht. Die Einlassung der Antragsgegnerin, wonach der Bieter verpflichtet sei, seine Einschätzungen und Erfahrungen betreffend den Personaleinsatz in die Preisgestaltung einfließen zu lassen, gehe ins Leere, da diese Einschätzungen und Erfahrungen zwar in die Ansätze des K3 Blattes einfließen würden, nicht aber in die korrekte Anwendung der Lohnarten. Die Unterleistungsgruppe 97.03 gehöre zur Leistungsgruppe 97 „Regiearbeiten“ und es stehe dem Bieter keinesfalls frei, innerhalb dieser Leistungsgruppe zwischen den Lohnarten „Leistungslohn“ und „Regielohn“ zu wählen, sondern er sei verpflichtet, Regiearbeiten mit dem hierfür angebotenen Regielohn zu kalkulieren. Wenn die präsumtive Bestbieterin der Vorgehensweise der Antragsgegnerin gefolgt und in die Positionen der Leistungsgruppe 97 anstelle des Regielohnes den Leistungslohn kalkuliert habe, dann habe sie ein von der Ausschreibung abweichendes Angebot gelegt.

Zu mangelnde Referenzen:

Da die Antragsgegnerin keinerlei Angaben zum Inhalt der von der präsumtiven Bestbieterin vorgelegten Referenzen mache, weise die Antragstellerin nochmals auf den Unterschied zwischen „konstruktivem Holzbau“ (dem Errichten von Holzkonstruktionen wie Brücken, Stegen, Holzhäusern, Dachstuhlkonstruktion etc.) und bloßen Zimmermannsarbeiten (Dachschalung, Konterlattung, Lattung, etc.) hin. Ob die offengelegten Referenzen der Bestbieterin konstruktive Leistungen auf Dächern (gerade die Formulierung „auf den Dächern“ lasse vermuten, dass die Dachtragkonstruktion selbst bestehen blieb und es sich damit nicht um konstruktiven Holzbau (das wäre nämlich die Dachkonstruktion selbst)

handle), umfassten, wie von ihr vorgebracht, werde anhand der von ihr vorgelegten Referenznachweise zu prüfen sein.

Am 14.2.2019 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Die AG gibt zum Leistungsgegenstand an, dass es sich um Zimmererarbeiten in Wien und im Quellschutzgebiet handelt und zwar um Instandsetzungen von Fußgänger- und Radfahrstegen, den Austausch von Holzkonstruktionen, Maßnahmen, um die Gebrauchstauglichkeit aufrecht zu erhalten und die Gefährdung für die Benutzer zu beseitigen, z.B. Handläufe ausbessern, montieren. Es handelt sich immer um Wege ohne Autoverkehr.

Die Ausschreibung wurde von der AG erstellt, die Kalkulation von einem externen Sachverständigen, der heute verhindert ist.

Die Angebotsprüfung hat durch die AG stattgefunden. Der Sachverständige wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zugezogen und seine Stellungnahme ist in unseren Schriftsatz eingeflossen.

Der ASTV führt zur Bestandfestigkeit weiter aus, dass es um die Kalkulation des Angebotes geht, die Verantwortung für eine plausible und auskömmliche Kalkulation liege bei den Bietern und handle es sich im vorliegenden Fall um eine fehlerhafte Musterkalkulation. Die AST habe trotzdem richtig kalkulieren können. Zum Sachverständigen der AG werde angemerkt, dass die TNB nach ihrem Vorbringen im Schriftsatz davon Kenntnis gehabt habe. Eine sachverständige Prüfung der Angebote werde bezweifelt, da diese ohne Zuziehung des Sachverständigen, der die Kalkulation erstellt habe, erfolgt sei.

Die AG wendet ein, dass die Zuziehung eines Sachverständigen lediglich auf Grund der knappen Personalressourcen erfolgt ist und nicht, weil der AG der Sachverstand fehlen würde.

Die TNB verweist auf ihre Stellungnahme und insbesondere auf das Vorwissen und ihre Erfahrung in diesem Bereich, welche von den Mitarbeitern des Unternehmens stammt, die nach der Insolvenz übernommen wurden, und die bereits ein Mal Auftragnehmerin war. Ergänzt wird, dass die Kalkulation vom TNB selbstständig erstellt wurde, nach der ÖNORM B2061 kalkuliert wurde und eine andere Methode als bei der Musterkalkulation zur Anwendung gelangt ist.

Die AST zu ihrem Vorbringen im Antrag Seite 5, 1. Punkt: Es handelt sich um eine umfangreiche Ausschreibung mit mehr als 70 Positionen, die Leistungserbringung erfordert einen hohen Stundenaufwand, mehr als 24.000 Stunden sind schon alleine fix vorgegeben. Das macht 80 % des Gesamtstundenausmaßes aus. Beim Material ist nach unserer Branchenkenntnis der Rahmen sehr eng. Ein Nachlass von über 20 % ist kalkulatorisch nicht mehr darstellbar. Es handelt sich durch die übernommenen Mitarbeiter um zumindest angelernte Mitarbeiter und muss sich dies in der Kalkulation zeigen. Durch die hohen Fixkosten ist der eklatant hohe Preisunterschied nur durch einen sehr hohen Gesamtnachlass erklärbar.

Die AG gibt dazu an, dass eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden hat und verweist auf den Vergabeakt. Ein Gesamtnachlass wurde nicht gegeben.

Die TNB verweist dazu auf ihr Angebot und ihre K-Blätter.

Zur Arbeitszeit von 39 bzw. 39,5 Stunden wird von den Parteien auf ihr Vorbringen in den Schriftsätzen verwiesen.

Die AG zur Bestimmung der technischen Leistungsfähigkeit: Mit „konstruktiver Holzbau“ ist gemeint, der Austausch von tragenden Holzkonstruktionen, etwa dass Stützkonstruktionen von Holzbrücken getauscht werden.

Die AST gibt dazu an, dass sie die TNB mehr als Dachdecker und Spengler kennt und bei der Dachsanierung der konstruktive Holzbau eine untergeordnete Rolle spielt.

Die TNB führt aus, dass 45 % ihrer Umsätze aus der Zimmererarbeit stammt.

Die AG zur vorgenommenen Angebotsprüfung: Auf Grund einer Richtlinie werden sämtliche Angebote bei uns geprüft und in diesem Fall wurden die Bestgereihten vertieft geprüft. Wir verweisen auf den Vergabeakt und die dort dokumentierten Prüfschritte. Es wurden die Einheitspreise geprüft, eine Prüfung nach der Höherwertigkeitsklausel durchgeführt, die Löhne und die Gerätepreise überprüft und auf Plausibilität und Erfahrung analysiert. Wir haben dann auch zwei Analysen durchgeführt und die Schlüsse daraus gezogen. Es hat mit der TNB ein Bietergespräch stattgefunden.

Wenn im Vergabeakt von einer intensiven Prüfung der Preisangemessenheit gesprochen wird, dann sind diese dokumentierten Schritte gemeint, selbstverständlich wurden auch die K-Blätter geprüft.

Die AG auf Vorhalt von handschriftlichen Vermerken und Paraphen z.B. auf den K-Blättern der TNB: Es wurde jedenfalls mehr als diese Blätter geprüft, es wurden die Löhne auf die Einhaltung des Kollektivvertrages geprüft. Die Paraphen und Anmerkungen stammen von mir (Indra) und einem Mitarbeiter.

Die AG auf die Frage, woraus sie erkannt hat, welches Holz die TNB anbietet: Aus dem K7-Blatt war dies zu erkennen. Dies ergebe sich aus dem K4-Blatt.

Die AG zum Holzschutz: Bisher wurde immer imprägniertes Holz verbaut, es kam auch vor, dass hinterher eine Beschichtung aufgetragen wurde. Für diese Tätigkeit wurde keine eigene Position vorgesehen.

Die AST verweist zum Holzschutz auf die ÖNORM B3801 ff., die im Leistungsverzeichnis genannt wird und eine Imprägnierung spezifiziert vorsieht und die zu kalkulieren ist.

Die AG wendet ein, dass das Angebot der TNB der Ausschreibung entspricht.

Die TNB gibt dazu an, dass das Holz bereits imprägniert vom Vorlieferanten angeliefert wird. Dies ergebe sich aus dem K4-Blatt und den Informationen des Vorlieferanten.

Die AST bringt dazu vor, dass das Holz zuerst bearbeitet werden muss und es nicht der Praxis entspricht, dass z.B. ein Handlauf gerundet, geschliffen und imprägniert angeliefert wird.

Die AST ergänzt zur Absperrung: Laut Ausschreibung ist die Absperrung in die Baustellengemeinkosten einzurechnen. Laut ÖNORM B2061 ist die Umlegung von Baustellengemeinkosten nur dann zulässig, wenn hier keine gesonderten Positionen im Leistungsverzeichnis vorhanden sind.

Die AG: Es handelt sich nur um die Baustelleneinrichtung der Auftragnehmerin, d.h. die Abschränkung der Baustelle ist in einer eigenen Position vorgesehen (mobiler Bauzaun). Regelmäßig haben wir auch nur Tagesbaustellen. Es handelt sich um lediglich 0,03 % der Gesamtauftragssumme.

Die AST verweist dazu auf ihre Replik.

Die AG zur Beleuchtung: Für die Laufzeit von 6 Jahren sind 10 Nächte vorgesehen, in welchen Sofortmaßnahmen erforderlich sind, um Gefahren abzuwenden. Wenn sich dies im innerstädtischen Bereich abspielt, ist ausreichend Beleuchtung vorhanden. Es handelt sich um nur 0,01 % der Gesamtauftragssumme. Die Position Scheinwerfer 500 W ist vorgesehen, um die Baustelle für Passanten sicher ausgeleuchtet zu hinterlassen, falls dies etwa wegen Ausfalls der öffentlichen Beleuchtung erforderlich werden sollte.

Die TNB verweist auf ihr Vorbringen.

Die AG verweist zum Punkt Liefern/Transport auf das K4-Blatt der TNB. Das reine Anliefern von Material ist nur im Zusammenhang mit Einbauten vorgesehen.

Die AST ergänzt dazu, dass das reine Anliefern nicht ausgeschlossen ist und das K4-Blatt den Transport von Material zur Baustelle darstellt. Hier geht es jedoch um das Liefern von fertigen Konstruktionen, wofür allenfalls das K5-Blatt zu verwenden wäre.

Die TNB verweist dazu auf ihr K4-Blatt, indem auch Fertigteile angeführt seien.

Der ASTV legt einen Auszug aus dem Gewerbeinformationssystem Austria vor, dieses wird als Beilage ./A zum Protokoll genommen. Der AST verweist darauf, dass die TNB in ihrer Betriebsstätte in Wien unbefugt das Zimmerergewerbe ausübe.

Die TNB: Wir unterhalten in dieser Betriebsstätte ein Lager für verschiedene Materialien für diverse Bauvorhaben.

Der AST erscheint dieses Vorgehen der TNB nicht nachvollziehbar.

AG: In der Leistungsgruppe 97.03 „Regiearbeiten“ ist der Regielohn und die Geräte mit Bedienung erfasst. Dass wir in der Musterkalkulation in unseren K7-Blättern den Mittellohnpreis angesetzt haben, hat den Grund, dass wir den Auftragnehmern nicht vorschreiben wollen, welches Bedienpersonal (Facharbeiter, Hilfsarbeiter etc.) sie einsetzen. Dies wurde im Zuge der Angebotsprüfung bei den K7-Blättern überprüft.

Die AST entgegnet, dass unabhängig von der Kalkulation welcher Mitarbeiter eingesetzt wird, der zugrunde liegende Preis ein Regielohnpreis sein muss und kein Mittellohnpreis (MLP) sein darf. Dem Vorbringen der TNB, dass kein Unterschied zwischen MLP und Regiepreis bestehe, ist entgegenzuhalten, dass weder die AG noch die TNB ausschließen können, dass im Zuge der Leistungserbringung eine Störung bzw. eine Leistungsänderung z.B. eine Forcierung stattfindet. Eine solche könnte eine Neukalkulation der K3-Blätter zur Folge haben und einen Unterschied aufweisen. Wenn daher bei diesen Positionen in den K7-Blättern der MLP eingesetzt sein sollte, dann wäre das Angebot fehlerhaft kalkuliert und daher auszuschneiden.

Die TNB: Auch wenn der MLP dort stünde wäre der Regielohn kalkuliert worden.

Die AST zur Entsorgung: Dass bei der Entsorgung keine Kosten anfallen würden, da das Holz behandelt und wiederverwendet werde: Das EDM des

Umweltministeriums nennt den TNB nicht als Abfallbehandler, weshalb durch ein befugtes Unternehmen die Entsorgung vorzunehmen wäre.

Die TNB: Die Entsorgungskosten wurden im K4-Blatt berücksichtigt.

Der AST wurden die Erörterungen zum Vergabeakt und dem Angebot der TNB, die unter Ausschluss der AST getätigt wurden, der Antragstellerin kurz zusammengefasst mitgeteilt.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Aufgrund des Vergabeaktes, der im Verfahren gewechselten Schriftsätze und der durchgeführten mündlichen Verhandlung wird nachstehender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Rahmenvertrages als Bauauftrag, nämlich Zimmererarbeiten an Bauwerken im Kompetenzbereich der Antragsgegnerin in Wien und in den Quellschutzgebieten für die Dauer von drei Jahren mit der Möglichkeit auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Es handelt sich um Instandsetzungen von Fußgänger- und Radfahrstegen jeweils ohne Autoverkehr, den Austausch von Holzkonstruktionen und das Setzen von Maßnahmen, um die Gebrauchstauglichkeit aufrechtzuerhalten und die Gefährdung für Benutzer und Passanten zu beseitigen, z.B. Handläufe ausbessern und montieren.

Insgesamt wurden vier Angebote abgegeben. Die Teilnahmeberechtigte war nach Angebotsprüfung und unter Zugrundelegung der Zuschlagskriterien erst- und die Antragstellerin war zweitgereiht. Zwischen dem Angebotspreis der erstgereihten Teilnahmeberechtigten und dem Angebotspreis der zweitgereihten Antragstellerin ist ein Abstand von 17,97%.

Am 13.12.2018 wurde die mit gegenständlichem Antrag auf Nichtigklärung angefochtene Zuschlagsentscheidung versendet. Sie ist am selben Tag der Antragstellerin zugegangen.

Gegenständlich waren die Preise nach dem Preisauflags- und -nachlassverfahren zu kalkulieren. Die Antragsgegnerin hat die Ausschreibung erstellt, die Musterkalkulation wurde von einem externen Sachverständigen

erstellt. Der externe Sachverständige wurde der Angebotsprüfung nicht zugezogen. Die Ausschreibung und Musterkalkulation sind bestandfest. Die Anwendung der ÖNORM B2061 war laut Ausschreibung vorgesehen. Die Bieter hatten K-Blätter vorzulegen.

Die Teilnahmeberechtigte hat K3, K4 und K7 Blätter vorgelegt.

Das K3 Blatt Regielohnpreis wies in der Zeile U betragsmäßig einen Lohn aus. Im Abschnitt Zeile N bis R wurden handschriftlich zwei Zeilen mit zwei Sternen markiert und mit einem handschriftlichen Text im freien Feld zwischen Zeile W und X verbunden. Der handschriftliche Text war ein kurzer Vermerk zu diesen zwei Zeilen und bezeichnete einen Betrag, welcher geringer war als jener in Zeile U (Vergabeakt: Beilage 1, 6. Untergliederung). Dieses K3 Blatt trug einen handschriftlichen Prüfvermerk eines Mitarbeiters der Antragsgegnerin sowie die Anmerkung, dass eine Aufklärung erforderlich sei.

Am 6.11.2018 fand zwischen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten ein Aufklärungsgespräch statt, welches in einer Niederschrift dokumentiert wurde und in welchem die K3 und K7 Blätter der Teilnahmeberechtigten erörtert wurden (Vergabeakt: Beilage 1, 5. Untergliederung). Nach diesem Gespräch wurden das K3 Blatt und die K7 Blätter von der Teilnahmeberechtigten neuerlich an die Auftraggeberin übermittelt.

Das nunmehr vorgelegte K3 Blatt der Teilnahmeberechtigten weist in Zeile U jenen Betrag aus, welcher im vorangegangenen K3 Blatt handschriftlich unter Hinweis auf zwei mit Stern markierte Zeilen und einer Begründung, wonach diese zwei Komponenten kaum kalkuliert worden seien, genannt wurde. Die Werte in den mit Stern markierten zwei Zeilen wurden nicht verändert. Eine Änderung im Wert hat sich jedoch in einer Zeile ergeben, die nicht mit einem Stern gekennzeichnet war und auch im handschriftlichen Text nicht begründend erwähnt worden ist.

Auch dieses K3 Blatt trägt einen handschriftlichen Prüfvermerk der Antragsgegnerin.

In der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten, etwa in den K7 Blättern, wurde dieser Regielohn angewendet.

Im K3 Blatt der Teilnahmeberechtigten ist die kollektivvertraglich in Höhe von 15% vorgesehene Zulage für Aufsicht (§ 6 Kollektivvertrag Arbeiter Holzbau) nach den Angaben des Vertreters der Teilnahmeberechtigten in den Geschäftsgemeinkosten kalkuliert. Zur betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit dieser kalkulatorischen Vorgehensweise hat der Vertreter der Teilnahmeberechtigten angegeben, einen großen Kalkulationsspielraum betreffend seine eigene Arbeitskraft und die Ausübung der Aufsicht angenommen zu haben.

Die Antragsgegnerin hat den Zuschlag für Aufsicht wiederum in einer Position des K3 Blattes der Teilnahmeberechtigten angenommen und diesen Wert mit einer gewissen Verhältnismäßigkeit der Einsätze mit mehr als drei Arbeitnehmern erklärt.

Diese beiden Aussagen zur kollektivvertraglich vorgesehenen 15%-Zulage für Aufsicht bei mehr als drei Arbeitnehmern decken sich nicht. Eine nachvollziehbare Erklärung liegt nicht vor.

In der Ausschreibung ist zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit festgelegt (Vergabeakt: Beilage 1, 1. Untergliederung):

„Mindestanforderungen an die technische Leistungsfähigkeit bzw. Konkretisierung:

Referenznachweis betreffend der Durchführung von mindestens 3 Bauvorhaben (Auftragssumme > € 60.000 netto) im konstruktiven Holzbau in den letzten 3 Jahren.

Nachweis von mindestens 5 angemeldeten Zimmern im Jahr 2018“

Die Teilnahmeberechtigte hat fünf Referenznachweise beigebracht, welche allesamt Zimmererarbeiten umfassen. Von der Auftraggeberin wurde bei den Referenzgebern zu diesen Bauvorhaben telefonisch nachgefragt. Das Ergebnis dieser Nachfragen wurde handschriftlich auf den einzelnen Referenznachweisen vermerkt. Die fünf Referenznachweise samt diesen Vermerken wurden dem

Vergabeakt jedoch nicht angeschlossen, sie wurden im Zuge der mündlichen Verhandlung vorgewiesen.

Aus den im Vergabeakt erliegenden Angeboten ergibt sich eindeutig, dass sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch die Antragstellerin ihre Kalkulation mit den kollektivvertraglich normierten 39 Wochenstunden vorgenommen haben.

Dem K4 Blatt der Teilnahmeberechtigten ist zu entnehmen, dass der Zuschlag auf alle Materialien angewendet wurde.

Nach dem Ergebnis der mündlichen Verhandlung stellt die Absperrung der Baustelleneinrichtung lediglich 0,03 % der Gesamtauftragssumme dar. Ebenso handelt es sich nach dem unbestrittenen Vorbringen der Auftraggeberin bei der Beleuchtung um lediglich 0,01 % der Gesamtauftragssumme. Die Abschränkung der Baustelle ist in einer eigenen Position vorgesehen (mobiler Bauzaun).

Die Teilnahmeberechtigte hat in ihrem K4 Blatt ein Entsorgungsunternehmen kalkuliert.

Die Teilnahmeberechtigte verfügt in Wien über eine Betriebsstätte, welche als Lager für Kleinmaterial benutzt wird. In diesem Lager erfolgt keine Fertigung. Die Teilnahmeberechtigte verfügt an ihrem Standort in D. über das Zimmerergewerbe. Für bereits vorgefertigte Produkte ist der Transport zu kalkulieren.

Die Antragsgegnerin hat in der Verhandlung unter Hinweis auf den Vergabeakt und das K4 Blatt der Teilnahmeberechtigten die Nachvollziehbarkeit hinsichtlich der kalkulierten Holztypen im Angebot der Teilnahmeberechtigten erklären können.

Die Teilnahmeberechtigte hat in der Position 96.01.01B „Zuschläge Wochenende und Feiertage“ keinen Preisanteil Material kalkuliert (Vergabeakt: Beilage 1, 5. Untergliederung).

In der Unterleistungsgruppe 97.03 „Regie Geräte nach Stunden inkl. Bedienung“ hat die Teilnahmeberechtigte – wie in der Musterkalkulation der Auftraggeberin - den im Vergleich zum Regielohn höheren Mittellohnpreis kalkuliert.

Rechtlich folgt daraus:

Unbestritten ist die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 und führt das oben bezeichnete Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich als Bauauftrag im offenen Verfahren. Der Zuschlag soll nach den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Die Teilnahmeberechtigte war nach der Angebotsprüfung aller Angebote und vertiefter Angebotsprüfung ihres Angebotes als Zuschlagsempfängerin vorgesehen. Gegen diese Entscheidung der Auftraggeberin vom 13.12.2018 brachte die Antragstellerin als zweitgereichte Bieterin rechtzeitig gegenständlichen Antrag auf Nichtigerklärung ein.

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist rechtzeitig (§ 24 Abs. 2 WVRG 2014) und auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft wird. Die Verständigung der Antragsgegnerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2014 ist erfolgt. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Unterschwellenbereich ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, ZI. 2007/04/0010). Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht auch sonst den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2014. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärungsverfahren einzuleiten.

In den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen ist das Preisaufschlags- und –nachlassverfahren vorgesehen. Eine Musterkalkulation war der Ausschreibung angeschlossen.

Nach § 125 Absatz 3 Z 1 BVergG 2006 hat eine vertiefte Angebotsprüfung stattzufinden, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich

niedrigen Gesamtpreis aufweisen. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung der Auftraggeberin sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote (vgl. etwa VwGH vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011).

Unbestritten war mit dem Angebot der Teilnahmeberechtigten ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorgelegen und wurde von der Antragsgegnerin eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen.

Bei der vertieften Angebotsprüfung ist gemäß § 125 Abs. 4 BVergG 2006 zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Zu diesem Zweck hat der Auftraggeber gemäß Abs. 5 leg.cit. vom Bieter eine verbindliche schriftliche, bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische „Aufklärung“ verlangen. Die vertiefte Angebotsprüfung dient somit nach den genannten Bestimmungen der Überprüfung der Preise des Angebotes und nicht deren Neukalkulation, würde doch eine Neukalkulation dem Bieter die Möglichkeit eröffnen, einen ursprünglich möglicherweise unplausiblen Preis zu einem plausiblen zu machen, was dem Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz des Verfahrens widerspräche (VwGH 28. Februar 2012, 2007/04/0218 mwN)

Die Teilnahmeberechtigte hat nach den getroffenen Feststellungen im Zuge des Aufklärungsverfahrens zuerst ein K3 Blatt vorgelegt, welches einen handschriftlichen Vermerk und einen betragsmäßig geringeren Wert auswies, als im K3 Blatt in der Zeile (U) des Lohnes stand. Daraufhin veranlasste die Antragsgegnerin ein Aufklärungsgespräch, in welchem die K-Blätter Gegenstand der Erörterung waren. Nach diesem Gespräch übermittelte die Teilnahmeberechtigte unter anderem ein K3 Blatt (ohne handschriftlichen Vermerk) mit einem Lohn in der im vorangegangenen K3 Blatt handschriftlich ausgewiesenen Höhe. Eine Änderung in den Werten des K3 Blattes (zB Prozentsätzen) erfolgte lediglich in einer Zeile, welche jedoch nicht jene zwei Komponenten betraf, die im ersten K3 Blatt handschriftlich zur Begründung des geänderten Lohnes, ausdrücklich mit Stern markiert, angeführt worden waren.

Nachdem die Teilnahmeberechtigte ein zuerst nicht nachvollziehbares und nicht plausibles K3 Blatt vorgelegt und nach dem Aufklärungsgespräch ein anders

kalkuliertes K3 Blatt der Antragsgegnerin übermittelt hat, und die Änderung des neuen K3 Blattes der zuerst handschriftlich gegebenen Begründung überhaupt nicht entsprochen hat, hat sie den ursprünglich unplausiblen Preis nicht zu einem plausiblen machen können. Die Antragsgegnerin hat mit der Akzeptanz dieser Kalkulation des K3 Blattes sowie der Erklärung der Teilnahmeberechtigten den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verletzt. Für den Senat war mit dem Vorlegen eines kalkulatorisch geänderten K3 Blattes durch die Teilnahmeberechtigte das Ausmaß der Zulässigkeit der Abänderung von K3 Blättern überschritten, da mit dem neuen K3 Blatt nicht nur das alte erklärt wurde, sondern eine neue bzw. geänderte Kalkulation des Lohnes dargelegt wurde. Die Zuschlagsentscheidung war daher nichtig zu erklären.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen aufgrund ausreichender detaillierter Grundlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestanden Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, 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 (z.B. VwGH 25. Jänner 2011, 2008/04/0082).

Die von der Antragstellerin in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung sowie im weiteren Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Rechtswidrigkeiten legen dem nachprüfenden Gericht einen Maßstab nahe, welcher einem minutiösen Nachvollziehen der Kalkulation entspricht. Eine Prüfung dieses Vorbringens und eine Auseinandersetzung mit den aufgeworfenen Themen sind im Zuge des Verfahrens und in der durchgeführten mündlichen Verhandlung in groben Zügen erfolgt. Durch diese Auseinandersetzung hat das Gericht einen umfassenden

Eindruck vom Vergabeverfahren erhalten und stützt nunmehr ihre Entscheidung auf die im Verfahren als wesentlich für den Ausgang des Verfahrens anzusehenden Ergebnisse.

Es werden daher in weiterer Folge jene im Nachprüfungsantrag geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, welche etwa einen extrem geringen Anteil an der Gesamtauftragssumme ausmachen und jene geltend gemachten Rechtswidrigkeiten, die sich bereits aus dem Vergabeakt bzw. dem Angebot der Teilnahmeberechtigten ergeben haben, vom Auftraggeber sorgfältig geprüft worden sind und keinen Anlass zur Beanstandung gegeben haben, in der gegenständlichen Entscheidung nicht weiter behandelt, da – wie die Antragstellerin in ihrem Nichtigerklärungsantrag selbst anführt – bereits bei Zutreffen einer Rechtswidrigkeit die Entscheidung der Auftraggeberin nichtig zu erklären ist.

Hinsichtlich der geltend gemachten Rechtswidrigkeit in Zusammenhang mit dem laut Kollektivvertrag für Holzbau vorgesehenen Zuschlag für Aufsicht in Höhe von 15 % ist dem Vorbringen der Antragstellerin zu folgen. Weder die Antragsgegnerin noch die Teilnahmeberechtigte haben die Erfüllung dieser kollektivvertraglich zwingenden Bestimmung darlegen und nachvollziehbar erklären können. Es ist demnach auszugehen, dass diese Zulage im Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht kalkuliert worden ist.

Hinsichtlich der geltend gemachten Rechtswidrigkeit in Zusammenhang mit der Lieferung bzw. der Kalkulation der Transportkosten im Angebot der Teilnahmeberechtigten wurden von dieser im Verfahren widersprüchliche Angaben gemacht und zuletzt angegeben, dass Transportkosten zu kalkulieren seien. Der Teilnahmeberechtigten ist es daher nicht gelungen, nachzuweisen, dass sie das Liefern kalkuliert hat, weshalb der Angebotspreis nicht nachvollziehbar ist.

Hinsichtlich der geltend gemachten Rechtswidrigkeit in Zusammenhang mit der Unterleistungsgruppe 97.03 war der Argumentation der Antragsgegnerin, dass den Auftragnehmern nicht vorgeschrieben werden solle, welcher Mitarbeiter hier eingesetzt werde, nicht zu folgen und hat die Teilnahmeberechtigte in dieser Leistungsgruppe das Schema der Musterkalkulation übernommen. Da der

Mittellohnpreis höher als der Regiepreis angesetzt ist und die Teilnahmeberechtigte mit einem gewissen Kalkulationsspielraum betreffend Löhne im Verfahren argumentiert hat, erscheint diese kalkulatorische Vorgehensweise nicht nachvollziehbar.

Die Antragsgegnerin hat im Zuge der mündlichen Verhandlung zur Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit auf Unterlagen bzw. Vermerke auf Referenznachweisen verwiesen, welche dem Vergabeakt nicht angeschlossen waren und erst in der mündlichen Verhandlung vorgewiesen worden sind.

Die Antragsgegnerin ist aufgrund der im § 8 WVRG 2014 normierten Auskunftspflicht verpflichtet, dem Verwaltungsgericht Wien alle für die Erfüllung seiner Aufgaben notwendigen Auskünfte zu erteilen und alle hierfür erforderlichen Unterlagen vorzulegen. Kommt eine Auftraggeberin dieser Verpflichtung nicht nach, so kann das Verwaltungsgericht Wien aufgrund des Vorbringens des nicht säumigen Beteiligten entscheiden. Die Auftraggeberin wird auf diese Auskunftspflicht bei Einleitung des Verfahrens hingewiesen.

Die Antragsgegnerin hat demnach dem erkennenden Gericht den gesamten Vergabeakt zu übermitteln, damit das Gericht volle Kenntnis vom Vergabeverfahren erhält. Dies hat die Antragsgegnerin betreffend die Referenznachweise und deren Überprüfung nicht gemacht. Im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens ist die Säumnisfolge gegenständlich nicht beachtlich, doch wäre der Antragsgegnerin bei Vorlegen des vollständigen und gesamten Vergabeaktes bereits vor Abhaltung der mündlichen Verhandlung zu Gute zu halten gewesen, dass diese Prüfschritte vollzogen worden und auch dokumentiert sind.

Auf die zu den Referenzen im Angebot der Teilnahmeberechtigten im Verfahren erstatteten Vorbringen war angesichts der bereits oben dargestellten Rechtswidrigkeiten, die zur Stattgabe des Nichtigklärungsantrages führten, und der erst im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Vermerke nicht weiter einzugehen.

Es war spruchgemäß zu entscheiden.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014. Da die Antragstellerin obsiegt hat, hat sie Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

B e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Dr. Oppel