

Entscheidende Behörde

Vergabekontrollsenat Wien

Entscheidungsdatum

15.03.2012

Geschäftszahl

VKS-13110/11

Text**BESCHEID**

Der Vergabekontrollsenat des Landes Wien hat durch den Vorsitzenden *** und die Mitglieder *** über den Antrag der ARGE *** bestehend aus dem federführenden Mitglied a) ***; b) ***; c) ***, vertreten durch CMS Rechtsanwälte GmbH in Wien, auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens und Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend die Vergabe eines Rahmenvertrages für "Anstreicher-, Maler-, Bodenleger-Arbeiten und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger in städtischen Wohnhausanlagen der Bezirke 1-23, Ausschreibungsnummer LV/WWDT/AS-AMBR-2009-LTV" hinsichtlich des Loses KD 11 GE 1 durch die Stadt Wien - Wiener Wohnen, Doblhoffgasse 6, 1082 Wien, vertreten durch schwarz huber-medek & partner rechtsanwälte og in Wien, nach mündlicher Verhandlung in nicht öffentlicher Sitzung wie folgt entschieden:

1. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin vom 6.12.2011 betreffend das Los KD 11 GE 1 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
2. Die einstweilige Verfügung vom 20.12.2011 wird mit sofortiger Wirkung aufgehoben.
3. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

Rechtsgrundlagen: §§ 1 Abs. 1, 2 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 2, 13, 18, 19, 20, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1, 25 Abs. 1, 31 Abs. 7 WVRG 2007 in Verbindung mit §§ 2 Z 16 lit. a sublit.aa, 4, 12 Abs. 1 Z 3, 123, 125, 129, 130 Abs. 1 BVergG 2006.

Begründung

Die Stadt Wien - Wiener Wohnen (im Folgenden Antragsgegnerin genannt) führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Rahmenaufträgen zur Durchführung von Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten sowie von Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigertätigkeiten in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten. Es handelt sich um die Vergabe von Bauaufträgen im Preisauflags- und Preisnachlassverfahren. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ist sowohl im Supplement zum Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Antragsgegnerin sowie im Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Rahmenverträge sollen für die Dauer von drei Jahren mit Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre abgeschlossen werden. Die Antragsgegnerin ist in Kundendienstzentren (KD) unterteilt, die ihrerseits in jeweils mehrere Gebietseinheiten (GE) gegliedert sind. Die einzelnen Gebietseinheiten, denen jeweils ein Wohnhausbestand eindeutig zugeordnet ist, bilden die Lose des Gesamtvorhabens. Die Ausschreibung ist in insgesamt 48 Lose (Gebietsteile) gegliedert. Den Bietern stand es frei, nur für ein Los, für einige oder für alle Lose Angebote abzugeben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis". Das Ende der Angebotsfrist war nach mehrfacher Verlängerung der 30.4.2010, 9.00 Uhr. Die Angebotseröffnung fand anschließend ab 10.00 Uhr statt.

Unter anderem hat sich auch die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot für 17 Lose gelegt, darunter auch für das im Spruch genannte Los. Im Zuge der Angebotseröffnung wurde ihr Angebot hinsichtlich dieses Loses als an zweiter Stelle liegend verlesen.

Am Vergabeverfahren hat sich auch das Unternehmen *** GmbH (im Folgenden ***) beteiligt und ein Angebot für fünf Lose, nämlich die Lose KD 11, GE 1-5 gelegt. *** wurde als Ergebnis der Angebotseröffnung beim gegenständlichen Los als an erster Stelle liegend gereiht.

In der Folge hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 20.5.2011 *** mitgeteilt, dass sie beabsichtige, deren Angebot zum Los KD 11 GE 1 gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 und Abs. 2 BVergG 2006 auszuscheiden. Weiters hat sie mit gesondert ausgefertigten Zuschlagsentscheidungen bekanntgegeben zu beabsichtigen, den Zuschlag hinsichtlich dieses Loses der Antragstellerin des gegenständlichen Verfahrens erteilen zu wollen.

Sowohl die Ausscheidungs- als auch die Zuschlagsentscheidung wurden in der Folge von *** als nichtig angefochten. Hinsichtlich des gegenständlichen Loses KD 11 GE 1 wurde der Nachprüfungsantrag zu VKS - 5947/11 protokolliert.

Die Antragsgegnerin hat hinsichtlich der Lose KD 11 GE 2-6 gleichfalls Ausscheidungs- bzw. Zuschlagsentscheidungen getroffen. Zu den Losen KD 11 GE 2-3 hat die Antragsgegnerin das Angebot des Unternehmens *** hinsichtlich dieser Lose ausgeschieden und die Zuschlagsentscheidungen zugunsten der Bieterin *** Gesellschaft m.b.H. getroffen. Diese Entscheidungen sind von der Mitbewerberin *** mit Nichtigerklärungsanträgen angefochten worden. Den Anfechtungsanträgen hat der Senat mit Bescheid vom 26.7.2011, VKS - 5959/11, stattgegeben und die angefochtenen Ausscheidungs- bzw. Zuschlagsentscheidungen für nichtig erklärt. Als Begründung dafür hat der Senat im genannten Bescheid ausgeführt, dass es im Vergabeverfahren zu Bieterungleichbehandlungen gekommen sei und die ausgeschiedenen Bieter nicht mit den Ergebnissen der vertieften Angebotsprüfung konfrontiert worden sind. Diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin im vorangegangenen Verfahren VKS - 5947/11 zum Anlass genommen, die dort von *** angefochtenen Entscheidungen zurückzunehmen und *** diesbezüglich klaglos zu stellen.

In der Folge hat die Antragsgegnerin entsprechend den Vorgaben im genannten Bescheid die Angebotsprüfung fortgesetzt und schließlich mit Schreiben vom 6.12.2011, der Antragstellerin am gleichen Tage zugegangen, mitgeteilt, dass sie beabsichtige, den Zuschlag hinsichtlich des Loses KD 11 GE 1 der Billigstbieterin *** erteilen zu wollen.

Gegen diese Zuschlagsentscheidung richtet sich der am 16.12.2011 und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2007) eingelangte Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Unter umfangreicher Verwendung des im Vorverfahren VKS - 5947/11 von der Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen erstatteten Vorbringens, die der Antragstellerin als damals teilnahmeberechtigter Partei zugestellt wurden, bringt sie nunmehr im Wesentlichen vor, die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Billigstbieterin würde mehrfach gegen Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen. Sie macht zunächst geltend, dass sowohl die präsumtive Zuschlagsempfängerin als auch das Unternehmen *** Angebote für die Lose KD 11 GE 2 und 3 gelegt hätten.

Laut Gewerberegister sei Michael *** einziger gewerberechtl. Geschäftsführer für Bodenlegerarbeiten sowohl bei der *** wie auch bei der *** GmbH. Dies indiziere, da er nicht nur bei beiden Unternehmen für die Qualität der Ausführung verantwortlich sei, sondern auch bei beiden Unternehmern maßgeblich bei der Kalkulation und Angebotserstellung involviert war, einen prima facie Beweis einer wettbewerbswidrigen Absprache dieser beiden Bieter, was zum Ausscheiden beider Angebote führen hätte müssen. Überdies sei Michael *** mit 25 % an der *** GmbH beteiligt. Damit habe sich die Antragsgegnerin nicht einmal auseinandergesetzt, sodass sich die Angebotsprüfung unvollständig und das Prüfergebnis als rechtswidrig erweisen. *** gewähre beim Los KD 11 GE 1 auf 20 von 29 Obergruppen lineare Nachlässe von 62,3 %, *** in ihren Angeboten auf 21 von 29 Obergruppen Nachlässe von 62,5 %. Die gewährten linearen Nachlässe seien daher praktisch in identer Höhe erfolgt. Die Überprüfung der K 7 - Blätter hätte ergeben, dass bei 29 von 45 als wesentlich gekennzeichneten Positionen im Angebot *** die Zeitansätze zur Basiskalkulation der Auftraggeberin und die Kalkulationen der Mitbewerber um mehr als die Hälfte unterschritten wurden. Aufgrund der Personenidentität ihres gewerberechtl. Geschäftsführers sowie der aufgezeigten Angebotsauffälligkeiten sei davon auszugehen, dass *** und *** Kenntnis vom Inhalt des vom jeweils anderen Unternehmen gestellten Angebotes hatten und auch die Preisgestaltung dieser Angebote und somit deren Reihung beeinflussen konnten. Bei dieser Sachlage wäre die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, das Angebot der *** auf Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens und auf das Vorliegen eines Ausscheidungsgrundes gemäß § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG zu prüfen. Diesem begründeten Verdacht sei die Antragsgegnerin jedoch nicht nachgegangen, was zur Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung führen müsste.

Weiters macht die Antragstellerin geltend, die im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens von der Antragsgegnerin durchgeführte Prüfung der Preisangemessenheit im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe zahlreiche Mängel und Ungereimtheiten aufgezeigt, die zur Ausscheidung des Angebotes führen müssen. Dabei bezieht sie sich auf den Inhalt der von der Antragsgegnerin im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren erstatteten Schriftsätze. Es sei nicht nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin anstelle das Angebot *** neuerlich auszuscheiden beabsichtige, diesem Unternehmen den

Zuschlag zu erteilen. Für die Antragstellerin sei unerklärlich, wie die Auftraggeberin nunmehr zu einem offenbar gegenteiligen Ergebnis kommen konnte. Dazu verweist sie auf die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für eine "Musterwohnung" in der durchschnittlich zu erwartenden Wohnungsgröße. Nach Ansicht der Antragstellerin wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach wie vor auszuschneiden. Dazu komme, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein den Ausschreibungsbedingungen widersprechendes Angebot abgegeben habe, weil in den Ausschreibungsunterlagen die Anwendbarkeit der ÖNORM B 2061 bedungen wurde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihre K 3 - Blätter nicht gemäß den Bestimmungen der ÖNORM B 2061 erstellt. Letztlich macht die Antragstellerin geltend, dass es die präsumtive Zuschlagsempfängerin unterlassen habe, innerhalb der ihr gestellten Fristen die verlangten Aufklärungen zu geben oder ihre Aufklärungen nachvollziehbar zu begründen. Da *** trotz unmissverständlicher Aufforderung durch die Antragsgegnerin Informationen zu ihrer Kalkulation nicht vorgelegt oder nachvollziehbar begründet habe, sei ihr Angebot gemäß § 129 Abs. 2 BVergG 2006 auszuschneiden. Aus all diesen Gründen wäre die Zuschlagsentscheidung rechtswidrig und als nichtig aufzuheben.

Durch die angefochtene Entscheidung erachtet sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf Ausschneiden rechtswidriger Angebote von Mitbewerbern, konkret der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, in ihrem Recht auf Berücksichtigung ihres Angebotes für die Zuschlagsentscheidung und in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot unter anderem gemäß § 19 BVergG 2006 verletzt.

Im Falle der Aufrechterhaltung der Entscheidung der Antragsgegnerin, den Zuschlag der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu erteilen, würde der Antragstellerin ein von ihr näher bezeichneter Gewinn entgehen. Hinzu kämen die frustrierten Kosten der Angebotslegung sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung und letztlich der Verlust eines Referenzprojektes. Die zur Sicherung ihrer Rechtsposition beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Bescheid vom 20.12.2011 antragsgemäß erlassen. Diesbezüglich kann, um Wiederholungen zu vermeiden, auf den Inhalt dieses, den Parteien zugegangenen Bescheides verwiesen werden.

Mit Schriftsatz vom 28.12.2011 ist das für die Zuschlagsentscheidung in Aussicht genommene Unternehmen dem Verfahren als Partei beigetreten, hat die Abweisung der gestellten Anträge begehrt und zum behaupteten angeblichen "Doppelmandat" ausgeführt, Michael *** sei ihr gewerberechtlicher Geschäftsführer für Bodenlegerarbeiten. In dieser Funktion habe *** ausschließlich Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Leistungserbringung und der hierbei zu berücksichtigenden gewerberechtlichen Vorgaben, insbesondere der Qualitätskontrolle, auszuführen. Er sei in keiner Weise in die Angebotskalkulation eingebunden. Die Tatsache, dass Michael *** auch gewerberechtlicher Geschäftsführer für Bodenlegerarbeiten bei *** wäre, sei völlig unbedenklich. Die Teilnahmeberechtigte habe keinerlei Kenntnis vom Inhalt der Angebote der ***, was insbesondere auch bereits von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren ausreichend geprüft worden sei. Dazu komme, dass *** für das gegenständliche Los kein Angebot gelegt habe. In diesem Zusammenhang weist die Teilnahmeberechtigte jedoch darauf hin, dass der Vorwurf, der von der Antragstellerin diesbezüglich erhoben worden sei, auf sie selbst zurückfalle. Es sei stadtbekannt, dass sämtliche Betriebe der antragstellenden ARGE mit hoher Wahrscheinlichkeit tatsächlich dem ***-Bereich zuzuordnen seien. So sei Frau Sabine *** (geborene ***), Geschäftsführerin der *** GmbH und der Ing. *** GmbH, Ehefrau des Dr. Gerhard ***, Geschäftsführer der *** GesmbH und sei bis 5.4.2000 Geschäftsführerin und bis 30.9.2008 Prokuristin der *** gewesen. *** sei nicht nur (gemeinsam mit Frau ***) bis 12.9.2009 zu 25 % Gesellschafter der *** gewesen, sondern sei dort noch heute deren gewerberechtlicher Geschäftsführer. Derzeit seien Eigentümer der *** zwei Rechtsanwälte, die die Anteile treuhändig für die Familien *** und *** halten dürften.

Zum Vorwurf unerklärlicher "linearer" Nachlässe führt die Teilnahmeberechtigte aus, die Antragsgegnerin habe diesen Umstand eingehend bereits im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens geprüft, indem die Teilnahmeberechtigte dargelegt hat, wie sie ihr Angebot kalkuliert habe. Abgesehen davon, dass Nachlässe nur auf ganze Obergruppen gewährt werden konnten, habe sich die Teilnahmeberechtigte aufgrund einer intern durchgeführten Plausibilitätsprüfung eben nicht dazu entschieden, unterschiedliche Nachlässe auf die Preisanteile Lohn und Sonstiges einerseits und auf die verschiedenen Obergruppen andererseits zu gewähren. Die Antragsgegnerin habe auch unter Beiziehung eines externen Sachverständigen schließlich im fortgesetzten Vergabeverfahren aufgrund ergänzender Angaben das Angebot vertieft geprüft und sei zum Ergebnis gelangt, dass eine plausible Preisgestaltung vorliege. Dazu verweist sie auch auf den Umstand, dass die Antragstellerin mit ihrer Angebotssumme nur geringfügig über jener der Teilnahmeberechtigten liege. Das Angebot entspreche vollkommen den Ausschreibungsbedingungen, eine Unzulänglichkeit der von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten K 3 und K 4 - Blätter sei nicht gegeben, zumal die Teilnahmeberechtigte die Vorgabewerte der Auftraggeberin in der Musterkalkulation nicht geändert, sondern diese vielmehr ihrem eigenen Angebot zugrunde gelegt habe. Einen Ausscheidungsgrund könne dieser Umstand nicht abgeben, wenn ein Bieter die von der Auftraggeberin selbst erstellten K 3 - und K 4 - Blätter der Vorgabekalkulation seinem Angebot zugrunde legt. Die Teilnahmeberechtigte habe auch jeweils den Aufforderungen der Antragsgegnerin zur Aufklärung vollkommen und rechtzeitig entsprochen.

In ihrem Schriftsatz vom 3.1.2012 hat die Antragsgegnerin in der Sache Stellung genommen, die Abweisung der Anträge begehrt und im Wesentlichen ausgeführt, sie habe im fortgesetzten Vergabeverfahren sowohl *** als Billigstbieterin als auch die ARGE als zweitgereichte Bieterin um Aufklärung zur Kalkulation ersucht. *** habe ihre Kalkulation nunmehr im fortgesetzten Verfahren plausibel erklären und nachweisen können, weshalb die angefochtenen Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten ergangen sei. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin, *** und *** hätten verbotene Absprachen im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 getroffen, habe die Antragsgegnerin dieses Problem zwar geprüft, jedoch keinerlei Anhaltspunkte für eine verbotene Absprache gefunden. Wolle man jedoch der Argumentation der Antragstellerin folgen, dass bereits personelle Verflechtungen und Doppelmandate eine wettbewerbswidrige Absprache begründen, wäre dieser Sachverhalt auch bei der Antragstellerin selbst gegeben. Es sei stadtbekannt, "dass gerade zwischen *** und den Mitgliedern der ARGE *** enge personelle Verflechtungen - und das sogar auf Gesellschafter- und Geschäftsführerebene - bestehen und die Unternehmen evidentermaßen regelmäßig ihr Angebotsverhalten aufeinander abstimmen (nur so ist es erklärbar, dass die Unternehmen niemals Angebote in den gleichen Gebietseinheiten legen)". Zwar wurde nach Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung und vor Angebotseröffnung durch Umgründungen versucht, die personellen Verschränkungen zu verschleiern; offiziell ist Herr KR Ernst *** sowohl als Gesellschafter als auch als Geschäftsführer bzw. Prokurist in allen Unternehmen des "*** Konzerns" ausgeschieden (es liegt aber die Vermutung nahe, dass seine Geschäftsanteile treuhändig von zwei Rechtsanwälten gehalten werden). Doch zeige gerade die Geschäftspraxis, dass die Unternehmen ***, ***, ***, und *** weiterhin von denselben Personen - nämlich KR Ernst *** und seiner Schwester Sabine *** - geführt werden. Obwohl Herr KR *** formal in keinem Unternehmen mehr eine Funktion bekleide, tritt er regelmäßig im Vollmachtsnamen für diese Unternehmen auf "und trifft für diese Unternehmen bindende Entscheidungen gerade zu Kalkulations- und Abrechnungsfragen". Jedenfalls habe die Antragsgegnerin diese Frage eingehend geprüft und sowohl von *** und *** schlüssige und glaubwürdige Aufklärungen erhalten. Überdies verweist die Antragsgegnerin darauf, dass Abreden nach dem Wortlaut des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 "für den Auftraggeber nachteilig" sein müssen. Dies könne im gegenständlichen Zusammenhang schon deshalb nicht der Fall sein, weil das Angebot *** für die gegenständliche Gebietseinheit günstiger sei als jene der Mitbewerber und *** bei dieser GE kein Angebot gelegt habe. Das fortgesetzte Vergabeverfahren habe ergeben, dass ein wie von der Antragstellerin behaupteter nicht plausibel zusammengesetzter Gesamtpreis im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 nicht vorliegt. Dazu verweist die Antragsgegnerin auf die von ihr im fortgesetzten Vergabeverfahren gesetzten Schritte und Aufklärungsersuchen. Bei diesen Aufklärungsschritten habe sich die Antragsgegnerin an die Begründung im Bescheid VKS - 5962/11 gehalten. Sowohl *** als auch die ARGE seien zur Kalkulation ihrer Angebote in gleicher Tiefe befragt und um Aufklärung ersucht worden. Beide hätten umfangreiche Aufklärungen gegeben, die ihnen gestellten Fragen plausibel beantwortet und durch entsprechende Nachweise belegt. Aufgrund der zuletzt gegebenen Aufklärungen sei der von der Antragsgegnerin beigezogene externe Sachverständige BM Ing. Norbert *** nunmehr nach eingehender Prüfung in seiner gutachterlichen Stellungnahme zum Ergebnis gelangt, dass die Preise im Angebot *** aus betriebswirtschaftlicher Sicht

"nachvollziehbar erklärt worden und ... die ausgabenwirksamen Kosten durch die Preise gedeckt (sind)".

Diese Stellungnahme hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.2. 2012 beantwortet und darin insbesondere dargestellt, warum ihrer Ansicht nach der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 weiterhin vorliegt. Zur Begründung ihres ergänzenden Vorbringens stützt sie sich auf ein gleichzeitig vorgelegtes Gutachten des Sachverständigen Ing. Robert *** vom 27.2.2012. Sie macht geltend, es sei für sie nicht nachvollziehbar, wieso die Antragsgegnerin nunmehr, entgegen ihrem im Vorverfahren vertretenen Standpunkt zum Ergebnis gelangt ist, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten vergaberechtskonform kalkuliert worden ist.

In der mündlichen Verhandlung vom 1.3.2012 haben die Parteien ihre Anträge vorgetragen. Im Hinblick darauf, dass das von der Antragstellerin mit ihrem Schriftsatz vom 29.2.2012, der um 18.05 Uhr in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt ist, vorgelegte Gutachten des Ing. Robert *** nicht mehr der Antragsgegnerin sowie der Teilnahmeberechtigten zur Vorbereitung der Verhandlung vom 1.3.2012 zugestellt werden konnte, musste die Verhandlung vertagt werden. Im Anschluss an diese mündliche Verhandlung hat die Teilnahmeberechtigte mit Schriftsatz vom 7.3.2012 beantragt, die mit Bescheid vom 20.12.2011 erlassene, in der Folge um weitere vier Wochen verlängerte, einstweilige Verfügung aufzuheben, da im Hinblick auf das Verhalten der Antragstellerin von einer geänderten Interessenslage auszugehen sei. Die Antragstellerin sei an einer weiteren Verzögerung des Nachprüfungsverfahrens schon deshalb interessiert, weil im betreffenden Gebietsteil das Unternehmen *** (gemeinsam mit anderen Unternehmen) die ausgeschriebenen Malerarbeiten ausführe und diese Firmen genauso wie die Unternehmen der antragstellenden Arbeitsgemeinschaft zum "*** - Konzern" gehören. Vorweg ist dazu auszuführen, dass diesem Antrag seitens der Nachprüfungsbehörde nicht stattgegeben wurde, sondern die genannte einstweilige Verfügung erst mit dem hier angefochtenen Endbescheid aufgehoben worden ist.

In ihrer Stellungnahme vom 12.3.2012 hat die Antragsgegnerin abermals zu der von der Antragstellerin behaupteten Absprache im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG 2006 Stellung genommen und sich mit dem von der Antragstellerin vorgelegten Privatgutachten des Baumeisters Ing. *** auseinandergesetzt. Dazu hat sie ihrerseits eine ergänzende gutachterliche Stellungnahme des von ihr beigezogenen Sachverständigen Ing. *** vom 6.3.2012 vorgelegt. Auch die Teilnahmeberechtigte hat mit Schriftsatz vom 13.3.2012 zum ergänzenden Vorbringen der Antragstellerin Stellung genommen und geltend gemacht, dass das von Ing. Robert *** erstellte Gutachten von falschen Annahmen ausgeht.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schriftsatz vom 14.3.2012 Stellung genommen und eine Ergänzung des Gutachtens Ing. Robert *** vom 12.3.2012 vorgelegt.

Bei seiner Entscheidung ist der Senat zunächst vom übereinstimmenden Vorbringen der Parteien, wie es eingangs als unstrittige Feststellungen wiedergegeben wurde, ausgegangen. Weiters ist der Senat bei seiner Entscheidung vom Inhalt des Voraktes VKS - 5947/11 - der den am Verfahren beteiligten Parteien vollumfänglich bekannt ist - sowie vom unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten, der im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erstatteten Schriftsätze der Parteien und den Ergebnissen der mündlichen Verhandlungen vom 1.3. und 15.3.2012 ausgegangen. Weiters hat der Senat bei seiner Entscheidung das von der Antragstellerin vorgelegte Gutachten des Sachverständigen BM Ing. Robert *** vom 25.1.2012 berücksichtigt.

Folgende Feststellungen werden ergänzend getroffen:

Bei der Antragstellerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen in Form von Rahmenverträgen im Oberschwellenbereich (§§ 4 Z 1, 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006), die die Durchführung von laufenden "Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten und Denkmal-, Fassaden und Gebäudereinigertätigkeiten" in den von ihr verwalteten städtischen Wohnhausanlagen in allen 23 Wiener Gemeindebezirken betreffen. Die Vertragsausschreibungen umfassen überwiegend Kleinst- und Kleinaufträge, es sind nach der Ausschreibung jedoch auch Einzelabrufe bis zu einem Gesamtbetrag je Auftragserteilung von EUR 100.000 (ohne USt) möglich. Die Vertragsdauer der ausgeschriebenen Leistungen beträgt drei Jahre mit einer Option auf Verlängerung um weitere drei Jahre. Die Kundmachung des Verfahrens ist sowohl im Amtsblatt der EU als auch auf der Webseite der Stadt Wien und dem Amtsblatt der Stadt Wien ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibung wurde mehrfach berichtigt, die Berichtigungen wurden gleichfalls ordnungsgemäß kundgemacht. Die Ausschreibungsunterlagen sind in 48 Gebietsteile (= Lose) gegliedert, wobei die Bieter die Möglichkeit hatten, entweder ein Gesamtangebot für alle Lose, für einige oder nur für ein Los abzugeben. Die Bieter hatten die Möglichkeit, für jedes Los auf der Ebene von Obergruppen sowie auf die einzelnen Lose Aufschläge oder Nachlässe zu den in der Ausschreibung aufgrund einer Basiskalkulation der Auftraggeberin vorgegebenen Bezugspreisen zu geben. Einziges Zuschlagskriterium ist der "niedrigste Preis", wobei eine Teilvergabe je Los an den Billigstbieter vorgesehen ist. Das Ende der Angebotsfrist war nach mehrfacher Verlängerung der 30.4.2010, 9.00 Uhr. Die Angebotsöffnung fand anschließend ab 10.00 Uhr statt.

Insgesamt haben sich 31 Bieter am Vergabeverfahren beteiligt, darunter die Antragstellerin, die für 17 Lose Angebote gelegt hat. Die Teilnahmeberechtigte hat für fünf Lose im KD 11 Angebote gelegt, darunter für das hier gegenständliche Los KD 11 GE 1. Die Teilnahmeberechtigte liegt mit ihrem Angebot bei diesem Los preislich an erster Stelle, die Antragstellerin an zweiter Stelle.

Vorauszuschicken ist, dass die Antragsgegnerin zunächst mit Zuschlagsentscheidung vom 20.5.2011 mitgeteilt hat, der Antragstellerin hinsichtlich des Loses KD 11 GE 1 als der Zweitgereihten den Zuschlag erteilen, hingegen die Angebote der Teilnahmeberechtigten ausscheiden zu wollen. Sowohl die Ausscheidungsentscheidung als auch die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin wurden von der Teilnahmeberechtigten im vorangegangenen Verfahren VKS - 5847/11 angefochten und deren Nichtigklärung begehrt. An diesem Verfahren hat die Antragstellerin als teilnahmeberechtigte Partei teilgenommen. Nachdem mit Bescheid des Vergabekontrollsenates vom 26.7.2011 im Parallelverfahren VKS - 5959/11 (Lose KD 11 GE 2 und 3) sowohl die Ausscheidungsentscheidungen als auch die Zuschlagsentscheidungen der Antragsgegnerin je vom 20.5.2011 für nichtig erklärt wurden, hat die Antragsgegnerin die im Vorverfahren VKS - 5947/11 angefochtenen Entscheidungen zurückgezogen und das Vergabeverfahren hinsichtlich des Loses KD 11 GE 1 fortgesetzt.

Dazu hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 29. 8.2011 die Teilnahmeberechtigte mit einem mehrseitigen Schreiben zur Aufklärung von "aus Sicht des von Wiener Wohnen beigezogenen Kalkulationssachverständigen bislang noch nicht hinreichend geklärten Fragen zur Kalkulation" aufgefordert. Die Teilnahmeberechtigte hatte Aufklärung auch dort zu geben, wo sie ihrer Ansicht nach die Fragen im vorangegangenen Verfahren bereits

beantwortet haben sollte. Das Aufklärungsersuchen hat die von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Leistungs- und Mengenansätze, die Gerätekosten und Lohnkosten bei allen W-Positionsnummern sowie Materialpreise und Detailkalkulationen bei bestimmten konkret bezeichneten W-Positionsnummern betroffen. Weiters waren die kalkulierten Kosten für Fahrzeuge, sowie einzelne, genau bezeichnete Positionen im K7-Blatt aufzuklären (Aufforderungsschreiben der Antragsgegnerin vom 29.8.2011, erliegend im Prüfordner ***).

Die Teilnahmeberechtigte hat dieser Aufforderung fristgerecht mit Schreiben vom 30.9.2011 entsprochen. Diesem Aufklärungsschreiben sind zahlreiche Unterlagen zu den einzelnen Fragen samt zahlreichen internen Arbeitsberichten der Teilnahmeberechtigten zur Nachkalkulation, eine Übersicht der Geräte im Eigentum der Teilnahmeberechtigten sowie eine Vereinbarung über den Materialbezug mit einem Lieferanten angeschlossen. Dieses Aufklärungsschreiben samt Beilagen erliegt gleichfalls in der Mappe "Prüfordner 2".

Diese Unterlagen wurden von der Antragsgegnerin ihrem externen Sachverständigen Ing. Norbert *** (***) zur Beurteilung übermittelt. Ing. *** hat sich mit den von der Teilnahmeberechtigten vorgelegten Nachweisen und abgegebenen Erklärungen eingehend auseinandergesetzt und darüber ein mit 24.10.2011 datiertes, 17-seitiges Gutachten überschrieben mit "Aufklärung zur Kalkulation" abgegeben. In diesem Gutachten kommt der externe Sachverständige zum Ergebnis, dass nunmehr auf Grund der im Aufklärungsersuchen vom 29.8.2011 detailliert gestellten Fragen seitens der Teilnahmeberechtigten nachvollziehbare Erklärungen und entsprechende Belege, etwa in Form von Nachkalkulationen, beigebracht worden sind. Auf der Grundlage dieser Aufklärungen, die dem Sachverständigen bis dahin nicht zu Verfügung standen, kommt er letztlich zum Ergebnis, dass die von der Teilnahmeberechtigten in der Detailkalkulation enthaltenen Leistungs- und Mengenansätze nachvollzogen werden können. Ebenso habe die Teilnahmeberechtigte die marktpolitischen Nachweise z.B. hinsichtlich der Geräte nunmehr betriebswirtschaftlich ebenso erklärt wie die Preisbildung der Detailkalkulationen. Die Grundlage der Leistungs- und Mengenansätze der Basiskalkulation seien "somit auf den Kostengrundlagen aus den K3- und K4-Blättern richtig ermittelt". Abschließend kommt der Sachverständige zum Ergebnis, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht "die Preise

der Angebote nachvollziehbar erklärt worden (sind) und ... die außenwirksamen

Kosten durch den Preis gedeckt" sind. Diese Schlussfolgerungen des Sachverständigen sind in seinem Gutachten nachvollziehbar dargestellt und decken sich mit dem ergänzenden Inhalt der Vergabeakten. Damit war als erwiesen festzustellen, dass die Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren sehr wohl die vertiefte Angebotsprüfung fortgesetzt, die Ergebnisse entsprechend dokumentiert und das Ergebnis insbesondere nach Aufklärung in den im Schreiben vom 29.8.2011 angeführten, aufklärungsbedürftigen Punkten, nachvollziehbar dargestellt hat. Damit ist als erwiesen anzunehmen, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten hinsichtlich des gegenständlichen Loses 1 eine plausible Kalkulation aufweist und mit den angebotenen Preisen die ausgabenwirksamen Kosten der Leistungserbringung jedenfalls gedeckt sind.

Im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens hat die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigte insgesamt viermal um Aufklärung zu ihren Angeboten ersucht. Diese Aufklärungsersuchen vom 12.11.2010, 28.2.2011, 14.3.2011 und vom 6.4.2011 haben jeweils verschiedene Fragen und Positionen in den Angeboten betroffen. Es kann daher nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin die Teilnahmeberechtigte viermal zu denselben aufklärungswürdigen Positionen und Punkten um Aufklärung ersucht hat. Jedenfalls ist erwiesen, dass die Auftraggeberin in ihrem im fortgesetzten Vergabeverfahren verfassten Aufklärungsersuchen vom 29.8.2011 die Teilnahmeberechtigte mit konkreten Fragen zu konkreten Positionen konfrontiert hat, die von der Teilnahmeberechtigten eingehend und schlüssig unter Anschluss erforderlicher Beilagen beantwortet worden sind. Der Senat hat daher das Ergebnis des im fortgesetzten Vergabeverfahrens erstatteten Gutachtens des externen Sachverständigen Ing. *** als schlüssig und unbedenklich übernommen und auch seinen Feststellungen zugrundegelegt.

Die Antragstellerin hat unmittelbar vor der mündlichen Verhandlung vom 1.3.2012 ein bauwirtschaftliches Privatgutachten des SV Baumeister Ing. Robert *** vom 27.2.2012 zum Nachweis dafür vorgelegt, dass "einige auffällige Positionen im Angebot der Teilnahmeberechtigten" vorliegen. Dieses Gutachten behandelt die Preisgestaltung zu 4 Positionen, wovon eine Position als wesentlich bezeichnet ist, nämlich die Position 53.501320 Cw Linoleum 2,5 mm K134r (w). Von diesen Positionen hat der Sachverständige Ing. *** drei Positionen bauwirtschaftlich vertieft geprüft, nämlich die Pos. 53.501320 Cw, Pos. 14.45.1403 A-Stahlbeschichtung einfach und Pos. 12.45.1203 A-Holz/deckend einfach. Bei der Position 53.501320 Cw-Linoleum 2,5 mm K134r kommt er zum Ergebnis, dass "der betriebswirtschaftlich ermittelte Aufwandsatz (Materialkosten), des Preisanteils Sonstiges gemäß BVerG § 125 (4) nicht nachvollziehbar (ist). Aus Sicht des Sachverständigen liegt ein Unterpreis vor." Beim Preisanteil Lohn ist der "betriebswirtschaftlich ermittelte

Aufwandsansatz (Leistungsansatz) ... nicht nachvollziehbar". Nach Ansicht dieses

Sachverständigen liegt auch hier ein Unterpreis vor.

Der Sachverständige *** hat seiner Kalkulation insbesondere beim Preisanteil "Lohn" zugrunde gelegt, dass mit den von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Ansätzen unter Annahme der Durchführung von Bodenverlegungsarbeiten in einem WC-Raum (Abmessungen 1 m x 1,10 m), diese Zeitansätze nicht möglich wären. Dabei wird vom Sachverständigen *** nicht berücksichtigt, dass nach den Ausschreibungsunterlagen eine eigene Aufzählungsposition für Kleinflächen bis 5 m² (Pos. 53.501.331A), vorgesehen ist. Weiters hat der Gutachter die Pos. 020112007A "Entsorgen" sowie die Pos. 01010101B "Baustelleneinrichtung" ebensowenig berücksichtigt wie die Positionen für den Abbruch alter Beläge. Auch sind für die Bodenlegearbeiten eigene Positionen für Spachteln, Vorstreichen, Estrichrisse ausgleichen, Estrichrisse verbinden (jeweils in verschiedenen Höhen) vorgesehen. Aus dem Leistungsverzeichnis ergibt sich, dass unter der vom Sachverständigen *** geprüften Position nur das reine Verlegen zu kalkulieren war und für Nacharbeiten (Sockelleisten kleben) eigene Positionen vorgesehen sind (Pos. 5450209A). Damit hat der Sachverständige *** alle Positionen der OG 53, die über den reinen Einheitspreis der Position 53501320C Linoleum hinausgehen, bei seiner Kalkulation völlig außer Acht gelassen. Der Anteil der Pos. an der Gesamtausschreibung beträgt 4,82 %.

Bei den beiden weiteren, vom Sachverständigen *** untersuchten Positionen "Holzbeschichtung einfach" und "Stahlbeschichtung einfach" ist er gleichfalls zum Ergebnis gekommen, dass die von der Teilnahmeberechtigten auf die Vorgabepreise gewährten Nachlässe von 62,3 % Preise ergeben, mit denen die ausgeschriebenen Leistungen nicht erbracht werden können. Auch bei der Prüfung dieser beiden Positionen übergeht der Gutachter offenbar die gesondert ausgeschriebenen Vorarbeiten (Vorbereitung) und verletzt die Bestimmungen der ÖNORM B 2230-1 bei der Berechnung der zu streichenden Flächen. Zutreffend verweist in diesem Zusammenhang die Teilnahmeberechtigte auf Punkt 2.5.2.3.5, 2.5.2.3.6 sowie Punkt 2.5.2.3.7 und die Tabelle 2 zur ÖNORM B 2230-1. Diese beiden, nicht als wesentlich bezeichneten Positionen, haben zusammen einen Anteil an der Gesamtangebotssumme von 7,03 %.

Nach dem Inhalt der Vergabeakten, insbesondere des fortgesetzten Vergabeverfahrens steht fest, dass die Antragsgegnerin unter anderem auch zur W-Position 53.50.1320C um Aufklärung ersucht hat, die ihr in schlüssiger Art und Weise von der Teilnahmeberechtigten erteilt wurde. Die Richtigkeit der von der Teilnahmeberechtigten dazu gegebenen Aufklärung, insbesondere zur Kalkulation wurde von dem von der Antragsgegnerin beigezogenen Sachverständigen als nachvollziehbar und unbedenklich befunden, wobei die Zusatzpositionen - wie oben dargestellt - berücksichtigt wurden.

Die Teilnahmeberechtigte hat die K3- und K4-Blätter mit den Vorgabewerten der Basiskalkulation vorgelegt, sie entsprechen der Ausschreibung.

Die Bieter hatten in ihren Angeboten auch zahlreiche Bieterlücken, insbesondere zu dem verwendeten Material, auszufüllen (Bieterlückenverzeichnis Seite 55f der Ausschreibungsunterlagen). Nach den Ausschreibungsunterlagen OG 23 war eine Innenbeschichtung mit Dispersionsfarben verschiedener Qualität anzubieten (Pos. 23.4624). Das Material war vom Auftragnehmer zu wählen. Dabei war in den Unterpositionen eine I-Dispersion waschbeständig Standard, I-Dispersion waschbeständig Stiegenhaus, I-Dispersion scheuerbeständig Standard und I-Dispersion scheuerbeständig Stiegenhaus anzubieten. Die Teilnahmeberechtigte hat in der Bieterlücke (Seite 61f) ein Fabrikat angeboten. Dazu wurde sie von der Auftraggeberin aufgefordert, den Nachweis dafür zu bringen, welches konkrete Material verwendet werden soll. Bereits im ersten Teil des Vergabeverfahrens hat die Teilnahmeberechtigte diesbezüglich die erbetene Aufklärung gegeben und dazu entsprechend den Anforderungen zu den einzelnen Positionen die entsprechenden Produktdatenblätter, die alle bereits vor Angebotsöffnung erstellt worden sind, mit genauer Bezeichnung des zur Verwendung vorgesehenen Materials vorgelegt. Die in den Produktdatenblättern angeführten Eigenschaften wurden von der Auftraggeberin geprüft, sie entsprechen den Ausschreibungsunterlagen.

Bereits im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens hat sich die Antragsgegnerin mit der personellen Verflechtung einzelner Bieter bzw. Bietergruppen befasst. Bei der Teilnahmeberechtigten handelt es sich um eine GmbH, bei welcher Michael *** als gewerberechtlicher Geschäftsführer für Bodenlegearbeiten tätig ist. In dieser Funktion hat *** ausschließlich Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Leistungserbringung und der hierbei zu berücksichtigenden gewerberechtlichen Vorgaben, insbesondere der Qualitätskontrolle, auszuführen. Michael *** ist auch gewerberechtlicher Geschäftsführer für Bodenlegearbeiten bei der Bieterin ***, die für die Lose KD 11 GE 2-6 angeboten hat. Nach dem Firmenbuch ist Michael *** mit rund 25% Beteiligung auch einer von zwei Gesellschafter der *** Gesellschaft mbH, nicht jedoch Geschäftsführer dieser Gesellschaft. Die *** GmbH hat ihrerseits Angebote für die Lose KD 11 GE 1-5 gelegt. Die Antragsgegnerin, die bereits im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens eine mögliche Problematik dieser personellen Verflechtungen erkannt hat, hat diesen Sachverhalt geprüft und sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch *** mit Schreiben vom 28.2.2011 auf mögliche Verflechtungen und Parallelen in der Kalkulation der Angebote angesprochen und um Aufklärung ersucht. Sowohl die Teilnahmeberechtigte als auch *** haben in ihren Aufklärungsschreiben klargestellt, dass sie keinerlei für den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden getroffen haben. Beide haben schlüssig dargelegt, dass sie jeweils selbst

kalkuliert haben und überdies erklärt, wie sie kalkuliert haben. Anhaltspunkte für eine mögliche, wie von der Antragstellerin behauptete nachteilige Abrede finden sich in den Vergabeakten nicht, ebenso wenig finden sich weitere Indizien in diese Richtung, die von der Antragsgegnerin einer weiteren Prüfung zu unterziehen gewesen wären, zumal erwiesen ist, dass *** beim gegenständlichem Los nicht geboten hat.

Die Antragsgegnerin hat auch die linearen Preisnachlässe sowohl in den Angeboten der Teilnahmeberechtigten als auch der *** einer Prüfung unterzogen. Die Teilnahmeberechtigte hat auf 20 von 29 OLG dieselben Abschläge auf "Lohn" und "Sonstiges" in Höhe von 62,3% angeboten; *** hat auf 21 von 29 OLG Abschläge in Höhe von 62,5% angeboten. Die Vergleichstabelle in den Vergabeakten zeigt, dass bei wesentlichen Positionen teilweise, jedoch nicht immer Übereinstimmungen bestehen. Auch handelt es sich nicht immer um denselben Prozentsatz und die gleichen OLG's. Ansatzpunkte für nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden sind in den Angeboten der beiden genannten Unternehmen nicht zu finden.

Die Teilnahmeberechtigte war in den letzten Jahren mehrfach für die Antragsgegnerin im Projektgeschäft tätig. Es hat sich dabei um solche Aufträge gehandelt, wie sie gegenständlich ausgeschrieben sind. Die Antragstellerin hat ihre Angebote auch aufgrund ihrer Erfahrungen mit der bisherigen Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen in den gegenständlichen Losen kalkuliert und dazu im zweiten Abschnitt des Nachprüfungsverfahrens entsprechende Nachkalkulationen, die schlüssig und nachvollziehbar sind, vorgelegt (Protokoll v. 15.3.2012, Seite 6).

Zusammenfassend hat das Nachprüfungsverfahren ergeben, dass trotz der personellen Verflechtung zwischen der Teilnahmeberechtigten und der Mitbewerberin *** Indizien oder Hinweise darauf, dass - wie von der Antragstellerin vorgebracht - nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstoßende Abreden nicht vorliegen. Dazu kommt, dass *** bezüglich des gegenständlichen Loses ein Angebot nicht gelegt hat. Das Nachprüfungsverfahren hat auch ergeben, dass die Antragsgegnerin im fortgesetzten Vergabeverfahren sowohl der Teilnahmeberechtigten als auch der Antragstellerin konkrete Fragen zur Aufklärung gestellt hat und ihr von der Teilnahmeberechtigten die gewünschten Auskünfte umfassend und nachvollziehbar erteilt worden sind. Eine vertiefte Angebotsprüfung hat stattgefunden, der Gang derselben sowie deren Ergebnis ist nachvollziehbar und gründlich dokumentiert, ein Widerspruch gegen die Ausschreibungsbedingungen konnte nicht festgestellt werden. Schlüssig hat die Antragsgegnerin dargestellt, dass aufgrund der im fortgesetzten Vergabeverfahren ihr von der Teilnahmeberechtigten erteilten Auskünfte, Berichtigungen und Vorlage von entsprechenden Unterlagen eine abschließende, vertiefte Angebotsprüfung ermöglicht worden ist, die eben zu einem anderen Ergebnis führen musste, als wie es zunächst im vorangegangenen Verfahren geführt hat.

Die Zuschlagsentscheidung für das gegenständliche Los zugunsten der Teilnahmeberechtigten vom 6.12.2011 ist der Antragstellerin am gleichen Tage im Faxwege zugekommen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist am 16.12.2011 und damit rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007 in der Geschäftsstelle des Vergabekontrollsenates eingelangt.

Diese Feststellungen gründen sich teilweise, soweit sie den Gang des Vergabeverfahrens betreffen, auf das übereinstimmende Vorbringen der am Verfahren beteiligten Parteien sowie den unbedenklichen Inhalt der Vergabeakten. Die jeweiligen Fundstellen wurden im Rahmen der Feststellungen angegeben. Das Nachprüfungsverfahren hat ergeben, dass die Antragsgegnerin nach Zurücknahme ihrer zunächst angefochtenen Entscheidungen das Vergabeverfahren entsprechend der Begründung im aufhebenden Bescheid VKS - 5959/11 ergänzt und konkrete Vorhaltungen sowohl der Teilnahmeberechtigten, aber auch der Antragstellerin gemacht hat. Die Auswertung der Angaben der Teilnahmeberechtigten, die konkrete Antworten auf die ihr konkret gestellten Fragen gegeben hat, ist in den Vergabeakten entsprechend dargestellt (Prüfordner 2). Das in den Vergabeakten dokumentierte Ergebnis, insbesondere das Ergebnis des Gutachtens Ing. *** ist schlüssig und nachvollziehbar, weshalb es vom erkennenden Senat auch seinen Feststellungen als unbedenklich zugrundegelegt worden ist. Hingegen war das von der Antragstellerin am 29.2.2012 vorgelegte Gutachten des Baumeisters Ing. *** nicht geeignet das Ergebnis des Gutachtens Ing. *** zu erschüttern.

Der Sachverständige Ing. *** führt in seinem Gutachten aus, dass er drei Positionen, davon eine Position, die als wesentlich gekennzeichnet ist, "bauwirtschaftlich vertieft geprüft" hat. Die Angebotsanalyse hat er nach der ABC Analyse durchgeführt, wonach angenommen wird, dass ca. 20 % der Positionen 80 % der Kosten verursachen. Bei der ABC Analyse werden die Positionen mit wesentlichen Kostenanteilen an den Gesamtkosten analysiert, weiters erfolgt eine Analyse jener Positionen, welche Abweichungen zwischen den Bietern aufweisen, sowie für die wesentlichen (w) Positionen. Wie bereits dargestellt, hat sich der Sachverständige *** nur mit der Prüfung von drei Positionen, davon einer wesentlichen Position begnügt, ohne eine Stellungnahme dazu abzugeben, ob der von der Teilnahmeberechtigten angebotene Gesamtpreis plausibel ist. Die Vorgangsweise des Sachverständigen *** lässt unberücksichtigt, dass in den bestandfesten

Ausschreibungsunterlagen wesentliche Positionen definiert und auch ausdrücklich als solche bezeichnet wurden. In den bestandfest gewordenen Vergabeverfahrensbestimmungen wird ausdrücklich festgehalten, dass im Falle einer vertieften Angebotsprüfung vom jeweiligen Bieter nur der "... Nachweis der ordnungsgemäßen Kalkulation dieser wesentlichen Positionen durch Vorlage einer entsprechenden Detailkalkulation verlangt" wird (Punkt 2.21.3 der Ausschreibungsbestimmungen). Damit erweist sich die vom Sachverständigen Ing. *** vorgenommene bauwirtschaftlich vertiefte Prüfung als wenig aussagekräftig. Die von ihm angestellten Überlegungen und "Berechnungen" zu den Positionen Stahlbeschichtung einfach und Holzdeckend einfach sind keine wesentlichen Positionen und daher - abgesehen davon, dass sie bloß 4,82 % bzw. 2,21 % des Auftragsvolumens ausmachen - für die vertiefte Angebotsprüfung irrelevant. Das Ergebnis dieses Gutachtens ist daher nach Ansicht des Senates nicht geeignet, das eingehende und schlüssige Gutachten des von der Antragsgegnerin beigezogenen Sachverständigen Ing. *** zu erschüttern. Im Hinblick auf das klare Ergebnis im Gutachten des SV Ing. ***, das durch den Inhalt der Vergabeakten vollkommen gedeckt ist, hat es sich für den Senat auch erübrigt, Gutachten eines externen Sachverständigen zur Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, einzuholen. Es trifft zwar zu, dass der Verwaltungsgerichtshof zuletzt darauf abgestellt hat, dass die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit " in der Regel aus sachverständiger Sicht" zu beurteilen ist (vgl. VwGH 22.11.2011, Zl. 2007/04/0201 u.a.). Eine Beurteilung aus sachverständiger Sicht setzt jedoch nicht zwingend die Erstellung eines Gutachtens durch einen externen Sachverständigen voraus. Vielmehr kann eine Beurteilung "aus sachverständiger Sicht" auch durch die Vergabekontrollbehörde selbst erfolgen, sofern diese über die notwendige Fachkunde verfügt. Durch die Mitglieder des angerufenen Senates ist gewährleistet, dass die erforderliche Fachkunde gegeben ist, die ausreicht zu beurteilen, ob das Gutachten des von der Antragsgegnerin beigezogenen Sachverständigen schlüssig und nachvollziehbar ist und ob dessen Ergebnis im Einklang mit den Ergebnissen der vertieften Angebotsprüfung steht. Dabei obliegt dem Senat nur eine Grobprüfung, zumal der Verwaltungsgerichtshof in seinem Erkenntnis vom 25.1.2011, Zl. 2008/04/0082 ausgeführt hat: "Das BVergG 2006 konkretisiert nämlich nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar". Ausgehend von diesen Überlegungen hat der Senat davon abgesehen, die eindeutigen und nachvollziehbaren Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung einer weiteren Überprüfung durch einen weiteren Sachverständigen zu unterziehen und ist - wie bereits ausgeführt - bei seinen Feststellungen den Ergebnissen im Gutachten des SV Ing. *** gefolgt.

Die Feststellungen hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Stellung des Unternehmers Michael *** gründen sich vornehmlich auf die in den Akten erliegenden Firmenbuchauszüge. Erwiesen ist, dass bereits im ersten Abschnitt des Nachprüfungsverfahrens die Antragsgegnerin eine mögliche Problematik dieser firmenrechtlichen Stellung und Beteiligungen des Michael *** einer Prüfung unterzogen hat, sich Anhaltspunkte dafür, dass sittenwidrige, verbotene oder gegen den Wettbewerb verstoßende Absprachen zwischen der Teilnahmeberechtigten und dem Unternehmen *** vorlägen, jedoch nicht ergeben haben. Entgegen dem Vorbringen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten hat der Senat davon Abstand genommen, die Frage der Beteiligungsverhältnisse bei den Unternehmen der Antragstellerin bzw. des bei anderen Losen als Bieterin aufgetretene Unternehmens *** einer Prüfung zu unterziehen. Der Vorwurf der Antragstellerin, die im nunmehrigen Nachprüfungsverfahren im Wesentlichen das Vorbringen der Antragsgegnerin im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VKS - 5947/11 wiederholt hat, es sei ihr unerklärlich, wie die Antragsgegnerin nunmehr zum Ergebnis gelangen konnte, dass der Teilnahmeberechtigten der Zuschlag für dieses Los zu erteilen ist, wurde von der Antragsgegnerin schlüssig damit erklärt, dass dem von ihr beigezogenen Sachverständigen nunmehr im fortgesetzten Vergabeverfahren aufgrund entsprechend konkret gestellter Fragen entsprechend konkret gegebene Antworten zur Verfügung standen, die notgedrungenmaßen zu einer anderen Beurteilung der Angebote geführt haben. Diese Erklärung war für den Senat plausibel, zumal sie vollständig durch den Inhalt der sorgfältig geführten Vergabeakten gedeckt ist.

Aus den Vergabeakten konnte auch festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin die Qualität der von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Materialien anhand der von ihr vorgelegten Produktdatenblätter entsprechend geprüft und für in Ordnung befunden hat. Jedenfalls zeigen die Vergabeakten, dass die Antragsgegnerin ihrer Prüfpflicht nach § 123 Abs. 2 BVergG 2006 in ausreichendem Umfang und mit nachvollziehbarem Ergebnis nachgekommen ist. Die Feststellungen, dass die Teilnahmeberechtigte in den letzten Jahren die ausgeschriebenen Leistungen im Bezirk Simmering, in dem sie auch ihren Firmensitz hat, in zahlreichen Fällen erbrachte und dass es in diesem Zeitraum keinerlei Beanstandungen seitens der Antragsgegnerin gegeben hat, gründet sich auf die Erklärung der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vom 15.3.2012.

In seiner rechtlichen Beurteilung dieses Sachverhaltes hat der Senat erwogen:

Bei der Antragsgegnerin handelt es sich unstrittig um eine öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zum Abschluss eines Rahmenvertrages über die Durchführung von "Anstreicher-, Maler-, Bodenlegerarbeiten und Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigertätigkeiten" in den von ihr in allen 23 Wiener Bezirken verwalteten Objekten.

Nach den Ausschreibungsunterlagen soll der Zuschlag je Los nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden. Da der Zuschlag bei den gegenständlichen drei Losen noch nicht erteilt wurde, ist der Vergabekontrollsenat gemäß § 11 Abs. 2 Z 2 WVRG 2007 zur Durchführung des Nichtigerklärungsverfahrens zuständig.

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

Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betrifft die Vergabe des Loses KD 11 GE 1. Die Antragstellerin hat sich am Vergabeverfahren beteiligt und bezüglich auch dieses Loses rechtzeitig ein Angebot gelegt. Nach den Ergebnissen der Angebotseröffnung liegt sie bei diesem Los mit ihrem Angebot preislich an zweiter Stelle.

Die Zuschlagsentscheidung für das Los KD 11 GE 1 ist der Antragstellerin am 06.12.2011 im Faxwege zugegangen. Ihr am 16.12.2011 eingelangter Nachprüfungsantrag ist daher rechtzeitig im Sinne des § 24 Abs. 1 WVRG 2007.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich des mehrfach genannten Loses erweist sich im Ergebnis jedoch als nicht berechtigt.

Die Antragstellerin macht zunächst geltend, die Antragsgegnerin hätte ihre Prüfpflicht nach § 123 Abs. 2 Z 1 BVerG 2006 dadurch verletzt, dass sie eine personelle Verschränkung zwischen der Teilnahmeberechtigten und dem gewerberechtlichen Geschäftsführer für Bodenlegerarbeiten der Mitbewerberin *** Michael *** im Hinblick auf dessen wesentliche Beteiligung an der *** GmbH als Gesellschafter nicht näher geprüft habe. Das Nachprüfungsverfahren hat dazu eindeutig ergeben, dass bereits im ersten Teil des Vergabeverfahrens diese Problematik von der Antragsgegnerin aufgegriffen und einer entsprechenden Prüfung unterzogen worden ist. Das Ergebnis dieser Überprüfungen, in deren Rahmen sowohl Michael *** als auch die Teilnahmeberechtigten zu umfangreichen Stellungnahmen aufgefordert wurden, ist in den Vergabeakten ausreichend dokumentiert.

Ohne auf die Ausführungen der Teilnahmeberechtigten und der Antragsgegnerin zu diesem Thema, womit sie vor allem eine vergleichbare "bedenkliche" Situation im Bereich der Antragstellerin thematisieren, einzugehen, hat das Nachprüfungsverfahren jedenfalls ergeben, dass die Antragsgegnerin sehr wohl diese Frage einer Prüfung unterzogen hat, jedoch weder Hinweise noch sonst Anhaltspunkte für ein derartiges, vergaberechtlich verpöntes Bieterverhalten gefunden hat. Zutreffend verweist die Antragsgegnerin darauf, dass sie als Auftraggeberin die Beweislast für das Vorliegen einer verpönten Abrede im Sinne des § 129 Abs. 1 Z 8 BVerG 2006 treffen würde. Kann ein Auftraggeber einem Bieter das Vorliegen einer derartigen verpönten Abrede nicht mit der für die Prüfung von Angeboten erforderlichen Sicherheit nachweisen, muss er vom Ausscheiden des betroffenen Angebots aus diesem Grunde Abstand nehmen (vgl. S/A/F/T RZ 85 zu § 29 bzw. 114 zu Rz § 129 und die dort zitierte Judikatur). Da keine konkreten Hinweise für, für "den Auftraggeber nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbes verstoßende Abreden" gefunden werden konnten, ist der Ausscheidungsgrund des § 129 Abs. 1 Z 8 BVerG 2006 nicht gegeben und wäre damit eine Ausscheidung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt.

Es trifft zwar zu, dass in den Angeboten der Teilnahmeberechtigten als auch von *** nahezu idente, lineare Nachlässe bei einzelnen Positionen gefunden werden können. Die im Akt erliegende Vergleichstabelle der Antragsgegnerin zeigt jedoch bei den wesentlichen Positionen, dass nicht immer eine derartige Übereinstimmung gegeben ist. Nicht immer liegt derselbe Prozentsatz und nicht immer der gleiche Nachlass bei den gleichen Oberleistungsgruppen vor. Dazu kommt, dass die Teilnahmeberechtigten mit ihren Angeboten teilweise nach den Angeboten des Unternehmens *** liegt, sodass in diesem Bieterverhalten jedenfalls nicht eine für den Auftraggeber nachteilige Abrede erblickt werden kann. Soweit die Antragstellerin die nahezu identen, linearen Nachlässe in den Angeboten der Teilnahmeberechtigten und *** thematisiert, stützt sie sich nahezu vollständig auf das Vorbringen der Antragsgegnerin in den vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VKS - 5947/11).

Die Prüfung der Preisansätze und der Kalkulation wurde im fortgesetzten Vergabeverfahren von der Antragsgegnerin in umfassender und sorgfältiger Weise, wobei sie sich an die Begründung im Bescheid VKS - 5959/11 gehalten hat, durchgeführt. So hat sie mit Schreiben vom 29.8.2011 konkrete Fragen gestellt, die von der Teilnahmeberechtigten entsprechend umfassend beantwortet und mit Unterlagen belegt wurden. Diese Antworten und Unterlagen sind vom Gutachter der Antragsgegnerin beurteilt und bewertet worden und haben, da sie teilweise völlig neue Aspekte ergeben haben, zu einem anderen Ergebnis geführt, als im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren. Im fortgesetzten Nachprüfungsverfahren sind aufgrund der konkreten Fragestellungen überprüfbare Aufgliederungen der Preise vorgelegt, Erklärungen der Kalkulationsgrundlagen im geforderten Ausmaß gegeben und als betriebswirtschaftlich nachvollziehbar gewertet worden. Neuerlich geprüft wurde durch die Antragsgegnerin auch, ob die ausgabenwirksamen Kosten durch die angebotenen Preise gedeckt sind. Die Kostendeckung wurde vom Gutachter der Antragsgegnerin bestätigt, dessen Ergebnis wurde auch vom erkennenden Senat als unbedenklich und nachvollziehbar übernommen und seiner Entscheidung zugrundegelegt.

Die Antragstellerin macht schließlich geltend, das Angebot der Teilnahmeberechtigten weise unbehebbar Angebotsmängel auf, die zum Ausscheiden führen müssten. Derartige unbehebbar Mängel liegen, nach Ergänzung des Vergabeverfahrens insbesondere aufgrund der erschöpfenden Auskünfte der Teilnahmeberechtigten, wie bereits oben ausgeführt, nicht vor. Im Ergebnis ist der im Los KD 11 GE 1 angebotene Gesamtpreis nachvollziehbar und werden damit die ausgabenwirksamen Kosten gedeckt. Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 15.3.2012 ergänzend vorgebracht hat, die Teilnahmeberechtigte hätte das Bieterlückenverzeichnis nicht entsprechend ausgefüllt, was gleichfalls einen Ausscheidungsgrund bilden müsste, hat das Nachprüfungsverfahren dazu ergeben, dass die Teilnahmeberechtigte sehr wohl im Bieterlückenverzeichnis einen Erzeuger der nach dem Leistungsverzeichnis verlangten Farbe eingesetzt hat. Über Aufforderung bereits im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens hat die Teilnahmeberechtigte sodann durch Vorlage von Produktdatenblättern den Nachweis erbracht, dass die von ihr für die Ausführung der Leistungen in Aussicht genommenen Materialien den Erfordernissen in den Ausschreibungsunterlagen vollkommen entsprechen. Dieser Umstand ist nachweislich von der Auftraggeberin geprüft worden. Selbst wenn man annimmt - wie die Antragstellerin vermeint - es wäre bereits mit dem Angebot ein genau bezeichnetes Produkt einzusetzen gewesen, so würde es sich bei der Angabe bloß des Fabrikates allenfalls um einen der Verbesserung zugänglichen Mangel handeln, weil die Teilnahmeberechtigte ohnedies ein Fabrikat angeboten hat. Damit hat sie entsprechend der gesetzlichen Vermutung des § 108 Abs. 2 BVergG 2006 durch Abgabe ihres Angebotes jedenfalls erklärt, dass sie die Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen kennt und die Leistungen zu diesen Bestimmungen erbringen wird. In diesem Sinne erweist sich die Aufforderung der Antragsgegnerin an die Teilnahmeberechtigte, die genaue Produktbezeichnung anzugeben und den Nachweis dafür zu erbringen, dass mit diesen zur Verwendung vorgesehenen Produkten den Anforderungen an die Dispersionsfarbe in OG 23 entsprochen wird, als vergaberechtlich zulässig und unbedenklich. Ein Ausscheidungsgrund diesbezüglich ist damit nicht gegeben.

Schließlich wendet sich die Antragstellerin in ihrem Nichtigkeitsantrag dagegen, dass der Teilnahmeberechtigten unzulässiger Weise mehrfache Mängelbehebungsversuche eingeräumt worden wären. Wie das Nachprüfungsverfahren ergeben hat und wie auch in den Vergabeakten eindeutig belegt ist, hat die Antragsgegnerin im ersten Abschnitt ihres Vergabeverfahrens die Teilnahmeberechtigte mit drei Schreiben, nämlich vom 28.2.2011, 14.3.2011 und 6.4.2011 um Aufklärung zur Kalkulation ersucht. Wie bereits in dem, beiden Parteien dieses Verfahren vorliegenden Bescheid des Senates vom 26.7.2011, VKS - 5959/11 festgestellt wurde, hatten die ersten beiden Schreiben nicht die gleichen aufzuklärenden Umstände zum Inhalt und war das dritte Schreiben vom 6.4.2011 derartig allgemein gefasst, dass mit einer konkreten Beantwortung durch die Teilnahmeberechtigte nicht zu rechnen war. Diesbezüglich kann auf den Inhalt dieses Bescheides, der auch im gegenständlichen Verfahren als verlesen gilt, verwiesen werden. Nunmehr hat die Antragsgegnerin im fortgesetzten Verfahren mit 29.8.2011 alle offenen Fragen zusammengefasst, konkret bezeichnet und konkrete Fragen gestellt. Diese Fragen wurden von der Teilnahmeberechtigten rechtzeitig und umfassend - wie bereits mehrfach ausgeführt - beantwortet, sodass für die nunmehr angefochtene Entscheidung eine neue Sachverhaltsgrundlage geschaffen war. Es kann daher nicht die Rede davon sein, dass die Antragsgegnerin unzulässiger Weise der Teilnahmeberechtigten mehrfach die Möglichkeit eingeräumt hätte zum gleichen Themenkreis Aufklärungen zu geben. Gerade dies, so hat das nunmehr durchgeführte Nachprüfungsverfahren ergeben, ist nicht der Fall gewesen.

Zusammenfassend ist auszuführen, dass das Nachprüfungsverfahren ergeben hat, dass die von der Antragstellerin behaupteten Ausscheidungsgründe des § 129 Abs. 1 Z 3 und 8 bzw. Abs. 2 BVergG 2006 nicht vorliegen. Aus diesen Gründen war daher der Antrag auf Nichtigkeitsklärung der Zuschlagsentscheidung vom 6.12.2011 abzuweisen.

Mit dieser Entscheidung ist das Nachprüfungsverfahren beendet, weshalb die mit Bescheid vom 20.12.2011 erlassene einstweilige Verfügung gemäß §§ 31 Abs. 7 WVRG 2007 mit sofortiger Wirkung aufzuheben war.

Die Entscheidung über das Kostenbegehren gründet sich auf § 19 Abs. 1 und 3 WVRG 2007; die in Abs. 1 angeführten Voraussetzungen liegen nicht vor.

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