

TE Lvwg Erkenntnis 2023/10/18 VGW-123/072/9969/2023

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 18.10.2023

Entscheidungsdatum

18.10.2023

Index

97 Öffentliches Auftragswesen

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

Norm

BVergG 2018 §141 Abs1 Z7

BVergG 2018 §2 Z15 lita sublitaa

WVRG 2020 §8 Abs2 Z2

1. BVergG 2018 § 141 heute
2. BVergG 2018 § 141 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 2 heute
2. BVergG 2018 § 2 gültig ab 01.10.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 2 gültig von 01.03.2026 bis 30.09.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
4. BVergG 2018 § 2 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Maga Mandl als Vorsitzende, die Richterin Dr.in Lettner und den Richter Dr. Oppel über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "..., B.-straße", Maler- und Anstreicherarbeiten, der Stadt Wien, Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, durch Verkündung

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.07.2023 wird abgewiesen.römisch eins. Der Antrag auf Nichtigklärung der Ausscheidensentscheidung vom 19.07.2023 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.römisch zwei. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist unzulässig.römisch drei. Die ordentliche Revision ist unzulässig.

Entscheidungsgründe

Die Stadt Wien, Wiener Wohnen (in der Folge: Auftraggeberin), führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Werkvertrags (Bauftrag) betreffend Maler- und Anstreicherarbeiten (ca. 3.000 m² Lackbeschichtungen und ca. 13.000 m² Dispersionsbeschichtung) in Wien ..., B.-straße.

Die A. GmbH (in der Folge: Antragstellerin) hat ein Angebot abgegeben. Dieses Angebot wurde am 19.7.2023 ausgeschieden. Eine Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin nicht zugestellt.

Die Antragstellerin bekämpft die o.a. Ausscheidensentscheidung mit dem verfahrensgegenständlichen Nachprüfungsantrag vom 28.7.2023. Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig und zulässig.

Die Antragstellerin macht zunächst Ausführungen betreffend die Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags, die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts Wien und zur Entrichtung der Pauschalgebühren. Die Antragstellerin hat 11.407,50 Euro an Pauschalgebühren (7.605,00 Euro für den Nachprüfungsantrag und 3.802,50 Euro für die beantragte Einstweilige Verfügung) entrichtet.

Die Antragstellerin führt in der Folge aus, dass in der Ausschreibung zur Prüfung der Preisangemessenheit Folgendes festgelegt sei:

„6.3. Prüfung der Preisangemessenheit

Zur Überprüfung der Preisangemessenheit behält sich die AG das Recht vor, in die Kalkulation des Angebots Einsicht zu nehmen bzw. Kalkulationsunterlagen und Erläuterungen, sofern deren Vorlage nicht bereits in der Ausschreibung bedungen war, nachzufordern. Die TN verpflichten sich mit der Abgabe des Angebotes einer derartigen Aufforderung umgehend nachzukommen. Dabei ist jedenfalls bei Vergabeverfahren über Bauleistungen die ÖNORM B 2061 zu beachten. Die Kalkulationsunterlagen sind in Form der Kalkulationsformblätter gemäß ÖNORM B 2061 oder in Form von gleichwertigen Unterlagen vorzulegen.“

„6. K-Blätter gemäß ÖNORM B 2061, Ausgabe 2020

In Ergänzung zu Punkt 6.3 der WD 307 wird festgelegt:

Die ÖNORM B 2061 ist am 1. Mai 2020 in inhaltlich überarbeiteter und aktualisierter Form mit abgeänderten K-Blättern neu aufgelegt worden. Zur vergaberechtlich gebotenen Offenlegung der Kalkulation der angebotenen Preise hat der Bieter gemäß Punkt 6.3 der WD 307 K-Blätter gemäß ÖNORM B 2061 vorzulegen. Der Bieter wird ersucht, sich mit der ÖNORM B 2061, Ausgabe 1. Mai 2020 und den darin enthaltenen K-Blättern vertraut zu machen und die geforderten K-Blätter in der aktuellen Fassung vorzulegen. Für das gegenständliche Vergabeverfahren werden K-Blätter der Ausgabe 1. September 1999 der ÖNORM B 2061 ebenfalls akzeptiert. Etwaige Unklarheiten, die sich daraus im Zuge der Angebotsprüfung oder im Zusammenhang mit späteren Mehrkostenforderungen ergeben, gehen ab sofort zu Lasten des Bieters bzw. Auftragnehmers. Es wird daher empfohlen, so rasch wie möglich auf die aktuelle Ausgabe der ÖNORM B 2061 umzusteigen.“

Die Ausschreibung sei nicht angefochten worden und daher bestandsfest geworden.

Die Ausscheidensentscheidung vom 19.7.2023 habe folgende Begründung enthalten:

„Da Sie die Positionen 01 01.1102A „Kosten eigene Baubetrieb“, 01 01.1102B „Kosten eigene Stillliegezeit“, 01 01.1102C „Kosten SiGe Baubetrieb“ und 01.1102D „Kosten SiGe Stillliegezeit“ jeweils mit einem Preisanteil „Lohn“ mit 0,00 EUR kalkuliert haben, wurden Sie diesbezüglich mit Schreiben vom 02.06.2023 um Aufklärung ersucht.

Mit Schreiben vom 14.06.2023 teilten Sie uns Folgendes mit: „Bezüglich der Positionen 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D weisen wir darauf hin, dass in unserer Kalkulation sämtliche nicht direkt zuordenbaren Lohn- und Gehaltskosten den Geschäftsgemeinkosten zugeordnet werden, da in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen werden. Der Lohnanteil in diesen Positionen ist deshalb mit Null angesetzt. Der Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten ist demgegenüber etwas höher angesetzt.“

Aus Ihren Aufklärungen geht hervor, dass das Kostenverursachungsprinzip nicht beachtet wurde. Kosten sind in den Positionen zu kalkulieren, wo diese verursacht werden. Die Verlagerung von Kosten in andere Positionen ist nicht zulässig.

Ihr Angebot ist daher gemäß § 141 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2018 auszuschneiden, da das Angebot eine – durch eine vertiefte

Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) aufweist.“ Ihr Angebot ist daher gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 auszuschneiden, da das Angebot eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) aufweist.“

In der Folge stellt die Antragstellerin dar, in welchen Rechten sie sich als verletzt erachtet, welches Interesse sie am Vertragsabschluss hat und welcher Schaden ihr durch die angefochtene Entscheidung droht. Sie betont insbesondere, dass ihr Angebot hinsichtlich Preis und Verlängerung der Gewährleistungsfrist das beste sei.

Es treffe zu, dass die Antragstellerin in ihrem Angebot in den Positionen Pos 01 1102A Kosten eigene Baubetrieb, Pos 01 1102B Kosten eigene Stilliegezeit, Pos 01 1102C Kosten SiGe Baubetrieb und Pos 01 1102D Kosten SiGe Stilliegezeit den Lohnanteil mit einem Nullpreis angeboten habe. Dies sei der Auftraggeberin auf ihre Rückfrage hin wie oben dargestellt erklärt worden. Die Auftraggeberin habe das Angebot der Antragstellerin trotzdem ausgeschieden und dies damit begründet, dass diese das Kostenverursachungsprinzip verletzt hätte.

Diese Begründung sei unrichtig und rechtlich nicht haltbar. Das Angebot der Antragstellerin entspreche den bestandsfesten Ausschreibungsbedingungen.

Ausschreibungsbestimmungen seien nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Grundsätzen

(§§ 914 und 915 ABGB – objektiver Erklärungswert) auszulegen und sei daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden abzustellen. Ausschreibungsbestimmungen seien nach den für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Grundsätzen, (Paragraphen 914 und 915 ABGB – objektiver Erklärungswert) auszulegen und sei daher nicht nur auf den Wortsinn, sondern auch auf die dem Erklärungsempfänger erkennbare Absicht des Erklärenden abzustellen.

Die Antragsgegnerin habe im vorgeschriebenen Langtext-Leistungsverzeichnis sowie dem Datenträger die Möglichkeit eröffnet, Positionen mit einem Nullpreis auszuführen. Vorgaben, wonach dies nicht zulässig sei, fänden sich in den Ausschreibungsunterlagen nicht. Für einen solchen Fall sei vielmehr davon auszugehen, dass die betroffene Position in anderen Positionen miteingerechnet sei. Die Angabe von Nullpreisen und Mischkalkulationen sei daher nicht untersagt.

Die Vorgangsweise der Antragstellerin widerspreche auch nicht der ÖNORM B 2061, da gemäß Pkt. 4.2. der ÖNORM B 2061 Gemeinkosten differenziert betrachtet werden könnten. Zudem dürften, bezogen auf das Kalkulationsobjekt, geringfügige Kostenanteile auch in Form von allgemein bzw. aus der Erfahrung hergeleiteten Zuschlägen oder Umlagen berücksichtigt werden. Unabhängig von der Zuteilung der Kosten auf die Kostenarten sei zu berücksichtigen, dass deren Abgrenzung oft nur unscharf erfolgen könne. Die ÖNORM B 2061 ermögliche schließlich eine Kalkulation, bei der Einheits- und Pauschalpreise selbst nicht-aufgegliedert in Preisanteile angegeben seien.

Es liege daher kein Widerspruch zu den Ausschreibungsunterlagen vor.

Ebenso wenig liege eine spekulative oder nicht nachvollziehbare Preisgestaltung vor.

Entgegen der Begründung der Ausscheidensentscheidung lasse sich aus der Aufklärung kein Verstoß gegen das Kostenverursachungsprinzip ableiten. Aus der Formulierung sei gerade nicht zu entnehmen, dass die Kosten für jenen Lohnanteil, den die Antragstellerin in den Positionen 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D erwarte, in anderen Positionen enthalten sei. Die Ausführungen bedeuteten lediglich, dass „sämtliche nicht direkt zuordenbaren Lohn- und Gehaltskosten“ in die Geschäftsgemeinkosten zugeordnet worden seien. Dies sei weder ein Verstoß gegen das Kostenverursachungsprinzip noch sonst unzulässig.

Weiters habe das Kostenverursachungsprinzip seinen Ursprung in der ÖNORM B 2061, die – nach jüngerer Neufassung – nunmehr ermögliche, die in den

K-Blättern unterstützte Berechnung von Gemeinkostenansätzen an geeigneten Stellen vorzunehmen. Diese Möglichkeit der Gemeinkostenzuordnung erfolge unabhängig von den Geschäftsgemeinkosten. Bei einer einfachen Zuschlagskalkulation seien diese Kostenarten-Gemeinkosten Teil der Geschäftsgemeinkosten, bei einer differenzierenden Zuschlagskalkulation würden diese Gemeinkosten verursachungsgerecht den Kostenarten/Kostenträgern zugewiesen. Das bedeute beispielsweise, die Kosten der Geräteverwaltung im

Unternehmen seien sinnvollerweise auf die Gerätekosten zu verteilen und nicht, wie es die einfache Zuschlagskalkulation vorsehen würde, auf alle Kostenarten. Weiters habe das Kostenverursachungsprinzip seinen Ursprung in der ÖNORM B 2061, die – nach jüngerer Neufassung – nunmehr ermögliche, die in den , K-Blättern unterstützte Berechnung von Gemeinkostenansätzen an geeigneten Stellen vorzunehmen. Diese Möglichkeit der Gemeinkostenzuordnung erfolge unabhängig von den Geschäftsgemeinkosten. Bei einer einfachen Zuschlagskalkulation seien diese Kostenarten-Gemeinkosten Teil der Geschäftsgemeinkosten, bei einer differenzierenden Zuschlagskalkulation würden diese Gemeinkosten verursachungsgerecht den Kostenarten/Kostenträgern zugewiesen. Das bedeute beispielsweise, die Kosten der Geräteverwaltung im Unternehmen seien sinnvollerweise auf die Gerätekosten zu verteilen und nicht, wie es die einfache Zuschlagskalkulation vorsehen würde, auf alle Kostenarten.

Dies schlage sich auch bei der Abgrenzung zwischen Baustellengemeinkosten und Geschäftsgemeinkosten nieder. Diese sei grundsätzlich sehr individuell: Was der eine Unternehmer den Baustellengemeinkosten zuweise, könne der andere in den Geschäftsgemeinkosten belassen.

Konkret sehe die ÖNORM B 2061 vor, dass sich die Baustellengemeinkosten in einmalige Kosten der Baustelle und zeitgebundene Kosten der Baustelle gliedern würden. Letztere umfassten gemäß Punkt 6.2.2.2 insbesondere Personalkosten, soweit sie nicht sachlich begründet den Einzelpersonalkosten oder den Geschäftsgemeinkosten zugeordnet würden. Eine solche sachliche Begründung sei geradezu in der von der Antragstellerin ausgeführten Erläuterung enthalten, zumal tatsächlich in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen würden.

Zusammengefasst handle es sich bei der ÖNORM daher um eine Verfahrensnorm – keine Geschäftsbedingungen für eine Kalkulation –, die Empfehlungen beinhalte, von denen grundsätzlich auch abgewichen werden könne. Sie sei als ein Entgegenkommen des Normgebers auf die Betriebswirtschaftslehre zu verstehen, um Kostenpositionen gesondert zuordnen zu können. Im Umkehrschluss führe ein solches Abweichen daher keinesfalls – bei Beibehalten einer allgemeineren Verteilung der Gemeinkosten – zu einer spekulativen Preisgestaltung. Betriebswirtschaftlich nachvollziehbar sei die Kalkulation ohnehin; dies ergebe sich schon aus der Erläuterung der Antragstellerin.

Im Übrigen könne auch ein Verstoß gegen das Kostenverursachungsprinzip, der allerdings bestritten werde, schon deshalb nicht zum Ausscheiden des Angebots führen, da der Gesamtbetrag der vier monierten Positionen nur 935 Euro und damit 0,3% der Gesamtangebotssumme ausmache. Selbst wenn man in diese vier Positionen die entsprechenden Werte des teuersten Angebots einsetzen würde, käme es zu keinem Bietersturz. Dieser Betrag sei im Hinblick auf die Zusammensetzung des Gesamtpreises somit unwesentlich und könne eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises nicht begründen.

Beantragt werde daher, das Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen und der Auftraggeberin den Ersatz der Pauschalgebühren (für den Nachprüfungsantrag und die Einstweilige Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution aufzutragen.

Weiters werde die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung beantragt, wonach der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Verwaltungsgerichts Wien im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution untersagt wird, im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen.

Die Auftraggeberin gab mit Schriftsatz vom 2.8.2023 eine Stellungnahme zur Einstweiligen Verfügung ab. Sie führte darin weiters aus, dass es sich vorliegend um ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrags (Maler- und Anstreicherarbeiten) handle. Sie teilte weiters den geschätzten Auftragswert mit.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichts Wien vom 4.8.2023, Zahl VGW-124/072/9972/2023, wurde der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung abgewiesen.

Mit Schriftsatz vom 9.8.2023 teilte die Auftraggeberin mit, dass es im gegenständlichen Vergabeverfahren 10 Angebote gegeben habe. Das preislich günstigste Angebot betrage xxx.xxx,xx Euro (zzgl. USt) und das preislich teuerste Angebot betrage xxx.xxx,xx Euro (zzgl. USt). Der Angebotspreis der Antragstellerin betrage xxx.xxx,xx Euro (zzgl. USt).

Die Auftraggeberin habe das Angebot der Antragstellerin vertieft geprüft und im Zuge dessen festgestellt, dass aufklärungsbedürftige Unklarheiten bzw. Mängel im Angebot bestanden hätten. Konkret sei festgestellt worden, dass die Antragstellerin zu den Positionen 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D im Lohnanteil jeweils 0,00 Euro

angesetzt habe. Das Angebot der Antragstellerin habe im Leistungsverzeichnis folgende Positionen ausgewiesen:

(...)

In den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen sei u.a. Folgendes festgelegt:

In Punkt 6.3. der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 307) sei festgehalten:

„[...]“

6.3 Prüfung der Preisangemessenheit

Zur Überprüfung der Preisangemessenheit behält sich die AG das Recht vor, in die Kalkulation des Angebots Einsicht zu nehmen bzw. Kalkulationsunterlagen und Erläuterungen, sofern deren Vorlage nicht bereits in der Ausschreibung bedungen war, nachzufordern. Die TN verpflichten sich mit der Abgabe des Angebotes einer derartigen Aufforderung umgehend nachzukommen. Dabei ist jedenfalls bei Vergabeverfahren über Bauleistungen die ÖNORM B 2061 zu beachten. Die Kalkulationsunterlagen sind in Form der Kalkulationsformblätter gemäß ÖNORM B 2061 oder in Form von gleichwertigen Unterlagen vorzulegen. [...]“

Das Ausschreibungs-Leistungsverzeichnis sehe zu Position 01 01 auf Seite 4 folgende Festlegung zu den Baustellengemeinkosten vor:

□

□

Die ÖNORM B 2061 lege im Hinblick auf die Kalkulation zeitgebundener Kosten der Baustelle in Punkt 6.2.2.2.2 Folgendes fest:

□

Mit Schreiben vom 02.06.2023 habe die Antragsgegnerin der Antragstellerin aufgetragen, u.a. zu diesen Positionen eine Aufklärung zu erstatten:

„[...]“

Sehr geehrte Damen und Herren,

bei gegenständlichem Vergabeverfahren wurde im Zuge der Angebotsprüfung unter anderem festgestellt, dass

[...]

• bei folgenden Positionen der Lohnanteil mit € 0,00 ausgepreist wurde:

Pos 01 1102A Kosten eigene Baubetrieb

Pos 01 1102B Kosten eigene Stilliegezeit

Pos 01 1102C Kosten SiGe Baubetrieb

Pos 01 1102D Kosten SiGe Stilliegezeit

Wir ersuchen um Aufklärung. [...]“

Die Antragstellerin habe die nachstehende Aufklärung gegeben:

„[...]“ Bezüglich der Positionen 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D weisen wir darauf hin, dass in unserer Kalkulation sämtliche nicht direkt zuordenbaren Lohn- und Gehaltskosten den Geschäftsgemeinkosten zugeordnet werden, da in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen werden. Der Lohnanteil in diesen Positionen ist deshalb mit Null angesetzt. Der Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten ist demgegenüber etwas höher angesetzt. [...]“

In der Folge sei die nunmehr angefochtene Ausscheidensentscheidung ergangen. Die Ausscheidensentscheidung betreffend das Angebot der Antragstellerin sei begründet worden, wie folgt:

„[...]“

Da Sie die Positionen 01 01.1102A „Kosten eigene Baubetrieb“, 01 01.1102B „Kosten eigene Stilliegezeit“, 01 01.1102C „Kosten SiGe Baubetrieb“ und 01.1102D „Kosten SiGe Stilliegezeit“ jeweils mit einem Preisanteil „Lohn“ mit 0,00 EUR

kalkuliert haben, wurden Sie diesbezüglich mit Schreiben vom 02.06.2023 um Aufklärung ersucht. Mit Schreiben vom 14.06.2023 teilten Sie uns Folgendes mit: „Bezüglich der Positionen 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D weisen wir darauf hin, dass in unserer Kalkulation sämtliche nicht direkt zuordenbaren Lohn- und Gehaltskosten den Geschäftsgemeinkosten zugeordnet werden, da in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen werden. Der Lohnanteil in diesen Positionen ist deshalb mit Null angesetzt. Der Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten ist demgegenüber etwas höher angesetzt.“

Aus Ihren Aufklärungen geht hervor, dass das Kostenverursachungsprinzip nicht beachtet wurde. Kosten sind in den Positionen zu kalkulieren, wo diese verursacht werden. Die Verlagerung von Kosten in andere Positionen ist nicht zulässig.

Ihr Angebot ist daher gemäß § 141 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2018 auszuschneiden, da das Angebot eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) aufweist. [...] Ihr Angebot ist daher gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 auszuschneiden, da das Angebot eine – durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulative Preisgestaltung) aufweist. [...]

Tragender Ausscheidungsgrund sei somit das Umlagern von Kosten, konkret von (nicht offengelegten) Lohnanteilen beim eigenen Baubetrieb, eigenen Stilliegezeiten, SiGE Baubetrieb und SiGE Stilliegezeiten in die Geschäftsgemeinkosten gewesen, obwohl diese (nicht einmal bekanntgegebenen) Lohnanteile in die Baustellengemeinkosten und eben diese dafür vorgesehenen Positionen (01.1102A „Kosten eigene Baubetrieb“, 01.1102B „Kosten eigene Stilliegezeit“, 01.1102C „Kosten SiGE Baubetrieb“ und 01.1102D „Kosten SiGE Stilliegezeit“) vollständig einzupreisen und offenzulegen gewesen wären.

Ob ein Angebot ausschreibungswidrig sei, bestimme sich aus einem Vergleich des Angebots mit der Ausschreibung (vgl. VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012). Die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen stelle eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens dar (vgl. EuGH 25.04.1996, Rs 87/94, Kommission/Belgien; vgl. zB VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050). Es stehe nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (vgl. VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050). Ob ein Angebot ausschreibungswidrig sei, bestimme sich aus einem Vergleich des Angebots mit der Ausschreibung (vergleiche VwGH 12.05.2011, 2007/04/0012). Die Abweichung von in der Ausschreibung festgelegten Bestimmungen stelle eine Verletzung wesentlicher Grundsätze des Vergabeverfahrens dar (vergleiche EuGH 25.04.1996, Rs 87/94, Kommission/Belgien; vergleiche zB VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050). Es stehe nicht in der Disposition des Auftraggebers, von den Ausscheidungstatbeständen nach seinem Ermessen Gebrauch zu machen (vergleiche VwGH 27.09.2000, 2000/04/0050).

Die Antragstellerin habe im vorliegenden Fall selbst zugestanden, ihre Lohn- und Gehaltskosten nicht in den Baustellengemeinkosten kalkuliert zu haben, sondern (in einer nicht bekannten Höhe) anteilig in die Geschäftsgemeinkosten einkalkuliert zu haben (Aufklärung vom 14.06.2023: „Der Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten ist demgegenüber etwas höher angesetzt“).

Dies obwohl gemäß der bestandfesten Festlegung in Position 01.1102 die durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten in 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D zwingend einzurechnen gewesen seien.

Position 01.1102 des LV-Langtextes normiere ausdrücklich Folgendes:

Demnach sei bestandsfest festgelegt worden, dass eine Kalkulation dieser Aufwände an keiner anderen Stelle erfolgen könne, sofern dafür keine gesonderten Positionen im Leistungsverzeichnis vorhanden seien. In den Positionen 01.1102A bis 01.1102D wären jedenfalls und abschließend die durchschnittlichen zeitgebundenen Lohn- und Gehaltskostenanteile, die Gerätekosten und sonstige Kosten der Baustelle zu kalkulieren gewesen.

Gemäß Punkt 6.2.2.2. der ÖNORM B 2061 umfassten die zeitgebundenen Kosten der Baustelle „insbesondere Personalkosten“.

Demgegenüber habe die Antragstellerin einen beträchtlichen Anteil der Lohn- und Gehaltskosten für den (SiGE) Baubetrieb und die (SiGE) Stilliegezeiten faktisch auf sämtliche Leistungspositionen umgelagert, indem sie diese Kosten als „etwas höher[e]“ Geschäftsgemeinkosten auf jede (!) einzelne Arbeitsstunde aufgeschlagen habe. Dass dies noch

dazu zum groben Nachteil der Auftraggeberin erfolgt, sei nur der Ordnung halber festgehalten:

Die Antragsgegnerin müsste im Falle der Umlagerung auf jede einzelne Leistungsstunde einen kalkulierten unbekannten Lohnanteil bezahlen; dies selbst dann, wenn – was der Regelfall sei – keine Stilliegezeiten anfielen.

Der Vorgang der Detailkalkulation iSd ÖNORM B 2061 sei vom Kostenverursachungsprinzip (Punkt 4.2. der ÖNORM B 2061) geleitet. Das bedeute, dass alle durch eine konkrete Leistung verursachten Kosten, jedenfalls alle direkt zuordenbaren Kosten, auch bei dieser Leistung kalkulatorisch anzusetzen seien. Dasselbe gelte grundsätzlich auch für jene Kosten, die zwar einer Leistung nicht direkt zuordenbar seien, aber aufgrund der Leistungserbringung vor Ort (auf der Baustelle) entstünden. Diese Kosten entstünden gleichsam durch den Betrieb der Baustelle und würden unter dem Begriff „Baustellengemeinkosten“ in Punkt 6.2.2. der ÖNORM B 2061 beschrieben. Nur wenn das Ausschreibungsleistungsverzeichnis keine eigenen Positionen für die Baustellengemeinkosten vorsehe, dürften die den Baustellengemeinkosten (dazu zählten einmalige und zeitgebundene Baustellengemeinkosten) zuordenbaren Kosten auf die Angebotspreise umgelegt werden.

Nach ständiger Rechtsprechung führe die Einrechnung der Preise einzelner Positionen in andere Positionen dazu, dass weder der eingerechnete Positionspreis, noch jener Positionspreis, in den die anderen Positionen eingerechnet wurden, ersichtlich und damit aus dem Angebot erschießbar seien. Eine solche „Umlagerung“ führe zu einer Verschiebung in den Kosten der angebotenen Leistungen von nachgefragten Leistungspositionen in andere nachgefragte Leistungspositionen. Eine derartige Vorgangsweise erfülle den Tatbestand einer spekulativen Angebotsstellung.

Wenn eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Leistungspositionen verlange, dürfe demnach der Bieter grundsätzlich keine Verschiebung der Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig und ohne Verbesserungsmöglichkeit auszuschneiden sei.

Die eindeutige Judikaturlinie zur Unzulässigkeit von Preisumlagerungen bzw. „Mischkalkulationen“ werde auch von der herrschenden Lehre bestätigt.

Die ÖNORM B 2061 stelle in Punkt 6.2.2.1 klar, dass die Umlage von Teilen der Baustellengemeinkosten nur in Ausnahmefällen zulässig sei:

„[...] Wenn sachlich und wirtschaftlich gerechtfertigt, ist es zulässig, Teile der Baustellengemeinkosten umzulegen. In diesem Fall ist die Umlage nachvollziehbar anzugeben. [...]“

Diese Ausnahme liege einerseits bei sehr kleinen und kurzfristig zu erbringenden Leistungen ohne Baustellengemeinkosten in nennenswerter Höhe vor, und andererseits, wenn dem Unternehmen die Möglichkeit eingeräumt werde, gegebenenfalls diese Umlage an klar festgelegten Stellen der Kalkulation vorzunehmen. Keiner dieser Ausnahmetatbestände liege gegenständlich vor. Zudem habe die Antragstellerin auch nicht wie in Punkt 6.2.2.1 der ÖNORM B 2061 für diesen Ausnahmefall vorgesehen, den Grund und die Höhe der Umlage nachvollziehbar angegeben.

Auch wenn – nach Ansicht der Antragstellerin – in Ausschreibungen über Malerleistungen „üblicherweise“ keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen würden, seien bei der gegenständlichen Ausschreibung die durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten, insbesondere die Personalkosten (vgl. Punkt 6.2.2.2. ÖNORM B 2061), in die 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D einzurechnen gewesen. Abgesehen davon, dass die Ausschreibungen der Antragsgegnerin regelmäßig vorsehen würden, bei den durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten auch die Lohnanteile in den Baustellengemeinkosten zu berücksichtigen, hätte die Antragstellerin diesen für sie vermeintlich unüblichen Umstand bereits vor Abgabe eines Angebots rügen müssen. Die Gewohnheiten der Antragstellerin (aus anderen Ausschreibungen) stellten jedenfalls keine sachliche Begründung iSd Punkt 6.2.2.2. der ÖNORM B 2061 für das Abgehen von den Festlegungen der Ausschreibung dar. Auch wenn – nach Ansicht der Antragstellerin – in Ausschreibungen über Malerleistungen „üblicherweise“ keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen würden, seien bei der gegenständlichen Ausschreibung die durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten, insbesondere die Personalkosten (vergleiche Punkt 6.2.2.2. ÖNORM B 2061), in die 01.1102A, 01.1102B, 01.1102C und 01.1102D einzurechnen gewesen. Abgesehen davon, dass die Ausschreibungen der Antragsgegnerin regelmäßig vorsehen würden, bei den durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten auch die Lohnanteile in den Baustellengemeinkosten zu berücksichtigen,

hätte die Antragstellerin diesen für sie vermeintlich unüblichen Umstand bereits vor Abgabe eines Angebots rügen müssen. Die Gewohnheiten der Antragstellerin (aus anderen Ausschreibungen) stellten jedenfalls keine sachliche Begründung iSd Punkt 6.2.2.2. der ÖNORM B 2061 für das Abgehen von den Festlegungen der Ausschreibung dar.

Die Argumentation der Antragstellerin, wonach davon auszugehen sei, dass die betroffene Position in anderen Positionen miteingerechnet und die Angabe von Nullpreisen und Mischkalkulationen nicht untersagt sei, weil im vorgeschriebenen Langtext-Leistungsverzeichnis sowie dem Datenträger die Möglichkeit eröffnet sei, Positionen mit einem Nullpreis auszuführen, sei im vorliegenden Fall deshalb verfehlt, weil die bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen unmissverständlich festlegten, dass in den Positionen 01.1102 A-D „die durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten, die Gerätekosten und die sonstigen Kosten der Baustelle“ zu kalkulieren seien. Damit scheide bereits von vornherein die Annahme der Antragstellerin aus, den kompletten Lohnanteil bei den durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten an anderer Stelle als den Baustellengemeinkosten kalkulieren zu dürfen. Die willkürliche Umlage von Kosten oder sogar die spekulative Preisgestaltung sei in der ÖNORM B 2061 bei der Preisermittlung eindeutig nicht vorgesehen.

Im Übrigen würde das Zulassen dieser den Ausschreibungsunterlagen widersprechenden Kostenverlagerung den Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter, die richtig kalkuliert hätten, verletzen.

Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß § 141 Abs 1 Z 3 BVergG 2018 wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulativen Preisgestaltung) auszuschneiden gewesen. Das Angebot der Antragstellerin sei daher gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 wegen einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises (spekulativen Preisgestaltung) auszuschneiden gewesen.

Beantragt werde die Durchführung einer mündlichen Verhandlung unter Ladung der Auftraggeberin und die Abweisung des Nachprüfungsantrags.

Aufgrund des Nachprüfungsantrags wurde am 18.10.2023 eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien durchgeführt. Die Verhandlung hatte folgenden Verlauf:

(...)

Die Entscheidung wurde verkündet. Die Antragstellerin hat rechtzeitig einen Antrag auf Langausfertigung des Erkenntnisses gestellt.

Aufgrund des Inhalts des von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeaktes, der Schriftsätze und des Verhandlungsergebnisses steht folgender Sachverhalt als erwiesen fest:

Die Auftraggeberin führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Werkvertrags (Bauftrag) betreffend Maler- und Anstreicherarbeiten (ca. 3.000 m² Lackbeschichtungen und ca. 13.000 m² Dispersionsbeschichtung) in Wien ..., B.-straße. Im Leistungsverzeichnis enthalten die Ausschreibungsunterlagen zur Position 01 Baustellengemeinkosten folgende Festlegung:

„Soweit in Vorbemerkungen oder Positionstexten nichts anderes angegeben, gelten für alle Leistungen folgende Regelungen:

1.

Allgemeines:

Baustellengemeinkosten sind im Sinne der ÖNORM B 2061 angeboten.

(...)

01.11 Zusammenfassung der Baustellengemeinkosten

In dieser Unterleistungsgruppe sind die Baustellengemeinkosten sowie die Leistungen für die Sicherheit und des Gesundheitsschutzes in Sammelpositionen, für die im Leistungsverzeichnis keine Einzelposition vorgesehen sind, zusammengefasst. (...)

Eigene Positionen sind in der Folge für das Einrichten der Baustelle (01.1101A), die Räumung der Baustelle (01.1101B) und die durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten, Gerätekosten und sonstige Kosten der Baustelle pro Woche (01.1102) vorgesehen. Die unter Position 01.1102 zu kalkulierenden Kosten werden weiter in Kosten eigener

Baubetrieb (01.1102A), Kosten eigene Stillliegezeit (01.1102B), Kosten SiGe Baubetrieb (01.1102C) und Kosten SiGe Stillliegezeit (01.1102D) unterteilt.

Die Ausschreibung blieb unangefochten und wurde daher bestandsfest.

In den letzten vier Positionen (01.1102 A bis 01.1102D) hat die Antragstellerin unbestritten jeweils einen Preis von 0 Euro angeboten.

Die Auftraggeberin hat die Antragstellerin mit Schreiben vom 2.6.2023 unter Hinweis darauf, dass der Lohnanteil in diesen Positionen mit 0 Euro ausgewiesen wurde, zur Aufklärung aufgefordert. Die Antragstellerin hat in ihrer Aufklärung vom 14.6.2023 mitgeteilt, dass sie in ihrer Kalkulation sämtliche nicht direkt zuordenbaren Lohn- und Gehaltskosten den Geschäftsgemeinkosten zugeordnet habe, da in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen würden. Der Lohnanteil in diesen Positionen sei deshalb mit Null angesetzt. Der Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten sei demgegenüber etwas höher angesetzt. Angaben dazu, in welcher Höhe sie die nicht direkt zuordenbaren Lohn- und Gehaltskosten ihrer Kalkulation zu Grunde gelegt hat, hat die Antragstellerin in ihrer Aufklärung nicht gemacht.

Die Auftraggeberin stützte sich in der nunmehr angefochtenen Ausscheidensentscheidung auf § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 und führte aus, dass der von der Antragstellerin angefochtene Preis nicht plausibel zusammengesetzt sei und eine spekulative Preisgestaltung aufweise. Die Antragstellerin habe die Kosten nicht in den Positionen kalkuliert, wo sie verursacht würden. Die Verlagerung von Kosten in andere Positionen sei nicht zulässig. Die Auftraggeberin stützte sich in der nunmehr angefochtenen Ausscheidensentscheidung auf Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2018 und führte aus, dass der von der Antragstellerin angefochtene Preis nicht plausibel zusammengesetzt sei und eine spekulative Preisgestaltung aufweise. Die Antragstellerin habe die Kosten nicht in den Positionen kalkuliert, wo sie verursacht würden. Die Verlagerung von Kosten in andere Positionen sei nicht zulässig.

Im vorliegenden Fall wurde Folgendes erwogen:

Gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Es ist daher im vorliegenden Fall zunächst zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Darstellung der Kalkulation im Leistungsverzeichnis den bestandsfesten Festlegungen in der Ausschreibung widerspricht. Gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 sind den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote auszuschneiden. Es ist daher im vorliegenden Fall zunächst zu prüfen, ob das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Darstellung der Kalkulation im Leistungsverzeichnis den bestandsfesten Festlegungen in der Ausschreibung widerspricht.

In der Ausschreibung ist im Leistungsverzeichnis zu Position 01.11 ausdrücklich festgelegt, dass in dieser Unterleistungsgruppe die Baustellengemeinkosten sowie die Leistungen für die Sicherheit und den Gesundheitsschutz in Sammelpositionen zusammengefasst sind, für die im Leistungsverzeichnis keine Einzelposition vorgesehen sind. Weiters ist in der Folge festgelegt, dass die durchschnittlichen zeitgebundenen Kosten, Gerätekosten und sonstigen Kosten der Baustelle unter den Baustellengemeinkosten zu kalkulieren und auszuweisen sind, wobei für die Kosten eigener Baubetrieb, die Kosten eigene Stillliegezeit, die Kosten SiGe Baubetrieb und die Kosten SiGe Stillliegezeit eigene Positionen (01.1102A bis 01.1102D) vorgesehen sind.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sind Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. Die o.a. Festlegungen haben einen eindeutigen Erklärungswert dahingehend, dass die in den Positionen 01.1102A bis 01.1102D genannten Kosten in diesen Positionen auszuweisen sind. Positionen an einer anderen Stelle des Leistungsverzeichnisses sind dafür nicht vorgesehen.

Die Antragstellerin hat hingegen in ihrer Aufklärung und auch im Nachprüfungsverfahren angegeben, dass diese Kosten in ihrem Angebot als Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten berücksichtigt worden seien. Die o.a. Positionen seien daher mit Null angesetzt worden. Damit entspricht das von der Antragstellerin abgegebene Leistungsverzeichnis nicht den Vorgaben der Ausschreibung.

Die Auftraggeberin hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien ausgeführt, dass sie das Ausweisen der o.a. Kosten in diese Positionen in der Ausschreibung im Interesse der Nachvollziehbarkeit der Kalkulation und der Kostenwahrheit festgelegt hat. Im Übrigen stelle diese Vorgangsweise auch sicher, dass die Kosten

bei (Mengen)Änderungen entsprechend abgerechnet werden könnten.

Der Argumentation der Antragstellerin, diese Vorgangsweise sei bei Malerarbeiten unüblich, da in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen würden, bzw. das Kalkulationsprogramm der Antragstellerin sehe eine solche Vorgangsweise nicht vor, ist entgegen zu halten, dass die Antragstellerin Bedenken gegen die Festlegung, wonach die Kosten eigener Baubetrieb, die Kosten eigene Stillliegezeit, die Kosten SiGe Baubetrieb und die Kosten SiGe Stillliegezeit in eigenen Positionen (01.1102A bis 01.1102D) ausgewiesen werden müssen, gegen die Ausschreibung einwenden hätten müssen. Auch dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin gemäß § 2 Z 15 lit a sublit aa BVergG 2018, die gemäß § 8 Abs. 2 Z 2 WVRG 2020 angefochten werden kann und bestandsfest wird, wenn sie nicht angefochten wird. Einwendungen gegen die Ausschreibung sind vorliegend mangels einer solchen Anfechtung präkludiert und können nicht mehr in einem Nachprüfungsantrag gegen die (zeitlich nachfolgende) Ausscheidensentscheidung aufgegriffen werden. Der Argumentation der Antragstellerin, diese Vorgangsweise sei bei Malerarbeiten unüblich, da in Ausschreibungen über Malerleistungen üblicherweise keine zeitgebundenen Baustellengemeinkosten in separaten Positionen ausgewiesen würden, bzw. das Kalkulationsprogramm der Antragstellerin sehe eine solche Vorgangsweise nicht vor, ist entgegen zu halten, dass die Antragstellerin Bedenken gegen die Festlegung, wonach die Kosten eigener Baubetrieb, die Kosten eigene Stillliegezeit, die Kosten SiGe Baubetrieb und die Kosten SiGe Stillliegezeit in eigenen Positionen (01.1102A bis 01.1102D) ausgewiesen werden müssen, gegen die Ausschreibung einwenden hätten müssen. Auch dabei handelt es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin gemäß Paragraph 2, Ziffer 15, Litera a, Sub-Litera, a, a, BVergG 2018, die gemäß Paragraph 8, Absatz 2, Ziffer 2, WVRG 2020 angefochten werden kann und bestandsfest wird, wenn sie nicht angefochten wird. Einwendungen gegen die Ausschreibung sind vorliegend mangels einer solchen Anfechtung präkludiert und können nicht mehr in einem Nachprüfungsantrag gegen die (zeitlich nachfolgende) Ausscheidensentscheidung aufgegriffen werden.

Dasselbe gilt für das Vorbringen der Antragstellerin zu den Bestimmungen der ÖNORM B 2061. Das Beweisverfahren hat nicht ergeben, dass die Festlegung der Ausschreibung im Leistungsverzeichnis zur gesonderten Ausweisung der o.a. Kosten in den Positionen 01.1102 A bis 01.1102 D gegen die ÖNORM verstoßen würde. Die bestandsfeste Festlegung bindet jedoch jedenfalls die Bieter und die Auftraggeberin dahingehend, dass die dort festgelegte Vorgangsweise einzuhalten ist (Ra 2019/04/0083). Vorliegend ist daher der Maßstab für die Prüfung von Abweichungen des Angebots, soweit diesbezüglich in der Ausschreibung Festlegungen getroffen wurden, nicht die ÖNORM, sondern die bestandsfeste Ausschreibung.

Die von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien vorgelegten Ausführungen zu Mehrkostenforderungen beim Bauvertrag enthalten allgemeine Ausführungen zu diesem Thema (und auch zur Möglichkeit der Umlage der Baustellengemeinkosten). Diese Ausführungen haben jedoch insofern keine Entscheidungsrelevanz, weil sie die bestandsfesten Festlegungen im konkreten Vergabeverfahren nicht berücksichtigen.

Die Auftraggeberin hat nach der Formulierung des Gesetzes Angebote, die der Ausschreibung widersprechen, gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuschneiden. Eine Wahlmöglichkeit kommt ihr diesbezüglich nicht zu. Darin, dass im vorliegenden Fall die Kosten eigener Baubetrieb, die Kosten eigene Stillliegezeit, die Kosten SiGe Baubetrieb und die Kosten SiGe Stillliegezeit nicht in den dafür vorgesehenen Positionen (01.1102A bis 01.1102D) ausgewiesen wurden, sondern von der Antragstellerin als Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten berücksichtigt wurden, liegt eine Umlagerung von Kosten (Mischkalkulation), die das Angebot der Antragstellerin ausschreibungswidrig macht. Die Auftraggeberin war daher verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden. Die Auftraggeberin hat nach der Formulierung des Gesetzes Angebote, die der Ausschreibung widersprechen, gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVergG 2018 auszuschneiden. Eine Wahlmöglichkeit kommt ihr diesbezüglich nicht zu. Darin, dass im vorliegenden Fall die Kosten eigener Baubetrieb, die Kosten eigene Stillliegezeit, die Kosten SiGe Baubetrieb und die Kosten SiGe Stillliegezeit nicht in den dafür vorgesehenen Positionen (01.1102A bis 01.1102D) ausgewiesen wurden, sondern von der Antragstellerin als Zuschlag für Geschäftsgemeinkosten berücksichtigt wurden, liegt eine Umlagerung von Kosten (Mischkalkulation), die das Angebot der Antragstellerin ausschreibungswidrig macht. Die Auftraggeberin war daher verpflichtet, das Angebot der Antragstellerin auszuschneiden.

Daran ändert sich auch nichts, wenn in der Ausschreibung festgelegt ist, dass grundsätzlich das Anbieten von

Nullpreisen nicht ausgeschlossen ist, da für die o.a. Positionen eben eine abweichende Sonderregelung getroffen wurde. Die in diesen Positionen näher bezeichneten Kosten dürfen gerade nicht „in andere Positionen miteingerechnet“ werden, wie die Antragstellerin dies in ihrem Nachprüfungsantrag ausführt.

Weiters ist im vorliegenden Fall von einer spekulativen Preisgestaltung bzw. unzulässigen Mischkalkulation auszugehen. Die Antragstellerin hat die in den o.a. Positionen auszuweisenden Kosten ihren Angaben nach zwar kalkuliert. Aufgrund dieser Mischkalkulation bewirken aber etwaige Änderungen (z.B. Verringerungen) der Bauzeit und damit der anfallenden Baustellengemeinkosten keine Änderung des Preises. Umgekehrt bewirken anfallende Mengenänderungen auf Positionsebene Änderungen der über einen Zuschlag verrechneten Baustellengemeinkosten, auch wenn sich die Bauzeit und damit die anfallenden

Baustellengemeinkosten tatsächlich nicht ändern. Darin liegt unabhängig von der Höhe der tatsächlichen Beträge eine unzulässige Kostenverlagerung. Weiters ist im vorliegenden Fall von einer spekulativen Preisgestaltung bzw. unzulässigen Mischkalkulation auszugehen. Die Antragstellerin hat die in den o.a. Positionen auszuweisenden Kosten ihren Angaben nach zwar kalkuliert. Aufgrund dieser Mischkalkulation bewirken aber etwaige Änderungen (z.B. Verringerungen) der Bauzeit und damit der anfallenden Baustellengemeinkosten keine Änderung des Preises. Umgekehrt bewirken anfallende Mengenänderungen auf Positionsebene Änderungen der über einen Zuschlag verrechneten Baustellengemeinkosten, auch wenn sich die Bauzeit und damit die anfallenden, Baustellengemeinkosten tatsächlich nicht ändern. Darin liegt unabhängig von der Höhe der tatsächlichen Beträge eine unzulässige Kostenverlagerung.

In diesem Zusammenhang ist auch zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin der Auftraggeberin gegenüber im Vergabeverfahren nicht offengelegt hat, in welcher Höhe sie diese Kosten bei ihrer Kalkulation berücksichtigt hat. Die Formulierung, wonach der Zuschlag für Gemeinkosten „etwas höher“ angesetzt worden sei, ist für einen Nachweis der Plausibilität des Preises jedenfalls zu ungenau.

Eine gesonderte (zusätzliche) Aufforderung der Auftraggeberin, die in diesen Positionen auszuweisenden Kosten auch betragsmäßig bekannt zu geben, ist zu Recht nicht erfolgt, da eine aufforderungsgemäße Aufklärung nicht nur die Erklärung der Vorgangsweise der Antragstellerin hinsichtlich dieser Kosten, sondern auch eine Offenlegung der Beträge umfassen hätte müssen. Die Antragstellerin hätte zu erklären gehabt, weshalb sie in diesen Positionen die Kosten mit 0 Euro ausgewiesen hat bzw. wo sie diese Kosten berücksichtigt hat, sodass der angebotene Preis für die Auftraggeberin nachvollziehbar ist.

Das Verwaltungsgericht Wien hat nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bei der Prüfung der Preisangemessenheit eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen (VwGH Ra 2017/04/0152). Grundlage dieser Prüfung sind die im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Antragstellerin. Neue, erstmals im Nachprüfungsverfahren vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität der Preise sind hingegen unbeachtlich (VwGH 2007/04/0102).

Die Antragstellerin hat erst im Nachprüfungsantrag ausgeführt, dass sie bei ihrer Kalkulation für die Kosten eigener Baubetrieb ## Euro, für die Kosten eigene Stillliegezeit ## Euro, für die Kosten SiGe Baubetrieb ## Euro und für die Kosten SiGe Stillliegezeit ## Euro angesetzt habe. Es handle sich dabei um nur # % der Gesamtangebotssumme; die Zuordnung dieser Beträge sei daher für die Zusammensetzung des Gesamtpreises unwesentlich; die von der Auftraggeberin behaupteten Abweichungen könnten zu keinem Bietersturz führen.

Diese Angaben sind nach der o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bei der Beurteilung der Plausibilität des von der Antragstellerin angebotenen Preises im Nachprüfungsverfahren unbeachtlich, da diese Informationen der Auftraggeberin im Vergabeverfahren nicht zur Verfügung gestanden sind. Es konnte daher auch nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin vorgenommene unzulässige Mischkalkulation auf den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen ist (§ 23 Abs. 1 Z 2 WVRG 2020). Diese Angaben sind nach der o.a. Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs bei der Beurteilung der Plausibilität des von der Antragstellerin angebotenen Preises im Nachprüfungsverfahren unbeachtlich, da diese Informationen der Auftraggeberin im Vergabeverfahren nicht zur Verfügung gestanden sind. Es konnte daher auch nicht ausgeschlossen werden, dass die von der Antragstellerin vorgenommene unzulässige Mischkalkulation auf den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen ist (Paragraph 23, Absatz eins, Ziffer 2, WVRG 2020).

Die Auftraggeberin hat als Ausscheidensgrund zu Recht die spekulative Preisgestaltung der Antragstellerin

herangezogen und ihr Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVerGG 2018 ausgeschieden. Im Nachprüfungsverfahren ist hervorgekommen, dass durch die Vorgangsweise der Antragstellerin auch der Ausscheidensgrund gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVerGG 2018 verwirklicht wurde. Die Auftraggeberin hat als Ausscheidensgrund zu Recht die spekulative Preisgestaltung der Antragstellerin herangezogen und ihr Angebot gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 3, BVerGG 2018 ausgeschieden. Im Nachprüfungsverfahren ist hervorgekommen, dass durch die Vorgangsweise der Antragstellerin auch der Ausscheidensgrund gemäß Paragraph 141, Absatz eins, Ziffer 7, BVerGG 2018 verwirklicht wurde.

Dazu ist festzuhalten, dass das Gericht Ausscheidensgründe, die nicht bereits Gegenstand der Ausscheidensentscheidung des Auftraggebers waren, dann berücksichtigen darf, wenn dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit dieser Ausscheidensgründe anzuzweifeln. Dazu ist dem Antragsteller vorzuhalten, welchen Sachverhalt das Gericht als Ausscheidensgrund heranzuziehen beabsichtigt. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, da in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht Wien die Problematik der Ausschreibungswidrigkeit erörtert und der Antragstellerin Gelegenheit gegeben wurde, sich dazu zu äußern.

Aus den dargelegten Erwägungen ist die Ausscheidensentscheidung zu Recht ergangen.

Nachdem die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt hat, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Artikel 133, Absatz 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.

Schlagworte

Vergabeverfahren, offenes Verfahren, Bauauftrag, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Ausscheidensentscheidung, Ausschreibungsbestimmungen, objektiver Erklärungswert, Festlegung, gesondert anfechtbare Entscheidung, Präklusion, Kalkulation, Leistungsverzeichnis, spekulative Preisgestaltung, unzulässige Mischkalkulation, Preisangemessenheit, Prüfung, Plausibilitätsprüfung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:LVWGWl:2023:VGW.123.072.9969.2023

Zuletzt aktualisiert am

13.02.2024

Quelle: Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at