

# TE Vwgh Erkenntnis 2014/9/17 2012/04/0016

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 17.09.2014

## Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien;  
40/01 Verwaltungsverfahren;  
97 Öffentliches Auftragswesen;

## Norm

AVG §52;  
BVergG 2006 §125;  
LVergRG Wr 2007 §31 Abs6;

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck, Hofrat Dr. Kleiser sowie Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Schweda, über die Beschwerde der L GmbH in W, vertreten durch die Karasek Wietrzyk Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Fleischmarkt 1, gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates des Landes Wien vom 26. Jänner 2012, Zl. VKS-13108/11, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (weitere Partei: Wiener Landesregierung; mitbeteiligte Parteien:

1. S, vertreten durch die Schwartz Huber-Medek & Partner Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Stubenring 2; 2. E GmbH in W), zu Recht erkannt:

## Spruch

Der Beschwerde wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Bescheid in seinen Spruchpunkten 1.) und 3.) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Hinsichtlich des Spruchpunktes 2.) des angefochtenen Bescheides wird die Beschwerde abgewiesen.

Das Land Wien hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.326,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1. Gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013 sind, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz (VwGbk-ÜG) nicht anderes bestimmt ist, in den mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden. Dies trifft auf den vorliegenden Fall zu.

2.1. Die erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) führte als öffentliche Auftraggeberin ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Regeln des BVergG 2006 zur Vergabe von Rahmenverträgen für die

Dauer von drei Jahren betreffend Maler-, Anstreicher- Bodenleger- und Reinigungsdienstleistungen für städtische Wohnhausobjekte durch. Die Ausschreibung war in 48 Lose (Gebietseinheiten=GE) gegliedert. Die Vergabe erfolgte nach dem Billigstbieterprinzip.

In einem ersten Verfahrensgang wurde das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei nach Durchführung einer vertieften Prüfung ausgeschieden und als Zuschlagsempfängerin betreffend die Lose KD 11/GE 4-6 die nunmehrige Beschwerdeführerin bekannt gegeben. Diese Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidungen wurden in der Folge von der zweitmitbeteiligten Partei erfolgreich angefochten und mit Bescheid der belangten Behörde vom 13. September 2011 jeweils mit der Begründung für nichtig erklärt, die zweitmitbeteiligte Partei sei nicht ausreichend konkret im Sinne des gebotenen kontradiktorischen Vorhalteverfahrens mit den sie betreffenden Ergebnissen der vertieften Angebotsprüfung konfrontiert worden.

Im fortgesetzten Vergabeverfahren wurde die vertiefte Prüfung betreffend das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei ergänzt. Mit 6. Dezember 2011 wurden die Zuschlagsentscheidungen betreffend die Lose KD 11/ GE 4-6 zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei bekannt gegeben. Die Angebote der Beschwerdeführerin hinsichtlich dieser drei Lose waren jeweils an zweiter Stelle liegend gereiht.

2.2. Mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2011 beantragte die Beschwerdeführerin, diese Zuschlagsentscheidungen zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei für nichtig zu erklären und mittels einstweiliger Verfügung die Erteilung der Zuschläge im Vergabeverfahren zu untersagen.

Antragsbegründend führte die Beschwerdeführerin zusammengefasst aus, die Auftraggeberin hätte das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei ausscheiden müssen, weil dieses unbehebbarer Mängel aufweise, insbesondere sei die Kalkulation der zweitmitbeteiligten Partei hinsichtlich mehrerer - auch wesentlicher - Positionen nicht nachvollziehbar. Im ersten Verfahrensgang habe die Auftraggeberin festgestellt, dass die zweitmitbeteiligte Partei auf 21 von insgesamt 29 Obergruppen jeweils einen Abschlag von 62,50 % angeboten habe, obwohl es sich um unterschiedliche Leistungen handle und lineare Nachlässe daher nicht nachvollziehbar seien. Außerdem sei bei Überprüfung der K7- Blätter festgestellt worden, dass bei 29 als wesentlich gekennzeichneten Positionen die Zeitansätze der zweitmitbeteiligten Partei deutlich von jenen der Basiskalkulation aber auch der Mitbewerber abwichen und diese um mehr als die Hälfte unterschreiten würden sowie dass bei einigen Regiepositionen eine deutliche Unterdeckung vorliege. Es sei nicht erklärlich, weshalb diese Unklarheiten nunmehr nicht mehr bestehen sollten. Gestützt auf ein Sachverständigengutachten brachte die Beschwerdeführerin vor, die Position 501230C (Linoleum) im Angebot der zweitmitbeteiligten Partei weise einen Unterpriß auf. In diesem Zusammenhang sei insbesondere der Preisanteil "Lohn" weder betriebswirtschaftlich noch hinsichtlich des Aufwandsansatzes nachvollziehbar. Die Kalkulation betreffend Position 462402A (Innendispersion) im Angebot der zweitmitbeteiligten Partei sei nicht nachvollziehbar, weil mit den zugrunde gelegten Verbrauchsangaben kein deckender Anstrich durchgeführt werden könne. Hinsichtlich der Positionen 14.451403A "Stahlbeschichtung einfach" und 12.451203A "Holz deckend einfach" sei jeweils der Preisanteil "Sonstiges" kalkulatorisch nicht plausibel und führe zu einem zu niedrigen Einheitspreis.

2.3. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidungen betreffend die Lose KD 11/ GE 4-6 abgewiesen (Spruchpunkt 1.), die zunächst mit Beschluss vom 20. Dezember 2011 erlassene einstweilige Verfügung aufgehoben (Spruchpunkt 2.) und ferner ausgesprochen, die Beschwerdeführerin habe die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen (Spruchpunkt 3.).

In ihrer Begründung führte die belangte Behörde zur Frage der Angebotsprüfung aus, die Auftraggeberin habe nach vorangegangener Nichtigerklärung der Ausscheidungs- und Zuschlagsentscheidung die Angebote der Beschwerdeführerin und der zweitmitbeteiligten Partei einer neuerlichen vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Auf Basis der von der zweitmitbeteiligten Partei in Beantwortung des ergänzenden Aufklärungsersuchens übersendeten Unterlagen habe der von der Auftraggeberin zugezogene externe Sachverständige ein ausführliches Gutachten erstattet, in welchem dieser zum Ergebnis gelange, dass nunmehr nachvollziehbare Erklärungen und entsprechende Belege, etwa in Form von Nachkalkulationen, beigebracht worden seien. Auf Grundlage dieser - bis dahin nicht zur Verfügung gestandenen - Aufklärungen folgere der Sachverständige, dass die von der Teilnehmerechtigten in der Detailkalkulation enthaltenen Leistungs- und Mengenansätze nachvollzogen werden könnten. Ebenso habe die Teilnehmerechtigten die marktpolitischen Nachweise z.B. hinsichtlich der Geräte nunmehr betriebswirtschaftlich ebenso erklärt wie die Preisbildung der Detailkalkulationen. Der Sachverständige sei zu dem zusammenfassenden

Ergebnis gelangt, dass aus betriebswirtschaftlicher Sicht "die Preise der Angebote nachvollziehbar erklärt worden (sein) und ... die außenwirksamen Kosten durch den Preis gedeckt" seien. Damit sei davon auszugehen, dass die Auftraggeberin im fortgesetzten Vergabeverfahren sehr wohl die vertiefte Angebotsprüfung fortgesetzt, die Ergebnisse dokumentiert und nach Erhalt der ergänzenden Aufklärung nachvollziehbar dargestellt habe. Es sei als erwiesen anzunehmen, dass die Angebote der Teilnehmereberechtigten (Anm.: hier der zweitmitbeteiligten Partei) hinsichtlich der gegenständlichen drei Lose eine plausible Kalkulation aufwiesen und mit den angebotenen Preisen die ausgabenwirksamen Kosten der Leistungserbringung gedeckt seien. Die belangte Behörde übernehme das gutachterliche Ergebnis des Sachverständigen als schlüssig und unbedenklich und lege es den eigenen Feststellungen zugrunde, sodass davon auszugehen sei, dass im fortgesetzten Vergabeverfahren betriebswirtschaftlich nachvollziehbare Kalkulationsgrundlagen im geforderten Ausmaß vorgelegen seien und der Gutachter der Auftraggeberin die Kostendeckung bestätigt habe.

Hinsichtlich der vom Nachprüfungsantrag monierten Position "Linoleum" stellte die belangte Behörde fest, die Teilnehmereberechtigte sei auch hinsichtlich dieser Position um Aufklärung ersucht worden, welche sie in für den Sachverständigen der Auftraggeberin schlüssiger Art erteilt habe. Der Sachverständige habe die Kalkulation auch in diesem Punkt für nachvollziehbar und unbedenklich befunden.

Hinsichtlich der Bieterlücke betreffend "Innenbeschichtung mit Dispersionsfarben" (Position 23.4624) habe die zweitmitbeteiligte Partei die entsprechenden Produktdatenblätter mit genauer Bezeichnung des vorgesehenen Materials vorgelegt, dessen Eigenschaften den Ausschreibungsunterlagen entsprächen.

Hinsichtlich des von der Beschwerdeführerin vorgebrachten Verstoßes gegen § 19 Abs. 1 iVm § 123 Abs. 2 Z 1 BVergG wegen unterlassener Prüfung des Ausscheidungstatbestandes des § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG führt die belangte Behörde aus, die Auftraggeberin habe bereits im ersten Abschnitt des Vergabeverfahrens eine mögliche Problematik der personellen Verflechtung betreffend die zweitmitbeteiligte Partei und ein weiteres teilnehmereberechtigtes Unternehmen erkannt und diesen Sachverhalt geprüft. Beide Unternehmen hätten schlüssig dargelegt, selbst kalkuliert zu haben. Es fänden sich in den Vergabeakten keine weiteren Anhaltspunkte für nachteilige, gegen die guten Sitten oder gegen den Grundsatz des Wettbewerbs verstößende Abreden zwischen diesen. Insgesamt sei davon auszugehen, dass die Auftraggeberin die Frage des Vorliegens verpönten Bieterverhaltens geprüft habe, es jedoch keine Hinweise auf das Vorliegen eines solchen gäbe.

Es sei nicht von unzulässigen mehrfachen Mängelbehebungsversuchen seitens der Auftraggeberin auszugehen, weil sich deren Anfragen an die zweitmitbeteiligte Partei nicht jeweils auf die gleichen aufzuklärenden Umstände bezogen hätten, bzw. so allgemein gehalten gewesen seien, dass mit einer konkreten Beantwortung nicht zu rechnen gewesen sei.

3. Gegen diesen Bescheid in seinem gesamten Umfang richtet sich die verfahrensgegenständliche Beschwerde mit dem Antrag, die angefochtene Entscheidung wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts und/oder Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und beantragte in ihrer Gegenschrift - ebenso wie die erstmitbeteiligte Partei - die Abweisung der Beschwerde.

4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

4.1. Im vorliegenden Fall sind folgende Bestimmungen des BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, maßgebend:

"Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 125. (1) Die Angemessenheit der Preise ist in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 4 aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

(4) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;

3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung verlangen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen bzw. der vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise zu erfolgen. Der Auftraggeber hat insbesondere Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die am Ort der Leistungserbringung geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen oder die etwaige Gewährung einer staatlichen Beihilfe an den Bieter bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen werden.

(...)

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

(...)

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

(...)"

4.2. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 ist es Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z. 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2013, Zl. 2010/04/0070, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. November 2011, Zl. 2007/04/0201, mwN).

Die im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zu beantwortende entscheidende Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, ist nach der Rechtsprechung in der Regel auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens zu beantworten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. September 2012, Zl. 2008/04/0054, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082).

4.3. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin aufgrund der ungewöhnlich niedrigen Preis- und Aufwandsansätze im Angebot der Zuschlagsempfängerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und ist im Wesentlichen zu dem

Ergebnis gelangt, die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin sei plausibel und der von ihr angebotene Gesamtpreis kostendeckend.

Diesem Prüfungsergebnis ist die Beschwerdeführerin mit dem oben (Punkt 2.2.) zusammengefasst wiedergegebenen Vorbringen im Nachprüfungsantrag auf sachverständiger Ebene bezogen auf einzelne Positionen konkret entgegen getreten.

Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid im Wesentlichen das gutachterliche Ergebnis des Sachverständigen der Auftraggeberin, die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin sei nachvollziehbar sowie der Preis plausibel, als schlüssig übernommen, ohne die entscheidungswesentliche Beurteilung durch eigene Feststellungen und darauf basierenden Schlussfolgerungen zu begründen. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtsprechung zeigt die Beschwerde daher zu Recht auf, dass es die belangte Behörde als Vergabekontrollbehörde in Verkennung der Rechtslage unterlassen hat, selbst jene Argumente nachzuprüfen, die von der Beschwerdeführerin gegen die Plausibilität des Preises der Zuschlagsempfängerin ins Treffen geführt wurden.

5. Der angefochtene Bescheid war daher bereits aus diesem Grund in dem im Spruch angeführten Umfang wegen der - vorrangig wahrzunehmenden - Rechtswidrigkeit seines Inhaltes gemäß § 42 Abs. 2 Z. 1 VwGG aufzuheben, wobei die Rechtswidrigkeit des Spruchpunktes 1. auf die Entscheidung über den Pauschalgebührenersatz (Spruchpunkt 3.) durchschlägt.

Hingegen war die Beschwerde, soweit sie die mit Spruchteil 2.) verfügte Aufhebung der einstweiligen Verfügung betrifft, im Hinblick auf § 31 Abs. 6 WVRG 2007 gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen, weil die einstweilige Verfügung auch bei Wegfall des über den Nachprüfungsantrag absprechenden Bescheides nicht wieder auflebt (vgl. das hg. Erkenntnis vom 22. November 2011, Zl. 2007/04/0201, mit Hinweisen auf die Vorjudikatur).

6. Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 3 und 4 VwGG abgesehen werden, weil die Sache bereits Gegenstand einer Verhandlung bei der belangten Behörde (einem Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK; vgl. hierzu auch das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0052, mwN) war.

7. Die Kostenentscheidung gründet sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der (auf "Altfälle" gemäß § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014, weiter anzuwendenden) VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455.

Wien, am 17. September 2014

#### **Schlagworte**

Sachverständiger Erfordernis der Beiziehung Besonderes Fachgebiet

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2014:2012040016.X00

#### **Im RIS seit**

13.11.2014

#### **Zuletzt aktualisiert am**

14.11.2014

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

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