



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/029/6410/2021-18
A. GmbH

Wien, 29.04.2022

Geschäftsabteilung: VGW-K

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Mag. Schmied als Vorsitzenden, Dr. Schweiger als Berichter und Mag. Dr. Zirm als Beisitzerin über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 23.04.2021 im Vergabeverfahren der Stadt Wien, MA54, "Unterstützung bei der Reorganisation und Prozessoptimierung des Gesundheitsdienstes der Stadt Wien" (Referenznummer: ...), nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 10.06.2021

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin Stadt Wien – MA 54 vom 23.04.2021 im Vergabeverfahren "Unterstützung bei der Reorganisation und Prozessoptimierung des Gesundheitsdienstes der Stadt Wien" (Referenznummer: ...), für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat gemäß §§ 14 und 15 WVRG 2020 die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 3.240,-- Euro selbst zu tragen.
- III. Gemäß § 25a VwGG ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Gang des Vergabeverfahrens:

Die Auftraggeberin Stadt Wien – MA 54, führt unter der Bezeichnung "Unterstützung bei der Reorganisation und Prozessoptimierung des Gesundheitsdienstes der Stadt Wien" (Referenznummer: ...) ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (Beratungsdienstleistungen) im Oberschwellenbereich durch. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Die Antragstellerin wurde zur Legung eines Erstangebotes eingeladen und hat sie ein solches gelegt. Die Auftraggeberin hat auf Basis der Erstangebote eine abschließende Bewertung vorgenommen und die Antragstellerin unter den zwei Bietern an zweiter Stelle gereiht.

Am 23.04.2021 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin mitgeteilt, dass für den Zuschlag die Bieterin B. GmbH mit Sitz in Wien, C., in Aussicht genommen wird.

2. Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung:

Die Antragstellerin beantragt in ihrem am 03.05.2021 beim Verwaltungsgericht Wien eingebrachten Schriftsatz, diese Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin für nichtig zu erklären und der Antragstellerin Ersatz für die von ihr entrichteten Pauschalgebühren zuzuerkennen.

Zum Nachprüfungsantrag bringt die Antragstellerin begründend im Wesentlichen vor, die Auftraggeberin habe in den Unterlagen zum Teilnahmeantrag Anforderungen für Nachweise der Befugnis, der beruflichen Zuverlässigkeit und zur technischen Leistungsfähigkeit festgelegt. Anforderungen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit seien nicht festgelegt worden. Ungeachtet der Festlegungen müsse die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens ausreichen, um eine ordnungsgemäße und fristgerechte Erfüllung des Auftrages sicherzustellen. Als Maßstab sei der konkrete

Auftrag heranzuziehen. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht – jedenfalls nicht mit positivem Ergebnis – geprüft worden sei. Die Antragstellerin führt diesbezüglich die im Firmenbuch ersichtlichen Bilanzsummen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Jahren 2017, 2018 und 2019 an. Nach Lehre und Rechtsprechung – so die Antragstellerin – könnte mit der Kennzahl des „Projektrisikos“ die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit abgeschätzt werden. Unter Heranziehung des von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen (Anm. in der Zuschlagsentscheidung angeführten) Netto-Auftragswertes und den von der Antragstellerin anhand der Bilanzsummen geschätzten durchschnittlichen Jahresumsätzen errechnete die Antragstellerin einen Wert für das „Projektrisiko“ der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von 2,27. Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sei solcherart nicht gegeben, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auszuschneiden.

Weiters bringt die Antragstellerin vor, die Gesamtsumme des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterschreite die Gesamtsumme des Angebots der Antragstellerin um 25 % und sei daher ungewöhnlich niedrig. Es sei begründend davon auszugehen, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nicht stattgefunden habe. Dabei wäre die mangelnde Nachweisführung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit aufgefallen.

Die Antragstellerin erachtet sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Ausscheiden eines Angebots mangels Leistungsfähigkeit, Durchführung einer rechtskonformen Angebotsprüfung, auf Einhaltung der Grundsätze eines Vergabeverfahrens und auf Zuschlagserteilung (gemeint wohl zugunsten der Antragstellerin) verletzt.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss durch Ausarbeitung der Angebotsunterlagen dargelegt und ergebe sich das Interesse der Antragstellerin auch daraus, dass die ausgeschriebenen Leistungen einen wesentlichen Geschäftszweig der Antragstellerin darstellten. Durch die im Nachprüfungsantrag angeführten Rechtswidrigkeiten würde der Antragstellerin ein

Schaden in Form frustrierter Aufwendungen und Verlust eines Referenzprojektes entstehen.

3. Einstweilige Verfügung:

Mit Beschluss vom 06.05.2021, GZ. VGW-124/029/6411/2021-1, hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag der A. GmbH für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages im Vergabeverfahren ""Unterstützung bei der Reorganisation und Prozessoptimierung des Gesundheitsdienstes der Stadt Wien" (Referenznummer: ... untersagt.

4. Stellungnahmen der Auftraggeberin:

Die Auftraggeberin brachte in ihrer Stellungnahme vor, das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und wäre auszuschneiden gewesen.

In den Ausschreibungsunterlagen sei im Abschnitt „Vertragsbestimmungen“ Seite 6 Pkt. (1) die Geltung der Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313) ausdrücklich festgelegt worden. Die Antragstellerin weise in ihrem Angebot vom 25.02.2021 ausdrücklich auf die Geltung ihrer (der Antragstellerin) eigenen dem Angebot (ab Seite 33) angefügten Geschäftsbedingungen hin. Auch mit ihrer Aufklärung vom 9.3.2021 habe die Antragstellerin nicht in Abrede gestellt, dass ihr erstes Angebot unter Zugrundelegung ihrer eigenen AGBs abgegeben wurde. Mit der Formulierung „Generell können wir die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313) als Basis nehmen“ und ihrer daran anknüpfenden Ausführungen gebe die Antragstellerin eindeutig zu erkennen, dass sie erst bereit wäre, nach künftigen Verhandlungen auch die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313) mit möglichen ausverhandelten Abweichungen anzunehmen. Es sei daher davon auszugehen, dass die Antragstellerin kein ausschreibungskonformes Erstangebot abgegeben hat.

Zur Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin brachte die Auftraggeberin vor: Die Festlegung der Eignungskriterien - also auch der verlangten

Mindestanforderungen an die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit - und des konkreten Eignungsniveaus sei von der Auftraggeberin zu bestimmen. Der nach Meinung der Antragstellerin anzusetzende Standard hinsichtlich des Eignungsniveaus in Bezug auf die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit stehe in keinem Verhältnis zur konkret ausgeschriebenen Leistung und deren Abwicklungsmodalität, sei nicht angemessen, zudem diskriminierend und entspreche somit nicht den oben genannten Maßstäben.

Gemäß Anhang X Abs.1 Z 6 BVergG 2018 könne als Nachweis für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eine Einstufung der Bonität des Unternehmers gemäß einem anerkannten Ratingsystem gefordert werden. Die präsuntive Zuschlagsempfängerin werde im Auftragnehmerkataster Österreich (ANKÖ) geführt und weise das dort enthaltene KSV-Rating ein „geringes Risiko“ aus. Die Antragsgegnerin habe somit die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit unter anderem auch mittels dieses Bonitätsnachweises eines anerkannten Ratingsystems überprüft. Die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsuntiven Zuschlagsempfängerin sei gegeben.

Die Antragstellerin verkenne, dass die von ihr herangezogene „Oberndorf-Formel“ für den Baubereich entwickelt worden und primär dazu gedacht sei, das Bauprojektisiko für eine Auftraggeberin abzuschätzen. Eine sture, unreflektierte Anwendung auf andere Leistungen würde dem allgemeinen Sachlichkeitsgrundsatz bzw. dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widersprechen.

Weiters sei anzumerken, dass die Antragstellerin bei ihrer beispielhaften Berechnung des Projektisikos von falschen Prämissen ausgegangen sei. So werde von ihr fälschlicherweise der Angebotspreis und von EUR 499.200,-- für 1 Jahr gerechnet und dieses entsprechend der von ihr angewendeten „Oberndorf-Formel“ einem Jahresumsatz gegenüber gestellt. Die Antragstellerin verkenne dabei aber, dass eine Leistungsdauer von 2 Jahren ausgeschrieben worden sei, daher dieser Auftragswert auf 2 Jahre zu rechnen sei und somit die von ihr vorgenommene Berechnung nicht stimme. Ebenso sei der von der Antragstellerin geschätzte jährliche Umsatz der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht zutreffend. Vielmehr übersteige der Jahresumsatz der präsuntiven Zuschlagsempfängerin das jährliche Auftragsvolumen deutlich.

Zur Angebotsprüfung führte die Auftraggeberin aus: Die Antragstellerin wolle einzig aufgrund des Verhältnisses ihres eigenen Angebotspreises zum Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis ableiten. Dies sei aber nicht zutreffend. Von der Antragsgegnerin sei eine ordnungsgemäße Preisangemessenheitsprüfung durchgeführt worden. Bei dieser Prüfung habe die Auftraggeberin neben einem Vergleich zum geschätzten Auftragswert auch die konkreten Umstände der Leistungserbringung berücksichtigt. Die konkreten, individuellen Umstände der Leistungserbringung lägen überwiegend in der Zurverfügungstellung der „Manpower“. Für die Angemessenheit der Preise sei von der Auftraggeberin daher - ausgehend von dem für die Unternehmensberatung geltenden Kollektivvertrag und der mit 1.1.2021 gültigen Gehaltstabelle – geprüft worden, ob die anfallenden Personalkosten mit dem angebotenen Stundensatz abgedeckt seien. Die Prüfung habe ergeben, dass die Kosten abgedeckt seien. Von der Auftraggeberin sei zu Beginn des Verfahrens der geschätzte Auftragswert ordnungsgemäß und sachkundig ermittelt worden. Dabei habe die Auftraggeberin Erfahrungswerte und Angebotspreise aus zuvor vergebenen Consultertätigkeiten sowie den erforderlichen Arbeits- und Zeitaufwand der Auftragsausführung und die kollektivvertraglichen Umstände und Gehaltsansätze zu Grunde gelegt. Der angebotene Tagsatz entspreche dem von der Antragsgegnerin in Vergaben ermittelten Tagsatz vergleichbarer Beratungsleistungen. Der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei angemessen.

Die Auftraggeberin beantragte den Nichtigkeitsantrag zurück- in eventu abzuweisen.

5. Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin bestritt zunächst die Antragslegitimation der Antragstellerin mit Bezug auf Ziffer 3. der Teilnahmeunterlagen (Mindestanforderungen an das Schlüsselpersonal) zumal sie davon ausgehe, dass die Antragstellerin bzw. das von ihr namhaft gemachte Schlüsselpersonal nicht über die CMC-Qualifikation verfüge und somit mangels Eignung auszuschneiden gewesen wäre.

Zu den von der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag behaupteten Rechtswidrigkeiten brachte die präsumtive Zuschlagsempfängerin vor, die Ausschreibung fordere keine Nachweise und die Teilnahmeunterlagen enthielten keine Mindestanforderungen hinsichtlich der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit. Die Eignung eines Bewerbers sei immer anhand des konkreten Auftrages zu prüfen. Der ausgeschriebene Auftrag sei dadurch gekennzeichnet, dass eine (persönliche) Dienstleistung erbracht werde. Dafür seien weder Investitionen noch Betriebsmittel erforderlich. Bei dem Beratungsauftrag stelle der Bieter im Wesentlichen sein Know-how und seine Erfahrung zur Verfügung. Aus diesem Grund seien die Anforderungen an die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit zu vernachlässigen.

Selbst unter Zugrundelegung der von der Antragstellerin herangezogenen Verhältniszahl liege kein Ausscheidensgrund vor. Die Antragstellerin übersehe, dass sich der Auftragswert über einen Leistungszeitraum von 2 Jahren beziehe und der Jahresauftragswert somit bei EUR 249.600,00 liege. Der zahlenmäßig konkret angeführte Jahresumsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in den Geschäftsjahren 2019 und 2020 sei im Verhältnis dazu jedenfalls ausreichend. Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Subunternehmer namhaft gemacht.

Ein Anlass für eine vertiefte Angebotsprüfung liege nicht vor. Der Angebotspreis setzt sich bei der gegenständlichen Ausschreibung aus dem Stundensatz für eine Beratungsstunde und der Gesamtanzahl der Beratungsstunden über den Leistungszeitraum zusammen. Es verstehe sich von selbst, dass ein kleines und schlank geführtes Unternehmen wie die mitbeteiligte Partei einen geringeren Stundensatz anbieten könne, als die Antragstellerin, eines der größten ...unternehmen Österreichs. Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Stundensatz sei angemessen und durchaus üblich.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin beantragte, den Antrag auf Nichtigerklärung zurück- in eventu abzuweisen.

6. Mündliche Verhandlung und Verkündung des Erkenntnisses:

Im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren wurde vor dem Verwaltungsgericht Wien in Anwesenheit jeweils vertretungsbefugter Organe und der jeweiligen Rechtsvertreter der Antragstellerin, die Auftraggeberin und der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 10.06.2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und im Anschluss daran das Erkenntnis verkündet. Mit Schriftsatz vom 14.06.2021 beantragte die Antragstellerin eine schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses.

7. Folgender Sachverhalt steht fest:

Die Auftraggeberin Stadt Wien – MA 54, führt unter der Bezeichnung "Unterstützung bei der Reorganisation und Prozessoptimierung des Gesundheitsdienstes der Stadt Wien" (Referenznummer: ...) ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages (Beratungsdienstleistungen) im Oberschwellenbereich durch. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

In der 1. Stufe des Verhandlungsverfahrens wurden 5 Teilnahmeanträge gestellt. Von den drei zur Angebotslegung in der 2. Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassenen Bietern haben nur die Antragstellerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot gelegt.

Für die 2. Verfahrensstufe legen die Vertragsbestimmungen in Punkt 1. fest: *„Es gelten die ‚Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen‘ (WD 313)“.*

Die Angebotsbestimmungen sehen in Punkt 17. „Grundzüge des Verfahrensablaufes“ vor: *„Die Auftraggeberin behält sich gemäß § 114 Abs. 3 BVergG 2018 vor, den Auftrag bereits auf Grundlage des Erstangebotes zu vergeben. (...) Die Auftraggeberin behält sich das Recht für eine Verhandlungsrunde (in der über den gesamten Leistungsinhalt verhandelt wird) vor und ggf. werden die Bieterinnen zur Erstellung eines last and best offer (LBO) eingeladen (...).“* Entsprechendes findet sich auch in den Festlegungen

unter Punkt 2. „Verfahrensart und Verfahrensablauf“ (1. Stufe – Teilnahmeantrag).

Im Angebotsformblatt waren die Jahresumsätze der letzten drei Jahre anzugeben. Für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sind keine ausdrücklichen Festlegungen getroffen.

Die Ausschreibungsunterlagen sind bestandsfest.

Mit Aufklärungsersuchen vom 5.3.2021 hat die Auftraggeberin die Antragstellerin um schriftliche Aufklärung ersucht, wie der ausdrückliche Verweis im Angebot der Antragstellerin vom 25.02.2021 auf die Geltung der dem Angebot angefügten AGB der Antragstellerin zu verstehen sei bzw., ob sie ihrem Angebot ihre von der WD 313 der Stadt Wien abweichenden AGB zugrunde legen wolle.

Die Antragstellerin erklärte, davon auszugehen, dass im Rahmen von Verhandlungen ein den Interessen beider Parteien Rechnung tragender Vertrag verhandelt werden könne und die Antragstellerin gern von der Verhandlungsmöglichkeit Gebrauch machen würde, insb. Gewährleistung, Schadenersatz, Haftung, Garantien, Nutzungsrechte.

Die Auftraggeberin hat auf Basis der Erstangebote eine abschließende Bewertung vorgenommen und die Antragstellerin unter den zwei Bietern an zweiter Stelle gereiht.

Die Zuschlagsentscheidung ist ohne Verhandlungen aufgrund der Erstangebote in der 2. Stufe erfolgt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat im festgelegten Angebotsformblatt Jahresumsatzzahlen für 2017, 2018 und 2019 angeführt, weiters den von ihr angebotenen Preis pro Stunde, Preis pro Tag und Gesamtpreis.

In der Angebotsprüfung wurden von der Auftraggeberin nach Einsicht in das Firmenbuch, ANKÖ (auch hinsichtlich Jahresabschluss) und KSV Rating keine Anzeichen auf Liquiditäts- oder Überschuldungsprobleme gesehen.

Wesentlicher Kostenfaktor im gegenständlichen Dienstleistungsauftrag sind nur die Personalkosten für den/die zur Verfügung zu stellenden Berater/in und werden mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin diese Personalkosten abgedeckt. Für den Fall der Verhinderung des/der eingesetzten Beraters/in steht ein Mitarbeiter eines namhaft gemachten Subunternehmers bereit.

Die Bezahlung des Auftragshonorares an die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfolgt quartalsweise im Nachhinein.

Die Preisangemessenheit wurde anhand der kollektivvertraglichen Lohnansätze im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin - wie im Vergabeakt dokumentiert - geprüft und wurde davon ausgehend und anhand eines Vergleiches mit den Erfahrungswerten gleichartiger Aufträge zuvor die Preisangemessenheit des Angebotspreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geprüft und als gegeben festgestellt.

8. In der Beweiswürdigung waren folgende Erwägungen maßgeblich:

Der Ablauf des Vergabeverfahrens sowie der Inhalt und die Bestandsfestigkeit der zitierten Festlegungen ergeben sich aus dem vorgelegten unbedenklichen Vergabeakt und sind unstrittig.

Von den Parteien außer Streit gestellt wurde in der Verhandlung, dass einzig wesentlicher Kostenfaktor iZm dem gegenständlichen Dienstleistungsauftrag die Personalkosten für den/die Berater sind.

Ablauf und Ergebnis der Angebotsprüfung wurde in der Verhandlung von Auftraggeberseite anschaulich und nachvollziehbar dargelegt.

9. Das Verwaltungsgericht Wien hat in rechtlicher Hinsicht erwogen:

9.1. Zur Zulässigkeit und Rechtzeitigkeit des Nachprüfungsantrags:

Die Stadt Wien ist Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 BVergG 2018.

Der Antrag auf Nichtigerklärung richtet sich gegen eine Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin in einem Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung, mithin gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018.

Die Beibringung der Pauschalgebühren für den Antrag auf Nachprüfung einer Zuschlagsentscheidung in einem Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich sowie – in halber Höhe – für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist nachgewiesen.

Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt (vgl. VwGH 23.5.2007, ZI. 2007/04/0010). Der Antrag auf Nichtigerklärung entspricht den Bestimmungen der §§ 18 ff WVRG 2020.

Der Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde am 03.05.2021 fristgerecht binnen der zehntägigen Frist gemäß § 19 Abs. 1 WVRG 2020 eingebracht.

9.2. Antragslegitimation der Antragstellerin:

Nach den oben zitierten Festlegungen für die 2. Verfahrensstufe legen die Vertragsbestimmungen in Punkt 1. fest: *„Es gelten die ‚Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen‘ (WD 313)“* und hat sich die Auftraggeberin vorbehalten, ohne Verhandlungen (somit auch ohne Verhandlungen über Vertragsabreden in AGBs) den Zuschlag zu erteilen. Angebote müssen daher, um ausschreibungskonform zu sein, ohne weiteres sein zuschlagsfähig sein, ohne dass es weiterer Verhandlungen darüber bedarf.

Für die von der Antragstellerin intendierten Verhandlungen über insb. Gewährleistung, Schadenersatz, Haftung, Garantien, Nutzungsrechte, mit dem Ziel, bestandsfest festgelegte Vertragsbestimmungen der WD 313 in der 2. Verfahrensstufe abzubedingen, besteht kein Raum.

Insofern die Antragstellerin ihr Erstangebot auf Basis ihrer von den Vertragsbestimmungen der Stadt Wien WD 313 abweichenden Geschäftsbedingungen gelegt hat, wäre das Angebot der Antragstellerin wohl als ausschreibungswidrig auszuschneiden gewesen.

Entsprechend dem Urteil des EuGH Fastweb (C- 100/12, EU:C:2013:448) ist jedoch in einem Kontext wie dem vorliegenden, in dem jede der Streitparteien ein äquivalentes berechtigtes Interesse am Ausschluss des Angebots der anderen Wettbewerber geltend macht, die Antragslegitimation des (allenfalls auszuschneidenden) Bieters nicht ausgeschlossen. Es ist nämlich nicht ausgeschlossen, dass eine der Regelwidrigkeiten, die dem Ausschluss des Angebots sowohl des Zuschlagsempfängers als auch des Bieters, der die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers anfecht, zugrunde lagen, auch die anderen im Rahmen der Ausschreibung abgegebenen Angebote erfasst; dann könnte der Auftraggeber gezwungen sein, ein neues Verfahren einzuleiten (siehe VwGH 29.01.2018, Ra 2016/04/0086 mit Verweis auf EuGH Fastweb (C-100/12, EU:C:2013:448 und EuGH 5.4.2016, PFE, C-689/13, sowie Judikatur und Literaturverweisen).

Die Antragslegitimation ist gegenständlich daher zu bejahen.

9.3. In der Sache:

9.2.1. zur Leistungsfähigkeit:

Gemäß § 114 Abs. 1 BVergG 2018 hat im Verhandlungsverfahren der öffentliche Auftraggeber in den Ausschreibungsunterlagen den Auftragsgegenstand anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der öffentliche Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der

Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Ausschreibungsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

Gemäß § 114 Abs. 2 BVergG 2018 kann jeder Unternehmer, der vom öffentlichen Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der öffentliche Auftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Abs. 8, zu verhandeln. Die in den Ausschreibungsunterlagen vom öffentlichen Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.

Abweichend von Abs. 2 kann der öffentliche Auftraggeber gemäß § 114 Abs. 3 BVergG 2018 den Auftrag auf der Grundlage des Erstangebotes vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er in der Bekanntmachung oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält.

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 hat die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Anhang 10 Abs. 1 BVergG 2018 sieht etwa für den Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit Auszüge aus Jahresabschlüssen, Erklärungen hinsichtlich des Gesamtumsatzes oder die Einstufung der Bonität des Unternehmers gemäß einem anerkannten Ratingsystem, vor.

Ein Mindestjahresumsatz, der von Wirtschaftsteilnehmern verlangt wird, darf allerdings nach Art 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/E nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswerts übersteigen, außer in hinreichend begründeten Fällen, die spezielle, mit der Wesensart der Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen einhergehende Risiken betreffen.

Die Auftraggeberin hat im gegenständlichen Vergabeverfahren keine Mindestanforderungen iZm der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit festgelegt.

Die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit ist gegeben, wenn das Unternehmen des Bieters in Bezug auf seine wirtschaftlichen und finanziellen Ressourcen ex ante objektiv geeignet erscheint, die auftragsgemäße Leistung während der gesamten Dauer des Vertrages zu erfüllen.

Dies ist anhand des konkreten Auftragsgegenstandes (so verweist Art 58 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU auf die mit der Wesensart des Auftrages verbundene Risiken) anhand etwa der Jahresabschlusszahlen, des Gesamtumsatzes oder der Einstufung der Bonität des Unternehmers gemäß einem anerkannten Ratingsystem zu beurteilen (vgl. § 20 Abs. 1 BVergG 2018).

Im konkreten Fall entstehen dem Auftragnehmer iZm der Leistungserbringung lediglich Kosten in Form laufender Personalkosten. Vertragsgegenständlich sind im Wesentlichen nur Beratungsdienstleistungen zu erbringen.

Dem stehen während des zweijährigen Leistungszeitraumes laufend – quartalsmäßig im Nachhinein – eingehende Einnahmen (Leistungsentgeltzahlung der Auftraggeberin an die Auftragnehmerin) entgegen. Im Ergebnis bedeutet dies, dass von der Auftragnehmerin lediglich die Vorfinanzierung der Personalkosten des/der Beraters/in für drei Monate sichergestellt werden muss.

Ein Einsatz von Anlagevermögen in Form etwa von Baumaschinen o. ä., oder auch Einkauf von Fertigungsmaterial, wie es etwa für Bauaufträge typisch ist, aber auch der Einkauf von Handelswaren u. a., wie in der Regel bei Lieferaufträgen, findet im gegenständlichen Auftragsfall nicht statt.

Die in der Judikatur des BVA mit Bezug auf die sog. „Oberndorfer-Formel“ für Bauaufträge bzw. Platzer/Öhlinger, EU-konforme Ausschreibungen² (1998), 100, für Lieferaufträge entwickelten Kennzahlen zur Beurteilung des Projektrisikos sind somit auf den gegenständlichen Fall sachverhaltsbezogen nicht übertragbar.

Die Auftraggeberin hat im Rahmen der Angebotsprüfung anhand der Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in ihrem Angebot hinsichtlich ihrer Jahresumsatzzahlen für drei Jahre sowie iZ damit anhand des Firmenbuchs bzw. des ANKÖ den Jahresabschluss und das KSV Rating der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geprüft und die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bejaht.

Diese Beurteilung erscheint angesichts der aktenkundigen Umsatzzahlen und des Umstandes, dass im Wesentlichen nur Beraterpersonalkosten pro Quartal vorzufinanzieren sind, in ihren Relationen plausibel und nachvollziehbar.

Im Übrigen wird durch den namhaft gemachten Subunternehmer die Leistungserbringung auch im Verhinderungsfall des/der eingesetzten Beraters/in sichergestellt.

9.2.2. zur Preisangemessenheit:

Gemäß § 137 Abs. 1 BVergG 2018 ist die Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, zu prüfen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

Der öffentliche Auftraggeber muss gemäß § 137 Abs. 2 BVergG 2018 Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn 1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder 3. nach der Prüfung gemäß Abs. 1 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist gemäß § 137 Abs. 3 BVergG 2018 zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, wobei es sich auch hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, und nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft

werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (siehe VwGH 22.11.2011, 2007/04/0201).

Die Preisangemessenheit wurde von der Auftraggeberin anhand der entsprechend dem Kollektivvertrag anfallenden Personalkosten samt Lohnnebenkosten beurteilt und mit ihren Erfahrungswerten aus vergangenen gleichartigen Aufträgen verglichen.

Der darauf beruhenden Beurteilung der Auftraggeberin, der nur geringfügig vom geschätzten Auftragswert abweichende Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei angemessen, ist – ungeachtet dessen, dass die Antragstellerin zu einem deutlich höheren Preis angeboten hat - nicht entgegen zu treten. Die Auftraggeberin hat mit der Prüfung der Angemessenheit der Personalkosten für den/die zur Verfügung zu stellenden Berater/in iZm Kollektivvertragskonformität und Berücksichtigung der Nebenkosten angesichts des Umstandes, dass Leistungsgegenstand im vorliegenden Fall nur die Erbringung der Beratungsleistung ist, im Ergebnis praktisch die gesamte Preiskalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin geprüft und nachvollzogen.

Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer weitergehenden Detailprüfung liegen, mangels weiterer, wesentlicher Kostenfaktoren nicht vor. Im Verfahren wurde von der Antragstellerin auch nicht konkret aufgezeigt, dass bzw. aus welchen Gründen ein geringerer als von der Antragstellerin angebotener Preis nicht kostendeckend sein könne.

Da die angefochtene Zuschlagsentscheidung vergaberechtskonform zustande gekommen ist, war der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung spruchgemäß abzuweisen.

10. Pauschalgebühren:

Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge gemäß den §§ 18 Abs. 1, 25 und 28 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten.

Gemäß § 15 Abs. 1 WVRG 2020 hat die oder der vor dem Verwaltungsgericht Wien, wenn auch nur teilweise, obsiegende Antragstellerin oder Antragsteller Anspruch auf Ersatz ihrer oder seiner gemäß § 14 entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin oder den Auftraggeber.

Die Antragstellerin hat als unterlegene Partei keinen Anspruch auf Ersatz der von ihr ordnungsgemäß entsprechend der WVPVO entrichteten Pauschalgebühren.

11. Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtsslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG zumindest möglich ist.

Die ordentliche Revision ist im vorliegenden Fall unzulässig, zumal sich die Entscheidung im Wesentlichen auf einer Würdigung des konkreten Sachverhalts im Einzelfall gründet.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim

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

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

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

Verwaltungsgericht Wien
Mag. Schmied
(Vorsitzender)