



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

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

GZ: VGW-123/077/1621/2019-14
A. GmbH

Wien, 21.3.2019

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwalt, vom 28.1.2019 auf Nichtigerklärung der Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung (Auswahlentscheidung) betreffend das Vergabeverfahren "Instrumentenmanagement für das Krankenhaus der Stadt Wien, ...", GZ: ..., vom 18.1.2019, der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, am 21.3.2019 durch mündliche Verkündung

zu Recht e r k a n n t:

I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 18.1.2019 wird stattgegeben und die angefochtene Entscheidung wird nichtig erklärt.

II. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.122,00 binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung nach dem Bestbieterprinzip zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Beschaffung von Leistungen zur Unterstützung der Verwaltung und Bewirtschaftung der chirurgischen Instrumente im Krankenhaus Das Vergabeverfahren unterliegt den Bestimmungen über den Oberschwellenbereich für Dienstleistungsaufträge.

Die Antragsgegnerin hat am 18.1.2019 eine Auswahlentscheidung erlassen, in der sie der Antragstellerin mitgeteilt hat, zu beabsichtigen, die Rahmenvereinbarung mit der B. GmbH als Bestbieterin abzuschließen.

Die Antragstellerin hat gegen diese Auswahlentscheidung am 28.1.2019 einen Antrag auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht.

Inhaltlich hat die Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass das Angebot der ermittelten Bestbieterin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise und die Angebotsprüfung der Antragsgegnerin nicht abgeschlossen sei. Selbst bei Zugrundelegung von minderqualifizierten Mitarbeitern zur Durchführung der Leistungen im Zusammenhang mit der Inventur wäre der kollektivvertragliche Mindestlohn mit Euro 14,19 pro Stunde anzusetzen. Unter Berücksichtigung der Lohnnebenkosten müssten die Lohnkosten zumindest Euro 18,48 pro Stunde betragen. Somit müssten sich die Lohnkosten im Hinblick auf die Bestandsaufnahme (833 Stunden) bereits auf zumindest Euro 15.393,84 belaufen. Hinzu kämen die von der Auftraggeberin verlangten weiteren Leistungen (220 Stunden), für die Lohnkosten für entsprechend höher qualifiziertes Personal in Höhe von Euro 23,79, folglich Euro 5233,80, anfallen würden. Das Angebot der Bestbieterin könne im Hinblick auf die Lohnkosten einschließlich Lohnnebenkosten nicht kostendeckend sein.

Dem Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde stattgegeben und die beantragte einstweilige Verfügung mit Beschluss vom 1.2.2019, ..., erlassen.

Die Antragsgegnerin hielt dem Nachprüfungsantrag mit Replik vom 13.2.2019 im Wesentlichen Folgendes entgegen:

Der Antragstellerin sei lediglich viertgereiht und habe nicht vorgebracht, dass auch die anderen vor ihr gereihten Angebote auszuschneiden wären. Aus diesem Grund fehle der Antragstellerin der Antragslegitimation.

Der von der Bestbieterin kalkulierte Angebotspreis entspreche der Kostenschätzung der Auftraggeberin und sei betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Darüber hinaus sei in den bestandsfesten Ausschreibungsunterlagen in Punkt 4 der Besonderen Angebotsbestimmungen ausdrücklich festgelegt, dass die Kalkulation und deren Ergebnisse dann betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, wenn die in den Ausschreibungsunterlagen näher angeführten Kostenangaben betreffend die Detailkalkulation enthalten seien.

Die mitbeteiligte Partei hat mit Schriftsatz vom 15.2.2019 im Wesentlichen ausgeführt, dass die Antragstellerin mit ihrem Angebot so teuer sei, dass ihr Angebot für eine Zuschlagserteilung nicht in Betracht komme. Es sei nicht das Angebot der Teilnahmeberechtigten „zu billig“, sondern vielmehr das Angebot der Antragstellerin zu teuer. Die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten sei plausibel und nachvollziehbar. Die Teilnahmeberechtigte habe insbesondere alle nach den Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Kostenangaben gemacht, weshalb ihre Kalkulation betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei.

Die Antragstellerin hat dazu mit Schriftsatz vom 15.3.2019 repliziert und im Wesentlichen Folgendes vorgebracht: Es sei keine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung erfolgt. Einen „Automatismus“ dahingehend, dass Preise jedenfalls dann als betriebswirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar gelten, wenn in der Detailkalkulation bestimmte Kostenangaben gemacht werden, könne es nicht geben. Zum Vorbringen der Antragsgegnerin, dass das Angebot der Antragstellerin viertgereiht sei, brachte die Antragstellerin unter anderem vor, dass auch hinsichtlich etwaiger vor ihr gereihter Angebote keine vergaberechtskonforme Angebotsprüfung erfolgt sei und diese Angebote ebenfalls zwingend auszuschneiden seien.

Die Teilnahmeberechtigte brachte mit Schriftsatz vom 19.3.2019 eine ergänzende Stellungnahme ein. In dieser brachte sie unter anderem vor, der kollektivvertragliche Mindestlohn pro Stunde einschließlich Lohnnebenkosten errechne sich nicht, wie die Antragstellerin ausgeführt habe, mit zumindest 18,48 € pro Stunde, sondern mit 12,89 € pro Stunde.

Die Antragsgegnerin brachte ebenfalls mit Schriftsatz vom 19.3.2019 eine ergänzende Stellungnahme ein. In dieser brachte sie unter anderem vor, entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin führe die zitierte Festlegung im Punkt 4 der Besonderen Angebotsbestimmungen sehr wohl dazu, dass die Preise jedenfalls betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien, wenn die konkret vorgegebenen Kostenangaben in der Kalkulation enthalten seien.

Das Verwaltungsgericht hat am 21.3.2019 eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt:

„Die Verfahrensparteien geben bekannt, dass sie ihr bisheriges Vorbringen vollinhaltlich aufrechterhalten.

Der Bericht legt dar, dass zunächst vier Fragenkomplexe, die sich für den Senat vorrangig ergeben haben, behandelt werden. Diese vier Fragenkomplexe sollen möglichst thematisch abgeschlossen werden. Danach wird sich zeigen, was gegebenenfalls sonst noch erörtert werden muss.

Dargelegt wird weiters, dass auf Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse zunächst in der Weise Rücksicht genommen werden möge, dass die aufgeworfenen Fragen abstrakt behandelt werden.

Die erste Frage betrifft die Reihung der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin gibt dazu an, dass die Antragstellerin drittgeriht ist. Es ist insofern ein Versehen unterlaufen, als die Antragstellerin preislich viertgeriht ist.

Auf die Frage, wie Punkt 4 der besonderen Angebotsbestimmungen zu verstehen ist, führt die Antragsgegnerin aus, dass Punkt 4 „selbstverständlich“ dahingehend zu verstehen sei, dass auch die geltenden kollektivvertragsrechtlichen Mindestlöhne und die gesetzlichen Lohnnebenkosten eingehalten und kostendeckend kalkuliert werden müssen. Dies sei im Angebot der präsumtiven Bestbieterin auch erfolgt und von der Antragsgegnerin geprüft worden.

Auf die Frage der nachvollziehbaren Einhaltung der kollektivvertraglichen Mindestansätze gibt die Antragsgegnerin bekannt, dass dies aus detaillierten Prüfungsunterlagen nachvollziehbar und ersichtlich sei, welche dem im Vergabeakt befindlichen Prüfbericht nicht angeschlossen sind. Die

Antragsgegnerin habe diese Detailunterlagen mit. Diese könnten gerne vorgelegt und erörtert werden, wozu die Antragstellerin aber vorher den Verhandlungssaal verlassen müsse. Das zusammenfassende Ergebnis befinde sich in Punkt 3.1 des Prüfberichtes über die Angebotsprüfung vom 18.01.2019 im Vergabeakt.

Auf die Frage aus dem Senat betreffend die Prüfung des zweitgereihten Bieters gibt die Antragsgegnerin an, dass das Angebot der zweitgereihten Bieterin im Hinblick auf die Kalkulation nicht in dieser Detailtiefe geprüft worden sei, weil eine solche Detailprüfung der Kalkulation gemäß BVergG nur für das für den Zuschlag in Aussicht genommene Angebot erforderlich sei und daher auch nur für dieses Angebot in dieser Tiefe erfolgt sei.

Die Antragstellerin bringt dazu vor:

Das Vorliegen einer Chance der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung könne nur dann verneint werden, wenn auf Sachverhaltsebene definitiv feststehen würde, dass die Antragstellerin nicht an erster Stelle gereiht werden könne. Im vorliegenden Fall seien dafür aber Bewertungen und Beurteilungen erforderlich, die nicht im Nachprüfungsverfahren durchzuführen wären. So werde in diesem Fall die Reihung der Bieter und das Ausscheiden der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgegriffen, was bei Zutreffen des Ausscheidens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu einer Neureihung und neuer Bestbieterermittlung führen müsse. Eine derartige Bestbieterermittlung ohne die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei allerdings nicht vorhanden. Darüber hinaus habe auch keine abschließende Preisprüfung der zweitgereihten Bieterin stattgefunden.

Darüber hinaus sei es für eine gesetzeskonforme Zuschlagsentscheidung nach der Judikatur erforderlich, dass auch die Reihung des Bieters sowie die Bewertungsergebnisse der ihm vorgereihten Bieter in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilt werden. Dies sei nicht erfolgt. Die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsantrages könnten daher nicht ausreichend abgeschätzt werden. Die Zuschlagsentscheidung sei bereits aus diesem Grunde per se rechtswidrig.

Auf Frage aus dem Senat legt die Antragsgegnerin dar, dass die erfolgten Prüfschritte der Kalkulation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin deswegen lediglich im Prüfbericht zusammengefasst und damit zusammenfassend dokumentiert worden seien, weil andernfalls wesentlich mehr Ordner als Vergabeakt hätten vorgelegt werden müssen. Die einzelnen Prüfschritte seien erfolgt, was auch jeweils durch Abhaken ersichtlich gemacht worden sei. Dieses Arbeitsdokument sei aber dem Vergabeakt nicht angeschlossen worden.

Die Antragsgegnerin bringt weiters vor, im Vergabeakt sei sowohl die Detaildokumentation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als auch das Ergebnis der Prüfung dieser Detaildokumentation durch die Antragsgegnerin dokumentiert. Ob auch die einzelnen Prüfabläufe im Vergabeakt dokumentiert würden, im Sinne eines Anschlusses der entsprechenden Unterlagen mit dem darauf befindlichen Prüfhaken, habe nach Ansicht der Antragsgegnerin keinen besonderen Mehrwert. Wenn im Senat die Ansicht bestehen sollte, dass auch diese Dokumente erforderlich seien, dann könne dies im Zuge der heutigen Verhandlung nachgeholt werden. Dies entspreche nach Ansicht

der Antragsgegnerin auch der Judikatur des VwGH, wonach keine minutiöse Nachprüfung erforderlich sei.

Die Teilnahmeberechtigte bringt dazu vor, dass der Judikatur des VwGH zu Folge eine bloße Plausibilitätsprüfung der Detailkalkulation ausreiche, was an Hand der vorgelegten Detailkalkulation ohne weiters möglich gewesen sei.

Die Antragstellerin bringt dazu vor, dass der Aspekt der Plausibilität im Sinne der Judikatur des VwGH ein inhaltlicher Maßstab sei. Die inhaltliche Prüfung müsse sehr wohl im Vergabeakt dokumentiert sein und es müsse sich aus dem Vergabeakt ergeben, warum die Antragsgegnerin zu dem Ergebnis gekommen sei, dass die Plausibilität gegeben sei.

Die Teilnahmeberechtigte hält dem entgegen, es müsse nicht die Plausibilität nachgewiesen werden, sondern sei für das allfällige Vorliegen einer unplausiblen Preisgestaltung notwendig, dass Gründe für eine unplausible Preisgestaltung vorliegen. Es sei also nicht die Plausibilität im positiven Sinne festzustellen, was Bedeutung für das Beweismaß habe. Ein Nachweis des positiven Vorliegens von Plausibilität würde auf eine minutiöse Nachprüfung hinauslaufen, die gerade nicht erforderlich sei.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass sämtliche erforderliche Prüfschritte stattgefunden hätten und im Detail dokumentiert worden seien. Es handle sich dabei um die bereits genannten Unterlagen, deren Prüfergebnis im Prüfbericht zusammengefasst worden seien.

Auf Frage aus dem Senat, woraus sich die Divergenz der Vorbringen der Antragstellerin einerseits und der Teilnahmeberechtigten andererseits zum Mindeststundensatz gemäß Kollektivvertrag einschließlich Lohnnebenkosten ergibt, führen die Verfahrensparteien aus:

Die Teilnahmeberechtigte begründet wie in ihrem letzten Schriftsatz, wie sich der von ihr errechnete Mindeststundensatz von EUR 12,89 ergebe.

Die Antragstellerin hält dem entgegen, dass sich der von ihr errechnete Mindeststundensatz von EUR 18,48 daraus ergebe, dass zumindest überwiegend für die Ausführung des Auftrages Berufsanfänger nicht eingesetzt werden könnten und sich daraus zwangsläufig, zumindest als Mischsatz, höhere Mindestlöhne ergeben würden als unter Zugrundelegung der in die unterste Gehaltsstufe eingestufteten Berufsanfänger.

Die Teilnahmeberechtigte hält ihr bisheriges Vorbringen zur Einstufung aufrecht und verweist darauf, dass die Diskussion deswegen unerheblich sei, weil die von ihr kalkulierten Stundensätze auch weit über den von der Antragstellerin vorgebrachten Mindeststundensätzen liegen würden.

Die Antragsgegnerin verweist dazu auf die Beilage ./22 im Vergabeakt Punkt 1.2 auf Seite 1 betreffend Lohnkosten pro Stunde und auf Punkt 2.3. auf Seite 6. Außerdem gebe es in den

Ausschreibungsunterlagen keine Festlegung über die erforderliche Mindestqualifikation des einzusetzenden Personals.

(...)

Die Antragstellerin verweist auf ihr bisheriges Vorbringen und führt ergänzend aus, dass über die Frage der kollektivvertragsmäßigen Einstufung hinausgehend im Hinblick auf die Sensibilität der auszuführenden Arbeit auch die erforderlichen Berufsjahre und die sich daraus ergebende, entsprechend höhere Einstufung laut Kollektivvertrag zu prüfen und die Prüfung entsprechend im Vergabeakt zu dokumentieren gewesen wäre.

Die Teilnahmeberechtigte erstattet kein weiteres Vorbringen.

Die Antragsgegnerin verweist darauf, dass eine Vollständigkeitsprüfung der Kalkulation gemäß Punkt 4 der Besonderen Angebotsbestimmungen durchgeführt worden sei. Darüber hinaus ist eine inhaltliche Übereinstimmung dieser Detailkalkulation mit dem Angebot und der Kostenschätzung überprüft worden. Darüber hinaus wurden diese Kalkulationsansätze mit dem Vertreter des KH, Herrn C. D., als Mitglied der Bewertungskommission, abgestimmt und als übereinstimmend mit den derzeit verrechneten Preisen bestätigt. Dieses Bewertungsergebnis ist in Punkt 3.1 des Prüfberichtes dokumentiert. Auf Grund dieser Bewertungsvorgänge gibt es keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unplausibel wäre. Da das ausgeschriebene Leistungsbild exakt jenen Leistungen entspricht, die bis dato im KH erbracht werden, ist vor allem der Vergleich mit den bisherigen Erfahrungswerten nach Rechtsprechung des VwGH jedenfalls ausreichend für eine vertiefte Angebotsprüfung.“

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt wurde festgestellt:

Die Besonderen Angebotsbestimmungen enthalten in ihrer für die Erstellung der Letztangebote gültigen Fassung auszugsweise folgende Festlegungen:

„3. Kalkulationsgrundlagen bzw. Auspreisung

(...) Die angegebenen Pauschalpreise sind aufgrund der derzeit gültigen Lohn- und Materialpreise zu erstellen.

4. Preisbildung bzw. -Erstellung

(...) Darüber hinaus hat die Bieterin/der Bieter ihrem/seinem Angebot die Detailkalkulation für die Manipulationspauschale und Inventurpauschale in einer Weise (Stundenzahlen, Stundensätze, Tageszahlen, Tagessätze etc.) jeweils beizulegen, die es der Auftraggeberin ermöglicht, die Kalkulation nachzuvollziehen. Die Bieterin/der Bieter hat diese Angaben in einer gesonderten und selbst zu verfassenden Beilage mit dem Titel „Manipulationspauschale“ bzw. „Inventurpauschale“

zusammenzufassen und diese Beilage dem Angebot anzuschließen. Dabei hat die Bieterin/der Bieter jeweils die Personalkosten für Stundenaufwand und Lohnkosten pro Stunden, die Materialkosten für direkt zuordenbaren Materialaufwand, die Transportkosten für Eigentransporte und Fremdt Transporte, nicht direkt zuordenbaren Kosten sowie einen allfälligen Gewinn darzustellen; zusätzlich hat die Bieterin/der Bieter aus diesen Kosten und dem allfälligen Gewinn die Herleitung der angebotenen Pauschalen darzulegen. Sofern die Detailkalkulation diese Kostenangaben umfasst, sind die Kalkulation und deren Ergebnisse betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Vor diesem Hintergrund dient die Detailkalkulation ausschließlich dazu, um die Kalkulation für die Auftraggeberin in der Angebotsphase nachvollziehbar zu machen, und bietet jedenfalls keine - in welcher Hinsicht auch immer - Grundlage für allfällige Mehrkostenforderungen der künftigen Auftragnehmerin/des künftigen Auftragnehmers während der Vertragserfüllung; (...)"

Das Angebot der Antragstellerin ist an dritter Stelle gereiht. In der angefochtenen Auswahlentscheidung wurden der Antragstellerin ihre Reihung und das Bewertungsergebnis des zweitgereihten Angebotes nicht mitgeteilt.

Der vorgelegte Vergabeakt war hinsichtlich der durchgeführten Angebotsprüfung nicht vollständig.

Hinsichtlich der Prüfung der Kalkulation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist aus dem Vergabeakt nicht nachvollziehbar, dass eine solche Prüfung auch die Frage der kostendeckenden Kalkulation der kollektivvertraglichen Mindestlöhne und der gesetzlichen Lohnnebenkosten umfasst hätte. Im – von der Antragsgegnerin diesbezüglich in ihrem Schlussvorbringen angesprochenen – Punkt 3.1 des Prüfberichtes ist dazu im Wesentlichen dokumentiert, dass laut technischer, kalkulatorischer und rechtlicher Vorprüfung die im Vergabeverfahren befindlichen Bieter ausschreibungs- und vergaberechtskonforme Letztangebote abgegeben haben und dass gegen diese Angebote daher keine technischen, preislichen oder rechtlichen Bedenken bestehen. Die der Feststellung dieses Prüfergebnisses vorangegangenen Prüfschritte und –inhalte waren im Vergabeakt insoweit nicht oder nicht vollständig dokumentiert, als eine Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten auf die Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne und der gesetzlichen Lohnnebenkosten und auf deren kostendeckende Berücksichtigung nicht dokumentiert war.

Die Prüfung des zweitgereihten Angebotes blieb weitgehend auf einerseits eine Prüfung der Formalvoraussetzungen und andererseits auf eine Bewertung beschränkt, schloss aber nicht eine Prüfung im Ausmaß eines für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Betracht kommenden Angebotes ein. Insbesondere erfolgte hinsichtlich der Prüfung des zweitgereihten Angebotes keine detaillierte Prüfung der betriebswirtschaftlichen Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation und keine Prüfung, ob die kollektivvertraglichen Mindestlöhne und die gesetzlichen Lohnnebenkosten in der Kalkulation in kostendeckender Weise berücksichtigt worden sind.

Zum Vorbringen der Teilnahmeberechtigten betreffend die Höhe der von ihr berücksichtigten Stundensätze genügt es festzuhalten, dass diese Höhe für den Senat aus dem Angebot der Teilnahmeberechtigten klar ersichtlich waren (insb. Seite 3 der Beilage 4 des genannten Angebotes im Vergabeakt). Die Beträge stellen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Teilnahmeberechtigten dar, weshalb in das Erkenntnis nur dieser Verweis auf die betreffende Seite des Angebotes der Teilnahmeberechtigten aufgenommen wird.

Bei der Beweiswürdigung wurde erwogen:

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich aus dem Vergabeakt im Zusammenhang mit dem erfolgten Parteivorbringen und der mündlichen Verhandlung vom 21.3.2019.

In rechtlicher Hinsicht hat der Senat erwogen:

Gemäß § 84 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG 2006 sind bei allen in Österreich durchzuführenden Vergabeverfahren die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen einzuhalten.

Dies bedeutet unter anderem, dass der in Österreich kollektivvertraglich geltende Mindestlohn einzuhalten ist und die nach den sozialrechtlichen Bestimmungen anfallenden Lohnnebenkosten in korrekter Höhe zu berücksichtigen sind.

Gemäß § 19 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2006 hat die Vergabe zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Gemäß § 123 Abs. 2 Ziffer 4 BVergG 2006 ist bei Angeboten, die für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommen, unter anderem die Angemessenheit der Preise im Einzelnen zu prüfen.

Dies bedeutet, dass die Angebote unter anderem insoweit kostendeckend sein müssen, als jedenfalls die anfallenden Lohnkosten und Lohnnebenkosten abgedeckt sein müssen.

Nach Ansicht des Senates kann die Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen nicht bewirken, dass eine Kalkulation gegebenenfalls auch dann als betriebswirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar gilt, wenn die kollektivvertraglichen Mindestlöhne und bzw. oder die gesetzlichen Lohnnebenkosten nicht in kostendeckender Weise berücksichtigt sein sollten oder wenn sonst ein Unterangebot im Sinne eines nicht kostendeckenden Angebotes vorliegen sollte. Die Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen hat daher dort ihre Grenzen, wo eine Kalkulation tatsächlich betriebswirtschaftlich nicht plausibel und nicht nachvollziehbar wird, sodass eine tatsächlich betriebswirtschaftlich nicht plausible und nicht nachvollziehbare Kalkulation nicht über die Bestandsfestigkeit von Ausschreibungsunterlagen als jedenfalls betriebswirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar gelten kann. Daraus folgt rechtlich, dass die Frage der Plausibilität und Nachvollziehbarkeit der Kalkulation von der Antragsgegnerin für das für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Betracht kommende Angebot geprüft werden muss (§ 123 Abs. 2 BVergG 2006) und eine solche Prüfung nicht über die Bestandsfestigkeit von Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen auf wirksame Weise auf einzelne Aspekte der Kalkulation eingeschränkt werden kann.

Dazu kommt, dass Ausschreibungsunterlagen gemäß den §§ 914 und 915 ABGB auszulegen sind und dabei auf deren objektiven Erklärungswert abzustellen ist. Dieser objektive Erklärungswert ist aus der Perspektive eines redlichen Erklärungsempfängers zu beurteilen. Dabei sind Ausschreibungsunterlagen, wenn aus diesen nicht ausdrücklich Gegenteiliges hervorgehen sollte, gesetzeskonform auszulegen. Aus der Sicht des Senates sind die zitierten Festlegungen in Punkt 4 der Besonderen Angebotsbestimmungen daher im Zusammenhalt mit der zit.

Festlegung in Punkt 3 der Besonderen Angebotsbestimmungen dahingehend auszulegen, dass jedenfalls die kollektivvertraglichen Mindestlöhne und die gesetzlichen Lohnnebenkosten in der Angebotskalkulation in kostendeckender Weise berücksichtigt werden müssen und dass dies die Antragsgegnerin hinsichtlich des für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Aussicht genommenen Angebotes auch zu prüfen und die erfolgte Prüfung im Vergabeakt zu dokumentieren hat. Weiters ist die Festlegung in Punkt 4 der Besonderen Angebotsbestimmungen auch dahingehend zu verstehen, dass kein Unterangebot im Sinne eines nicht kostendeckenden Angebotes vorliegen darf und auch diesbezüglich Kostenangaben einer Detailkalkulation eine gegebenenfalls indizierte Prüfung nicht gegenstandslos machen.

Das Verwaltungsgericht hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 28.1.2019 ausdrücklich aufgefordert, alle die Ausschreibung betreffenden Verwaltungsakten zu übermitteln, und dabei auf § 8 Abs. 1 und 2 WVRG 2014 ausdrücklich hingewiesen. Gemäß § 8 Abs. 1 WVRG war die Antragsgegnerin daher verpflichtet, dem Verwaltungsgericht den Vergabeakt vollständig vorzulegen. Gemäß § 8 Abs. 2 WVRG kann das Verwaltungsgericht, wenn auf diese Säumnisfolge ausdrücklich hingewiesen wurde und der Vergabeakt nicht vollständig vorgelegt wurde, auf Grund des Vorbringens der nicht säumigen Beteiligten entschieden werden.

Im Anlassfall hat die Antragsgegnerin die Unterlagen über die Prüfung der Kalkulation des Angebotes der Teilnahmeberechtigten nicht angeschlossen und sich darauf beschränkt, einen zusammenfassenden Prüfbericht vorzulegen. Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass die Antragstellerin die Frage einer kostendeckenden Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne und der gesetzlichen Lohnnebenkosten in der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten nicht geprüft habe, weil sie andernfalls das Angebot der Teilnahmeberechtigten hätte ausscheiden müssen, hat die Antragsgegnerin in ihren Schriftsätzen zunächst entgegen gehalten, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten auf Grund der Bestandsfestigkeit der Festlegungen in Punkt 4 der Besonderen Angebotsbestimmungen und der darin verlangten Detailkalkulationen „jedenfalls“ als betriebswirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar gelte. Erst in der mündlichen Verhandlung hat die Antragsgegnerin ausgeführt, dass eine solche

Prüfung ohnedies erfolgt sei und dem Vergabeakt aus dem Grund nicht angeschlossen worden sei, weil sonst der Vergabeakt wesentlich umfangreicher geworden wäre. Die entsprechende Dokumentation dieser Prüfschritte könne noch vorgelegt werden.

Aus Sicht des Senates geht es nicht an, dass Vergabeakten zunächst unvollständig vorgelegt werden und erst in der mündlichen Verhandlung angeboten wird, fehlende Aktenteile nachzureichen. Es konnte daher – entsprechend dem Vorbringen der Antragstellerin – nicht von einer ausreichend erfolgten Prüfung der Kalkulation des Angebotes der Teilnahmeberechtigten durch die Antragsgegnerin ausgegangen werden. Insbesondere konnte nicht davon ausgegangen werden, dass die Antragsgegnerin schlüssig und nachvollziehbar geprüft hat, ob die Teilnahmeberechtigte die kollektivvertraglichen Mindestlöhne und die gesetzlichen Lohnnebenkosten bei ihrer Kalkulation in kostendeckender Weise berücksichtigt hat.

Zu den Ausführungen der Antragsgegnerin und der Teilnahmeberechtigten, dass die Prüfung der Kalkulation des für den Zuschlag – bzw. hier für den Abschluss der Rahmenvereinbarung – in Aussicht genommenen Angebotes nach der Rechtsprechung des VwGH eine reine Plausibilitätsprüfung sei und kein minutiöses Nachvollziehen erfordere, ist klarzustellen, dass damit der Maßstab für die Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht angesprochen ist. Die Auftraggeberin hat über eine solche bloße Plausibilitätsprüfung hinausgehend unter anderem zu prüfen, ob die kollektivvertraglichen Mindestlöhne und die gesetzlichen Lohnnebenkosten bei dem für den Zuschlag (bzw. für den Abschluss der Rahmenvereinbarung) in Aussicht genommenen Angebot in kostendeckender Weise berücksichtigt wurden und ob die Preise kostendeckend im Sinne des Nichtvorliegens eines Unterangebotes sind. Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erstmals auch vorgebracht hat, soll eine solche Prüfung durch die Antragsgegnerin auch erfolgt sein. Prüfgegenstand der Plausibilität und Nachvollziehbarkeit ist für das Verwaltungsgericht jedoch nicht das Angebot der Teilnahmeberechtigten, zumal die Angebotsprüfung Aufgabe der Auftraggeberin und nicht Aufgabe des Verwaltungsgerichtes ist. Prüfgegenstand der Plausibilität und Nachvollziehbarkeit für das Verwaltungsgericht ist vielmehr die Prüfung der Kalkulation durch die Auftraggeberin, wozu es auch notwendig ist, dass diese

Prüfung ausreichend im Vergabeakt dokumentiert wird. Es wäre daher erforderlich gewesen, dass sich im Vergabeakt die vollständige Dokumentation der Prüfung der Kalkulation des Angebotes der Teilnahmeberechtigten befindet und durch das Verwaltungsgericht plausibel nachvollzogen werden kann, wie die Antragsgegnerin zu ihrem Prüfergebnis gekommen ist. Aus einem bloß zusammenfassenden Prüfbericht, der diesbezüglich lediglich kurz die Prüfergebnisse zusammenfasst, kann gerade nicht plausibel nachvollzogen werden, wie die Antragsgegnerin zu ihren Prüfergebnissen gelangt ist. Dies gilt umso mehr, als die von der Antragsgegnerin angesprochene Zusammenfassung ihres Ergebnisses im Punkt 3.1 des Prüfberichtes vom 15.1.2019 von einer Prüfung aller Letztangebote sowie einer technischen, kalkulatorischen und rechtlichen Vorprüfung spricht, die ergeben habe, dass keine technischen, preislichen oder rechtlichen Bedenken bestehen. Ob und bei welchen Angeboten sowie in welcher Weise dabei eine Prüfung der kostendeckenden Berücksichtigung der kollektivvertraglichen Mindestlöhne und der gesetzlichen Lohnnebenkosten durch die Antragsgegnerin erfolgt ist, ist aus dieser Zusammenfassung nicht ersichtlich. Umso weniger ist ersichtlich, ob eine allfällige diesbezügliche Prüfung und das Prüfergebnis plausibel und nachvollziehbar sind.

Zu den Fragen der Antragslegitimation und der echten Chance der Antragstellerin auf Abschluss der Rahmenvereinbarung genügt es festzuhalten, dass die Antragsgegnerin – wie aus dem Vergabeakt hervorgeht und die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt hat – hinsichtlich des zweitgereihten Angebotes noch nicht abschließend geprüft hat, ob dieses im Fall des Ausscheidens des erstgereihten Angebotes für den Abschluss der Rahmenvereinbarung in Betracht kommen würde. Gemäß § 123 Abs. 2 BVergG ist eine solche abgeschlossene Angebotsprüfung nur für das erstgereichte Angebot vergaberechtlich gefordert. Ohne eine solche abgeschlossene Prüfung des zweitgereihten Angebotes kann der Antragstellerin jedoch nicht wirksam entgegen gehalten werden, dass sie kein Rechtsschutzinteresse habe, weil sie auch für den Fall des Ausscheidens des erstgereihten Angebotes für den Abschluss der Rahmenvereinbarung keinesfalls in Betracht kommen würde.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, die Auswahlentscheidung sei bereits deswegen nichtig zu erklären, weil der Antragstellerin darin weder deren Reihung noch die Merkmale und Vorteile sämtlicher ihr vorgereichten Angebote mitgeteilt worden seien, ist der Antragstellerin entgegen zu halten, dass die Aufnahme derartiger Informationen in die Auswahlentscheidung vergaberechtlich nicht geboten ist. § 131 Abs. 1 BVergG 2006 erfordert es lediglich, die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, nicht aber die Reihung sowie die Merkmale und Vorteile etwaiger zwischengereichter Angebote.

Wenn die Antragsgegnerin vorbringt, die Antragstellerin habe es verabsäumt, in ihrem Antrag vorzubringen, dass außer dem Angebot der Teilnahmeberechtigten auch alle anderen ihr vorgereichten Angebote auszuschneiden wären, so ist ihr entgegen zu halten, dass die Antragsgegnerin der Antragstellerin in der Auswahlentscheidung nicht mitgeteilt hat, an welcher Stelle ihr Angebot gereiht war. Aus diesem Grund hatte die Antragstellerin auch noch keine Veranlassung, vorzubringen, dass auch die zwischen der Teilnahmeberechtigten und ihr gereichten Angebote auszuschneiden wären. Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens wurde beides insoweit nachgeholt, als die Antragsgegnerin der Antragstellerin mitgeteilt hat, dass deren Angebot nicht zweitgereiht ist, und die Antragstellerin daraufhin vorgebracht hat, dass auch hinsichtlich der ihr vorgereichten Angebote die Angebotsprüfung noch nicht vergaberechtskonform abgeschlossen sei und die Antragstellerin deswegen weiterhin Chancen auf den Abschluss der Rahmenvereinbarung habe. Wenn die Antragsgegnerin der Antragstellerin – durchaus vergaberechtskonform – nicht mitgeteilt hat, worin die Merkmale und Vorteile etwaiger zwischengereichter Angebote liegen, so kann im Gegenzug von der Antragstellerin mangels diesbezüglicher Information durch die Antragsgegnerin auch nicht verlangt werden, dass die Antragstellerin bereits im Nachprüfungsantrag substantiiert vorbringt, warum auch solche zwischengereichten Angebote auszuschneiden seien oder die Prüfung dieser Angebote noch nicht vergaberechtskonform abgeschlossen sei.

Da der antragsgegenständlichen Auswahlentscheidung eine noch nicht abgeschlossene Angebotsprüfung zu Grunde lag, war die antragsgegenständliche Entscheidung spruchgemäß nichtig zu erklären.

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

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

B e l e h r u n g

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

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

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.

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.