



VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/1731/2024-5
GZ: VGW-123/V/077/1733/2024
A.-GmbH

Wien, 11.03.2024

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 die Anträge der A.-GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung (VGW-123/077/1731/2024) und auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung (VGW-123/V/077/1733/2024) jeweils vom 22.01.2024 betreffend Vergabeverfahren „..., B.-gasse, Fenster- und Fenstertürentauscharbeiten Holz-Alu“, GZ: ..., der Stadt Wien – Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 22.01.2024 wird abgewiesen.
- II. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung über den Widerruf des Vergabeverfahrens vom 22.01.2024 wird abgewiesen.
- III. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- IV. 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 Stadt Wien - Wiener-Wohnen (im Folgenden: Antragsgegnerin) ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrags betreffend Fenster- und Fenstertürentauscharbeiten an einer Wohnhausanlage. Das Vergabeverfahren ist ein Gewerk (Los) im Zuge einer baulichen Sanierung der betreffenden Wohnhausanlage.

Die A.-GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) und eine weitere Bieterin haben jeweils ein Angebot gelegt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin am 22.01.2024 mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Die Gründe für das Ausscheiden bestünden - kurz zusammengefasst - darin, dass die Antragstellerin die Positionen 01.1102A „Kosten eigener Baubetrieb“ und „01.1102C „Kosten SiGe Baubetrieb“ auffallend niedrig kalkuliert und auf das diesbezügliche Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin keine nachvollziehbare Aufklärung gegeben habe. Der Preisanteil Lohn in der Position 01.1102A „Kosten eigener Baubetrieb“ sei nicht auskömmlich.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin weiters die Entscheidung vom 22.01.2024 betreffend den Widerruf des Vergabeverfahrens übermittelt. Diese Widerrufsentscheidung wurde damit begründet, dass nach dem Ausscheiden der Angebote kein Angebot im Vergabeverfahren verblieben sei.

Die Antragstellerin hat gegen diese beiden Entscheidungen am 31.01.2024 jeweils einen Nachprüfungsantrag sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. In dieser Eingabe hat die Antragstellerin ihr Interesse am Erhalt des Auftrags glaubhaft gemacht, die erfolgte Entrichtung der Pauschalgebühren nachgewiesen und die ihrer Ansicht nach gegebenen Rechtswidrigkeiten der Entscheidungen der Antragsgegnerin eingehend dargelegt.

Im Nachprüfungsantrag betreffend die Ausscheidensentscheidung hat die Antragstellerin insbesondere dargelegt, dass sie ihrer Ansicht nach die in Rede

stehenden Lohnkosten sowohl ausschreibungskonform als auch entsprechend der ÖNORM B 2061 kalkuliert und das Aufklärungsersuchen der Antragsgegnerin ausreichend beantwortet habe. Ihr Angebot sei daher nicht auszuschneiden.

Im Nachprüfungsantrag betreffend die Widerrufsentscheidung hat die Antragstellerin ausgeführt, dass ihr Angebot nicht auszuschneiden sei und somit als zuschlagsfähiges Angebot im Vergabeverfahren verbleibe. Es sei daher unzutreffend, dass kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibe.

Mit Beschluss vom 08.02.2024, VGW-124/077/1732/2024, wurde eine einstweilige Verfügung erlassen und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens untersagt.

Es erfolgte ein Schriftsatzwechsel. Diesbezüglich wird auf den Vergabeakt verwiesen.

Es wurde am 06.03.2024 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Auf Befragen des Berichters gibt die Antragsgegnerin (AG) an:

Die im Leistungsverzeichnis vorgesehene Bauzeit von 42 Wochen ist die Zeit, in welcher nach Einschätzung der AG das ausgeschriebene Gewerk auf der Baustelle tätig ist. Diese Bauzeit wurde bei der Vorbereitung der Ausschreibung vom Bauherrnvertreter aus technischer Sicht geschätzt und in einem Bauablaufplan dargestellt und den Bietern zur Verfügung gestellt. Bieteranfragen betreffend die Einschätzung der Bauzeit habe es in dieser Hinsicht nicht gegeben. Die Bauzeiten sind daher für die verschiedenen Gewerke unterschiedlich.

Die mit 42 Wochen vergleichsweise lange Bauzeit erkläre sich daraus, dass bei diesem Gewerk nicht alle Arbeiten in einem Zug durchgeführt werden können, sondern mehrere Gewerke gleichzeitig im Hause tätig sind und daher bei der Ausführung des gegenständlichen Gewerkes ablaufbedingte Unterbrechungen anfallen. Die einzelne Wohnung ist dabei jeweils in einem Zuge an einem Tag fertigzustellen.

Auf Befragen des Berichters gibt die Antragstellerin (AST) an:

Es besteht nur insoweit eine Abhängigkeit von anderen Gewerken, als einerseits das Baugerüst bereits aufgestellt sein muss, bevor mit dem Fenstertausch begonnen werden kann, und andererseits

die Fassadenarbeiten erst beginnen können, wenn der Fenstertausch zumindest bei der jeweiligen Stiege abgeschlossen ist. Die übrigen Gewerke auf der Baustelle verlaufen unabhängig von den Fenstertauscharbeiten.

Der praktische Ablauf ist so, dass es am Anfang ein Einleitungsgespräch mit dem Auftraggeber gibt, danach das Baugerüst aufgestellt wird und anschließend der Fenstertausch in der Regel mit 2 oder 3 Partien so rasch wie möglich durchgeführt wird. Bei den angegebenen 30 Arbeitstagen handelt es sich um eine „vertraglich geschuldete“ Maximalzeit, die sich aus der Zeitvorgabe von einem Tag pro Wohnung ergibt.

Im Einleitungsgespräch wird abgestimmt, wie lange der Baumeister für das Aufstellen des Gerüstes braucht. In dieser Zeit stellen wir die Fenster her. Die Herstellung benötigt dabei einige Wochen. Wir haben auch schon in 6 Wochen Fenster hergestellt, wenn dies erforderlich war. In der Regel haben wir etwas mehr Zeit als diese 6 Wochen. Dazu kommt, dass es bis zu dem Termin für das Einleitungsgespräch in der Regel etwas dauert und wir daher in der Regel bereits vor dem Einleitungsgespräch die Fenster ausmessen und mit der Produktion beginnen können.

Es werden jeweils mit den Mietern Termine für den Zutritt vereinbart. Die Arbeiten müssen deswegen so rasch durchgeführt werden, weil die Fassadenarbeiter in der Regel bereits warten, um mit ihren Arbeiten beginnen zu können.

Die 42 Wochen sind der Zeitrahmen, der durch ein Pönale abgesichert ist.

Der ASTV bringt dazu vor, für die AST sei nicht ersichtlich, dass es sich bei der 42 Wochen um die Bauzeit für den Fenstertausch handeln würde. Die AST sei vielmehr davon ausgegangen, dass es sich bei den 42 Wochen um die Gesamtbauzeit handeln würde. Sollte die AST für den Fenstertausch 42 Wochen brauchen, so würde sich die Bauzeit erheblich verlängern (Fassadenarbeit erst im Anschluss nach dem Fenstertausch).

(...)

Auf Frage aus dem Senat gibt die AG an, dass das gesamte Bauvorhaben 9 Gewerke umfasst, wobei es sich um eine umfassende Sanierung des Gemeindebaus handelt. Der Bauablaufplan stellt stiegenweise die einzelnen Gewerke dar.

Der Senat nimmt Einsicht in den Bauablaufplan (Ausschreibungsunterlagen, Pläne und Unterlagen, Beilage 48). Dieser stellt sich so dar, dass für jedes Gewerk für sämtliche 3 Stiegen durch einen gelben Balken die Bauzeit markiert ist. Für Fenster ist markiert:

Stiege 1: Juni bis Oktober 2024

Stiege 2: Oktober bis Dezember 2024

Stiege 3: Dezember 2024 bis März 2025

Der AST gibt an, es sei zutreffend, dass das Gebäude 3 Stiegen aufweist.

Auf Frage des Berichters erläutert der AST:

In die Baustellengemeinkosten habe er die Anwesenheit des Bauleiters auf der Baustelle kalkuliert, und zwar inklusive An- und Abfahrt. Die allgemeinen administrativen Kosten ohne Anwesenheit auf der Baustelle habe der AST in den Geschäftsgemeinkosten kalkuliert. Die Lohnkosten für die Facharbeiter auf der Baustelle habe der AST in den jeweiligen Positionen kalkuliert.

Der AST erläutert weiters, der Bauleiter sei während der Bauzeit von 3-6 Wochen selbstverständlich wesentlich länger auf der Baustelle als 33 Minuten pro Woche. Der AST habe die Anwesenheit des Bauleiters auf der Baustelle jedenfalls zeitlich ausreichend angesetzt. Der Bauleiter messe die Fenster aus, es seien 8 Baubesprechungen, Kollaudierungen und Kontrollen angesetzt worden. Entsprechend den Vorgaben sei die Anwesenheit des Bauleiters auf der Baustelle dann auf 42 Wochen aufgeteilt worden, wodurch sich die durchschnittliche wöchentliche Anwesenheitszeit entsprechend verringert hat.

Der Berichter hält fest, dass eine Anwesenheit des Bauleiters auf der Baustelle von 33 Minuten pro Woche rechnerisch eine Anwesenheit insgesamt von etwas mehr als 23 Stunden ergibt. Es könnte sich daher die Frage ergeben, ob eine Anwesenheit von 23 Stunden für die gesamte Bauzeit auskömmlich sei.

Die AG bringt dazu vor, es sei gerade keine detaillierte Aufklärung durch die AST erfolgt. Das Vorbringen, dass die AST mit den Arbeiten in 30 Tagen fertig sei, sei erstmals im Nachprüfungsantrag erfolgt. Die AG sei daher davon ausgegangen, dass die AST insgesamt 42 Wochen auf der Baustelle anwesend sei, wobei die AG davon ausgegangen sei, dass eine Baubesprechung in der Regel einmal pro Woche erforderlich sei. Berücksichtigt man jeweils 15 Minuten für Anfahrt und Abfahrt, so seien 33 Minuten pro Woche bereits für den Bauleiter nicht auskömmlich.

Die AG habe darüber hinaus erwartet, dass in die Baustellengemeinkosten auch die anteiligen Lohnkosten für andere auf der Baustelle anwesende Mitarbeiter für insbesondere folgende Leistungen eingerechnet werden:

Arbeitsvorbereitung, Gestionierung für Materiallieferung, Entgegennahme der Materiallieferung, Überwachung der Arbeitsleistung, Bedienung von Vorhaltegeräten sowie Abrechnung.

Diese Lohnkosten habe die AST nicht in den Baustellengemeinkosten angesetzt.

Der ASTV führt dazu aus:

Soweit die AG darauf verweist, dass die AST über bestimmte Umstände nicht aufgeklärt habe, habe es sich dabei um keine aufklärungsbedürftigen Umstände gehandelt. Insbesondere würde sich bereits aus der Festlegung der AG, dass jede Wohnung in längstens einem Tag fertigzustellen sei,

offenkundig ergeben, dass die Bauzeit der AST mit maximal etwa 30 Tagen limitiert sein. Darüber hinaus sei in der Position 01.11 (letzter Absatz) ausdrücklich festgehalten, dass Leistungen, die nicht während der gesamten Bauzeit benötigt werden, zu summieren und auf die geplante Baudauer umzulegen seien.

Soweit die AG davon ausgehe, dass eine Anwesenheit der AST auf der Baustelle bei sämtlichen Baubesprechungen über die gesamte Zeitdauer von 42 Wochen erforderlich sei, sei festzuhalten, dass das Erfordernis einer solchen Anwesenheit aus der Ausschreibung nicht hervorgehe, praxisfremd sei und darüber hinaus weder notwendig noch zweckmäßig sei.

(...)

Was die Abrechnung und die Arbeitsüberwachung betreffe, seien entsprechende Zeiten für die Kollaudierung und Kontrolle durch den Bauleiter berücksichtigt. Es handle sich dabei im Wesentlichen um Arbeiten des Bauleiters auf der Baustelle.

Was die Disposition der AST bei der Anlieferung der Materialien betreffe, sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin die Fenster selbst herstelle. Die Anlieferung an die einzelnen Baustellen wäre daher örtlich in der Firma in einer Arbeitsbesprechung für eine große Zahl an Baustellen gemeinsam kalkuliert. Eine Dirigierung eines Lieferanten auf die Baustelle falle daher nicht an. Diese Besprechung sei Teil der Geschäftsgemeinkosten.

Was die Vorhaltegeräte betreffe, würden für das gegenständliche Gewerk keine Vorhaltegeräte anfallen.

Auf Frage des Berichters vermag die AG keine konkreten Vorhaltegeräte für das gegenständliche Gewerk anzuführen und bringt allgemein vor, soweit Vorhaltegeräte anfallen würden, wären sie und deren Bedienung in den gegenständlichen Positionen bei den Baustellengemeinkosten anzuführen.

Der ASTV bringt vor, bei der Position 01.1102 C „Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb“ ergebe sich bei Umlegen auf 42 Wochen eine wöchentliche Zeit für den Bauleiter von 0,78 Stunden. Dadurch ergebe sich eine gesamte Anwesenheitszeit des Bauleiters auf der Baustelle von 33 Stunden (für beide Positionen), die entsprechend auf die 42 Wochen aufgeteilt worden sei.

Der AGV bringt – zusammenfassend – vor, Tatsache sei, dass die AST eine wöchentliche Anwesenheitszeit des Bauleiters von 33 Minuten vorgesehen habe und dies nach den Erfahrungen der AG als nicht auskömmlich erschien. Im Hinblick auf Anreise und Abreise jeweils von 15 Minuten sei für die wöchentliche Baubesprechung zumindest eine Zeit von einer Stunde notwendig. Darüber hinaus habe die heutige Verhandlung bestätigt, dass die AST Baustellengemeinkosten auf die Geschäftsgemeinkosten umgelegt habe. Dies sei nach ständiger Rechtsprechung des VGW unzulässig.

Der ASTV bestreitet dies und bringt zusammenfassend vor, dass er die in die Baustellengemeinkosten entfallenden Lohnkosten für die Anwesenheit des Bauleiters auf der Baustelle ausreichend kalkuliert habe. Eine Verlagerung von Baustellengemeinkosten auf Geschäftsgemeinkosten sei nicht erfolgt.

Der AGV verweist auf das von der AST im Nachprüfungsantrag vorgelegte Gutachten, Seite 8, 3. Absatz. Dort sei festgelegt, dass die Tätigkeit des Bauleiters in der Zentrale ebenso wie die Tätigkeit anderer Mitarbeiter, wie etwa Arbeitsvorbereitung, nicht in diesen beiden LV-Positionen einkalkuliert sei.

Der AST gibt dazu an, dies sei zutreffend. Er habe in der heutigen Verhandlung dargelegt, wie er diese Kosten kalkuliert habe (siehe vorangegangenes Vorbringen des AST im Verhandlungsprotokoll).“

Die mündliche Verkündung fand nicht im Anschluss an die mündliche Verhandlung statt. Die Parteien haben auf eine mündliche Verkündung der Entscheidung (in einer allfälligen späteren Verkündungstagsatzung) verzichtet und der schriftlichen Erlassung der Entscheidung zugestimmt.

Aufgrund des durchgeführten Beweisverfahrens steht folgender entscheidungswesentlicher Sachverhalt fest:

Die Antragsgegnerin schreibt für die bautechnische Sanierung der gegenständlichen Wohnhausanlage gewerksweise Bauaufträge aus. Das gegenständliche Gewerk betrifft den Tausch von Fenstern und Fenstertüren. Es handelt sich dabei um ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrags im Unterschwellenbereich.

Die Antragsgegnerin hat das Leistungsverzeichnis unter Verwendung eines standardisierten Leistungsverzeichnisses für Hochbauarbeiten erstellt.

Das Leistungsverzeichnis sieht in der Position 01.11 „Zusammenfassung der Baustellengemeinkosten“ im Wesentlichen vor, dass die zeitgebundenen Kosten der Baustelle bei den Baustellengemeinkosten zu erfassen sind. Die zeitgebundenen Kosten der Baustelle werden dabei als Vorhaltekosten für Maßnahmen, die im Sicherheit- und Gesundheitsschutzplan (SiGe-Plan) festgelegt sind, und in sonstige Maßnahmen für den eigenen Bedarf gegliedert. Weiters ist ausdrücklich festgelegt, dass bei Leistungen, die nicht während der gesamten

Bauzeit benötigt werden, eine Summierung und Umlegung auf die geplante Baudauer erfolgt.

Die geplante Baudauer für das gegenständliche Gewerk ist mit 42 Wochen ausgewiesen. Aus dem Bauzeitenplan, der den Bietern als Beilage zu den Ausschreibungsunterlagen zur Verfügung gestanden ist, geht unmissverständlich hervor, dass sich die geplante Baudauer von 42 Wochen auf das gegenständliche Gewerk bezieht. Eine Verwechslungsfähigkeit dieser Baudauer mit der Gesamtbaudauer der Sanierungsarbeiten am gegenständlichen Gebäude ist für einen sachkundigen Bieter bereits deswegen ausgeschlossen, weil der Bauplan nach Gewerken gegliedert ist und die jeweilige Baudauer für jedes Gewerk gesondert ersichtlich gemacht wird. Dabei sind diese 42 Wochen spezifisch dem Tausch von Fenstern und Fenstertüren zugeordnet.

Die Position 01.1102 regelt die zeitgebundenen durchschnittlichen Vorhaltekosten der Baustelle.

Die Position 01.1102A „Vorhaltekosten eigener Baubetrieb“ sieht vor, dass an dieser Stelle „Einrichtungen für den eigenen Bedarf mit Ausnahme der im SiGe-Plan festgelegten Maßnahmen, Vorhalten während der Baubetriebszeit“ zu erfassen sind.

Die Position 01.1102C „Vorhaltekosten SiGe Baubetrieb“ sieht vor, dass in dieser Position Maßnahmen gemäß SiGe-Plan, vorhalten während der Baubetriebszeit“ zu erfassen sind.

Weiters ist im Leistungsverzeichnis festgehalten, dass Baustellengemeinkosten im Sinne der ÖNORM B2016 anzubieten sind.

Für die Antragstellerin bestehen die Baustellengemeinkosten im Wesentlichen aus den Lohnkosten, soweit diese zu den (zeitlich gebundenen) Baustellengemeinkosten zu kalkulieren waren.

Die Antragstellerin hat Lohnkosten im Wesentlichen wie folgt bei den Baustellengemeinkosten kalkuliert:

Sie hat die Lohnkosten für den Bauleiter in dem zeitlichen Ausmaß den Baustellengemeinkosten zugeordnet, in dem der Bauleiter voraussichtlich während der Bauzeit auf der Baustelle tätig sein wird, einschließlich Zeiten für die Anfahrt und die Abfahrt. In der Position 01.1102A wurde dabei insbesondere die Teilnahme des Bauleiters an den wöchentlichen Baubesprechungen berücksichtigt. In der Position 01.1102C wurde dabei die Zeit berücksichtigt, die der Bauleiter auf der Baustelle mit dem SiGe-Baubetrieb befasst ist.

Die Antragstellerin ist dabei davon ausgegangen, dass die Tätigkeit der Antragstellerin auf der Baustelle im Zusammenhang mit diesen beiden Positionen lediglich ein Zeitfenster von netto 6 Wochen umfasst und eine Teilnahme des Bauleiters an den wöchentlichen Baubesprechungen daher im Wesentlichen auf 6 Wochen limitiert ist. Entsprechend der Festlegung in der Position 01.11 hat die Antragstellerin diese Tätigkeit des Bauleiters über einen Zeitraum von 6 Wochen auf den im Bauplan festgelegten Zeitraum von 42 Wochen umgelegt.

Andere Tätigkeiten des Bauleiters hat die Antragstellerin bei den Geschäftsgemeinkosten kalkuliert. Insbesondere hat die Antragstellerin bei den Geschäftsgemeinkosten die Tätigkeiten kalkuliert, die der Bauleiter außerhalb der Baustelle vornimmt.

Leistungen sowohl des Bauleiters als auch anderer Personen auf der Baustelle insbesondere für Arbeitsvorbereitung und Überwachung der Arbeitsleistung hat die Antragstellerin nicht bei den Baustellengemeinkosten, sondern bei den Geschäftsgemeinkosten kalkuliert.

Materiallieferungen stellen im Fall der Antragstellerin insoweit einen Sonderfall dar, als die Antragstellerin die benötigten Fenster und Fenstertüren selbst produziert und deren Anlieferung von ihrem Betrieb aus organisiert. Die mit der Organisation der Anlieferung im Zusammenhang stehenden Kosten wurden von der Antragstellerin als Teil der Geschäftsgemeinkosten erfasst.

Die Bedienung von Vorhaltegeräten stellt im konkreten Fall insoweit einen lediglich theoretischen Kostenfaktor dar, als für das Gewerk der Antragstellerin keine Vorhaltegeräte in Erfahrung gebracht werden konnten, für deren Bedienung Baustellengemeinkosten anfallen könnten.

Die Antragsgegnerin hat im Zuge der Angebotsprüfung festgestellt, dass die von der Antragstellerin in den Positionen 01.1102A und 01.1102C kalkulierten Lohnkosten ungewöhnlich niedrig erscheinen.

Die Antragsgegnerin hat daher mit Aufklärungsersuchen vom 23.11.2023 der Antragstellerin unter anderem mitgeteilt, dass der Preisanteil Lohn bei diesen beiden Positionen auffallend niedrig kalkuliert worden sei und diesbezüglich um Aufklärung gebeten werde. Darüber hinaus hat die Antragsgegnerin von der Antragstellerin auch die Detailkalkulation unter anderem für die beiden betroffenen Positionen in Form der K7-Blätter verlangt.

Die Antragstellerin hat die K7-Blätter vorgelegt und im Übrigen folgende Aufklärung gegeben:

„Die von uns abgegebenen Preise für die Position 01.1102A und C sind richtig und entsprechen dem tatsächlichen Aufwand, welcher mit dieser Position geschuldet ist.

Es wurden keine Aufwände und Kosten in anderen Positionen versteckt.

Der Preisanteil Lohn ist richtig, da wir nicht mehr Aufwendungen haben.

Die angegebenen Aufwendungen bei diesen zwei Positionen beruhen auf jahrelangen Erfahrungswerten wo der Durchschnitt herangezogen wird.

Siehe K-Blätter“

Aus dem der Antragsgegnerin von der Antragstellerin übermittelten K7-Blatt geht hervor, dass die Antragstellerin „Lohnkosten für Ergänzungsarbeiten von vor Ort befindlichem Personal“ in einem zeitlichen Ausmaß von (wöchentlich) 33 Minuten angesetzt und durch Anwendung eines Stundensatzes die dafür anfallenden Lohnkosten ermittelt hat. Weiters ist dazu im K7-Blatt angemerkt: „Dieser Aufwand wird nach Begutachtung individuell wenn erforderlich umgesetzt. Diese Werte sind Durchschnittswerte welche sich auf Grund jahrelanger Erfahrungswerte stützen.“

Nähere Angaben, aus denen nachvollzogen werden könnte, wie die Antragstellerin zu einem wöchentlichen Zeitaufwand von 33 Minuten gelangt, sind dem K7-Blatt nicht zu entnehmen.

Aufgrund dieser Angaben hat die Antragsgegnerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung festgestellt, dass unter der Annahme einer wöchentlichen Baubesprechung über einen Zeitraum von 42 Wochen die wöchentliche Anwesenheit des Bauleiters auf der Baustelle im Zusammenhang mit der Position 01.1102A „Vorhaltekosten eigener Baubetrieb“ mit lediglich etwa 33 Minuten pro Woche kalkuliert worden ist. Eine wöchentliche Anwesenheit von nur 33 Minuten im Zusammenhang mit den „Vorhaltekosten eigener Baubetrieb“ hat die Antragsgegnerin als nicht auskömmlich bewertet, und zwar insbesondere im Hinblick darauf, dass von diesen 33 Minuten bereits rund 30 Minuten für Anreise und Abreise zu berücksichtigen seien. Darüber hinaus ist die Antragsgegnerin davon ausgegangen, dass auch weitere Lohnkosten etwa für Arbeitsvorbereitung, Gestionierung von Materiallieferung, Entgegennahme der Materiallieferung, Überwachung der Arbeitsleistung, Bedienung von Vorhaltegeräten sowie Abrechnung in diese Position zu kalkulieren seien.

Die Position 01.1102C erschien der Antragsgegnerin in gleicher Weise nicht auskömmlich.

Die Aufklärung, welche die Antragstellerin auf das genannte Aufklärungsersuchen gegeben hat, war so gefasst, dass sie sich einer schlüssigen Nachprüfbarkeit entzogen und lediglich darin bestanden hat, dass die Antragstellerin die Richtigkeit ihrer Kalkulation bestätigt hat.

Die Antragstellerin ist seit vielen Jahren Bieterin in Vergabeverfahren von Wiener Wohnen und hat auch bereits früher Aufklärungsersuchen in vergleichbarer Weise damit beantwortet, dass sie (nach nochmaliger Prüfung) die Richtigkeit der entsprechenden Positionskosten bestätigt hat, ohne damit beanstandet worden zu sein.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin enthält umfassende kostenrechnerische und rechtliche Ausführungen, die sich im Wesentlichen dahingehend zusammenfassen lassen, dass auch eine Erfassung der

gegenständlichen Lohnkosten unter den Geschäftsgemeinkosten von der Antragstellerin im Hinblick auf die ÖNORM B2061 und auf die gegenständliche Ausschreibung als zulässig angesehen wird.

Erst in der mündlichen Verhandlung hat die Antragstellerin die Kalkulation der Lohnkosten in den Positionen 01.1102A und 01.1102C und damit in den (zeitgebundenen) Baustellengemeinkosten sowie die ansonsten erfolgte Erfassung der Lohnkosten in den Geschäftsgemeinkosten so erklärt, dass die Kalkulation der Antragstellerin erstmals schlüssig nachvollzogen werden konnte.

Bei der Beweiswürdigung hat der Senat erwogen:

Soweit die Sachverhaltsfeststellungen keine Umstände betreffen, die in der Sphäre der Antragstellerin liegen, gehen diese bereits aus dem Vergabeakt hervor und wurden durch das durchgeführte Beweisverfahren bestätigt und ergänzt.

Die Kalkulation der Antragstellerin hat sich erst durch die Erklärungen der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung in für den Senat nachvollziehbarer Weise erschlossen.

Darüber hinaus bilden auch als glaubwürdig gewertete Ausführungen der Antragsgegnerin und der Antragstellerin in den Schriftsätzen sowie insbesondere in der mündlichen Verhandlung eine Grundlage der obigen Sachverhaltsfeststellungen.

In rechtlicher Hinsicht hat der Senat erwogen:

Gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber Angebote von Bietern ausscheiden, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärungen einer nachvollziehbaren Begründung entbehren.

Gemäß § 141 Abs. 1 Ziffer 3 BVergG 2018 hat der öffentliche Auftraggeber Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung

festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (z.B. spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Die Antragsgegnerin hat die Antragstellerin um Aufklärung zum Preisanteil Lohn bei den Positionen 01.1102A und 01.1102C ersucht, da ihr die Lohnkosten in diesen beiden Positionen auffallend niedrig erschienen.

Die Aufklärung der Antragstellerin dazu hat im Wesentlichen in der Bekräftigung bestanden, dass die Antragstellerin die Lohnkosten in diesen beiden Positionen ihrer Einschätzung nach korrekt kalkuliert habe.

Eine solche Bekräftigung stellt keine Aufklärung im Sinne des Aufklärungsersuchens der Antragsgegnerin dar, weil sich eine Bekräftigung ohne die gebotenen Erklärungen dazu einer Nachprüfbarkeit durch die Antragsgegnerin entzieht. Eine Nachprüfbarkeit für die Antragsgegnerin, woraus sich die behauptete Richtigkeit der in diesen Positionen kalkulierten Lohnkosten ergibt, ist durch eine solche Aufklärung nicht gegeben.

Im Hinblick auf den damit durch die Antragstellerin erfüllten Tatbestand einer unzureichenden Aufklärung war die Antragsgegnerin berechtigt, das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 2 BVergG 2018 auszuscheiden.

Wenn die Antragsgegnerin aufgrund der unzureichenden Aufklärung durch die Antragstellerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung den Schluss gezogen hat, dass das Angebot der Antragstellerin hinsichtlich der Lohnkosten in den Positionen 01.1102A und 01.1102C eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen würde und daher gemäß § 141 Abs. 1 Ziffer 3 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden sei, so kann der Antragsgegnerin im Hinblick auf die im Vergabeverfahren unzureichend erfolgte Aufklärung durch die Antragstellerin nicht entgegengetreten werden.

Zu den in der Ausscheidensentscheidung darüber hinaus angeführten Erwägungen und Ausscheidensgründen sei Folgendes angemerkt:

Die Antragsgegnerin hat in der Ausscheidensentscheidung angeführt, dass die Antragstellerin entgegen dem Kostenverursachungsprinzip Kosten nicht in den Positionen kalkuliert habe, in denen sie angefallen seien. Gemeint war, dass die Antragstellerin bestimmte Lohnkosten für „unproduktives Personal“ auf der Baustelle entgegen dem Kostenverursachungsprinzip nicht bei den Baustellengemeinkosten, sondern bei den Geschäftsgemeinkosten kalkuliert habe.

Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung in für den Senat schlüssiger und nachvollziehbarer Weise dargelegt, dass sie bei den anfallenden Lohnkosten für „unproduktives Personal“ sorgfältig danach differenziert hat, welche Lohnkosten für „unproduktives Personal“ zeitgebundenen und (damit) den Baustellengemeinkosten zuzuordnen sind, und welche Lohnkosten für „unproduktives Personal“ mengengebunden und daher nach dem Kostenverursachungsprinzip den Geschäftsgemeinkosten zuzuordnen sind.

Eine allfällige Verletzung des Kostenverursachungsprinzips durch die Kalkulation der Antragstellerin konnte vom Senat nicht bestätigt werden.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin in der beschwerdegegenständlichen Ausscheidensentscheidung weiters vorgeworfen, dass deren Angebot ausschreibungswidrig bzw. unvollständig sei. Gemeint war wiederum, dass bestimmte Lohnkosten für „unproduktives Personal“ auf der Baustelle entgegen den bestandsfesten Festlegungen der Ausschreibung nicht bei den Baustellengemeinkosten, sondern ausschreibungswidrig bei den Geschäftsgemeinkosten kalkuliert worden seien (oder überhaupt gefehlt hätten).

Auch dazu ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin dem Senat in der mündlichen Verhandlung darlegen konnte, dass sie die Lohnkosten für „unproduktives Personal“ auf der Baustelle nach dem Kostenverursachungsprinzip in betriebswirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in bauzeitgebundene Kosten und mengengebundene Kosten differenziert hat. Dabei hat die Antragstellerin die darin enthaltenen bauzeitgebundenen Kosten den Baustellengemeinkosten und die darin enthaltenen mengengebundenen Kosten den Geschäftsgemeinkosten zugeordnet.

Der Senat verkennt nicht, dass die Bestandsfestigkeit der Ausschreibung gegebenenfalls auch Festlegungen abdecken würde, die vorsehen, dass Lohnkosten, die betriebswirtschaftlich mengengebunden sind, in Abkehr vom Kostenverursachungsprinzip den zeitgebundenen Baustellengemeinkosten zugeordnet werden müssen. In einem solchen Fall mag eine Zuordnung der Kosten nach dem Kostenverursachungsprinzip daher gegebenenfalls sogar ausschreibungswidrig sein. Eine solche Abkehr der Antragsgegnerin vom Kostenverursachungsprinzip durch die Ausschreibungsunterlagen konnte der Senat den Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht oder zumindest nicht mit der für einen solchen Schritt erforderlichen Klarheit entnommen werden. Eine Ausschreibungswidrigkeit der Kalkulation der Antragstellerin war daher für den Senat nicht oder zumindest nicht in der erforderlichen Nachvollziehbarkeit erkennbar.

Dazu sei angemerkt, dass die zumindest betriebswirtschaftliche Einordnung von Lohnkosten für „unproduktives Personal“ grundsätzlich nicht losgelöst von den Gegebenheiten im konkreten Betrieb beurteilt werden kann. So hängt es etwa bei den von der Antragsgegnerin angeführten Punkten „Abrechnung“ und „Anlieferung“ auch von den Gegebenheiten des konkreten Betriebs ab, ob bzw. inwieweit die dafür erforderlichen Tätigkeiten vor Ort auf der Baustelle oder aber örtlich unabhängig von der Baustelle im Betrieb erfolgen. Soweit die Ausschreibung und damit in Verbindung die ÖNORM B 2110 dem nicht durch zwingende Vorgaben entgegenstehen, ist Bietern daher die Möglichkeit zuzubilligen, bei der Zuordnung der Kosten die konkreten Gegebenheiten ihres Betriebes berücksichtigen zu können.

Dazu hat die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung dargelegt, dass sie bei der Zuordnung der Kosten zu den Baustellengemeinkosten einerseits und den Geschäftsgemeinkosten andererseits eingehende betriebswirtschaftliche Überlegungen angestellt und die Besonderheiten der Arbeitsabläufe in ihrem Betrieb berücksichtigt hat. Eine etwaige Ausschreibungswidrigkeit diesbezüglich konnte vom Senat nicht nachvollzogen werden.

Wenn die Antragsgegnerin der Antragstellerin vorhält, dass 33 Minuten nicht auskömmlich seien, um die gesamte Bauzeit hindurch jeweils wöchentlich an einer

Baubesprechung teilzunehmen, ist die Antragsgegnerin auf ihre bestandsfeste Festlegung zu verweisen, wonach Leistungen, die nicht während der gesamten Bauzeit benötigt werden, auf die geplante Baudauer umzulegen sind.

Die Antragstellerin hat in der mündlichen Verhandlung für den Senat schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, dass sie für ihre Arbeiten mit netto 6 Wochen das Auslangen findet, eine Teilnahme des Bauleiters an den wöchentlichen Baubesprechungen daher nur etwa 6-mal anfällt und dieser Wert von der Antragstellerin - insoweit ausschreibungskonform - auf die gesamte Baudauer von 42 Wochen umgelegt wurde. Die Argumentation der Antragsgegnerin, dass 33 Minuten für die Teilnahme an einer Baubesprechung nicht auskömmlich seien, geht daher ins Leere.

Auch wenn sich die von der Antragsgegnerin behauptete Unzulässigkeit der Kalkulation der Antragstellerin und dabei insbesondere der von der Antragstellerin vorgenommenen Aufteilung der Lohnkosten zwischen (zeitgebundenen) Baustellengemeinkosten und (mengengebundenen) Geschäftsgemeinkosten im Nachprüfungsverfahren nicht bestätigt hat, vermag dies jedoch nichts daran zu ändern, dass die Antragstellerin das erwähnte Aufklärungsersuchen unzureichend beantwortet hat und daher zu Recht ausgeschieden wurde.

Gemäß § 149 Abs. 1 Z 4 BVergG 2018 hat der Auftraggeber ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

Da das Angebot des einzigen Mitbewerbers bereits rechtskräftig ausgeschieden wurde und das Angebot der Antragstellerin zu Recht ausgeschieden wird, trifft diese Voraussetzung im Anlassfall zu. Die Widerrufsentscheidung ist daher rechtmäßig.

Da die Antragstellerin mit ihrem Nachprüfungsantrag nicht erfolgreich war, hat sie die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen und steht ihr ein Gebührenersatz gemäß § 15 WVRG 2020 nicht zu.

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 Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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.

Drⁱⁿ. Lettner