



# 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  
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/074/3881/2015-30  
J. Gesellschaft m.b.H.

Wien, 12.5.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch den Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, sowie die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl und die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner über den Antrag der J. Gesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte, auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren „Mäh- und Rodungsarbeiten ..., in Wien ... und L. (NÖ)“, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung,

zu Recht e r k a n n t:

- I. Der Antrag, die Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 24.3.2015 für nichtig zu erklären, wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

### Rechtsgrundlagen:

§§ 1, 2 Abs. 4, 7 Abs. 2 Z 2, 13, 15, 16, 20 Abs. 1, 23 Abs. 1, 24 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) in Verbindung mit §§ 3 Abs. 1 Z 1, 141 BVergG 2006

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

Die Stadt Wien, Magistratsabteilung 45 (im Folgenden Antragsgegnerin genannt), führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich „Mäh- und Rodungsarbeiten ..., in Wien ... und L. (NÖ)“. Der Zuschlag soll nach dem Billigstbieterprinzip erteilt werden.

Die Angebote waren bis spätestens 03.03.2015, 9 Uhr, zu legen. Die Antragstellerin legte fristgerecht ein Angebot. Die Angebotsöffnung fand am 03.03.2015 statt.

Mit Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 24.03.2015, der Antragstellerin am selben Tag zugegangen, wurde der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag der L. GmbH zu erteilen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 02.04.2015, und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014), eingelangte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2015, Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens, Akteneinsicht, mündliche Verhandlung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz.

Als Begründung führte die Antragstellerin aus, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bei Euro 622.923,25 brutto, das teuerste Angebot bei Euro 7,738.342,04 brutto und die Schätzung der Auftraggeberin bei Euro 1,2 Mio. brutto liege. Es zeige sich daher eine Preisdifferenz von 1.242 %. Schon die Differenz zwischen dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der zweitgereihten Antragstellerin sei mehr als beträchtlich: Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Preis mache nämlich gerade einmal die Hälfte aus, was keinen anderen Schluss zulasse, als dass es sich beim Angebot der derzeit erstgereihten Bieterin um ein spekulatives Angebot handle. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 auszuscheiden. Da die Antragsgegnerin trotz Vorliegens dieses Ausscheidensgrundes beabsichtige, dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen, sei die Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2015 rechtswidrig.

Aufgrund der Preisdifferenz zwischen dem erst- und zweitgereihten bzw. zwischen dem erstgereihten und dem teuersten Angebot sei die Antragsgegnerin verpflichtet gewesen, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und zu prüfen, ob die Preise wirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Die Antragsgegnerin hätte im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der derzeit erstgereihten Bieterin zu einer verbindlichen schriftlichen Aufklärung auffordern und unter Berücksichtigung einer allfälligen Aufklärung eine anschließende Prüfung durchführen müssen. Es sei davon auszugehen, dass die derzeit erstgereichte Bieterin keine ausreichende Aufklärung hinsichtlich der Angemessenheit abgeben habe können bzw. die Antragsgegnerin eine solche vertiefte Angebotsprüfung der derzeit erstgereihten Bieterin unterlassen habe. Die Antragsgegnerin hätte unter anderem prüfen müssen, wie die derzeit erstgereichte Bieterin ihr Angebot kalkuliert habe. Bei Prüfung des Angebotes hätte die Antragsgegnerin zum Schluss kommen müssen, dass das Angebot der erstgereihten Bieterin eine durch die vertiefte Angebotsprüfung festgestellte spekulative Preisgestaltung aufweise und daher auszuschneiden gewesen sei. Schließlich hätte sich bei entsprechender Prüfung durch die Auftraggeberin ergeben, dass dem Angebot der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen sei.

Durch die angefochtene Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem subjektiven Recht auf ordnungsgemäße Durchführung eines fairen, transparenten und dem lauterem Wettbewerb entsprechenden, somit eines vergabekonformen Vergabeverfahrens, verletzt.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Abschluss des Vertrages, welches durch die Teilnahme am Vergabeverfahren ausreichend glaubhaft gemacht sei.

Der Antragstellerin drohe bei Nichtbeauftragung ein Schaden dadurch, dass sie durch den Auftrag das Erfüllungsinteresse im Ausmaß des Deckungsbeitrages und Gewinnes nicht realisieren könne und entgehe ihr ein Referenzprojekt. Ferner drohe der Antragstellerin ein Schaden in Höhe der frustrierten internen Kosten für die Angebotserstellung sowie die bisher aufgelaufenen Kosten für die anwaltliche Vertretung. Der Antragstellerin würde die Möglichkeit der Auslastung an Personal und Geräten entgehen und Folgekosten für die notwendige Akquisition von anderen Aufträgen entstehen.

Mit Stellungnahme vom 09.04.2015 trat die präsumtive Zuschlagsempfängerin dem Verfahren bei und brachte vor, dass der Antrag der Antragstellerin mangels Antragslegitimation zurückzuweisen sei, da das Angebot der Antragstellerin nicht ausschreibungskonform sei. Zur Preisangemessenheit brachte die Teilnahmeberechtigte vor, dass ihr Angebot preisangemessen sei und eine vertiefte Angebotsprüfung stattgefunden habe.

Mit Schriftsatz vom 13.04.2015 nahm die Antragsgegnerin zum Antragsvorbringen Stellung und brachte vor, dass das gegenständliche Vergabeverfahren auf Grund des geschätzten Auftragswertes europaweit am 25.01.2015 bekannt gemacht worden sei. Nach der Festlegung im Abschnitt II. Punkt 1.2. der Bekanntmachung betreffe der Ausschreibungsgegenstand die Dienstleistungskategorie Nr. 27 und damit einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 141 BVergG 2006. Aus dieser Bekanntmachung ergäbe sich auch, dass diese Ausschreibung als offenes Verfahren abgewickelt und festgelegt worden sei, dass der Zuschlag dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden solle (Billigstbieterprinzip).

Der Ausschreibungsgegenstand umfasse im Wesentlichen die Durchführung von Mäh- und Rodungsarbeiten im Zeitraum 2015 bis 2017 im Bereich .... Diese Mäh- und Rodungsarbeiten beträfen insbesondere die Abfuhr und Entsorgung des Mäh- und Rodungsgutes (Baum- und Strauchschnitt, Wurzelstöcke, Grasschnitt) sowie die Mäh- und Rodungsarbeiten als solches. Für die Erbringung dieser Leistungen benötige der künftige Auftragnehmer im Wesentlichen Hilfsarbeiter, Fuhrwerke, LKW mit Kippeinrichtungen und Kran sowie Kleinlastwagen.

Die Angebotsfrist sei an den gesetzlichen Vorgaben orientiert gewesen und die Angebotsöffnung mit 03.03.2015, 9:00 Uhr, festgelegt gewesen. Innerhalb dieser Angebotsfrist hätten insgesamt neun Bieter jeweils fristgemäß Angebote abgegeben. Die öffentliche Angebotsöffnung habe unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist am 03.03.2015, 9:30 Uhr, stattgefunden. Die dabei verlesenen Angebotsbestandteile seien in der Niederschrift zur Angebotsöffnung protokolliert worden. Dieser Niederschrift zu Folge habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Angebot mit einem Preis von EUR 622.923,24 abgegeben. Das Angebot der Antragstellerin habe einen Angebotspreis von EUR 1.198.020,--.

Die Auftraggeberin habe im Rahmen der Angebotsprüfungen zunächst einen Preisspiegel erstellt, bei dem die Preise aller Angebote gegenübergestellt worden seien. Anschließend sei festgelegt worden, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls einer umfassenden Prüfung unterzogen werden solle. Anschließend habe die Auftraggeberin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Fax ein Aufklärungsersuchen vom 05.03.2015 zur Übermittlung der K3-Blätter und für näher bezeichnete Positionen der K7-Blätter übermittelt. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe die geforderten K-Blätter nachgereicht. Auf Basis dieser K-Blätter habe die Auftraggeberin mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin am 13.03.2015 ein umfassendes Aufklärungsgespräch durchgeführt. Dabei habe die Auftraggeberin die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und die von ihr angebotenen Preise überprüft. Vor allem auf Grund dieser Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin festgestellt, dass die angebotenen Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in vergaberechtlicher Hinsicht unbedenklich seien, weil insbesondere von einer Angemessenheit der Preise in Bezug auf die ausgeschriebenen Leistungen und maßgeblichen Kalkulationsgrundlagen habe ausgegangen werden können. Auf Basis dieses Prüfungsergebnisses habe die Auftraggeberin in ihrem Aktenvermerk über die Angebotsprüfung vom 16.03.2015 festgestellt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschreibungs- und vergaberechtskonform sei. In der Folge habe daher die Auftraggeberin jeweils mit Fax die verfahrensgegenständliche Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2015 zu Gunsten dieses Bieters allen im Verfahren verbliebenen Bietern mitgeteilt.

Wesentlich für das vorliegende Nachprüfungsverfahren sei, dass der vorliegende Ausschreibungsgegenstand eine nicht prioritäre Dienstleistung betreffe. Diese Festlegung sei im vorliegenden Vergabeverfahren bestandfest und insofern für die Auftraggeberin als auch die Nachprüfungsbehörde bindend.

Für die Vergabe solcher nicht prioritärer Dienstleistungen gelte ausschließlich § 141 BVergG 2006 samt derer im Absatz 1 dieser Bestimmungen enthaltenen Verweise auf weitergehende Vorschriften des BVergG 2006. Im Konkreten ergebe sich aus diesem Absatz 1, dass weder § 19 Abs. 1 noch § 125 und § 129 BVergG 2006 für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen anzuwenden seien. Vor diesem Hintergrund sei daher festzuhalten, dass das Vorbringen der

Antragstellerin im Hinblick auf eine vermeintlich fehlende vertiefte Angebotsprüfung ins Leere gehe, weil im vorliegenden Fall - unabhängig von den angebotenen Preisen - keinerlei Verpflichtung für eine vertiefte Angebotsprüfung bestanden habe. Folglich sei allein aus formalrechtlichen Gründen dem Nachprüfungsantrag nicht zu folgen.

Festzuhalten sei jedoch, dass die Auftraggeberin freiwillig eine umfassende Prüfung im Hinblick auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchgeführt habe. Das Vorbringen der Antragstellerin, es hätte keine vertiefte Angebotsprüfung gegeben, sei eine unzutreffende Unterstellung und widerspreche zweifelsfrei den Bestandteilen des Vergabeaktes. Auf Grund der umfassenden Angebotsprüfung sei die Auftraggeberin zum Ergebnis gekommen, dass das Angebot und insbesondere die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausschreibungs- und vergaberechtskonform seien. Wesentlich für dieses Ergebnis sei unter anderem gewesen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin - völlig zu Recht - ihrer Kalkulation den Kollektivvertrag „Güterbeförderung“ zu Grunde gelegt habe. Die Berücksichtigung dieser Kalkulationsgrundlage ergebe sich aus den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K3-Blättern. Ausgehend von dieser für die präsumtiven Zuschlagsempfängerin maßgeblichen Kalkulationsgrundlage habe die Auftraggeberin im Rahmen der verfahrensgegenständlichen Angebotsprüfung festgestellt, dass in den angebotenen Preisen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien; zusätzlich habe die Auftraggeberin festgestellt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierten Aufwands- und Verbrauchsansätze jedenfalls nachvollziehbar seien. Auf Grund dieser Prüfung sei daher die Auftraggeberin völlig zu Recht zum Ergebnis gekommen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergaberechts- und ausschreibungskonform sei. Es habe keinerlei Anhaltspunkte für die Auftraggeberin gegeben, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Dies gelte insbesondere auch deshalb, weil § 129 BVergG 2006 für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen nicht gelte. Folglich hätte für die Auftraggeberin überhaupt keine gesetzliche Grundlage bestanden, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Daher ginge das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem

Nachprüfungsantrag ins Leere. Dies gelte umso mehr deshalb, weil nachgewiesen worden sei, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin selbst dann nicht zu beanstanden gewesen wäre, wenn im vorliegenden Fall die deutlich strengeren Vorschriften für prioritäre Dienstleistungen gelten würden. Aus diesen Gründen sei daher der Nachprüfungsantrag nicht geeignet, die bekämpfte Zuschlagsentscheidung vergaberechtlich in Zweifel zu ziehen. Vor diesem Hintergrund sei auch das Vorbringen der Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag, die präsumtive Zuschlagsempfängerin hätte ein „spekulatives Angebot“ unterbreitet, jedenfalls unrichtig. Dies gelte insbesondere deshalb, weil nicht jedes günstige und unter Umständen auch sehr günstige Angebot eine spekulative Grundlage habe. Vielmehr habe die von der Auftraggeberin durchgeführte Angebotsprüfung gezeigt, dass die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und daher insbesondere auch nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes plausibel und nicht zu beanstanden sei. Es hätte insbesondere die Grundsätze der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit verletzt, hätte die Auftraggeberin tatsächlich versucht, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuschneiden. Dies gelte im Besonderen deshalb, weil der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als bisheriger Dienstleisterin der Auftraggeberin für den verfahrensgegenständlichen Ausschreibungsgegenstand die zu erbringenden Leistungen und die damit verbundenen Kosten bekannt seien. Die Auftraggeberin habe auch auf Grund der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bisher erbrachten Leistungen keinerlei Bedenken dagegen, dass zu den angebotenen Preisen die geforderten Leistungen erbracht werden könnten.

Mit Schriftsatz vom 17.04.2015 teilte die Teilnahmeberechtigte mit, dass bei den durchzuführenden Arbeiten anfallende Holz-, Wurzel-, Grün-, und Kompostmaterialien von der Teilnahmeberechtigten an zwei Unternehmen weiterverkauft werden würden. Zusätzlich enthalte die Vereinbarung mit einem Unternehmen keine mengenmäßige Beschränkung. Für die verkauften Materialien verrechne die teilnahmeberechtigte Partei einen bestimmten Preis pro Tonne. Der Erlös aus diesen Verkäufen sei somit nachvollziehbar zu kalkulieren. Die Teilnahmeberechtigte wäre somit berechtigt, die Erlöse im Rahmen ihrer

Kalkulation zu berücksichtigen. Auch aus diesem Grund wäre das Angebot der Teilnahmeberechtigten preisangemessen.

Mit Schriftsatz vom 22.04.2015 äußerte sich die Antragstellerin dahin, dass entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin auch bei nicht prioritären Dienstleistungen die §§ 125 und 129 BVergG 2006 zur Anwendung kämen. Das Transparenzgebot sowie die Gleichbehandlung der Bieter seien auf Grund der Regeln des Unionsrechts sicherzustellen. Die Antragstellerin zitiert hierzu Judikatur des EUGH, des Verwaltungsgerichtshofes sowie des Bundesverwaltungsgerichtes. Während im gegenständlichen Verfahren die Angebotspreise zwischen dem billigsten und dem teuersten Angebot außergewöhnlich weit auseinander lägen (Preisdifferenz von 1.242 %), mache auch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gerade einmal die Hälfte des Angebotes der zweitgereihten Antragstellerin aus. Es sei demnach auch bei nicht prioritären Dienstleistungen Aufgabe des Auftraggebers, die Preisplausibilität zu prüfen und die Ergebnisse aus der Prüfung sowie die Gründe, warum keine begründeten Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestünden, schriftlich festzuhalten. Dies sei offensichtlich nicht erfolgt. Daher sei als Konsequenz, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 auszuscheiden.

Besonders bezeichnend sei, dass die Antragsgegnerin der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bereits im Jahr 2012 den Zuschlag für vergleichbare Leistungen erteilt habe. Der damalige Leistungsumfang habe aber gerade einmal die Hälfte des jetzigen Auftrages betragen, der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Höhe von € 557.230,92 brutto wäre aber lediglich um ca. 11 % unter dem gegenständlichen Angebotspreis gelegen. Auch daran zeige sich, wie spekulativ die Preisgestaltung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei. Angesichts dieses Umstandes wäre jedenfalls eine vertiefte Angebotsprüfung beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durchzuführen gewesen und könne davon ausgegangen werden, dass der derzeit erstgereichte Bieter keine ausreichende Aufklärung hinsichtlich der Angemessenheit abgeben habe. Die Antragsgegnerin habe eine solche vertiefte Prüfung des Angebotes offenbar unterlassen.



Darüber hinaus habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin offensichtlich einen unzulässigen Kollektivvertrag ihrer Kalkulation zu Grunde gelegt. Gemäß den Ausführungen der Antragstellerin habe diese nämlich den Kollektivvertrag „Güterbeförderung“ angewendet, wie sich aus den K3-Blättern ergebe. Die Ausschreibung sähe jedoch vor, dass Dienstleistungen im Bereich Land- und Forstwirtschaft sowie Gartenbau zur Anwendung gelangten. Diese Leistungen machten auch einen Großteil der ausgeschriebenen Leistungen aus. Die Abfuhr und Entsorgung diverser Materialien sei nur im geringen Ausmaß notwendig. Darüber hinaus sei auf Grund der Situation vor Ort eine Abfuhr mit LKW und Fuhrwerken nur schwer möglich, weil das Material teilweise auch zur Deponie der Antragsgegnerin auf der D. zu bringen sei. Dies erfolge auf Grund der örtlichen Gegebenheiten vermutlich mit Klein-LKW's oder Traktoren bzw. bei Mindermengen mit Pritschenwägen.

Zur Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vom 17.04.2015 führt die Antragstellerin aus, dass der Weiterverkauf von Holz-, Wurzel-, Grün- und Kompostmaterialien an zwei Unternehmen von Punkt „02 Abfuhr und Entsorgung“ des bestandfesten Ausschreibungs- und Leistungsverzeichnisses vom 21.01.2015 abweiche, in dem ausdrücklich „Laden/Abfuhr“ auf ein Auftraggeber-Zwischenlager bzw. eine Auftraggeber-Deponie zu erfolgen habe. Daraus folge, dass der Auftragnehmer über die Materialien keine Dispositionsfreiheit besitze. Ein allfälliger Erlös aus dem Verkauf oder aus einer Wiederverwertung der Materialien sei daher gemäß den Ausschreibungsbedingungen nicht vorgesehen. Eine Einrechnung in die Preiskalkulation sei daher unzulässig.

Mit Replik vom 06.05.2015 äußerte sich der Antragsgegner zur Stellungnahme der Antragstellerin vom 22.05.2014 und führte aus, zum Transparenzgebot bei nichtprioritären Dienstleistungen müsse aus der ausdrücklichen Regelung des Gesetzgebers im § 141 BVergG, dass unter anderem die §§ 125 und 129 BVergG bei Vergabe nichtprioritärer Dienstleistungen nicht gelten, zwingend eine entsprechende Differenzierung abgeleitet werden. Die von der Auftraggeberin durchgeführte Angebotsprüfung, die umfassend im Vergabeakt dokumentiert sei, ermögliche jedenfalls die Nachprüfung durch das Verwaltungsgericht. Dadurch habe die Auftraggeberin vollinhaltlich jene Vorgaben erfüllt, die von der

Antragstellerin gefordert würden. Wenn die Antragstellerin wiederholt behauptet, es habe keine Angebotsprüfung stattgefunden, so widerspreche dies der Aktenlage. Weiters lasse eine Preisdifferenz zwischen preislich billigstem und teuerstem Angebot keine Rückschlüsse auf die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu. Dies ergäbe sich alleine daraus, dass bei allfälliger Berücksichtigung dieser Preisdifferenz zweifelsfrei auch die Antragstellerin auszuschneiden wäre. Die Preisdifferenz zwischen der Antragstellerin und dem teuersten Angebot betrage nämlich rund 545 %. Jedoch habe eine preisliche Angebotsprüfung in Bezug auf den präsumtiven Zuschlagsempfänger immer und ausschließlich nach Maßgabe seiner eigenen Kalkulation zu erfolgen.

Zu den Preisen im Vergleich mit der Ausschreibung für 2012 brachte die Antragsgegnerin vor, dass das Vorbringen der Antragstellerin, der seinerzeitige Leistungsumfang im Jahr 2012 hätte sich gegenüber dem vorliegenden Ausschreibungsvolumen mehr als verdoppelt, unzutreffend sei. Richtig sei vielmehr, dass sich in den einzelnen Obergruppen teilweise Erhöhungen und teilweise auch Reduktionen ergeben hätten. Die 12%ige Erhöhung bei „Laden und Abfuhr“ beispielsweise bewirke nicht zwingend eine 12%ige Erhöhung des Gesamtpreises. Der sehr vereinfachende Vergleich der Antragstellerin sei daher alleine aus diesem Grund faktisch unbrauchbar. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihre Erkenntnisse aus der bisherigen Tätigkeit für die Auftraggeberin in ihrer Kalkulation entsprechend genutzt. Dabei habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin offensichtlich auf Grund einer entsprechenden Nachkalkulation festgestellt, dass die im Jahr 2012 angebotenen Preise weiter reduziert werden könnten.

Zur ordnungsgemäßen Kalkulation nach dem Kollektivvertrag Güterbeförderung werde vorgebracht, dass in einer Entscheidung des Vergabekontrollsenates Wien vom 13.10.2011, VKS-7974/11, entschieden worden sei, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin völlig zu Recht den Kollektivvertrag des Güterbeförderungsgewerbes ihrer Kalkulation zu Grunde gelegt habe.

Zum zulässigen Weiterverkauf der gewonnenen Materialien werde vorgebracht, dass in der Position 30.02 (Baumfällung) und in Position 31 (Mäharbeiten) die Verwertung der Materialien in die Einheitspreise einzurechnen sei. Im Ergebnis

habe also die präsumtive Zuschlagsempfängerin völlig zu Recht den Erlös aus dem Verkauf bzw. der Wiederverwertung der Materialien in ihrer Kalkulation berücksichtigt.

Abschließend sei festzuhalten, dass nach dem Vorbringen der Antragstellerin im Punkt 4 ihrer Stellungnahme vom 22.04.2015 die Antragstellerin die Erlöse aus dem Verkauf bzw. der Wiederverwertung der Materialien nicht in ihrer Kalkulation berücksichtigt habe. Damit verstoße die Antragstellerin gegen die zitierten zwingenden Kalkulationsvorgaben der Auftraggeberin im Leistungsverzeichnis. Diese Verstöße erfüllten einen zwingenden und unbehebaren Angebotsmangel, sodass das Angebot der Antragstellerin zwingend auszuschneiden sei. Folglich fehle der Antragstellerin aus diesem Grund die Antragslegitimation für den vorliegenden Nachprüfungsantrag, welcher als unzulässig zurückzuweisen sei.

Mit Schriftsatz vom 06.05.2015 wiederholte die Teilnahmeberechtigte ihr bisheriges Vorbringen und führte zum Kollektivvertrag ergänzend aus, dass sich der für einen Bieter anzuwendende Kollektivvertrag nicht nach dem Auftragsgegenstand, sondern nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen richte. Grundsätzliche (bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen freilich nicht unmittelbar zum Tragen kommende) Vorgabe des § 84 BVergG 2006 sei, dass die geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen einzuhalten seien. Das BVergG 2006 verweise insoweit auf die geltenden arbeitsrechtlichen Bestimmungen. Unter Hinweis auf die Entscheidung des Vergabekontrollsenats Wien, VKS-7974/11 vom 13.10.2011, wurde weiter ausgeführt, dass die Teilnahmeberechtigte über mehrere Gewerbeberechtigungen verfüge. Das Unternehmen der Teilnahmeberechtigten sei organisatorisch nicht in unterschiedliche Betriebe oder Betriebsabteilungen getrennt. Gemäß § 9 Abs. 3 ArbVG komme daher der Grundsatz der Tarifeinheit zum Tragen. Die Teilnahmeberechtigte sei daher nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe zur Anwendung zu bringen. Ein Bieter könne im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe insbesondere nicht verhalten werden, einen bestimmten - für ihn nach den arbeitsrechtlichen Bestimmungen an sich gar nicht maßgeblichen - (weiteren) Kollektivvertrag zu beachten. Eine solche doppelte Bindung einzelner Bieter

würde auch dem Grundsatz der Bietergleichbehandlung widersprechen. Zur Preisangemessenheit werde ausgeführt, dass gemäß Position 30.02 des Leistungsverzeichnisses eine allfällige Restholzverwertung durch den Auftragnehmer in die Einheitspreise einzukalkulieren sei. Eine solche Kalkulation sehe auch Position 31 des Leistungsverzeichnisses vor. Abschließend werde darauf hingewiesen, dass die Teilnahmeberechtigte die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen bereits über viele Jahre hinweg erbracht habe und über eine dementsprechende Erfahrung bei Mäh- und Rodungsarbeiten auf der D. verfüge. Dies sei gegenständlich auf Grund der schwierigen Bodenverhältnisse auf der D. besonders relevant. Die Teilnahmeberechtigte verfüge auf Grund der über Jahre hinweg erfolgten Leistungserbringung über entsprechende Erfahrungswerte, entsprechendes Know-How und bereits speziell auf die genannten Verhältnisse adaptierte Gerätschaften. Derartige besonders günstige Umstände, über die ein Bieter bei der Erbringung der Leistung verfüge, seien im Rahmen der Kalkulation jedenfalls entsprechend zu berücksichtigen. Im Übrigen habe die Auftraggeberin eine den Vorgaben des BVergG 2006 entsprechende vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und in der Niederschrift vom 13.03.2015 dokumentiert. Insbesondere seien in diesem Rahmen sowohl der Mittellohnpreis als auch kalkulierte Zeitansätze vertieft geprüft und als plausibel und preisangemessen befunden worden. Diesbezüglich werde vollinhaltlich auf die bisherigen Ausführungen sowie auf das Vorbringen der Auftraggeberin verwiesen.

Am 12.05.2015 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung statt, welche folgenden Verlauf hatte:

Die Antragstellervertreterin brachte zur Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 06.05.2015, insbesondere zur Beilage 15, ergänzend vor, dass zum Punkt „Entsorgung“ die Auftraggeber-Deponien in drei Leistungspositionen im Leistungsverzeichnis vorgesehen seien. Zu prüfen wäre daher, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin in diesen drei Positionen das Verbringen auf die Antragsgegner-Deponie kalkuliert habe. Zu den Wurzelstöcken, insbesondere das Vorbringen der Antragsgegnerin in der Beilage 15 zum Angebot der Antragstellerin, wurde vorgebracht, dass diese Tätigkeiten mit Maschinen erbracht würden, somit der Aufwand gleichbleibend sei. Weiters wäre zu prüfen,

ob in der Pos. 99.0901A die Teilnahmeberechtigte einen Wert von über 1 Euro eingesetzt habe.

Die Antragstellervertreterin hielt das Vorbringen zum „falschen Kollektivvertrag“ aufrecht, jedoch wurde dies außer Streit gestellt.

Der Antragsgegnervertreter führte zur Frage, warum im Leistungsverzeichnis zwischen Antragsgegner- und Auftragnehmer-Deponie unterschieden werde, aus, dass die Antragsgegner-Deponie eine Deponie der MA ... sei, die jedoch nicht das gesamte Material, das bei den Mäh- und Rodungsarbeiten anfalle, entgegennehme. Der unterschiedliche Preis in diesen Positionen ergebe sich daraus, dass bei der Antragsgegner-Deponie der MA ... keine Deponiegebühren anfielen.

Der Vertreter der Antragsgegnerin führte zur Frage, wie bei Angebotsprüfung grundsätzlich vorgegangen werde, aus, dass zuerst eine rechnerische Prüfung der Angebote erfolge, es werde mit einem Programm z.B. auf Rechenfehler geprüft. Eine vertiefte Angebotsprüfung führten sie beim Billigstbieter durch, insbesondere bei einem großen Abstand zum Zweitangebot. Sie sehen beim Billigstbieterprinzip das billigste Angebot als das für den Zuschlag in Betracht kommende Angebot an und prüfen dieses immer vertieft. Vertiefte Angebotsprüfung heiße, K-Blätter verlangen, Prüfung der K-Blätter und Aufklärungsgespräch. Im Wesentlichen verlange die Auftraggeberin K3- und K7-Blätter; und zwar zur Prüfung, ob der kollektivvertragliche Mindestlohn eingehalten werde, sowie im K7-Blatt zur Prüfung der Detailkalkulation der einzelnen Positionen.

Im gegenständlichen Fall sei genau so vorgegangen worden. Im Aufklärungsgespräch mit der präsumentiven Zuschlagsempfängerin wären alle Leistungsgruppen bis auf die LG 99 Gegenstand der Aufklärung gewesen. Im Aufklärungsgespräch seien die einzelnen Positionen durchgegangen und erörtert worden.

In der LG 02 sei beim Aufklärungsgespräch am 13.03.2015 die Wiederverwertung bzw. der Weiterverkauf des anfallenden Strauchmaterials etc. Thema gewesen. Die Antragsgegnerin habe diese Position geprüft, indem sie die

K7-Blätter geprüft habe und im Zuge des Aufklärungsgespräches mit der präsidentiven Zuschlagsempfängerin nochmals durchgegangen sei. Die präsidentive Zuschlagsempfängerin habe das Schreiben des Abnehmers zur Weiterverarbeitung vorgelegt.

Die Antragstellervertreterin erwiderte, dass der Wiederverkauf des Materials keinen Verwertungserlös von EUR 600.000,-- bringen könne.

Der Antragsgegnervertreter entgegnete, dass der Vertrag auf drei Jahre laufe und auf zusätzliche 3 Jahre optional verlängert werden könne (insgesamt 6 Jahre). Die Schätzung sei daher auf 6 Jahre gerechnet.

Die Antragstellervertreterin brachte vor, dass im Zusammenhang mit der Verbringung auf die AN-Deponie und Wiederverwertung auch zu prüfen sei, ob dies eine befugte Deponie sei.

Der Antragsgegnerinnenvertreter brachte auf Frage der Antragstellervertreterin vor, dass sich die Schätzung auf 6 Jahre aus dem Vergabeakt ergebe. Aus dem Ausschreibungstext gehe dieser Umstand nicht hervor.

Der Antragsgegnervertreter referierte weiters, dass die präsidentive Zuschlagsempfängerin eine sicherlich sehr kostengünstige Kalkulation angesetzt habe. Diese beziehe sich auf alle Positionen. Zu allen Positionen gebe es von den Mitbewerbern entsprechend ähnliche Kalkulationen. Die übrigen Bieter hätten aber offensichtlich diese effiziente Kalkulation nicht auf alle Positionen bezogen, sodass sich dadurch der Preisunterschied ergebe.

Der Vertreter der Antragsgegnerin gab auf Frage zur AG-Deponie an, dass die präsidentive Zuschlagsempfängerin andere, nämlich größere, Fahrzeuge verwende.

Die Antragstellervertreterin wies darauf hin, dass in der Vorbemerkung zu Position 30 und Position 30.06 von „Arbeitsbereiche teilweise in schwerzugänglichem Gelände befinden“ die Rede sei und insofern großes Arbeitsgerät bzw. LKW's zu hinterfragen sei.

Der Vertreter der Antragsgegnerin brachte zur Örtlichkeit der D. vor, dass die Bäume sich im Uferbereich befänden, ein asphaltierter Weg daneben liege und somit die Zugänglichkeit erleichtert sei.

Der Antragsgegnervertreter wies darauf hin, dass Pläne den Ausschreibungsunterlagen beigelegt waren, sowie eine Vorbesichtigung stattgefunden habe. Die Pläne für die Bieter, die der Ausschreibung angeschlossen gewesen seien, befänden sich deswegen nicht im Vergabeakt, weil sie den Bietern digital zur Verfügung gestellt worden seien. Es wären etwa 5 Pläne gewesen.

Der Vertreter der Antragstellerin entgegnete, dass sich auch dammseitig Bäume befänden, die vom Auftrag umfasst seien, damit sei eine Böschung zu überwinden und es befänden sich auch dazwischen Mähflächen. Daher sei zur Bearbeitung der Flächen Kleingerät erforderlich.

Die anwesenden Parteien gaben an, das Gebiet der D. genau zu kennen.

Auf Vorhalt der Niederschrift zum Aufklärungsgespräch und zu LG 02 führte der Vertreter der Antragsgegnerin aus, dass sich das durchgerechnete Beispiel auf das K7-Blatt zur Pos. 02.0104A beziehe. Es habe keinen besonderen Grund gegeben, ausgerechnet diese Position im Aufklärungsgespräch durchzurechnen.

Zur LG 30 und zur Niederschrift zum Aufklärungsgespräch vom 15.03.2015 im Vergabeakt gab der Vertreter der Antragsgegnerin an, dass sie preisliche „Ausreißer“, die auffällig nach oben oder unten gehen, jedenfalls prüfen.

Die Antragstellervertreterin wies auf Pos. 30.04 des Lang-LV hin, insbesondere, dass eine Baustellenzwischenverfuhr mit Kleinfahrzeugen einzukalkulieren sei.

Der Antragsgegnerinnenvertreter verwies dazu auf den Preisspiegel.

Auf Vorhalt der Niederschrift vom 13.03.2015 und der LG 31 führte der Vertreter der Antragsgegnerin aus, dass ein anderer Bieter nahe an die Angebotssumme dieser Leistungsgruppe herangekommen sei. Erfahrungsgemäß und nach Prüfung

der K7-Blätter hätten sie den Ansatz als plausibel angesehen.

Zur LG 90, welche auch im Aufklärungsgespräch Thema gewesen sei, gab der Vertreter der Antragsgegnerin an, dass auch hier ein anderer Bieter nahe an die Angebotssumme der präsumtive Zuschlagsempfängerin herangekommen sei und verwies auf den Preisspiegel.

Die Antragstellervertreterin und Antragstellerin verließen den Verhandlungssaal um 10:02 Uhr, da Geschäftsgeheimnisse der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erörtert wurden. Die Erörterungen wurden auf Beiblatt 1 festgehalten. Die Antragstellervertreterin und Antragstellerin betraten den Verhandlungssaal wieder um 10:48 Uhr.

Die Berichterin informierte sodann die Antragstellerin zusammenfassend von den in ihrer Abwesenheit besprochenen Punkten.

Die im Beiblatt 1 zum Verhandlungsprotokoll unter Abwesenheit der Vertreter der Antragstellerin festgehaltenen Punkte lassen sich zusammenfassen wie folgt:

Die Wiederverwertung des anfallenden Materials werde in den Positionen mit „AN-Deponien“ berücksichtigt. Ein im Beiblatt bezifferter Prozentsatz des Mäh- und Rodungsmaterials werde zur Wiederverwertung auf befugte AN-Deponien verbracht und handle es sich dabei um Holz, Heu, Futter-, Schwemmmaterial, Wurzelstöcke etc. Ein im Beiblatt bezifferter Erlös könne damit jährlich erzielt werden. Anhand einer Kostenaufstellung der Teilnahmeberechtigten und Gegenüberstellung „Ertrag alter Vertrag“ und „Ertrag neuer Vertrag“ wurde dargestellt, dass ein Ertrag trotz eines im Angebot gewährten Gesamtnachlasses von der Teilnahmeberechtigten erzielt werde.

Zu den seitens des Teilnahmeberechtigten gewährten Nachlässen wurde vom Vertreter der Antragsgegnerin unter Vorhalt der Position 02.0103A, A004 angegeben, dass diese bereits im Preisspiegel und in den K7-Blättern berücksichtigt und von der Auftraggeberin geprüft worden seien. So enthalte der angeführte Einheitspreis in dieser Position bereits die von der Teilnahmeberechtigten gewährten Nachlässe. Der Einheitspreis vor den



Nachlässen sei laut Leistungsverzeichnis mit dem aus diesem ersichtlichen, höheren Betrag ausgewiesen, woraus die Berücksichtigung der Nachlässe im (betraglich geringeren) Einheitspreis nachvollziehbar dokumentiert sei. Im dazugehörigen K7-Blatt sei der Einheitspreis ebenso mit dem geringeren Betrag ausgeschrieben, womit sich die Berücksichtigung der Nachlässe in den K7-Blättern ergebe.

Auf Vorhalt des K7-Blattes zur Position 02.0203A und dem kalkulierten Betrag bei Verbringung auf eine AN-Deponie und Wiederverwertung wurde von der Teilnahmeberechtigten angegeben, dass bei Verbringen des Materials auf AG-Deponie nur der Transport zu bewerkstelligen sei und sich in der für die AN-Deponie aufgestellten Großraummulde regelmäßig etwa 1% pro Tonne nicht verwertbares Material, wie etwa Steine oder Müll, befänden.

Ebenso wurde die von der Antragstellervertreterin am Beginn der mündlichen Verhandlung gestellte Frage zur Position 99.0901A vom Senat im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nachgelesen und konnte dahin beantwortet werden, dass dieser Preis über Euro 1,00 liegt.

Zum Thema „Mäharbeiten“ wurde seitens der Teilnahmeberechtigten ausgeführt, dass mit speziellen Gerätschaften eine im Beiblatt 1 bezifferte Mähgeschwindigkeit erreicht werden könne, welche mit einer früheren Mähgeschwindigkeit, etwa aus den 90er Jahren, nicht verglichen werden könne. Zudem werde eine größere Mähbreite erreicht.

### **Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:**

Ergänzend zu dem eingangs wiedergegebenen Sachverhalt, der als unstrittig angesehen werden kann, trifft das Verwaltungsgericht Wien anhand des Inhaltes der von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakten, deren Richtigkeit grundsätzlich nicht bestritten wurde, der Schriftsätze der am Verfahren Beteiligten sowie dem Ergebnis der am 12.5.2015 durchgeführten mündlichen Verhandlung folgende weitere entscheidungserhebliche Feststellungen:

Die Antragsgegnerin führt als öffentliche Auftraggeberin (§ 3 Abs. 1 Z 1 BVergG

2006) ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Dienstleistungen, nämlich Mäh- und Rodungsarbeiten im Bereich ..., in Wien ... und L. (NÖ). Die Dienstleistung ist eine nicht prioritäre Dienstleistung. Der Leistungszeitraum läuft von 2015 bis 2017 mit der Möglichkeit der Verlängerung. Die Bekanntmachung ist ordnungsgemäß erfolgt. Die Ausschreibung wurde nicht angefochten und ist bestandfest geworden. Der Zuschlag soll auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Insgesamt haben sich neun Unternehmer an diesem Vergabeverfahren beteiligt. Im Zuge der Angebotsöffnung am 03.03.2015 wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten mit einem zivilrechtlichen Preis von Euro 622.923,25 und jenes der Antragstellerin mit Euro 1.198.452,00 verlesen. Die Antragstellerin war somit zweitgereichte Bieterin nach der Teilnahmeberechtigten.

Die Auftraggeberin verlangte von der erstgereichten Bieterin K3- und K7-Blätter, welche vorgelegt wurden und im Vergabeakt aufliegen. Die Auftraggeberin prüfte die Kalkulationsblätter und lud die Teilnahmeberechtigten zur Erörterung etlicher Positionen im Angebot zu einem Aufklärungsgespräch ein, welches am 13.03.2015 stattfand. Im Zuge dieses Aufklärungsgesprächs erfolgte die Erörterung der kalkulierten Leistungsgruppen 02, 30, 31 und 90 im Angebot der Teilnahmeberechtigten. Das Ergebnis dieses Aufklärungsgesprächs wurde in der Niederschrift vom 13.03.2015 im Vergabeakt festgehalten. Im Zuge dieses Aufklärungsgesprächs legte die Teilnahmeberechtigte ein Schreiben eines zur Deponie und Weiterverwertung befugten Unternehmens vom 06.03.2015 vor, in welchem die kostenlose Abholung aus dem Gebiet der D. für die Weiterverarbeitung bestätigt wurde.

Im Nachprüfungsverfahren wurde mit Schriftsatz der Teilnahmeberechtigten vom 17.4.2015 ein weiteres Schreiben dieses Unternehmens vom 6.3.2015 vorgelegt, in welchem bestätigt wurde, dass für Strauch, Holz und Grünmaterialien zur Weiterverarbeitung die angeführten Preise pro Tonne bezahlt würden. In einem ebenfalls mit diesem Schriftsatz vorgelegten Schreiben eines anderen Unternehmens wurde der Ankauf von Wurzelstöcken in einer bestimmten Tonnage pro Jahr zu einem im Schreiben angegebenen Preis zugesagt.

Zur LG 02 - „Laden und Abfuhr“ begründete die Teilnahmeberechtigte zusammengefasst ihre Preise mit der Wiederverwertung des bei Mäh- und Rodungsarbeiten anfallenden Materials bei den Positionen mit Verbringung auf eine befugte Auftragnehmer-Deponie und damit, dass der Wiederverwerter das Material selbst abhole und ein Erlös aus dem Verkauf lukriert werde, welcher über die Laufzeit des Auftrages gerechnet, den im Angebot ausgewiesenen Betrag rechtfertige. Im Zusammenhang mit der Auftraggeber-Deponie wurde argumentiert, dass hier lediglich der Transport zur Deponie zu bewerkstelligen sei. Im Zuge der mündlichen Verhandlung veranschaulichte die Teilnahmeberechtigte den Hergang und Ablauf der Wiederverwertung und erklärte ihre Kalkulation weiter gehend dahin, dass unter Zugrundelegung einer dem Senat vorgelegten Kostenaufstellung der Teilnahmeberechtigten und eines Vergleiches mit der bisherigen Auftragsführung und dem gegenständlichen Vergabeverfahren ein Ertrag erwirtschaftet werde. Den im Vergabeakt einliegenden und im Nachprüfungsverfahren vorgelegten unbedenklichen Schreiben bzw. Bestätigungen des wiederverwertenden Unternehmens, in welchen bestimmte Preise pro Tonne sowie die kostenlose Abholung zugesagt wurden, konnte in Zusammenschau mit den im Verfahren getroffenen Aussagen der Teilnahmeberechtigten und der Auftraggeberin, vor allem in Hinblick auf die Laufzeit des Vertrages, gefolgt werden und war die Preisdifferenz damit aus Sicht des Senates nachvollziehbar. Weiters ging aus der Dokumentation der vertieften Angebotsprüfung im Vergabeakt und den Ausführungen der Antragsgegnerin hervor, dass die vertiefte Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin diese Aspekte umfasst hat.

Das von der Teilnahmeberechtigten als AN-Deponie und Wiederverwerter benannte Unternehmen bezeichnete in seinem Schreiben als Unternehmensgegenstand „Hackguterzeugung, Transporte, Erdbewegung, Gartengestaltung, Forstmulchen, Wurzelstöcke fräsen“ etc. Gewerbeberechtigungen dieses Unternehmens, unter anderem „Durchführung von Lohnarbeiten und Dienstleistungen für land- und forstwirtschaftliche Betriebe mit Geräten, die typischerweise auch in solchen Betrieben verwendet werden, bestehend aus Ausbringen von Jauche, Mist und Gülle, Häckselarbeiten, Mähdreschen, Erntearbeiten, Bodenbearbeitung, Aussaat und Pflege landwirtschaftlicher Kulturen, Holzernte, Waldpflege und -auspflanzungen,

Tierversorgung und Weingartenbewirtschaftung (Weingartenbearbeitung, Rebschnitt, Laubwandregulierung und Traubenernte)“ liegen vor. Die befugte Deponierung und Wiederverwertung des Mäh- und Rodungsmaterials war daher seitens des Senates nicht in Zweifel zu ziehen.

Die Preise der LG 30 – „Gärtnerische Pflege und Herstellung“ wurden im Aufklärungsgespräch am 13.03.2015 dahin erklärt, dass durch die asphaltierten Uferbegleitwege eine gute Zufahrt möglich sei, die Bäume sich im Uferbereich befänden und somit großes Gerät, wie von der Teilnahmeberechtigten im Angebot vorgesehen, eingesetzt werden könne. Auch in dieser Position werde die Restholzverwertung als Erlös kalkuliert. Die Teilnahmeberechtigte legte beim Aufklärungsgespräch und im Nachprüfungsverfahren Schreiben von Unternehmen vor, welche die kostenlose Abholung, den Ankauf und die Wiederverwertung zu bestimmten Mengen und Preisen zusagten. Die bezeichneten Schreiben und die Aussagen der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung gaben für den Senat keinen Grund ab, an der Schlüssigkeit und Richtigkeit eben dieser zu zweifeln. Weiters ging aus der Dokumentation der vertieften Angebotsprüfung im Vergabeakt und den Ausführungen der Antragsgegnerin hervor, dass die vertiefte Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin diese Aspekte umfasst hat.

Nebst den Bietern digital zur Verfügung gestellten Plänen über das zu pflegende Gebiet der D. gaben die anwesenden Parteien in der mündlichen Verhandlung an, die D. genau zu kennen, weshalb die Erklärung der Teilnahmeberechtigten über die Art der Leistungserbringung mit großem Gerät, hoher Mähgeschwindigkeit und großer Mähbreite dem Senat nachvollziehbar erschien. Unstrittig ist die D. mit LKW bzw. Klein-LKW befahrbar, existieren asphaltierte Wege und besteht die Möglichkeit, Großraummulden zu positionieren und zur Abholung bereit zu halten.

Dem Vorbringen der Antragstellerin, dass in der Position 30.04 des Langleistungsverzeichnisses eine Baustellenzwischenverfuhr mit Kleinfahrzeugen einzukalkulieren sei, wurde seitens der Antragsgegnerin der im Vergabeakt erliegende Preisspiegel entgegengehalten, welcher die Teilnahmeberechtigte in dieser Position nicht als billigste Bieterin ausweist.

Die Teilnahmeberechtigte konnte in der mündlichen Verhandlung anschaulich die Wiederverwertung des anfallenden Materials darstellen und einen jährlichen Erlös für die Dauer der Beauftragung beziffern, welcher die Preise im Angebot der Teilnahmeberechtigten erklärt. Den im Vergabeakt einliegenden und im Nachprüfungsverfahren vorgelegten unbedenklichen Bestätigungen der wiederverwertenden Unternehmen, in welchen Preise pro Tonne sowie die kostenlose Abholung dem präsumtiven Zuschlagsempfänger zugesagt wurden, konnte in Zusammenschau mit den im Verfahren getroffenen Aussagen der Teilnahmeberechtigten und der Auftraggeberin zur Kalkulation im Angebot der Teilnahmeberechtigten, deren gewährter Nachlässe und geprüfter K-Blätter gefolgt werden.

Die Preise der LG 31 - „Mäharbeiten“ wurden ergänzend zum Aufklärungsgespräch vom 13.03.2015 in der mündlichen Verhandlung von der Teilnahmeberechtigten dahingehend dargestellt, dass diese spezielles Gerät einsetze und in der Zeit ihrer Auftragsführung Geräte angeschafft habe, welche etwa speziell ausgestattet wären, eine hohe Geschwindigkeit, besonders verglichen mit Mähgeschwindigkeiten aus den 90er Jahren, sowie große Mähbreite erreichten. Die Teilnahmeberechtigte konnte in der mündlichen Verhandlung anschaulich einen Fuhrpark und Gerätschaften bezeichnen, welche den Besonderheiten des Auftrages, etwa der guten Zugänglichkeit auf asphaltierten Wegen mit LKW und großen Maschinen, gerecht werden und einen Zeitgewinn plausibel machen. Die Positionen betreffend Fuhrpark und Geräte wurden im K7-Blatt geprüft und vom Auftraggeber für in Ordnung befunden. Es ergab sich auch im Nachprüfungsverfahren kein Anlass, die Richtigkeit dieses Prüfergebnisses durch den Auftraggeber anzuzweifeln. Die unbestritten gebliebenen bisherigen Erfahrungswerte der Teilnahmeberechtigten und der mit Schreiben von befugten Unternehmen belegte Abtransport und die Wiederverwertung des Materials samt daraus zu erzielendem Erlös über die Dauer des Auftrages erachtete der Senat insgesamt als nachvollziehbar. In diesem Zusammenhang ist zudem festzuhalten, dass die Teilnahmeberechtigte die nunmehr ausgeschriebenen Rodungs- und Mäharbeiten auf dem Gebiet der D. aufgrund eines an sie ergangenen Auftrages für die Vorperiode bereits ausführt und die Antragsgegnerin daher nachvollziehbar über einschlägige

Erfahrungswerte hinsichtlich der Zeitansätze der Teilnahmeberechtigten für Rodungs- und Mäharbeiten verfügt. Die Antragsgegnerin hat diese Erfahrungswerte ihrer vertieften Angebotsprüfung zugrunde gelegt und ist auf dieser Grundlage zu dem Ergebnis gekommen, dass die in der Kalkulation angesetzten Preise für die Mäh- und Rodungsarbeiten plausibel und nachvollziehbar sind.

In der LG 90 – „Regieleistungen“ wurde der der Kalkulation zugrunde gelegte Kollektivvertrag erörtert und für in Ordnung befunden. Weiters wurden K-Blätter zu einzelnen Geräten und Maschinen des Teilnahmeberechtigten besprochen und waren nicht zu beanstanden.

Der von der Auftraggeberin unter Berücksichtigung der in den Angeboten gewährten Nachlässe erstellte und im Vergabeakt erliegende Preisspiegel weist die Teilnahmeberechtigte in den Leistungsgruppen 02, 31 und 90 je als Billigstbieterin aus. In der LG 30 und LG 99 ist die Teilnahmeberechtigte je an zweiter Stelle gereiht.

Die Antragstellerin stellte zu Beginn der mündlichen Verhandlung die Anwendbarkeit des Kollektivvertrages „Güterbeförderung“ im Angebot der Teilnahmeberechtigten außer Streit. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten wurde unter Zugrundelegung des Kollektivvertrages „Güterbeförderung“ kalkuliert.

Die Teilnahmeberechtigte ist derzeit Auftragnehmerin der Mäh- und Rodungsarbeiten im Bereich der D. für die dem ausgeschriebenen Zeitraum vorangehenden Periode. Sie ist ein auf diesem Gebiet seit Jahrzehnten tätiges Unternehmen, welches sich nicht zuletzt aus den im Vergabeakt zum Angebot der Teilnahmeberechtigten einliegenden und unbestrittenen Referenzschreiben ergibt.

Die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 24.03.2015 ist der Antragstellerin am gleichen Tag im Faxwege zugegangen. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens ist am 02.04.2015 im Verwaltungsgericht Wien eingelangt und damit rechtzeitig (§ 24 Abs. 1 WVRG 2014). Die Entrichtung der

Pauschalgebühr ist nachgewiesen, die beantragte einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 08.04.2015, VGW-123/V/74/3882/2015, antragsgemäß erlassen.

Diese Feststellungen gründen sich vornehmlich auf den Inhalt des Vergabeaktes, aus dem sich nachvollziehbar und eindeutig ergibt, dass die Antragsgegnerin das Angebot der Teilnahmeberechtigten einer vertieften Prüfung unterzogen hat. Die Ergebnisse dieser Prüfung sind nachvollziehbar im Vergabeakt festgehalten und ergibt sich, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht Ergebnis einer unzulässigen Spekulation ist. Der Senat hatte daher keine Bedenken, das Ergebnis dieser Angebotsprüfung nach Ergänzung und Erklärung seitens des Auftraggebers und der Teilnahmeberechtigten in der mündlichen Verhandlung auch seiner Entscheidung zu Grunde zu legen. Dass die Teilnahmeberechtigte ihre aus den letzten Jahren im Zuge dieser Auftragsleistung gewonnenen Erfahrungen in ihrer Kalkulation berücksichtigt und über Gerätschaften und Maschinen verfügt, welche sie im Rahmen der Auftragsausführung in den letzten Jahren eingesetzt hat, ist nachvollziehbar. Dass in der LG 02, LG 31 und LG 90 die Teilnahmeberechtigte deutlich unter den Ansätzen der Antragstellerin kalkuliert, konnte von der Teilnahmeberechtigten ausreichend erklärt und aufgeklärt werden. In der LG 30 ist die Teilnahmeberechtigte nicht Billigstbieterin.

Die mündliche Verhandlung hat weiters klargestellt, dass die Antragsgegnerin diese Aspekte in ihrer vertieften Angebotsprüfung abgeklärt hat. Die Antragsgegnerin hat in ihrer Niederschrift über das Aufklärungsgespräch im Zuge der vertieften Angebotsprüfung sowie in ihrem Aktenvermerk über die vertiefte Angebotsprüfung die jeweiligen preislichen Abweichungen behandelt und ist aus den jeweils dort dargelegten Überlegungen zu dem Ergebnis gelangt, dass die Kalkulation dieser Preise trotz der jeweils gegebenen Abweichungen plausibel und nachvollziehbar ist. Mögliche Unschärfen in der Formulierung in dieser Niederschrift durch die Antragsgegnerin wurden im Nachprüfungsverfahren vom Senat hinterfragt und konnten jeweils dahingehend aufgeklärt werden, dass das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung schlüssig nachvollziehbar ist.

### **Rechtliche Würdigung:**

§ 141 BVergG 2006 lautet:

(1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 87a, 98, 99a und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauterer Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.

(4) Sofern eine Bekanntmachung zur Gewährleistung eines angemessenen Grades von Öffentlichkeit geboten ist, sind Bekanntmachungen in dem gemäß § 52 Abs. 1 für den jeweiligen Vollziehungsbereich festgelegten Publikationsmedium zu veröffentlichen. Im Oberschwellenbereich sind vergebene nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gemäß § 54 bekannt zu geben.

(5) Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers.

(6) Der Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern nachweislich mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 7, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterer Wettbewerb schaden würde. Eine Verpflichtung zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung besteht nicht, wenn

1. der Zuschlag dem einzigen bzw. dem einzigen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll, oder
2. wenn auf Grund der in § 30 Abs. 2 Z 3 genannten Voraussetzungen von einer Bekanntmachung des Verfahren Abstand genommen wurde.



(7) Der Auftraggeber darf den Zuschlag bei sonstiger absoluter Nichtigkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erteilen. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung. Sie beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage.

(8) Der Auftraggeber kann ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Der Auftraggeber hat die Widerrufsentscheidung, soweit dies möglich ist, den im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer unverzüglich und nachweislich mitzuteilen oder im Internet bekannt zu machen. Der Auftraggeber darf den Widerruf bei sonstiger Unwirksamkeit nicht innerhalb der Stillhaltefrist erklären. Die Stillhaltefrist beginnt mit der Absendung der Mitteilung der Widerrufsentscheidung oder mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung. Bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung beträgt die Stillhaltefrist zehn Tage, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg 15 Tage. Bei der Durchführung von Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich verkürzt sich die Stillhaltefrist auf sieben Tage. Im Übrigen gilt § 140 Abs. 6. Im Unterschwellenbereich kann der Auftraggeber von der Mitteilung bzw. Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. In diesem Fall hat der Auftraggeber die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer, soweit dies möglich ist, unverzüglich und nachweislich von der Widerrufserklärung zu verständigen oder diese im Internet bekannt zu machen.

§ 125 BVerG 2006 lautet:

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

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

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

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,
2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 aufweisen, oder
3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

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

- im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-,
1. Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar sind;
2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen;
3. die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 geforderte oder vom Bieter gemäß § 109 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises

(insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

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

(6) Stellt der Auftraggeber bei einem Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich fest, dass ein Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig ist, weil der betreffende Bieter eine staatliche Beihilfe erhalten hat, so darf er das Angebot allein aus diesem Grund nur dann ausscheiden, wenn der Bieter nach Aufforderung durch den Auftraggeber nicht innerhalb einer vom Auftraggeber festgesetzten angemessenen Frist nachweisen kann, dass die betreffende Beihilfe rechtmäßig gewährt wurde. Sofern ein Auftraggeber aus diesem Grund ein Angebot ausscheidet, hat er dies der Kommission im Wege des Bundesministers für Wirtschaft, Familie und Jugend bekannt zu geben.

Dem Vorbringen in den Schriftsätzen der Antragsgegnerin, dass eine vertiefte Angebotsprüfung nicht durchzuführen gewesen sei, da eine nicht prioritäre Dienstleistung ausgeschrieben worden sei, und § 141 Abs. 1 BVergG 2006 die Bestimmungen der vertieften Angebotsprüfung für nicht anwendbar erkläre, ist zunächst zu folgen, da § 125 BVergG 2006 in § 141 Abs. 1 BVergG 2006 nicht aufgezählt ist. Entgegenzuhalten ist jedoch, dass § 141 Abs. 2 BVergG 2006 normiert, dass das Verfahren zur Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs zu entsprechen hat. Eine allfällige Vergabe eines Dienstleistungsauftrages zu einem Preis, der nicht angemessen ist, würde nach Ansicht des Senates dem Grundsatz des lautereren Wettbewerbs nicht entsprechen.

Gemäß § 125 Abs. 3 BVergG 2006 muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn 1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 79 Abs. 4 BVergG 2006 aufweisen, oder 3.

nach Prüfung gemäß § 125 Abs. 2 BVergG 2006 begründete Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen.

Nach Ansicht des Senates inkludiert der in § 141 Abs. 2 leg.cit. für nicht prioritäre Dienstleistungen festgelegte Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs und der damit umfasste Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen die Verpflichtung des Auftraggebers, etwaigen begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise durch eine vertiefte Angebotsprüfung nachzugehen. Der Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen wäre nämlich bei nicht prioritären Dienstleistungen dann nicht effektiv, wenn der Auftraggeber nicht verpflichtet wäre, begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise im Wege einer vertieften Angebotsprüfung nachzugehen.

Den Ausführungen der Antragstellerin in Zusammenhang mit unionsrechtlichen Grundfreiheiten und zitierten Judikaten (VwGH 9.4.2013, 011/04/0173, BVwG 19.12.2014, W1232013963-2) in ihrem Schriftsatz vom 22.04.2015 war insofern zu folgen, als das Transparenzgebot sowie die Gleichbehandlung der Bieter aufgrund der Regeln des Unionsrechts sicherzustellen sind. Da eine nicht nachvollziehbare Angebotsprüfung sowie nicht plausible Angebotspreise den Grundsatz der Transparenz und Gleichbehandlung aller Bieter verletzen würde, war der Auftraggeber verpflichtet, das Angebot der Teilnahmeberechtigten vertieft zu prüfen.

§ 125 Abs. 4 und Abs. 5 BVergG 2006 umschreiben näher, in welcher Weise der Auftraggeber einer allenfalls bestehenden Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung nachzukommen hat. Auch auf diese Regelung bezieht sich der Einwand der Antragsgegnerin, dass § 125 BVergG 2006 im Fall von nicht prioritären Dienstleistungen nicht anwendbar sei.

Im Ergebnis war daher die Antragsgegnerin verpflichtet, in geeigneter Weise eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen und die bestehenden Zweifel an der Angemessenheit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise abzuklären. Die Tatsache, dass das gegenständliche Vergabeverfahren die Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages betrifft, hatte

diesbezüglich rechtlich lediglich die Konsequenz, dass die Pflicht der Antragsgegnerin zur vertieften Angebotsprüfung nicht auf § 125 BVergG 2006 gestützt werden konnte, sondern über den Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs und dem daraus ableitbaren Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen abzuleiten war.

Im Anlassfall lag der relevante Grund dafür, dass die Antragsgegnerin zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet war, darin, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin deutlich billiger war als das Angebot der Antragstellerin und als der geschätzte Auftragswert. Die vertiefte Angebotsprüfung hatte also den preislichen Abweichungen im Sinne der Plausibilitätsprüfung auf den Grund zu gehen.

Die Antragsgegnerin hat von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin die K3-Blätter angefordert und geprüft, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin die kollektivvertraglichen Mindestlöhne kalkuliert hat und die Lohnkosten korrekt berechnet, auf diese die Lohnnebenkosten korrekt umgelegt und die Zuschläge für Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn einbezogen hat. Dieser Aspekt der Prüfung hat ergeben, dass die Kalkulation in dieser Hinsicht plausibel und nachvollziehbar war.

Die Antragsgegnerin hat von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weiters eine Reihe von K7-Blättern verlangt und diese einer Prüfung unterzogen. Bei dieser Prüfung wurde insbesondere die korrekte kalkulatorische Berücksichtigung einer Reihe von direkt zuordenbaren Kosten überprüft. Auch diese Prüfung hat nach teilweise umfangreicher Erörterung in der mündlichen Verhandlung und Erklärung durch die Teilnahmeberechtigte letztlich keine Zweifel an der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der überprüften Aspekte und am Vorliegen einer ordnungsgemäß abgeschlossenen vertieften Angebotsprüfung durch die Antragsgegnerin ergeben.

Die Überprüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin durch die Antragsgegnerin hat ergeben, dass diese in den Positionen LG 02 „Laden und Abfuhr“, LG 31 „Mäharbeiten“ und LG 90 „Regieleistungen“ deutlich billiger ist als andere Bieter, wohingegen die präsumtive Zuschlagsempfängerin in sonstigen

Positionen, insbesondere in der von der Auftraggeberin auch geprüften LG 30 „Gärtnerische Pflege und Herstellung“, nicht Billigstbieterin ist und in der LG 90 „Regieleistungen“ ein anderer Bieter nahe an den Angebotspreis der Teilnahmeberechtigten in dieser LG herankommt.

Nach Ansicht des Senates bestand die Aufgabenstellung der vertieften Angebotsprüfung darin, der Frage nachzugehen, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin in diesen drei Positionen deutlich billiger anbieten konnte als die Antragstellerin und den geschätzten Auftragswert unterschreiten konnte. Wie oben ausgeführt, hat die Teilnahmeberechtigte in den Positionen LG 02 „Laden und Abfuhr“ einen auf die Dauer des Auftrages gerechneten Erlös aus der Wiederverwertung des Mäh- und Rodungsgutes in ihrer Kalkulation berücksichtigt und durch Schreiben bzw. Bestätigungen des abholenden Unternehmens und der wiederverwertenden Unternehmen belegt. Diesen Umstand hat die Auftraggeberin durch Prüfung der K7-Blätter kontrolliert und ist zum nicht zu beanstandenden Ergebnis gelangt, dass selbst unter Berücksichtigung des von der Teilnahmeberechtigten in ihrem Angebot gewährten Nachlasses das Angebot betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist.

In der LG 31 „Mäharbeiten“ konnte die Teilnahmeberechtigte aufgrund ihres nachgewiesenen Einsatzes von Maschinen mit vergleichsweise hoher Mähgeschwindigkeit und großer Mähbreite sowie des Einsatzes von LKW, die auf den asphaltierten Wegen der D. fahren können, und dem Aufstellen von Großraummulden zum Sammeln von bei leistungsgegenständlichen Mäh- und Rodungsarbeiten anfallenden Materials die Plausibilität ihrer Preise nachvollziehbar erklären, da mit dem Einsatz dieses Materials letztlich ein Zeitgewinn einhergeht. Dies hat die Antragsgegnerin bereits im Zuge der vertieften Angebotsprüfung geprüft und als Ergebnis festgehalten, dass diese Kalkulation aufgrund ihrer Erfahrungen mit Teilnahmeberechtigten als Auftragnehmerin in der der ausgeschriebenen Zeit vorangehenden Periode plausibel ist.

Zur LG 90 – „Regieleistungen“ ist festzustellen, dass der der Kalkulation der Teilnahmeberechtigten zugrunde gelegte Kollektivvertrag „Güterbeförderung“

nicht zu beanstanden war. Die Antragstellerin stellte diesen Punkt zu Beginn der mündlichen Verhandlung außer Streit.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass, nachdem in der mündlichen Verhandlung die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihre Kalkulation dem Senat nachvollziehbar erklären konnte und der Auftraggeber seine Prüfschritte, welche in der Niederschrift zum Aufklärungsgespräch vom 13.03.2015 festgehalten waren, hinreichend konkretisieren und erörtern konnte, kein Zweifel daran bestehen blieb, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist und diese betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit durch die Antragsgegnerin in einer vertieften Angebotsprüfung festgestellt und im Vergabeakt dokumentiert worden ist.

In grundsätzlicher Hinsicht ist noch auszuführen, dass es Angelegenheit der Auftraggeberin ist, die vertiefte Angebotsprüfung im Vergabeverfahren durchzuführen. Es wäre daher dem Senat verwehrt gewesen, eine im Vergabeverfahren unvollständig gebliebene bzw. nicht abgeschlossene vertiefte Angebotsprüfung im Zuge des Nachprüfungsverfahrens fortzusetzen und abzuschließen. Dies ist unter anderem darin begründet, dass die Aufgabe des Nachprüfungsverfahrens in der Überprüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung liegt und daher eine wegen nicht abgeschlossener vertieften Angebotsprüfung nicht gegebene Rechtmäßigkeit nicht durch den Senat im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens nachträglich hergestellt werden könnte. Außerdem kommt der Auftraggeberin im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung ein weiter Ermessensspielraum zu, wie und wie tief sie prüft, so lange die vertiefte Prüfung zumindest ausreichend ist, und ist es dem nachprüfenden Gericht verwehrt, ein der Auftraggeberin zukommendes Ermessen an deren Stelle auszuüben.

Das Nachprüfungsverfahren hatte daher nicht primär der Frage nachzugehen, ob die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Ein solches Ergebnis wäre nach Ansicht des Senates für sich alleine zu wenig gewesen, um von der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ausgehen zu können. Für das

Vorliegen der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung war vielmehr erforderlich, dass die Antragsgegnerin im Zuge des Vergabeverfahrens in der vertieften Angebotsprüfung in nachvollziehbarer Weise den preislichen Auffälligkeiten des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf den Grund gegangen und in ebenso nachvollziehbarer Weise zu dem Ergebnis gekommen ist, dass die Kalkulation der Preise durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. In diesem Zusammenhang reichte eine bloße Plausibilitätsprüfung seitens der Auftraggeberin aus. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens war insoweit die Überprüfung der von der Antragsgegnerin durchgeführten vertieften Angebotsprüfung einschließlich der Überprüfung der Nachvollziehbarkeit des von der Antragsgegnerin im Vergabeverfahren erzielten Ergebnisses. Dabei ist es grundsätzlich nicht ausreichend, wenn die Auftraggeberin alle wesentlichen Aspekte "bloß" überprüft hat, sondern ist darüber hinaus auch erforderlich, dass sie diese Prüfschritte im Vergabeakt auch dokumentiert hat. Eine nicht ausreichend dokumentierte vertiefte Angebotsprüfung wäre insoweit einer nicht ausreichenden vertieften Angebotsprüfung gleichzuhalten gewesen.

Hingegen kommt es dem Senat sehr wohl zu, im Zuge des Nachprüfungsverfahrens etwaige Unklarheiten kleineren Ausmaßes, die sich aus der Dokumentation der vertieften Angebotsprüfung ergeben, und etwaige im Nachprüfungsverfahren auf Grund des Beschwerdevorbringens zusätzlich aufgetretenen Aspekte zu hinterfragen und abzuklären. Solche Unklarheiten waren gegenständlich in der Dokumentation der vertieften Angebotsprüfung durch die Auftraggeberin gegeben. Beispielsweise war aus der Dokumentation alleine nicht klar, welche Erfahrungswerte die Antragsgegnerin der vertieften Angebotsprüfung zu Grunde gelegt hatte, und wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens abgeklärt, dass es sich dabei um Erfahrungswerte dahingehend handelte, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen inhaltlich weitgehend vergleichbaren Auftrag für die Vorperiode des ausgeschriebenen Leistungszeitraumes durchführt. Das Nachprüfungsverfahren hat diesbezüglich ergeben, dass die Antragsgegnerin im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung alle wesentlichen Aspekte inkludiert und dies auch jeweils zumindest in einem solchen Ausmaß dokumentiert, hat, dass die erfolgten Prüfschritte, wenn auch durch teilweise intensive Nachfrage, auf die im

Vergabeverfahren angelegte Dokumentation zurückgeführt werden konnten.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014; die Voraussetzungen für einen Gebührenersatz durch die Auftraggeberin liegen gegenständlich nicht vor.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

### **Unzulässigkeit der ordentlichen Revision**

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.

### **Rechtsmittelbelehrung**

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 des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin 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 Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Opperl