



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

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

GZ: VGW-123/046/2209/2024
A. e.U.

Wien, 24.4.2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

gekürzte Ausfertigung
gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Diem als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichter und seine Richterin Mag. Bachert-Sedlak als Beisitzerin über den Antrag der A. e.U., vertreten durch Rechtsanwältin, vom 12.12.2024 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2.2.2024, betreffend das Vergabeverfahren der Wiener Linien GmbH & Co KG „Periodische Überprüfung der Feuerlöscher der WL, WLB...“, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Verkündung am 4.4.2024

zu Recht e r k a n n t:

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Wiener Linien GmbH & Co KG vom 2.2.2024 im Vergabeverfahren „Periodische Überprüfung der Feuerlöscher der WL, WLB...“ wird gemäß § 8 Abs. 1 WVRG 2020 abgewiesen.

II. Gemäß den §§ 14 und 15 WVRG 2020 hat die Antragstellerin die von ihr entrichteten Pauschalgebühren in der Höhe von € 3.801,-- selbst zu tragen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

Gang des Verfahrens:

Die Wiener Linien GmbH & Co KG (Auftraggeberin) führen unter der Bezeichnung „Periodische Überprüfung der Feuerlöscher der WL, GZ: WLB...“ ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Sektorenbereich. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich. Der geschätzte Auftragswert liegt zwar deutlich über dem Schwellenwert, überschreitet diesen jedoch nicht um mehr als das Zehnfache. Einziges Zuschlagskriterium ist der Preis. Die A. e.U. (Antragstellerin) hat fristgerecht ein Angebot gelegt. Am 10.11.2023 erfolgte die Angebotseröffnung.

Das Angebot der B. GmbH (präsumtive Zuschlagsempfängerin) erwies sich als jenes mit dem niedrigsten Preis. Dieses Angebot wurde von der Auftraggeberin vertieft geprüft. Im Zuge eines Aufklärungsersuchens erklärte die präsumtive Zuschlagsempfängerin, dass und weshalb sie die bei ihr beschäftigten Dienstnehmer nach dem Kollektivvertrag für Handelsangestellte entlohnt.

Am 2.2.2024 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass für die Erteilung des Zuschlags das Angebot der B. GmbH (präsumtive Zuschlagsempfängerin) vorgesehen sei. Das Angebot der Antragstellerin war an zweiter Stelle gereiht.

Mit Nachprüfungsantrag vom 12.2.2024 beehrte die Antragstellerin durch ihre anwaltliche Vertretung die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 2.2.2024. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wäre auszuschneiden gewesen, weil selbige ihre Mitarbeiter nach dem Kollektivvertrag für das freie Gewerbe „Handelsgewerbe“ entlohne und nicht – wie dies bei den in Rede stehenden Tätigkeiten der Überprüfung und Wartung von Feuerlöschern geboten sei – nach dem Kollektivvertrag für „Arbeiter:innen im eisen- und metallverarbeitenden Gewerbe“.

Mit Beschluss vom 16.2.2024, GZ VGW-124/046/2210/2024, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, im Vergabeverfahren „Periodische Überprüfung der Feuerlöscher der WL, GZ: WLB...“ den Zuschlag zu erteilen.

Am 4.4.2024 führte das Verwaltungsgericht Wien eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

Sachverhalt:

Aufgrund des Vergabeakts und der glaubhaften Ausführungen der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung wird als erwiesen festgestellt, dass die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vertieft geprüft und im Zuge dessen u.a. auch um Aufklärung darüber ersucht hat, welcher Kollektivvertrag gegenständlich zur Anwendung gelangt und welche Gründe dafür maßgeblich sind. Zu dieser Frage ergingen zwei schriftliche Stellungnahmen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, datiert mit 28.12.2023 und mit 10.1.2024. Am 11.1.2024 kam es über Einladung der Auftraggeberin zu einem Aufklärungsgespräch.

Aufgrund der im Vergabeakt ersichtlichen Aufklärung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu der seitens der Auftraggeberin an sie gerichteten Frage, welcher Kollektivvertrag aus welchen Gründen auf die im Zuge des gegenständlich ausgeschriebenem Auftrags zur Anwendung kommt, sowie aufgrund der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in der mündlichen Verhandlung abgegebenen Äußerungen wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt sowohl über die Gewerbeberechtigung „Handelsgewerbe (beschränkt auf Feuerlöschgeräte, Ersatzteile und Füllungen)“ als auch über die Gewerbeberechtigung für das freie Gewerbe „Wartung und Überprüfung von Handfeuerlöschern“. Sie ist daher mehrfach kollektivvertragsangehörig.

Beim Unternehmen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin handelt es sich um einen Mischbetrieb, der nicht in organisatorisch getrennte Betriebseinheiten für den Handel einerseits und die Wartung und Überprüfung von Geräten andererseits unterteilt ist. Die Mitarbeiter sind sowohl mit Tätigkeiten im Handel als auch mit Überprüfungs- und Wartungstätigkeiten betraut. Sie kontrollieren vor Ort, ob Feuerlöscher und sonstige Brandschutzeinrichtungen den geltenden Normen und

Standards entsprechen. Ist dies nicht der Fall, wird der Kunde beraten, welches Löschmittel, welcher Feuerlöscher oder anderes Gerät er anschaffen sollte. Der Kunde entscheidet sich in der Regel bereits vor Ort für eines der ihm angebotenen Produkte und wird ihm dieses vom Mitarbeiter auch gleich verkauft. Dies erfolgt nicht nur im Zuge der Wartung und Instandhaltung bzw. Überprüfung bereits vorhandener Löschgeräte, sondern auch bei erstmaliger Ausstattung eines Gebäudes mit Brandschutzeinrichtungen. Das Aufgabenfeld der Außendienstmitarbeiter der präsumentiven Zuschlagsempfängerin umfasst somit sowohl die Überprüfung, Instandsetzung und Wartung als auch den Handel. Es gibt im Unternehmen der präsumentiven Zuschlagsempfängerin keine Mitarbeiter, die keine Wartungs- und Überprüfungstätigkeiten ausüben und nur mit Geräten und Komponenten handeln, und auch keine Mitarbeiter, die nur warten und überprüfen, aber nicht mit Handelsaufgaben betraut sind.

Die dem Vergabeakt zu entnehmenden Umsatzzahlen, aus denen hervorgeht, welcher Prozentsatz vom Gesamtumsatz jeweils auf den „Handel“ mit Feuerlöschgeräten, Ersatzteilen und Füllungen einerseits, und auf die „Wartung und Überprüfung“ von Handfeuerlöschern sowie auf sonstige Geschäftsfelder wie bspw. Branddämmung entfällt, zeigen ein deutliches wirtschaftliches Überwiegen der Komponente „Handel“.

Beweiswürdigung:

Die Dokumentation der Angebotsprüfung im Vergabeakt sowie die Angaben der präsumentiven Zuschlagsempfängerin über die Organisation ihres Unternehmens, die Tätigkeit ihrer Mitarbeiter und die Umsatzzahlen konnten im Nachprüfungsverfahren seitens der Antragstellerin weder durch entsprechende Beweise noch in sonstiger Weise widerlegt werden, sodass das Gericht keinen Anlass hat, deren Wahrheitsgehalt in Zweifel zu ziehen.

Maßgebliche Rechtsvorschriften:

Gemäß § 264 Abs. 2 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebotes für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Rechtsvorschriften (insbesondere des ASchG, des AZG, des ARG, des AVRAG, des AÜG, des LSD-BG, des BGStG, des BEinstG und des GIBG), der einschlägigen Kollektivverträge sowie der in Österreich geltenden umweltrechtlichen Rechtsvorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten. Diese Vorschriften sind bei der für die Ausführung des Auftrages örtlich zuständigen Gliederung der gesetzlichen Interessenvertretung der Arbeitgeber und der Arbeitnehmer zur Einsichtnahme durch interessierte Bieter und Bewerber bereitzuhalten. Hierauf ist in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich hinzuweisen.

Gemäß § 302 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 hat der Sektorenauftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung aufgrund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine – durch eine Angebotsprüfung festgestellte – nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

Gemäß § 8 Arbeitsverfassungsgesetz (ArbVG) sind, sofern der Kollektivvertrag nicht anderes bestimmt, innerhalb seines räumlichen, fachlichen und persönlichen Geltungsbereiches kollektivvertragsangehörig

1. die Arbeitgeber und die Arbeitnehmer, die zur Zeit des Abschlusses des Kollektivvertrages Mitglieder der am Kollektivvertrag beteiligten Parteien waren oder später werden;
2. die Arbeitgeber, auf die der Betrieb oder ein Teil des Betriebes eines der in Z 1 bezeichneten Arbeitgeber übergeht;
3. die Arbeitgeber, die im Rahmen eines verbundenen Gewerbes fachübergreifende Leistungen erbringen, hinsichtlich der Kollektivverträge in den ausgeübten Wirtschaftsbereichen, in denen keine Kollektivvertragsangehörigkeit nach Z 1 oder 2 besteht.

Gemäß § 9 Abs. 1 ArbVG findet, sofern ein mehrfach kollektivvertragsangehöriger Arbeitgeber über zwei oder mehrere Betriebe verfügt, auf die Arbeitnehmer der

jeweilige dem Betrieb in fachlicher und örtlicher Beziehung entsprechende Kollektivvertrag Anwendung.

Gemäß § 9 Abs. 2 ArbVG findet die Regelung des Abs. 1 sinngemäß Anwendung, wenn es sich um Haupt- und Nebenbetriebe oder um organisatorisch und fachlich abgegrenzte Betriebsabteilungen handelt.

Liegt eine organisatorische Trennung in Haupt- und Nebenbetriebe oder eine organisatorische Abgrenzung in Betriebsabteilungen nicht vor, so findet gemäß § 9 Abs. 3 ArbVG jener Kollektivvertrag Anwendung, welcher für den fachlichen Wirtschaftsbereich gilt, der für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat; durch Betriebsvereinbarung kann festgestellt werden, welcher fachliche Wirtschaftsbereich für den Betrieb die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung hat.

Liegt weder eine organisatorische Trennung, eine organisatorische Abgrenzung noch die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung eines fachlichen Wirtschaftsbereiches im Sinne des Abs. 3 vor, so findet gemäß § 9 Abs. 4 ArbVG der Kollektivvertrag jenes fachlichen Wirtschaftsbereiches Anwendung, dessen Geltungsbereich unbeschadet der Verhältnisse im Betrieb die größere Anzahl von Arbeitnehmern erfasst.

Rechtliche Beurteilung:

Wie die Auftraggeberin zutreffend ausführt, ist die Prüfung, welcher Kollektivvertrag gegenständlich zur Anwendung kommt, Teil der Überprüfung der Preisangemessenheit im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung. Dabei hat die Prüfung insbesondere unter dem Aspekt zu erfolgen, ob ein Angebot deshalb unterpreisig bzw. spekulativ ist, weil dem Angebot Kollektivvertragslöhne zugrunde gelegt werden, die nicht den Vorgaben des ArbVG entsprechen, wobei auch auf die Vorgaben des § 264 Abs. 2 BVergG 2018 Bedacht zu nehmen ist. Der Auftraggeber darf sich jedoch auf eine Plausibilitätsprüfung beschränken, muss also nicht an die Stelle der Arbeits- und Sozialgerichte treten, um definitiv die Anwendung des arbeitsverfassungsrechtlich gebotenen Kollektivvertrags zu ermitteln, sondern hat in Zweifelsfällen in einem kontradiktorischen Verfahren mit dem Bieter Aufklärung zu verlangen und die gegebene Aufklärung auf ihre Plausibilität hin zu überprüfen.

Vor diesem Hintergrund ist die Auftraggeberin gegenständlich ihren Prüfpflichten nachgekommen, indem sie unter Berücksichtigung der einschlägigen Vorschriften des ArbVG und der dazu ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung (siehe etwa OGH 14.6.1989, ARD 5390/2/2003 sowie VwGH vom 1.5.1992, ARD 4467/93) die Anwendung des Kollektivvertrags für Handelsangestellte durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin hinterfragt und Aufklärung eingefordert hat.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin ist wiederum ihrer Aufklärungspflicht nachgekommen und hat nachvollziehbar dargelegt, aus welchen Gründen sie als Mischbetrieb den Kollektivvertrag für Handelsangestellte anwendet und die Löhne aus diesem Kollektivvertrag ihrer Kalkulation für das gegenständliche Angebot zugrunde gelegt hat. Die Auftraggeberin war somit zu keinen weiteren diesbezüglichen Prüfschritten mehr verpflichtet und ist aufgrund der Aufklärung durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin zurecht davon ausgegangen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin gemäß § 9 Abs. 3 ArbVG berechtigt war, der Kalkulation ihres Angebots die sich aus dem Kollektivvertrag für Handelsangestellte ergebenden Löhne zu Grunde zu legen.

Das Vorbringen der Antragstellerin, aufgrund der unrichtigen Anwendung des Kollektivvertrags für Handelsangestellte widerspreche das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zum einen den Vorgaben des § 264 Abs. 2 BVergG und sei es zum anderen unterpreisig bzw. spekulativ, weswegen dieses Angebot gemäß § 302 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen wäre, geht somit ins Leere. Soweit die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung noch vorgebracht hat, dass selbst dann, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin zurecht den Kollektivvertrag für Handelsangestellte zur Anwendung gebracht haben sollte, die Einstufung in die Beschäftigungsgruppe falsch erfolgt sein müsse und deshalb das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin unterpreisig sei, hat sie diese erstmals in der mündlichen Verhandlung aufgestellte Behauptung nicht näher untermauert. In diesem Zusammenhang ist im Übrigen darauf hinzuweisen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen und nach erfolgter Aufklärung durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin in allen nachgefragten Preispositionen die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als plausibel eingestuft wurde. Die bloße Behauptung einer

falschen Lohneinstufung von nicht näher bezeichneten Mitarbeitern vermag die von der Auftraggeberin festgestellte Plausibilität der Kalkulation nicht zu erschüttern.

Der Nachprüfungsantrag war daher spruchgemäß abzuweisen und war auszusprechen, dass die Antragstellerin die von ihr in korrekter Höhe entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen hat.

H i n w e i s

Das Verwaltungsgericht Wien hat am 4.4.2024 in der gegenständlichen Angelegenheit eine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt und im Anschluss an die Verhandlung das Erkenntnis mit den wesentlichen Entscheidungsgründen verkündet.

Die in der mündlichen Verhandlung angefertigte Niederschrift, welcher eine Belehrung gemäß § 29 Abs. 2a VwGVG angeschlossen war, wurde den Verfahrensparteien unmittelbar ausgehändigt. Keine zur Erhebung einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof beziehungsweise einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof legitimierte Partei hat innerhalb der gemäß § 29 Abs. 5 VwGVG normierten Frist von zwei Wochen nach Ausfolgung der Niederschrift einen Antrag auf Ausfertigung des Erkenntnisses gemäß § 29 Abs. 4 VwGVG gestellt, weswegen das Erkenntnis gemäß § 29 Abs. 5 iVm. § 50 Abs. 2 Z 1 VwGVG gekürzt ausgefertigt wurde.

Gegen diese gekürzte Ausfertigung des Erkenntnisses ist eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof gemäß § 25a Abs. 4a VfGG und/oder eine Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof gemäß § 82 Abs. 3b VfGG nicht mehr zulässig.

Verwaltungsgericht Wien

D r . D i e m
(Vorsitzender)