



# 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-123/074/8672/2023-28  
A. Ges.m.b.H.

Wien, 21.8.2023

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Oppel als Vorsitzenden, die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl und die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner über den Antrag der A. Ges.m.b.H., vertreten durch Rechtsanwalt, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Sperrdienstleistungen an Ballspielkäfigen" ..., der Stadt Wien - Wiener Wohnen, vertreten durch Rechtsanwalt, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 19.7.2023,

zu Recht e r k a n n t :

- I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 20.06.2023 wird abgewiesen.
- II. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.
- III. Die ordentliche Revision ist 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 Auftraggeberin, Antragsgegnerin) führte ein offenes Verfahren als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, nämlich "Sperrdienstleistungen an Ballspielkäfigen" ....

Die Angebotsöffnung fand am 8.5.2023 statt, die Antragstellerin hat sich am Vergabeverfahren beteiligt und ein Angebot gelegt.

Am 20.6.2023 wurde die Zuschlagsentscheidung bekanntgemacht und der Antragstellerin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, der B. GmbH (im Folgenden Teilnahmeberechtigte, präsuntive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen. Begründend wurde ausgeführt, dass sich das Angebot der Antragstellerin nicht als das günstigste Angebot bzw. als das Angebot mit dem niedrigsten Gesamtpreis erwiesen habe, welches Kriterium die Zuschlagsempfängerin hingegen erfülle.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 29.6.2023 eingebrachte Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Das Interesse am Vertragsabschluss sowie der drohende Schaden wurden im Antrag dargelegt. Die Pauschalgebühren wurden entrichtet.

Als Rechtswidrigkeit wurde zusammengefasst angeführt, dass das Kriterium der Preisangemessenheit verletzt sei. Dem Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin lägen offenkundig stark unterpreisige Kalkulationen zugrunde, die nur bei unterkollektivvertraglicher Entlohnung der Mitarbeiter oder Kürzung der vergabegegenständlichen Leistungen rechnerisch möglich wären. Die kalkulierte Ausführungsdauer sei nämlich viel zu kurz bemessen; die Zu- und Abfahrt zu den Ballspielkäfigen allein betrage beinahe die gesamte Ausführungsdauer und sei dabei die Manipulationstätigkeit vor Ort und die Dokumentation gemäß Punkt 00.0101 des Leistungsverzeichnisses noch nicht inbegriffen. Die Antragstellerin habe das günstigste Angebote gelegt und sei ihr der Zuschlag zu erteilen.

Beantragt wurde, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, die Zuschlagsentscheidung vom 20.6.2023 nichtig zu erklären, der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin die Pauschalgebühren für diesen Antrag zu ersetzen sowie eine einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu erlassen.

Mit Schriftsatz vom 3.7.2023 hat die Antragsgegnerin Daten zum Vergabeverfahren mitgeteilt sowie zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen.

Mit Beschluss vom 4.7.2023 wurde zu VGW-124/074/8675/2023 die einstweilige Verfügung antragsgemäß erlassen.

Mit Stellungnahme vom 7.7.2023 führte die Antragsgegnerin inhaltlich aus, dass die Antragsgegnerin für die Vergabe von Sperrdienstleistungen für Ballspielkäfige an insgesamt 19 Standorten ein im Oberschwelenbereich angesiedeltes offenes Verfahren durchgeführt habe und alleiniges Zuschlagskriterium der Preis gewesen sei. Als voraussichtlicher Leistungsbeginn sei der Juni 2023 vorgesehen. Die Leistungsfrist sei mit 2 Jahren samt optionaler Verlängerungsmöglichkeit für weitere 2 Jahre festgelegt. In der Position 00.01 des Ausschreibungs-Leistungsverzeichnisses finde sich die Leistungsbeschreibung. In der Position 00.0101 werde ergänzend festgehalten, dass der Auftragnehmer für jeden Monat ein kurzes Protokoll anhand eines Musterprotokolls zu erstellen und gemeinsam mit der Rechnung der Auftraggeberin vorzulegen habe. Die Sperrdienstleistungen für Ballspielkäfige seien ganzjährig zu Beginn und zum Ende der jeweiligen Öffnungszeiten durchzuführen. Zur Überprüfung der Kalkulation der Bieter finde sich in Punkt 4 der WD 307 eine Festlegung. Die Ausschreibung sei vollumfänglich in Bestandskraft erwachsen. Die Kostenschätzung der Auftraggeberin belaufe sich für die definitive Vertragsdauer von 2 Jahren auf EUR 146.144 (exkl. USt.) und inklusive der optionalen Verlängerung um weitere 2 Vertragsjahre auf EUR 292.288 (exkl. USt.). Die Angebotsfrist sei am 8.5.2023 um 13:00 Uhr abgelaufen und habe im Anschluss die Angebotsöffnung stattgefunden. Insgesamt 4 Angebote seien eingelangt. Die Antragstellerin habe ein Angebot mit einem Gesamtpreis von EUR 131.400 (exkl. USt.) gelegt, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen Gesamtpreis für die 2 definitiven Vertragsjahre von EUR 126.391,20 (exkl. USt.) auf. Das drittgeriehete Angebot habe einen Gesamtpreis von EUR 137.952 (exkl. USt.), das 4. Angebot sei bestandskräftig ausgeschieden. Die Preisspanne zwischen den drei nicht auszuscheidenden Angeboten liege bei EUR 11.560,80 (exkl. USt.) bzw. sei das teuerste nicht auszuscheidende Angebot um 9,15 % teurer als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. In weiterer Folge habe die Auftraggeberin eine

umfassende Angebotsprüfung durchgeführt und könne dies dem Vergabeakt entnommen werden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei trotz eines per se nicht auffälligen Preisabstandes vertieft geprüft worden und werde auf den Vergabeakt verwiesen. Nach Berücksichtigung aller Angebotsinhalte, Nachreichungen und Aufklärungen sei die Auftraggeberin zum Ergebnis gelangt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin vollumfänglich geeignet sei, ihr Angebot eine plausible Preisgestaltung aufweise und kein Ausscheidensgrund vorliege, weshalb am 20.6.2023 die nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung über die Vergabeplattform mitgeteilt worden sei.

Dem Nichtigerklärungsantrag lägen kaum näher dargelegte Behauptungen zugrunde, für welche sich im Vergabeakt keine Grundlage finde. Es handle sich um bloße Behauptungen eines knapp nachgereihten Bieters und entstehe der Eindruck, dass der gegenständliche Nachprüfungsantrag allein darauf abziele, die Auftragsdauer bei der Antragstellerin zu verlängern, zumal diese derzeit mit der Erbringung der verfahrensgegenständlichen Sperrdienstleistungen betraut sei und mit dem verfahrenseinleitenden Schriftsatz im Sinne eines unzulässigen Erkundungsbeweises erst nach allfälligen Möglichkeiten, die Zuschlagsentscheidung vom 20.6.2023 zu bekämpfen, gesucht werde. Zu den angeführten Rechtswidrigkeiten, welche sich als nicht schlüssig darstellten, werde hingewiesen, dass das Angebot der Antragstellerin einen um 3,96 % höheren Gesamtpreis als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufweise und nicht nachvollziehbar sei, inwiefern in diesem Zusammenhang von einem „stark unterpreisigen“ Angebot gesprochen werden könne. Zu der im Nichtigerklärungsantrag vorgebrachten unterkollektivvertraglichen Entlohnung sei festzuhalten, dass die Antragstellerin in ihrem verfahrenseinleitenden Schriftsatz davon ausgehe, dass konkret der Kollektivvertrag für die Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, ArbeiterInnen, Lohnordnung gültig ab 1.1.2023, heranzuziehen sei. Gleichzeitig habe sie jedoch auf Aufforderung zwei K3-Blätter vorgelegt. Eines beruhe auf dem besagten Kollektivvertrag. Das 2. K3-Blatt nehme jedoch auf den Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe Bezug. Der Antragstellerin müsse vom vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VGW-123/029/11519/2018 bzw. VGW-123/V/029/11522/2018), welches letztlich zur Beauftragung der Antragstellerin im Jahr 2018 geführt habe, noch bewusst sein, dass die verfahrensgegenständlichen Leistungen jedenfalls vom

Bewachungsgewerbe erbracht werden dürfen. Es sei seinerzeit lediglich infrage gestellt worden, ob auch auf Grundlage einer Befugnis „Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung“ die betreffenden Sperrdienste abgewickelt werden dürfen. Wenn aber das Bewachungsgewerbe jedenfalls (auch) zu Sperrdiensten berechtigt sei, könne nicht ernsthaft behauptet werden, der betreffende Kollektivvertrag wäre als nicht einschlägig anzusehen. Zusammenfassend sei das Vorbringen der Antragstellerin im Hinblick auf das vermeintliche Vorliegen eines Rechtswidrigkeitsgrundes sehr rudimentär. Die wenigen Ausführungen seien zudem unplausibel und fänden in Hinblick auf die behauptete „Unterpreisigkeit“ des erstgereihten Angebots im Vergabeakt keine Deckung.

Die Teilnahmeberechtigte bestritt in ihrer Stellungnahme vom 6.7.2023 das Vorbringen der Antragstellerin im Nichtigerklärungsantrag, brachte zusammengefasst vor, dass die Antragstellerin nicht über die erforderliche Gewerbeberechtigung verfüge und verwies auf eine „Anfrage an und Stellungnahme der WKO“ vom 30.6.2023 (Beilage./A).

Der Antragstellerin replizierte mit Schriftsatz vom 14.7.2023 und verwies nochmals darauf, dass sie mit der vergabegegenständlichen Leistung seit dem Jahr 2018 beauftragt sei und über konkrete Erfahrungswerte verfüge. Die Antragstellerin gehe nach wie vor davon aus, dass das Kriterium der Preisangemessenheit verletzt worden sei. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe sich offenkundig am historischen Angebot der Antragstellerin aus 2018 orientiert und habe dieses um einige 100 EUR unterboten. Unbestritten sei, dass die Auftragserfüllung auf Basis des Bewachungsgewerbes erfolgen könne. Die darauf aufbauende Kalkulation müsse aber konsequenterweise kostenintensiver sein, da die auf das Bewachungsgewerbe anzuwendenden Mindestlöhne höher seien. Dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liege der Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe vom 1.1.2023 zugrunde, welcher wesentlich höhere Stundensätze als der Kollektivvertrag für ArbeiterInnen in der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, im sonstigen Reinigungsgewerbe und in Hausbetreuungstätigkeiten normiere, sodass dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwingend höhere Lohnkosten zugrunde zu legen wären. Aufgrund der konkreten Erfahrungen der Antragstellerin bedürfe es eines Mindestmaßes an Personal und Zeit, um den

vergabegegenständlichen Auftrag zu erfüllen. Es werde auf die von der Akteneinsicht auszunehmende Beilage ./O verwiesen.

Zur Beilage ./A der Teilnahmeberechtigten werde auf § 6 Abs. 4 Z 1 Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe verwiesen, die gegenständlichen Leistungen fielen unter den Begriff „Revierdienst“, welcher der Verwendungsgruppe D, Mobiler Dienst, D1: Revierdienst zugeordnet und mit einem Grundstundenlohn i.H.v. EUR 11,92 in der Lohntabelle ausgewiesen sei. Den Wachorganen der Dienstart D1 – „Revierdienst“ gebühre eine Erschwerniszulage gemäß § 26 Abs. 3 des genannten Kollektivvertrages. Die Erschwerniszulage betrage EUR 0,69 pro Stunde und sei in die Berechnungsbasis für die Sonderzahlungen einzubeziehen. Es sei somit ein Mindeststundenlohn i.H.v. EUR 12,61 dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zugrunde zu legen.

Das Angebot der Antragstellerin weise unbestritten einen um 3,96 % höheren Gesamtpreis aus. Diesem liege jedoch eine Kalkulation auf Basis des kollektivvertraglichen Entgelts für Arbeiter im Kollektivvertrag Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, im sonstigen Reinigungsgewerbe und in den Hausbetreuungstätigkeiten zugrunde. Es werde auf die von der Akteneinsicht auszunehmende Beilage ./O verwiesen.

Es sei mit den Gesetzen der Mathematik nicht vereinbar, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf Basis eines teureren Kollektivvertrages ohne außerordentliche Einsparungsmöglichkeiten die Auftragserfüllung der vergabegegenständlichen Leistungen tatsächlich erbringen könne. Ihr Angebot sei zwar das günstigste, aber tatsachenfremd. Die Auftraggeberin hätte bei hinreichender Prüfung der Kalkulation die offenkundige Unterpreisigkeit zwingend feststellen und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausscheiden müssen.

In der von der Akteneinsicht auszunehmenden Beilage ./O wird zum kollektivvertraglichen Entgelt für Arbeiter, die dem Kollektivvertrag Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, im sonstigen Reinigungsgewerbe und den Hausbetreuungstätigkeiten unterliegen, zum Zeitaufwand der „vergabegegenständlichen Sperrtätigkeit“ hochgerechnet auf 20 Objekte sowie zur

Kalkulation im Angebot der Antragstellerin ausgeführt, und werden Vermutungen zu Auftragstätigkeiten der Teilnahmeberechtigten aufgrund von Marktkenntnis geäußert.

Am 19.7.2023 fand vor dem Verwaltungsgericht Wien die beantragte mündliche Verhandlung statt. Die in Abwesenheit der Antragstellerin erörterten Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Angebot der Teilnahmeberechtigten wurden in einem Beiblatt festgehalten und der Antragstellerin im zulässigen Umfang vom Senat zur Kenntnis gebracht. Die Entscheidung wurde im Anschluss an die mündliche Verhandlung verkündet. Eine Langausfertigung wurde von der Antragstellerin beantragt.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Nachstehender Sachverhalt wird neben dem oben dargestellten Verfahrensablauf als erwiesen festgestellt:

Die Auftraggeberin führte ein Vergabeverfahren als offenes Verfahren für einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich, nämlich Sperrdienstleistungen an Ballspielkäfigen an 19 Standorten. Die Leistungsdauer ist für 2 Jahre mit der Option einer Verlängerung um weitere 2 Jahre festgelegt.

Der Sperrdienst beinhaltet nach der bestandfesten Ausschreibung (Position 00.01) folgende Leistungen:

- Auf- und Zusperrern der jeweiligen Ballspielkäfige
- Verweisen von Personen, die sich noch auf dem vom Sperrdienst betroffenen Gelände befinden:  
Sollten noch Personen vor Ort sein, sind diese höflich aber bestimmt aufzufordern, die Anlage zu verlassen.
- Melden augenscheinlicher Schäden:  
Versuchter bzw. bereits erfolgter Einbruch und/oder Vandalismus bzw. sonstige augenscheinliche Beschädigungen sind dem Auftraggeber spätestens am nächsten Werktag per E-Mail an fb-hausverwaltung-kundenbetreuung@wrw.wien.gv.at zu melden. Bei ergangener schriftlicher

Meldung an den Auftraggeber ist eine detaillierte Ausführung im Protokoll gemäß Position 00.0101 nicht erforderlich.

Die Anfahrt ist in der Leistung inbegriffen. Es erfolgt keine gesonderte Vergütung.

Nach der Position 00.0101 hat der Auftragnehmer für jeden Monat ein kurzes Protokoll zu erstellen (Beilage Musterprotokoll), bei dem zu jedem Einsatz folgende Daten zu vermerken sind:

- Name des Mitarbeiters des Auftragnehmers vor Ort
- Vorkommnis
- Einsatzort, Einsatzdatum, Einsatzzeit
- ggf. erfolgte Meldungen Wiener Wohnen (Datum, Uhrzeit)
- ggf. Nennung anderer involvierter Stellen samt Zeitangabe (zB Meldung an Polizei)

Vorkommnisse sind im Protokoll detailliert auszuführen. Bei bereits gemeldeten Vorkommnissen im Sinne der Position 00.01, ist ein kurzer Vermerk ausreichend. Das Protokoll ist monatlich mit der Rechnung des jeweiligen Monats und zusätzlich nach Aufforderung durch den Auftraggeber zu übermitteln. Die Führung des Protokolls wird nicht gesondert vergütet.

Die Sperrdienstleistungen für die Ballspielkäfige an 19 Standorten sind entsprechend den im Leistungsverzeichnis angeführten Öffnungszeiten ganzjährig durchzuführen. Der Ballspielkäfig in Wien 12., Sagedergasse 7-11, und in Wien 16., Roterdstraße 12-14, sind nach dem Leistungsverzeichnis von Oktober bis März gesperrt. Eine allfällige Parkplatzsuche bei Ausführung der Sperrdienste ist in den Wegzeiten, die anteilig zu kalkulieren sind, inkludiert.

Die Angebotsöffnung hat am 8.5.2023 stattgefunden. Vier Bieter haben jeweils ein Angebot gelegt, ein Angebot wurde bestandsfest ausgeschieden.

Die Auftraggeberin ist von einem geschätzten Auftragswert i.H.v. EUR 292.300 (inklusive Option auf Verlängerung um 2 Jahre) bzw. i.H.v. EUR 146.144 (ohne Option auf Verlängerung um 2 Jahre) ausgegangen.

Die Antragstellerin hat ein Angebot mit einem Gesamtpreis von EUR 131.400 für 2 Vertragsjahre, die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit einem Gesamtpreis

von EUR 126.391,20 für 2 Vertragsjahre gelegt, das drittgeriehete Angebot weist einen Gesamtpreis von EUR 137.952 für 2 Vertragsjahre auf.

In Punkt 4 der Verfahrensbestimmungen ist in Ergänzung zu Punkt 6.3 der WD307 festgelegt, dass sich die Auftraggeberin vorbehält, im Zuge der Angebotsprüfung einen geeigneten Nachweis über die nachvollzieh- und prüfbare Herleitung des kalkulierten Stundensatzes nachzufordern (zB Kalkulationsformblatt K3 gemäß ÖNORM B 2061). Weiters hat der Bieter über Aufforderung den in seinem Unternehmen anzuwendenden Kollektivvertrag zu erklären und die Höhe der Personalnebenkosten sowie sämtlicher Gemeinkostenzuschläge und Umlagen nachvollziehbar offenzulegen.

Die Antragsgegnerin hat die eingelangten und nicht ausgeschiedenen Angebote geprüft, was sich aus dem Vergabeakt ergibt.

Die Prüfung des Angebots der Teilnahmeberechtigten hat sich in eine formale Prüfung, eine rechnerische Prüfung, eine Eignungsprüfung des Angebots, eine berufliche Zuverlässigkeitsprüfung des Bieters sowie eine Preisangemessenheitsprüfung gegliedert. Innerhalb der Preisangemessenheitsprüfung wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten ins Verhältnis zur Kostenschätzung sowie zum zweitgeriehten Angebot gesetzt und als Ergebnis festgehalten, dass das Angebot der Teilnahmeberechtigten 13,52 % (das sind 19.752,90 EUR) unter der Kostenschätzung der Auftraggeberin liegt und der Abstand zum zweitgeriehten Bieter 3,96 % (das sind 5008,80 EUR) beträgt. Die Teilnahmeberechtigte wurde im Rahmen des Aufklärungsverfahrens am 22.5.2023 aufgefordert, einen Nachweis über die nachvollziehbare und prüfbare Herleitung des kalkulierten Stundensatzes vorzulegen. Die Teilnahmeberechtigte übermittelte ein K3 Blatt. Das K3 Blatt wurde von der Auftraggeberin geprüft. Der dort angeführte Lohn entsprach dem Kollektivvertrag Wachorgane im Bewachungsgewerbe. Sodann wurde die Teilnahmeberechtigte am 5.6.2023 und am 16.6.2023 um weitere und konkrete Aufklärung ihrer Kalkulation ersucht, welchem Ersuchen die Teilnahmeberechtigte jeweils fristgerecht nachgekommen ist. Die Auftraggeberin hat nach den von der Teilnahmeberechtigten getätigten Angaben die Kalkulation nachgerechnet und ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der angebotene Stundensatz in Zusammenschau mit dem Kollektivvertrag für

Wachorgane im Bewachungsgewerbe angemessen ist. Zum Zeitansatz übermittelte die Teilnahmeberechtigte geplante Routen sowie die Berechnung des Zeitaufwandes; es wurden hierbei Zeitreserven berücksichtigt und eingeplant.

Im Angebot der Teilnahmeberechtigten wurde ein Subunternehmer nicht genannt.

Die Teilnahmeberechtigte verfügt über diverse aufrechte Gewerbeberechtigungen, unter anderem Sicherheitsdienstleistungen, eingeschränkt auf Bewachungsdienstleistungen, und hat zu ihrer Kalkulation unbestritten den Kollektivvertrag für die Bewachungsdienstleistungen herangezogen.

Die Feststellungen gründen auf dem Vergabeakt, den im Verfahren gewechselten Schriftsätzen und vorgelegten Urkunden, sowie dem Ergebnis der durchgeführten mündlichen Verhandlung. Von der Einvernahme der in der mündlichen Verhandlung vom Vertreter der Antragstellerin genannten Zeugen zum Thema der Subunternehmer der Teilnahmeberechtigten konnte in Anbetracht, dass im Angebot der Teilnahmeberechtigten kein Subunternehmer genannt ist, abgesehen werden.

#### Rechtlich folgt daraus:

Die Antragstellerin hat einen rechtzeitigen (§ 19 Abs. 1 WVRG 2020) und zulässigen (§§ 18, 20 WVRG 2020) Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018, nämlich die Zuschlagsentscheidung vom 20.6.2023, im gegenständlichen Vergabeverfahren der Auftraggeberin, die unbestritten öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018 ist, gestellt. Die vorgeschriebenen Pauschalgebühren für ein offenes Verfahren als Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich wurden entrichtet. Das beantragte Nichtigerklärungsverfahren wurde eingeleitet.

Die Antragstellerin hat im Anschluss an die Verkündung der Entscheidung am 19.7.2023 einen Antrag auf schriftliche Ausfertigung des Erkenntnisses gestellt.

Gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lautereren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

§ 137 BVergG 2018 lautet:

### **Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung**

#### **§ 137.**

(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. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

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

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen, oder

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufweisen, oder

3. nach der Prüfung gemäß Abs. 1 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

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

1. im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind,

2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen, und

3. die gemäß § 105 Abs. 2 geforderte oder vom Bieter gemäß § 128 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Die Antragstellerin hat in ihrem Antrag auf Nichtigerklärung eine Unterpreisigkeit hinsichtlich der kollektivvertraglichen Entlohnung sowie hinsichtlich des Zeitansatzes im Angebot der Teilnahmeberechtigten geltend gemacht. Im weiteren Verfahren hat sie zur Erschwerniszulage nach dem Kollektivvertrag Wachorgane im Bewachungsgewerbe vorgebracht.

Nach der Rechtsprechung ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers (geschätzter Auftragswert) sowie aus dem Vergleich des billigsten Gesamtpreises zum Mittelwert der nächstliegenden Gesamtpreise der „interessierten“ Bieter, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann. Beide Vergleiche geben einen Überblick über das Preisniveau des billigsten Gesamtpreises und können in Kombination Auskunft darüber geben, ob ein unverhältnismäßig niedriger Gesamtpreis vorliegt. Es können folgende Fälle unterschieden werden: 1. geringe Abweichung (bis etwa 5 %), 2. tolerierbare Abweichungen (bis etwa 15 %) und 3. grobe Abweichungen (ab etwa 15 %) (*Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann, Bundesvergabegesetz: Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018, § 137 Rz 66, 67*) (etwa BVwG 23.2.2022, W134 2249892-2/23E ua).

Die Auftraggeberin hat sich bei Prüfung der Preisangemessenheit im Angebot der Teilnahmeberechtigten an die gesetzlichen Vorgaben im § 137 BVergG 2018 gehalten und die nach der Rechtsprechung beachtlichen Kriterien angewendet. Dies ergibt sich aus dem Vergabeakt und den daraus getroffenen Feststellungen.

Konkret weist das Angebot der Antragstellerin einen um 3,96 % höheren Gesamtpreis als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auf, das sind EUR 5008,80. Nach der dargestellten Einteilung ist daher von einer geringen Abweichung auszugehen. Das teuerste nicht auszuschneidende Angebot ist um 9,15 % teurer als jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und das Angebot der Teilnahmeberechtigten liegt 13,52 % (das sind EUR 19.752,90) unter der Kostenschätzung der Auftraggeberin. Nach der dargestellten Einteilung liegt daher eine tolerierbare Abweichung vor. Diesen Kriterien zufolge liegt daher ein unverhältnismäßig niedriger Gesamtpreis gegenständlich nicht vor und ist daher nicht von einer Unterpreisigkeit im Angebot der Teilnahmeberechtigten auszugehen.

Im Nachprüfungsverfahren hat die Teilnahmeberechtigten in Abwesenheit der Antragstellerin weitere Aufklärung gegeben und die Auftraggeberin hat ihre Prüfschritte und das Zustandekommen ihres Prüfergebnisses erläutert. Die Erklärungen zur Kalkulation der Teilnahmeberechtigten durch diese erschienen dem Senat plausibel. Die Prüfschritte der Antragsgegnerin, wie sie sich aus dem

Vergabeakt ergeben und in der Verhandlung in Abwesenheit der Antragstellerin konkret dargelegt wurden, ließen die Kalkulation der Teilnahmeberechtigten wirtschaftlich plausibel und nachvollziehbar erscheinen. Von einer Unterpreisigkeit war nicht auszugehen. Dazu im Einzelnen:

Zur Prüfung der Preisangemessenheit durch die Auftraggeberin:

Die Auftraggeberin hat nach der Angebotsöffnung am 8.5.2023 die eingelangten Angebote geprüft. Bei der Prüfung ist sie nach in §§ 134 ff BVergG 2018 genannten Schritten vorgegangen, was dem Vergabeakt und insbesondere den Prüfprotokollen zu entnehmen ist. Die Prüfung des Angebotes der Teilnahmeberechtigten durch die Auftraggeberin ist im Vergabeakt vollständig und ausführlich dokumentiert.

Im Aufklärungsverfahren wurde das Angebot der Teilnahmeberechtigten und die zugrunde gelegte Kalkulation vertieft geprüft. An die Teilnahmeberechtigte wurden im Zuge des Prüfverfahrens Aufklärungsersuchen gestellt, die von ihr fristgerecht und ausführlich beantwortet wurden. Zu den Vorhalten bezüglich der Kalkulation in ihrem K3 Blatt hat die Teilnahmeberechtigte inhaltlich Stellung genommen und ihre Kalkulationsansätze nachvollziehbar erklärt.

Die Teilnahmeberechtigte hat zum Stundensatz auf den Kollektivvertrag Wachorgane im Bewachungsgewerbe sowie auf die Verwendungsgruppe „D-Mobiler Dienst“ verwiesen, welche Einordnung von der Auftraggeberin als zutreffend angesehen wurde und welche nach dem Vorbringen im Verfahren als unstrittig anzusehen ist.

Zu der im Nichtigerklärungsverfahren seitens der Antragstellerin vorgebrachten Erschwerniszulage ist § 23 Abs. 3 Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe zu beachten, nach welcher Bestimmung den Wachorganen in der Dienststart D1 – „Revierdienst“ dann eine Erschwerniszulage gebührt, wenn sie Dienste leisten, bei denen sie überwiegend Gehstrecken im nicht vor der Witterung geschützten, öffentlich zugänglichen Bereich zurücklegen.

Die Auftraggeberin hat in diesem Zusammenhang auf den Auftragsgegenstand verwiesen und ausgeführt, dass nach dieser Definition eine Erschwerniszulage nicht vorzusehen sei. Der Teilnahmeberechtigtenvertreter hat sich dieser Ansicht angeschlossen und weiters § 7 Abs. 3 Kollektivvertrag für Wachorgane im Bewachungsgewerbe ins Treffen geführt sowie auf die Kalkulation im K3 Blatt verwiesen.

Der Antragstellerin ist zuzustimmen, dass Ballspielkäfige im Freien situiert sind und somit in freier Witterung liegen. Dass bei den gegenständlichen Sperrdiensten von Ballspielkäfigen „überwiegend“ Gehstrecken im nicht vor der Witterung geschützten, öffentlich zugänglichen Bereich zu absolvieren sind, liegt jedoch nicht vor. Die Standorte der Ballspielkäfige werden mit Fahrzeugen angefahren, lediglich die Sperrdienste an den Standorten der Ballspielkäfige werden zu Fuß verrichtet. Die Wegzeiten sind anteilig bei den Positionen zu kalkulieren. Nach den im Vergabeverfahren von den Bietern gegebenen Erklärungen zum Zeitansatz ist von einem Überwiegen der Gehstrecken im nicht vor der Witterung geschützten Bereich im Sinn der oben zitierten Definition bei der gegenständlichen Auftragsausführung nicht auszugehen. Die Anfahrt zu den Standorten der Ballspielkäfige mit Fahrzeugen kann nicht unter „überwiegend Gehstrecken im nicht vor der Witterung geschützten Bereich“ subsumiert werden, was die Antragstellerin sogar selbst in ihrem Antrag einräumt, als sie etwa vorbringt, dass die Zu- und Abfahrt zu den Ballspielkäfigen beinahe die gesamte Ausführungsdauer betrage. Die Erschwerniszulage war nach diesem Ergebnis daher für den konkreten Auftragsgegenstand nicht zu kalkulieren.

Jedoch selbst unter der Annahme, dass eine Erschwerniszulage für den gegenständlichen Auftrag zu berücksichtigen wäre, wäre § 7 Abs. 3 Kollektivvertrag Wachorgane im Bewachungsgewerbe zu beachten, welche Bestimmung in Zusammenschau mit der Detailkalkulation im Angebot der Teilnahmeberechtigten den Entfall der Erschwerniszulage auf eine weitere Erklärung stützt, wonach eine Erschwerniszulage nicht zu kalkulieren war.

Zu den Lohnnebenkosten hat die Teilnahmeberechtigte im Aufklärungsverfahren eine Aufstellung der direkten und umgelegten Lohnnebenkosten übermittelt, welche von der Auftraggeberin geprüft wurde. Zu der sich für die Auftraggeberin

daraus ergebenden Unschärfe hat die Auftraggeberin am 16.6.2023 eine weitere Aufklärung gegeben. Die Auftraggeberin hat nach diesen von der Teilnahmeberechtigten erfolgten Angaben die direkten und umgelegten Lohnnebenkosten selbst nachgerechnet und ist zum Ergebnis gekommen, dass die Lohnnebenkosten ausreichend kalkuliert sind. Diese Nachrechnung durch die Auftraggeberin selbst wurde in der Verhandlung auf Nachfrage durch den Senat dargelegt. Sie erwies sich für den Senat als plausibel und nachvollziehbar. Der von der Teilnahmeberechtigten kalkulierte Stundensatz wurde von der Auftraggeberin auch in dieser Hinsicht zu Recht als ausreichend, nachvollziehbar und plausibel angesehen.

Zum Zeitaufwand wurde die Teilnahmeberechtigte im Prüfverfahren der Auftraggeberin aufgefordert, für alle Positionen die diesbezügliche Kalkulation als Grundlage der Preisanteilsbildung Lohn und Sonstiges detailliert darzulegen, sodass insbesondere der Zeitaufwand und weitere zu berücksichtigende Kosten nachvollziehbar und prüfbar sind. Diesem Ersuchen kam die Teilnahmeberechtigte am 29.5.2023 nach, indem sie geplante Routen sowie die Berechnung des bezüglichen Zeitaufwandes übermittelte, wobei eine Zeitreserve aufgeschlagen war. Die Auftraggeberin hat diese Aufstellungen geprüft. Die kalkulierten Zeitaufwände ergeben eine Zeitspanne bzw. einen Zeitaufwand, die bzw. der dem Leistungsgegenstand entspricht. Von einem solchen Zeitaufwand ging die Antragstellerin nach ihrem eigenen Vorbringen (Beilage ./O) ebenso aus.

In diesem Zusammenhang ist anzumerken, dass die Wegzeiten anteilig zu kalkulieren waren und zwei Ballspielkäfige von Oktober bis März gesperrt sind. Die im Verfahren von der Teilnahmeberechtigten angegebenen Synergien bei Erbringung der gegenständlichen Leistung ergeben sich etwa durch die sonstige betriebliche Tätigkeit der Teilnahmeberechtigten in Wien, die in ihren Gewerbeberechtigungen Deckung findet und der Antragstellerin überblicksartig bekannt ist. Die angegebenen Synergien sind nach der Darstellung der Teilnahmeberechtigten im Verfahren etwa bei den Wegzeiten (Anfahrt samt ggf. Parkplatzsuche) beachtlich, welche im Verhältnis zur eigentlichen Sperrtätigkeit jedenfalls von kalkulatorischer Relevanz sind. Darauf weist die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag bereits hinsichtlich der Zu- und Abfahrt und der Gesamtausführungsdauer und ebenso in ihrer Beilage ./O hin.

Die Synergien wurden von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin nachvollziehbar und plausibel dargestellt. Sie finden auch Deckung im Vorbringen der Antragstellerin, die auf ihre Erfahrungswerte als derzeitiger Auftragnehmer bereits im Angebot verwiesen hat. Der Zeitansatz und die dabei genutzten Synergien wurden von der Auftraggeberin vertieft geprüft, nachgerechnet und für plausibel befunden. Besondere Vorkommnisse, die zu erhöhtem zeitlichen Aufwand führen, sind über die zu erwartende geringe Häufigkeit des Auftretens in den Zeitansätzen enthalten, welche – wie erwähnt – eine Zeitreserve aufweisen und von welchem Zeitaufwand auch die Antragstellerin nach ihrem Vorbringen ausgegangen ist. Die Auftraggeberin ist daher nachvollziehbar davon ausgegangen, dass der Zeitansatz ausreichend kalkuliert ist.

Zur Beilage ./O der Antragstellerin ist festzuhalten, dass diese Beilage zunächst Vorbringen zum nicht verfahrensgegenständlichen Kollektivvertrag der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, im sonstigen Reinigungsgewerbe und in Hausbetreuungstätigkeiten enthält, auf welches nicht einzugehen war, da dem Angebot der Teilnahmeberechtigten der Kollektivvertrag Wachorgane im Bewachungsgewerbe zugrunde liegt und dessen Anwendbarkeit von der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 14.7.2023 außer Streit gestellt wurde. Zum Vorbringen hinsichtlich des Zeitaufwandes für Sperrtätigkeit ist festzuhalten, dass der kalkulierte Zeitaufwand im Angebot der Teilnahmeberechtigten im Verfahren erörtert wurde und der von der Antragstellerin veranschlagte Zeitaufwand nicht gegenständlich war, obschon es sich um beinahe gleiche Werte handelt. Zur Hochrechnung der Antragstellerin ist anzuführen, dass diese von 20 Objekten ausgeht, gegenständlich aber 19 Ballspielkäfige zu betreuen sind. Nach dem Ergebnis des Verfahrens geht die Antragstellerin mit ihrem Vorbringen, dass die „Zeiten für An- und Abreise zu den Objekten“ darin nicht inkludiert sind, fehl; die Wegzeiten waren im gegenständlichen Vergabeverfahren anteilig zu kalkulieren, was sich aus der bestandfesten Ausschreibung ergibt. Das Vorbringen der Antragstellerin zum eigenen Angebot sowie zur Auftragslage der Teilnahmeberechtigten vermag im von ihr angestregten Verfahren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung an die Teilnahmeberechtigte keine Relevanz aufzuzeigen. Das Angebot der Teilnahmeberechtigten wurde von der Antragsgegnerin geprüft (siehe oben) und für zuschlagsfähig gefunden. Die

Einvernahme des in der Verhandlung anwesenden Prokuristen zum Inhalt der Beilage ./O konnte daher unterbleiben.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass sich die von der Antragstellerin vorgebrachten Rechtswidrigkeiten im Angebot der Teilnahmeberechtigten nicht erwiesen haben. Von einer Unterpreisigkeit war etwa bereits in Anbetracht der betragsmäßigen bzw. prozentuellen Abstände zwischen den Angebotspreisen und dem geschätzten Auftragswert nicht auszugehen. Eine „Kürzung der vergabegegenständlichen Leistung“ hat sich ebensowenig ergeben, vielmehr liegen nach dem Vorbringen der Antragstellerin ähnliche Zeitansätze vor. Eine unterkollektivvertragliche Entlohnung im Angebot der Teilnahmeberechtigten ist ebensowenig hervorgekommen. Sämtliche Lohnnebenkosten wurden kalkuliert. Eine Erschwerniszulage war nach den Einzelheiten des Auftragsgegenstandes und des Angebotes nicht zu kalkulieren. Die Auftraggeberin ist nach Prüfung des Angebots und einem durchgeführten Aufklärungsverfahren zu Recht von einem zuschlagsfähigen Angebot mit einem angemessenen Preis ausgegangen. Der Antrag auf Nichtigerklärung war daher spruchgemäß abzuweisen.

Die Kostenentscheidung gründet auf § 15 Abs. 1 WVRG 2020.

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.