



**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-123/077/3888/2015-18
A. GmbH

Wien, 7.5.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren der Stadt Wien, Magistratsabteilung 45 – Wiener Gewässer, betreffend Flächenreinigung 2015-2018 der N. ..., Ausschreibungsnummer: ...,

durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t:

- I. Gemäß § 26 Abs. 1 des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes 2014 (WVRG 2014) wird der Antrag der A. GmbH vom 2.4.2015 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 24.3.2015 abgewiesen.
- II. Gemäß § 16 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) hat die Antragstellerin 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 nicht zulässig.

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 § 141 Bundesvergabegegesetz 2006 (BVergG 2006).

Entscheidungsgründe

Einleitende Feststellungen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages betreffend Flächenreinigung im Zeitraum 2015 bis 2018 nach dem Billigstbieterprinzip. Die Angebote wurden am 10.3.2015 kommissionell geöffnet und verlesen. Die B. GmbH (im Folgenden als präsumtive Zuschlagsempfängerin bezeichnet) wurde dabei mit einem Angebotspreis von Euro 1.281.354,12 als Billigstbieterin und die A. GmbH mit einem Angebotspreis von Euro 1.999.130,81 als an zweiter Stelle gereiht festgestellt. Mit Schreiben vom 24. März 2015 teilte die Antragsgegnerin der A. GmbH mit, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B. GmbH zu erteilen.

Zum Nachprüfungsantrag:

Am 2.4.2015 brachte die A. GmbH (im Folgenden Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der Pauschalgebühren ein. Die einstweilige Verfügung wurde mit Beschluss vom 8.4.2015, Zl. VGW-123/V/077/3889/2015-1, erlassen und darin der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erteilung des Zuschlages untersagt.

Die Antragstellerin brachte in ihrem Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, sie habe ihr Angebot auf Grundlage der Ö-Norm D 2050 und hinsichtlich der Regieleistungen auf Basis der im Reinigungsgewerbe üblichen Stundensätze kalkuliert. Die Ö-Norm D 2050 sehe insbesondere nach Reinigungsarten gegliedert maximale Quadratmeter-Leistungen pro Stunde vor, welche durch den einschlägigen Rahmenkollektivvertrag für die Reinigungsgewerbe verbindlich erklärt worden seien. Außerdem habe die Auftraggeberin die Ö-Norm D 2050 nach dem BVergG 2006 als geeignete Leitlinien heranzuziehen.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei wesentlich billiger als das Angebot der Antragstellerin. Es sei nicht möglich, unter Berücksichtigung der

Ö-Norm D 2050 und der kollektivvertragmäßigen Stundensätze derart günstig zu kalkulieren. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nicht auf Basis dieser Ö-Norm erstellt und die definierten Maximalflächen seien offenbar gravierend überschritten oder die Leistungswerte ignoriert worden.

Die Antragsgegnerin habe offenbar keine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt, da ihr andernfalls hätte auffallen müssen, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich nicht plausibel und nicht nachvollziehbar sei.

Zur Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin brachte mit Schriftsatz vom 9.4.2015 zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, das Angebot der Antragstellerin sei mangels Zugrundelegung der Ö-Norm D 2050 bei seiner Erstellung nicht ausschreibungskonform und daher auszuschneiden. Der Antragstellerin fehle folglich die Antragslegitimation.

Soweit die Antragstellerin in ihrem Nachprüfungsantrag auf geeignete Leitlinien (Ö-Norm D 2050) verweise, sei darauf hinzuweisen, dass diese von der Auftraggeberin in der Ausschreibung nicht herangezogen worden seien. Da die Ausschreibung nicht bekämpft worden sei, sei diese bestandsfest und wäre ein entsprechendes Vorbringen der Antragstellerin präkludiert.

Die Antragstellerin gehe in ihrem Nachprüfungsantrag davon aus, dass in Bezug auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Dies sei unzutreffend. Die Antragsgegnerin habe eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und dabei die Preisangemessenheit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin festgestellt.

Zur Stellungnahme der Antragsgegnerin:

Die Antragsgegnerin brachte mit Schriftsatz vom 13.4.2015 zum Nachprüfungsantrag im Wesentlichen vor, die Ö-Norm D 2050 sei in den

Ausschreibungsunterlagen nicht für verbindlich erklärt worden. Auch sonst gebe es keine gesetzliche oder sonstige Grundlage, nach der diese Ö-Norm für die präsumtive Zuschlagsempfängerin verbindlich wäre. Darüber hinaus sei diese Ö-Norm auch aufgrund ihres Regelungsgegenstandes für den vorliegenden Fall nicht einschlägig, zumal sie für Leistungen gelte, die in Räumen zu erbringen seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei daher bei der Kalkulation ihres Angebotes nicht an die Ö-Norm D 2050 gebunden gewesen und das gesamte diesbezügliche Vorbringen der Antragstellerin gehe ins Leere.

Im Übrigen sei der Ausschreibungsgegenstand eine nicht prioritäre Dienstleistung im Sinne der Kategorie 27 des Anhangs IV zum BVergG 2006. Es gelte daher ausschließlich § 141 BVergG 2006. Im Konkreten ergebe sich aus § 141 Abs. 1 BVergG 2006, dass weder § 19 Abs. 1 noch § 125 und § 129 BVergG 2006 für die Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen anzuwenden seien. Es würde daher bei der Vergabe der auftragsgegenständlichen Leistung der Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen nicht gelten, die Antragsgegnerin würde nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet sein und die Ausscheidensgründe des § 129 BVergG 2006 würden ebenfalls nicht gelten.

Die Antragsgegnerin habe jedoch freiwillig eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt. Dazu sei zunächst festzuhalten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrer Kalkulation völlig zu Recht den Kollektivvertrag für Güterbeförderung zugrunde gelegt habe. Dies sei bereits in einem früheren Nachprüfungsverfahren vom damaligen Vergabekontrollsenat Wien mit Bescheid vom 13.10.2011, VKS-7974/11, festgestellt worden. Ausgehend von dieser für die präsumtive Zuschlagsempfängerin maßgeblichen Kalkulationsgrundlage habe die Antragsgegnerin 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 Antragsgegnerin festgestellt, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin kalkulierten Aufwands- und Verbrauchsansätze jedenfalls nachvollziehbar seien. Aufgrund dieser Prüfung sei daher die Auftraggeberin völlig zu Recht zum Ergebnis gekommen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vergaberechts- und ausschreibungskonform sei.

Stellungnahme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat mit Schriftsatz vom 17.4.2015 mitgeteilt, dass sie sich den (oben ausgeführten) Ausführungen der Auftraggeberin vollinhaltlich anschließe und ihre mit Stellungnahme vom 9.4.2015 vorgebrachten Anträge ausdrücklich aufrecht erhalte.

Stellungnahme der Antragstellerin:

Die Antragstellerin hat mit Schriftsatz vom 22.4.2015 im Wesentlichen ausgeführt, ihrer Ansicht nach sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin als klassisches Unterangebot zu qualifizieren, da dieses nicht kostendeckend sei. Ein seriöser Unternehmer könne die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen nicht erbringen, da durch diese nicht einmal die ausgabenwirksamen Kosten gedeckt seien. Auch wenn eine grobe Abweichung des Angebotspreises vom geschätzten Auftragswert nicht zwangsläufig bedeute, dass der Angebotspreis ungewöhnlich niedrig sei, sei der konkrete Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedoch nicht plausibel.

Wenn die Auftraggeberin darauf verweise, dass ihrer Kalkulation der Kollektivvertrag für Güterbeförderung zugrunde gelegt worden sei, so werde von der Antragstellerin ausgeführt, dass diese ihren Antrag auf Nichtigerklärung nicht mit der Anwendung eines falschen Kollektivvertrags begründet habe. Tatsache sei aber, dass die kollektivvertraglichen Stundenlöhne (ab 1.1.2015) für die Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung niedriger seien als jene des Kollektivvertrages für Güterbeförderung. Dies bedeute, dass die Antragstellerin im Vergleich zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit geringeren Stundenlöhnen zur Erbringung der verfahrensgegenständlichen Reinigungsleistungen kalkulieren könne und dies auch getan habe.

Um betriebliche Kalkulationen durchführen zu können, sei es unerlässlich, die Höhe der Lohnnebenkosten der Arbeitnehmer einzupreisen. Grundsätzlich habe der Arbeitgeber nicht nur den Bruttolohn (= Nettolohn zuzüglich der Sozialversicherungsanteile des Arbeitnehmers und der Lohnsteuer) zu bezahlen,

sondern über diese Kosten hinaus auch die Lohnnebenkosten, jene Teile der Personalkosten (Arbeitskosten), die über das Bruttoentgelt für die Anwesenheitszeit (Direktlohn, Leistungslohn) hinaus vom Arbeitgeber zu tragen seien. Sie würden in Prozent des Entgelts für die Anwesenheitszeit (Leistungszeit) ausgedrückt. Es sei notorisch, oder durch Beiziehung eines Sachverständigen festzustellen, dass der Aufschlag (= Nebenkosten in Prozent des Bruttoentgelts für eine Leistungsstunde) für einen Arbeiter unabhängig von der Branche mindestens 80 % betrage. Die Antragstellerin habe eine Musterstundensatzkalkulation (Beilage./1 ihres Schriftsatzes) durchgeführt und (neben den Sonderzahlungen und der Urlaubersatzleistung) lediglich einen Aufschlag von 66 % angenommen und gelange so zu einem Leistungsstundensatz in der Branche Güterbeförderung von mindestens € 15,80.

In weiterer Folge stelle die Auftraggeberin in Abrede, dass die ausgeschriebenen Leistungen nach der Ö-Norm D 2050 (Reinigungsleistungen – m²-Leistungen in der Denkmal-, Fassaden und Gebäudereinigung) zu kalkulieren sei. Dies treffe jedoch nicht zu, da (neben dem verfahrensgegenständlichen AusschreibungsLeistungsverzeichnis) die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313) gelten würden. Gemäß diesen Allgemeinen Vertragsbestimmungen würden auch alle in Betracht kommenden, im Ö-Normen-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhalts gelten. Bei der genannten Ö-Norm handle es sich ohne Zweifel um eine Norm technischen Inhalts, weshalb diese sehr wohl auf den vorliegenden Ausschreibungsgegenstand anzuwenden sei. Unrichtig sei auch, dass diese Ö-Norm ausschließlich für Leistungen gelte, die in Räumen zu erbringen seien, da die Auftraggeberin Vertragspunkt 1 dieser Ö-Norm ("Anwendungsbereich") nur unvollständig zitiere. Der 2. Satz des Bezug habenden Vertrags laute wie folgt:

„Diese Ö-Norm legt die maximalen Quadratmeter Leistungen (m²-Leistungen) fest, die Arbeitnehmer je nach Tätigkeiten und Anforderungen ihrer Arbeitgeber zu bringen haben.“

Selbst wenn man davon ausgehen würde - was nicht zutrefte -, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht dazu verhalten wäre, ihrer Kalkulation die aus dieser Ö-Norm ersichtlichen Leistungswerte zu Grunde zu legen, sei die

Arbeitskraft von Menschen faktisch begrenzt. Menschen, die Reinigungsdienstleistungen erbringen, seien eben (durchschnittlich betrachtet) nicht in der Lage, mehr als 1300,00 m² Gehweg bzw. Grünflächen in Außenanlagen pro Stunde auf Sicht zu reinigen. Nach Ansicht der Antragstellerin sei es daher insbesondere nicht möglich, die auf den Seiten 17 ff des Angebotes angeführten Sonderreinigungsleistungen so niedrig zu kalkulieren, dass der extrem niedrige Brutto-Gesamtangebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erzielt werde.

Replik der Antragsgegnerin:

Die Antragsgegnerin replizierte auf die obige Stellungnahme der Antragstellerin mit Schriftsatz vom 29.4.2015 im Wesentlichen Folgendes:

Die Antragstellerin bringe in ihrer Stellungnahme vom 22.4.2015 im Wesentlichen vor, aufgrund des Punktes 1.1.1 Ziffer 1 der Beilage zur WD 313 wäre im vorliegenden Fall die präsumtive Zuschlagsempfängerin an die Kalkulationsvorgaben der Ö-Norm D 2050 gebunden gewesen.

Dieses Vorbringen sei aus mehreren Gründen unzutreffend. Dies ergebe sich bereits aus dem Wortlaut des Punktes 1.1.1 Ziffer 1 der Beilage 2 zur WD 313: „Alle in Betracht kommenden, im Ö-Normen-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhaltes“. Die Ö-Norm D 2050 sei für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine „in Betracht kommende“ Norm, weil diese nicht dem Kollektivvertrag für das Reinigungsgewerbe unterliege. Aus Abschnitt 1 Abs. 3 der Ö-Norm D 2050 ergebe sich nämlich unmissverständlich, dass der Inhalt dieser Ö-Norm nur für jene Unternehmen gelte, die dem Kollektivvertrag für das Reinigungsgewerbe unterliegen. Da die Antragstellerin zutreffend nicht bestreite, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht dem Kollektivvertrag für das Reinigungsgewerbe unterliege, stehe fest, dass die Ö-Norm D 2050 für die präsumtive Zuschlagsempfängerin keine in Betracht kommende Ö-Norm im Sinne des Punktes 1.1.1 Ziffer 1 der Beilage 2 zur WD 313 sei. Folglich gehe das Vorbringen der Antragstellerin in Bezug auf die WD 313 ins Leere.

Jedes andere Auslegungsergebnis würde auch der Rechtsprechung des VwGH

widersprechen. Mit Erkenntnis vom 1.7.2010, 2007/04/0136, habe nämlich der Gerichtshof erkannt, dass Ausschreibungsunterlagen „gesetzeskonform“ zu interpretieren sind. Für den vorliegenden Fall ergebe sich daraus, dass die präsuntive Zuschlagempfängerin aufgrund ihrer konkreten unternehmerischen Tätigkeit nicht dem Kollektivvertrag für das Reinigungsgewerbe, sondern ausschließlich dem Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe unterliege. Folglich wäre eine Bindung der präsuntiven Zuschlagempfängerin an die Ö-Norm D 2050, die in exklusivem Zusammenhang mit dem Kollektivvertrag für das Reinigungsgewerbe stehe, jedenfalls gesetzwidrig. Für die präsuntive Zuschlagempfängerin würde es einen unauflöshchen Widerspruch verursachen, wenn diese an den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe und zusätzlich auch an die Ö-Norm D 2050 gebunden wäre, weil dann diametral widersprechende Vorgaben gelten würden. Somit sei also festzuhalten, dass aufgrund der Rechtsprechung des VwGH eine Bindung der präsuntiven Zuschlagempfängerin an die Ö-Norm D 2050 keinesfalls in Betracht komme.

In diesem Zusammenhang bringe die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 22.4.2015 zusätzlich vor, die Geltung der Ö-Norm D 2050 für das vorliegende Beschaffungsvorhaben würde sich aus Tab. 1 (Unterhaltsreinigung in m²-Leistung/Stunde), die der Ö-Norm D 2050 angeschlossen sei, ergeben. Im Konkreten laute die betreffende Zeile der Tab. 1 wie folgt: „Gehwegreinigung und Grünflächenreinigung in Außenanlagen“. Zunächst sei nochmals festzuhalten, dass es jedenfalls keine rechtliche Bindung der präsuntiven Zuschlagempfängerin an die Ö-Norm D 2050 geben könne. Darüber hinaus müsse festgestellt werden, dass in der gesamten Ö-Norm kein einziger Hinweis enthalten sei, die Ö-Norm D 2050 würde für großräumige Außenflächen gelten, die mit dem vorliegenden Beschaffungsvorhaben vergleichbar seien. Vielmehr ergebe sich aus der gesamten Ö-Norm D 2050 und insbesondere auch aus Tab. 1, dass die Ö-Norm ausschließlich Leistungen erfasse, die für das Reinigungsgewerbe typisch seien. Der gänzlich fehlende Bezug zur Bearbeitung großräumiger Außenflächen in der Ö-Norm D 2050 zeige, dass von der zitierten Zeile in Tab. 1 ausschließlich Ergänzungsleistungen für typische Tätigkeiten des Reinigungsgewerbes erfasst seien. Wenn also für die typische Reinigungstätigkeit, wie sie in Tab. 1 angeführt sei, zusätzlich Reinigungsleistungen für Gehwege und Grünflächen in Außenanlagen, die in

einem unmittelbaren räumlichen und sachlichen Zusammenhang mit der eigentlichen Reinigungsleistung stünden, benötigt würden, sei diese Tätigkeit auch von der Ö-Norm D 2050 erfasst. Im vorliegenden Fall bestehe aber nicht der geringste räumliche oder sachliche Zusammenhang mit Reinigungsleistungen, die für das Reinigungsgewerbe typisch und die in der Tab. 1 der Ö-Norm D 2050 angeführt seien. Es ergebe sich daher auch aus dieser Auslegung, dass die Ö-Norm D 2050 für das vorliegende Beschaffungsvorhaben und insbesondere für die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht bindend sei.

In ihren weiteren Darlegungen ging die Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz auf die Kalkulationsbeispiele der Antragstellerin ein und hielt diesen unter anderem entgegen, dass diese Kalkulationsbeispiele jeweils auf der Grundlage der Ö-Norm D 2050 erstellt worden seien, diese Ö-Norm jedoch für die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht verbindlich und nicht maßgebend sei. Die Kalkulationsbeispiele der Antragstellerin seien rein fiktiv und hätten nichts mit der tatsächlichen Kalkulation der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zu tun.

Replik der präsumtiven Zuschlagsempfängerin:

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin replizierte ebenfalls mit Schriftsatz vom 29.4.2015 auf den Schriftsatz der Antragstellerin vom 22.4.2015 und hielt dieser im Wesentlichen Folgendes entgegen:

Das Angebot der Antragstellerin sei an dritter Stelle gereiht gewesen. Ihr könne daher schon insofern kein Schaden drohen, als ihrem Angebot selbst dann kein Zuschlag zu erteilen wäre, wenn das Angebot der Antragstellerin aus welchen Gründen auch immer nicht zu berücksichtigen wäre.

Die gegenständliche Ausschreibung betreffe nicht-prioritäre Dienstleistungen. Wie die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme zutreffend ausgeführt habe, sei dies gegenständlich in der Bekanntmachung auch schon festgelegt und somit bestandsfest geworden. Mangels Anwendbarkeit des Preisangemessenheitsgrundsatzes bzw. der Regelung über die Preisangemessenheitsprüfung bzw. über die vertiefte Angebotsprüfung bei der Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen stelle sich die Frage der

Preisangemessenheit gegenständlich gar nicht. Ebenso wenig wäre die Auftraggeberin verhalten gewesen, diese zu prüfen.

Das Unternehmen der mitbeteiligten Partei sei organisatorisch nicht in unterschiedliche Betriebe oder Betriebsabteilungen getrennt. Gemäß § 9 Abs. 3 ArbVG komme daher der Grundsatz der Tarifeinheit zum Tragen (VKS Wien 30.6.2009, VKS-4640/09 und VKS-4644/09). Da jener Bereich, dem für den Betrieb der mitbeteiligten Partei die maßgebliche wirtschaftliche Bedeutung zukomme, in den Anwendungsbereich des Kollektivvertrags für das Güterbeförderungsgewerbe falle, käme für die mitbeteiligte Partei dieser Kollektivvertrag zur Anwendung - und zwar (entsprechend dem Grundsatz der Tarifeinheit) ausschließlich dieser. Dies werde offenbar auch von der Antragstellerin nicht bestritten und sei so auch bereits im Verfahren VKS-7974/11 des VKS Wien festgestellt worden (VKS Wien 13.10.2011, VKS-7974/11).

Die mitbeteiligte Partei sei - auch im Rahmen der gegenständlichen Auftragsvergabe - nicht nur berechtigt, sondern sogar verpflichtet, den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe anzuwenden. Ein Bieter könne im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe 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. Dementsprechend werde eine derartige Tarifbindung auch in der Rechtsprechung als grundsätzlich unzulässig angesehen (EuGH 3.4.2008, Rs C-346/06 - dort zur Bestimmung des niedersächsischen Landesvergabegesetzes). Festzuhalten sei, dass auch keine Satzungserklärung des Rahmenkollektivvertrages für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger im Sinne des § 18 ArbVG erfolgt sei. Es liege dementsprechend auch keine Allgemeinverbindlicherklärung dieses Kollektivvertrages im Sinne der Rechtsprechung des EuGH vor. Zusammengefasst sei daher festzuhalten, dass die mitbeteiligte Partei ausschließlich an den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe gebunden sei und umgekehrt jedenfalls nicht an den Rahmenkollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger. Der Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe sehe keinen Verweis auf die

Ö-Norm D 2050 vor. Die mitbeteiligte Partei sei daher in arbeitsrechtlicher Hinsicht - und insoweit über § 84 BVergG 2006 auch maßgeblich für den Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe - jedenfalls nicht an die Ö-Norm D 2050 gebunden.

Eine Bindung an die Ö-Norm D 2050 könne - entgegen der Auffassung der Antragstellerin - auch nicht aus den WD 313 abgeleitet werden. Zunächst sei festzuhalten, dass sich Pkt. 1.1.1. der WD 313 lediglich auf „die in Betracht kommenden“ Normen technischen Inhalts bzw. Werkvertragsnormen beziehe. Die WD 313 würden dementsprechend nicht schlechthin auf Ö-Normen, sondern lediglich auf einschlägige Ö-Normen verweisen.

Die Ö-Norm D 2050 komme in Bezug auf die mitbeteiligte Partei gerade nicht zum Tragen. Es handele sich bei dieser Ö-Norm um keine gegenständlich einschlägige Norm. Eine doppelte Bindung der mitbeteiligten Partei über den Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe hinaus auch noch an einen weiteren Kollektivvertrag (oder auch nur einen Teil eines solchen, wie dies bei der Ö-Norm D 2050 der Fall sei) wäre sogar als vergaberechtswidrig anzusehen. Es wäre insoweit auch nicht nachvollziehbar, der WD 313 einen vergaberechtswidrigen Inhalt zu unterstellen.

Die Ö-Norm D 2050 betreffe auch nicht das Verhältnis zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer, sondern beziehe sich auf Arbeitsverhältnisse. Auch insofern handle es sich dabei um keine für einen Dienstleistungsauftrag wie den gegenständlichen einschlägige Norm.

Darüber hinaus handle es sich bei der Ö-Norm D 2050 auch weder um eine Norm technischen Inhalts noch um eine Werkvertragsnorm im Sinne der WD 313. Dass es sich um keine Werkvertragsnorm handle, ergebe sich unzweifelhaft schon aus dem Vorwort der Ö-Norm D 2050, aber auch ein technischer Charakter sei nicht zu erkennen. Sie normiere insbesondere keinen „Stand der Technik“ in Bezug auf eine sach- und fachgerechte Gebäudereinigung im Verhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer oder dergleichen. Es handle sich ihrem Inhalt nach vielmehr um eine Art kollektivarbeitsrechtlicher Empfehlung, die im Rahmenkollektivvertrag der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger

verbindlich erklärt wurde, in anderen Kollektivverträgen aber nicht.

Festzuhalten sei weiters, dass auch die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen sachlich nicht in den Anwendungsbereich der Ö-Norm D 2050 fielen. Die ausgeschriebenen Leistungen würden eine Flächenreinigung in freier Umgebung betreffen. Die Ö-Norm D 2050 betreffe (sowohl ihrem Titel als auch ihrem Inhalt nach) lediglich Reinigungsdienstleistungen in der Denkmal-Fassaden- und Gebäudereinigung. Die Auftraggeberin verweise auch zu Recht auf den im Punkt 1 dieser Ö-Norm definierten Anwendungsbereich, der sich auf Reinigungsdienstleistungen in Abhängigkeit von Reinigungsniveaus, Raumflächen und Raumnutzung beziehe. Die Ö-Norm D 2050 betreffe dementsprechend lediglich die Reinigung von Gebäuden beziehungsweise den genannten Bauwerken.

Das werde ohne jeden Zweifel auch ersichtlich, wenn man die Reinigungsleistungen beziehungsweise Maßnahmen betrachtet, auf die sich die Ö-Norm D 2050 beziehe. Bei der Voll-, Teil- bzw. Sichtreinigung gemäß der Ö-Norm D 2050 gehe es im Wesentlichen um die Reinigung von Böden, Einrichtungsgegenständen, Fensterbänken, Heizkörpern, Türen, Schaltern, Steckdosen etc. Für solche Reinigungsmaßnahmen würden in der Ö-Norm D 2050 m²-Leistungen vorgesehen. Das habe aber mit den gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen nichts zu tun und sei mit diesen nicht vergleichbar. Bei diesen gehe es im Wesentlichen um das Einsammeln und den Abtransport von Müll, grobem Unrat sowie verrottbarem und nicht verwertbarem Abfall, Entfernung von sonstigen Verschmutzungen im Freien, Durchstreifen von Wiesenböschungen, Räumung von Sperrmüll und dergleichen.

Das entspreche nicht den in der Ö-Norm D 2050 genannten Reinigungsmaßnahmen, auf die sich auch die dort vorgesehenen m²-Leistungen bezögen. Weshalb daher nach der Ö-Norm D 2050 kalkuliert werden solle, sei schon deshalb nicht nachvollziehbar. Im Gegenteil – die Ö-Norm D 2050 stelle in Bezug auf die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen weder eine geeignete Leitlinie noch eine taugliche Kalkulationsgrundlage dar.

Festzuhalten sei, dass die Auftraggeberin auch tatsächlich keine Voll-, Teil- oder

Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050 ausgeschrieben habe. Das Leistungsbild sei vielmehr im Leistungsverzeichnis im Detail festgelegt. Kalkulationsgrundlage könne dementsprechend auch nur das zu den jeweiligen Positionen des Leistungsverzeichnisses festgelegte Leistungsbild sein, jedenfalls aber keine Voll-, Teil- oder Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin hätten die gegenständlich ausgeschrieben Leistungen auch nichts mit den in der Ö-Norm D 2050 genannten m²-Leistungen für Gehwegreinigung und Grünflächenreinigung in Außenanlagen zu tun. Ausgeschrieben seien Säuberungsmaßnahmen im freien Gelände auf der D.. Das seien keine Außenanlagen von Gebäuden. Weshalb die m²-Leistungen dieser Ö-Norm maßgeblich für die Flächenreinigung im freien Gelände sein sollen, erscheine nicht nachvollziehbar.

Selbst wenn die Ö-Norm D 2050 (was freilich bestritten bleibe) als einschlägige Ö-Norm im Sinne der WD 313 anzusehen sein sollte, sei festzuhalten, dass diese gemäß Punkt 1.1.3 der WD 313 nachrangig gegenüber dem Leistungsverzeichnis wäre. Die von einer Voll-, Teil- bzw. Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050 abweichende Leistungsbeschreibung der einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses gehe daher jedenfalls vor. Die für eine Voll-, Teil- bzw. Sichtreinigung in der Ö-Norm D 2050 vorgesehenen m²-Leistungen könnten gegenständlich auch deshalb nicht durchschlagen.

Die Antragstellerin stelle in ihrer Stellungnahme vom 22.4.2015 eine Reihe von Berechnungen an. Diesbezüglich sei festzuhalten, dass diese rein hypothetisch seien. Sie würden insbesondere nicht die Kalkulation der mitbeteiligten Partei darstellen und seien schon insofern als irrelevant anzusehen.

Gang der mündlichen Verhandlung:

Die mündliche Verhandlung vom 7.5.2015 hatte im Wesentlichen folgenden Verlauf und Inhalt:

„Der Richter erörtert kurz, dass eine zentrale Frage darin gesehen wird, ob und gegebenenfalls wie weit die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen (insbesondere Flächenreinigung und Sonderreinigung) mit den in der ÖNORM D 2050 beschriebenen Reinigungsleistungen (insbesondere

Sichtreinigung) zumindest vergleichbar sind bzw. inwiefern eine solche Vergleichbarkeit nicht gegeben ist. Er ersucht zunächst den ASTV um Stellungnahme:

Der ASTV führt dazu aus, dass seiner Ansicht nach die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen zum Teil sogar intensiver als die Sichtreinigung im Sinne der ÖNORM D 2050 sind. Bei der Sichtreinigung handle es sich um die am wenigsten intensive Reinigung der drei in der ÖNORM D 2050 umschriebenen Reinigungsleistungen. Es sei daher zumindest die Sichtreinigung zugrunde zu legen.

Intensiver als die übliche Sichtreinigung nach der ÖNORM seien insbesondere die Reinigung der Grillplatzbereiche, die Reinigung der exklusiven neuen Grillplätze (...) sowie die Reinigung von Buschwerk. In letzterem Fall treffe dies deswegen zu, weil auf mehreren Ebenen gereinigt werde und gegebenenfalls in das Buschwerk „eingedrungen“ werden müsse. Eine klassische und eher einfachere Sichtreinigung würde beim Reinigen der Grünflächen vorliegen, weil dort im Wesentlichen nur durchgegangen und etwaige sichtbare größere Verunreinigungen eingesammelt werden müssen.

Der ASTV weist weiters darauf hin, dass es seiner Ansicht nach keinen entscheidenden Unterschied ausmachen würde, ob die ÖNORM D 2050 „formal“ als vereinbart gilt oder nicht. Er verweist diesbezüglich auf den Hinweis unter Punkt 1 Anwendungsbereich, 2. Absatz, der ÖNORM, sowie auf das Vorwort, wonach die ÖNORM die maximalen m²-Leistungen festlege, die Arbeitnehmer je nach Tätigkeit und Anforderungen ihrer Arbeitgeber zu erbringen haben. Würde man davon ausgehen, dass die ÖNORM nicht als vereinbart gilt, so würden die betroffenen Arbeitnehmer deswegen auch keine wesentlich größere Arbeitsleistung pro Zeiteinheit erbringen können.

Der Bericht fragt nach, ob dies nach Ansicht des ASTV voraussetzt, dass die Leistungen inhaltlich vergleichbar sind. Der ASTV räumt ein, dass dies die Vergleichbarkeit der Leistungen voraussetze, fügt aber hinzu, dass die Vergleichbarkeit der Leistungen seiner Ansicht nach eindeutig gegeben sei. Ergänzend weist der ASTV auch auf den dritten Absatz des Vorwortes, wonach durch die ÖNORM auch Reinigungsdienstleistungen erfasst würden, die nicht dem Rahmenkollektivvertrag Denkmal, Fassaden und Gebäudereinigung unterliegen.

Auf Frage des AG präzisiert der ASTV, dass dem Angebot des AST die Ansätze der ÖNORM D 2050 überall dort zu Grunde gelegt worden seien, wo dies aufgrund des Rahmenkollektivvertrages erforderlich gewesen sei. Man könne jedoch nicht sagen, dass durchgehend in allen Positionen die Sichtreinigung nach der ÖNORM zu Grunde gelegt worden wäre, weil dies auch nicht durchgehend für alle Positionen passend wäre. Beispielsweise musste bei einzelnen Positionen, wenn die anzubietende Reinigung einer Vollreinigung entsprochen habe, auch kalkulatorisch von einer Vollreinigung ausgegangen werden. Dies sei bei einzelnen Positionen, die in der Leistungsbeschreibung als Detailreinigung bezeichnet wurden, der Fall gewesen.

Der AG gibt zur obigen Frage folgende Stellungnahme ab:

Würde man dem Angebot die m²-Ansätze der ÖNORM D 2050 zu Grunde legen, so käme man auf einen Angebotspreis von rund 9 Mio. Euro. Daher schließe der AGV, dass auch der AST diese Ansätze nicht vollständig zu Grunde gelegt habe.

Der AGV weist weiters darauf hin, dass die TNB bereits bisher die Arbeiten mit Zeitansätzen, die den nunmehr ihrer Kalkulation zu Grunde gelegten Zeitansätzen entsprechen würden, ausgeführt habe. Dabei hätten sich die Zeitansätze als für die TNB vollkommen ausreichend erwiesen, diese sei mit den kalkulierten Kosten ausgekommen und habe die Arbeiten zur Zufriedenheit der AG erbracht.

Der AGV verweist weiters darauf, dass das Vorwort der ÖNORM auf Eigenreinigungspersonal und überlassene Reinigungskräfte Bezug nehme. Dies seien Bereiche, die sich grundlegend von der hier vorliegenden Konstellation unterscheiden würden. Der TNB müsse nämlich die Anforderungen des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe erfüllen und es würde für den TNB ein unauflösbarer Widerspruch eintreten, wenn er zugleich auch die Anforderungen des Rahmenkollektivvertrages für die Gebäudereiniger bzw. die durch diesen Rahmenkollektivvertrag für verbindlich erklärten Zeitansätze der ÖNORM D 2050 einhalten müsse.

Auf Nachfrage des Berichters, worin konkret der unauflösbare Widerspruch gesehen werde, zumal der Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe keine Zeitansätze für Reinigungsdienstleistungen enthalte, führt der AGV aus, dass der Widerspruch bzw. die Wettbewerbsverzerrung darin gesehen würde, dass die TNB dann gegenüber anderen Güterbeförderungsunternehmer, welche an diese Zeitansätze nicht gebunden wären, im Wettbewerb benachteiligt wäre. Auf die Frage, ob diese Wettbewerbsbenachteiligung nur gegenüber Güterbeförderungsunternehmer, die ihr Kerngeschäft der Güterbeförderung ausüben, oder gegenüber Güterbeförderern, die in dem Bereich der Reinigungsleistungen hinüber arbeiten, erblickt werde, gibt der AGV an, dass er diesen Punkt generell bzw. allgemein gemeint habe.

Ergänzend weist der AGV darauf hin, dass die ÖNORM D 2050 unter Punkt 4. „Abgrenzung der Reinigungsleistungen“ aufliste, welche Tätigkeiten jeweils bei einer Vollreinigung, bei einer Teilreinigung und bei der Sichtreinigung zu erbringen seien. Die dort aufgelisteten Reinigungsleistungen, wie etwa bei der Sichtreinigung das Auffüllen von Bedarf- oder Verbrauchsartikeln bzw. die Entfernungen von Griffspuren auf Glastüren würden offenkundig auf die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen, insbesondere die Flächenreinigung und die Sonderreinigung, nicht zutreffen.

Die TNB führt aus, dass aus ihrer Sicht die ÖNORM D 2050 ganz andere Leistungen beschreiben würde als die im Leistungsverzeichnis beschriebenen Leistungen. Beispielsweise würden in der ÖNORM Einrichtungsgegenstände, Fensterbänke uä. angeführt, was bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen als Objekte der Reinigung gar nicht vorkomme. Die TNB geht davon aus, dass die Beschreibung der Leistung im Leistungsverzeichnis der ÖNORM vorgehe und die m²-Ansätze der ÖNORM auf die im Leistungsverzeichnis geforderten Leistungen bereits deswegen nicht übertragen werden könne, weil die ÖNORM inhaltlich ganz andere

Leistungen im Auge gehabt habe.

Der Berichter fragt die TNB, welche Synergien sie ihrer Kalkulation zu Grunde gelegt habe, zumal sie im Aufklärungsgespräch die Nutzung von Synergien angesprochen habe. Die TNB führt dazu aus, dass die Details der Synergien Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse darstellen würden und auf Detailebene nicht im Beisein des ASTV erörtert werden könnten. Die TNB wird daraufhin vom Berichter ersucht, die Synergien so abstrakt zu erörtern, dass dabei Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse nicht angesprochen werden.

Die TNB erörtert, dass sie aufgrund ihrer langjährigen Erfahrung mit der Ausführung des Auftrags wisse, wie sie innerhalb des Auftrages einzelne Positionen so miteinander kombinieren könne, dass dies für sie die Kosten verringere.

Der Berichter fragt, ob ein Unterschied allenfalls darin gesehen wird, dass die Leistungsbeschreibung bei der Flächenreinigung neben dem Zusammenkehren etwaiger Glasscherben nahezu durchgehend nur die Entfernung solcher grober Verunreinigungen umfasst, die mittels Greifzange oder Ähnlichem gefasst werden können, während die Sichtreinigung nach der ÖNORM D 2050 keine solche Einschränkung weitgehend auf mit Greifzange oder Ähnlichem erfassbaren Verunreinigungen enthält.

Der ASTV führt dazu aus, dass es die Sichtreinigung selbstverständlich erfordere, dass man augenscheinlich grobe Verschmutzungen entfernt und sich dazu gegebenenfalls auch bückt, um diese zusammen zu rechnen bzw. aufzuheben.

Der AGV führt aus, dass bei der Flächenreinigung die Entfernung von kleinen Verunreinigungen wie z.B. Zigarettenstummeln nicht umfasst sei. Insoweit sei die Flächenreinigung im Vergleich zur Sichtreinigung nach der ÖNORM auch um diese Reinigungsleistungen reduziert. Die Entfernung von kleinen Verunreinigungen wie z.B. Zigarettenstummeln aus Grünflächen sei hingegen bei der Detailreinigung insbesondere durch die Positionen 52.0101B und 52.0101C umfasst und war daher unter diesen Positionen anzubieten und zu kalkulieren.

Der AGV gibt an, die AST hätte die Positionen 52.0101B und 52.0101C am billigsten angeboten.

Der ASTV bestreitet, dass sein Mandant die Positionen 52.0101B und 52.0101C am billigsten angeboten habe. Diese Art der Tätigkeit würde einer Vollreinigung entsprechen und sei auch entsprechend angeboten worden.

Die TNB führt aus, dass nach ihrem Verständnis die ÖNORM D 2050 das Verhältnis zwischen Dienstnehmer und Dienstgeber regeln würde und damit für die Ausarbeitung von Angeboten bzw. für das Verhältnis zwischen Unternehmer und Auftraggeber von vornherein nicht einschlägig und nicht relevant sei. Die ÖNORM könne daher nicht regeln, welche Zeitansätze in einem Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zu Grunde gelegt würden. Die ÖNORM sei nie als Bestandteil eines Werkvertrags gedacht gewesen, sondern betreffe eine andere Ebene.

Der AGV führt aus, dass, wenn man die ÖNORM D 2050 tatsächlich der Flächenreinigung der D. zu Grunde legen würde, täglich 250 Personen auf der D. mit Flächenreinigung beschäftigt wären. Tatsächlich seien bis zu zwölf Personen täglich mit der Flächenreinigung beschäftigt. Dieses Beispiel würde anschaulich machen, dass die ÖNORM für die Flächenreinigung nicht passend sei.

Der ASTV verweist darauf, dass die ÖNORM D 2050 gerade den Zweck hat, Reinigungsdienstleistungen miteinander vergleichbar zu machen. Der Hinweis im Vorwort der ÖNORM auf Eigenreinigungspersonal und überlassene Reinigungskräfte sei nur eine beispielhafte Anführung und die ausschreibungsgegenständlichen Reinigungsleistungen würden somit nach der ÖNORM vergleichbar sein. Dies betreffe insbesondere die bei Gehwegreinigung und Grünflächenreinigung angeführten m² Leistungen (Tabelle 1 der ÖNORM).

Der AGV teilt auf Frage der Vorsitzenden, um welche Arbeiten es sich bei der Position Gehwegreinigung und Grünflächenreinigung in Außenanlagen (Tabelle 1) handle, mit, dass diese Position den einzigen Hinweis darstelle, dass auch im Regelungsbereich der ÖNORM die Reinigung von Außenanlagen geregelt sei. Die ÖNORM beziehe sich ausschließlich auf Hochbauten. Die oben genannte Position regle lediglich Zugangswege oder Grünstreifen, die sich in der Nähe dieser Hochbauten befänden. Welche Reinigungsleistungen von dieser Position umfasst seien, wisse er nicht. Aus der Entstehungsgeschichte der ÖNORM ergebe sich aber eindeutig, dass ein Konnex mit Gebäuden bestehe. An Flächen, die mit der D. vergleichbar seien, habe bei der Schaffung der ÖNORM niemand gedacht. Verwiesen werde nochmals darauf, dass die ÖNORM regle, welcher Leistungsumfang im Verhältnis zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer zumutbar sei. Wenn Unternehmer anderen Kollektivverträgen unterlägen, seien diese Flächenansätze für sie nicht anwendbar.

Der TNB fügt dem hinzu, dass seiner Ansicht nach bei Gehwegen und Freiflächen, welche in einem Konnex zu einem Hochbau stünden, die Verschmutzungssituation eine andere sei als bei Grünflächen wie z.B. der D.. Eine Vergleichbarkeit der Reinigung der erstgenannten Flächen mit Grünflächen wie der D. sei daher im Hinblick auf den Verschmutzungsgrad nicht gegeben.

Der ASTV gibt dazu an, dass er gerne außer Streit stelle, dass der Verschmutzungsgrad der angeführten Flächen unterschiedlich sei. Allerdings sei der Verschmutzungsgrad von Freiflächen, die zu einem Gebäude gehören, in der Regel geringer als der Verschmutzungsgrad von öffentlich zugänglichen Flächen. Beispielsweise würden Innenhöfe, die nur für die Hausbewohner zugänglich sind und der Verschmutzer damit rechnen muss, beobachtet und festgestellt zu werden, regelmäßig geringer verunreinigt sein als öffentlich zugängliche Flächen, die von der Allgemeinheit weitgehend anonym und unbeobachtet verunreinigt werden könnten. Der ASTV verweist diesbezüglich darauf, dass die Verschmutzung von öffentlichem Raum offensichtlich soweit ein allgemeines Problem darstellt, dass dafür eigene Verwaltungsstrafnormen geschaffen worden seien.

Der Bericht fragt, ob die Anforderungen an die Reinigung im Hinblick auf das zu erreichende Ausmaß an Sauberkeit zwischen Freiflächen im Konnex mit Gebäuden einerseits und Freiflächen

wie der D. unterschiedlich sei. Aus den Äußerungen der Parteien können keine konkreten Unterschiede hinsichtlich des zu erreichenden Ausmaßes an Sauberkeit in genereller Hinsicht festgestellt werden. Im konkreten Einzelfall seien jedoch jeweils die Leistungsbeschreibung und die darin umschriebene Leistung maßgeblich.

Die Verfahrensparteien stellen keine weiteren Beweisanträge."

Im Anschluss an die Verhandlung verkündete der Senat das Erkenntnis.

Entscheidungswesentlicher Sachverhalt:

Allgemeine Feststellungen:

Die Ausschreibung des gegenständlichen Dienstleistungsauftrages wurde am 31.1.2015 im Supplement zum Amtsblatt der EU als sonstige Dienstleistungen gemäß Dienstleistungskategorie Nummer 27 bekannt gemacht. Die Ausschreibung ist bestandsfest.

Das Leistungsverzeichnis gliedert sich in Positionen, welche wiederum zwischen Lohnkosten, sonstigen Kosten, dem sich daraus ergebenden Einheitspreis und dem nach Multiplikation mit der jeweils vorgegebenen Mengenangabe anzugebenden Positionspreis differenzieren. Es handelt sich insoweit um einen Einheitspreisvertrag. Den Ausschreibungsunterlagen zufolge sind weiters das K3-Blatt (Kalkulationsformblatt gemäß Ö-Norm B 2061) und das K7-Blatt anzuschließen.

Am 10.3.2015, 9:30 Uhr, fand die bieteröffentliche Öffnung und Verlesung der Angebote statt. Dabei wurde das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit einem zivilrechtlichen Preis von € 1.281.354,12 als das an erster Stelle gereichte und das Angebot der Antragstellerin mit einem zivilrechtlichen Preis von € 1.999.130,81 als das zweitgereichte Angebot verlesen. Ein Angebot eines weiteren Bieters wurde ausgeschieden. Beim Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde in der Niederschrift vermerkt, dass die Teilnahmebestätigung (an der gemäß den Ausschreibungsunterlagen erforderlichen Besichtigung) vorhanden ist, jedoch der (geforderte) Datenträger und die (geforderten) K-Blätter fehlen. Bei der Antragstellerin wurde in der Niederschrift vermerkt, dass die Teilnahmebestätigung vorhanden ist, jedoch die

K-Blätter fehlen.

Die Antragsgegnerin hat die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Schreiben vom 13. März 2015 aufgefordert, bis längstens 17. März 2015 das K3- Blatt und zu einer Reihe von einzelnen aufgelisteten Positionen die K7-Blätter vorzulegen.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat die nachgeforderten K3- und K7-Blätter innerhalb der ihr gesetzten Frist vorgelegt. Sie hat auch den Datenträger zeitgerecht nachgereicht.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin hat ihr Angebot auf der Grundlage des geltenden Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe kalkuliert.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfügt laut ANKÖ über folgende Gewerbeberechtigungen:

- Güterbeförderung im Straßenverkehr
- Abbruch- und Demolierungsgewerbe, eingeschränkt auf den Abbruch von ebenerdigen Bauwerken mit oder ohne Maschinen, soweit nicht besondere Sicherheitsvorkehrungen erforderlich sind
- Baumeister gemäß § 99 GewO 1994
- Beförderung von Gütern mit zehn Kraftfahrzeugen im innerstaatlichen Verkehr (innerstaatlicher Güterverkehr)
- Deichgräber
- Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger (Handwerk)
- Handelsgewerbe gemäß § 126 GewO 1973, eingeschränkt auf den Handel mit Holz
- Holzschlägerung, Rodungs-, Reinigungsarbeiten von Kulturen, Parkflächenreinigung und Mäharbeiten unter Ausschluss von Gärtnereiarbeiten (Erweiterung wirksam ab: 6.8.1998)
- Schneeräumung

Die Antragsgegnerin hat den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preis einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Dabei hat sie am 20.3.2015 mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ein

Aufklärungsgespräch geführt und den Verlauf niederschriftlich festgehalten.

Zur durchgeführten vertieften Angebotsprüfung:

a) Lohnkosten und Lohnnebenkosten

Die Antragsgegnerin hat anhand der von der präsumentiven Zuschlagsempfängerin vorgelegten K3-Blätter und des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe geprüft, ob die präsumentive Zuschlagsempfängerin den kollektivvertraglichen Mittelohn richtig kalkuliert und darin sämtliche Zulagen und Aufzahlungen berücksichtigt hat. Sie hat weiters geprüft, ob die präsumentive Zuschlagsempfängerin sämtliche Lohnnebenkosten korrekt einbezogen hat. Nicht zuletzt hat sie in diesem Zusammenhang auch geprüft, ob die Zuschläge für Geschäftsgemeinkosten, Bauzinsen, Wagnis und Gewinn korrekt kalkuliert wurden. Die sorgfältig geführte vertiefte Prüfung hat ergeben, dass die präsumentive Zuschlagsempfängerin die Lohnkosten und die Lohnnebenkosten korrekt kalkuliert hat.

Die seitens der präsumentiven Zuschlagsempfängerin kalkulierten Lohnkosten einschließlich Lohnnebenkosten und Gemeinkostenzuschläge haben nicht zur preislichen Divergenz des Angebotes der präsumentiven Zuschlagsempfängerin zum Angebot der Antragstellerin beigetragen.

b) K7-Blätter

Die Antragsgegnerin hat zu insgesamt 16 Positionen aus den Bereichen der Flächenreinigung und der Sonderreinigung K7-Blätter nachgefordert, diese nachgerechnet und festgestellt, dass diese Kalkulationen jeweils korrekt erscheinen.

Auch hier ist festzuhalten, dass die Kalkulation der präsumentiven Zuschlagsempfängerin in diesen K7-Blättern ihren niedrigen Preis nicht erklärt.

c) Zu den einzelnen Leistungsgruppen

Im Zuge der vertieften Prüfung des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurden die Preise in den Leistungsgruppen 51 „Flächenreinigung“, 52 „Sonderreinigungen“, 90 „Regieleistungen“ und 99 „Materialien“ näher geprüft. In diesem Zusammenhang wurde insbesondere geprüft, wie sich der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die jeweiligen Leistungsgruppen jeweils angebotene Preis zum Preis der zweitgereihten Antragstellerin sowie zum Mittelwert aller Angebote verhält.

In den Leistungsgruppen 90 „Regieleistungen“ und 99 „Materialien“ war die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht Billigstbieterin. Diese beiden Leistungsgruppen haben daher nach Ansicht des Senates keine Relevanz dafür, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit Abstand am billigsten ist. Diese beiden Leistungsgruppen machen jedoch nur etwa 14 % des Gesamtangebotes aus und fallen damit nicht entscheidend ins Gewicht.

In den Leistungsgruppen 51 „Flächenreinigung“ und 52 „Sonderreinigungen“ war die präsumtive Zuschlagsempfängerin jedoch deutlich billiger sowohl als die Antragstellerin als auch als der Mittelwert aller Angebote. Diese beiden Leistungsgruppen machen etwa 86 % des Gesamtangebotes aus.

Die Antragsgegnerin hat im Zuge des mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung geführten Aufklärungsgespräches eingehend hinterfragt, warum die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den Leistungsgruppen 51 „Flächenreinigung“ und 52 „Sonderreinigungen“ so günstig sein könne. Die Details dieses Aufklärungsgespräches sind in der Niederschrift vom 20.3.2015 festgehalten. Festzuhalten ist, dass ein wesentlicher Aspekt dafür, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin so günstig kalkulieren konnte, in den von ihr zu Grunde gelegten Zeitansätzen liegt. Zu diesen Zeitansätzen ist festzuhalten, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin aufgrund ihrer bereits ausgeführten Aufträge über einschlägige Erfahrungen für die auftragsgegenständlichen Reinigungsarbeiten verfügt und damit abschätzen konnte, ob diese Zeitansätze realistisch sind. In gleicher Weise verfügte auch die Antragsgegnerin über einschlägige Erfahrungswerte, weil die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits früher mit vergleichbaren Zeitansätzen zumindest einen vergleichbaren Auftrag für die Antragsgegnerin ausgeführt hat und dabei

mit vergleichbaren Zeitansätzen ausgekommen ist. Die Antragsgegnerin und die präsumentive Zuschlagsempfängerin haben in der Niederschrift die Frage der Korrektheit dieser Zeitansätze ausdrücklich thematisiert und dabei auf diesen Erfahrungen aufgebaut. Die Antragsgegnerin ist im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zu dem Ergebnis gelangt, dass die Zeitansätze angemessen sind.

Zur Ö-Norm D 2050:

a) Allgemeines:

In den Ausschreibungsunterlagen ist nicht ausdrücklich festgehalten, dass die Ö-Norm D 2050 als vereinbart gilt. Allerdings ist im Angebotsformblatt MD BD - SR 75 (2013) auf Seite 2 unter Punkt 3 ausdrücklich festgehalten, dass die Allgemeinen Vertragsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen (WD 313) gelten. Die WD 313 halten auf Seite 4 unter Punkt 1. „Vertrag“, Unterpunkt 1.1.1 „Allgemeines“ ausdrücklich fest, dass mit Vereinbarung dieser Vertragsbestimmungen auch 1) alle in Betracht kommenden, im Ö-Normen-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhaltes, und 2) alle Ö-Normen mit vornormierten Vertragsinhalten (Werkvertragsnormen der Serie D 22xx) für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile (einzelne Positionen) derselben diese Sachgebiete betreffen, als vereinbart gelten.

Die Ö-Norm D 2050 wurde durch den Rahmenkollektivvertrag für Arbeiter in der Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung, im sonstigen Reinigungsgewerbe und in Hausbetreuungstätigkeiten für verbindlich erklärt.

b) Zum Regelungsinhalt der Ö-Norm D 2050:

Die Ö-Norm D 2050 hat ihrem Vorwort zu Folge das Ziel der Bereitstellung von vergleichbaren Kennzahlen für Reinigungsdienstleistungen, da die bisherigen durchschnittlichen m²-Leistungen in früheren Kollektivverträgen ohne Leistungsinhalte und ohne Definitionen angeführt waren. Weiters werden dem Vorwort zu Folge Reinigungsdienstleistungen erfasst und vergleichbar gemacht, die nicht dem Rahmenkollektivvertrag Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger

unterliegen, insbesondere bei Eigenreinigungspersonal und überlassenen Reinigungskräften.

Ihrem Anwendungsbereich zufolge regelt diese Ö-Norm Kennzahlen für Reinigungsdienstleistungen in Abhängigkeit von Reinigungsniveaus, Raumflächen und Raumnutzung. Dabei legt diese Ö-Norm die maximalen m²-Leistungen fest, die Arbeitnehmer je nach Tätigkeit und Anforderungen ihrer Arbeitgeber zu erbringen haben.

Diese Ö-Norm bezieht sich bis auf die nachfolgend angeführte Ausnahme nahezu ausschließlich auf die Reinigung von horizontalen und vertikalen Flächen innerhalb von Gebäuden. Die erwähnte Ausnahme besteht darin, dass in Tabelle 1 die „Gehwegreinigung und Grünflächenreinigung in Außenanlagen“ angeführt ist. Dazu ist in der Ö-Norm festgelegt, dass bei Gehwegreinigung und Grünflächenreinigung in Außenanlagen eine Vollreinigung von 850 m²/Stunde, eine Teilereinigung von 1000 m²/Stunde und eine Sichtreinigung von 1300 m²/Stunde als Obergrenze zu Grunde zu legen ist.

c) Begriffsbestimmungen und Reinigungsleistungen nach der Ö-Norm D 2050:

Die Ö-Norm D 2050 definiert unter Punkt 3 eine „augenscheinlich grobe Verschmutzung“ als „offensichtliche und im Rahmen einer Sichtkontrolle leicht erkennbare grobe Verunreinigung von losen und leicht anhaftenden Verschmutzungen“. Sie definiert weiters eine „Sichtkontrolle“ als „optische Kontrolle von Oberflächen nach augenscheinlichen groben Verschmutzungen“.

Dieser Ö-Norm zu Folge hat eine Vollreinigung folgende Leistungen zu umfassen: Mülleentleerung; Auffüllen von Bedarfs- oder Verbrauchsartikeln; Reinigung der Bodenflächen; Reinigung der waagrechten und senkrechten Oberflächen freigeräumter Einrichtungsgegenstände; Reinigung der Fensterbänke und Heizkörper; Reinigung von Türen, Schalter, Steckdosen, Handläufen und Geländer von losen und leicht anhaftenden Verschmutzungen sowie die Entfernung von Spinnweben ohne die Verwendung von Steighilfen.

Eine Teilreinigung ist im Vergleich zur Vollreinigung reduziert, geht jedoch über den Umfang einer Sichtreinigung hinaus.

Die Sichtreinigung hat folgende Leistungen zu umfassen: Müllentleerung; Auffüllen von Bedarfs- oder Verbrauchsartikeln; Entfernung von Griffspuren auf Glastüren; Entfernung augenscheinlich grober Verschmutzungen im Rahmen einer Sichtkontrolle auf Böden, waagrechten und senkrechten Oberflächen freigeräumter Einrichtungsgegenstände, Fensterbänken und Heizkörpern ohne Verwendung von Steighilfen.

Zu den ausschreibungsgegenständlichen Dienstleistungen:

a) Zur Flächenreinigung (Leistungsgruppe 51):

Die Flächenreinigung in Leistungsgruppe 51 besteht im Wesentlichen darin, dass ausgedehnte Freiflächen auf der D. und entlang von anderen Gewässern (...) von einem Teil der darauf befindlichen groben Verunreinigungen zu reinigen sind. Bei den Freiflächen handelt es sich im Wesentlichen einerseits um Wege und andererseits um Grünflächen.

Im Vergleich zur Sichtreinigung nach der Ö-Norm D 2050 ist die Flächenreinigung im Wesentlichen wie folgt eingeschränkt:

Mit Ausnahme von etwaigen Glasscherben, welche händisch entfernt werden müssen, beschränkt sich die Flächenreinigung auf die Entfernung von solchen Verunreinigungen, welche mittels Greifzange oder Ähnlichem greifbar sind. Die Entfernung von anderen groben Verunreinigungen im Sinne der Ö-Norm D 2050, die also weder Glasscherben noch mit Greifzange oder Ähnlichem greifbar sind, ist nicht Gegenstand der Flächenreinigung. Beispielsweise ist die Entfernung von Zigarettenstummeln und anderen kleinen Verunreinigungen, welche im Rahmen einer Sichtreinigung nach der Ö-Norm D 2050 ebenfalls zu entfernen wären, von der Flächenreinigung nicht umfasst.

Zur Sichtreinigung nach der Ö-Norm D 2050 gehören unter anderem das Auffüllen von Bedarf- oder Verbrauchsartikeln sowie die Reinigung von

Bereichen, die gegebenenfalls stärker verunreinigt sind. Die Flächenreinigung unterscheidet sich von der Sichtreinigung nach der Ö-Norm D 2050 insoweit auch dadurch, dass sowohl das Auffüllen von Bedarfs- oder Verbrauchsartikeln als auch Bereiche, die sich von den weitläufigen Gehwegen und Grünflächen in den Reinigungsanforderungen unterscheiden, als Sonderreinigungen herausgehoben sind. Mit anderen Worten wären bei einer Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050 grundsätzlich alle Bereiche im Sinne einer Gesamtbetrachtung inkludiert, wohingegen bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen die Flächenreinigung lediglich ein verbleibender Restbereich an Reinigungsleistungen ist, von denen bereits unterschiedlichste Sonderreinigungen herausgenommen und in gesondert anzubietenden Positionen erfasst wurden.

b) Zu den Sonderreinigungen (Leistungsgruppe 52):

Die „Sonderreinigungen“ nach der Leistungsgruppe 52 sind ein inhomogenes Feld an unterschiedlichen Dienstleistungen, die zum größten Teil aufgrund von jeweils spezifischen Anforderungen aus der Leistungsgruppe 51 „Flächenreinigung“ herausgehoben sind.

Teile dieser Sonderreinigungen lassen keinen oder nur einen relativen losen Zusammenhang mit Reinigungsdienstleistungen erkennen. Ersteres trifft beispielsweise auf die Räumung und Entsorgung von Sperrmüll (Positionen 52.0103A, 52.0103B und 52.0103C) zu. Andere Positionen werden zwar im Zuge von Sichtreinigung üblicherweise auch umfasst, stellen aber bei isolierter Betrachtung (ohne Verbindung mit einer Sichtreinigung) keine Reinigungsdienstleistungen dar. Dies trifft beispielsweise auf das Nachfüllen von „Hundeautomaten“ und auf die Entleerung von diversen Behältern zu. Wieder andere Bereiche sind typische Reinigungsdienstleistungen, die nach Ansicht des Senates im Fall einer Sichtreinigungen gemäß Ö-Norm D 2050 im Sinne einer Gesamtbetrachtung inkludiert wären, jedoch bei isolierter Betrachtung ein teilweise deutlich über eine Sichtreinigung hinausgehendes Reinigungsausmaß aufweisen, teilweise aber ein solches erhöhtes Reinigungsausmaß nicht aufweisen. Ein erhöhtes Reinigungsausmaß hat beispielsweise die im Wege von Sonderreinigungen gesondert erfasste Reinigung verschiedener Grillplätze. Hingegen ist bei der Sonderreinigung diverser Parkplätze ein solches erhöhtes

Reinigungsmaß nicht nachvollziehbar.

Ein wesentlicher Unterschied zur Ö-Norm D 2050 besteht darin, dass die Ö-Norm Reinigungsdienstleistungen im Fall der Unterhaltsreinigung in die drei Kategorien Vollreinigung, Teilereinigung und Sichtreinigung kategorisiert. Eine Gliederung von Reinigungsdienstleistungen einerseits in Flächenreinigung und andererseits in aus dieser Flächenreinigung herausgehobene und unter dem Begriff „Sonderreinigungen“ zusammengefasste Dienstleistungen unterschiedlichster Art kennt die Ö-Norm nicht. Es lassen sich diese unterschiedlichen Dienstleistungen auch nicht einer der drei Reinigungskategorien der Ö-Norm D 2050 zuordnen. Eine solche Zuordnung wird nicht zuletzt auch dadurch verhindert, dass zum Zwecke der Zuordnung die unterschiedlichen Sonderreinigungen zunächst in die Flächenreinigung zurückgeführt und sodann die Gesamtheit der Reinigungsdienstleistungen im Wege einer Gesamtbetrachtung zugeordnet werden müssten. Durch die von den drei Leistungskategorien der Ö-Norm D 2050 deutlich abweichende Leistungsbeschreibung ist eine Vergleichbarkeit mit den drei in der Ö-Norm D 2050 umschriebenen Reinigungskategorien wirksam ausgeschlossen.

c) Zum Grund der preislichen Divergenz

Die Antragstellerin und die anderen Bieter haben sich für verpflichtet erachtet, ihrer Kalkulation so weit als möglich die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 zu Grunde zu legen. Dies lag vor allem darin begründet, dass die Antragstellerin (sowie die anderen Bieter) der Rechtsauffassung war(en), dass die Ö-Norm D 2050 für die ausscheidungsgegenständlichen Leistungen rechtlich verbindlich sei und daher der Kalkulation zu Grunde gelegt werden müsse.

Die präsumtive Zuschlagempfängerin hat demgegenüber von Anfang an die Auffassung vertreten, dass sie die Ö-Norm D 2050 bei der Erstellung ihres Angebotes nicht zu beachten habe. Dies war zu einem wesentlichen Teil in der Sonderkonstellation des Unternehmens der präsumtiven Zuschlagempfängerin begründet, wonach die präsumtive Zuschlagempfängerin mit ihrem gesamten Unternehmen dem Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe unterliegt. Aufgrund dieser Sonderkonstellation ist die präsumtive

Zuschlagempfängerin davon ausgegangen, dass sie den Kollektivvertrag für Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereiniger und in weiterer Folge auch die Ö-Norm D 2050 bei der Angebotserstellung nicht zu beachten habe.

Die Anwendung der Ö-Norm D 2050 bei der Kalkulation der Angebote hat die Antragstellerin insoweit vor schwierige Herausforderungen gestellt, als die einzelnen Leistungspositionen der Ausschreibung mit der Ö-Norm D 2050 nicht übereinstimmen und eine Kalkulation auf der Grundlage dieser Ö-Norm daher auch an faktische Grenzen stößt. Der Antragstellerin hat aus dieser Situation heraus die Ö-Norm D 2050 ihrer Kalkulation nur soweit zugrunde gelegt, als ihr dies möglich erschien.

Die Divergenz der Angebotspreise hat ihre Ursache darin, dass bei einer Kalkulation der ausschreibungsgegenständlichen Flächenreinigung nach der Ö-Norm D 2050 tendenziell deutlich höhere Angebotspreise entstehen, als ohne Heranziehung der Ö-Norm D 2050 kalkulierbar sind. Bei einer vollständigen Heranziehung der Ö-Norm D 2050 auf die Kalkulation der gegenständlichen Flächenreinigung würden um ein Vielfaches höhere Kosten entstehen als ohne Heranziehung dieser Ö-Norm. Eine auch nur teilweise Heranziehung dieser Ö-Norm führt bereits dazu, dass Bieter, die ihrer Kalkulation diese Ö-Norm zu Grunde legen, mit Bietern, die dies nicht tun, im gegenständlichen Vergabeverfahren preislich nicht mithalten konnten.

Nach Ansicht des Senates steht somit fest, dass der Unterschied der Angebotspreise im Wesentlichen in der unterschiedlichen Rechtsansicht darüber, ob die Ö-Norm D 2050 bei Erstellung der Angebote zu beachten sei, begründet ist. Bieter, die von einer Verbindlichkeit dieser Ö-Norm bei der Angebotserstellung ausgehen, können aufgrund ihrer Rechtsauffassung nicht zu einem Preis anbieten, der ohne Verbindlichkeit dieser Ö-Norm kalkuliert werden kann.

Hingegen sind die Zeitansätze, welche die präsumtive Zuschlagempfängerin ihrem Angebot zu Grunde gelegt hat, unter der Voraussetzung, dass die Ö-Norm D 2050 keinen geeigneten Vergleichsmaßstab bietet, plausibel und nachvollziehbar. Sie wurden insoweit ohne Berücksichtigung der Ö-Norm D 2050

als allfälligem Vergleichsmaßstab von der Antragsgegnerin im Zuge einer sorgfältig geführten vertieften Angebotsprüfung auf ihre Plausibilität und Nachvollziehbarkeit hin vertieft geprüft und die Plausibilität und Nachvollziehbarkeit festgestellt und im Vergabeakt dokumentiert.

Beweiswürdigung:

Zu den allgemeinen Feststellungen:

Die allgemeinen Feststellungen gründen im Wesentlichen auf dem sorgfältig geführten Vergabeakt in Verbindung mit den im Nachprüfungsverfahren erstatteten Schriftsätzen. Aus den Schriftsätzen geht hervor, dass diese allgemeinen Feststellungen weitgehend unstrittig sind und insoweit auch kein konkreter Anlass bestand, diesen im Vergabeakt dokumentierten Sachverhalt in Zweifel zu ziehen.

Das Datum der Nachreichung der K3- und K7-Blätter seitens der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ist auf der im Vergabeakt befindlichen „Lohntafel Güterbeförderung 2015“, welche den nachgereichten K-Blättern angeschlossen war, in Form eines handschriftlichen Eingangsvermerkes der Magistratsabteilung 45 dokumentiert. Die erfolgte Nachreichung des Datenträgers durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin steht deswegen außer Zweifel, weil die von der Antragsgegnerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung durchgeführten umfangreichen Berechnungen nach der allgemeinen Lebenserfahrung elektronisch erfolgen und für ihre Durchführung die Daten in elektronischer Form benötigen, sodass kein Zweifel daran besteht, dass die Antragsgegnerin bei Durchführung der Berechnungen über diesen Datenträger verfügt hat.

Zur vertieften Angebotsprüfung:

Die von der Antragsgegnerin durchgerechneten K3-Blätter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin liegen im Vergabeakt. Nach den K3-Blättern sind die Lohntafel Güterbeförderung 2015 und der Kollektivvertrag für das Güterbeförderungsgewerbe im Vergabeakt eingeordnet. Aus diesen Unterlagen ist nachvollziehbar, dass die Antragsgegnerin bei der Überprüfung der K3-Blätter

mit diesen Unterlagen gearbeitet und beispielsweise Zulagen und Zuschläge markiert und deren Berücksichtigung in der Kalkulation nachgeprüft hat. Die Anwendbarkeit des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe wurde im Zuge des Aufklärungsgespräches mit der präsumtiven Zuschlagempfängerin hinterfragt und das Ergebnis in der Niederschrift vom 20.3.2015 festgehalten. Darüber hinaus wurde das Ergebnis der vertieften Angebotsprüfung auch im Aktenvermerk vom 20.3.2015 festgehalten.

Die Antragstellerin hat in ihrem Schriftsatz vom 22.4.2015 eine fiktive Berechnung vorgelegt, wie hoch ihrer Ansicht nach die Lohnkosten und die Lohnnebenkosten, welche die präsumtive Zuschlagempfängerin auf Grundlage des Kollektivvertrages für das Güterbeförderungsgewerbe zu kalkulieren habe, zumindest sein müssten. Der Senat hat diese fiktive Berechnung der Antragstellerin mit der tatsächlichen Kalkulation durch die präsumtive Zuschlagempfängerin verglichen. Die von der präsumtiven Zuschlagempfängerin konkret kalkulierten Lohn- und Lohnnebenkosten können im Erkenntnis nach Ansicht des Senates nicht im Detail offen gelegt werden, weil insoweit von schützenswerten Geheimhaltungsinteressen der präsumtiven Zuschlagempfängerin auszugehen ist. Der Vergleich der beiden Werte ergibt jedoch, dass in dieser Hinsicht eine Beschwer der Antragstellerin nicht gegeben ist.

Die K7-Blätter wurden von der Antragsgegnerin ebenfalls sorgfältig geprüft und auf ihre Plausibilität nachvollzogen. Einzelne Aspekte wurden im Zuge des Aufklärungsgespräches mit der präsumtiven Zuschlagempfängerin im Detail hinterfragt und das Ergebnis der Prüfung ebenfalls im Aktenvermerk über die Angebotsprüfung und in der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch mit der präsumtiven Zuschlagempfängerin jeweils vom 20.3.2015 festgehalten. Auch diese Aspekte in der Kalkulation des Angebotes der präsumtiven Zuschlagempfängerin stellen keine Erklärung dafür dar, warum das Angebot der präsumtiven Zuschlagempfängerin deutlich billiger ist als das Angebot der Antragstellerin.

d) Zu den einzelnen Leistungsgruppen

Die Details zur Prüfung der Angebotspreise in den einzelnen Leistungsgruppen sind im Aktenvermerk über die Angebotsprüfung vom 20.3.2015 und in der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch mit der präsumtiven Zuschlagempfängerin vom 20.3.2015 festgehalten. Darüber hinaus wurde diese Frage auch in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erörtert und kam der Senat auch aufgrund der mündlichen Verhandlung zu dem Ergebnis, dass die präsumtive Zuschlagempfängerin und die Antragsgegnerin aufgrund ihrer praktischen Erfahrung mit einem von der präsumtiven Zuschlagempfängerin für die Antragsgegnerin in früheren Jahren erfolgreich durchgeführten Auftrag gleicher Art abschätzen konnten, dass die von der präsumtiven Zuschlagempfängerin zugrunde gelegten Zeitansätze realistisch sind und in der Praxis eingehalten werden können. Die entsprechende Fachkunde war sowohl auf der Seite der Antragsgegnerin also auf der Seite der präsumtiven Zuschlagempfängerin jedenfalls durch diese praktische Erfahrung mit einem mehrjährigen Auftrag vorhanden.

e) Zum Grund der preislichen Divergenz

Die Antragstellerin hat in ihren Schriftsätzen und in der mündlichen Verhandlung durchgehend damit argumentiert, dass sie die Ö-Norm D 2050 und die darin normierten Zeitanätze für Sichtreinigung als für die Kalkulation verbindlich erachtet. Sie hat auch in glaubwürdiger und überzeugender Weise ausgeführt und vorgetragen, dass sie ihrer Kalkulation in weiten Bereichen die Ö-Norm D 2050 zu Grunde gelegt hat.

Die Tatsache, dass durch eine Zugrundelegung der Ö-Norm D 2050 bei den ausschreibungsgegenständlichen Leistungen insgesamt höhere Preise entstehen als ohne Zugrundelegung dieser Ö-Norm, ist unstrittig. Die Antragstellerin hat diesbezüglich bereits in der Beschwerde geltend gemacht, dass ein niedrigerer Angebotspreis auf eine Nichtberücksichtigung der Zeitanätze dieser Ö-Norm zurückzuführen sei. Auch die Antragsgegnerin hat, und zwar in der mündlichen Verhandlung, nachvollziehbar und überzeugend dargelegt, dass bei Zugrundelegung der Zeitanätze dieser Ö-Norm wesentlich höhere Preise entstünden, als dies ohne Zugrundelegung dieser Zeitanätze der Fall wäre.

Der Senat ist jedoch nicht davon ausgegangen, dass die Antragstellerin der Kalkulation ihres Angebotes die Ö-Norm D 2050 vollständig zu Grunde gelegt hätte. Dazu hat die Antragsgegnerin in unbestrittener und nach Ansicht des Senates auch überzeugender Weise in der mündlichen Verhandlung ausgeführt, dass bei der Vollenwendung der Ö-Norm D 2050 ein noch wesentlich höherer Preis als von der Antragstellerin angeboten entstehen würde (etwa € 9 Millionen). Auch die Antragstellerin selbst hat in der mündlichen Verhandlung in mit dem Vorbringen der Antragsgegnerin insoweit durchaus übereinstimmende Weise vorgebracht, dass sie die Ö-Norm D 2050 nur soweit als möglich angewendet habe. Dazu kommt noch, dass eine Heranziehung der Ö-Norm D 2050 durch die von der Ö-Norm abweichende Leistungsbeschreibung mehrfach an faktische Grenzen stößt und eine vollständige Heranziehung auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung daher nicht möglich ist. Beispielhaft sei angeführt, dass eine Sperrmüllentsorgung aus bereitgestellten Sperrmüllcontainern nicht nach Quadratmetern (etwa der Containerfläche?) auf die Sichtreinigung von Außenanlagen umgelegt werden kann, zumal eine Sichtreinigung von 1.300 m² für den Abtransport von Sperrmüll schlicht und einfach nicht passend ist.

Eine Teilanwendung der Ö-Norm D 2050 bewirkt jedoch bereits, dass dadurch der Angebotspreis gegenüber einem ohne eine solche Teilanwendung kalkulierten Preis deutlich ansteigt.

Es war somit aufgrund des diesbezüglich übereinstimmenden Parteivorbringens und sowohl des Ergebnisses der vertieften Angebotsprüfung im Vergabeakt als auch des Verlaufes der mündlichen Verhandlung als erwiesen anzunehmen, dass die preisliche Divergenz zwischen dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und dem Angebot der Antragstellerin als zweitgereihten Bieterin im Wesentlichen in der unterschiedlichen Rechtsauffassung begründet war, ob der Kalkulation des Angebotes die Ö-Norm D 2050 soweit, als dies einigermaßen möglich ist, zugrunde gelegt werden müsse. Andere Ursachen für die preisliche Divergenz konnten aufgrund der im Vergabeverfahren sorgfältig geführten vertieften Angebotsprüfung sowie aufgrund des Umstandes, dass weder im Vergabeverfahren noch im Nachprüfungsverfahren Anhaltspunkte für eine etwaige andere Ursache dieser preislichen Divergenz vorgekommen sind,

ausgeschlossen werden.

Rechtliche Würdigung:

§ 141 BVergG 2006 samt Überschrift lautet:

„Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge

§ 141. (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 samt Überschrift lautet:

„Prüfung der Angemessenheit der Preise – vertiefte Angebotsprüfung

§ 125. (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

1. im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, 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."

Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen:

Die Antragsgegnerin argumentierte in ihren Schriftsätzen, dass der Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen im gegenständlichen Vergabeverfahren nicht gelten würde. Dieser Grundsatz sei nämlich im § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verankert. Gegenständlich würde eine nicht prioritäre Dienstleistung vorliegen. Gemäß § 141 Abs. 1 BVergG 2006 gelte § 19 Abs. 1 BVergG 2006 bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen nicht.

Zu diesem Vorbringen ist zunächst festzuhalten, dass das gegenständliche

Vergabeverfahren die Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages betrifft. Dies ergibt sich bereits daraus, dass die zu vergebenden Dienstleistungen in der Ausschreibung als nicht prioritäre Dienstleistungen eingestuft worden sind und die Ausschreibung bestandsfest ist.

Weiters ist festzuhalten, dass § 19 Abs. 1 BVergG 2006 gemäß § 141 Absatz BVergG 2006 für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen nicht gilt. Die gegenständliche Argumentation der Antragsgegnerin ist daher in dem Punkt berechtigt, als das Gebot der Vergabe zu angemessenen Preisen nicht auf § 19 Abs. 1 BVergG 2006 gestützt werden kann.

Diesem Vorbringen der Antragsgegnerin ist jedoch entgegenzuhalten, dass das Verfahren zur Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages gemäß § 141 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 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.

Im Ergebnis ist daher für den Antragsgegner aus diesem Vorbringen inhaltlich nichts zu gewinnen. Der maßgebliche Unterschied, welchen der Antragsgegner allerdings zu Recht aufgezeigt hat, besteht darin, dass sich das Gebot der Vergabe zu angemessenen Preisen im Fall von nicht prioritären Dienstleistungen anstatt aus § 19 Abs. 1 BVergG 2006 aus § 141 Abs. 2 zweiter Satz BVergG 2006 ergibt.

Gebot der vertieften Angebotsprüfung:

Die Antragsgegnerin hielt in ihren Schriftsätzen dem Antragsvorbringen weiters entgegen, dass bei der Vergabe eines nicht prioritären Dienstleistungsauftrages keine Verpflichtung zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung bestünde, weil § 125 BVergG 2006 auf die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen nicht anwendbar sei.

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.

Dem gegenständlichen Vorbringen der Antragsgegnerin ist in formaler Hinsicht insoweit Recht zu geben, als eine allfällige Verpflichtung zur vertieften Angebotsprüfung nicht auf § 125 Abs. 3 BVergG 2006 gestützt werden kann.

Nach Ansicht des Senates inkludiert der bei nicht prioritären Dienstleistungen aus dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs ableitbare 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. Nach Ansicht des Senates ist daher aus dem Hinweis des Antragstellers, dass § 125 BVergG 2006 im Fall von nicht prioritären Dienstleistungen nicht anwendbar sei, für ihn inhaltlich nichts gewonnen.

§ 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.

Auch dazu ist festzuhalten, dass der Einwand der Antragsgegnerin insoweit in formaler Hinsicht berechtigt ist, als die erforderliche Vorgehensweise bei der vertieften Angebotsprüfung nicht auf § 125 Abs. 4 und Abs. 5 BVergG 2006 gestützt werden kann. Auch hier ändert sich nach Ansicht des Senates durch den formalen Einwand in inhaltlicher Hinsicht nichts Wesentliches, zumal die vertiefte Angebotsprüfung jedenfalls geeignet zu sein hat, die begründeten Zweifel an der

Angemessenheit der Preise abzuklären und zu einem Ergebnis zu führen. Dieses Ergebnis kann einerseits darin bestehen, dass die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind und das Angebot insoweit für eine Zuschlagserteilung in Betracht kommt, oder aber, dass eine solche betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit nicht gegeben ist und das Angebot daher ausgeschieden werden muss.

Im Ergebnis war daher der 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 in formeller Hinsicht 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.

Zum erforderlichen Inhalt der vertieften Angebotsprüfung:

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, als die Angebote aller anderen Bieter und als der geschätzte Auftragswert. Dazu kam, dass sich sowohl die Pflicht zur vertieften Angebotsprüfung als auch deren Inhalt aus dem Grundsatz der Angemessenheit der Preise ableitete und daher der Wortlaut des § 125 Abs. 4 und Abs. 5 BVergG 2006 keine unmittelbare Relevanz hatte.

Nach Ansicht des Senates hatte die vertiefte Angebotsprüfung daher insbesondere die Frage zu umfassen, ob der Grund dafür, dass der Angebotspreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erheblich günstiger ist als die anderen Angebotspreise, betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist. Die vertiefte Angebotsprüfung hatte also der preislichen Abweichung im Sinne der Plausibilitätsprüfung auf den Grund zu gehen.

Die Antragsgegnerin hat von der präsuntiven Zuschlagsempfängerin die K3-Blätter angefordert und sorgfältig geprüft, ob die präsuntive Zuschlagsempfängerin 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 nachvollziehbar war. Diese Prüfung hat aber auch ergeben, dass der niedrige Angebotspreis der präsuntiven Zuschlagsempfängerin nicht durch die Lohnkosten, Lohnnebenkosten und auf die Lohnkosten umgelegten Zuschläge erklärt werden kann. In rechtlicher Hinsicht wurde somit durch diesen Prüfschritt lediglich eine mögliche Erklärung für die preisliche Abweichung ausgeschlossen.

Die Antragsgegnerin hat von der präsuntiven 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, darunter z.B. Gerätekosten, überprüft. Auch diese Prüfung hat keine Zweifel an der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit der überprüften Aspekte ergeben. Auch dieses Prüfergebnis vermag jedoch nichts Wesentliches zur Klärung der Frage beizutragen, warum das Angebot der präsuntiven Zuschlagsempfängerin preislich von allen anderen Angeboten deutlich nach unten hin abweicht.

Die Überprüfung des Angebotes der präsuntiven Zuschlagsempfängerin durch die Antragsgegnerin hat weiters ergeben, dass diese in den Positionen 51 „Flächenreinigung“ und 52 „Sonderreinigungen“ deutlich billiger ist als alle anderen Bieter, wohingegen die präsuntive Zuschlagsempfängerin in sonstigen Positionen nicht Billigstbieterin ist.

Nach Ansicht des Senates bestand die Aufgabenstellung der vertieften Angebotsprüfung daher gerade darin, der Frage nachzugehen, warum die präsuntive Zuschlagsempfängerin in diesen beiden Positionen deutlich billiger anbieten konnte als alle anderen Bieter. Da die beiden oben beschriebenen Prüfungen zur Aufklärung dieser preislichen Abweichung keinen maßgeblichen Beitrag liefern konnten, stellten sie nach Ansicht des Senates zumindest nicht den Kern der erforderlichen vertieften Angebotsprüfung dar. Den zuvor

beschriebenen Prüfungen kam insoweit lediglich die Bedeutung zu, die Möglichkeit von etwaigen sonstigen Ursachen für die preisliche Abweichung auszuschließen sowie zu prüfen, ob die Kalkulation der präsumtiven Zuschlagempfängerin in sonstiger Hinsicht korrekt war.

Unterschiedliche Zeitansätze:

Die Antragsgegnerin hat im Zuge der vertieften Angebotsprüfung in dem mit der präsumtiven Zuschlagempfängerin durchgeführten Aufklärungsgespräch die Frage der niedrigen Zeitansätze der präsumtiven Zuschlagempfängerin erörtert. In der Niederschrift über das Aufklärungsgespräch findet sich eine Reihe von Erklärungen, warum die präsumtive Zuschlagempfängerin mit derart niedrigen Zeitansätzen das Auslangen finden konnte. Nach der im Zuge der vertieften Angebotsprüfung erfolgten Einschätzung durch die Antragsgegnerin waren diese Erklärungen ausreichend.

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens wurde in dieser Frage folgender Erkenntnisgewinn erzielt:

Weder die Antragsgegnerin noch die präsumtive Zuschlagempfängerin gingen davon aus, dass die Ö-Norm D 2050 für das Vergabeverfahren irgendeine Relevanz habe. Aus diesem Grund bestand weder für die Antragsgegnerin noch für die präsumtive Zuschlagempfängerin ein Anlass, die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 in Erwägung zu ziehen. Aus diesem Grund erfolgte die vertiefte Angebotsprüfung einschließlich der Prüfung der Zeitansätze unter der Annahme, dass die Ö-Norm D 2050 weder formal noch inhaltlich für das Vergabeverfahren relevant sei.

Die Antragstellerin ging hingegen davon aus, dass die Ö-Norm D 2050 für das Vergabeverfahren verbindlich sei und dass aus diesem Grund die in dieser Ö-Norm festgelegten Zeitansätze nicht nur inhaltlich, sondern auch formal zu beachten seien. Auch die anderen Bieter gingen davon aus, dass sie bei der Angebotserstellung die Ö-Norm D 2050 zu beachten hätten.

Es ist nicht möglich, bei der Angebotserstellung sowohl die Zeitansätze der Ö-

Norm D 2050 zu berücksichtigen als auch preislich mit dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin mit zu halten. Die Ursache für die preisliche Abweichung liegt daher darin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter Außerachtlassung der Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 kalkuliert hat, wohingegen der Antragstellerin und die anderen Bieter die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 zumindest teilweise berücksichtigt haben. Ob die Antragstellerin und die anderen Bieter die Zeitansätze dieser Ö-Norm vollständig oder nur teilweise berücksichtigt haben, ist im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren insoweit ohne Relevanz, als in beiden Fällen grundsätzlich der gleiche Effekt eintritt, dass die nach dieser Ö-Norm kalkulierten Angebote maßgeblich teurer sind als das in Rede stehende, ohne diese Ö-Norm kalkulierte Angebot.

Die mündliche Verhandlung hat auch ergeben, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bereits früher einen vergleichbaren Auftrag für die Antragsgegnerin ausgeführt hat. Insoweit lagen glaubwürdig sowohl der Antragsgegnerin als auch der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Erfahrungswerte dahingehend vor, dass mit den von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gewählten Zeitansätzen das Auslangen gefunden werden kann.

Die maßgebliche Ursache für die preislichen Unterschiede lag somit darin, dass die Antragsgegnerin und die präsumtive Zuschlagsempfängerin der Ö-Norm D 2050 keinerlei Relevanz für das Vergabeverfahren beigemessen haben, während die Antragstellerin und die anderen Bieter dies sehr wohl getan haben und aus diesem Grund erheblich teurer waren. Daraus leitet sich die maßgebliche Rechtsfrage ab, ob die Ö-Norm D 2050 für das gegenständliche Vergabeverfahren Relevanz hatte.

Zur Frage der Vereinbarung der Geltung der Ö-Norm D 2050:

Bei den Feststellungen zum maßgeblichen Sachverhalt wurde festgehalten, dass über das Angebotsformblatt MD BD-SR 75 1) alle in Betracht kommenden, im Ö-Normen-Verzeichnis enthaltenen Normen technischen Inhaltes, und 2) alle Ö-Normen mit vornormierten Vertragsinhalten (Werkvertragsnormen der Serie D 22xx) für einzelne Sachgebiete, soweit die Leistung oder auch nur Teile (einzelne

Positionen) derselben diese Sachgebiete betreffen, als vereinbart gelten.

Dazu hat die Antragstellerin ausgeführt, dass die Ö-Norm D 2050 ihrer Ansicht nach eine Norm technischen Inhaltes sei. Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten.

Der Senat hat dazu folgende Überlegungen angestellt:

Gemäß § 97 Abs. 2 BVergG 2006 sind bei der Erstellung eines Leistungsverzeichnisses geeignete Leitlinien, wie Ö-Normen oder standardisierten Leistungsbeschreibungen, heranzuziehen, soweit solche für die Beschreibung oder Aufgliederung bestimmter Leistungen vorhanden sind.

Gemäß § 99 Abs. 2 BVergG 2006 sind geeignete Leitlinien, wie Ö-Normen oder standardisierten Leistungsbeschreibungen, als Vertragsbestimmungen heranzuziehen, soweit solche für Vertragsbestimmungen vorhanden sind.

Die Ö-Norm D 2050 beschreibt Reinigungsdienstleistungen, macht diese vergleichbar und ordnet diesen maximale m²-Leistungen pro Stunde zu. Eine etwaige vergaberechtliche Relevanz kann diese Ö-Norm somit gegebenenfalls für die Erstellung eines Leistungsverzeichnisses (§ 97 BVergG 2006) erhalten. Die Ö-Norm D 2050 ist daher als Norm technischen Inhalts im Sinne der WD 313 einzustufen. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass es sich bei der Ö-Norm D 2050 nicht um eine Norm technischen Inhalts handeln würde, geht daher nach Ansicht des Senates ins Leere.

Unterschiedliche Leistungen:

Der Anwendungsbereich der Ö-Norm D 2050 umfasst einen Katalog von Dienstleistungen, welche diese Ö-Norm unter dem Begriff der Reinigungsdienstleistungen zusammenfasst und im Detail näher ausführt. Im Fall der Unterhaltsreinigung sind dies insbesondere die Vollreinigung, die Teilreinigung und die Sichtreinigung. Über diese drei Formen der Unterhaltsreinigung hinausgehend definiert diese Ö-Norm noch eine Reihe weiterer Formen der Unterhaltsreinigung (die Reinigung von Hotelzimmern,

Appartementzimmern, Gästezimmern und dergleichen; die OP-Reinigung; die Generalreinigung; die Sonderreinigung; die Großflächenreinigung etc.).

In rechtlicher Hinsicht ergab sich aus Sicht des Senates die Frage, ob die ausgeschriebenen Leistungen unter die von der Ö-Norm D 2050 umfassten Reinigungsdienstleistungen subsummiert werden können. Diese Frage war deswegen rechtlich entscheidend, weil die Ö-Norm D 2050 als Norm technischen Inhaltes nur dann auch eine „in Betracht kommende“ Norm darstellt, wenn sie die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen umfasst. Soweit die Ö-Norm D 2050 die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht einschließt, ist sie keine „in Betracht kommende“ Norm und aus diesem Grund nicht gemäß der WD 313 vereinbart.

Die ausgeschriebene Flächenreinigung könnte zunächst noch am ehesten eine Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050 darstellen. Die anderen Alternativen der Ö-Norm D 2050 scheiden zum größten Teil bereits von vornherein aus (so die Vollreinigung und weitgehend alle in dieser Ö-Norm angeführten abweichenden Unterhaltsreinigungsleistungen) oder kommen zumindest in weitaus geringerem Maße in Betracht als die Sichtreinigung (z.B. Teileinigung). Die Antragstellerin ist, ihrem Antragsvorbringen nach durchaus folgerichtig, davon ausgegangen, dass die Flächenreinigung (zumindest) als Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050 zu kalkulieren sei.

Die ausschreibungsgegenständliche Flächenreinigung unterscheidet sich jedoch in für den Zeitaufwand relevanter Weise von der Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm:

Zunächst ist hervorzuheben, dass die Sichtreinigung nach der Ö-Norm D 2050 unter anderem die Mülleentleerung, das Auffüllen von Bedarfs- oder Verbrauchsartikeln sowie die Entfernung augenscheinlicher grober Verschmutzungen im Rahmen einer Sichtkontrolle auf Böden, waagrechten und senkrechten Oberflächen freigeräumter Einrichtungsgegenstände, Fensterbänken und Heizkörpern ohne Verwendung von Steighilfen umfasst. Die ausgeschriebenen Leistungen sind hier jedoch so definiert, dass wesentliche Elemente der Sichtreinigung aus der Flächenreinigung herausgehoben und unter

einzelnen Positionen der Sonderreinigungen gesondert anzubieten sind. Dies trifft beispielsweise auf die Detailreinigung diverser Tisch/Bankkombinationen, die Reinigung diverser Flächen, die Reinigung von Parkplätzen, das Nachfüllen von „Hundeautomaten“, die Entleerung von Mistkübeln sowie von Kunststoff- und Metallbehältern zu. Die Antragsgegnerin hat sich insoweit in der bestandsfest gewordenen Ausschreibung eine Gliederung der ausgeschriebenen Dienstleistungen bedient, die von der in der Ö-Norm vorgesehenen Gliederung in die Kategorien Vollreinigung, Teilreinigung und Sichtreinigung sowie gegebenenfalls in die dort festgelegten Sonderreinigungen abweicht. Es liegt somit nach Ansicht des Senates eine bestandsfeste Abweichung von der Leistungsbeschreibung, welche sich aus der Ö-Norm D 2050 ergeben würde, vor.

Ein weiterer wesentlicher Unterschied liegt darin, dass die Flächenreinigung nur die Reinigung von mittels Greifzangen und Ähnlichem greifbaren losen Verunreinigungen sowie von Glasscherben beinhaltet. Die Entfernung von kleineren Verunreinigungen, welche nicht mittels Greifzange und dergleichen greifbar sind und auch keine Glasscherben darstellen, sowie die Entfernung von etwaigen leicht anhaftenden Verunreinigungen ist der bestandsfesten Leistungsbeschreibung zufolge im Zuge der Flächenreinigung nicht zu erbringen. Ob diese in der Flächenreinigung nicht inkludierten Leistungen an anderer Stelle in den Sonderreinigungen inkludiert sind, was teilweise der Fall ist, ist im gegebenen Zusammenhang insoweit ohne rechtliche Relevanz, als eine etwaige Implementierung solcher Leistungen als Sonderreinigungen nichts an der Frage ändert, ob die Flächenreinigung eine Sichtreinigung im Sinne der Ö-Norm D 2050 oder eine in Abweichung von dieser Ö-Norm umschriebene Reinigungsleistung ist.

Nach Ansicht des Senates ist also die Antragsgegnerin bei Erstellung des Leistungsverzeichnisses von der Ö-Norm D 2050 insoweit abgewichen, als sie die ausgeschriebene Flächenreinigung nicht im Sinne einer Sichtreinigung gemäß Ö-Norm D 2050 festgelegt hat, sondern eine insoweit abweichende Reinigungsdienstleistung definiert hat. Die Frage, ob die Antragsgegnerin in dieser Form von der Ö-Norm D 2050 abweichen durfte, stellt sich im gegebenen Zusammenhang bereits deswegen nicht, weil die Ausschreibung bestandsfest ist und die Frage der Zulässigkeit der Abweichung in diesem Verfahrensstadium

nicht mehr nachgeprüft werden kann.

Daraus, dass der Antragsgegnerin die ausgeschriebene Leistung abweichend von der Ö-Norm D 2050 festgelegt hat, folgt jedoch nach Ansicht des Senates rechtlich zwingend, dass die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 auf die ausgeschriebenen Leistungen nicht übertragbar sind. Die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 gelten insoweit nur für die Reinigungsleistungen, die in dieser Ö-Norm festgelegt sind. Die bestandsfeste Definition von anderen Reinigungsdienstleistungen, welche mit anderem Zeitaufwand einhergehen, bedingt nach Ansicht des Senates, dass damit von der Auftraggeberin auch die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 in bestandsfeste Weise für das konkrete Vergabeverfahren nicht relevant sind.

Die obigen Ausführungen gelten wie folgt sinngemäß auch für die von der Antragsgegnerin ausgeschriebenen Sonderreinigungen:

Die Sonderreinigungen beinhalten in einem Teil der Positionen Dienstleistungen, welche bei gesonderter Beurteilung an sich keine Reinigungsdienstleistungen darstellen und bereits aus diesem Grunde bei gesonderter Beurteilung nicht unter die Ö-Norm D 2050 subsummiert werden können. Dies gilt insbesondere für den Abtransport von Sperrmüll, welcher in der Ö-Norm D 2050 gar nicht angeführt ist und sich naheliegender Weise auch einer Kalkulation nach der in der Ö-Norm D 2050 vorgesehenen Weise nach Quadratmetern entzieht. Aber auch das Nachfüllen von „Hundeautomaten“ und das Entleeren von Mistkübeln sowie von Kunststoff- und Metallbehältern stellen bei isolierter Betrachtung keine Sichtreinigung, welcher einer Kalkulation nach der Ö-Norm D 2050 zugänglich wäre, dar, zumal es offenkundig völlig unpassend wäre, ein derartiges Nachfüllen bzw. eine derartige Entleerung nach dem in der Ö-Norm vorgesehenen Satz von 1.300 m²/Stunde kalkulieren zu wollen. Obwohl eine Sichtreinigung nach der Ö-Norm D 2050 viele dieser Sonderreinigungen inkludiert hätte, bewirkt die Aufgliederung der Dienstleistungen in einerseits Flächenreinigung und andererseits unterschiedliche Sonderreinigungen, dass auf diese Weise anstatt der in der Ö-Norm D 2050 vorgesehenen Sichtreinigung andere Reinigungsdienstleistungen festgelegt werden. Auch hier stellt sich die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer solchen von der Ö-Norm D 2050 abweichenden

Gliederung nicht, weil die Ausschreibung bereits bestandsfest ist und daher nicht mehr geprüft werden darf, ob in dieser Form von der Ö-Norm abgewichen werden durfte.

Zusammenfassung:

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin war erheblich billiger als alle anderen Angebote und als der geschätzte Auftragswert. Die Ursache des niedrigen Angebotspreises lag darin, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Leistungsgruppen „Flächenreinigung“ und „Sonderreinigungen“ mit Abstand am billigsten angeboten hat. Dies war ihr deswegen möglich, weil sie sich als einzige Bieterin bei der Erstellung und Kalkulation ihres Angebotes für nicht an die Ö-Norm D 2050 gebunden erachtete. Die anderen Bieter, die sich an diese Ö-Norm gebunden erachtet haben, kamen unter dieser Annahme zu wesentlich geringeren Reinigungsleistungen pro Arbeitsstunde und dementsprechend zu wesentlich höheren Angebotspreisen.

Die Antragsgegnerin hat das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin einer sorgfältigen vertieften Angebotsprüfung unterzogen. Dabei hat sie auch geprüft und im Zuge eines Aufklärungsgespräches mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abgeklärt, dass die Zeitansätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin plausibel sind. Ein wesentlicher Aspekt dieser Abklärung lag darin, dass die Antragsgegnerin durch die Abwicklung eines vergleichbaren mehrjährigen Reinigungsauftrages durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin über einschlägige Erfahrungswerte hinsichtlich der Realisierbarkeit dieser Zeitansätze verfügte.

Die Ausschreibung stellt insoweit eine Abweichung von der Ö-Norm D 2050 dar, als die zu erbringenden Reinigungsdienstleistungen von der Ö-Norm abweichend kategorisiert und festgelegt wurden. Die Ausschreibung und damit die Abweichung sind bestandsfest. Die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 beziehen sich nur auf die in dieser Ö-Norm festgelegten Reinigungsdienstleistungen. Legt ein Auftraggeber den Inhalt der zu erbringenden Reinigungsdienstleistungen in von der Ö-Norm abweichender Weise fest, so können die Zeitansätze der Ö-Norm auf die abweichenden Reinigungsleistungen nicht übertragen werden.

Durch die abweichende Festlegung der zu erbringenden Reinigungsleistungen hat die Antragsgegnerin mit ausreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, dass die Ö-Norm D 2050 nicht vereinbart werden soll, weil sie somit keine „in Betracht kommende“ Norm ist. Auch stellt sie auf Grund der abweichenden Festlegung der Reinigungsdienstleistungen keine inhaltlich geeignete Vergleichsgrundlage für die Beurteilung dar, ob die Zeitansätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erklär- und nachvollziehbar sind.

Da somit die Zeitansätze der Ö-Norm D 2050 als Beurteilungsgrundlage für die Zeitansätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht in Betracht kommen, war die Vorgangsweise der Antragsgegnerin, die Zeitansätze der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Sinne einer Plausibilitätsprüfung auf Grund der bisherigen Erfahrungswerte mit der Auftragsausführung durch die präsumtive Zuschlagsempfängerin und auf Grund der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegebenen Aufklärung zu beurteilen, nicht zu beanstanden.

Die darüber hinaus von der Antragsgegnerin im Zuge der vertieften Angebotsprüfung durchgeführten Prüfungen insbesondere der Kalkulation der Lohn- und Lohnnebenkosten und verschiedener Sachkosten und Zuschläge hatten keinen Bezug zur preislichen Auffälligkeit des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Darüber hinaus ergaben diese Prüfungen auch keinen Anlass zur Beanstandung der Kalkulation.

Als Ergebnis des Nachprüfungsverfahrens konnten die von der Antragstellerin vorgebrachten Vergaberechtswidrigkeiten nicht festgestellt werden. Diese lagen nicht vor, weshalb spruchgemäß zu entscheiden war.

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.ⁱⁿ Lettner