

## Zur vertieften Angebotsprüfung durch den (Sektoren-)AG gemäß § 268 Abs 1 BVergG 2006

### 1. § 125 Abs 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006

Es ist Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat die Preisgestaltung – ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung – anhand der dem AG zu Verfügung stehenden Unterlagen auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in den Z 1 bis 3 des § 125 Abs 4 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieter minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.

### 2. § 268 Abs 2 Z 2 BVergG 2006

Die Rechtsprechung zu § 125 BVergG 2006 über die Ermittlungspflicht der Nachprüfungsbehörde im Zusammenhang mit der vertieften Angebotsprüfung (Überprüfung der Preisgestaltung auf betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit anhand der dem AG zur Verfügung stehenden Unterlagen) kann auf den Sektorenbereich übertragen werden.

VwGH 25.1.2011, 2008/04/0082

§§ 125 Abs 1, 268 Abs 2 Z 2 BVergG 2006

Nachprüfungsverfahren; vertiefte Angebotsprüfung; Sektorenauftraggeber; Umfang der Ermittlungspflicht der Nachprüfungsbehörde

Von Georg Rihs

#### Kurzdarstellung des Sachverhalts:

Die W. GmbH (in der Folge kurz: „AG“) beabsichtigte als Sektorenauftraggeberin, im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens nach vorheriger Bekanntmachung die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich, nämlich der Übernahme des Overflows ihres Servicetelefon durch einen externen *Callcenter*-Dienstleister. Die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Das einzige Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis. In einem ersten Nachprüfungsverfahren gegen die Zuschlagsentscheidung zur GZ VKS-6808/07 hatte der Vergabekontrollsenat der Stadt Wien die erste Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärt. Der Vergabekontrollsenat der Stadt Wien begründete diese Entscheidung damit, dass der Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung die Angemessenheit der Preise im ein-

zelnen zu prüfen habe. Dies war im konkreten Fall nicht geschehen. Der Vergabekontrollsenat selbst sei als Nachprüfungsbehörde nicht dazu berufen, jene Schritte der Angebotsprüfung vorzunehmen, die der Auftraggeber vorzunehmen hätte. Allerdings ergäbe bereits eine Grobberechnung deutliche Hinweise darauf, dass der in dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot angeführte Preis nicht plausibel sei.

Das Vergabeverfahren wurde daraufhin fortgesetzt. Die AG führte diesmal eine vertiefte Angebotsprüfung durch. Nachdem die AG nach drei Aufklärungsschreiben von den verbliebenen Bietern ergänzende Auskünfte zur Kalkulation ihrer Angebote erhalten hatte, führte sie eine vertiefte Angebotsprüfung durch, im Zuge derer die pro *Call*-Minute (Gesprächszeit samt Nachbearbeitungszeit) angebotenen Preise einer eingehenden Prüfung unterzogen wurden.

Mit Schreiben vom 3. 12. 2007 ersuchte die AG die präsumtive Zuschlagsempfängerin um eine weitere Aufklärung zu ihrem letztgültigen Angebot, wobei sie (die AG) die von der Teilnahmeberechtigten in der Position 1.1. und in der Position 1.4. letztgültig angebotenen *Call*-Minutenpreise als „ebenfalls niedrig“ bezeichnete. Mit Schreiben vom 5. 12. 2007 ersuchte die AG die Antragstellerin um weitere Aufklärungen, insbesondere detaillierte Aufschlüsselung des Preises zu den Positionen 1.1., 1.2. und 1.4. (Abschnitt 5 des Ordners vertiefte Angebotsprüfung).

Zusammenfassend beantwortete die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Aufklärungsersuchen der AG damit, dass von ihren rund 200 Agents für die AG 36 Agents mit einer durchschnittlichen Arbeitszeit von 28 Stunden pro Woche im Angestelltenverhältnis vorgesehen sind. Zu Position 1.1. führte die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus, dass in der angebotenen Pauschale alle in der Ausschreibung geforderten Leistungen enthalten wären. Es sei ihr jedoch bewusst, „dass diese Kosten zum Teil die Gesamtkosten nicht zur Gänze decken könnten, da ja der genaue Aufwand nicht abschätzbar ist, jedoch für den Kunden W diese Unsicherheit durch unser Unternehmen getragen wird“. Zur Position 1.2. betreffend die Schulung ihrer Mitarbeiter vor Ort bei Wienstrom klärte die präsumtive Zuschlagsempfängerin auf, dass es sich bei dem pro Mitarbeiter angebotenen Pauschalpreis rein um die Lohnkosten handle. Zur Position 1.4. „Call-Minuten“ erklärt die präsumtive Zuschlagsempfängerin, dass der von ihr nach einer Reduktion angebotene Preis pro call-Minute die Gehälter ihrer fix angestellten Mitarbeiter, die für die Antragsgegnerin eingesetzt werden sollen, beinhalte. Diese (Gehälter) seien „im Minimum an den Kollektivvertrag“ angelehnt. Die Kosten, die für den laufenden Betrieb, weitere Schulungen und zum Teil fixe Betriebskosten anfallen, werden wiederum wie bei Punkt 1.1. von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin getragen, damit die Möglichkeit für die Gewinnung des Kunden W besteht, um somit unsere Qualität unter Beweis stellen zu können“. Die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei im anschließenden Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof) legte der Berechnung des Mittellohnes pro Mitarbeiter je Monat eine durchschnittliche Arbeitszeit von 28,5 Stunden zugrunde.

Mit Schreiben vom 5. 12. 2007 nahm die präsumtive Zuschlagsempfängerin abermals zu den Positionen 1.1., 1.2. und 1.4. des Leistungsverzeichnis und insbesondere zu Position 1.4. „Variable Kosten“ Stellung: Minutengenaue Abrechnung ausgeführt, dass der von ihr errechnete Minutenpreis auf einer Annahme der angegebenen Menge von 5.000 – 15.000 *Overflow-calls* beruht. Dazu wird der Minutenpreis angegeben. Weiters führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass ihre angestellten Mitarbeiter durchschnittlich 28,5 Stunden pro Woche mit einem Gehalt von (...) p.M. beschäftigt sind. Bei einer Vorgabe von durchschnittlich 50.000 Minuten pro Monat bedeute dies für die Teilnahmeberechtigte, dass ihr Agents auch für andere Projekte tätig sein können und somit auch kein Anspruch auf Exklusivität für Wienstrom besteht. Der Minutepreis wird von ihr wie folgt aufgeteilt: rund 70% Personalkosten, 10% Technik, 10% Administration und 10% Sonstiges. Dazu kommen noch 20% USt.

Mit Schreiben vom 7. 12. 2007 teilte die AG ihre Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin. Diese Zuschlagsentscheidung ging der Antragstellerin am gleichen Tage zu.

#### [Verfahren vor dem Vergabekontrollsenat der Stadt Wien]

Gegen die Zuschlagsentscheidung der AG richtete sich der Antrag auf Nichtigerklärung, Erlassung eine einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie auf Kostenersatz. Weiters begehrt die Antragstellerin, das in der Zuschlagsentscheidung der Antragsgegnerin vom 21. 12. 2007 zum Ausdruck kommende Nichtausscheiden des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. weiterer nachgereihter Angebote ebenfalls für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei im anschließenden Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof) erachtete sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Verfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt. Die AG (Antragsgegnerin) wäre verpflichtet gewesen, alle jene Angebote, die nach einer vertieften Angebotsprüfung eine nichtplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen, bzw. bei denen ein Verstoß gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen vorliege, auszuschneiden. Die AG beabsichtige, den Zuschlag auf ein Angebot zu erteilen, das nur ein Drittel des Angebotspreises der Antragstellerin ausmache. Diese Tatsache lasse Zweifel an der **Angemessenheit** des Angebotspreises entstehen. Es bestehe daher die Vermutung, dass die AG eine vertiefte Angebotsprüfung nach § 268 Abs 3 BVergG 2006 nicht vorgenommen habe. (...) Aus dem für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Angebot errechne sich ein Stundensatz in der Größenordnung von ca EUR 8,70, woraus sich ergebe, dass arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verletzt wurden. Die AG habe es offenbar unterlassen zu prüfen, ob auf der Grundlage des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine ausschreibungs- bzw. vertragskonforme Leistungserbringung sichergestellt ist. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass das Angebot den Ausschreibungsanforderungen nicht entspricht. Bei entsprechender Prüfung wären das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und allfällige nachgereichte Angebote, auf die diese Voraussetzungen zutreffen, auszuschneiden gewesen.

Der Vergabekontrollsenat der Stadt Wien erklärte die Zuschlagsentscheidung der AG nichtig.

Die Entscheidung des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien gründete im Wesentlichen auf dem Inhalt des Vergabeaktes und der inhaltlichen Ausführungen der AG im Zuge der mündlichen Verhandlungen. Der Vergabekon-

trollsenat der Stadt Wien stellte fest, dass die Antragsgegnerin (nach Aufhebung ihrer ersten Zuschlagsentscheidung) eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen hatte. Die Ergebnisse der vertieften Angebotsprüfung waren nach Ansicht des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien mit einer detaillierten Niederschrift über die Angebotsprüfung und die Bewertung der Angebote in den Vergabeakten ausreichend dokumentiert. Der Vergabekontrollsenat folgte jedoch dem Ergebnis der Prüfung der Richtigkeit des Call-Minuten-Preises in Position 1.4. durch die AG nicht. Bei der von der AG angestellten, ihrer vertieften Angebotsprüfung zugrunde gelegten Musterkalkulation bemängelte der Vergabekontrollsenat der Stadt Wien, dass die AG bei ihrer Musterkalkulation einen falschen Dienstgeberbeitrag angenommen hatte. Von der Antragstellerin und der AG wurde der Dienstgeberbeitrag laut Tabelle mit 30,93 % angenommen. Die AG habe allerdings übersehen, dass die Dienstgeberbeiträge in direkte Lohnnebenkosten und umgelegte Lohnnebenkosten eingliedert werden müssen.

Die direkten Lohnnebenkosten beinhalten die Beiträge zu Arbeitslosenversicherung, Insolvenz-Entgeltsicherung, Pensionsversicherung nach ASVG, Krankenversicherung nach ASVG, Unfallversicherung, Familienlastenausgleichsfonds und den Wohnbauförderungsbeitrag. Die umgelegten Lohnnebenkosten beinhalten bezahlte Feiertage, Weihnachtsfeiertage, Sonderfeiertage, bezahlte Urlaubstage, entgeltliche Freizeit, Entgeltfortzahlung, Krankheit, Unfall, Ausgleichstaxe nach dem Behinderteneinstellungsgesetz, Weihnachtsgeld, Sozialversicherung und Kommunalsteuer zum Weihnachtsgeld, Sozialversicherung für unbezahlten Urlaub und Betriebsstörung, Ausfallszeiten der Betriebsräte, Prämien, Abfertigungen, Kommunalabgaben auf Ausfallstage. Die direkten Lohnnebenkosten errechnen sich in einem Gesamtprozentsatz von rund 16,33 %, die umgelegten Lohnnebenkosten mit einem Gesamtprozentbetrag von rund 55,90 %. Die AG habe bei ihrer „Musterkalkulation“ die umgelegten Lohnnebenkosten (...) nicht berücksichtigt. Wenn daher die AG bei ihrer Kalkulation zu Kosten pro verrechneter Callminute gelangt sei, die etwa in Höhe jener Kosten pro Callminute liegen, die von der Teilnahmeberechtigten (ohne 13 %igen Abschlag) angesetzt wurden, habe sie für den von ihr vorgenommenen Vergleich einen nicht richtig berechneten Callminutenpreis herangezogen. Würden auch die umgelegten Lohnnebenkosten berechnet, so würde sich ein Callminutenpreis ergeben, der um etwas mehr als einem Viertel über dem von der AG angenommenen Kostenbetrag liegt. Dazu komme, dass in der von der AG angestellten Musterberechnung der von ihr angenommene Gemeinkostenzuschlag von 8 % für einen Dienstleistungsbetrieb zu niedrig angesetzt sein dürfte.

Die Antragstellerin selbst habe in ihrem Aufklärungsschreiben vom 3. 12. 2007 erklärt, zu dem von ihr angebotenen Preis pro Callminute derart gekommen zu sein, dass „die Gehälter unserer fix angestellten Mitarbeiter ... im Minimum an den Kollektivvertrag angelehnt“ sind. Berücksichtige man nun weiters, dass die Teilnahmeberechtigten in ihrem Letztangebot auf den von ihr errechneten, etwa in Höhe des von der Antragsgegnerin berechneten Callminutenpreises liegenden Preises einen Rabatt von 13 % gewährt, ist davon auszugehen, dass dieser Preisnachlass sich zwingend auf die Lohnkosten auswirken muss. Wenn in diesem Zusammenhang die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung vom 25.3.2008 vorgebracht habe, dass „die Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen nur für den Nachweis einer plausiblen Kalkulation maßgebend sein kann, nicht aber für den endgültig angebotenen Preis, der einen Nachlass enthält“, gestehe sie indirekt zu, dass der von ihr angebotene Nachlass sich letztlich auf die Lohnkosten auswirkt. Dies vor allem unter Berücksichtigung ihrer Erklärung im Schreiben vom 5.12.2007, dass sich der von ihr angebotene Minutenpreis aus 70 % Personalkosten, 10 % Kosten für Technik, 10 % Kosten für Administration und 10 % Sonstiges zusammensetzt. Wenn es auch zutrefte, dass ein Unternehmer, um überhaupt in den Markt einzudringen, auch eine Unterdeckung für seine angebotenen Leistungen kalkulieren kann, so könne eine derartige Unterdeckung jedenfalls nur in einem geringfügigen Prozentsatz angesetzt sein. Allein der Hinweis der Teilnahmeberechtigten, dass bei einer Unterdeckung eine Gefährdung des Unternehmens nicht gegeben wäre, genüge nicht, zumal auch dieser Umstand von der Antragsgegnerin nicht näher geprüft wurde. Zu diesem Problem werde die Teilnahmeberechtigten im fortgesetzten Verfahren noch eine nachvollziehbare Darstellung abzugeben haben.

Nach § 19 Abs 1 BVergG 2006 habe die Vergabe grundsätzlich nur zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Sollten, wie ebenfalls von der Antragstellerin vorgebracht, allfällige Verluste aus der Ausführung des gegenständlichen Auftrages durch die Ergebnisse der sonstigen Tätigkeit des Unternehmens aufgefangen werden, liegt eine angemessene Preisgestaltung für die gegenständlichen Leistungen nicht vor.

Unter Berücksichtigung der direkten Lohnnebenkosten und umgelegten Lohnnebenkosten errechnen sich die Monatslohnkosten inklusive Anteil 13. und 14. Gehalt in Höhe von rund EUR 2.870,20, statt – wie von der AG bzw. der Antragstellerin angegeben – von EUR 2.062,15. Die Berechnungen der AG und der Antragstellerin nicht korrekt sein, weil letztere bei dem von ihr mit Rabatt angebotenen Callminutenpreis ein zu hoher Verlust entstehen müsste.

Ausgehend von der Musterkalkulation der AG könne nicht entschieden werden, ob eine richtige und nachvollziehbare Prüfung des Angebotes der Teilnehmereberechtigten auf Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften vorliege. Wenn auch die Antragstellerin mit ihrem Angebot an letzter Stelle gereiht wurde, kann derzeit noch nicht gesagt werden, ob die Zuschlagsentscheidung bzw. die Reihung der vor der Antragstellerin liegenden Angebote entsprechend den Bestimmungen des Vergaberechtes erfolgt ist oder nicht. Wie bereits im Bescheid vom 23. 10. 2007, VKS–6808/07, ausgeführt, liegt eine derartige Prüfung nicht in der Kompetenz der Nachprüfungsbehörde. Aus diesen Gründen sei daher dem Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung (abermals) stattzugeben gewesen.

#### [Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof]

Die AG wandte sich mit Bescheidbeschwerde gegen den Bescheid des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien (in der Folge: belangte Behörde) an den Verwaltungsgerichtshof. Die AG brachte vor, dass die nach Auffassung der belangten Behörde zu prüfende wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Zuschlagsempfängerin bereits in der ersten Phase des Verhandlungsverfahrens geprüft worden und daher nicht mehr Gegenstand der vertieften Angebotsprüfung sei. Im Beschwerdefall entstehe durch den angebotenen Preis gerade keine Gefährdung der Liquidität des Unternehmens der Zuschlagsempfängerin. Vielmehr ergebe sich aus § 268 Abs 3 BVergG 2006, dass auch die Marktposition, die Unternehmenstätigkeit und die Geschäftstätigkeit eines Bieters zu berücksichtigen seien. Wenn die belangte Behörde auf die umgelegten Lohnkosten, wie sie sich aus den Ansätzen des K 3-Blattes ergäben, hinweise, übersehe sie, dass die Kalkulationsblätter der ÖNORM B 2061 die Preisermittlung für Bauleistungen betreffen, nicht jedoch wie vorliegend Dienstleistungen. Warum der Gemeinkostenzuschlag von 8 % zu niedrig angesetzt sein dürfte, lasse die belangte Behörde offen. Auch seien in der Musterkalkulation der Beschwerdeführerin als Auftraggeberin „unproduktive“ Zeiten (zB Krankenstand, Urlaub etc) berücksichtigt worden, was von der belangten Behörde jedoch mit keinem Wort erwähnt worden sei. Die belangte Behörde lasse zudem offen, was sie unter „zu hohem Verlust“ bei einer Unterdeckung für die angebotenen Leistungen verstehe. Der Verwaltungsgerichtshof behob den Bescheid des Vergabekontrollsenates der Stadt Wien wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes gemäß § 42 Abs 2 Z 1 VwGG auf. Die belangte Behörde hätte auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens die Argumente der AG und der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligten Partei im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichts-

hof) gegen die Plausibilität des Preises der Zuschlagsempfängerin nachprüfen müssen.

#### Aus den Entscheidungsgründen:

##### [Zur vertieften Angebotsprüfung im Sektorenbereich gemäß § 268 BVergG 2006]

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 mit Verweis auf seine Vorjudikatur zum BVergG 2002 (hg Erkenntnis vom 15. 9. 2004, 2004/04/0032) festgehalten, dass es Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabekontrollbehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie hat vielmehr – ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung – unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur – grob – geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl zu allem das hg Erkenntnis vom 5. 11. 2010, 2006/04/0245).

Die Regelung des § 268 BVergG 2006 über die vertiefte Angebotsprüfung entspricht jener des § 125 BVergG 2006, jedoch wurden vom Gesetzgeber (im Hinblick auf Art 57 der Richtlinie 2004/17/EG) die Vorgaben für Sektorauftraggeber etwas reduziert (vgl die Materialien in RV 1171 BlgNR 22. GP). Dennoch kann die oben angeführte Rechtsprechung auf die vertiefte Angebotsprüfung im Sektorenbereich (§ 268 BVergG 2006) übertragen werden: Die Vergabekontrollbehörde hat danach – ebenso wie der Sektorauftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung – unter Berücksichtigung der auch dem Sektorauftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 268 Abs 2 Z 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind (Plausibilitätsprüfung).

##### [Zur Plausibilitätsprüfung durch die Nachprüfungsbehörde]

Fallbezogen ist daher die belangte Behörde zunächst im Recht, dass die Angemessenheit der Preise in Bezug auf

die „ausgeschriebenen“ Leistungen (hier nach § 268 Abs 1 BVergG 2006) geprüft werden muss (vgl auch hierzu das zitierte hg Erkenntnis vom 5. 11. 2010).

Die Nichtigkeitsklage der Zuschlagserteilung der Auftraggeberin vom 7. 12. 2007 stützt die belangte Behörde aber zusammenfassend auf die Auffassung, dass ausgehend von der Musterkalkulation der Auftraggeberin eine richtige und nachvollziehbare Prüfung des Angebotes der Zuschlagsempfängerin auf Einhaltung der arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften nicht vorliege. Damit verkennt die belangte Behörde aber, dass es nach der oben dargestellten Rechtslage ihre Aufgabe als Vergabekontrollbehörde gewesen wäre, selbst eine entsprechende Plausibilitätsprüfung vorzunehmen und diese nicht im Wege einer „Kassation“ dem Auftraggeber zu übertragen. Nur wenn die Vergabekontrollbehörde selbst im Wege einer Plausibilitätsprüfung zum Ergebnis gelangt, dass die Preisgestaltung betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nachvollziehbar ist, liegt insoweit eine Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung vor.

Selbst wenn man davon ausginge, dass die belangte Behörde eine entsprechende Plausibilitätsprüfung vorgenommen hat, entzieht sich die von der Behörde im Hinblick auf die von ihr angenommenen Prozentsätze der direkten Lohnnebenkosten (16,33 %) und der umgelegten Lohnnebenkosten (55,90 %) angestellten Über-

legungen mangels näherer Begründung einer nachprüfenden Kontrolle durch den Verwaltungsgerichtshof.

Auch die Behauptung, ein Unternehmer könne, um überhaupt in den Markt einzudringen, auch eine Unterdeckung für seine angebotenen Leistungen kalkulieren, jedoch könne eine derartige Unterdeckung jedenfalls nur in einem geringfügigen Prozentsatz angesetzt sein, entbehrt einer nachvollziehbaren Begründung im Hinblick auf den entscheidenden Maßstab der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit.

Das BVergG 2006 konkretisiert nämlich nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar. Vielmehr ist dessen betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit aus sachverständiger Sicht zu ermitteln (vgl hierzu auch *Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* [Hrsg], Bundesvergabegesetz 2006 – Kommentar<sup>2</sup> [Loseblattausgabe] § 268, Rz 2; *Fink/Hofer in Heid/Preslmayr* [Hrsg], Handbuch Vergaberecht<sup>3</sup> [2010] 548 f, Rz 1415). Gegenständlich wäre es daher Aufgabe der belangten Behörde (als Vergabekontrollbehörde) gewesen, auf der Grundlage eines Sachverständigenutachtens jene Argumente nachzuprüfen, die von der Auftraggeberin für bzw. von der mitbeteiligten Partei (als Nachprüfungserberin) gegen die Plausibilität des Preises der Zuschlagsempfängerin ins Treffen geführt wurden.

## Anmerkung

Die Verpflichtung des Sektorenauftraggebers zur Aufklärung über die Positionen des Angebotes und vertieften Prüfung bei Vorliegen begründeter Zweifel an der Angemessenheit von Preisen gemäß § 268 Abs 2 Z 1 BVergG 2006 entspricht der Regelung des § 125 Abs 4 Z 3 BVergG 2006 für den „klassischen“ Bereich. Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist gemäß § 125 Abs 2 BVergG 2006 von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Nach der vorliegenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes ist die verwaltungsgerichtliche Rechtsprechung zu § 125 BVergG 2006 auch für den Sektorenbereich maßgeb-

lich. Als Prüfmaßstab bei der vertieften Angebotsprüfung gelten daher auch im Sektorenbereich (insbesondere) die Kriterien des § 125 Abs 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 (Einpreisung aller wesentlichen Positionen der direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten sowie Nachvollziehbarkeit der Aufwands- und Verbrauchsansätze, grundsätzlich höhere Bewertung des Einheitspreises [Pauschalpreises, Regiepreises] für höherwertige Leistungen als für geringerwertige Leistungen, Erklärbarkeit der Aufgliederung der Preise bzw des Gesamtpreises). Die Anwendbarkeit der Prüfkriterien des § 125 Abs 4 BVergG 2006 auch im Sektorenbereich<sup>1</sup> wurde mit dem vorliegenden Er-

1 In diesem Sinn in der Lit etwa *Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), BVergG 2006 (Loseblattausgabe) zu § 268 BVergG 2006, Rz 19 f;

*Heid/Preslmayr* (Hrsg), Handbuch des Vergaberechts<sup>3</sup> (2010) Rz 1687.

kenntnis von der Rechtsprechung bestätigt. Die Voraussetzungen für die Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber sind nach der Rechtsprechung in § 125 Abs 3 BVerG 2006 für den „klassischen Bereich“ bzw in § 268 Abs 2 BVerG 2006 für den Sektorenbereich taxativ aufgezählt: In Fall des Vorliegens eines Tatbestandes des § 125 Abs 3 bzw § 268 Abs 2 BVerG 2006 ist der Auftraggeber verpflichtet, eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen, widrigenfalls eine Zuschlagsentscheidung auf ein Angebot mit Nichtigkeit bedroht ist.<sup>2</sup> Der Auftraggeber kann jedoch auch in anderen Fällen eine vertiefte Angebotsprüfung durchführen.<sup>3</sup> Die Entscheidung, eine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs 4 BVerG 2006 (nicht) durchzuführen, ist einer Nachprüfung durch die Vergabekontrollbehörden zugänglich.<sup>4</sup>

Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber hat der Bieter die Möglichkeit, die Angemessenheit der angebotenen Preise („kontradiktorisch“)<sup>5</sup> darzulegen. Der Bieter hat einen Anspruch darauf, vom Auftraggeber im Zuge der vertieften Angebotsprüfung zu erfahren, welche Einzelpositionen und aus welchem Grund unplausibel, nicht nachvollziehbar oder unangemessen erscheinen, weil er nur auf diese Weise in die Lage versetzt wird, eine sachgerechte Aufklärung zu geben.<sup>6</sup> Der Verwaltungsgerichtshof hat im vorliegenden Erkenntnis seine bisherige Rechtsprechung<sup>7</sup> fortgeschrieben, wonach die Preisangemessenheitsprüfung als Plausibilitätsprüfung ausgestaltet ist, nach der eine „minutiöse Überprüfung der gesamten Kalkulation“ nicht erforderlich ist. Die vertiefte Angebotsprüfung erfordert demnach jedoch eine derartige „Tiefe“ der „groben“ Prüfung, die eine ausreichend begründete Schlussfolgerung ermöglicht, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann.<sup>8</sup> Grundsätzlich kann

auch eine bewusst unter den Selbstkosten erfolgte Kalkulation von Angebotspreisen eine Erklärung für ungewöhnlich niedrige bzw unangemessene Angebotspreise sein, wenn dies etwa zur Eroberung eines neuen Marktes oder zur Erweiterung von Marktanteilen erfolgt.<sup>9</sup> Verfahrensrechtlich erscheint bemerkenswert, dass der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde aufgrund inhaltlicher Rechtswidrigkeit und nicht, wie in früheren, ähnlich gelagerten Fällen aufgrund von Verfahrensfehlern (mangelhaftes Verfahren, wesentliche Begründungsmängel)<sup>10</sup> aufgehoben hat. Zwar wurde bereits zuvor judiziert, dass die Nachprüfungsbehörde die Angemessenheit der Preise auf Grundlage der Unterlagen zu prüfen hat, die dem Auftraggeber zur Verfügung standen.<sup>11</sup> Der Verwaltungsgerichtshof hat in dieser Entscheidung jedoch hinsichtlich der Angemessenheit des Angebotspreises der Teilnehmerebene ausdrücklich die Aufnahme eines Sachverständigenbeweises für die von den Parteien vorgebrachten Argumente gefordert und damit die Ermittlungspflicht der Nachprüfungsbehörden neu definiert. Damit ist klargestellt, dass es in der Kompetenz der Nachprüfungsbehörde liegt, mittels Sachverständigenbeweises selbst eine richtige und nachvollziehbare Angebotsprüfung jedenfalls im Hinblick auf die Preisangemessenheit vorzunehmen. Die rechtliche Beurteilung der belangten Nachprüfungsbehörde, die die Überprüfung der Richtigkeit und Nachvollziehbarkeit bzw der Angemessenheit der Angebotspreise als alleinige Aufgabe des Auftraggebers auffasste, wurde vom Verwaltungsgerichtshof als unrichtig erkannt. Beachtlich ist weiters, dass der Verwaltungsgerichtshof die Prüfung durch die Nachprüfungsbehörde alleine – ohne Einbeziehung eines externen Sachverständigen – trotz eingehender Auseinandersetzung des Vergabekontrollsenates Wien mit der Angemessenheit des Angebotspreises der in Aussicht genommenen

2 BVA 5. 6. 2003, 12N-33/03-15.

3 VwGH 27. 1. 2006, 2005/04/0202; 29. 3. 2006, 2003/04/0181.

4 BVA 27. 7. 2001, N-63/01-20; VwGH 29. 3. 2006, 2003/04/0181.

5 EuGH 27. 11. 2001, Verb Rs C-285/99 u C-286/99, *Impresa Lombardini SpA*, Slg 2001, I-9233, Rn 43 ff.

6 BVA 1. 10. 2004, 06N-84/04-22.

7 VwGH 5. 11. 2010, 2006/04/0245.

8 Vgl auch BVA 13. 6. 2008, N/0052-BVA/06/2008-50. Zu diesem Thema in der Lit ausführlich *Gölles/Gillich*, Nach der BVerG-Novelle 2007: Wie „tief“ ist die vertiefte Angebotsprüfung? ZVB 2008, 37.

9 BVA 3. 9. 2004, 10N-57/04-34.

10 VwGH 29. 3. 2006, 2003/04/0181.

11 VwGH 15. 9. 2004, 2004/04/0032 = ZVB 2006/1328.

Zuschlagsempfängerin im Zuge des Nachprüfungsverfahrens als nicht ausreichend erachtet. Dies obgleich sich die Nachprüfungsbehörde im Detail mit der Angebotskalkulation sowie der Musterkalkulation der AG befasste und mit der Begründung keine konkrete Aussage zur Preisangemessenheit machte, dass auf Grund eines Fehlers in der Musterkalkulation der AG keine ordnungsgemäße Prüfung der Preisangemessenheit durch die Nachprüfungsbehörde erfolgen konnte. In diesem Zusammenhang war wohl auch indirekt die nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes im Sinne des Transparenzgebotes unzureichende Begründung der Nachprüfungsbehörde aus-

schlaggebend für die Aufhebung des Bescheides, obwohl eine eindeutige Begründung am Ergebnis mit wohl überwiegender Wahrscheinlichkeit nichts geändert hätte. Es bleibt abzuwarten, wie die Nachprüfungsbehörden dieses Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes in der Praxis umsetzen werden. Die verpflichtende Befassung externer Sachverständiger wird die Verfahren möglicherweise (deutlich) verzögern. Ob die Bestellung externer Sachverständiger einem effektiven und raschen Rechtsschutz förderlich sein wird, wird auch maßgeblich von den Fragestellungen der Nachprüfungsbehörden an die jeweiligen Sachverständigen abhängen.

## BVA: Mindestanforderungen als unbedingte, jedenfalls zu erfüllende Anforderungen

1. Nach den allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen zivilrechtlichen Regelungen der §§ 914 ff ABGB sind die Ausschreibungsunterlagen nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren.
2. Alternativangebote haben die Mindestanforderungen zu erfüllen und die Erbringung einer gleichwertigen Leistung sicherzustellen.
3. Mindestanforderungen im Sinne des BVergG sind unbedingte bzw jedenfalls zu erfüllende Anforderungen, welche ein Alternativangebot mindestens zu erfüllen hat.

BVA 23.2.2011, N/0003-BVA/02/2011-19

„Galerie Oberweißburg“

§ 2 Z 2 BVergG; § 81 BVergG; § 106 BVergG; § 129 BVergG; §§ 914 ff ABGB

Alternativangebot; bestandfeste Ausschreibung; Ausscheiden; Bau-Soll

Von Florian Keschmann (am Verfahren beteiligt)

### Sachverhalt

Die ASFINAG führte ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Oberschwellenbereich durch. Alternativangebote waren nach den Ausschreibungsunterlagen zugelassen, wobei für diese als Mindestanforderungen festgelegt war: „*Alternativangebote, welche mit der Ausschreibung technisch wirtschaftlich und rechtlich gleichwertig und vergleichbar sind, werden mit nachstehenden Einschränkungen zum gegenständlichen Vergabe-*

*verfahren zugelassen: [...] Alternativangebote müssen das in den technischen Teilen (B.3, B.5) beschriebene Bau-Soll und den dort beschriebenen Leistungsumfang jedenfalls abdecken. Sämtliche Funktionsanforderungen müssen in der ausgeschriebenen Qualität erhalten bleiben. Mindestanforderungen sind somit insbesondere: [...]*“.

Die Antragstellerin gab ein ausschreibungskonformes Hauptangebot und mehrere Alternativangebote ab, wobei eines davon nach der Angebotsverlesung an zweiter Stelle gereiht war. Die Auftraggeberin richtete an die Antragstellerin im Zuge der Angebotsprüfung die Aufklärungsaufforderung unter anderem mit der Bemerkung, dass dieses Alternativangebot als nicht technisch gleichwertig erachtet werde. Die Antragstellerin versuchte, dieser Aufforderung zu entsprechen, wurde aber in weiterer Folge mit ihrem Alternativangebot aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden, weil diese nicht technisch gleichwertig wäre. Gegen das Ausscheiden dieses Alternativangebotes richtete die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag an das Bundesvergabeamt.