



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler sowie die den Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator und die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Tiefenböck, in der Revisionssache der A GmbH in W, vertreten durch Ing. Mag. Sandro Huber, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Getreidemarkt 14/13, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 20. September 2016, VGW-123/029/7390/2016-9, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Partei: W GmbH in W, vertreten durch die Schwartz Huber-Medek Pallitsch Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Hohenstaufengasse 7), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 **1.** Die mitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) führte ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den vergaberechtlichen Vorschriften für Sektorenauftraggeber zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages über Reinigungsleistungen.
- 2 Die Revisionswerberin legte ein Angebot, das von der Auftraggeberin am 31. Mai 2016 nach Überprüfung der Angebotskalkulation durch einen beigezogenen Sachverständigen und einer vertieften Angebotsprüfung ausgeschieden wurde.
- 3 **2.1.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 20. September 2016 wies das Verwaltungsgericht Wien (Verwaltungsgericht) den Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigerklärung dieser Ausscheidensentscheidung ab (Spruchpunkt I.) und sprach aus, dass die Revisionswerberin die Pauschalgebühren in der Höhe von € 6.000,-- selbst zu tragen habe (Spruchpunkt II.) und die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nicht zulässig sei (Spruchpunkt III.).
- 4 **2.2.** In seiner Begründung führte das Verwaltungsgericht unter anderem aus, dass die Revisionswerberin mit einem „Mittellohnpreis“ in der Höhe von € 15,92 kalkuliert habe. Dieser sei der Auftraggeberin als auffällig niedrig





erschieden, insbesondere die in der Zeile F des Formblattes 1 mit 83 % ausgewiesenen Lohnnebenkosten. Die von der Auftraggeberin mit Schreiben vom 11. April 2016 um Aufklärung ersuchte Revisionswerberin habe am 15. April 2016 eine Lohnnebenkostenaufstellung übermittelt. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26. April 2016 sei die Revisionswerberin aufgefordert worden, zu den Vorhalten der Auftraggeberin betreffend die Lohnnebenkostenaufstellung Stellung zu nehmen. Die Revisionswerberin habe daraufhin neuerlich eine - inhaltlich geänderte - Lohnnebenkostenaufstellung vorgelegt und sich zu den von der Auftraggeberin angesprochenen Punkten geäußert. Der von der Auftraggeberin zur Prüfung der Preisangemessenheit des Angebots der Revisionswerberin beigezogene Sachverständige habe die Angemessenheit des der Kalkulation zugrunde liegenden Mittellohnpreises anhand der Ausschreibungsunterlagen, der Angebotsunterlagen der Revisionswerberin sowie der Schreiben der Auftraggeberin und der Stellungnahmen der Revisionswerberin geprüft. Der Sachverständige sei zum Schluss gekommen, dass das allgemeine Kosten- und Preisgefüge der Kalkulation anhand der Angaben im „Formblatt 1 - Mittellohnpreis“ nicht plausibel nachvollzogen werden könne und die Nichtberücksichtigung von Bestandteilen der Lohnnebenkosten zu einer Kostenunterdeckung von rund 8 % führe. Der Revisionswerberin sei schließlich mit Schreiben der Auftraggeberin vom 31. Mai 2016 die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt worden.

- 5 Das Verwaltungsgericht stellte fest, dass auf Grund des Aufklärungsersuchens der Auftraggeberin vom 11. April 2016 im Zuge der vertieften Angebotsprüfung von der Revisionswerberin eine im Unternehmen aufliegend gewesene Lohnnebenkostenaufstellung aus einem anderen Vergabeverfahren vorgelegt worden sei; dies habe die Revisionswerberin in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht selbst eingeräumt.

Der für die Bestimmung der Pauschalgebühren maßgebliche geschätzte Auftragswert in ziffernmäßig konkret bestimmter Höhe ergebe sich aus dem unbedenklichen Vergabeakt der Auftraggeberin.

- 6 Das Schreiben der Auftraggeberin an die Revisionswerberin vom 26. April 2016 trage - im Gegensatz zu dem mit „Ersuchen um Aufklärung



[...]“ betitelten Schreiben der Auftraggeberin vom 11. April 2016 - die Überschrift „Ersuchen um Stellungnahme zu den Ausscheidensgründen gemäß §§ 269 Abs. 1 Z 3 und Z 5 BVergG 2006“. Somit habe der Revisionswerberin - so das Verwaltungsgericht weiter - unmissverständlich klar sein müssen, dass die Auftraggeberin nach bzw. auf Grund der Reaktion der Revisionswerberin auf das Aufklärungsersuchen vom 11. April 2016 einen Ausscheidensgrund gegeben sehe, wobei insbesondere auf die fehlende Berücksichtigung direkter Lohnnebenkosten auf die Sonderzahlungen Bezug genommen worden sei. Keinesfalls habe die Revisionswerberin (wie sie selbst einräumt) das Schreiben vom 26. April 2016 als Aufforderung verstehen dürfen, neuerlich (bzw. offenbar erstmals im Vergabeverfahren) die der Angebotspreiskalkulation zugrunde liegenden Lohnnebenkosten vom Steuerberater anzufordern und nunmehr der Auftraggeberin vorzulegen. Ein solches Verständnis verbiete sich bereits durch die sprachlich klare und inhaltlich unzweideutige Aufforderung der Auftraggeberin, zu konkret angeführten Sachverhalten, durch die die Auftraggeberin einen Ausscheidenstatbestand im Sinn der von ihr auch konkret angeführten Gesetzesbestimmungen verwirklicht sehe, Stellung zu nehmen. Die Auftraggeberin habe mit ihrem Schreiben vom 11. April 2016 die Revisionswerberin auf Grund der in ihrem Angebot georteten Unklarheiten zur Aufklärung aufgefordert. Von der Revisionswerberin sei dazu eine verbindliche Erklärung in Form der Vorlage der „Beilage B - Lohnnebenkosten“ gemacht worden. Nach den späteren Erklärungen der Revisionswerberin habe sich herausgestellt, dass diese Beilage nicht für das gegenständliche Verfahren erstellt worden sei. Nach Ende der Angebotsfrist komme im offenen Verfahren eine Kalkulation der (direkten) Lohnnebenkosten nach Angebotsöffnung bzw. nach erfolgloser Aufklärung im Stadium des Vorhalts von Ausscheidenstatbeständen nicht in Betracht. Durch die Vorlage einer nicht auf das konkrete Vergabeverfahren bezogenen Lohnnebenkostenaufstellung habe die Revisionswerberin dem Aufklärungsersuchen nicht entsprochen. Auch die weitere Vorgangsweise der Revisionswerberin im Zuge des kontradiktorisch abgeführten Verfahrens der Auftraggeberin ergebe nichts anderes. Für die Auftraggeberin sei in keinem Fall plausibel nachvollziehbar gewesen, welche



konkreten, unternehmensbezogenen kalkulatorischen Kostenbestandteile die Revisionswerberin ihrer Angebotskalkulation seinerzeit zugrunde gelegt habe, insbesondere bei der Ermittlung der Lohnnebenkosten. Der Ausscheidenstatbestand gemäß § 269 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 sei somit erfüllt.

- 7 Der geschätzte Auftragswert gemäß § 184 Abs. 2 Z 2 BVergG 2006 übersteige den Schwellenwert um mehr als das Zehnfache. Die zu entrichtende Gebühr betrage somit gemäß § 2 Abs. 1 Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (WVPVO) das Dreifache der gemäß § 1 WVPVO mit € 2.000,-- festgesetzten Gebühr, also € 6.000,--.

- 8 **3.** Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.

Gemäß § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

Nach § 34 Abs. 1a VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

- 9 **4.1.** Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, es liege eine Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Auslegung von Willenserklärungen im Vergabeverfahren vor. Das Verwaltungsgericht habe die Ansicht vertreten, dass das Schreiben der Auftraggeberin vom 26. April 2016 lediglich als Stellungnahme und nicht als Aufklärungsersuchen zu verstehen gewesen sei. Es habe ausschließlich auf die Überschrift des Schreibens fokussiert und bei der Ermittlung des objektiven



Erklärungswertes nicht die gesamte Erklärung berücksichtigt. Im Gegensatz dazu sei von der Revisionswerberin der gesamte Inhalt des Schreibens berücksichtigt und dieses als Aufforderung zur Aufklärung verstanden worden, widrigenfalls ihr Angebot ausgeschieden werde. Der Fehlentscheidung des Verwaltungsgerichts komme über den Einzelfall hinaus erhebliche Bedeutung zu, weil ein Abweichen von der ständigen Rechtsprechung in Zusammenhang mit der Auslegung von Willenserklärungen erheblich der Rechtssicherheit widerspreche.

- 10 **4.2.** Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen nicht revisibel ist bzw. dass einer vertretbaren Auslegung keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Auslegung einer Erklärung im Einzelfall ist nur dann als revisibel anzusehen, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vgl. zB VwGH 26.6.2018, Ra 2016/04/0049, mwN).
- 11 Eine solche krasse Fehlbeurteilung vermag die Revisionswerberin im vorliegenden Fall mit ihrem Vorbringen nicht aufzuzeigen. Das Verwaltungsgericht hat auf Grund der bestandfesten Ausschreibungsbedingungen in Zusammenhang mit den insofern unbestrittenen Feststellungen betreffend den im Rahmen des Vergabeverfahrens stattgefundenen Schriftverkehr zwischen der Auftraggeberin und der Revisionswerberin in nicht unvertretbarer Weise den Schluss gezogen, dass das Schreiben der Auftraggeberin vom 26. April 2016 nicht als neuerliche Aufforderung verstanden werden durfte, die der Angebotspreiskalkulation zugrunde liegenden Lohnnebenkosten der Auftraggeberin vorzulegen, sondern dass mit diesem Schreiben die vom Verwaltungsgericht angenommenen Ausscheidensgründe vorgehalten werden sollten.
- 12 **5.1.** Die Revisionswerberin macht weiter geltend, es fehle Rechtsprechung zu § 2 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (WVPVO), nämlich zur Frage, wann für die Berechnung der Pauschalgebühr der „geschätzte Auftragswert“ und wann der „Auftragswert“ heranzuziehen sei. Das



Verwaltungsgericht habe entgegen dem Wortlaut des § 2 WVPVO eine erhöhte Pauschalgebühr vorgeschrieben. Aus praktischer Sicht gelte für die Berechnung der Pauschalgebühr im Fall eines Antrages auf Nichtigklärung von gesondert anfechtbaren Entscheidungen vor dem Ende der Angebotsfrist, dass der „geschätzte Auftragswert“ heranzuziehen sei; dies deshalb, weil kein konkreter Angebotspreis vorliege. Da § 2 WVPVO auch den „Auftragswert“ ausdrücklich als Berechnungsgrundlage nenne, sei davon auszugehen, dass im Fall des Vorliegens eines konkreten Angebotspreises (also Auftragswertes) auch nur dieser für die Berechnung der Pauschalgebühren gelte. Sofern die Wortfolge „der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert“ dahingehend zu verstehen sei, dass die Berechnungsgrundlage frei gewählt werden könne, handle es sich dabei um ein - verfassungsrechtlich bedenkliches - freies Ermessen des Gerichts bei der Berechnung der Pauschalgebühr. Auf Grund der eindeutigen Bestimmung des § 2 Abs. 1 WVPVO werde dem Verwaltungsgericht kein gesetzliches Ermessen eingeräumt.

Die Vorgehensweise des Verwaltungsgerichts sei schon deshalb bedenklich, weil die von ihm herangezogene Berechnungsgrundlage, nämlich der geschätzte Auftragswert, nicht bekannt gemacht worden und überdies von der Akteneinsicht ausgenommen worden sei. Der geschätzte Auftragswert sei allein von unbekannten Prämissen der Auftraggeberin geprägt, weshalb nicht ausgeschlossen werden könne, dass diese durch Einbeziehung von „Sicherheiten“ den Rechtsschutzsuchenden mit ungerechtfertigten Mehrkosten belastet habe. Die Revisionswerberin habe allein auf Grund des Ergebnisses der Angebotsöffnung davon ausgehen müssen, dass der Auftragswert nicht mehr als das Zehnfache des Schwellenwertes betrage. Schließlich seien sogar zwei Angebote deutlich unter dem Zehnfachen des Schwellenwertes gelegen.

- 13 **5.2.** Das bloße Fehlen einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu einer Rechtsfrage führt nicht automatisch zur Zulässigkeit einer Revision (vgl. zB die Nachweise bei *Thienel*, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2018, 180 [189]). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt dann nicht vor, wenn es trotz fehlender Rechtsprechung auf Grund der eindeutigen Rechtslage



keiner Klärung durch den Verwaltungsgerichtshof bedarf
(vgl. zB VwGH 30.6.2016, Ra 2016/19/0052, mwN).

- 14 Nach § 1 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung (WVPVO), LGBL. Nr. 24/2013, hat der Antragsteller für Anträge gemäß §§ 20 Abs. 1 und 33 Abs. 1 und 2 WVRG 2007 betreffend Dienstleistungsaufträge im Oberschwellenbereich eine Pauschalgebühr in der Höhe von € 2.000,-- zu entrichten. § 2 WVPVO knüpft - ebenso wie § 2 BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe, BGBl. II Nr. 491/2013 - hinsichtlich der Festlegung erhöhter Gebührensätze an den „geschätzte[n] Auftragswert bzw. [den] Auftragswert“ an. Übersteigt dieser den maßgeblichen Schwellenwert (im vorliegenden Fall gemäß § 180 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 € 418.000,--) um mehr als das Zehnfache, so beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das Dreifache der in § 1 WVPVO festgesetzten Gebühr (§ 2 Abs. 1 WVPVO), übersteigt er den Schwellenwert um mehr als Zwanzigfache, ist eine Pauschalgebühr in sechsfacher Höhe der in § 1 WVPVO festgesetzten Gebühr zu entrichten (§ 2 Abs. 2 WVPVO).
- 15 Ob der geschätzte Auftragswert oder der (tatsächliche) Auftragswert heranzuziehen ist, hängt davon ab, ob bereits eine Zuschlagserteilung vorliegt oder nicht, steht doch der Wert des Auftrages erst nach Zuschlagserteilung fest (in § 1 WVPVO wird sowohl auf § 20 als auch auf § 33 WVRG 2007, also auf Nachprüfungsanträge und Feststellungsanträge Bezug genommen). Ausgehend davon ist es nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei der Festsetzung der zu entrichtenden Pauschalgebühr auf den geschätzten Auftragswert abgestellt hat und nicht - wie von der Revisionswerberin gefordert - auf ihren Angebotspreis. Auf Grund der insofern eindeutigen Rechtslage bedarf es im vorliegenden Fall keiner Klärung durch den Verwaltungsgerichtshof.
- 16 Soweit die Revisionswerberin rügt, dass ihr der geschätzte Auftragswert nicht bekannt gegeben und dieser auch von der Akteneinsicht ausgenommen worden sei, legt sie die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels nicht dar (vgl. zu diesem Erfordernis etwa VwGH 25.10.2018, Ra 2018/09/0174, mwN).





Der Auftraggeber hat den geschätzten Auftragswert der auszuschreibenden Leistung vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln (§ 181 Abs. 3 BVerG 2006). Die Revisionswerberin muss aufzeigen, dass das Verwaltungsgericht rechtswidrig einen über dem maßgeblichen Schwellenwert liegenden Auftragswert angenommen hat. Dies ist der Revisionswerberin im vorliegenden Fall nicht gelungen. Mit ihrem unsubstantiierten Vorbringen, es sei nicht auszuschließen, dass die Auftraggeberin unzulässig „Sicherheiten“ in den geschätzten Auftragswert einbezogen habe, legt die Revisionswerberin nicht dar, dass eine sachkundige Ermittlung nicht zu einem geschätzten Auftragswert über dem maßgeblichen Schwellenwert führen hätte können. Der Schlussfolgerung der Revisionswerberin, der Auftragswert betrage deshalb nicht mehr als das Zehnfache des Schwellenwertes, weil zwei Angebote deutlich unter dieser Schwelle gelegen seien, ist entgegenzuhalten, dass die übrigen acht Angebote erheblich darüber lagen.

- 17 **6.** In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

W i e n , am 18. Dezember 2018

