

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

16.05.2018

Geschäftszahl

Ra 2017/04/0152

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Tiefenböck, über die Revision der H Ges.m.b.H. in P, vertreten durch die Gloyer Dürnberger Mayerhofer Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Hamerlingstraße 42, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 13. Oktober 2017, Zl. LVwG-840142/39/KI, LVwG-840144/19/KI, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. K GmbH in L, vertreten durch die Saxinger Chalupsky & Partner Rechtsanwälte GmbH in 4020 Linz, Böhmerwaldstraße 14, 2. L GmbH, vertreten durch die CMS Reich-Rohrwig-Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Gauermannstraße 2), zu Recht erkannt:

Spruch

Das angefochtene Erkenntnis wird wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Das Land Oberösterreich hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung**Angefochtenes Erkenntnis**

1 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurde der Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der erstmitbeteiligten Partei (Auftraggeberin) vom 25. Juli 2017 im Vergabeverfahren "Generalsanierung K Bau" zugunsten der zweitmitbeteiligten Partei (Zuschlagsempfängerin) abgewiesen (I.), der Antrag der Revisionswerberin auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren abgewiesen (II.), die Revisionswerberin zu Barauslagenersatz verpflichtet (III.) und die Revision für unzulässig erklärt (IV.).

2 Begründend führte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen aus, es sei ein allgemein beideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger als nichtamtlicher Sachverständiger für das Fachgebiet "Bauwesen: Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Bauabrechnung" bestellt worden. Der Sachverständige sei in seinem Gutachten zusammengefasst zum Ergebnis gekommen, dass bei der "Obergruppe 20-Regieleistungen" im Angebot der Zuschlagsempfängerin keinerlei Besonderheiten feststellbar seien. Die Einheitspreise seien allesamt plausibel. Die als wesentlich gekennzeichnete Position "021109D-Zwischenwand abrechnen" sei als betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar zu werten. Die zweite als wesentlich gekennzeichnete Position "320111B-Stahlkonstruktion AG/kg Aufstockung BT A" sei hinsichtlich des Anteiles "Sonstiges" bei den aktuellen Stahlpreisen plausibel. Jedoch sei der anhand des Lohnansatzes errechnete Aufwandswert ohne weitere Erklärung nicht plausibel und nicht betriebswirtschaftlich erklärbar. Die übrigen geprüften wesentlichen und nicht wesentlichen Positionen seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. Außer bei der genannten Position 320111B seien keine weiteren Unregelmäßigkeiten festgestellt worden.

3 Der einvernommene Zeuge (Baumeister Ing. F), welcher das vorliegende Vergabeverfahren von der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen bis zur Angebotsprüfung begleitet habe, habe zur vertieften Angebotsprüfung angegeben, es sei von ihm geprüft worden, ob die Preise realistisch und plausibel seien. Hiezu habe er teilweise auf Referenzprojekte, die er selbst abgewickelt habe, zurückgegriffen. Es handle sich dabei um Erfahrungen des Prüfers aus anderen Projekten mit ähnlichen Leistungen zu einer ähnlichen Preisgestaltung. Hiezu lägen Auftragsschreiben und Schlussrechnungen vor.

4 Bei der Position 320111B sei bei der Prüfung das Referenzprojekt "Ö" herangezogen worden, bei welchem eine sogar etwas schwierigere Leistungssituation vorgelegen sei, weil bei laufendem Bahnbetrieb aufgebaut haben werden müssen. Auch seien die Erfahrungen mit der Zuschlagsempfängerin beim Abbruch des Baus E herangezogen worden. Beim letztgenannten Projekt sei die Zuschlagsempfängerin ebenfalls Bestbieterin mit einem ähnlich großen Abstand zum "Mitbewerb" gewesen. Auch dieses Projekt sei zufriedenstellend ausgeführt worden.

5 Zusammenfassend stellte das Verwaltungsgericht fest, auf Grundlage des vom bestellten Sachverständigen eingeholten Gutachtens in Zusammenschau mit den Erklärungen des als Zeugen einvernommenen Prüfers stehe fest, dass kein spekulatives Angebot vorliege. Die Obergruppe "20-Regieleistungen" und die als wesentlich gekennzeichnete Position "021109D-Zwischenwand abrechnen" seien betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar.

6 Der für die zweite als wesentlich bezeichneten Position 320111B errechnete Aufwandswert sei ohne weitere Erklärung nicht plausibel und nicht betriebswirtschaftlich erklärbar. Unter Zugrundelegung des Aufwandswertes des von der Auftraggeberin herangezogenen Referenzprojektes Ö sei eine Plausibilität hinsichtlich des angebotenen Aufwandswertes bzw. Einheitspreises gegeben, "sollte er in der Schlussrechnung dargestellt und nachgewiesen und so ausgeführt sein". Eine Schlussrechnung bzw. ein Nachweis liege nicht vor.

7 In rechtlicher Hinsicht führte das Verwaltungsgericht aus, bei der vertieften Angebotsprüfung des Angebots der Zuschlagsempfängerin seien Rechtswidrigkeiten festzustellen gewesen: Bei einer wesentlichen Position sei eine restlose Nachvollziehbarkeit des Aufwandansatzes und der Personalkosten nicht zur Gänze gegeben. Erfahrungswerte seien glaubwürdig dargelegt worden, reichten aber (nach Auffassung des Verwaltungsgerichts) nicht aus. Dies begründete das Verwaltungsgericht mit folgender Wortfolge:

"vgl. ‚nachvollziehbar‘ in § 125 Abs. 4 Z 1 versus ‚aus der Erfahrung erklärbar‘ in § 125 Abs. 4 Z 3 BVergG 2006".

8 Diese Rechtswidrigkeit sei aber für den Ausgang des Vergabeverfahrens (im Sinn des § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006) nicht von wesentlichem Einfluss. Selbst wenn man in den fraglichen Leistungsgruppen anstelle des angebotenen Preises den "jeweils von dem teuersten Angebot angebenen Preis" verrechnen würde, würde die Zuschlagsempfängerin immer noch den billigsten Gesamtpreis anbieten.

9 Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

10 Die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin erstatteten jeweils eine Revisionsbeantwortung. Die Auftraggeberin bringt unter anderem vor, in Bezug auf die (strittige) Position 320111B habe ihr Prüfer bei der vertieften Angebotsprüfung seine Erfahrungen mit Referenzprojekten herangezogen, bei denen vergleichbare Leistungen sogar unter schwierigeren Bedingungen zu einem niedrigeren Einheitspreis angeboten und ausgeführt worden seien. Dies sei handschriftlich durch den Prüfer vermerkt worden. Die Zuschlagsempfängerin bringt unter anderem vor, sie verfüge über besondere Erfahrungswerte mit vergleichbaren Referenzprojekten, welche bei der Beurteilung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu würdigen seien.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

11 Die Revision bringt zu ihrer Zulässigkeit vor, das angefochtene Erkenntnis weiche von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Verweis auf VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102) ab, da das Verwaltungsgericht die in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck kommende Rechtslage nicht beachtet habe. Nach dieser Rechtsprechung stelle die mangelnde Erklär- und Nachvollziehbarkeit einer wesentlichen Position bereits einen zwingenden Ausscheidungsgrund nach § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 dar. Diesen Ausscheidungsgrund hätte das Verwaltungsgericht aufgreifen müssen. Die Wesentlichkeit sei bereits deshalb gegeben, weil das auszuschheidende Angebot in weiterer Folge für die Bieterreihung nicht berücksichtigt hätte werden dürfen.

12 Die Revision ist zulässig. Sie ist aus folgenden Erwägungen auch begründet:

Rechtslage

13 Gemäß § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 hat der Auftraggeber vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung auf Grund des Ergebnisses der Prüfung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen.

14 Gemäß § 125 Abs. 4 BVergG 2006 ist bei einer vertieften Angebotsprüfung zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob im Preis aller wesentlichen Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind (Z 1), der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen (Z 2) und die gemäß § 97 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 geforderte oder vom

Bieter gemäß § 109 Abs. 2 BVergG 2006 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist (Z 3).

15 Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung muss der Auftraggeber gemäß § 125 Abs. 5 BVergG 2006 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.

16 Gemäß § 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idF LGBl. Nr. 90/2013 (Oö. VergRSG 2006) hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 Oö. VergRSG 2006 geltend gemachten Recht verletzt (Z 1), und diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist (Z 2). **Vertiefte Angebotsprüfung**

17 Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 ist es 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 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 in der Regel aus sachverständiger Sicht 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. VwGH 17.9.2014, 2012/04/0016, mwN).

18 Der Tatbestand der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises (§ 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006) ist auch dann erfüllt, wenn Teilpreise (§ 125 Abs. 3 Z 2 leg. cit.; somit Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vgl. VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102, mwN). **Wesentlichkeit**

19 Im vorliegenden Fall hat das Verwaltungsgericht - mit näherer Begründung - angenommen, dass der Gesamtpreis (des Angebotes der Zuschlagsempfängerin) nicht plausibel zusammengesetzt war, weil ein Einheitspreis in einer (vom Auftraggeber) als wesentlich gekennzeichneten Position (im vorliegenden Fall die Position 320111B) nicht plausibel war.

20 Diese Rechtswidrigkeit sei aber für den Ausgang des Vergabeverfahrens (im Sinn des § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006) nicht von wesentlichem Einfluss. Selbst wenn man in den fraglichen Leistungsgruppen anstelle des angebotenen Preises den "jeweils von dem teuersten Angebot angegebenen Preis" verrechnen würde, würde die Zuschlagsempfängerin immer noch den billigsten Gesamtpreis anbieten.

21 Diese Auffassung erweist sich als rechtswidrig, weil ein nach § 129 Abs. 1 BVergG 2006 zwingend auszuschließendes Angebot bei der weiteren Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung keinesfalls berücksichtigt werden darf (vgl. zum fehlenden Beurteilungsspielraum des Auftraggebers nach § 129 Abs. 1 BVergG 2006 bereits VwGH 21.3.2011, 2008/04/0083).

22 Der Vollständigkeit halber ist darauf zu verweisen, dass die Revisionswerberin den Revisionspunkt (unter anderem) dahingehend umschreibt, sie sei in ihrem Recht auf Ausschneiden des Angebots von Mitbewerbern bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen und auf Zuschlagserteilung auf ihr eigenes Angebot bei Vorliegen der Voraussetzungen verletzt. Damit ist entgegen der in den Revisionsbeantwortungen geäußerten Ansichten ausreichend dargetan, dass die Revisionswerberin vermeint, durch das angefochtene Erkenntnis in ihrem Recht auf Nichtigerklärung der angefochtenen Zuschlagsentscheidung betreffend das auszuschließende Angebot der Zuschlagsempfängerin verletzt zu sein. Das von der Auftraggeberin verfolgte Rechtsschutzinteresse ist ausreichend präzise bezeichnet. Die vorgebrachten Rechtswidrigkeiten bewegen sich in diesem vom Revisionspunkt abgesteckten Verfahrensgegenstand (vgl. idS VwGH 29.1.2018, Ra 2016/04/0086, 0087).

Ergebnis

23 Das angefochtene Erkenntnis erweist sich bereits aus diesem Grund mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet. Es war daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

24 Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein Tribunal im Sinn des Art. 6 EMRK und ein Gericht im Sinn des Art. 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat und somit weder Art. 6 EMRK noch Art. 47 GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl. VwGH 20.12.2017, Ra 2017/04/0003, mwN).

25 Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014. **Kriterien der vertieften Angebotsprüfung**

26 Für das fortgesetzte Verfahren ist auf Folgendes hinzuweisen:

27 Das Verwaltungsgericht kam in seiner rechtlichen Beurteilung zum Ergebnis, dass eine wesentliche Position nicht plausibel sei. Zwar seien betreffend diese Position Erfahrungswerte glaubwürdig dargelegt worden. Diese dürften aber nach Auffassung des Verwaltungsgerichtes nicht herangezogen werden. Diese Auffassung begründete das Verwaltungsgericht mit dem unterschiedlichen Wortlaut des § 125 Abs. 4 Z 1 ("nachvollziehbar") bzw. Z 3 ("aus der Erfahrung erklärbar") BVergG 2006.

28 Diese Auffassung besteht zu Unrecht:

29 Ziel der vertieften Angebotsprüfung nach § 125 Abs. 4 BVergG 2006 ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit.

30 Nach der hg. Rechtsprechung ist die Beurteilung der Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit unter der Beachtung der Kriterien des § 125 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 vorzunehmen. Diese Kriterien sind nur deklarativ aufgezählt (vgl. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0132, mwN).

31 Auf welche Weise das Vorliegen dieser Kriterien zu beurteilen ist, wird im Gesetz nur für die Z 3 ausgeführt, wonach die Aufgliederung der Preise "aus der Erfahrung" erklärbar sein muss. Es ergibt sich jedoch kein Hinweis, dass die Erklärbarkeit aus der Erfahrung nicht auch bei der Beurteilung des Vorliegens der anderen Kriterien, somit auch jenes gemäß § 125 Abs. 4 Z 1 BVergG 2006 herangezogen werden kann.

32 In diesem Zusammenhang ist maßgeblich, dass es sich nach der oben zitierten Judikatur bei der Überprüfung durch das Verwaltungsgericht als Vergabekontrollbehörde (§ 2 Z 41 BVergG 2006) lediglich um eine Plausibilitätsprüfung handelt, bei der nur - grob - geprüft werden muss, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann. Es ist kein vernünftiger Grund zu sehen, warum glaubwürdig dargelegte Erfahrungen bei dieser Prüfung nicht berücksichtigt werden dürfen.

33 Das Verwaltungsgericht hält in seiner rechtlichen Beurteilung fest, dass Erfahrungswerte glaubwürdig dargelegt worden seien. In den Feststellungen des angefochtenen Erkenntnisses führt das Verwaltungsgericht hingegen aus, unter Zugrundelegung des Aufwandswertes des von der Auftraggeberin herangezogenen Referenzprojektes Ö sei eine Plausibilität gegeben, "sollte er in der Schlussrechnung dargestellt und nachgewiesen und so ausgeführt sein". Eine Schlussrechnung bzw. ein Nachweis liege nicht vor.

34 Das Verwaltungsgericht wird im fortgesetzten Verfahren klar zum Ausdruck zu bringen haben, ob es beweiswürdig allein auf Grund der Darlegung des Zeugen - allenfalls in Verbindung mit dem von der Auftraggeberin in der Revisionsantwortung ins Treffen geführten handschriftlichen Vermerk - ohne Vorliegen einer Schlussrechnung zum Referenzprojekt von einer Plausibilität des gegenständlichen Teilpreises ausgeht.

Wien, am 16. Mai 2018

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2017040152.L00.1