

TE Vwgh Erkenntnis 2011/9/28 2007/04/0102

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 28.09.2011

Index

001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

AVG §8;
BVerGG 2006 §125 Abs1;
BVerGG 2006 §125 Abs3 Z2;
BVerGG 2006 §125 Abs4;
BVerGG 2006 §125 Abs5;
BVerGG 2006 §125;
BVerGG 2006 §129 Abs1 Z3;
BVerGG 2006 §341 Abs4;
VwGG §21 Abs1;
VwGG §47;
VwGG §48 Abs1 Z2;
VwRallg;

1. AVG § 8 heute
2. AVG § 8 gültig ab 01.02.1991

1. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVerGG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVerGG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVerGG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVerGG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.04.2012 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 125 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 125 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 129 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 129 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 341 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 341 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. VwGG § 21 heute
2. VwGG § 21 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 21 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 21 gültig von 01.07.2008 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 21 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
6. VwGG § 21 gültig von 01.01.1991 bis 31.07.2004 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990
7. VwGG § 21 gültig von 05.01.1985 bis 31.12.1990

1. VwGG § 47 heute
2. VwGG § 47 gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. VwGG § 47 gültig von 01.01.2014 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
4. VwGG § 47 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
5. VwGG § 47 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
6. VwGG § 47 gültig von 01.08.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
7. VwGG § 47 gültig von 05.01.1985 bis 31.07.2004

1. VwGG § 48 heute
2. VwGG § 48 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 48 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
4. VwGG § 48 gültig von 01.01.1999 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. VwGG § 48 gültig von 01.09.1997 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/1997
6. VwGG § 48 gültig von 05.01.1985 bis 31.08.1997

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Vizepräsident Dr. Thienel und die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser, Mag. Nedwed und Dr. Lukasser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Crnja, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. Z Gesellschaft mbH in Y und

2. A Gesellschaft mbH in B, beide vertreten durch CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26. März 2007, Zl. N/0102-BVA/04/2006-83, betreffend Nichtigklärung einer Zuschlagsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Bietergemeinschaft bestehend aus 1. P GmbH, 2. Q AG und 3. R Aktiengesellschaft, vertreten durch Dr. Werner Mecenovic, Rechtsanwalt in 8010 Graz, Wastiangasse 7; weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend),

Spruch

I. zu Recht erkannt:römisch eins. zu Recht erkannt:

Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen Spruchpunkt I Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen Spruchpunkt römisch eins.

richtet, als unbegründet abgewiesen.

II. den Beschluss gefasst:

Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen Spruchpunkt II.

richtet, zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 und der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Der Antrag der Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, auf Zuspruch von Kostenersatz wird zurückgewiesen.

Begründung

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG; im Folgenden: Auftraggeberin) hat im Rahmen eines offenen Verfahrens nach dem Bestbieterprinzip zur Vergabe des Bauauftrages "A 2 Südautobahn, Gleisdorf West-Laßnitzhöhe, Straßen- und Brückeninstandsetzung" mit Telefaxmitteilung vom 23. November 2006 die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der beschwerdeführenden Bietergemeinschaft (Beschwerdeführerin) getroffen.

Auf Grund des dagegen erhobenen Nachprüfungsantrages der mitbeteiligten Partei erklärte die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid die genannte Zuschlagsentscheidung für nichtig (Spruchpunkt I.) und verpflichtete die Auftraggeberin, der mitbeteiligten Partei den Ersatz näher genannter Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt II.). Auf Grund des dagegen erhobenen Nachprüfungsantrages der mitbeteiligten Partei erklärte die belangte Behörde mit dem angefochtenen Bescheid die genannte Zuschlagsentscheidung für nichtig (Spruchpunkt römisch eins.) und verpflichtete die Auftraggeberin, der mitbeteiligten Partei den Ersatz näher genannter Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt römisch zwei.).

Diese Entscheidung begründete die belangte Behörde im Ergebnis u.a. damit, dass das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre, weil dieses eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise, zumal der Einheitspreis hinsichtlich der Zweischicht-Betondecke zu niedrig und nicht plausibel sei. Dazu stellte die belangte Behörde - soweit hier wesentlich - fest, der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages betrage mehr als EUR 32 Mio., die Beschwerdeführerin habe ein Angebot mit einem Preis von mehr als EUR 24 Mio. gelegt. In Anwendung der Ausschreibung Punkt 8,302 (wonach auf Anforderung nachzureichende Unterlagen innerhalb von 7 Kalendertagen als integrierender Bestandteil des Angebotes nachzureichen seien) habe die Auftraggeberin die Beschwerdeführerin mit Telefax vom 26. September 2006 zur Nachreichung u.a. folgender Unterlagen aufgefordert: Diese Entscheidung begründete die belangte Behörde im Ergebnis u.a. damit, dass das Angebot der Beschwerdeführerin gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auszuschneiden gewesen wäre, weil dieses eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise, zumal der Einheitspreis hinsichtlich der Zweischicht-Betondecke zu niedrig und nicht plausibel sei. Dazu stellte die belangte Behörde - soweit hier wesentlich - fest, der geschätzte Auftragswert des gegenständlichen Bauauftrages betrage mehr als EUR 32 Mio., die Beschwerdeführerin habe ein Angebot mit einem Preis von mehr als EUR 24 Mio. gelegt. In Anwendung der Ausschreibung Punkt 8,302 (wonach auf Anforderung nachzureichende Unterlagen innerhalb von 7 Kalendertagen als integrierender Bestandteil des Angebotes nachzureichen seien) habe die Auftraggeberin die Beschwerdeführerin mit Telefax vom 26. September 2006 zur Nachreichung u.a. folgender Unterlagen aufgefordert:

"- 8.3.2.8.

Sämtliche Material bzw. Systemeignungsnachweise bzw

Prüfungszeugnisse für:

Zement, insbesondere für die Betondeckenherstellung, Straßenbaubitumen, Zuschlagsstoffe Betonherstellung, Zusatzmittel Betondeckenherstellung, Mittel zu Nachbehandlung des Deckenbetons, Zuschlagsstoffe bituminöse Deck- und Tragschicht, ungebundene Tragschichten: RK, KK, ZGKK

..."

Daraufhin habe die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 3. Oktober 2006 betreffend den Zement folgende Unterlage vorgelegt:

"1. Prüfbericht des Forschungsinstituts der Vereinigung der österreichischen Zementindustrie vom 14.2.2006

PRÜFBERICHT

Prüfung von Zement nach:

1. EN 197-1:2000

2. ÖNORM B 3327-1:2006

Auftraggeber:

L AG

Prüfgegenstand:

Zement-Stichprobe vom 21.10.2005

(Fremdüberwachung) Zement-Stichprobe vom 21.10.2005, (Fremdüberwachung)

EG-Konformitätszertifikat (Nr):

Normbezeichnung des Zements:

Zusätzliche Identifizierung:

Allfällige Handelsbezeichnung:

Herstellwerk: EG-Konformitätszertifikat (Nr);, Normbezeichnung des Zements;., Zusätzliche Identifizierung;., Allfällige Handelsbezeichnung;., Herstellwerk:

0989-CPD-0420

Portlandhüttenzement EN 197-1-CEM II/B-S 42,5 N

(DZ)

'der graue'

L AG Werk C0989-CPD-0420, Portlandhüttenzement EN 197-1-CEM II/B-S 42,5 N, (DZ), 'der graue', L AG Werk C

Probenahme:

nach ÖNORM EN 196-7 im Herstellwerk aus Silo 6,

durchgeführt von Herrn Dr. D (VÖZFI) nach ÖNORM EN 196-7 im Herstellwerk aus Silo 6,, durchgeführt von Herrn Dr. D (VÖZFI)

Auffälligkeiten:

(bei der Probe bzw. Probenahme) Auffälligkeiten;., (bei der Probe bzw. Probenahme)

keine

Eingangsdatum der Probe:

21.10.2005

Eingangsnummer:

M 05/0618

ÖNORM B 4710-1

PRÜFUNG BETON ÖNORM B 4710-1, PRÜFUNG BETON

Formblatt 1-2

BETONAUSGANGSSTOFFE,

ANGEBEN ZUR ERSTPRÜFUNG BETONAUSGANGSSTOFFE,, ANGEHEN ZUR ERSTPRÜFUNG

Gilt für alle überwachten Betonsorten

KONFOR- MITÄTS-ZERTIFIKAT

ERST-PRÜFUNG

Seite 1 von 1

ANMERKUNG

1) 2) ANMERKUNG, 1) 2)

.....

.....

.....

.....

.....

.....

ZEMENT Nr 1

Herstellwerk

CE-Nummer

Zementart

Festigkeitsklasse

zus. Anforderung lt. Bindemittel Herstellwerk, CE-Nummer, Zementart, Festigkeitsklasse, zus. Anforderung lt. Bindemittel

LPAG-C

0989-CPD-0039/Z-1.1.1-02-1279

CEM II/A-S

42,5 R

WT42 LPAG-C, 0989-CPD-0039/Z-1.1.1-02-1279, CEM II/A-S, 42,5 R, WT42

x JA

-

2008

ZEMENT Nr 2

Herstellwerk

CE-Nummer

Zementart

Festigkeitsklasse

zus. Anforderung lt.

Bindemittel Herstellwerk, CE-Nummer, Zementart, Festigkeitsklasse, zus. Anforderung lt., Bindemittel

LPAG-C

0989-CPD-0041/Z-1.1.1-02-1279

CEM II/A-M (S-V-L)

42,5 N

WT38 LPAG-C, 0989-CPD-0041/Z-1.1.1-02-1279, CEM II/A-M (S-V-L), 42,5 N, WT38

x JA

-

2008

ZEMENT Nr 3

Herstellwerk

CE- Nummer

Zementart

Festigkeitsklasse

zus. Anforderung lt.

Bindemittel Herstellwerk, CE- Nummer, Zementart, Festigkeitsklasse, zus. Anforderung lt., Bindemittel

LPAG-C

0989-CPD-0037

CEM III/B

32,5 N LPAG-C, 0989-CPD-0037, CEM III/B, 32,5 N

x JA

-

ZEMENT Nr 4

Herstellwerk

CE-Nummer

Zementart

Festigkeitsklasse

zus. Anforderung lt.

Bindemittel Herstellwerk, CE-Nummer, Zementart, Festigkeitsklasse, zus. Anforderung lt., Bindemittel

LPAG-C

0989-CPD-0310/Z-1.1.1-02-1279

CEM I

32,5 R

WT33 C3A-frei/HS C3A-frei LPAG-C, 0989-CPD-0310/Z-1.1.1-02-1279, CEM römisch eins, 32,5 R, WT33 C3A-frei/HS C3A-frei

x JA

-

2008

..."

In der Folge habe die Auftraggeberin mit der Beschwerdeführerin am 30. Oktober 2006 ein Aufklärungsgespräch durchgeführt und zur Vorbereitung desselben einen schriftlichen Fragenkatalog übermittelt, im Rahmen dessen die Beschwerdeführerin zur Aufklärung des ungewöhnlich niedrigen Einheitspreises in Bezug auf die Zweischicht-Betondecke (der Einheitspreis für Unterbeton mit EUR 21,0 je m³ erscheine sehr niedrig) aufgefordert worden sei. Die Beschwerdeführerin habe dies damit beantwortet, dass für die Herstellung des Unterbetons nur Sand als Neumaterial genommen werde, wohingegen die restlichen Zuschläge für den Unterbeton aus dem Betonabbruch, sofern dieser dafür geeignet sei, gewonnen würden.

Mit einer weiteren schriftlichen Anfrage vom 8. November 2006 habe die Auftraggeberin neuerlich auf den "ungewöhnlich niedrigen Ansatz Unterbeton", der mit der Aufbereitung der abgebrochenen Betondecke erklärt worden sei, hingewiesen und um Aufklärung ersucht, ob in der Kalkulation sämtliche Zuschlagsstoffe (Sand, Fließmittel, Zement, Luftbohrmittel, usw.) sowie näher genannte Arbeiten berücksichtigt seien. Dies habe die Beschwerdeführerin bejahend beantwortet.

Weiters stellte die belangte Behörde fest, das Angebot der mitbeteiligten Partei weise laut Preisspiegel der Auftraggeberin in der Position "Straßenbau" einen Preis von mehr als EUR 18,6 Mio. aus, das Angebot der Beschwerdeführerin hingegen nur einen Preis von etwa EUR 11,9 Mio. Auch die mit der Angebotsprüfung beauftragte X. Ziviltechniker OEG habe ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin in der Position "Straßenbau" vergleichsweise günstige Einheitspreise im Vergleich zur mitbeteiligten Partei eingesetzt habe, wobei "der im Bereich der Zweischicht-Betondecke sehr niedrige Einheitspreis auffalle", der für den Unterbeton mindestens EUR 39,50 je m³ betragen müsste (demgegenüber im Angebot der Beschwerdeführerin EUR 21,0 je m³ laut bereits erwähntem Aufklärungsgespräch). Umgelegt auf den Quadratmeterpreis habe die Beschwerdeführerin für die Zweischicht-Betondecke mit einer Stärke von 25 cm einen Einheitspreis von EUR 9,04 je m² angeboten, angemessen wären laut Ziviltechniker jedoch EUR 14,-- bis 20,-- je m². Weiters stellte die belangte Behörde fest, das Angebot der mitbeteiligten Partei weise laut Preisspiegel der Auftraggeberin in der Position "Straßenbau" einen Preis von mehr als EUR 18,6 Mio. aus, das Angebot der Beschwerdeführerin hingegen nur einen Preis von etwa EUR 11,9 Mio. Auch die mit der Angebotsprüfung beauftragte römisch zehn. Ziviltechniker OEG habe ausgeführt, dass die Beschwerdeführerin in der Position "Straßenbau" vergleichsweise günstige Einheitspreise im Vergleich zur mitbeteiligten Partei eingesetzt habe, wobei "der im Bereich

der Zweischicht-Betondecke sehr niedrige Einheitspreis auffalle", der für den Unterbeton mindestens EUR 39,50 je m³ betragen müsste (demgegenüber im Angebot der Beschwerdeführerin EUR 21,0 je m³ laut bereits erwähntem Aufklärungsgespräch). Umgelegt auf den Quadratmeterpreis habe die Beschwerdeführerin für die Zweischicht-Betondecke mit einer Stärke von 25 cm einen Einheitspreis von EUR 9,04 je m² angeboten, angemessen wären laut Ziviltechniker jedoch EUR 14,-- bis 20,-- je m².

Nachdem die Auftraggeberin mit Telefaxmitteilung vom 23. November 2006 die beabsichtigte Zuschlagserteilung zu Gunsten der Beschwerdeführerin mitgeteilt habe, sei von der mitbeteiligten Partei bei der belangten Behörde die Nichtigkeitsklage dieser Entscheidung beantragt worden. Dieser Antrag sei u.a. mit der nicht nachvollziehbaren Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der Beschwerdeführerin begründet worden. Dieser sei auf zu niedrige Einheitspreise in relevanten Positionen zurückzuführen, die im Zuge einer vertieften Angebotsprüfung aufzuklären gewesen wären. Im Nachprüfungsantrag könne hiezu jedoch kein detaillierteres Vorbringen erstattet werden, da die Zusammensetzung des Gesamtpreises des Angebotes der Beschwerdeführerin nicht bekannt sei.

Nach Einholung von Stellungnahmen zum Nachprüfungsantrag habe die belangte Behörde einen Sachverständigen u.a. mit der Beantwortung der Frage beauftragt, ob die Kalkulation der Beschwerdeführerin beim anzubietenden Leistungsteil "Straßeninstandsetzung" betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sei. Diese Frage habe der Sachverständige u. a. damit beantwortet, dass "der Gesamtpreis nach ÖNORM B 2061 als nicht voll kostendeckend zu beurteilen" sei. Auf Grund der eingelangten Stellungnahmen zu diesem Gutachten habe die belangte Behörde am 14. März 2007 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Darin sei der Beschwerdeführerin eine vom Sachverständigen erstellte Kalkulation zu den Materialkosten betreffend Unterbeton vorgehalten worden, wonach sich beim Angebot der Beschwerdeführerin ein Fehlbetrag bzw. Unterpreis von zumindest EUR 767.000,-- ergebe. Darauf habe die Beschwerdeführerin in der Verhandlung entgegnet, der Gutachter hätte ihre außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen berücksichtigen müssen, da die Beschwerdeführerin über einen eigenen Zementproduktionsbetrieb verfüge. Der Sachverständige habe diesem Vorbringen erwidert, dass es in den vorgelegten K 4-Blättern (Kalkulationsformblätter) keinen Zementansatz mit den behaupteten günstigen Bezugsquellen gebe und das K 5-Blatt der Beschwerdeführerin im Vergabeakt nicht enthalten sei. Über Aufforderung der belangten Behörde habe die Beschwerdeführerin sodann mit Schriftsatz vom 15. März 2007 ihren Zementproduktionsbetrieb, der in der Slowakischen Republik liege, näher bezeichnet und das K 5-Blatt für den Unterbeton vorgelegt.

In der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vom 20. März 2007 habe auch die Auftraggeberin bestätigt, dass die angebotenen Preise der Beschwerdeführerin beim Abschnitt Straßenbau sehr niedrig seien, dass die Beschwerdeführerin darauf angesprochen jedoch im Rahmen des Bietergespräches vom 30. Oktober 2006 eine nach Ansicht der Auftraggeberin hinreichende Aufklärung gegeben habe. Die Auftraggeberin habe sich außerdem an die Prinzipien der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu halten.

In der genannten Verhandlung vom 20. März 2007 habe der Sachverständige ausgeführt, dass in den K 4-Formblättern auch der Lieferant der verwendeten Materialien hätte angegeben werden müssen, dass diesbezügliche Angaben im Formblatt der Beschwerdeführerin jedoch fehlten. Damit sei aus der Kalkulation des Angebotes der Beschwerdeführerin nicht ersichtlich, dass diese den Zement aus dem eigenen Zementproduktionsbetrieb beziehe. Über Befragen der belangten Behörde habe der Sachverständige erklärt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin als betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar anzusehen wäre, wenn diese nicht Zement aus dem eigenen Zementbetriebswerk verwenden würde. Diese Aussage sei auch von der Beschwerdeführerin bestätigt worden.

In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde davon aus, dass Bieter gemäß Punkt 8,302 der Ausschreibung Unterlagen über Aufforderung des Auftraggebers innerhalb von sieben Kalendertagen als integrierenden Bestandteil des Angebotes nachzureichen hätten. Zu diesen nachzureichenden Unterlagen zählten gemäß Punkt 8.3.2.8 der Ausschreibung sämtliche Material- bzw. Systemeignungsnachweise und Prüfungszeugnisse, darunter auch jene für Zement. Im Vergabeverfahren habe die Beschwerdeführerin den zitierten Prüfbericht für Zement vorgelegt, in dem (unter mehreren Rubriken des Prüfberichtes) als "Herstellerwerk" das Werk der L AG in C (somit nicht der eigene Zementproduktionsbetrieb der Beschwerdeführerin) angeführt sei. Auch die Zementproben für den Prüfbericht seien im genannten Herstellerwerk der L AG entnommen worden. Da nach dem bereits genannten Punkt 8,302 der Ausschreibung die nachgereichten Nachweise zum integrierenden Bestandteil des Angebotes des Bieters würden, beinhalte das Angebot der Beschwerdeführerin die Verwendung des Zements des Herstellerwerkes L AG. Im Rahmen der von der Auftraggeberin gemäß § 125 Abs. 3 BVergG 2006 durchgeführten Prüfung des Angebotes

der Beschwerdeführerin habe Letztere den niedrigen Preis für Unterbeton damit erklärt, dass sie den Unterbeton durch die Wiederverwendung von Betonabbruchmaterial herzustellen beabsichtige. Auf günstige Produktionsbedingungen betreffend Zement habe die Beschwerdeführerin nicht hingewiesen und auch keine diesbezüglichen Nachweise vorgelegt. Erst im Zuge der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde am 14. März 2007 habe die Beschwerdeführerin - nach Vorhalt des Gutachtens über den zu geringen Preis in Höhe von mindestens EUR 767.000,-- - auf ihre außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen im eigenen Zementbetrieb in der Slowakischen Republik hingewiesen. Damit habe die Beschwerdeführerin einerseits in unzulässiger Weise ihr Angebot nachträglich abgeändert, weil dieses zuvor, wie ausgeführt, die Verwendung von Zement aus dem Herstellerwerk L AG beinhaltet habe. In ihrer rechtlichen Beurteilung ging die belangte Behörde davon aus, dass Bieter gemäß Punkt 8,302 der Ausschreibung Unterlagen über Aufforderung des Auftraggebers innerhalb von sieben Kalendertagen als integrierenden Bestandteil des Angebotes nachzureichen hätten. Zu diesen nachzureichenden Unterlagen zählten gemäß Punkt 8.3.2.8 der Ausschreibung sämtliche Material- bzw. Systemeignungsnachweise und Prüfungszeugnisse, darunter auch jene für Zement. Im Vergabeverfahren habe die Beschwerdeführerin den zitierten Prüfbericht für Zement vorgelegt, in dem (unter mehreren Rubriken des Prüfberichtes) als "Herstellerwerk" das Werk der L AG in C (somit nicht der eigene Zementproduktionsbetrieb der Beschwerdeführerin) angeführt sei. Auch die Zementproben für den Prüfbericht seien im genannten Herstellerwerk der L AG entnommen worden. Da nach dem bereits genannten Punkt 8,302 der Ausschreibung die nachgereichten Nachweise zum integrierenden Bestandteil des Angebotes des Bieters würden, beinhalte das Angebot der Beschwerdeführerin die Verwendung des Zements des Herstellerwerkes L AG. Im Rahmen der von der Auftraggeberin gemäß Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 durchgeführten Prüfung des Angebotes der Beschwerdeführerin habe Letztere den niedrigen Preis für Unterbeton damit erklärt, dass sie den Unterbeton durch die Wiederverwendung von Betonabbruchmaterial herzustellen beabsichtige. Auf günstige Produktionsbedingungen betreffend Zement habe die Beschwerdeführerin nicht hingewiesen und auch keine diesbezüglichen Nachweise vorgelegt. Erst im Zuge der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde am 14. März 2007 habe die Beschwerdeführerin - nach Vorhalt des Gutachtens über den zu geringen Preis in Höhe von mindestens EUR 767.000,-- - auf ihre außergewöhnlich günstigen Produktionsbedingungen im eigenen Zementbetrieb in der Slowakischen Republik hingewiesen. Damit habe die Beschwerdeführerin einerseits in unzulässiger Weise ihr Angebot nachträglich abgeändert, weil dieses zuvor, wie ausgeführt, die Verwendung von Zement aus dem Herstellerwerk L AG beinhaltet habe.

Andererseits habe die Beschwerdeführerin den niedrigen Einheitspreis ihres Angebotes hinsichtlich des Unterbetons der Zweischicht-Betondecke nicht plausibel und nachvollziehbar erklären können, sodass diesbezüglich die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit fehle. So hätten sowohl der Sachverständige als auch die Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar wäre, wenn nicht Zement aus dem eigenen Zementherstellungsbetrieb verwendet würde. Gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 habe der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote auszuschneiden, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufwiesen. Aus den Materialien zu dieser Bestimmung ergebe sich, dass die Ausscheidung auch dann zu erfolgen habe, wenn das Angebot nicht plausible Teilpreise beinhalte, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führten. Daher seien unter § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 auch jene Angebote zu subsumieren, die zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufwiesen. Dies treffe nach dem Gesagten auf das Angebot der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Preis der Zweischicht-Betondecke zu. Die Auftraggeberin hätte daher das Angebot der Beschwerdeführerin ausschneiden müssen, sodass die zu Gunsten dieses Angebotes getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären gewesen sei. Aus der genannten Nichtigerklärung folge gemäß § 319 BVergG 2006 die unter Spruchteil II. des angefochtenen Bescheides ausgesprochene Verpflichtung der Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren. Andererseits habe die Beschwerdeführerin den niedrigen Einheitspreis ihres Angebotes hinsichtlich des Unterbetons der Zweischicht-Betondecke nicht plausibel und nachvollziehbar erklären können, sodass diesbezüglich die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit fehle. So hätten sowohl der Sachverständige als auch die Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung bestätigt, dass das Angebot der Beschwerdeführerin betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar wäre, wenn nicht Zement aus dem eigenen Zementherstellungsbetrieb verwendet würde. Gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 habe der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung Angebote auszuschneiden, die eine

- durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufwiesen. Aus den Materialien zu dieser Bestimmung ergebe sich, dass die Ausscheidung auch dann zu erfolgen habe, wenn das Angebot nicht plausible Teilpreise beinhalte, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führten. Daher seien unter Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auch jene Angebote zu subsumieren, die zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen aufwiesen. Dies treffe nach dem Gesagten auf das Angebot der Beschwerdeführerin in Bezug auf den Preis der Zweischicht-Betondecke zu. Die Auftraggeberin hätte daher das Angebot der Beschwerdeführerin ausscheiden müssen, sodass die zu Gunsten dieses Angebotes getroffene Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären gewesen sei. Aus der genannten Nichtigerklärung folge gemäß Paragraph 319, BVergG 2006 die unter Spruchteil römisch zwei. des angefochtenen Bescheides ausgesprochene Verpflichtung der Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, zu der die belangte Behörde die Verwaltungsakten vorgelegt und eine Gegenschrift erstattet hat. Auch die mitbeteiligte Partei hat eine Gegenschrift erstattet und darauf hingewiesen, dass ihr von der Auftraggeberin mittlerweile der Zuschlag erteilt worden sei, sodass die Beschwerdeführerin ihres Erachtens nicht mehr beschwert sei. Die Auftraggeberin hat ebenfalls eine Gegenschrift erstattet, in der sie die Abweisung der Beschwerde beantragt.

Zu diesen Gegenschriften hat die Beschwerdeführerin repliziert.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zur Frage der Gegenstandslosigkeit der Beschwerde:

Die Zuschlagserteilung an die mitbeteiligte Partei hat die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 23. August 2011 bestätigt und dazu ausgeführt, dass die betreffende Zuschlagsentscheidung vom 18. April 2007 stammt. Dennoch ist die vorliegende Beschwerde im Hinblick auf diese zweite Zuschlagsentscheidung nicht gegenstandslos geworden (vgl. die hg. Beschlüsse vom 27. Juni 2007, Zlen. 2006/04/0022 und 2005/04/0111, sowie den darauf Bezug nehmenden Beschluss vom 21. März 2011, Zl. 2007/04/0089), weil diese zu Gunsten der mitbeteiligten Partei ergangene (zweite) Zuschlagsentscheidung vom 18. April 2007 nach Mitteilung der belangten Behörde mit dem Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin verbunden war und weil beide Entscheidungen (zweite Zuschlagsentscheidung und Ausscheidung) von der Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde mit Nachprüfungsantrag bekämpft wurden. Nach der Erteilung des Zuschlages habe die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung und in eventu einen Antrag auf Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren gemäß § 341 Abs. 4 BVergG 2006 gestellt, über welche Anträge das Bundesvergabeamt bislang noch nicht entschieden habe. Dies bedeutet, dass das genannte, bei der belangten Behörde noch anhängige Feststellungsverfahren (betreffend die Rechtswidrigkeit der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin) vom Erfolg der gegenständlichen Beschwerde (die, wie dargestellt, ebenfalls das Vorliegen eines Ausscheidungsgrundes hinsichtlich des Angebotes der Beschwerdeführerin betrifft) abhängt. Die Beschwerdeführerin hat daher weiterhin ein rechtliches Interesse an der inhaltlichen Entscheidung über ihre Beschwerde. Die Zuschlagserteilung an die mitbeteiligte Partei hat die Auftraggeberin mit Schriftsatz vom 23. August 2011 bestätigt und dazu ausgeführt, dass die betreffende Zuschlagsentscheidung vom 18. April 2007 stammt. Dennoch ist die vorliegende Beschwerde im Hinblick auf diese zweite Zuschlagsentscheidung nicht gegenstandslos geworden vergleiche , die hg. Beschlüsse vom 27. Juni 2007, Zlen. 2006/04/0022 und 2005/04/0111, sowie den darauf Bezug nehmenden Beschluss vom 21. März 2011, Zl. 2007/04/0089), weil diese zu Gunsten der mitbeteiligten Partei ergangene (zweite) Zuschlagsentscheidung vom 18. April 2007 nach Mitteilung der belangten Behörde mit dem Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin verbunden war und weil beide Entscheidungen (zweite Zuschlagsentscheidung und Ausscheidung) von der Beschwerdeführerin bei der belangten Behörde mit Nachprüfungsantrag bekämpft wurden. Nach der Erteilung des Zuschlages habe die Beschwerdeführerin einen Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit der Zuschlagserteilung und in eventu einen Antrag auf Weiterführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 341, Absatz 4, BVergG 2006 gestellt, über welche Anträge das Bundesvergabeamt bislang noch nicht entschieden habe. Dies bedeutet, dass das genannte, bei der belangten Behörde noch anhängige Feststellungsverfahren (betreffend die Rechtswidrigkeit der Ausscheidung des Angebotes der Beschwerdeführerin) vom Erfolg der gegenständlichen Beschwerde (die, wie dargestellt, ebenfalls das Vorliegen eines Ausscheidungsgrundes hinsichtlich des Angebotes der Beschwerdeführerin betrifft) abhängt. Die Beschwerdeführerin hat daher weiterhin ein rechtliches Interesse an der inhaltlichen Entscheidung über ihre Beschwerde.

2. In der Sache:

2.1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich ausdrücklich gegen den angefochtenen Bescheid "zur Gänze". Soweit sich die Beschwerde damit auch gegen Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides richtet, ist eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte der Beschwerdeführerin schon deshalb nicht möglich, weil die in diesem Spruchpunkt auferlegte Pflicht zum Ersatz der Pauschalgebühr die Auftraggeberin und nicht die Beschwerdeführerin trifft. 2.1. Die vorliegende Beschwerde richtet sich ausdrücklich gegen den angefochtenen Bescheid "zur Gänze". Soweit sich die Beschwerde damit auch gegen Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Bescheides richtet, ist eine Verletzung subjektiv-öffentlicher Rechte der Beschwerdeführerin schon deshalb nicht möglich, weil die in diesem Spruchpunkt auferlegte Pflicht zum Ersatz der Pauschalgebühr die Auftraggeberin und nicht die Beschwerdeführerin trifft.

Die gegen Spruchpunkt II. des angefochtenen Bescheides gerichtete Beschwerde war daher gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG in einem gemäß § 12 Abs. 3 VwGG gebildeten Senat zurückzuweisen. Die gegen Spruchpunkt römisch zwei. des angefochtenen Bescheides gerichtete Beschwerde war daher gemäß Paragraph 34, Absatz eins und 3 VwGG in einem gemäß Paragraph 12, Absatz 3, VwGG gebildeten Senat zurückzuweisen.

2.2. Gegen die dem Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides zugrunde liegende Rechtsauffassung, das Angebot der Beschwerdeführerin wäre einerseits wegen nachträglicher Abänderung und andererseits wegen der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden gewesen, wendet die Beschwerde ein, im vorliegenden Fall sei nach der Ausschreibung nicht der Zement eines bestimmten Zementwerkes zu liefern, sondern vielmehr eine Bauleistung (u.a. Straßeninstandsetzungsarbeiten) unter Verwendung von Zement einer bestimmten Qualität zu erbringen. Da somit nicht die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses erfolgt sei, komme der Identität des Zementherstellerwerkes für die vergaberechtliche Beurteilung des Angebotes nach Ansicht der Beschwerdeführerin keine Bedeutung zu. Daran ändere auch der von der Auftraggeberin nach der Angebotsöffnung eingeforderte Qualitätsnachweis (gemeint: Prüfbericht) für Zement nichts. Mit diesem habe sich die Beschwerdeführerin nur insofern gebunden, als sie Zement der Qualität, wie er im vorgelegten Prüfbericht beschrieben werde, liefern müsse. Die belangte Behörde gehe daher unzutreffend davon aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Verwendung von Zement des Herstellerwerkes L AG in C beinhalte und dass die Verwendung von Zement aus dem eigenen Produktionswerk in der Slowakischen Republik eine unzulässige Abänderung des Angebotes darstelle. Vielmehr sei die Beschwerdeführerin berechtigt, Zement auch von anderen Bezugsquellen zu ordern. Dass sie dazu auch in der Lage sei, ergebe sich daraus, dass die Beschwerdeführerin am 15. März 2007 das eigene Zementwerk in der Slowakischen Republik bekannt gegeben habe. Dass dies erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgt sei, sei der Beschwerdeführerin nicht anzulasten, weil die Auftraggeberin die schriftlichen Aufklärungen der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren für ausreichend erachtet habe. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin ihren Kalkulationsansatz betriebswirtschaftlich nachvollziehbar aufgeklärt, sodass die belangte Behörde die Zuschlagsentscheidung nicht hätte für nichtig erklären dürfen. Als Verfahrensmangel macht die Beschwerdeführerin geltend, die belangte Behörde habe nicht ausreichend begründet, worin im konkreten Fall die mangelhafte Erklär- und Nachvollziehbarkeit in den angesprochenen Positionen gelegen sein soll. Dies ergebe sich auch nicht eindeutig aus den genannten Ausführungen des Sachverständigen. 2.2. Gegen die dem Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides zugrunde liegende Rechtsauffassung, das Angebot der Beschwerdeführerin wäre einerseits wegen nachträglicher Abänderung und andererseits wegen der nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises auszuschneiden gewesen, wendet die Beschwerde ein, im vorliegenden Fall sei nach der Ausschreibung nicht der Zement eines bestimmten Zementwerkes zu liefern, sondern vielmehr eine Bauleistung (u.a. Straßeninstandsetzungsarbeiten) unter Verwendung von Zement einer bestimmten Qualität zu erbringen. Da somit nicht die Ausschreibung eines bestimmten Erzeugnisses erfolgt sei, komme der Identität des Zementherstellerwerkes für die vergaberechtliche Beurteilung des Angebotes nach Ansicht der Beschwerdeführerin keine Bedeutung zu. Daran ändere auch der von der Auftraggeberin nach der Angebotsöffnung eingeforderte Qualitätsnachweis (gemeint: Prüfbericht) für Zement nichts. Mit diesem habe sich die Beschwerdeführerin nur insofern gebunden, als sie Zement der Qualität, wie er im vorgelegten Prüfbericht beschrieben werde, liefern müsse. Die belangte Behörde gehe daher unzutreffend davon aus, dass das Angebot der Beschwerdeführerin die Verwendung von Zement des Herstellerwerkes L AG in C beinhalte und dass die Verwendung von Zement aus dem eigenen Produktionswerk in der Slowakischen Republik eine unzulässige Abänderung des Angebotes darstelle. Vielmehr sei die Beschwerdeführerin berechtigt, Zement auch von anderen Bezugsquellen zu ordern. Dass sie dazu auch in der Lage

sei, ergebe sich daraus, dass die Beschwerdeführerin am 15. März 2007 das eigene Zementwerk in der Slowakischen Republik bekannt gegeben habe. Dass dies erst im Zuge des Nachprüfungsverfahrens erfolgt sei, sei der Beschwerdeführerin nicht anzulasten, weil die Auftraggeberin die schriftlichen Aufklärungen der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren für ausreichend erachtet habe. Jedenfalls habe die Beschwerdeführerin ihren Kalkulationsansatz betriebswirtschaftlich nachvollziehbar aufgeklärt, sodass die belangte Behörde die Zuschlagsentscheidung nicht hätte für nichtig erklären dürfen. Als Verfahrensmangel macht die Beschwerdeführerin geltend, die belangte Behörde habe nicht ausreichend begründet, worin im konkreten Fall die mangelhafte Erklär- und Nachvollziehbarkeit in den angesprochenen Positionen gelegen sein soll. Dies ergebe sich auch nicht eindeutig aus den genannten Ausführungen des Sachverständigen.

Die hier maßgebenden Bestimmungen des BVergG 2006 lauten:

"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. Paragraph 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.

1. (2) Absatz 2, Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.
2. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Absatz 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 § 80 Abs. 4 aufweisen, oder 2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß Paragraph 80, Absatz 4, aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. 3. nach Prüfung gemäß Absatz 2, begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen.

1. (4) Absatz 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. 3. die gemäß Paragraph 97, Absatz 3, Ziffer 3, geforderte oder vom Bieter gemäß Paragraph 109, Absatz 2, vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

1. (5) Absatz 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. Sofern der geschätzte Auftragswert 120 000 Euro nicht erreicht, kann von der Vorgehensweise gemäß diesem Absatz abgesehen

werden.

...

Ausscheiden von Angeboten

§ 129. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden: Paragraph 129, (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der Auftraggeber auf Grund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuschneiden:

...

3. Angebote, die eine - durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweisen;

..."

Dem angefochtenen Bescheid liegt zugrunde, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden gewesen wäre (und daher die zugunsten dieses Angebotes erfolgte Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei), weil die Beschwerdeführerin einerseits ihr Angebot unzulässiger Weise (gemeint: nach Angebotsöffnung) abgeändert habe (die belangte Behörde verweist in diesem Zusammenhang auf § 101 Abs. 4 BVergG 2006, wonach im offenen Verfahren nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden darf) und weil andererseits das Angebot der Beschwerdeführerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne des § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 aufweise. Dem angefochtenen Bescheid liegt zugrunde, dass das Angebot der Beschwerdeführerin auszuschneiden gewesen wäre (und daher die zugunsten dieses Angebotes erfolgte Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären sei), weil die Beschwerdeführerin einerseits ihr Angebot unzulässiger Weise (gemeint: nach Angebotsöffnung) abgeändert habe (die belangte Behörde verweist in diesem Zusammenhang auf Paragraph 101, Absatz 4, BVergG 2006, wonach im offenen Verfahren nicht über Angebotsänderungen verhandelt werden darf) und weil andererseits das Angebot der Beschwerdeführerin eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises im Sinne des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 aufweise.

Was den letztgenannten Ausscheidungsgrund betrifft, so hat der Auftraggeber gemäß § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 ein Angebot auszuschneiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweist. Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, ist dieser Tatbestand nach den betreffenden Gesetzesmaterialien 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 (RV 1171 BlgNR XXII. GP, 85). Was den letztgenannten Ausscheidungsgrund betrifft, so hat der Auftraggeber gemäß Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 ein Angebot auszuschneiden, das eine durch eine vertiefte Angebotsprüfung festgestellte nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises (zB spekulative Preisgestaltung) aufweist. Wie die belangte Behörde zutreffend ausführt, ist dieser Tatbestand nach den betreffenden Gesetzesmaterialien auch dann erfüllt, wenn Teilpreise (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2, leg. cit.; somit Einheitspreise in wesentlichen Positionen) nicht plausibel sind, da diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen Regierungsvorlage 1171, BlgNR römisch 22. GP, 85).

Im vorliegenden Beschwerdefall ist die belangte Behörde davon ausgegangen, dass die Einheitspreise für die Zweischicht-Betondecke ungewöhnlich niedrig sind. Sie konnte sich dabei nicht nur auf die bereits erwähnten Angaben des für den Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung tätig gewordenen Ziviltechnikers stützen, sondern insbesondere auch auf die Aussagen des Sachverständigen, wonach sich beim Unterbeton (als Teil der Zweischicht-Betondecke) ein Fehlbetrag von EUR 767.000,-- ergebe. Beim Einheitspreis der Zweischicht-Betondecke handelt es sich nach den im Akt befindlichen Ausschreibungsunterlagen um eine vom Auftraggeber als wesentlich gekennzeichnete Position (§ 125 Abs. 3 Z. 2 iVm § 80 Abs. 4 BVergG 2006). Vor diesem Hintergrund hat die belangte Behörde nicht nur zutreffend angenommen, sondern entgegen dem Beschwerdevorbringen auch ausreichend begründet, dass gegenständlich zufolge § 125 Abs. 3 Z. 2, Abs. 4 und 5 BVergG 2006 eine vertiefte Angebotsprüfung seitens des Auftraggebers dahin vorzunehmen war, ob der Einheitspreis für die Zweischicht-Betondecke betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist. Im vorliegenden Beschwerdefall ist die belangte Behörde davon ausgegangen, dass die

Einheitspreise für die Zweischicht-Betondecke ungewöhnlich niedrig sind. Sie konnte sich dabei nicht nur auf die bereits erwähnten Angaben des für den Auftraggeber im Rahmen der Angebotsprüfung tätig gewordenen Ziviltechnikers stützen, sondern insbesondere auch auf die Aussagen des Sachverständigen, wonach sich beim Unterbeton (als Teil der Zweischicht-Betondecke) ein Fehlbetrag von EUR 767.000,-- ergebe. Beim Einheitspreis der Zweischicht-Betondecke handelt es sich nach den im Akt befindlichen Ausschreibungsunterlagen um eine vom Auftraggeber als wesentlich gekennzeichnete Position (Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 80, Absatz 4, BVergG 2006). Vor diesem Hintergrund hat die belangte Behörde nicht nur zutreffend angenommen, sondern entgegen dem Beschwerdevorbringen auch ausreichend begründet, dass gegenständlich zufolge Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer 2,, Absatz 4 und 5 BVergG 2006 eine vertiefte Angebotsprüfung seitens des Auftraggebers dahin vorzunehmen war, ob der Einheitspreis für die Zweischicht-Betondecke betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar ist.

Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 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 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. zu allem das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, und den dortigen Verweis auf das Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2006/04/0245, mwN, sowie das Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0011). Der Verwaltungsgerichtshof hat zur vertieften Angebotsprüfung nach Paragraph 125, BVergG 2006 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 in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen, wobei im Einzelnen die in Paragraph 125, Absatz 4, Ziffer eins, 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 vergleiche , zu allem das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, und den dortigen Verweis auf das Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2006/04/0245, mwN, sowie das Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0011).

Unstrittig ist, dass die Auftraggeberin von der Beschwerdeführerin wiederholt Aufklärung zum sehr bzw. ungewöhnlich niedrig erscheinenden Einheitspreis für Unterbeton (vgl. das Aufklärungsgespräch vom 30. Oktober 2006 und die Anfrage vom 8. November 2006) verlangt hat, was die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren noch damit erklärt hat, sie beabsichtige für den Unterbeton Betonabbruch (aufbereitetes Material der abgebrochenen Betondecke) zu verwenden. Unstrittig ist auch, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des Vergabeverfahrens den eingangs wörtlich wiedergegebenen Prüfbericht vorgelegt hat, der als Herstellwerk des Zements die L AG nennt und dass sie im Rahmen des Vergabeverfahrens noch nicht darauf hingewiesen hat, dass sie einen vergleichsweise billigeren Zement aus ihrem eigenen Produktionsbetrieb in der Slowakischen Republik zu verwenden beabsichtige. Unstrittig ist, dass die Auftraggeberin von der Beschwerdeführerin wiederholt Aufklärung zum sehr bzw. ungewöhnlich niedrig erscheinenden Einheitspreis für Unterbeton vergleiche , das Aufklärungsgespräch vom 30. Oktober 2006 und die Anfrage vom 8. November 2006) verlangt hat, was die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren noch damit erklärt hat, sie beabsichtige für den Unterbeton Betonabbruch (aufbereitetes Material der abgebrochenen Betondecke) zu verwenden. Unstrittig ist auch, dass die Beschwerdeführerin im Rahmen des Vergabeverfahrens den eingangs wörtlich

wiedergegebenen Prüfbericht vorgelegt hat, der als Herstellwerk des Zements die L AG nennt und dass sie im Rahmen des Vergabeverfahrens noch nicht darauf hingewiesen hat, dass sie einen vergleichsweise billigeren Zement aus ihrem eigenen Produktionsbetrieb in der Slowakischen Republik zu verwenden beabsichtige.

Ausgehend von diesen - im Vergabeverfahren gemachten - Angaben der Beschwerdeführerin ist es unbedenklich, wenn die belangte Behörde zu dem Ergebnis gelangte, der von der Beschwerdeführerin angebotene Einheitspreis in der wesentlichen Position für die Zweischicht-Betondecke sei betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar, wurde dieses Ergebnis doch nicht nur vom Sachverständigen zahlenmäßig untermauert (Fehlbetrag von EUR 767.000,--), sondern überdies von der Beschwerdeführerin in der Verhandlung selbst bestätigt.

Soweit die Beschwerdeführerin aber meint, sie habe den niedrigen Einheitspreis - allerdings erst im Vergabekontrollverfahren - mit dem Bezug von Zement aus ihrem eigenen Produktionsbetrieb erklärt, so ist ihr zu entgegnen, dass die Vergabekontrollbehörde nach der zitierten Judikatur zwar ebenso wie der Auftraggeber die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen hat, dies aber unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen. Die belangte Behörde hatte daher im Nachprüfungsverfahren die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Einheitspreises für die Zweischicht-Betondecke auf der Grundlage der im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Beschwerdeführerin zu beurteilen (somit auch auf der Grundlage des Prüfberichts, wonach der Zement im Werk der L AG hergestellt werde) und damit auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität des Preises nicht Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus § 125 Abs. 5 BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in § 125 Abs. 5 BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen. Soweit die Beschwerdeführerin aber meint, sie habe den niedrigen Einheitspreis - allerdings erst im Vergabekontrollverfahren - mit dem Bezug von Zement aus ihrem eigenen Produktionsbetrieb erklärt, so ist ihr zu entgegnen, dass die Vergabekontrollbehörde nach der zitierten Judikatur zwar ebenso wie der Auftraggeber die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen hat, dies aber unter Berücksichtigung der dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen. Die belangte Behörde hatte daher im Nachprüfungsverfahren die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Einheitspreises für die Zweischicht-Betondecke auf der Grundlage der im Vergabeverfahren gegenüber der Auftraggeberin abgegebenen Erklärungen der Beschwerdeführerin zu beurteilen (somit auch auf der Grundlage des Prüfberichts, wonach der Zement im Werk der L AG hergestellt werde) und damit auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen betreffend die Plausibilität des Preises nicht Bedacht zu nehmen. Dies ergibt sich abgesehen von der zitierten Judikatur auch aus Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006, wonach im Zuge der vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeber eine verbindliche Erklärung zu verlangen hat und der Auftraggeber anschließend eingegangene Erläuterungen und Nachweise des Bieters bei der Prüfung der Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Preises zu berücksichtigen hat. Dieser Bestimmung stünde es entgegen, wenn der Bieter die tatsächliche Erklärung für die Nachvollziehbarkeit des konkret überprüften Preises im Vergabeverfahren verschweigen und erst im Zuge eines allfälligen Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde preisgeben könnte, weil es dann dem Bieter überlassen bliebe, ob er eine vertiefte Angebotsprüfung schon vor dem Auftraggeber oder erst vor der Behörde ermöglicht, er also das in Paragraph 125, Absatz 5, BVergG 2006 umschriebene Verfahren vom Auftraggeber auf die Behörde überwälzt. Daher hat es der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2011/04/0011, in einem Fall, in dem der Auftraggeber eine vertiefte Angebotsprüfung

hätte durchführen müssen, dies aber unterlassen hat, für rechtmäßig angesehen, dass die Behörde die Zuschlagsentscheidung für nichtig erklärte, weil es Aufgabe des Auftraggebers (und nicht der Behörde) sei, die vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

Da die belangte Behörde nach dem Gesagten in nicht als rechtswidrig zu erkennender Weise zu dem Ergebnis gelangt ist, das Angebot der Beschwerdeführerin wäre im Grunde des § 129 Abs. 1 Z. 3 BVergG 2006 auszuscheiden gewesen, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit den Ausführungen im angefochtenen Bescheid (bzw. den entgegenstehenden Einwänden in der Beschwerde), wonach das Angebot der Beschwerdeführerin auch deshalb auszuscheiden gewesen wäre, weil dieses durch die Bekanntgabe der Verwendung von Zement aus dem eigenen Produktionsbetrieb der Beschwerdeführerin unzulässig abgeändert worden sei. Da die belangte Behörde nach dem Gesagten in nicht als rechtswidrig zu erkennender Weise zu dem Ergebnis gelangt ist, das Angebot der Beschwerdeführerin wäre im Grunde des Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG 2006 auszuscheiden gewesen, bedarf es keiner Auseinandersetzung mit den Ausführungen im angefochtenen Bescheid (bzw. den entgegenstehenden Einwänden in der Beschwerde), wonach das Angebot der Beschwerdeführerin auch deshalb auszuscheiden gewesen wäre, weil dieses durch die Bekanntgabe der Verwendung von Zement aus dem eigenen Produktionsbetrieb der Beschwerdeführerin unzulässig abgeändert worden sei.

Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides richtet, gemäß 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. Die Beschwerde war daher, soweit sie sich gegen Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides richtet, gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z. 6 VwGG abgesehen werden, weil eine solche bereits vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne des Art. 6 EMRK, durchgeführt wurde. Von der Durchführung der beantragten Verhandlung konnte gemäß Paragraph 39, Absatz 2, Ziffer 6, VwGG abgesehen werden, weil eine solche bereits vor der belangten Behörde, einem Tribunal im Sinne des Artikel 6, EMRK, durchgeführt wurde.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Das Aufwandersatzbegehren der Auftraggeberin für die erstattete Gegenschrift war zurückzuweisen, weil das rechtliche Interesse der Auftraggeberin (deren Zuschlagsentscheidung durch den angefochtenen Bescheid für nichtig erklärt wurde) gleich gelagert ist wie jenes der Beschwerdeführerin und die Auftraggeberin daher, unbeschadet ihrer Beiziehung im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren, nicht als mitbeteiligte Partei im Sinne des § 21 Abs. 1 Z. 4 VwGG anzusehen ist (vgl. die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 1994, Zl. 92/10/0041, und vom 13. Juni 1989, Zl. 85/08/0064). Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. römisch zwei Nr. 455. Das Aufwandersatzbegehren der Auftraggeberin für die erstattete Gegenschrift war zurückzuweisen, weil das rechtliche Interesse der Auftraggeberin (deren Zuschlagsentscheidung durch den angefochtenen Bescheid für nichtig erklärt wurde) gleich gelagert ist wie jenes der Beschwerdeführerin und die Auftraggeberin daher, unbeschadet ihrer Beiziehung im verwaltungsgerichtlichen Vorverfahren, nicht als mitbeteiligte Partei im Sinne des Paragraph 21, Absatz eins, Ziffer 4, VwGG anzusehen ist vergleiche , die hg. Erkenntnisse vom 31. Jänner 1994, Zl. 92/10/0041, und vom 13. Juni 1989, Zl. 85/08/0064).

Wien, am 28. September 2011

Schlagworte

Beteiligter Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2007040102.X00

Im RIS seit

07.11.2011

Zuletzt aktualisiert am

03.07.2018

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at