

TE Vwgh Erkenntnis 2011/6/22 2011/04/0011

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 22.06.2011

Index

E6j;

001 Verwaltungsrecht allgemein;

10/07 Verwaltungsgerichtshof;

40/01 Verwaltungsverfahren;

97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

62001CJ0249 Hackermüller VORAB;

AVG §52;

BVergG 2006 §105 Abs1;

BVergG 2006 §105 Abs2;

BVergG 2006 §105;

BVergG 2006 §125 Abs1;

BVergG 2006 §125 Abs2;

BVergG 2006 §125 Abs3 Z1;

BVergG 2006 §125 Abs4;

BVergG 2006 §125;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z3;

BVergG 2006 §129 Abs1 Z7;

BVergG 2006 §129 Abs1;

BVergG 2006 §129 Abs2;

BVergG 2006 §320;

BVergG 2006 §325 Abs1;

VwGG §42 Abs2 Z1;

VwRallg;

1. AVG § 52 heute

2. AVG § 52 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025

3. AVG § 52 gültig von 01.01.2002 bis 27.11.2001 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

4. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

5. AVG § 52 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

6. AVG § 52 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

7. AVG § 52 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 105 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
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 § 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 § 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 § 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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 325 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. VwGG § 42 heute
2. VwGG § 42 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 42 gültig von 01.07.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. VwGG § 42 gültig von 01.07.2008 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 4/2008
5. VwGG § 42 gültig von 01.01.1991 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 330/1990

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 X Gesellschaft m.b.H. in Y, vertreten durch Haslinger/Nagele & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Am Hof 13, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 2. Dezember 2010, Zlen. N/0069-BVA/04/2010-71 und N/0070- BVA/04/2010-58, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend; mitbeteiligte Parteien: A GmbH in Y, vertreten durch schwartz huber-medek & partner rechtsanwälte og in 1010 Wien, Stubenring 2, und 2. Bietergemeinschaft bestehend aus B AG Österreich und C BetriebsgesmbH & Co KG in Y, vertreten durch Siemer-Siegl-Füreder & Partner, Rechtsanwälte in 1010 Wien, Dominikanerbastei 10), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beschwerdeführerin) richtet, als unbegründet abgewiesen und, soweit sie sich gegen die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides (Verpflichtung des Auftraggebers zum Pauschalgebührenersatz und Zurückweisung von Nachprüfungsanträgen der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft) richtet, zurückgewiesen. Die Beschwerde wird, soweit sie sich gegen Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides (Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beschwerdeführerin) richtet, als unbegründet abgewiesen und, soweit sie sich gegen die übrigen Spruchpunkte des angefochtenen Bescheides (Verpflichtung des Auftraggebers zum Pauschalgebührenersatz und Zurückweisung von Nachprüfungsanträgen der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft) richtet, zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 57,40 und den mitbeteiligten Parteien jeweils Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Vergabeverfahren:

1.1. Nach den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides führte das Arbeitsmarktservice Österreich als öffentlicher Auftraggeber (im Folgenden: Auftraggeber) ein Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" durch. Bei der zu beschaffenden Leistung handelte es sich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 (vgl. Anhang III - Prioritäre Dienstleistungen BVergG 2006: Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten). Umfasst seien dabei Betriebsleistungen (Rechenzentrum, Desktop und Netzwerkmanagement), die Betreuung von Anwenderinnen "Help desk Schulungen", Anwendungswartung sowie die Weiter- und Neuentwicklung von Anwendungen. 1.1. Nach den insoweit unstrittigen Feststellungen des angefochtenen Bescheides führte das Arbeitsmarktservice Österreich als öffentlicher Auftraggeber (im Folgenden: Auftraggeber) ein Vergabeverfahren "Neuausschreibung AMS-IT-Unterstützung" durch. Bei der zu beschaffenden Leistung handelte es sich um einen Dienstleistungsauftrag der Kategorie 7 (vgl. Anhang römisch drei - Prioritäre Dienstleistungen BVergG 2006: Datenverarbeitung und verbundene Tätigkeiten). Umfasst seien dabei Betriebsleistungen (Rechenzentrum, Desktop und Netzwerkmanagement), die Betreuung von Anwenderinnen "Help desk Schulungen", Anwendungswartung sowie die Weiter- und Neuentwicklung von Anwendungen.

Der Auftrag sollte in Form eines Verhandlungsverfahrens nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden. Die Bekanntmachung der Ausschreibung (Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages) wurde am 9. Dezember 2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften unter 2008/S239-318276 veröffentlicht.

In der Folge erfolgten vier Fragebeantwortungen zu den Teilnahmeanträgen.

Sodann legten die Beschwerdeführerin, die erstmitbeteiligte Partei sowie die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft einen Teilnahmeantrag.

1.2. Mit Schreiben vom 23. Februar 2009 wurden diese Teilnahmeantragsteller zur zweiten Stufe des Verhandlungsverfahrens zugelassen.

Am 3. April 2009 wurden der Beschwerdeführerin, der erstmitbeteiligten Partei und der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft als Bieter die Ausschreibungsunterlagen mit der Aufforderung zur Legung eines ersten Angebotes bis zum 22. Juni 2009 übermittelt. In der Folge wurden den Bietern am 28. Mai 2009 die überarbeiteten Ausschreibungsunterlagen zum ersten Angebot übermittelt, das Ende der Angebotsfrist wurde beibehalten.

Nachdem die Bieter fristgerecht erste Angebote gelegt hatten und fristgerecht Verbesserungsaufträgen und Aufklärungsersuchen nachgekommen waren, wurden sie am 16. Juli 2009 zur ersten Verhandlungsrunde eingeladen.

1.3. In der Folge wurden am 25. September 2009 die Ausschreibungsunterlagen zum zweiten Angebot mit einer Angebotsfrist bis zum 5. November 2009 übermittelt. Nach Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 19. November 2009, nach Übermittlung von Fragen und der Durchführung von Hearings mit den einzelnen Bietern wurde diesen am 23. Oktober 2009 die erste konsolidierte Fragenbeantwortung zum zweiten Angebot übermittelt. Nach weiteren Bieterfragen und Hinweisen erfolgte die zweite konsolidierte Fragenbeantwortung zum zweiten Angebot.

Fristgerecht legten die Beschwerdeführerin, die erstmitbeteiligte Partei und die zweitmitbeteiligte Partei zweite Angebote.

Nach Durchführung von Aufklärungen wurden die zweiten Angebote mit den Bietern in zwei Verhandlungsrunden erörtert.

1.4. Am 30. März 2010 wurden den Bietern Ausschreibungsunterlagen zum dritten Angebot (last and best offer) unter Setzung einer Angebotsfrist bis zum 11. Mai 2010 übermittelt. In der Folge kam es zu weiteren drei Fragebeantwortungen mit Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen zum "last and best offer".

Fristgerecht legten die Beschwerdeführerin, die erstmitbeteiligte Partei und die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft ein drittes Angebot.

Im Zuge der Angebotsprüfung kam es zu weiteren Aufklärungen zum "last and best offer". Mit der Beschwerdeführerin wurden am 7. Juli 2010 "Exklusivverhandlungen" (so der angefochtene Bescheid) durchgeführt und wurde diese zur Legung eines überarbeiteten "last and best offer" bis zum 15. Juli 2010 aufgefordert. Die Beschwerdeführerin legte ein überarbeitetes "last and best offer" mit einem neuen Gesamtangebotspreis vor.

1.5. Mit Telefaxmitteilung vom 4. August 2010 wurde die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beschwerdeführerin mit einer näher bezeichneten Vergabesumme bekanntgegeben. Die erstmitbeteiligte Partei als auch die zweitmitbeteiligte Partei wandten sich mit Schriftsatz vom 5. August 2010 an den Auftraggeber und teilten mit, dass die Telefaxmitteilung nicht lesbar bzw. ab Seite 3 fast unleserlich sei, worauf vom Auftraggeber mit Schriftsatz vom 6. August 2010 die geforderten Unterlagen übermittelt wurden.

2. Nachprüfungsverfahren und angefochtener Bescheid:

2.1. Gegen die Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 brachten sowohl die erstmitbeteiligte Partei als auch die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft Nachprüfungsanträge bei der belangten Behörde ein.

2.2. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde über diese Nachprüfungsanträge wie folgt entschieden:

Dem Antrag der erstmitbeteiligten Partei wurde stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 gemäß § 312 Abs. 2 Z. 2 Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 (BVerG 2006) für nichtig erklärt (Spruchpunkt I.). Dem Antrag der zweitmitbeteiligten Partei wurde stattgegeben und die Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz in der Fassung der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, (BVerG 2006) für nichtig erklärt (Spruchpunkt römisch eins.).

Weiters wurde der Auftraggeber verpflichtet, der erstmitbeteiligten Partei die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt II.). Weiters wurde der Auftraggeber verpflichtet, der zweitmitbeteiligten Partei die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt römisch zwei.).

Der Antrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft auf Nichtigklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 wurde zurückgewiesen (Spruchpunkt III.). Auch der Antrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft

auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010, "lesbar, zugestellt am 5.8.2010" wurde zurückgewiesen (Spruchpunkt IV.). Der Antrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 wurde zurückgewiesen (Spruchpunkt römisch drei.). Auch der Antrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010, "lesbar, zugestellt am 5.8.2010" wurde zurückgewiesen (Spruchpunkt römisch vier.).

Hingegen wurde dem Antrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft auf Pauschalgebührenersatz stattgegeben und der Auftraggeber verpflichtet, dieser die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt V.). Hingegen wurde dem Antrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft auf Pauschalgebührenersatz stattgegeben und der Auftraggeber verpflichtet, dieser die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen (Spruchpunkt römisch fünf.).

2.3. Begründend folgen im angefochtenen Bescheid auf 89 Seiten eine (ausführliche) Darstellung des Verfahrensganges sowohl des zugrundeliegenden Vergabeverfahrens als auch der (bei der belangten Behörde unter zwei verschiedenen Zahlen protokollierten) Nachprüfungsverfahren.

In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde nach Ausführungen zur anzuwendenden Rechtslage und ihrer Zuständigkeit zunächst zu Spruchpunkt I. im Wesentlichen Folgendes aus: In rechtlicher Hinsicht führte die belangte Behörde nach Ausführungen zur anzuwendenden Rechtslage und ihrer Zuständigkeit zunächst zu Spruchpunkt römisch eins. im Wesentlichen Folgendes aus:

Zur Antragslegitimation (Frage des Ausscheidens des Angebotes) der erstmitbeteiligten Partei als Antragsteller des unter der dortigen Zl. N/0069-BVA/04/0210 protokollierten Nachprüfungsverfahrens:

a) Medienkontakt der erstmitbeteiligten Partei:

Wie sich aus Punkt 1.4 des Ausschreibungstextes zum last and best offer ergebe, sei es den Bietern untersagt, den Medien bis zur Zuschlagserteilung Informationen über den Umstand ihrer Beteiligung, den Stand des Vergabeverfahrens oder sonstige Umstände der gegenständlichen Ausschreibung zu erteilen. Ein solcher Verstoß könne gemäß dem Ausschreibungstext zum Ausscheiden des betreffenden Bieters führen.

Zwar habe die Beschwerdeführerin in ihrem Schriftsatz einen Kontakt der erstmitbeteiligten Partei zu den Medien im Hinblick auf den am 25. September 2010 erschienenen Artikel in der Tageszeitung "Die Presse", in dem das gegenständliche Vergabeverfahren Thema gewesen sei, behauptet. Dies habe die erstmitbeteiligte Partei in der ersten mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde (vom 6. Oktober 2010) bestritten. Zudem handle es sich bei der gegenständlichen Regelung um eine Kann-Bestimmung, von der der Auftraggeber in Übereinstimmung mit dem Ausschreibungstext keinen Gebrauch gemacht habe.

b) Kontaktaufnahme mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates (des Auftraggebers):

Wie sich aus Punkt 1.1 der Bestimmungen des Ausschreibungstextes des "last and best offer" ergebe, sei eine direkte Kontaktaufnahme mit vier verschiedenen Personengruppen des Auftraggebers für den Bieter nicht gestattet. Ein Verstoß könne zum Ausschluss des Bieters aus dem Vergabeverfahren führen.

Zu diesen Personen zähle auch der Vorsitzende des Verwaltungsrates, an den sich die erstmitbeteiligte Partei mit einem Schreiben direkt gewandt habe. Jedoch handle es sich hier lediglich um eine Kann-Bestimmung, von der der Auftraggeber in Übereinstimmung mit dem Ausschreibungstext nicht Gebrauch gemacht habe und die erstmitbeteiligte Partei nicht ausgeschieden habe.

c) Transition ohne Rückgriff auf Mitarbeiter des bisherigen Dienstleisters:

Gemäß Punkt 2.1 des Ausschreibungstextes zum "last and best offer" habe der Bieter bei der Angebotserstellung eine mögliche Anwendbarkeit des § 3 AVRAG zu berücksichtigen. Für die Transition sei unter Punkt F.1.3 der Leistungsbeschreibung eine Abwicklung innerhalb von 12 Projektmonaten ab Vertragsbeginn vorgegeben. Gemäß Punkt 8.2.3.4 des Leistungsvertrages sei vom Bieter für den Fall, dass entgegen seiner Annahme und Beurteilung Mitarbeiter des bisherigen Dienstleisters nicht auf ihn übergingen, zuzusichern, hierfür entsprechende Alternativen eingeplant zu haben und in der Lage zu sein, den Leistungsvertrag vereinbarungsgemäß zu erfüllen. Gemäß Punkt 2.1 des Ausschreibungstextes zum "last and best offer" habe der Bieter bei der Angebotserstellung eine mögliche Anwendbarkeit des Paragraph 3, AVRAG zu berücksichtigen. Für die Transition sei unter Punkt F.1.3 der Leistungsbeschreibung eine Abwicklung innerhalb von 12 Projektmonaten ab Vertragsbeginn vorgegeben. Gemäß

Punkt 8.2.3.4 des Leistungsvertrages sei vom Bieter für den Fall, dass entgegen seiner Annahme und Beurteilung Mitarbeiter des bisherigen Dienstleisters nicht auf ihn übergangen, zuzusichern, hierfür entsprechende Alternativen eingeplant zu haben und in der Lage zu sein, den Leistungsvertrag vereinbarungsgemäß zu erfüllen.

Das Transitionskonzept der erstmitbeteiligten Partei im "last and best offer" habe eine Abwicklung innerhalb von 12 Monaten vorgesehen, wobei das Personal des bisherigen Dienstnehmers übernommen werden solle. Jedoch habe die erstmitbeteiligte Partei in laufenden Aussagen im Verhandlungsverfahren immer wieder betont, die 12-monatige Transitionsphase auch ohne Personalübergang bewerkstelligen zu können (Verweis auf das Verhandlungsprotokoll zur ersten Angebotsrunde am 27. Juli 2009). Die Ausführungen der erstmitbeteiligten Partei, wonach die Transition ohne Übernahme der Mitarbeiter des bisherigen Dienstleisters nicht bewältigt werden könne, sei dahingehend zu interpretieren, dass sich die erstmitbeteiligte Partei nur auf jene Bieter beziehe, die nicht über erworbenes kundenspezifisches Wissen verfügten und die daher ihrer Ansicht nach die Transition nicht ohne Übernahme des Personals des bisherigen Dienstleisters zeitgerecht bewerkstelligen könnten. Daher sei das Transitionskonzept der erstmitbeteiligten Partei in ihrem letzten Angebot nicht als ausschreibungswidrig zu beurteilen.

d) Einpreisung der Kosten für den Personalübergang in die Transitionskosten:

Der Auftraggeber habe im Verhandlungsverfahren in der bestandsfest gewordenen ersten konsolidierten Fragebeantwortung zu den Ausschreibungsunterlagen zum zweiten Angebot darauf hingewiesen, dass die Kosten für den erstmaligen Aufbau und die Einrichtung im Zuge der Transitionsphase nicht Transitionskosten darstellen würden, sondern für den Aufbau des Services notwendig seien. Auch habe er klargestellt, dass die Transitionskosten drei Themenblöcke umfassen würden ("know-how-Aufbau", "Projektmanagement", "Unterstützungsleistungen durch den bisherigen Dienstleister").

Daher seien die Kosten durch die erstmitbeteiligte Partei für den Personalübergang zu Recht unter dem Block "know-how-Aufbau" eingepreist worden, da es durch den Personalübergang zu einem knowhow-Transfer komme. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin könne daher nicht von einer falschen Einpreisung der Kosten für den Personalübergang ausgegangen werden.

e) Austausch des Schlüsselpersonals durch die erstmitbeteiligte Partei:

Punkt 6.4. des vorläufigen Leistungsvertrages sehe für den Austausch des Schlüsselpersonals vor, dass jeder Austausch durch den Auftragnehmer der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers bedürfe. Dabei habe die ersetzende Person zumindest gleichwertige Qualifikationen und Erfahrungen wie die zu ersetzende Person aufzuweisen und sei in jedem Fall vom Auftraggeber zu genehmigen.

Die erstmitbeteiligte Partei habe dem Auftraggeber den Austausch von Schlüsselpersonal am 10. Juni 2009 bekanntgegeben. Die Personen seien vom Auftraggeber hinsichtlich Gleichwertigkeit geprüft und für in Ordnung befunden worden und aus Sicht des Auftraggebers sei daher dem Austausch zuzustimmen gewesen. Die genannten Schlüsselpersonen habe die erstmitbeteiligte Partei auch in ihrem ersten Angebot nominiert. Da der Auftraggeber die erstmitbeteiligte Partei in der Folge auch zur ersten Verhandlungsrunde und zur Legung eines zweiten Angebotes eingeladen habe, ergebe sich daraus die vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers zum Austausch des Schlüsselpersonals durch die erstmitbeteiligte Partei. Daher sei entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht von einem rechtswidrigen Austausch des Schlüsselpersonals auszugehen.

f) Rechtswidriger Austausch von Subunternehmern durch die erstmitbeteiligte Partei:

Nach der bestandsfest gewordenen Fragebeantwortung des Auftraggebers zur Frage 61 zum Teilnahmeantrag reiche für die Subunternehmererklärung die Ersatzbeglaubigung/-bestätigung durch den Bewerber selbst aus.

In diesem Sinne habe die erstmitbeteiligte Partei in ihrem Teilnahmeantrag Subunternehmer benannt, welche sie auch in ihrem "last and best offer" beibehalten habe. Der Umstand, dass die vormalige "A Enterprise Services GmbH" nunmehr als "A International GmbH" bezeichnet werde, sei kein unzulässiger Austausch eines notwendigen Subunternehmers, da der Auftraggeber auf Grund eines durch die erstmitbeteiligte Partei vorgelegten Handelsregistrauszuges die Bestätigung erhalten habe, dass es sich dabei um eine Änderung des Firmennamens gehandelt habe. Die "D GmbH" habe die erstmitbeteiligte Partei sowohl im ersten als auch im zweiten Angebot sowie im "last and best offer" genannt. Entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin sei daher von einer unzulässigen Heranziehung eines Sub-Subunternehmers nicht auszugehen.

Insgesamt sei daher entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin das Angebot der erstmitbeteiligten Partei nicht auszuschneiden gewesen. Vielmehr komme dieser gemäß § 320 Abs. 1 BVergG 2006 Antragslegitimation zu. Insgesamt sei daher entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin das Angebot der erstmitbeteiligten Partei nicht auszuschneiden gewesen. Vielmehr komme dieser gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006 Antragslegitimation zu.

2.3.2. In der Sache führte die belangte Behörde zur Preisprüfung betreffend das "last and best offer" der Beschwerdeführerin durch den Auftraggeber im Wesentlichen (nach Hinweis auf § 125 BVergG 2006) aus, der Auftraggeber habe im Rahmen der Angebotsprüfung die Angebote der einzelnen Bieter hinsichtlich inhaltlicher Änderungen zwischen dem Letztangebot (last and best offer) und dem zweiten Angebot einander gegenübergestellt. Dabei seien bei der Beschwerdeführerin (insbesondere bei den Leistungspaketen E1, E3, E4 und E5) erhebliche Preisreduktionen festgestellt worden. 2.3.2. In der Sache führte die belangte Behörde zur Preisprüfung betreffend das "last and best offer" der Beschwerdeführerin durch den Auftraggeber im Wesentlichen (nach Hinweis auf Paragraph 125, BVergG 2006) aus, der Auftraggeber habe im Rahmen der Angebotsprüfung die Angebote der einzelnen Bieter hinsichtlich inhaltlicher Änderungen zwischen dem Letztangebot (last and best offer) und dem zweiten Angebot einander gegenübergestellt. Dabei seien bei der Beschwerdeführerin (insbesondere bei den Leistungspaketen E1, E3, E4 und E5) erhebliche Preisreduktionen festgestellt worden.

Deshalb sei die Beschwerdeführerin zur Aufklärung aufgefordert worden. Ihre Antwort sei allgemein gehalten gewesen. Die Beschwerdeführerin habe in ihrer Antwort allgemein auf die Berücksichtigung vieler ihrer Änderungsvorschläge durch den Auftraggeber betreffend die Ausschreibungsunterlagen, den Leistungsvertrag, die Leistungsbeschreibung und das Preisblatt verwiesen. Klarstellungen und Änderungen hätten zur Reduktion der Risikovorsorge geführt. Die genauere Leistungsbeschreibung sowie zusätzliche Informationen hätten genauere Abschätzungen der benötigten Ressourcen ermöglicht. Auch Änderungen im Bereich der Transition hätten einen maßgeblichen Einfluss auf den Angebotspreis gehabt, zumal die Einpreisung eines Mehraufwandes im Letztangebot nicht erforderlich gewesen sei. Mit weiteren Optimierungen und Verhandlungen mit Subunternehmen sei ein Preisvorteil lukriert worden. Außerdem handle es sich um ein Letztangebot.

Der Auftraggeber selbst habe zu den inhaltlichen Änderungen festgestellt, dass diese bei der Servicedefinition E1 als mittlere Änderungen und bei den Servicedefinitionen E3, E4 und E5 als geringfügige inhaltliche Änderungen zu beurteilen seien. Lediglich bei der Servicedefinition F1 und F2 seien hohe inhaltliche Änderungen festgestellt worden.

Vor diesem Hintergrund hätte der Auftraggeber angesichts dessen, dass (gemäß Punkt 1.8 des Ausschreibungstextes zum "last and best offer") die Gesamtpreise je Servicedefinition in den bewertungsrelevanten Gesamtpreis über acht Jahre (inklusive Rumpfpjahr) einfließen würden, erkennen müssen, dass das Letztangebot der Beschwerdeführerin einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweise, der im Rahmen der Aufklärung durch die Beschwerdeführerin nicht hinreichend aufgeklärt habe werden können. Daran ändere auch nichts, dass es zwischen dem zweiten Angebot und dem Letztangebot zur Änderung an den Ausschreibungsunterlagen gekommen sei und die Beschwerdeführerin vier weitere zusätzliche Subunternehmer im Letztangebot namhaft gemacht habe.

Hingewiesen werde auch darauf, dass vom Auftraggeber der Gesamtaufwand für das Vorhaben mit jährlich EUR 35 Mio. exklusive Umsatzsteuer geschätzt worden sei.

Daher hätte der Auftraggeber gemäß § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 eine vertiefte Angebotsprüfung beim "last and best offer" der Beschwerdeführerin vornehmen müssen. Eine solche vertiefte Angebotsprüfung sei nicht von der belangten Behörde im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durchzuführen, sondern habe durch den Auftraggeber im Rahmen des fortgesetzten Verfahrens zu erfolgen. Daher hätte der Auftraggeber gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 eine vertiefte Angebotsprüfung beim "last and best offer" der Beschwerdeführerin vornehmen müssen. Eine solche vertiefte Angebotsprüfung sei nicht von der belangten Behörde im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens durchzuführen, sondern habe durch den Auftraggeber im Rahmen des fortgesetzten Verfahrens zu erfolgen.

Da die Unterlassung der vertieften Angebotsprüfung auch als wesentlich im Sinne von § 325 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 zu beurteilen sei, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen. Da die Unterlassung der vertieften Angebotsprüfung auch als wesentlich im Sinne von Paragraph 325, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006 zu beurteilen sei, sei spruchgemäß zu entscheiden gewesen.

Zu Spruchpunkt II. führte die belangte Behörde aus, die Verpflichtung zum Pauschalgebührenersatz sei auszusprechen gewesen, weil die erstmitbeteiligte Partei in dem (zur Zl. N/0069- BVA/04/2010 protokollierten) Nachprüfungsverfahren obsiegt habe. Zu Spruchpunkt römisch zwei. führte die belangte Behörde aus, die Verpflichtung zum Pauschalgebührenersatz sei auszusprechen gewesen, weil die erstmitbeteiligte Partei in dem (zur Zl. N/0069- BVA/04/2010 protokollierten) Nachprüfungsverfahren obsiegt habe.

Zur Zurückweisung der Nachprüfungsanträge der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft (Spruchpunkt III. und IV.) führte die belangte Behörde aus, da durch die Nichtigklärung der bekämpften Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides diese nicht mehr existiere, sei eine Prozessvoraussetzung im Sinn von § 312 Abs. 2 Z. 2 BVergG 2006 weggefallen und der bekämpfte Anfechtungsgegenstand nicht mehr existent. Zur Zurückweisung der Nachprüfungsanträge der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft (Spruchpunkt römisch drei. und römisch vier.) führte die belangte Behörde aus, da durch die Nichtigklärung der bekämpften Zuschlagsentscheidung mit Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides diese nicht mehr existiere, sei eine Prozessvoraussetzung im Sinn von Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG 2006 weggefallen und der bekämpfte Anfechtungsgegenstand nicht mehr existent.

Zu Spruchpunkt V. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, auch wenn der Nachprüfungsantrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft aus formalen Gründen zurückgewiesen worden sei, habe diese im Ergebnis jedoch obsiegt, da die von ihr bekämpfte Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 bereits für nichtig erklärt worden sei, sodass der Pauschalgebührenersatz auszusprechen gewesen sei. Zu Spruchpunkt römisch fünf. führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, auch wenn der Nachprüfungsantrag der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft aus formalen Gründen zurückgewiesen worden sei, habe diese im Ergebnis jedoch obsiegt, da die von ihr bekämpfte Zuschlagsentscheidung vom 4. August 2010 bereits für nichtig erklärt worden sei, sodass der Pauschalgebührenersatz auszusprechen gewesen sei.

3. Beschwerde:

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, in welcher der angefochtene Bescheid "vollumfänglich" wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes, Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften sowie Rechtswidrigkeit infolge Unzuständigkeit der belangten Behörde angefochten wird.

Vorgebracht wird im Wesentlichen zunächst, der erstmitbeteiligten Partei habe es an der Antragslegitimation im vorliegenden Nachprüfungsverfahren gefehlt, weil ihr Angebot aus mehreren Gründen auszuschneiden gewesen sei:

(zu a) und b)) So habe die erstmitbeteiligte Partei direkt mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates des Auftraggebers Kontakt aufgenommen. Entgegen der Auffassung der belangten Behörde sei die diesbezügliche Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen trotz der Verwendung des Wortes "kann" als "muss-Bestimmung" zu verstehen. Schließlich habe jeder Bieter im Verfahren ein subjektives Recht auf Ausscheiden eines Mitbewerbers, der einen Ausscheidungsgrund gesetzt habe, sodass diese Festlegung als zwingender Auslegungstatbestand zu lesen sei. Gleiches gelte zu dem in den Ausschreibungsunterlagen festgelegten Ausscheidungsgrund des Kontaktes zu Medien.

(zu c)) Auch das Transitionskonzept der erstmitbeteiligten Partei sei ausschreibungswidrig, da diese in Beantwortung der Aufklärungsfrage 2 vom 28. Juni 2010 klargestellt habe, dass bei keinerlei Personalübergang die Umsetzung der Transition innerhalb der zeitlichen Vorgaben von 12 Monaten nicht durchführbar sei. Die erstmitbeteiligte Partei habe ausgeführt, trotz des kundenspezifischen Wissens ihrerseits gelte, dass bei keinerlei Personalübergang die Umsetzung der Transition nicht durchführbar sei. Die von der belangten Behörde vorgenommene "Erklärung" dieser Fragebeantwortung sei für die Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar. Für die Frage, ob das Angebot der erstmitbeteiligten Partei ausschreibungskonform sei, dürfe nur der Erklärungswert der Beantwortung vom 28. Juni 2010 herangezogen werden, nicht jedoch das Vorbringen in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde am 6. Oktober 2010.

(zu d)) Darüber hinaus habe die erstmitbeteiligte Partei die Kosten für den Personalübergang entgegen den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen in die Transitionskosten einbezogen. Die Kosten für den Personalübergang sei keiner der vom Auftraggeber festgelegten drei Kategorien der Transitionskosten zurechenbar, zumal es sich beim Personalübergang um die Übernahme von know-how und nicht um den Aufbau eines solchen beim Auftragnehmer handle.

Im Hinblick auf die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft lasse die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid überhaupt offen, ob diese antragslegitimiert gewesen sei. Andernfalls hätte die belangte Behörde den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr wohl abweisen müssen. Auch dieser fehle die Antragslegitimation auf Grund der Verwirklichung in der Beschwerde näher angeführter Ausscheidungsgründe.

Gegen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung bringt die Beschwerdeführerin vor, eine vertiefte Angebotsprüfung sei im Beschwerdefall nicht erforderlich gewesen. Ein im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis im Sinne des § 125 Abs. 3 BVergG 2006 sei nicht vorgelegen. Die belangte Behörde habe allein aus dem Umstand der Preisreduktion im Letztangebot im Verhältnis zum Zweitangebot abgeleitet, dass entweder der Preis im Zweitangebot oder jener im Letztangebot nicht plausibel zusammengesetzt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe ausführlich dargelegt, wie sie in ihrer Kalkulation zu dieser Preisreduktion kommen habe können. Gegen die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung bringt die Beschwerdeführerin vor, eine vertiefte Angebotsprüfung sei im Beschwerdefall nicht erforderlich gewesen. Ein im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis im Sinne des Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 sei nicht vorgelegen. Die belangte Behörde habe allein aus dem Umstand der Preisreduktion im Letztangebot im Verhältnis zum Zweitangebot abgeleitet, dass entweder der Preis im Zweitangebot oder jener im Letztangebot nicht plausibel zusammengesetzt gewesen sei. Die Beschwerdeführerin habe ausführlich dargelegt, wie sie in ihrer Kalkulation zu dieser Preisreduktion kommen habe können.

Die belangte Behörde habe sich mit der Frage, ob der Angebotspreis für sich genommen unangemessen niedrig sei, nur mit einem Hinweis dahingehend beschäftigt, dass der Auftraggeber den Gesamtaufwand für das Vorhaben mit jährlich EUR 35 Mio. geschätzt habe. Diese Argumentation erweise sich bei richtiger Betrachtung als falsch: An anderer Stelle führe die belangte Behörde nämlich aus, dass es sich bei diesem Betrag nicht um eine Kostenschätzung, sondern eine "Schmerzgrenze" des Auftraggebers gehandelt habe, deren Überschreitungen den Widerruf der Ausschreibung auslösen solle.

Diese Kostenschätzung könne auch im Hinblick auf die von der erstmitbeteiligten Partei und der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft gemachten Letztangebote keinen Hinweis auf einen ungewöhnlich niederen Gesamtpreis darstellen. Berücksichtige man hingegen das Auftragsvolumen, dann sei eine Abweichung von EUR 21 Mio. zum Preis der zweitgereihten erstmitbeteiligten Partei keinesfalls ungewöhnlich. Auf die jährlichen Entgelte umgelegt ergebe sich ein Preisunterschied von nur etwa EUR 3 Mio., eine solche Preisdifferenz könne nicht ernsthaft als ungewöhnlich angesehen werden. Auch vom Auftraggeber könne der Angebotspreis der Beschwerdeführerin nicht als ungewöhnlich niedrig empfunden worden sein, habe dieser doch gewusst, dass die Beschwerdeführerin als Weltmarktführer für derartige Leistungen über entsprechende Expertise und Synergieeffekte verfüge. Jedenfalls liege die belangte Behörde falsch, wenn sie meine, es sei eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen gewesen.

Als Verfahrensfehler werde - neben den bereits oben wiedergegebenen Vorbringen - weiters vorgebracht, die Begründung des Bescheides für die Nichtigerklärung der vorliegenden Zuschlagsentscheidung entspreche nicht § 58 Abs. 2 iVm § 60 AVG. Weiters habe die belangte Behörde das Parteiengehör verletzt, weil näher bezeichnete, nach dem Ende der mündlichen Verhandlung am 18. Oktober 2010 im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Schriftsätze der mitbeteiligten Parteien im Nachprüfungsverfahren der Beschwerdeführerin nicht übermittelt worden seien, obwohl der Vertreter der Beschwerdeführerin die belangte Behörde darum ersucht habe. Diese Verletzung sei deshalb wesentlich, da die Beschwerdeführerin, wären ihr die Schriftsätze übermittelt worden, jedenfalls hätte darlegen können, dass das Angebot der erstmitbeteiligten Partei hätte ausgeschieden werden müssen. Als Verfahrensfehler werde - neben den bereits oben wiedergegebenen Vorbringen - weiters vorgebracht, die Begründung des Bescheides für die Nichtigerklärung der vorliegenden Zuschlagsentscheidung entspreche nicht Paragraph 58, Absatz 2, in Verbindung mit Paragraph 60, AVG. Weiters habe die belangte Behörde das Parteiengehör verletzt, weil näher bezeichnete, nach dem Ende der mündlichen Verhandlung am 18. Oktober 2010 im Nachprüfungsverfahren vorgelegte Schriftsätze der mitbeteiligten Parteien im Nachprüfungsverfahren der Beschwerdeführerin nicht übermittelt worden seien, obwohl der Vertreter der Beschwerdeführerin die belangte Behörde darum ersucht habe. Diese Verletzung sei deshalb wesentlich, da die Beschwerdeführerin, wären ihr die Schriftsätze übermittelt worden, jedenfalls hätte darlegen können, dass das Angebot der erstmitbeteiligten Partei hätte ausgeschieden werden müssen.

Die fehlende Antragslegitimation der erstmitbeteiligten Partei, weil diese hätte ausgeschieden werden müssen, wird von der Beschwerdeführerin auch als Unzuständigkeit der belangten Behörde gerügt.

4. Gegenschriften und Vorverfahren:

4.1. Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und beantragte die kostenpflichtige Zurückweisung, in eventu Abweisung der vorliegenden Beschwerde.

4.2. Die erstmitbeteiligte Partei erstattete ebenso eine Gegenschrift, in der sie zunächst auf die Ablehnung der von der Beschwerdeführerin gegen den angefochtenen Bescheid vom Verfassungsgerichtshof (VfGH) eingebrachten Beschwerde mit Beschluss des VfGH vom 10. März 2011, Zl. B 109/11, verwies.

Weiters bringt die erstmitbeteiligte Partei vor, die von der Beschwerdeführerin bezeichneten 16 Beschwerdepunkte seien samt und sonders untauglich, sodass die Beschwerde aus diesem Grunde als unzulässig zurückzuweisen, zumindest aber als unbegründet abzuweisen wäre.

(zu b)) Zu der von der Beschwerdeführerin gerügten Kontaktaufnahme mit Mitgliedern des Verwaltungsrates bringt die erstmitbeteiligte Partei vor, es sei nach Punkt 1.1 der Ausschreibungsunterlage ausschließlich die direkte Kontaktaufnahme untersagt worden, die erstmitbeteiligte Partei habe aber ihr Anliegen über die vergebende Stelle und somit nicht direkt an den Vorsitzenden des Verwaltungsrates herangetragen. Auch handle es sich lediglich um eine fakultative Ausscheidensbestimmung.

(zu d)) Auch handle es sich bei der Einpreisung der Kosten für die Personalübernahme in die Transitionskosten um keine ausschreibungswidrige Preisgestaltung, da der know-how-Transfer durch Personalübernahme allein dem zusätzlichen know-how-Aufbau bei der erstmitbeteiligten Partei diene. In der Praxis sei es sogar üblich, Unternehmen aufzukaufen, um so know-how aufzubauen.

(zu c)) Auch das Transitionskonzept der erstmitbeteiligten Partei sei ausschreibungskonform, da diese selbstverständlich garantierte, dass die Transition innerhalb der vorgegebenen 12 Monate bewältigt werden könne. Die erstmitbeteiligte Partei habe mehrfach unmissverständlich bestätigt, dass die Transition auch dann möglich sei, wenn - was absolut unwahrscheinlich sei - überhaupt kein Personal vom bisherigen Dienstleister übergehe. Anders als die Beschwerdeführerin verfüge die erstmitbeteiligte Partei auf Grund ihrer langjährigen Tätigkeit für den Auftraggeber über das erforderliche besondere kundenspezifische know-how und könnte deshalb die Umsetzung der Transition auch ohne Personalübergang vom bisherigen Dienstleister gewährleisten.

Zu der von der Beschwerdeführerin gerügten fehlenden Auseinandersetzung mit der Antragslegitimation der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft bringt die erstmitbeteiligte Partei vor, dadurch könne die Beschwerdeführerin niemals in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sein, weil die Zuschlagsentscheidung bereits auf Grund des zulässigen Nachprüfungsantrages der erstmitbeteiligten Partei für nichtig zu erklären gewesen sei. Durch die Spruchpunkte III. und IV. könne der Beschwerdeführerin niemals ein Nachteil entstehen. Zu der von der Beschwerdeführerin gerügten fehlenden Auseinandersetzung mit der Antragslegitimation der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft bringt die erstmitbeteiligte Partei vor, dadurch könne die Beschwerdeführerin niemals in subjektiv-öffentlichen Rechten verletzt sein, weil die Zuschlagsentscheidung bereits auf Grund des zulässigen Nachprüfungsantrages der erstmitbeteiligten Partei für nichtig zu erklären gewesen sei. Durch die Spruchpunkte römisch drei. und römisch vier. könne der Beschwerdeführerin niemals ein Nachteil entstehen.

Die Ausführungen der Beschwerdeführerin zur vertieften Angebotsprüfung seien völlig verfehlt, weil die Beschwerdeführerin ganz offensichtlich das Wesen der Preisprüfung gemäß BVergG 2006 verkenne. Der erste Schritt der Preisangemessenheitsprüfung sei der Vergleich des angebotenen Gesamtpreises mit dem geschätzten Auftragswert. Im Beschwerdefall zeige aber genau dieser Vergleich, dass der Gesamtpreis der Beschwerdeführerin deutlich von der Auftraggeberkostenschätzung abweiche. Während der Auftraggeber ausgehend von den bisherigen Preisen den jährlichen Gesamtaufwand auf EUR 35 Mio. geschätzt habe, betrage dieser im Angebot der Beschwerdeführerin bloß EUR 21,7 Mio. und sei damit um 38 % signifikant günstiger. Das Letztangebot der Beschwerdeführerin sei seinem Gesamtangebotspreis zufolge um rund 12,20 % geringer als das Angebot der erstmitbeteiligten Partei und um rund 23,1 % geringer als jenes der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft. Bei derartigen Preisabweichungen von mehr als 10 % vom letztgereichten Angebot seien die Angebote nach herrschender Meinung einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen. Darüber hinaus würden sich aber auch signifikante preisliche Abweichungen in einzelnen Positionen ergeben.

Die Beschwerdeführerin habe im Zuge des vorliegenden Verhandlungsverfahrens (im Vergleich zwischen zweitem Angebot und Letztangebot) einen Preisnachlass von rund 60,76 % gewährt. Dieser schon beim ersten Blick unplausibel hohe Preisnachlass habe von der Beschwerdeführerin nicht nachvollziehbar erklärt werden können.

Den von der Beschwerdeführerin genannten Schriftsätzen, in denen der belangten Behörde von den Bietern bzw. vom Auftraggeber die zwischenzeitig erfolgte Erstreckung der Angebots-Frist informell mitgeteilt werde, komme keinerlei Relevanz für die Entscheidung zu. Der Verfahrensfehler sei daher für den Ausgang des Verfahrens nicht relevant.

4.3. Die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft erstattete ebenso eine Gegenschrift, in der sie zunächst vorbringt, der Beschwerdeführerin komme hinsichtlich der Spruchpunkte II., III., IV. und V. des angefochtenen Bescheides denkunmöglich ein Rechtsschutzbedürfnis zur Beschwerdeerhebung zu, da keine der Spruchpunkte die Beschwerdeführerin nachteilig belasteten. 4.3. Die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft erstattete ebenso eine Gegenschrift, in der sie zunächst vorbringt, der Beschwerdeführerin komme hinsichtlich der Spruchpunkte römisch zwei., römisch drei., römisch vier. und römisch fünf. des angefochtenen Bescheides denkunmöglich ein Rechtsschutzbedürfnis zur Beschwerdeerhebung zu, da keine der Spruchpunkte die Beschwerdeführerin nachteilig belasteten.

Die Verpflichtung des Auftraggebers zur vertieften Angebotsprüfung sei im Beschwerdefall evident. Selbstverständlich sei auch der Vergleich von Angebotspreisen als Instrument der Preisangemessenheitsprüfung anzusehen.

Sodann erfolgt ein Vorbringen zur Antragslegitimation der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft, welche aus ihrer Sicht zu bejahen sei.

Zur Antragslegitimation der erstmitbeteiligten Partei führte die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft aus, erstere habe in der Tat unrichtig die Kosten für die Personalübernahme im Zuge eines Betriebsüberganges in die Transitionskosten eingerechnet, da diese gemäß den Festlegungen des Auftraggebers nur jene Kosten seien, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Transition stünden. Jedoch sei es im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation nicht Aufgabe der belangten Behörde, das Angebot der erstmitbeteiligten Partei im Hinblick darauf selbst zu überprüfen. Zur gerügten Verletzung des Parteienghört bringt die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft unter anderem vor, § 17 AVG gebe der Beschwerdeführerin kein Recht auf Übermittlung von Schriftsätzen. Zur Antragslegitimation der erstmitbeteiligten Partei führte die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft aus, erstere habe in der Tat unrichtig die Kosten für die Personalübernahme im Zuge eines Betriebsüberganges in die Transitionskosten eingerechnet, da diese gemäß den Festlegungen des Auftraggebers nur jene Kosten seien, die im unmittelbaren Zusammenhang mit der Transition stünden. Jedoch sei es im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation nicht Aufgabe der belangten Behörde, das Angebot der erstmitbeteiligten Partei im Hinblick darauf selbst zu überprüfen. Zur gerügten Verletzung des Parteienghört bringt die zweitmitbeteiligte Bietergemeinschaft unter anderem vor, Paragraph 17, AVG gebe der Beschwerdeführerin kein Recht auf Übermittlung von Schriftsätzen.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Zum Beschwerdepunkt:

Soweit die erstmitbeteiligte Partei rügt, die von der Beschwerdeführerin bezeichneten 16 Beschwerdepunkte wären untauglich, ist festzuhalten, dass sich aus diesen - auch wenn an einer Stelle verfehlt von "Zuschlagserteilung" statt "Zuschlagsentscheidung" gesprochen wird - ausreichend erkennen lässt, dass sich die Beschwerdeführerin in ihrem subjektiven Recht auf das Unterbleiben einer Nichtigerklärung der zu ihren Gunsten ergangenen Zuschlagsentscheidung durch die belangte Behörde verletzt erachtet.

2. Rechtslage:

Die im Beschwerdefall (auf Grund der Einleitung des Vergabeverfahrens im Dezember 2008) maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung vor der Novelle BGBl. I Nr. 15/2010, lauten wie folgt: Die im Beschwerdefall (auf Grund der Einleitung des Vergabeverfahrens im Dezember 2008) maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006, BGBl. römisch eins Nr. 17 in der Fassung vor der Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, lauten wie folgt:

"Ablauf des Verhandlungsverfahrens

§ 105. (1) Der Auftraggeber hat bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit einem Bieter darf der Auftraggeber mit diesem über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Der Auftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Paragraph 105, (1) Der Auftraggeber hat bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern mit diesen über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Bei der Durchführung von Verhandlungsverfahren mit einem Bieter darf der Auftraggeber mit diesem über den gesamten Leistungsinhalt verhandeln, um das für ihn beste Angebot gemäß den bekannt gemachten Zuschlagskriterien zu ermitteln. Der Auftraggeber darf Informationen nicht in solcher Weise diskriminierend weitergeben, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können.

1. (2) Absatz 2, Ein Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern kann in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote an Hand der bekannt gegebenen Zuschlagskriterien verringern. Der Auftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich von dieser Entscheidung zu verständigen. Die vom Auftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt zu geben. In der Schlussphase eines Verhandlungsverfahrens mit mehreren Bietern müssen, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt, noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist. Sofern auf Grund der Verringerung der Anzahl der Angebote nur ein geeigneter Bieter verbleibt, sind Verhandlungen mit nur einem Bieter in der Schlussphase des Verhandlungsverfahrens zulässig.
2. (3) Absatz 3, Der Auftraggeber hat, sofern nicht entsprechende Festlegungen bereits in den Ausschreibungsunterlagen erfolgt sind, dem bzw. den am Verhandlungsverfahren teilnehmenden Bieter bzw. Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies kann dadurch geschehen, dass eine Verhandlungsrunde als letzte Verhandlungsrunde bekannt gegeben wird oder dass der oder die verbliebenen Bieter zu einer letztmaligen Abgabe eines Angebotes aufgefordert werden.

...

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.

(3) Der Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des

Angebotes verlangen und gemäß Abs. 4 und 5 vertieft prüfen, wenn

1. Angebote einen im Verhältnis zur Leistung

ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. Angebote zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in

wesentlichen Positionen gemäß § 80 Abs. 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.

- (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;

...

7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende

Angebote ..."

Vorangestellt sei, dass sich die folgenden Ausführungen (3. und 4.) auf die im Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides erfolgte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beschwerdeführerin beziehen. Vorangestellt sei, dass sich die folgenden Ausführungen (3. und 4.) auf die im Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides erfolgte Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zugunsten der Beschwerdeführerin beziehen.

3. Zur Antragslegitimation der erstmitbeteiligten Partei im Nachprüfungsverfahren:

3.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Vergabekontrollbehörde befugt, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden. Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollbehörde sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu

berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss (vgl. zuletzt das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, ZI. 2007/04/0012, mit weiteren Nachweisen auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie auf die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, und vom 28. Jänner 2010, in der Rechtssache C-406/08, Uniplex). 3.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Vergabekontrollbehörde befugt, auf solche Gründe für das Ausscheiden eines Angebotes Bedacht zu nehmen, die vom Auftraggeber nicht herangezogen wurden. Bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei ist die Vergabekontrollbehörde sogar verpflichtet, diese eingewendeten Gründe dahin zu prüfen, ob das Angebot des Antragstellers auszuschneiden gewesen wäre, wobei sie bei dieser Prüfung nur die aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtlichen Umstände zu berücksichtigen hat und in einem solchen Fall nicht etwa ein Sachverständigengutachten zur Beurteilung des Vorliegens eines Ausscheidungsgrundes einholen muss vergleiche , zuletzt das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, ZI. 2007/04/0012, mit weiteren Nachweisen auf Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes sowie auf die Urteile des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, und vom 28. Jänner 2010, in der Rechtssache C-406/08, Uniplex).

3.2. Die Beschwerdeführerin rügt nun vorliegend, die belangte Behörde hätte im Beschwerdefall auf Grund der von ihr eingewendeten Ausscheidungsgründe die Antragslegitimation der erstmitbeteiligten Partei verneinen müssen.

Soweit die Beschwerde als Ausscheidungsgründe einen nach der bestandsfesten Ausschreibung unzulässigen Medienkontakt der erstmitbeteiligten Partei (a)) sowie eine ebenso nach dem bestandsfesten Ausschreibungstext zum "last and best offer" unzulässige Kontaktaufnahme mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates des Auftraggebers (b)) behauptet, ist darauf hinzuweisen, dass es sich nach den unstrittigen Feststellungen der belangten Behörde bei beiden Festlegungen des Auftraggebers um "Kann"-Bestimmungen handelt. Wie der Verwaltungsgerichtshof zum insoweit vergleichbaren Ausscheidungstatbestand des § 129 Abs. 2 BVergG 2006 bereits ausgeführt hat (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 21. März 2011, ZI. 2008/04/0083), wird mit einer solchen "Kann"-Bestimmung dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ("Ermessen") eingeräumt, ob er Angebote von Bieter*innen ausschließt oder nicht. Auch wenn dieser Beurteilungsspielraum durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, begrenzt wird (vgl. auch hiezu das zitierte hg. Erkenntnis vom 21. März 2011), ändert dies nichts daran, dass dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukommt. Damit handelt es sich aber gegenständlich nicht um bereits aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtliche Umstände, zu deren Berücksichtigung die Vergabekontrollbehörde bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren verpflichtet gewesen wäre (vgl. das zitierte hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, ZI. 2007/04/0012). Soweit die Beschwerde als Ausscheidungsgründe einen nach der bestandsfesten Ausschreibung unzulässigen Medienkontakt der erstmitbeteiligten Partei (a)) sowie eine ebenso nach dem bestandsfesten Ausschreibungstext zum "last and best offer" unzulässige Kontaktaufnahme mit dem Vorsitzenden des Verwaltungsrates des Auftraggebers (b)) behauptet, ist darauf hinzuweisen, dass es sich nach den unstrittigen Feststellungen der belangten Behörde bei beiden Festlegungen des Auftraggebers um "Kann"-Bestimmungen handelt. Wie der Verwaltungsgerichtshof zum insoweit vergleichbaren Ausscheidungstatbestand des Paragraph 129, Absatz 2, BVergG 2006 bereits ausgeführt hat vergleiche , hiezu das hg. Erkenntnis vom 21. März 2011, ZI. 2008/04/0083), wird mit einer solchen "Kann"-Bestimmung dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum im Rahmen der Privatwirtschaftsverwaltung ("Ermessen") eingeräumt, ob er Angebote von Bieter*innen ausschließt oder nicht. Auch wenn dieser Beurteilungsspielraum durch die Grundsätze des Vergabeverfahrens, insbesondere den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, begrenzt wird vergleiche , auch hiezu das zitierte hg. Erkenntnis vom 21. März 2011), ändert dies nichts daran, dass dem Auftraggeber ein Beurteilungsspielraum zukommt. Damit handelt es sich aber gegenständlich nicht um bereits aus den Akten des Vergabeverfahrens ersichtliche Umstände, zu deren Berücksichtigung die Vergabekontrollbehörde bei hinreichend konkreten Einwänden einer Verfahrenspartei im Rahmen der Prüfung der Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren verpflichtet gewesen wäre vergleiche , das zitierte hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, ZI. 2007/04/0012).

Insoweit sich die Beschwerde auf weitere, ebenso aus den bestandsfesten Festlegungen des Auftraggebers im vorliegenden Verhandlungsverfahren ergebende Ausscheidungstatbestände beruft (ausschreibungswidriges

Transitionskonzept, Kosten für den Personalübergang (c) und d))) kann sie eine Unschlüssigkeit der auf die unstrittig festgestellten Festlegungen des Auftraggebers aufbauenden Beweiswürdigung der belangten Behörde nicht dartun. Aus diesen Gründen begegnet die im Einzelfall von der belangten Behörde vorgenommene Auslegung der relevanten Festlegungen im vorliegenden Verhandlungsverfahren sowie die ebenso im Einzelfall vorgenommene Beurteilung des Angebotes der erstmitbeteiligten Partei keinen Bedenken.

4. Zur Preisangemessenheitsprüfung nach § 125 BVergG 2006 und der Verpflichtung zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung: 4. Zur Preisangemessenheitsprüfung nach Paragraph 125, BVergG 2006 und der Verpflichtung zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung:

4.1. Im Beschwerdefall wurde die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers von der belangten Behörde deshalb aufgehoben, weil der Auftraggeber es unterlassen habe, im Hinblick auf das Angebot der Beschwerdeführerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen.

4.2. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu betonen, dass es gemäß § 125 BVergG 2006 Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2006/04/0245). 4.2. In diesem Zusammenhang ist zunächst zu betonen, dass es gemäß Paragraph 125, BVergG 2006 Aufgabe des Auftraggebers ist, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2006/04/0245).

Diese Prüfung ist gemäß § 125 Abs. 1 BVergG 2006 in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, durchzuführen. Die Preisangemessenheit ist daher, wenn es um kein Alternativangebot geht, immer in Bezug auf die "ausgeschriebene" Leistung zu beurteilen (vgl. das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2006/04/0245, und zur Preisangemessenheitsprüfung im Sektorenbereich das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082). Diese Prüfung ist gemäß Paragraph 125, Absatz eins, BVergG 2006 in Bezug auf die ausgeschriebene oder alternativ angebotene Leistung und unter Berücksichtigung aller Umstände, unter denen sie zu erbringen sein wird, durchzuführen. Die Preisangemessenheit ist daher, wenn es um kein Alternativangebot geht, immer in Bezug auf die "ausgeschriebene" Leistung zu beurteilen vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 5. November 2010, Zl. 2006/04/0245, und zur Preisangemessenheitsprüfung im Sektorenbereich das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082).

Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist gemäß § 125 Abs. 2 BVergG 2006 von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Das BVergG 2006 konkretisiert nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, mit Verweis auf Literatur). Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG 2006 von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Das BVergG 2006 konkretisiert nicht, was unter einem angemessenen Preis zu verstehen ist. In einer freien Marktwirtschaft bildet sich der Preis im Wettbewerb, exakte Werte sind nicht festlegbar vergleiche , das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, mit Verweis auf Literatur).

4.3. Gemäß § 125 Abs. 3 BVergG 2006 muss der Auftraggeber bei Vorliegen der in den dortigen Ziffern 1 bis 3 genannten Voraussetzungen eine vertiefte Angebotsprüfung (gemäß § 125 Abs. 4 und 5 BVergG 2006) durchführen. 4.3. Gemäß Paragraph 125, Absatz 3, BVergG 2006 muss der Auftraggeber bei Vorliegen der in den dortigen Ziffern 1 bis 3 genannten Voraussetzungen eine vertiefte Angebotsprüfung (gemäß Paragraph 125, Absatz 4, und 5 BVergG 2006) durchführen.

Im Beschwerdefall stützte die belangte Behörde die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung darauf, dass das Angebot der Beschwerdeführerin einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufgewiesen habe und aus diesem Grund eine vertiefte Angebotsprüfung durchzuführen wäre.

Die Voraussetzung des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist in § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 angeführt. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung

(ab etwa 15 %) (vgl. Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006- Kommentar (2009) Rz. 28 zu § 125). Die Voraussetzung des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises ist in Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 angeführt. Ob ein derartig ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegen kann, ergibt sich aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote. In der Literatur werden folgende Fälle unterschieden: Geringe Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbare Abweichung (bis etwa 15 %) und grobe Abweichung (ab etwa 15 %) vergleiche , Kropik in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006- Kommentar (2009) Rz. 28 zu Paragraph 125,).

4.4. Die Begründung des angefochtenen Bescheides lässt in ihren rechtlichen Erwägungen nun nicht deutlich erkennen, auf Grund welcher quantifizierten Abweichung die belangte Behörde davon ausgegangen ist, dass ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis im Sinne des § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 vorliegt. Die belangte Behörde spricht einerseits - ohne dies aber zahlenmäßig zu konkretisieren - von "erheblichen Preisreduktionen" bei den "Leistungspakten (sic) E 1, E 3, E 4 und E 5" beim Letztangebot der Beschwerdeführerin. Weiters spricht sie von einem im Vergleich zwischen zweitem Angebot und letztem Angebot der Beschwerdeführerin ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis, ohne dies zahlenmäßig oder prozentuell zu quantifizieren. Weiters folgt ein allgemein gehaltener Hinweis auf die Kostenermittlung des Auftraggebers. 4.4. Die Begründung des angefochtenen Bescheides lässt in ihren rechtlichen Erwägungen nun nicht deutlich erkennen, auf Grund welcher quantifizierten Abweichung die belangte Behörde davon ausgegangen ist, dass ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis im Sinne des Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 vorliegt. Die belangte Behörde spricht einerseits - ohne dies aber zahlenmäßig zu konkretisieren - von "erheblichen Preisreduktionen" bei den "Leistungspakten (sic) E 1, E 3, E 4 und E 5" beim Letztangebot der Beschwerdeführerin. Weiters spricht sie von einem im Vergleich zwischen zweitem Angebot und letztem Angebot der Beschwerdeführerin ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis, ohne dies zahlenmäßig oder prozentuell zu quantifizieren. Weiters folgt ein allgemein gehaltener Hinweis auf die Kostenermittlung des Auftraggebers.

Die dabei von der belangten Behörde herangezogenen Vergleichswerte zur Ermittlung, ob der von der Beschwerdeführerin angebotene Gesamtpreis ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 sei, sind trotz dieses Begründungsmangels im Ergebnis nicht als rechtswidrig zu erkennen: Sowohl ein Vergleich des Gesamtpreises mit der Kostenermittlung des Auftraggebers als auch - zumal es sich vorliegend um ein Verhandlungsverfahren handelt - ein Vergleich der in den verschiedenen Phasen des Verhandlungsverfahrens angebotenen Gesamtpreise ist - neben dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote - eine zulässige Vorgangsweise zur Ermittlung, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt. Die dabei von der belangten Behörde herangezogenen Vergleichswerte zur Ermittlung, ob der von der Beschwerdeführerin angebotene Gesamtpreis ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 sei, sind trotz dieses Begründungsmangels im Ergebnis nicht als rechtswidrig zu erkennen: Sowohl ein Vergleich des Gesamtpreises mit der Kostenermittlung des Auftraggebers als auch - zumal es sich vorliegend um ein Verhandlungsverfahren handelt - ein Vergleich der in den verschiedenen Phasen des Verhandlungsverfahrens angebotenen Gesamtpreise ist - neben dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote - eine zulässige Vorgangsweise zur Ermittlung, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt.

Dass im Verhandlungsverfahren für die Beurteilung der Frage, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gemäß § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 vorliegt, auch ein Vergleich der im Verhandlungsverfahren angebotenen Gesamtpreise zulässig ist, ergibt sich schon aus der Natur dieses Verfahrens: Gemäß § 105 Abs. 2 BVergG 2006 kann das Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen durchgeführt werden. Gegenstand dieses Verfahrens ist es, mit mehreren Bietern über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, dies jedoch immer gemäß den bekanntgemachten Zuschlagskriterien (vgl. § 105 Abs. 1 BVergG 2006). Da die Preisangemessenheit - wie oben ausgeführt - immer in Bezug auf die "ausgeschriebenen" Leistungen geprüft werden muss (vgl. die obzitierten hg. Erkenntnisse vom 5. November 2010 und vom 25. Jänner 2011), ist es im Verhandlungsverfahren daher durchaus zulässig, anhand der unverändert gebliebenen Zuschlagskriterien und anhand der Änderungen des Leistungsinhaltes im Verhandlungsverfahren zu beurteilen, ob auf Grund einer im Verhandlungsverfahren erfolgten ungewöhnlich hohen Preisreduktion im Letztangebot ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt. Dass im Verhandlungsverfahren für die Beurteilung der Frage, ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis gemäß Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 vorliegt, auch ein Vergleich der im

Verhandlungsverfahren angebotenen Gesamtpreise zulässig ist, ergibt sich schon aus der Natur dieses Verfahrens: Gemäß Paragraph 105, Absatz 2, BVergG 2006 kann das Verhandlungsverfahren mit mehreren Bietern in verschiedenen aufeinanderfolgenden Phasen durchgeführt werden. Gegenstand dieses Verfahrens ist es, mit mehreren Bietern über den gesamten Leistungsinhalt zu verhandeln, dies jedoch immer gemäß den bekanntgemachten Zuschlagskriterien vergleiche , Paragraph 105, Absatz eins, BVergG 2006). Da die Preisangemessenheit - wie oben ausgeführt - immer in Bezug auf die "ausgeschriebenen" Leistungen geprüft werden muss vergleiche , die obzitierten hg. Erkenntnisse vom 5. November 2010 und vom 25. Jänner 2011), ist es im Verhandlungsverfahren daher durchaus zulässig, anhand der unverändert gebliebenen Zuschlagskriterien und anhand der Änderungen des Leistungsinhaltes im Verhandlungsverfahren zu beurteilen, ob auf Grund einer im Verhandlungsverfahren erfolgten ungewöhnlich hohen Preisreduktion im Letztangebot ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliegt.

In dem Sinne hat die belangte Behörde im angefochtenen Bescheid auch darauf hingewiesen, dass der Auftraggeber selbst zu den inhaltlichen Änderungen zwischen dem zweiten Angebot und dem Letztangebot der Beschwerdeführerin festgestellt habe, dass diese bei einer Servicedefinition als mittlere Änderungen und ansonsten als geringfügige inhaltliche Änderungen zu beurteilen seien; lediglich bei zwei Servicedefinitionen seien hohe inhaltliche Änderungen festgestellt worden, die darauf zurückzuführen seien, dass die Beschwerdeführerin in ihrem Letztangebot von einer Übernahme des Personals des bisherigen Dienstleisters abgesehen habe.

Den (umfangreichen) Feststellungen des angefochtenen Bescheides lässt sich entnehmen, dass die Beschwerdeführerin ein Letztangebot ("last and best offer") mit einem Gesamtangebotspreis von ca. EUR 173 Mio gelegt hat, während das zweite Angebot der Beschwerdeführerin noch einen Gesamtangebotspreis von ca. EUR 441 Mio aufwies, sodass eine Preisreduktion von ca. 60 % erfolgte.

Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes berechnete alleine diese ungewöhnliche Reduzierung des Gesamtangebotspreises im Verhandlungsverfahren die belangte Behörde dazu, davon ausgehen zu können, dass der Fall des § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 und sohin eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung vorlag, zumal die auch in der Beschwerde hiefür angeführten Erklärungen für eine derartige Reduktion nicht ausreichend sind. Während die Beschwerde das Verhältnis des Gesamtpreises ihres Letztangebotes sowohl zu den Kostenschätzungen des Auftraggebers als auch zu den von der erstmitbeteiligten und zweitmitbeteiligten Partei angebotenen Gesamtpreisen zu erklären versucht, bringt sie zur Preisreduktion zwischen zweitem und letztem Angebot lediglich vor, diese sei bei der Frage der Preisangemessenheit gänzlich unbeachtlich. Nach Auffassung des Verwaltungsgerichtshofes berechnete alleine diese ungewöhnliche Reduzierung des Gesamtangebotspreises im Verhandlungsverfahren die belangte Behörde dazu, davon ausgehen zu können, dass der Fall des Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 und sohin eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung vorlag, zumal die auch in der Beschwerde hiefür angeführten Erklärungen für eine derartige Reduktion nicht ausreichend sind. Während die Beschwerde das Verhältnis des Gesamtpreises ihres Letztangebotes sowohl zu den Kostenschätzungen des Auftraggebers als auch zu den von der erstmitbeteiligten und zweitmitbeteiligten Partei angebotenen Gesamtpreisen zu erklären versucht, bringt sie zur Preisreduktion zwischen zweitem und letztem Angebot lediglich vor, diese sei bei der Frage der Preisangemessenheit gänzlich unbeachtlich.

4.5. Die belangte Behörde hat daher zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Auftraggeber im Beschwerdefall zu einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 125 Abs. 4 und 5 BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre, weil die Voraussetzung des § 125 Abs. 3 Z. 1 BVergG 2006 (ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis) vorgelegen war. 4.5. Die belangte Behörde hat daher zu Recht die Auffassung vertreten, dass der Auftraggeber im Beschwerdefall zu einer vertieften Angebotsprüfung gemäß Paragraph 125, Absatz 4, und 5 BVergG 2006 verpflichtet gewesen wäre, weil die Voraussetzung des Paragraph 125, Absatz 3, Ziffer eins, BVergG 2006 (ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis) vorgelegen war.

Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung wäre es Aufgabe des Auftraggebers gewesen, die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen (vgl. hiezu das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, sowie vom heutigen Tage, Zl. 2007/04/0076). Im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung wäre es Aufgabe des Auftraggebers gewesen, die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen vergleiche ,

hieszu das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, sowie vom heutigen Tage, Zl.2007/04/0076).

Die belangte Behörde war im Beschwerdefall befugt, die vorliegende Zuschlagsentscheidung wegen des Unterlassens der gebotenen vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber für nichtig zu erklären (vgl. anders das obzitierte hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, mwN, wo durch den Auftraggeber bereits eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden war und der Verwaltungsgerichtshof erkannte, dass es in diesem Fall Aufgabe der Vergabekontrollbehörde gewesen wäre, selbst eine entsprechende Plausibilitätsprüfung vorzunehmen und diese nicht im Wege einer "Kassation" dem Auftraggeber zu übertragen). Die belangte Behörde war im Beschwerdefall befugt, die vorliegende Zuschlagsentscheidung wegen des Unterlassens der gebotenen vertieften Angebotsprüfung durch den Auftraggeber für nichtig zu erklären vergleiche anders das obzitierte hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, mwN, wo durch den Auftraggeber bereits eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden war und der Verwaltungsgerichtshof erkannte, dass es in diesem Fall Aufgabe der Vergabekontrollbehörde gewesen wäre, selbst eine entsprechende Plausibilitätsprüfung vorzunehmen und diese nicht im Wege einer "Kassation" dem Auftraggeber zu übertragen).

5. Aus diesen Erwägungen war die Beschwerde, soweit sie sich gegen Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides richtet, gemäß § 42 Abs. 1 VwGG als unbegründet abzuweisen. 5. Aus diesen Erwägungen war die Beschwerde, soweit sie sich gegen Spruchpunkt römisch eins. des angefochtenen Bescheides richtet, gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG als unbegründet abzuweisen.

Soweit sich die Beschwerde gegen die übrigen Spruchpunkte (II. bis V.) des angefochtenen Bescheides richtet, war sie gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen, da die Beschwerdeführerin durch die gegenüber dem Auftraggeber ausgesprochene Verpflichtung zum Pauschalgebührenersatz und die Zurückweisung von Nachprüfungsanträgen der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft nicht in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verletzt werden konnte. Soweit sich die Beschwerde gegen die übrigen Spruchpunkte (römisch zwei. bis römisch fünf.) des angefochtenen Bescheides richtet, war sie gemäß Paragraph 34, Absatz eins, VwGG zurückzuweisen, da die Beschwerdeführerin durch die gegenüber dem Auftraggeber ausgesprochene Verpflichtung zum Pauschalgebührenersatz und die Zurückweisung von Nachprüfungsanträgen der zweitmitbeteiligten Bietergemeinschaft nicht in ihren subjektiv-öffentlichen Rechten als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin verletzt werden konnte.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. 6. Die Kostenentscheidung beruht auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 22. Juni 2011

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB

Schlagworte

Sachverständiger Erfordernis der Beiziehung Besonderes Fachgebiet Ermessen VwRallg8

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2011:2011040011.X00

Im RIS seit

12.08.2011

Zuletzt aktualisiert am

09.01.2015

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at