jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Vwgh Erkenntnis 2007/3/28 2005/04/0200

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.03.2007

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
E6C;
E6J;
L72009 Beschaffung Vergabe Wien;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
10/07 Verwaltungsgerichtshof;
40/01 Verwaltungsverfahren;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL Art1 Abs1;
62001CC0249 Hackermüller Schlussantrag;
62001CJ0249 Hackermüller VORAB;
62002CJ0230 Grossmann Air Service VORAB;
AVG §37;
AVG §45 Abs3;
AVG §74 Abs2;
AVG §8;
BVergG 2002 §163 Abs1;
BVergG 2002 §165 Abs2;
BVergG 2002 §166 Abs1 Z5;
BVergG 2002 §170 Abs1;
BVergG 2002 §170 Abs2;
BVergG 2002 §177 Abs5;
BVergG 2002 §20 Z13 lita sublitdd;
EURallg;
LVergRG Wr 2003 §13 impl;
LVergRG Wr 2003 §16 Abs2 impl;
LVergRG Wr 2003 §18 Abs1 Z3 impl;
LVergRG Wr 2003 §18 Abs2 Z4 impl;

LVergRG Wr 2003 §30 Abs5 impl;
VwGG §42 Abs2 Z1;
VwRallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber sowie die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstäudl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein der Schriftführerin Mag. Papst, über die Beschwerde der Bietergemeinschaft bestehend aus K GmbH in B (Deutschland) und A T Gesellschaft m.b.H. in S, vertreten durch Mag. Dr. Bernt Elsner, Rechtsanwalt in 1010 Wien, Ebendorferstraße 3, gegen den Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 15. Juli 2005, Zl. 17N-56/05-33, betreffend Nachprüfung nach dem Bundesvergabegesetz 2002 (mitbeteiligte Parteien: 1. Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft in 1011 Wien, vertreten durch Doralt Seist Csoklich Rechtsanwalts-Partnerschaft in 1090 Wien, Währinger Straße 2-4, und 2. Bietergemeinschaft bestehend aus A Bau GmbH in S, S AG in G und H Hoch- und Tiefbaugesellschaft m. b.H. in P, p.A. Heid & Partner Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Landstraßer Hauptstraße 88/3 und 4), zu Recht erkannt:

Spruch

Der angefochtene Bescheid wird im Umfang seiner Spruchpunkte I. (betreffend die Zurückweisung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung), III. (betreffend die Abweisung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Gebührenersatz) und IV. (betreffend die Stattgebung des Antrages der zweitmitbeteiligten Partei auf Gebührenersatz) wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes aufgehoben.

Im übrigen wird die Beschwerde als unbegründet abgewiesen.

Der Bund hat der Beschwerdeführerin Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.171,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1. Mit dem angefochtenen Bescheid wurde - soweit im vorliegenden Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof relevant - wie folgt abgesprochen:

Mit Spruchpunkt I. wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der erstmitbeteiligten Partei zu Gunsten des Angebotes der zweitmitbeteiligten Partei gemäß § 163 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2002, BGBl. I Nr. 99/2002 in der Fassung BGBl. II Nr. 56/2005 (BVergG 2002), zurückgewiesen.

Mit Spruchpunkt II. wurde der Antrag der Beschwerdeführerin auf Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage, "dass in den vorgehaltenen Positionen kein Unterpreis angeboten wurde" gemäß den §§ 37, 52 AVG zurückgewiesen.

Mit Spruchpunkt III. wurde der Antrag der Beschwerdeführerin, die belangte Behörde wolle die erstmitbeteiligte Partei zum Ersatz der von der Beschwerdeführerin entrichteten Pauschalgebühr von EUR 5.000,-- verhalten, gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 iVm § 74 Abs. 2 AVG abgewiesen.

Mit Spruchpunkt IV. wurde in Stattgebung des Antrages der zweitmitbeteiligten Partei die Beschwerdeführerin gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 iVm § 74 Abs. 2 AVG verpflichtet, der zweitmitbeteiligten Partei die von dieser für den Teilnahmeantrag gemäß § 177 Abs. 1 BVergG 2002 entrichtete Pauschalgebühr in der Höhe von EUR 2.500,-- zu ersetzen.

2. Begründend führte die belangte Behörde zunächst zum Verfahrensgang aus, die Beschwerdeführerin habe mit Schriftsatz vom 3. Juni 2005 einen Nachprüfungsantrag gestellt und darin den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren gestellt.

Diese Anträge beträfen das Vergabeverfahren "A6 Nord Ostautobahn Spange A4 - Kittsee, Baulos 02, Straßen- und Brückenarbeiten" der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH in 1011 Wien, als vergebende Stelle. In ihrem Antrag habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, ihr entgehe

durch die Nichtdurchführung dieses Auftrages ein Gewinn bzw. Deckungsbeitrag, einschließlich der Regiegemeinkosten, von ca. EUR 5,442.774.--. Sie erachte sich durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihrem Recht auf Erteilung des Zuschlages zu Gunsten ihres Angebotes sowie auf "Nichtfassung" der Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines auszuscheidenden bzw. nicht zu berücksichtigenden Alternativangebotes der zweitmitbeteiligten Partei (als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin) verletzt. Hilfsweise erachte sich die Beschwerdeführerin in ihrem Recht auf Widerruf des vorliegenden Vergabeverfahrens und neuerliche Teilnahme an einem rechtsrichtigen Vergabeverfahren verletzt.

Zur Begründung ihrer Anträge habe die Beschwerdeführerin ausgeführt, das für die Vergabe in Aussicht genommene Alternativangebot der zweitmitbeteiligten Partei sei bei der Angebotseröffnung nicht verlesen worden. Auf nicht verlesene Preise dürfe jedoch ein Zuschlag nicht erteilt werden. Eine unterbliebene Verlesung wesentlicher Angebotsteile, wozu jedenfalls der Angebotspreis zähle, stelle aus vergaberechtlicher Sicht einen schweren und unbehebbaren Mangel dar. Weiters würden laut Angebotsöffnungsprotokoll wesentliche, zwingend verlangte Beilagen zum Alternativangebot fehlen. Die zweitmitbeteiligte Partei hätte bei sonstiger sofortiger Ausscheidenssanktion gemäß Punkt 8/2 der Ausschreibungsunterlagen für jedes Alternativangebot (daher auch für jede Kombination von Alternativen) das Formblatt für Alternativen und das Bauprogramm vorzulegen gehabt. Schon dessen Fehlen begründe das Ausscheiden. Die Beschwerdeführerin gehe weiters davon aus, dass die zweitmitbeteiligte Partei im vorliegenden Alternativangebot die nur für das Hauptangebot geeignete Zementtype verwenden wolle, weshalb dieses Alternativangebot aus technischem Grund ungeeignet, nicht gleichwertig und ebenfalls mit einem unbehebbaren Mangel behaftet sei. Schließlich widerspreche das in der Alternative angebotene Baumischverfahren den Ausschreibungsunterlagen, was ebenfalls einen unbehebbaren Mangel begründe. Weiters habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, die Ausschreibung enthalte keine Zuschlagskriterien zur Beurteilung der unterschiedlichen Qualität von Alternativangeboten. Daher lasse die Ausschreibung Alternativangebote nicht in eine bewertbare Beziehung zum "Amtsentwurf" setzen, weil die Zuschlagskriterien neben dem Preis bloß zwei formale Kriterien, nämlich die Bauzeitverkürzung und die Gewährleistungsverlängerung enthalten würden und somit nicht geeignet seien, die konkret vorliegende unterschiedliche Qualität der Alternative "Baumischverfahren" zur "Amtsvariante" vergleichbar zu machen. Materiell betrachtet folge die Ausschreibung dem Billigstbieterprinzip, das keine Alternativangebote zulasse.

Die zweitmitbeteiligte Partei habe am 10. Juni 2005 einen Teilnahmeantrag eingebracht und darin die Zurück- in eventu Abweisung des Antrages der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr beantragt.

In ihrer Stellungnahme vom 15. Juni 2005 habe die erstmitbeteiligte Partei vorgebracht, dass die Beschwerdeführerin im vorliegenden Vergabeverfahren "mit der Amtsvariante an dritter Stelle liege, ihr Amtsentwurf an 28. Stelle liege".

Dem habe die Beschwerdeführerin mit Stellungnahme vom 24. Juni 2005 entgegnet, dass das (vor ihrem Angebot liegende) Angebot (der Zweitteilnahmeantragstellerin) ausgeschieden worden sei und ihr Angebot daher an zweiter Stelle liege. Das Angebot der zweitmitbeteiligten Partei sei auszuscheiden, sodass die Antragslegitimation der Beschwerdeführerin gegeben sei.

Dem habe die Zweitteilnahmeantragstellerin mit Schriftsatz vom 30. Juni 2005 entgegnet, ihr Hauptangebot sei nicht ausgeschieden worden.

Bei der am 5. Juli 2005 vor der belangten Behörde durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung habe die erstmitbeteiligte Partei vorgebracht, das Angebot der Beschwerdeführerin sei auszuscheiden, da bei den Regiearbeiten ein offensichtlicher Unterpreis von EUR 1,-- für Lohn und bei den sonstigen Kosten ein negativer Zuschlag von EUR 0,88 angeboten worden sei. Die diesbezügliche Aufklärung im Bietergespräch vom 1. April 2005 sei unzureichend gewesen.

Dem habe die Beschwerdeführerin entgegnet, im Bietergespräch vom 1. April 2005 seien weitere Fragen vorbehalten worden, jedoch sei ihr Angebot noch keiner vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden. Der Beschwerdeführerin seien die genannten Kalkulationsmängel nicht schriftlich vorgehalten worden, weshalb sie dazu noch nicht schriftlich Stellung nehmen habe können. Ihr Angebot sei zudem noch nicht ausgeschieden worden. Deshalb könne dieser Umstand im Nachprüfungsverfahren nicht geltend gemacht werden.

Die erstmitbeteiligte Partei habe entgegnet, die Beschwerdeführerin sei im Bietergespräch auf die Ausscheidensrelevanz der Fragestellung aufmerksam gemacht worden und habe Gelegenheit gehabt, schriftlich dazu Stellung zu nehmen.

Die Beschwerdeführerin habe daraufhin die Einholung eines Sachverständigengutachtens zu der Frage beantragt, dass in den vorgehaltenen Positionen kein Unterpreis angeboten worden sei.

3. Sodann stellte die belangte Behörde zu dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren und der Zuständigkeit der belangten Behörde fest:

Die erstmitbeteiligte Partei errichte als Auftraggeberin die A6 Nordost Autobahn. Dieses Vorhaben sei in mehrere Baulose aufgeteilt. Im verfahrensgegenständlichen Baulos 02 seien die Erd- und Straßenbauarbeiten für die gesamte A6 sowie die Errichtung der Brückenobjekte 2/7, 2/8 und 2/9 ausgeschrieben. Von den 21,798 km des gegenständlichen Bauloses lägen ca. 72 % im Gebiet des Landes Burgenland und 28 % im Gebiet des Landes Niederösterreich.

Der gegenständliche Auftrag werde im Wege eines offenen Verfahrens ausgeschrieben. Die Ausschreibung enthalte nach Punkt 7, 202 im Teil B.7 der Ausschreibungsunterlagen ein Hauptangebot und die Variante 1, welche die Ausführung der Streckenverkabelung zur Energieversorgung betreffe. Der geschätzte Gesamtauftragswert des gegenständlichen Bauprojektes betrage netto EUR 180,2 Mio. Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Baulos 02, Erd- und Straßenbauarbeiten, betrage EUR 64 Mio. Die gegenständliche Ausschreibung sei im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 29. Dezember 2004, 2004/S 253- 218792, bekannt gemacht worden.

Beim vorliegenden Auftrag handle es sich um einen Bauauftrag nach § 3 Abs. 1 Z 1 BVergG 2002, bei der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin handle es sich um eine öffentliche Einrichtung im Sinn des § 7 Abs. 1 Z 2 BVergG 2002, die nach Art. 14b Abs. 2 lit. d B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes im Sinn des § 135 Abs. 2 BVergG 2002 falle, sodass die Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes gegeben sei. Da der geschätzte Wert des Gesamtauftrages ohne Umsatzsteuer den Schwellenwert nach § 9 Abs. 1 Z 3 BVergG 2002 bei weitem überschreite, seien auf das vorliegende Vergabeverfahren die Regelungen für den Oberschwellenbereich nach § 16 Abs. 1 BVergG 2002 anzuwenden.

4. Zur Parteistellung der zweitmitbeteiligten Partei (als Erstteilnahmeantragtellerin) führte die belangte Behörde aus, diese habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag eingebracht, der alle Angaben nach § 168 Abs. 1 BVergG 2002 enthalte. Eine Unzulässigkeit nach § 168 Abs. 2 BVergG 2002 liege nicht vor. Da die rechtlichen Interessen der zweitmitbeteiligten Partei in ihrer Rolle als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin durch die Entscheidung der belangten Behörde zweifellos berührt seien, komme ihr Parteistellung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren zu.

5. Sodann führte die belangte Behörde begründend zu Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides (Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages der Beschwerdeführerin) aus:

5.1. Die Beschwerdeführerin habe den vorliegenden Nachprüfungsantrag rechtzeitig eingebracht, auch eine Verständigung der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin sei vor Einbringung des Nachprüfungsantrages erfolgt. Unzulässigkeit nach § 166 Abs. 2 BVergG 2002 liege nicht vor. Auch sei bei Zutreffen der Behauptungen der Beschwerdeführerin ein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens, nämlich die Auswahl der Beschwerdeführerin als Zuschlagsempfängerin zu erwarten, sodass der Inhalt ihres Antrages nicht erkennen lasse, dass die von ihr behauptete Rechtsverletzung keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren habe. Nach § 170 Abs. 2 BVergG 2002 sei daher ein Nachprüfungsverfahren nach § 163 BVergG 2002 einzuleiten.

5.2. Nach Wiedergabe des § 163 Abs. 1 BVergG 2002 führte die belangte Behörde weiter aus, die Antragslegitimation zur Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung sei nur dann gegeben, wenn der geltend gemachte Schaden tatsächlich eintreten könne. Voraussetzung dafür sei, dass das Angebot der Antragstellerin für den Zuschlag in Betracht komme. Sei es auszuscheiden, könne der geltend gemachte Schaden nicht eintreten und der Antragstellerin fehle die Antragslegitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrages. Das Nachprüfungsverfahren diene nämlich ausschließlich der Durchsetzung subjektiver Rechte von Bietern, nicht aber der objektiven Rechtmäßigkeitskontrolle. Hiezu verweist die belangte Behörde auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 162 Rz 69ff. Träten im Nachprüfungsverfahren Gründe hervor, die das Ausscheiden des Angebotes der

Beschwerdeführerin rechtfertigten und sei ihr Angebot von der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin nicht ausgeschieden worden, seien diese im Nachprüfungsverfahren aufzugreifen. Voraussetzung dafür sei, dass der betroffene Bieter nach dem Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-184/01,"Hackermüller", Gelegenheit habe, dazu Stellung zu nehmen. Diese Gelegenheit sei der Beschwerdeführerin sowohl im Zuge des Vergabeverfahrens als auch im Zuge des Nachprüfungsverfahrens vor der belangten Behörde geboten worden. Die von der Beschwerdeführerin erteilte Aufklärung sei in beiden Fällen gleich lautend gewesen. Daher sei vorerst das Vorliegen von Ausscheidungsgründen betreffend das Angebot der Beschwerdeführerin als Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren zu prüfen.

5.3. Im vorliegenden Fall seien beim Angebot der Beschwerdeführerin die Ausscheidensgründe des § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002 aus folgenden Gründen verwirklicht:

Nach Punkt 1,209 in Teil B.1 der Ausschreibungsunterlagen seien die Preise nach der ÖNORM B 2061 zu erstellen, soweit in den einzelnen Positionen keine abweichenden Feststellungen getroffen würden. Die Vorbemerkungen zu der Leistungsgruppe 01 01 99 ("Regiearbeiten") enthielten solche Festlegungen, welche die Regelungen der ÖNORM B 2061 ersetzten.

In der Untergruppe 01 01 99 01 ("Bereitstellung von Arbeitskräften") weise das Angebot der Beschwerdeführerin für die Regiestunde (für einen Facharbeiter, einen Hilfsarbeiter und einen Elektromonteur) jeweils einen Einheitspreis von EUR 1,-- aus. In den Kalkulationsformblättern K3 desselben Angebotes seien Mittellöhne von EUR 8,40 bis EUR 10,85 angeführt. Nach den Vorbemerkungen zu dieser Untergruppe seien alle Lohnbestandteile in diesen Positionen einzukalkulieren, nach der ÖNORM B 2061 seien in Mittellohnkosten alle Lohnnebenkosten einzurechnen. Im Vergleich mit den Mittellöhnen in den K3 Blättern zeige sich, dass mit einem Einheitspreis von EUR 1,-- und einem Lohnbestandteil von EUR 0,98 die nach der Ausschreibung einzurechnenden Lohnbestandteile nicht erfasst seien. Die Positionspreise in dieser Untergruppe seien daher offenkundig nicht entsprechend den Vorgaben der Ausschreibung kalkuliert. Im Bietergespräch am 1. April 2005 habe die Auftraggeberin der Beschwerdeführerin diesen Umstand bei Androhung der Ausscheidenssanktion vorgehalten und habe sich die Beschwerdeführerin damit gerechtfertigt, dass die Lohnkosten in anderen Positionen einkalkuliert seien. Diese Rechtfertigung widerspreche aber den Vorgaben der Ausschreibung. Der Einheitspreis der Regiestunden habe entsprechend den Vorbemerkungen zur Leistungsgruppe 01 01 99 01 die mittleren Lohnkosten einschließlich Regiezuschlag für die jeweilige Beschäftigungsgruppe zu beinhalten. Bei Kalkulation von Regiestunden in der Größenordnung von etwa EUR 10,-- (entsprechend den Mittellöhnen in den K3-Blättern) ergebe sich ein um rund EUR 50.000,-- höherer Gesamtangebotspreis.

In der Position 01 01 99 03010 ("Baustofflieferungen u. Fremdleistungen") habe die Beschwerdeführerin einen Einheitspreis von EUR 0,12 pro Verrechnungseinheit angeboten. Diese Position komme für die im Zuge von Regiearbeiten einzusetzenden Materialien und Fremdleistungen zur Anwendung und gehe von der Verrechnungseinheit von EUR 1,-- aus, mit der der Auftragnehmer für die Baustofflieferung oder Fremdleistung bezahlen müsse. In dieser Position sei anzugeben, mit welchem Betrag "diese Rechnungen" der Auftraggeberin weiterverrechnet würden, das hieße welchen Betrag "sie" (gemeint: der jeweilige Bieter) aufschlage. Im Angebot der Beschwerdeführerin werde kein Aufschlag verrechnet, sondern EUR 1,-- an Ausgaben mit EUR 0,12 verrechnet, was den kalkulatorischen Vorgaben der Ausschreibung widerspreche. Unter Berücksichtigung des Mengevorsatzes ergebe sich ein Unterschied im Gesamtangebotspreis von EUR 220.000,--. Die von der Beschwerdeführerin im Aufklärungsgespräch am 1. April 2005 sowie in der mündlichen Verhandlung vom 5. Juli 2005 vorgebrachte Rechtfertigung besonders günstiger Materialpreise verfehle den kalkulatorischen Ansatz dieser Position. Selbst bei einem Einheitssatz von EUR 1,-- wären besonders günstige Materialpreise mit dem jeweiligen Einkaufspreis, nicht jedoch wie hier mit einem Abschlag von EUR 0,88 und damit weit unter dem Einstandspreis der Beschwerdeführerin in Ansatz zu bringen und weiterzuverrechnen. Günstige Einkaufspreise wirkten sich auf Ebene der Verrechnungseinheiten, nicht jedoch auf Ebene des Einheitspreises aus. Fremdleistungen könnten von besonders günstigen Preisen auf Lager liegender Waren nicht erfasst sein. Das zur Rechtfertigung vorgebrachte Argument eines strategischen Preisnachlasses sei von den Kalkulationsvorschriften der Ausschreibung nicht erfasst. Ganz im Gegenteil ergebe sich, dass die Beschwerdeführerin auch die besonders günstig auf Lager liegenden Waren weit unter ihrem Einstandspreis angeboten habe.

Damit verstoße das Angebot der Beschwerdeführerin gegen die Kalkulationsvorschriften der Ausschreibung. Der

Gesamtpreis sei nicht plausibel zusammengesetzt. Die erteilte Auskunft könne den Widerspruch zwischen den Vorgaben der Ausschreibung für die Kalkulation und den angebotenen Einheitspreisen nicht aufklären. Die von der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin erkannten, aber nicht wahrgenommenen Ausscheidungsgründe nach § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002 lägen daher vor.

Damit könne der drohende Schaden bei der Beschwerdeführerin nicht eintreten und fehle ihr die Antragslegitimation zur Stellung eines Nachprüfungsantrages.

6 . Zu Spruchpunkt II. (Bestellung eines Sachverständigen) führte die belangte Behörde aus, die von der Beschwerdeführerin begehrte Bestellung eines Sachverständigen zur Beantwortung der Frage, dass sie in der Untergruppe 01 01 99 01 und der Position 01 01 99 03010 keinen Unterpreis angeboten habe, sei nicht notwendig im Sinne des § 52 Abs. 1 AVG, da sich die Frage der Unterpreisigkeit in den genannten Positionen im Hinblick auf Marktpreise gar nicht stelle. Vielmehr liege ein offenkundiger, ohne besondere Fachkunde feststellbarer Verstoß des Angebots gegen die kalkulatorischen Vorgaben der Ausschreibung und der anzuwendenden ÖNORM B 2061 vor. Der maßgebliche Sachverhalt lasse sich somit auch ohne Beiziehung eines Sachverständigen feststellen. Im Übrige bestehe kein Rechtsanspruch auf Beiziehung eines Sachverständigen.

7. Zu den Spruchpunkten III. bis IV. (Ersatz der Pauschalgebühr) führte die belangte Behörde im Wesentlichen aus, die Beschwerdeführerin habe auf Grund der Zurückweisung ihres Nachprüfungsantrages nicht gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 obsiegt, daher habe sie keinen Anspruch auf Kostenersatz.

Dagegen sei dem Antrag der zweitmitbeteiligten Partei, den Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin zurück-, in eventu abzuweisen, stattgegeben worden, sodass diese als obsiegende Antragstellerin gemäß § 177 Abs. 5 BVergG 2002 einen Kostenersatzanspruch gegen die Beschwerdeführerin als Antragsgegnerin habe.

8. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Akten des Verwaltungsverfahrens vor und erstattete - ebenso wie die erstmitbeteiligte Partei - eine Stellungnahme mit dem Antrag, die Beschwerde kostenpflichtig abzuweisen.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1. Beschwerdevorbringen:

Die Beschwerdeführerin erachtet sich

hinsichtlich des Spruchpunktes I. des angefochtenen Bescheides in ihrem "subjektivem Recht auf Nachprüfung von Aufträgen im Sinne der vergaberechtlichen Vorschriften nach dem BVergG, insbesondere in ihrem subjektiven Recht auf eine Sachentscheidung",

hinsichtlich des Spruchpunktes II. in ihrem "subjektivem Recht auf Beiziehung eines Sachverständigen zur Feststellung des entscheidungsrelevanten Sachverhaltes",

hinsichtlich des Spruchpunktes III. in ihrem "subjektivem Recht auf Auferlegung der Pauschalgebühr zu Lasten der Auftraggeberin", und

hinsichtlich des Spruchpunktes IV. in ihrem "subjektivem Recht auf Nicht-Auflegung der Pauschalgebühren der Teilnahmeantragstellerin zu Lasten der Beschwerdeführerin"

verletzt.

In Ausführung dieser Beschwerdepunkte bringt sie im Wesentlichen vor, die belangte Behörde habe die Rechtslage in mehreren Punkten verkannt: So hätte die belangte Behörde nicht vorfrageweise das Ausscheiden des Angebotes der Beschwerdeführerin wegen eines vom Auftraggeber bei der Angebotsprüfung nicht aufgegriffenen angeblichen Kalkulationsmangels prüfen dürfen. Sollte ihr diese Prüfungsbefugnis doch zustehen, habe die belangte Behörde das vom EuGH im Urteil "Hackermüller" vorgesehene Verfahren nicht eingehalten. Die belangte Behörde habe den von ihr angenommenen Ausschließungsgrund zu Unrecht nur im Angebot der Beschwerdeführerin geprüft und damit den Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, weil sie nicht in Betracht gezogen habe, dass bei Anwendung ihres Prüfungsmaßstabes auch die anderen Bieter auszuscheiden gewesen wären und daher das Vergabeverfahren

insgesamt zu widerrufen wäre bzw. als widerrufen gelte. Schließlich habe sie zu Unrecht einen Kalkulationsmangel angenommen und durch Nichtbeiziehung eines Sachverständigen ihre Pflicht zur Ermittlung des wahren Sachverhaltes verletzt.

Bis auf den zuletzt gerügten Verfahrensfehler beträfen die aufgeworfenen Rechtsfragen die Auslegung der Antragslegitimation der Beschwerdeführerin, die im Zusammenhang mit der Auslegung des Gemeinschaftsrechts stehe.

§ 163 Abs. 1 BVergG 2002 mache den Antrag auf Nachprüfung davon abhängig, ob dem Unternehmer durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Nach der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG stehe es den Mitgliedsstaaten frei zu verlangen, dass dem betreffenden Nachprüfungswerber durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Der Verwaltungsgerichtshof sehe es - so die Beschwerde weiter - unter Verweis auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-249/01, "Hackermüller", als vereinbar an, wenn die Nachprüfungsbehörde einen Nachprüfungsantrag mit der Begründung zurückweise, dass das Angebot des Antragstellers - aus einem vom Auftraggeber nicht aufgegriffenen Grund - auszuscheiden gewesen wäre und ihm daher durch die angefochtene Entscheidung kein Schaden entstehen oder drohen habe können. Als Voraussetzung für diese Vorgangsweise müsse dem Antragsteller im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens Gelegenheit gegeben worden sein, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde herangezogenen Ausschließungsgrundes "anzuzweifeln".

Die Praxis der Vergabekontrollbehörden, vorfrageweise vom Auftraggeber nicht aufgegriffene Mängel im Angebot des Antragstellers zu prüfen, sei in der "maßgeblichen" Lehre auf Kritik gestoßen. Hiezu verweist die Beschwerde auf Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2002, § 163 Rz 34 sowie Gruber in ZVB 2005/73. Im Ergebnis laufe diese Interpretation darauf hinaus, dass die Vergabekontrollbehörde die Aufgabe des Auftraggebers, Angebote zu prüfen, übernehme. Dies stehe im Widerspruch zu Sinn und Zweck des Nachprüfungsverfahrens, welcher insbesondere in Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG zum Ausdruck komme. Das Aufgreifen eines vom Auftraggeber nicht berücksichtigten Ausscheidungsgrundes sei schon begrifflich nicht als Nachprüfung einer Entscheidung, sondern als Substitution von Unterlassungen des Auftraggebers zu bezeichnen. Damit werde die Rollenverteilung zwischen Auftraggeber und Nachprüfungsbehörde umgedreht. Die Nachprüfungsbehörde übernehme die vom Gesetzgeber (in den §§ 51 und 98 BVergG 2002) eindeutig dem Auftraggeber zugewiesene Aufgabe der Angebotsprüfung.

Es sei daher prozessökonomisch nicht verwunderlich, dass die Vergabekontrollbehörden zur Vermeidung einer umfassenden Prüfpflicht die Antragslegitimation des nicht ausgeschiedenen Bieters teilweise nur bei offensichtlichen Angebotsmängeln verneinten.

Gerade im vorliegenden Vergabevergaben zeige sich eindrucksvoll die Konsequenz des vorfrageweisen Prüfens eines Ausscheidungsgrundes:

Auch wenn die Vergabekontrollbehörde die "evidente" Rechtswidrigkeit einer vom Bieter angefochtenen Auftraggeberentscheidung vor Augen habe, könne sie diese nicht aufgreifen, weil sie das Nachprüfungsverfahren bereits nach der Prüfung der Antragslegitimation des Antragstellers abbrechen müsse. Im konkreten Fall verzichte die öffentliche Hand - die Rechtswidrigkeit der Alternativangebote der Zuschlagsempfängerin unterstellt - auf Einsparungen von mehr als EUR 1,3 Mio.

Andererseits habe es die Auftraggeberin in der Hand - wiederum Mängel in den Angeboten der Zuschlagsempfängerin unterstellt -, ohne wirksame Kontrolle das ihr "genehme" Angebot auszuwählen. Wäre nämlich alternativ der Zuschlag der Beschwerdeführerin erteilt worden, wäre der Nachprüfungsantrag der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin aus denselben Gründen zurückzuweisen gewesen.

Diese Vorgangsweise widerspreche dem Zweck des Nachprüfungsverfahrens, nämlich sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet würden, und stelle eine krasse Ungleichbehandlung der Bieter dar.

Die belangte Behörde stütze vorliegend den von ihr vorfrageweise angenommenen Ausscheidungsgrund darauf, dass das Angebot der Beschwerdeführerin gegen die Kalkulationsvorschriften verstoße, der Gesamtpreis nicht plausibel zusammengesetzt sei und die erteilte Auskunft den Widerspruch zwischen den Kalkulationsvorgaben der Ausschreibung und den angebotenen Einheitspreisen nicht aufklären habe können. Diese derart von ihr

beschriebenen Mängel subsumiere die belangte Behörde unter den Ausscheidungsgründen des § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002. Sie übersehe dabei aber, dass im Falle eines ungewöhnlich niedrigen Preises gemäß § 93 Abs. 5 BVergG 2002 eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und der Bieter bei Feststellung von Kalkulationsmängeln schriftlich um Aufklärung ersucht werden müsse. Eine mündliche, als unzureichend erachtete, Aufklärung reiche für das Ausscheiden eines Angebotes gemäß § 98 Z 5 BVergG 2002 nicht aus. Eine derartige schriftliche Aufklärung sei von der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin - wie aus dem Protokoll zum Bietergespräch vom 1. April 2005 erkennbar - ausdrücklich nicht verlangt worden, da ja nicht einmal eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt worden sei. Unter Rücksichtnahme auf § 93 Abs. 2 bis 5 BVergG 2002 dürfe ein Ausscheiden des Angebotes nach § 98 Z 8 BVergG 2002 infolge eines angenommenen Kalkulationsfehlers ebenso ausnahmslos erst nach erfolgloser Aufforderung zur schriftlichen Aufklärung erfolgen.

Wenn nun die belangte Behörde davon ausgehen sollte, die im Nachprüfungsverfahren erstattete Erklärung der Beschwerdeführerin sei (als nicht nachvollziehbare Begründung für die Kalkulation in den angeführten Positionen) für das vorfrageweise Ausscheiden der Beschwerdeführerin ausreichend, entferne sie sich von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des EuGH. Es sei "schlichtweg absurd", in der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde von der Beschwerdeführerin zu verlangen, zu einer von 1000 Positionen des vorliegenden Leistungsverzeichnisses B 7 (welches aus 474 Seiten bestehe) "ad hoc" die gewünschte Aufklärung abzugeben. "Bezeichnenderweise" habe die Auftraggeberin nicht einmal in ihrem vor der Verhandlung eingebrachten Schriftsatz die Kalkulationsmängel gerügt, sondern seien ihr diese erst in der Verhandlung "eingefallen".

Für den Fall, dass "der Verwaltungsgerichtshof auf Grund der evidenten Rechtslage nicht ohnehin von der Unzulässigkeit der von der belangten Behörde angenommenen vorfragenweisen Annahme eines Ausscheidungsgrundes im Angebot der Beschwerdeführerin infolge unplausibler Preiszusammensetzung ausgehen" solle, regt die Beschwerdeführerin an, dem EuGH gemäß Art. 234 EGV folgende Fragen zur Beantwortung vorzulegen:

"1. Ist Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG so auszulegen, dass die Nachprüfungsbehörde bei der Überprüfung einer in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37/EWG fallenden Auftragsvergabe zur Feststellung, ob einem Bieter durch den von ihm behaupteten Verstoß ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, berechtigt ist, den Preis seines Angebotes zu prüfen, obwohl der Auftraggeber das Angebot des Bieters nicht deshalb abgelehnt hat, weil es einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Preis aufweist und den Bieter auch nicht zur schriftlichen Aufklärung über die betroffenen Einzelposten aufgefordert hat?

2. Für den Fall der Bejahung der Frage 1: Ist die Nachprüfungsbehörde verpflichtet, das in der Richtlinie 93/37/EWG vorgesehenen Verfahren gemäß Art 30 Absatz 4 einzuhalten, insbesondere dem Bieter im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens unter Einräumung einer angemessenen Frist zur schriftlichen Aufklärung eines von der Nachprüfungsbehörde für ungewöhnlich niedrig befundenen Preises aufzufordern, um dem Bieter zu ermöglichen, die Stichhaltigkeit dieses Ausschlussgrundes anzuzweifeln?"

Darüber hinaus sei der von der Beschwerdeführerin in Regiepositionen gewährte Nachlass betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar. So sei die Beschwerdeführerin davon ausgegangen, dass sie die unter diesen Positionen geforderten "Mannstunden" durch das auf der Baustelle vorhandene Personal, soweit dieses unproduktiv sei, abdecken könne. Für derartiges "unproduktives Personal" entstünden der Beschwerdeführerin keine nennenswerten Zusatzkosten. Auch sei plausibel, dass die Leistungen in der Regieposition "Baustofflieferungen und Fremdleistungen" zu einem Preis angeboten würden, der weit unter dem gewöhnlich angebotenen Verkaufspreis liege. Der Beschwerdeführerin gelinge es, von ihren Lieferanten bzw. Subunternehmern entsprechend hohe Abschläge auf Baustofflieferungen bzw. Fremdleistungen zu erzielen, da diese ein wirtschaftliches Interesse daran hätten, auch in Zukunft entsprechend lukrative, dh. große Aufträge zu erhalten.

Als Verfahrensfehler macht die Beschwerde geltend, die belangte Behörde habe der Beschwerdeführerin entgegen der Rechtsprechung des EuGH im Urteil "Hackermüller" nicht ausreichend Gelegenheit gegeben, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln. Nach dieser Rechtsprechung müsse die Nachprüfungsbehörde dem Bieter bekannt geben, ob und gegebenenfalls welchen Ausschlussgrund sie zur Beurteilung des nicht eintretenden bzw. eingetretenen Schadens heranzuziehen beabsichtige. Vorliegend sei der angebliche "Unterpreis" in der mündlichen Verhandlung am 5. Juli 2005 zwar von der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin vorgebracht worden, aber nicht von der belangten Behörde, schon gar nicht mit den Hinweis auf mögliche Auswirkungen zur Antragslegitimation, der

Beschwerdeführerin vorgehalten worden. Wäre der Beschwerdeführerin die Absicht des vorfrageweise angenommenen Ausschließungsgrundes wegen unplausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises bekannt gegeben worden, hätte sie entweder die Vertagung der Verhandlung beantragt oder den verantwortlichen Kalkulanten zur Erläuterung der Preise bereits in die Verhandlung am 5. Juli 2005 mitgenommen. "Hellseherische Fähigkeiten der Art, die Stichhaltigkeit jeder nur erdenklichen Behauptung des Auftraggebers zu angeblichen Mängeln, die ihm erst in der Verhandlung 'einfallen', in angemessener Weise anzuzweifeln", besitze die Beschwerdeführerin angesichts des Umfanges der Ausschreibungsunterlagen nicht.

Darüber hinaus habe sich die belangte Behörde in Verkennung der Rechtslage zur Antragslegitimation mit der Prüfung von Mängeln im Angebot der Beschwerdeführerin begnügt und die Prüfung der Angebote der Mitbieter vor allem im Hinblick auf die Preisplausibilität in der nun relevierten Leistungsgruppe unterlassen. Nach der ständigen Spruchpraxis der belangten Behörde sei der Eintritt eines Schadens für den Antragsteller zu verneinen, wenn sein Angebot für die Zuschlagserteilung nicht in Betracht komme. Etwas anderes gelte nach der Spruchpraxis der belangten Behörde jedoch, wenn das Vergabeverfahren insgesamt zwingend zu widerrufen wäre oder als widerrufen gelten würde. In einem solchen Falle könne die "notwendige Schadensneigung" darin bestehen, dass der Antragsteller bei Unterlassen des gebotenen Widerrufes bzw. "nicht ausgelösten" ex-lege Widerrufes keine Möglichkeit zur ordnungsgemäßen Beteiligung an einem neu auszuschreibenden Vergabeverfahren habe. Diese am gemeinschaftsrechtlichen Schadensbegriff in Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG orientierte Auslegung sei auch von der Lehre bejaht worden.

Im vorliegenden Fall habe die Beschwerdeführerin in ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich als verletztes Recht auch den gebotenen Widerruf und die neuerliche Teilnahme an einem Vergabeverfahren moniert. Die belangte Behörde hätte daher, wenn sie schon derart strenge Anforderungen an die Kalkulation lege, diese auch bei den übrigen Bietern überprüfen müssen. Eine derartige Verpflichtung zur Prüfung der Angebote der Mitbewerber ergebe sich aus dem in § 21 BVergG 2002 normierten Gleichbehandlungsgebot, das an sich den Auftraggeber binde und auch in der Rechtsprechung des EuGH bestätigt sei. Wenn die Vergabekontrollbehörde wie vorliegend funktional als Auftraggeber tätig werde und das Ausscheiden von Angeboten prüfe, müsse dieses Gebot auch für sie gelten.

Da der EuGH zwar von einem weiten Schadensbegriff ausgehe, wie sein Urteil vom 22. April 1994 in der Rechtssache C-87/94 zeige, sich jedoch noch nicht zur Frage geäußert habe, ob Art. 1 Abs. 3 der Richtlinie 89/665/EWG auch die entgangene Chance umfasse, an einem neuen Vergabeverfahren teilzunehmen, wenn das streitige Vergabeverfahren infolge Widerrufs zu beenden sei, regt die Beschwerdeführerin an, dem EuGH folgende Frage gemäß Art. 234 vorzulegen:

"1. Umfasst der in Artikel 1 Absatz 3 der Richtlinie 89/665/EWG genannte Schaden eines Bieters, der sich an einem in den Anwendungsbereich der Richtlinie 93/37/EWG fallenden Auftragsvergabe beteiligt, auch die Möglichkeit zur ordnungsgemäßen Beteiligung an einem neu auszuschreibenden Vergabeverfahren, wenn die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zum Schluss gelangt, dass das Vergabeverfahren bei rechtmäßigem Verhalten des Auftraggebers zu widerrufen ist oder als widerrufen gilt?

2. Für den Fall der Bejahung der Frage 1: Ist eine für die Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz, insbesondere auf Grund des Gleichbehandlungsgebotes, verpflichtet, den Ausschlussgrund, auf dessen Grundlage sie zu beschließen beabsichtigt, dass einem antragstellenden Bieter durch die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht, auch bei den Angeboten der übrigen am Vergabeverfahren teilnehmenden Bieter zu prüfen, um feststellen zu können, ob der Schaden des antragstellenden Bieters in der Möglichkeit zur ordnungsgemäßen Beteiligung an einem neu auszuschreibenden Vergabeverfahren besteht?

2. Maßgebliche Rechtslage des BVergG 2002:

Die im vorliegenden Fall maßgeblichen (zum Zeitpunkt der Erlassung des angefochtenen Bescheides vor dem Inkrafttreten des Bundesvergabegesetzes 2006, BGBl. I Nr. 17, in Geltung stehenden) Bestimmungen des BVergG 2002 lauteten:

" Prüfung der Angemessenheit der Preise - vertiefte Angebotsprüfung

§ 93. (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.

(2) Bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Erscheint der Angebotspreis im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig, muss der Auftraggeber Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gegebenenfalls gemäß Abs. 3 bis 5 vertieft prüfen.

(3) Soweit dies nach Art des Auftrages möglich ist, sind Angebote, die für die Wahl des Zuschlages in Frage kommen, einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen, wenn sie auf Grund von vergleichbaren Erfahrungswerten

1. einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen,

2. zu hohe oder zu niedrige Einheitspreise in wesentlichen Positionen gemäß § 67 Abs. 4 aufweisen, oder

3. nach Prüfung gemäß Abs. 2 begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen entstehen lassen.

(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 § 76 Abs. 3 Z 3 geforderte Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

(5) Werden im Zuge der vertieften Angebotsprüfung in einem Angebot Mängel bei der Kalkulation festgestellt, so ist vom Bieter eine verbindliche schriftliche - bei minder bedeutsamen Unklarheiten auch mündliche oder telefonische - Aufklärung zu verlangen. Hierfür ist ihm eine angemessene Frist einzuräumen. Die anschließende Prüfung hat unter Berücksichtigung der eingegangenen Erläuterungen zu erfolgen. Der Auftraggeber hat Erläuterungen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit des gewählten Fertigungs- oder Bauverfahrens bzw. der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen, außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, oder die Originalität der Leistung des Bieters bei der Überprüfung entsprechend zu berücksichtigen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind der Niederschrift über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

Ausscheiden von Angeboten

§ 98. Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat die vergebende Stelle auf Grund des Ergebnisses der Prüfung die folgenden Angebote auszuscheiden:

...

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

...

5. Angebote von Bietern, die es unterlassen haben, innerhalb der ihnen gestellten Frist die verlangten Aufklärungen zu geben oder deren Aufklärung einer nachvollziehbaren Begründung entbehrt;

...

8. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote sowie nicht gleichwertige Alternativangebote, fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn die Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ferner Teil- und Alternativangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden;

...

Einleitung des Nachprüfungsverfahrens

§ 163. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, kann die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

...

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 166. (1) Ein Antrag gemäß § 163 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

...

4. Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden für den Antragsteller,

...

Behandlung von Anträgen

§ 170. (1) Anträge, deren Inhalt bereits erkennen lässt, dass die behauptete Rechtsverletzung oder der behauptete Schaden offensichtlich nicht vorliegt oder die behauptete Rechtswidrigkeit offensichtlich keinen Einfluss auf das weitere Vergabeverfahren hatte oder hat, sind ohne weiteres Verfahren abzuweisen.

(2) In allen übrigen Fällen, in denen sich der Antrag zur weiteren Behandlung als geeignet erweist, ist das Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren einzuleiten.

...

Gebühren und Gebührenersatz

§ 177. ...

(5) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Abs. 1 oder 3 entrichteten Gebühren durch den Antragsgegner."

3. Zu Spruchpunkt I. (Antragslegitimation):

Die Beschwerde wendet sich gegen die Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides tragende Auffassung der belangten Behörde, die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren nach dem BVergG 2002 sei zu verneinen, weil einem Angebot die grundsätzliche Eignung fehle, für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Auffassung der belangten Behörde, der Beschwerdeführerin komme keine Antragslegitimation zu, weil ihr Angebot auszuscheiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an die Beschwerdeführerin ohnehin nicht in Betracht kommt, nicht als rechtswidrig zu erkennen (vgl. zuletzt

das hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, Zl. 2005/04/0067, und

das hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, Zl. 2005/04/0091, jeweils mwN, insbesondere auf das Urteil des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) vom 19. Juni 2003 in der Rechtssache C-249/01, Hackermüller, Slg. 2003, Seite I-6319).

Die vorliegende Beschwerde bietet - auch vor dem Hintergrund der obzitierten Rechtsprechung des EuGH und den Ausführungen des Generalanwaltes in dieser Rechtssache (vgl. die Schlussanträge des Generalanwaltes vom 25. Februar 2003, Randnrn. 57 bis 63) - keinen Anlass von dieser Rechtsprechung abzugehen. So hat der Generalanwalt hinsichtlich des Zweckes der Richtlinie 89/665/EWG daran erinnert, dass "die Mitgliedsstaaten nach Art. 1 Abs. 1 dieser Richtlinie verpflichtet (sind), wirksame und möglichst rasche Nachprüfungsverfahren einzuführen, um sicherzustellen, dass die Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beachtet werden" (Randnr 59). Mit "diesem Zweck der Bereitstellung wirksamer und rascher Nachprüfungsverfahren" erschien es dem Generalanwalt unvereinbar, "wenn man in einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens die Nachprüfungsbehörde zwingen würde, zu warten, bis ihr ein Problem im Zusammenhang mit der ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, das sie selbst erkannt hat, von einer Partei vorgelegt wird" (Randnr. 60). Auch hat der EuGH im Urteil vom 12. Februar 2004 in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, I-1829, seine Rechtsprechung unter Bezug auf das Urteil "Hackermüller" bestätigt und ausgeführt, "dass die Mitgliedstaaten nicht gehalten sind, diese Nachprüfungsverfahren jedem zur Verfügung zu stellen, der einen bestimmten Auftrag erhalten will, sondern dass es ihnen freisteht, zusätzlich zu verlangen, dass der betreffenden Person durch den behaupteten Rechtsverstoß ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht" (Randnr. 26).

Die belangte Behörde stützt ihre Auffassung, die Beschwerdeführerin wäre auszuscheiden gewesen, im Beschwerdefall

(kumuliert) auf die Ausscheidenstatbestände des § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002. Ob diese im Beschwerdefall erfüllt sind, war vom Verwaltungsgerichtshof derzeit nicht zu beurteilen, weil die belangte Behörde die Rechtslage aus folgendem Grund verkannt hat:

Wie der Verwaltungsgerichtshof in ständiger Rechtsprechung unter Bezug auf das obzitierte Urteil des EuGH "Hackermüller" ausgeführt hat, muss dem Antragsteller im Nachprüfungsverfahren Gelegenheit geboten werden, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln, wenn die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren verneint wird, weil das Angebot auszuscheiden gewesen wäre und daher eine Zuschlagserteilung an den Antragsteller ohnehin nicht in Betracht kommt (vgl. das obiziterte hg. Erkenntnis vom 30. November 2006, mwN).

Nach der Rechtsprechung des EuGH im zitierten Urteil "Hackermüller" ist diese "Vorgangsweise die einzige, die diesem Bieter das Recht sichert, die Stichhaltigkeit des Ausschlussgrundes anzuzweifeln, auf dessen Grundlage die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Instanz zu beschließen beabsichtigt, dass ihm durch die Entscheidung, deren Rechtswidrigkeit er behauptet, kein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, und die daher die wirksame Anwendung der Gemeinschaftsrichtlinien im Bereich des öffentlichen Auftragswesens in allen Stadien des Vergabeverfahrens gewährleistet" (Randnr. 28). Wird dem Antragsteller eine solche Gelegenheit nicht geboten, "käme die Entscheidung der Nachprüfungsbehörde tatsächlich einer Ausschlussentscheidung ohne Rechtsbehelfsmöglichkeit gleich, was im Widerspruch zur Richtlinie 89/665 stünde" (vgl. die zitierten Schlussanträge des Generalanwaltes in dieser Rechtssache, Randnr. 65).

Im vorliegenden Fall ist die belangte Behörde der Auffassung, der Beschwerdeführerin wurde im Zuge des Nachprüfungsverfahrens in der mündlichen Verhandlung ausreichend Gelegenheit geboten, die Stichhaltigkeit des von ihr herangezogenen Ausschlussgrundes anzuzweifeln. Nach den Feststellungen des angefochtenen Bescheides wurde bei der am 5. Juli 2005 vor der belangten Behörde durchgeführten öffentlichen mündlichen Verhandlung jedoch lediglich seitens der erstmitbeteiligten Partei vorgebracht, das Angebot der Beschwerdeführerin sei auszuscheiden, da bei den Regiearbeiten ein offensichtlicher Unterpreis von EUR 1,-- für Lohn und bei den sonstigen Kosten ein negativer Zuschlag von EUR 0,88 angeboten worden sei. Ein Vorhalt der belangten Behörde, dass sie diesen vorgebrachten Sachverhalt als Ausschlussgrund gemäß § 98 Z 3, 5 und 8 BVergG 2002 heranzuziehen beabsichtige, erfolgte nach den Feststellungen jedoch nicht (und ist im Übrigen auch der Aktenlage - vgl. insbesondere das Verhandlungsprotokoll OZ 30 - nicht zu entnehmen).

Damit hat die belangte Behörde aber verkannt, dass es nach der oben angeführten Rechtslage alleine darauf ankommt, ob der Beschwerdeführerin Gelegenheit geboten wurde, die Stichhaltigkeit des von der Nachprüfungsbehörde zur Zurückweisung des Nachprüfungsantrages herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln und solcherart Gehör gewährt wird.

Aus diesem Grund hat sie Spruchpunkt I. des angefochtenen Bescheides mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet, weshalb auch auf das weitere Vorbringen der Beschwerdeführerin nicht weiter einzugehen war. Der Verwaltungsgerichtshof sieht deshalb auch keinen Grund, die von der Beschwerdeführerin angeführten Fragen dem EuGH zur Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG vorzulegen.

Für das fortgesetzte Verfahren sieht sich der Verwaltungsgerichtshof in diesem Zusammenhang veranlasst, auf Folgendes hinzuweisen:

Die Beschwerdeführerin bringt unter anderem vor, die belangte Behörde habe die Prüfung der Angebote der Mitbieter im Hinblick auf den von ihr herangezogenen Ausscheidenstatbestand unterlassen. Eine solche Prüfung wäre jedoch erforderlich, da ein Schaden der Beschwerdeführerin dann anzunehmen wäre, wenn das Vergabeverfahren insgesamt zwingend zu widerrufen wäre oder als widerrufen gelten würde, was im übrigen auch der Richtlinie 89/665/EWG entspreche.

Zu diesem Vorbringen ist die Beschwerdeführerin auf die Ausführungen des Generalanwaltes in den obizierten Schlussanträgen in der Rechtssache C-249/01 hinzuweisen. Dieser führte im vorliegenden Zusammenhang aus: "Daraus (aus dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter) ergibt sich, dass ein Bieter nicht den Zuschlag erhalten kann, wenn er selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat." (Randnr. 62)

Auf der Linie dieser Ausführungen des Generalanwaltes in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache "Hackermüller" liegt es, wenn der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis vom 18. Mai 2005, Zl. 2004/04/0094, ausgeführt hat, es sei der Nachprüfungsantrag ungeachtet allfälliger Rechtsverletzungen im Rahmen des Verfahrens zur Wahl eines Angebotes für den Zuschlag jedenfalls abzuweisen, wenn der Antragsteller zu Recht ausgeschieden worden sei. Damit lässt sich die Sicht des Verwaltungsgerichtshofes dahin zusammenfassen, dass kein Schaden durch Entfall der Möglichkeit der Teilnahme am Folgeverfahren gegeben ist, wenn der Bieter selbst gegen die Ausschreibungsbedingungen oder gegen die Bestimmungen über öffentliche Aufträge verstoßen hat, also - anders gesagt - dass der selbst nicht ausschreibungs- bzw. vergaberechtskonform agierende Bieter nicht schützeswert ist. Anderes wird jedoch zu gelten haben, wenn der Bieter aus einem Grund für den Zuschlag nicht in Betracht kommt, der in einer fehlerhaften Ausschreibung liegt, weil diese etwa diskriminierende oder von keinem Bieter erfüllbare Bedingungen enthält. In diesem Fall muss auch ein auszuscheidender Bieter die Möglichkeit haben, die Ausschreibungsbedingungen - innerhalb der dafür offenstehenden Frist - zu bekämpfen (vgl. hiezu auch das Urteil des EuGH in der Rechtssache C-230/02, Grossmann Air Service, Slg. 2004, Seite I- 1829, Randnrn. 26ff).

Im vorliegenden Fall ist die Ausschreibung jedoch mangels Anfechtung bestandfest geworden (vgl. hiezu zuletzt das hg. Erkenntnis vom 1. März 2007, Zl. 2005/04/0239, mwN). Ein Bieter, dem es nicht gelingt, auf Grund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, ist jedoch nicht schutzwürdig und kann daher nicht geltend machen, dass auch andere bzw. alle anderen Bieter auszuscheiden gewesen wären.

4. Zu Spruchpunkt II.:

Die von der Beschwerdeführerin im Verfahren vor der belangten Behörde beantragte Beiziehung eines Sachverständigen war in diesem Stadium des Nachprüfungsverfahrens aus den oben angeführten Gründen (der Beschwerdeführerin war noch keine Gelegenheit geboten worden, die Stichhaltigkeit des von der belangten Behörde herangezogenen Ausschließungsgrundes anzuzweifeln) im Sinne des § 52 AVG nicht notwendig (vgl. zur Notwendigkeit etwa das hg. Erkenntnis vom 12. Dezember 2002, Zl. 98/07/0166).

Dass die belangte Behörde im Beschwerdefall, ohne hiezu verpflichtet zu sein (vgl. Walter/Thienel, Verwaltungsverfahren I2 (1998), 813), über den Beweisantrag der Beschwerdeführerin gesondert entschieden hat, verletzt die Beschwerdeführerin aus den oben genannten Gründen nicht in ihrem vor dem Verwaltungsgerichtshof geltend gemachten subjektiven Recht.

Die Beschwerde war daher insoweit - als sie Spruchpunkt II. - betrifft, als unbegründet abzuweisen.

5. Zu Spruchpunkt III.:

Da sich - wie oben ausgeführt - die von der belangten Behörde in Spruchpunkt I. vertretene Auffassung als rechtswidrig erweist, kann auch Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides keinen Bestand haben, weshalb sich auch Spruchpunkt III. des angefochtenen Bescheides als inhaltlich rechtswidrig erweist.

6. Zu Spruchpunkt IV.:

Mit Erkenntnis vom 15. September 2006, Zl. 2005/04/0299, hat der Verwaltungsgerichtshof unter Bezugnahme auf das Erkenntnis vom 24. Februar 2006, Zl. 2004/04/0140, ausgeführt, dass es dem in Aussicht genommenen Zuschlagsempfänger gar nicht möglich sei, im Verfahren auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung einen zulässigen Teilnahmeantrag zu stellen. Ein derartiger Teilnahmeantrag und der Antrag auf Ersatz der dafür entrichteten Pauschalgebühr seien daher zurückzuweisen (vgl. das zur insoweit vergleichbaren Rechtslage des Wiener Vergaberechtsschutzgesetzes. LGBl. Nr. 25/2003 (WVRG) ergangene hg. Erkenntnis vom 15. Dezember 2006, Zl. 2006/04/0201).

Diese Rechtsprechung ist aufgrund der insoweit inhaltsgleichen Regelungen des WVRG und des BVergG 2002 auch vorliegend maßgeblich.

Daher hat die belangte Behörde, indem sie den Antrag der zweitmitbeteiligten Partei als in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf Ersatz der für ihren Teilnahmeantrag entrichteten Pauschalgebühr stattgegeben hat, Spruchpunkt IV. mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes belastet.

7. Da sich der angefochtene Bescheid aus diesen Erwägungen in dem im Spruch angeführten Umfang als inhaltlich rechtswidrig erweist, war er gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG in diesem Umfang aufzuheben.

Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 VwGG abgesehen werden.

Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47ff iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2003, BGBl. II Nr. 333.

Wien, am 28. März 2007

Gerichtsentscheidung

EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB
EuGH 62001J0249 Hackermüller VORAB
EuGH 62002J0230 Grossmann Air Service VORAB

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Richtlinie Umsetzungspflicht EURallg4/2Besondere RechtsgebieteParteibegriff - Parteienrechte Allgemein diverse Interessen RechtspersönlichkeitIndividuelle Normen und Parteienrechte Rechtsanspruch Antragsrecht Anfechtungsrecht VwRallg9/2

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2007:2005040200.X00

Im RIS seit

07.06.2007

Zuletzt aktualisiert am

19.12.2011

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at