

# TE Verg Bescheid 2008/2/22 N/0026-BVA/03/2007-72

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.02.2008

## Norm

AVG §52 Abs2

AVG 1991 §53a

AVG §76 Abs1

AVG §76 Abs2

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. AVG § 76 heute
2. AVG § 76 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
3. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
6. AVG § 76 gültig von 18.08.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
7. AVG § 76 gültig von 01.01.1999 bis 17.08.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
8. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
9. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
10. AVG § 76 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
11. AVG § 76 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

1. AVG § 76 heute
2. AVG § 76 gültig ab 01.01.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 82/2025
3. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2025 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 137/2001
4. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
5. AVG § 76 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
6. AVG § 76 gültig von 18.08.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/1999
7. AVG § 76 gültig von 01.01.1999 bis 17.08.1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
8. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 158/1998
9. AVG § 76 gültig von 01.07.1998 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

10. AVG § 76 gültig von 01.07.1995 bis 30.06.1998 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995

11. AVG § 76 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995

## Text

### BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Mataushek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), BGBl. I Nr.17/2006, betreffend das Vergabeverfahren "Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über Antrag der A\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, vom 26. März 2007, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat durch die Vorsitzende des Senates 3, MR Dr. Sibyll Huber-Mataushek und die Beisitzer Mag. Maria Muntner als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Theodor Taurer als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, Bundesvergabegesetz 2006 (BVerG 2006), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr.17 aus 2006,, betreffend das Vergabeverfahren "Bauauftrag über Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen/S6 Semmering Schnellstraße/Ganzsteintunnel" des Auftraggebers Autobahnen - und Schnellstraßen Finanzierungs-AG (ASFINAG) Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, vertreten durch die ASFINAG Bau Management GmbH, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien als vergebende Stelle, über Antrag der A\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, vom 26. März 2007, wie folgt entschieden:

### SPRUCH

Die Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen, B\*\*\* in der Höhe von Euro 6026,76.-- inklusive 20 % MwSt, werden der Antragstellerin, der A\*\*\* GmbH, vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte, zur Zahlung auferlegt.

Dieser Betrag ist dem Bundesvergabeamt binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Bescheides auf das Konto Nr. 5080018 bei der PSK, BLZ 60000, lautend auf "Bundesvergabeamt", bei sonstiger Exekution zu überweisen.

Rechtsgrundlage: § 76 Abs 1 Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, BGBl. Nr. 51/1991  
idgF Rechtsgrundlage: Paragraph 76, Absatz eins, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 - AVG, Bundesgesetzblatt Nr. 51 aus 1991, idgF

### BEGRÜNDUNG

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe, obwohl trotz des Vorliegens von Zweifel an der Angemessenheit von Preisen von einem nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis auszugehen war, rechtswidrig keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin entweder auszuschneiden, weil diese mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht habe oder " für den Fall des Bestehens von Subunternehmern", weil diese wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. C\*\*\* zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Konkretisierend führte die Antragstellerin aus, die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe ihre Leistung nach Abzug von 6 % Rabatt zu einem Gesamtpreis von EUR 4.928.308,76.- angeboten und eine Subunternehmererklärung abgegeben, die 0 % Subunternehmeranteil aufweise, wobei dem Angebot ein Begleitschreiben beigelegt gewesen sei. Der von der Antragstellerin angebotene Gesamtpreis betrage EUR 5.974.308,55.- und sei laut Zuschlagsentscheidung als zweitbestes Angebot gewertet worden.

In den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt B1 1.2.1.7.2. (Preise) jedoch festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des § 125 BVerG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er = 50 % des Preises im Bezug auf den Mittelwert der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Der Angebotspreis der Fa.C\*\*\* liege nach Abzug von. 6 % Rabatt um rd. EUR 1,046 Mio. (rd. 18 %) unter dem nächst billigsten Angebotspreis der Antragstellerin und um rd. 30 % unter dem Mittelwert der Preise der übrigen Bieter. Diese Abweichungen hätten den Auftraggeber zu begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise der präsumtiven

Zuschlagsempfängerin veranlassen müssen. In den Ausschreibungsunterlagen sei in Punkt B1 1.2.1.7.2. (Preise) jedoch festgehalten, dass als ungewöhnlich niedrig im Sinne des Paragraph 125, BVergG 2006 ein Preis dann jedenfalls qualifiziert werde, wenn er = 50 % des Preises im Bezug auf den Mittelwert der übrigen Bieter und der Schätzung aus der Erstellung der Ausschreibung betrage. Der Angebotspreis der Fa. C\*\*\* liege nach Abzug von 6 % Rabatt um rd. EUR 1,046 Mio. (rd. 18 %) unter dem nächst billigsten Angebotspreis der Antragstellerin und um rd. 30 % unter dem Mittelwert der Preise der übrigen Bieter. Diese Abweichungen hätten den Auftraggeber zu begründeten Zweifeln an der Angemessenheit der Preise der präsumtiven Zuschlagsempfängerin veranlassen müssen.

Darüber hinaus sei in den Ausschreibungsunterlagen mit Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B 8.5.6 seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber hinaus seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Fa C\*\*\* verfüge laut Information des zentralen Gewerregisters lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Leistungsgegenstand sei die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik. Diese Leistungen würden über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des § 32 GewO hinausgehen. Daher sei die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Fa C\*\*\* einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt

Darüber hinaus sei in den Ausschreibungsunterlagen mit Sanktion der sofortigen Ausscheidung vorgesehen, dass die Subunternehmererklärung unter Verwendung des Anhangs B 8-7 als wesentliche Unterlage dem Angebot beizufügen sei. Gemäß Anhang B 8.5.6 seien die wesentlichen (d.h. über 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen anzugeben, darüber hinaus seien auch sonstige (d.h. < 5 % der Angebotssumme) Subunternehmerleistungen und zugehörige für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlichen Subunternehmer zu nennen. Die Fa C\*\*\* verfüge laut Information des zentralen Gewerregisters lediglich über die gewerberechtliche Befugnis zur Ausübung des Gewerbes Elektrotechnik. Leistungsgegenstand sei die Erbringung von Bauarbeiten und von Arbeiten im Bereich der Lüftungs- und Klimatechnik. Diese Leistungen würden über Nebenrechte von Gewerbetreibenden iS des Paragraph 32, GewO hinausgehen. Daher sei die gewerberechtliche Befugnis für das Baugewerbe als auch für die Gewerbe "Kälte- und Klimatechnik" und "Lüftungstechnik" erforderlich. Laut Protokoll der Angebotseröffnung habe die Fa C\*\*\* einen Subunternehmeranteil von 0%. Zur Substituierung der offenkundig fehlenden Eignung habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin daher keine Subunternehmer namhaft gemacht. Nach ausdrücklicher Bestimmung in den Ausschreibungsunterlagen gemäß Punkt

8.5.6 seien Subunternehmer, die für die Substitution der Eignung des Bieters erforderlich seien aber jedenfalls in das Verzeichnis der Subunternehmer aufzunehmen, auch dann, wenn deren Anteil unter 5% der Angebotssumme liege. Die Nennung von Subunternehmer habe gemäß B 8 Punkt

8.3.1 der Ausschreibungsunterlagen ausschließlich unter Verwendung des Anhangs B 8-7 zu erfolgen. Das Fehlen dieser Unterlage stehe unter der Sanktion der sofortigen Ausscheidung. Bestehende Subunternehmer seien daher in dieser Form bekannt zu geben. Die Namhaftmachung an anderer Stelle, etwa in einem Begleitschreiben - ohne Heranziehung des dafür vorgesehenen Formulars - käme einer Nichtbefolgung der Bestimmung gleich und würde die sofortige Ausscheidung nach sich ziehen.

Da es der Auftraggeber somit rechtswidrig unterlassen habe, die präsumtive Zuschlagsempfängerin aus einem der genannten Gründe auszuschneiden, sei die Zuschlagsentscheidung zu Unrecht zugunsten Fa C\*\*\* erfolgt, vielmehr sei der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Der Auftraggeber legte mit Schriftsatz vom 29.3.2007 die Originalunterlagen vor, bestritt das Vorbringen der Antragstellerin und führte aus, das Angebot der präsumtiven Bestbieterin sei gemäß den vergaberechtlichen Bestimmungen und Grundsätzen sorgfältig geprüft worden. Im Zuge der Angebotsprüfung seien zunächst die einzelnen Positionspreise in einem Preisspiegel den betreffenden Preisen der Mitbieter gegenübergestellt worden. Zugleich sei ein Vergleich mit den Preisen der Kostenschätzung erfolgt. Weiters sei im Zuge der vertieften Angebotsprüfung eine Prüfung auf Höherwertigkeit der Preise gemäß Punkt 4.5.1 des Vergabeberichtes und eine

Sensitivitätsanalyse gemäß Punkt 4.5.2 des Vergabeberichtes durchgeführt worden. Im Rahmen eines Aufklärungsgesprächs seien auch die günstigen Angebotspreise besprochen worden. Von der potentiellen Zuschlagsempfängerin sei zu allen angefragten Positionen Erklärungen abgegeben und seien sämtliche im Angebot angeführten Preise bestätigt worden. Das Angebot der Fa. C\*\*\* sei somit betriebs- und marktwirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar und würde kein Zweifel an der Angemessenheit der Preise bestehen. Im Rahmen der Angebotsprüfung sei auch die Einhaltung des in der B.1 definierten Unterpreiskriteriums überprüft worden. Das Angebot der Fa. C\*\*\* liege um 25,2 % unter dem Mittelwert und somit deutlich innerhalb der gesetzten Grenze.

Auch die notwendige Befugnis für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung sei überprüft worden. Diese Prüfung habe ergeben, dass die präsumtive Bestbieterin befugt sei, die gegenständlichen Leistungen auszuführen.

Im Teil B 8 der Angebotsunterlagen seien als Subunternehmer für die Lüftungsrohre und Kanäle die Fa. G\*\*\* und F\*\*\*, für die Bauarbeiten die Fa. D\*\*\* sowie die Fa. E\*\*\* angeführt (Teil B 8 Seiten 23 und 23 a, Beilage 2 a und 2 b). Die präsumtive Bestbieterin habe somit alle Subunternehmer in ihrem Angebot bereits zum Zeitpunkt der Submission bekannt gegeben. Auch wenn die genannten Subunternehmer an der falschen Stelle angeführt seien, stelle dies keinen Ausscheidungsgrund dar. Bei der Angabe der Subunternehmer an einer "falschen" Stelle könne es sich nur um einen behebbaren Mangel handeln. Es stelle daher keinen Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Bieter dar, der die Subunternehmer an der dafür vorgesehenen Stelle eingefügt habe, wenn ein Bieter die zum Einsatz vorgesehenen Subunternehmer an einer anderen Stelle angeführt habe. Die Zuschlagsentscheidung sei daher zu Recht zugunsten der Fa. C\*\*\* erfolgt und werde daher die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin beantragt.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob mit Schriftsatz vom 17.4.2007 begründete Einwendungen und führte zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises aus, die vorgebrachte Rechtswidrigkeit einer unterlassenen vertieften Angebotsprüfung auf Grund eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises liege nicht vor. Gemäß § 125 Abs 2 BVergG sei bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Zur fehlenden Eignung wurde ausgeführt, als wesentliche Subunternehmer würden nur jene gelten, die einen Leistungsteil von mehr als 5% der Angebotssumme ausführen. Keine einzige Subunternehmerleistung der mitbeteiligten Partei erfülle dieses Wesentlichkeitskriterium. Die im Angebot der Fa. C\*\*\* vorgesehenen Subunternehmerleistungen liegen weit unter der 5%-Grenze. Da die Fa. C\*\*\* die Subunternehmer dennoch genannt habe, seien keine Nachweise der Eignung erforderlich. Ein Ausscheidungsgrund liege daher nicht vor. Das Gesetz sehe nicht zwingend vor, an welcher Stelle im Angebot diese Bekanntgabe zu erfolgen habe. Die Fa. C\*\*\* habe die Subunternehmer jedenfalls bereits im Angebot bekanntgegeben. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erhob mit Schriftsatz vom 17.4.2007 begründete Einwendungen und führte zur nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises aus, die vorgebrachte Rechtswidrigkeit einer unterlassenen vertieften Angebotsprüfung auf Grund eines ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises liege nicht vor. Gemäß Paragraph 125, Absatz 2, BVergG sei bei der Prüfung der Angemessenheit der Preise von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen. Zur fehlenden Eignung wurde ausgeführt, als wesentliche Subunternehmer würden nur jene gelten, die einen Leistungsteil von mehr als 5% der Angebotssumme ausführen. Keine einzige Subunternehmerleistung der mitbeteiligten Partei erfülle dieses Wesentlichkeitskriterium. Die im Angebot der Fa. C\*\*\* vorgesehenen Subunternehmerleistungen liegen weit unter der 5%-Grenze. Da die Fa. C\*\*\* die Subunternehmer dennoch genannt habe, seien keine Nachweise der Eignung erforderlich. Ein Ausscheidungsgrund liege daher nicht vor. Das Gesetz sehe nicht zwingend vor, an welcher Stelle im Angebot diese Bekanntgabe zu erfolgen habe. Die Fa. C\*\*\* habe die Subunternehmer jedenfalls bereits im Angebot bekanntgegeben.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 23.4.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden Fragen betreffend die prozentuellen Anteile der zu erbringenden Leistungen in Hinblick auf die anzugebenden Subunternehmerleistungen sowie Fragen betreffend die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise aufgeworfen. Zur Beurteilung dieser Fragen wurde vom Senat einhellig die Beiziehung eines nichtamtlichen Sachverständigen und in der vor dem Bundesvergabeamt am 19.6.2007 durchgeführten weiteren mündlichen Verhandlung aufgrund der mangelhaften Beantwortung der aufgeworfenen Fragen durch den Sachverständige vom Senat einhellig die Beiziehung eines weiteren nichtamtlichen Sachverständigen beschlossen.

Das Bundesvergabeamt hat erwogen:

Im Oktober 2006 hat der Auftraggeber ASFINAG die Lieferung und Montage der Betriebs- und Sicherheitstechnischen Ausrüstung für den Bau des Ganzsteintunnels an der S 6 Semmering Schnellstraße im offenen Verfahren als Bauauftrag, CPV 31720000-9, 31527220-4, 45316213-1 und 45331210-1 im Oberschwellenbereich nach dem Bestbieterprinzip europaweit ausgeschrieben. Die Absendung der Vergabebekanntmachung in Österreich (Lieferanzeiger) sowie im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgte am 13.10.2006. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote laut Ausschreibung war der 5.12.2006, 10.00 Uhr, als Ende der Angebotsfrist laut

1. 1.Ziffer eins

veröffentlichen Nachsendung war der 12.12.2006, 10.00 Uhr festgelegt. Die Angebotsöffnung erfolgte am 12.12.2006. Der geschätzte Auftragswert betrug laut Angaben des Auftraggebers Euro 6.389.974,14.-. Gegenstand der Ausschreibung waren die Arbeiten für die Betriebs- und Sicherheitseinrichtungen im Rahmen des geplanten Vollausbaus des Ganzsteintunnels einschließlich der Instandhaltung. Dies umfasst im Wesentlichen folgende Leistungen:

- -Strichaufzählung  
Ausrüstung des adaptierten Betriebsgebäudes
- -Strichaufzählung  
Ausrüstung der Hochbehälter
- -Strichaufzählung  
Ausrüstung der neu errichteten Südröhre
- -Strichaufzählung  
Ausrüstung der neu adaptierten Nordröhre
- -Strichaufzählung  
Verkehrstechnische Anbindung der Vorportalbereiche

Neben 3 weiteren Bietern hat die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot mit einem Angebotspreis von Euro 5.974.308,55.- abgegeben. Nach Prüfung der abgegebenen Angebote, wonach das Angebot der Antragstellerin an 2. Stelle gereiht worden ist, hat der Auftraggeber mit Schreiben vom 12.3.2007 sämtlichen Bietern die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Fa. C\*\*\* mit einer Vergabesumme von Euro 4.928.308,76.- netto inklusive 6% Nachlass bekannt gegeben.

Mit Schriftsatz vom 26.3.2007 beantragte die Antragstellerin die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens im Wesentlichen mit der Begründung, der Auftraggeber habe, obwohl trotz des Vorliegens von Zweifel an der Angemessenheit von Preisen von einem nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreis auszugehen war, rechtswidrig keine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und es zudem unterlassen, die präsumtive Zuschlagsempfängerin entweder auszuschneiden, weil diese mangels Heranziehung von Subunternehmern den erforderlichen Nachweis der beruflichen Befugnis nicht erbracht habe oder " für den Fall des Bestehens von Subunternehmern", weil diese wesentliche Unterlagen zum Angebot nicht bestimmungsgemäß verwendet habe, weshalb die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Fa. C\*\*\* zu Unrecht getroffen worden sei, vielmehr wäre bei Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen der Antragstellerin als Bestbieterin der Zuschlag zu erteilen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30.3.2007, OZ EV5, hat das Bundesvergabeamt dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 23.4.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurden Fragen betreffend die prozentuellen Anteile der zu erbringenden Leistungen in Hinblick auf die anzugebenden Subunternehmerleistungen sowie Fragen betreffend die betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise aufgeworfen. Zur Beurteilung dieser Fragen wurde von Senat einhellig die Beiziehung eines Sachverständigen beschlossen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.5.2007, OZ 21, wurde F\*\*\* allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, nach einer am 23.4.2007 erfolgten Senatsberatung in Anwesenheit des Sachverständigen und seiner Zusage, über das zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen erforderliche Fachwissen zu verfügen, zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß § 52 Abs 2 AVG bestellt. Seitens der Parteien wurde kein

Einwand gegen die Person des Sachverständigen erhoben. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 2.5.2007, OZ 21, wurde F\*\*\* allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger, nach einer am 23.4.2007 erfolgten Senatsberatung in Anwesenheit des Sachverständigen und seiner Zusage, über das zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen erforderliche Fachwissen zu verfügen, zum nichtamtlichen Sachverständigen gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG bestellt. Seitens der Parteien wurde kein Einwand gegen die Person des Sachverständigen erhoben.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 4.5.2007, OZ EV24, wurde die mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 30. 3. 2007, N/0026-BVA/03/2007-EV5 erlassene einstweilige Verfügung von Amts wegen erstreckt.

Mit Schriftsatz vom 29.5.2007, OZ 30, erstattete der Sachverständige Befund und Gutachten mit dem grundsätzlichen Ergebnis, dass der prozentuelle Anteil sämtlicher Subunternehmerleistungen < 5% beträgt und lediglich bei den Leistungen aus dem Bereich Heizungs - und Lüftungstechnik dieser Wert mit 6,41 % überschritten worden ist.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 19.6.2007 durchgeführten weiteren mündlichen Verhandlung wurde den Parteien in Anwesenheit des nichtamtlichen Sachverständigen F\*\*\* Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen. Zur Frage der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Preiskalkulation beim Angebot der Fa. C\*\*\* konnte der Sachverständige nach eigenen Angaben keine schlüssigen und nachvollziehbaren Aussagen treffen. Zur Beurteilung dieser Frage wurde vom Senat einhellig die Beiziehung eines weiteren Sachverständigen beschlossen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.6.2007, OZ 47, wurde zur Klärung der im gegenständlichen Verfahren aufgeworfenen entscheidungsrelevanten Fragen betreffend die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit der Kalkulation bestimmter auffällig voneinander abweichender Einheitspreise bzw. der anzubietenden Gesamtleistung B\*\*\* allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger aus dem Fachgebiet "Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Baurechnung" gemäß § 52 Abs. 2 AVG zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt und beauftragt, darüber Befund und Gutachten zu erstatten. Auf das Erfordernis einer näheren Prüfung der K-3 Blätter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 19. 6.2007 ausdrücklich hingewiesen. Der Bescheiderlassung ging das Parteiengehör zur Frage der Person des Sachverständigen und der beabsichtigten Fragestellung voraus. Seitens der Parteien wurden keine Einwände erhoben. Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 26.6.2007, OZ 47, wurde zur Klärung der im gegenständlichen Verfahren aufgeworfenen entscheidungsrelevanten Fragen betreffend die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit und Erklärbarkeit der Kalkulation bestimmter auffällig voneinander abweichender Einheitspreise bzw. der anzubietenden Gesamtleistung B\*\*\* allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger aus dem Fachgebiet "Kalkulation, Vergabewesen, Verdingungswesen, Bauabwicklung, Baurechnung" gemäß Paragraph 52, Absatz 2, AVG zum nichtamtlichen Sachverständigen bestellt und beauftragt, darüber Befund und Gutachten zu erstatten. Auf das Erfordernis einer näheren Prüfung der K-3 Blätter der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde von der Antragstellerin im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 19. 6.2007 ausdrücklich hingewiesen. Der Bescheiderlassung ging das Parteiengehör zur Frage der Person des Sachverständigen und der beabsichtigten Fragestellung voraus. Seitens der Parteien wurden keine Einwände erhoben.

Mit Schriftsatz vom 23.7.2007 erstattete der Sachverständige B\*\*\* Befund und Gutachten mit dem Ergebnis, dass die Kalkulation der Fa. C\*\*\* betreffend bestimmte Einheitspreise sowie die Kalkulation bei der anzubietenden Gesamtleistung unter Berücksichtigung der K-3 Blätter betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar ist.

In der vor dem Bundesvergabeamt am 3.9.2007 durchgeführten mündlichen Verhandlung wurde den Parteien in Anwesenheit des nichtamtlichen Sachverständigen B\*\*\* Gelegenheit gegeben, zum Sachverständigengutachten Stellung zu nehmen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7.9.2007, OZ 60, wurden die Anträge auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Ersatz der Pauschalgebühren abgewiesen.

Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18.1.2008, OZ 66, wurden die Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen B\*\*\* gemäß § 53a Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), BGBl I Nr. 51/1991 idgF iVm Gebührenanspruchsgesetz 1975 (GebAG), BGBl Nr. 136/1975 idgF, wie folgt festgesetzt: Mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 18.1.2008, OZ 66, wurden die Gebühren des nichtamtlichen Sachverständigen B\*\*\* gemäß Paragraph 53 a, Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1991 (AVG), Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 51 aus 1991, idgF in Verbindung mit Gebührenanspruchsgesetz 1975 (GebAG), Bundesgesetzblatt Nr. 136 aus 1975, idgF, wie folgt

festgesetzt:

1. Gebühr für Aktenstudium gemäß § 36 GebAG

Erster Band (á Euro 38,40)

sowie weitere 3 Bände (á Euro 33,90)

Euro 140,00

2. Gebühren für Mühewaltung für Befund und Gutachten

gemäß § 34 Abs 1 u. 2 GebAG

Befund und Gutachten 24 Stunden á Euro 150,00.- Euro 3.600,00

Besprechung mit der Vorsitzenden

2 Stunden ( 1,0 + 1,0) á Euro 150,00.-

Euro 300,00

Ergänzende Ausarbeitungen zur Gutachtenserörterung

2 Stunden á Euro 150,00 Euro 300,00

Besprechung mit dem Senat am 3.9.2007

1 Stunde ( 1,0 + 0,5) á Euro 150,00.- Euro 150,00

3. Gebühr für Erläuterungen in den Verhandlungen am 3.9. 2007

gemäß § 35 Abs 2 GebAG

3 Stunden á Euro 150,00.- Euro 450,00

Entschädigung für Zeitversäumnis gemäß § 32 Abs 1 GebAG

1 Stunde á Euro 19,40 Euro 19,40

4. Kosten für das Reinschreiben von

Befund und Gutachten gemäß § 31 Z 3 GebAG

17 Seiten Urschrift á Euro 1,70

4x17 Seitendurchschriften á Euro 0,50 Euro 62,90

Zwischensumme Euro 5022,30

zuzüglich 20% Umsatzsteuer gemäß § 31 Z 6 GebAG Euro 1004,46

Endbetrag Euro 6026,76

Diese Gebühren wurden in der genannten Höhe dem Sachverständigen im Amtsweg angewiesen und auch bezahlt. Dem Bundesvergabeamt sind daher Barauslagen in der genannten Höhe auch tatsächlich erwachsen.

Daraus folgt in rechtlicher Hinsicht:

Gemäß § 76 Abs 1 AVG hat für Barauslagen, die der Behörde bei der Amtshandlung erwachsen, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, jene Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten auch Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen. In den Erläuterungen (1167 Blg Nr 20.GP, 39, wiedergegeben bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetz I 2, S 62/63) ist zu § 76 AVG folgendes ausgeführt: "Durch die Neufassung soll zunächst die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kodifiziert werden, dass die Verpflichtung zur Tragung allfälliger Kosten bereits aus der Tatsache erwächst, dass das Verwaltungsverfahren auslösende Parteibegehren gestellt worden ist und der Antrag auf Durchführung der zur vollständigen Ermittlung des Sachverhaltes erforderlichen oder durch das Gesetz gebotenen Amtshandlungen im verfahrenseinleitenden Parteiantrag eingeschlossen ist (VwSlg 4350A/1957). Ferner soll durch den Entfall der Worte "im allgemeinen" klargestellt werden, dass die Pflicht zur Kostentragung für die Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt ("um die Amtshandlung angesucht") hat, nur in den im § 76 Abs

2 genannten Fällen durchbrochen ist. Für den Eintritt der Kostenersatzpflicht nach § 76 Abs 1 genügt es demnach, dass, "die bei einer Amtshandlung erwachsenen Barauslagen (...) durch ein förmliches Ansuchen verursacht" worden sind (AB 360 Blg Nr II. GP, 22)."Gemäß Paragraph 76, Absatz eins, AVG hat für Barauslagen, die der Behörde bei der Amtshandlung erwachsen, sofern nach den Verwaltungsvorschriften nicht auch diese Auslagen von Amts wegen zu tragen sind, jene Partei aufzukommen, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Als Barauslagen gelten auch Gebühren, die den Sachverständigen und Dolmetschern zustehen. In den Erläuterungen (1167 Blg Nr 20.GP, 39, wiedergegeben bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetz römisch eins 2, S 62/63) ist zu Paragraph 76, AVG folgendes ausgeführt: "Durch die Neufassung soll zunächst die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kodifiziert werden, dass die Verpflichtung zur Tragung allfälliger Kosten bereits aus der Tatsache erwächst, dass das Verwaltungsverfahren auslösende Parteibegehren gestellt worden ist und der Antrag auf Durchführung der zur vollständigen Ermittlung des Sachverhaltes erforderlichen oder durch das Gesetz gebotenen Amtshandlungen im verfahrenseinleitenden Parteienantrag eingeschlossen ist (VwSlg 4350A/1957). Ferner soll durch den Entfall der Worte "im allgemeinen" klargestellt werden, dass die Pflicht zur Kostentragung für die Partei, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt ("um die Amtshandlung angesucht") hat, nur in den im Paragraph 76, Absatz 2, genannten Fällen durchbrochen ist. Für den Eintritt der Kostenersatzpflicht nach Paragraph 76, Absatz eins, genügt es demnach, dass, "die bei einer Amtshandlung erwachsenen Barauslagen (...) durch ein förmliches Ansuchen verursacht" worden sind Ausschussbericht 360 Blg Nr römisch zwei. GP, 22)."

Gemäß diesen Ausführungen und im Zusammenhalt mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl VwGH 21.10.1999, 99/20/0291) ist nach § 76 Abs 1 AVG daher ausschließlich jene Partei Kostenersatzpflichtig, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat. Gemäß diesen Ausführungen und im Zusammenhalt mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche VwGH 21.10.1999, 99/20/0291) ist nach Paragraph 76, Absatz eins, AVG daher ausschließlich jene Partei Kostenersatzpflichtig, die den verfahrenseinleitenden Antrag gestellt hat.

Gemäß § 76 Abs 2 AVG sind im Fall der Verursachung der Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten die Auslagen von diesem zu tragen. Wurde die Amtshandlung von Amts wegen angeordnet, so belastet die Auslage den Beteiligten dann, wenn sie durch sein Verschulden herbeigeführt worden ist. Gemäß Paragraph 76, Absatz 2, AVG sind im Fall der Verursachung der Amtshandlung durch das Verschulden eines anderen Beteiligten die Auslagen von diesem zu tragen. Wurde die Amtshandlung von Amts wegen angeordnet, so belastet die Auslage den Beteiligten dann, wenn sie durch sein Verschulden herbeigeführt worden ist.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann zum Ersatz der Barauslagen nach § 76 Abs.2 AVG der am Verfahren Beteiligte nur dann herangezogen werden, wenn er die Amtshandlung, für die solche aufgelaufen sind, in irgendeiner Form verschuldet hat (Vgl. VwGH vom 4.10.1978, ZI.2311/77; VwGH 27.6.2006, 2004/05/0099; 11.12.1990, 89/07/0186; ebenso BVA 9.9.2003, 03F-11/01-19; 7.4.2006, 16N-133/05-66). Weiters verpflichtet nur ein solches Verschulden zum Kostenersatz, das für die Vornahme der Amtshandlung, somit für die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen kausal ist (vgl VwGH 19.9.1989, 89/04/0009; ebenso BVA 29.9.2005, 16N- 36/05-44; 7.4.2006, 16N-133/05-66; BVA 26.6.2007, N/0102-BVA/04/2006-97). Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann zum Ersatz der Barauslagen nach Paragraph 76, Absatz 2, AVG der am Verfahren Beteiligte nur dann herangezogen werden, wenn er die Amtshandlung, für die solche aufgelaufen sind, in irgendeiner Form verschuldet hat (Vgl. VwGH vom 4.10.1978, ZI.2311/77; VwGH 27.6.2006, 2004/05/0099; 11.12.1990, 89/07/0186; ebenso BVA 9.9.2003, 03F-11/01-19; 7.4.2006, 16N-133/05-66). Weiters verpflichtet nur ein solches Verschulden zum Kostenersatz, das für die Vornahme der Amtshandlung, somit für die Beiziehung des nichtamtlichen Sachverständigen kausal ist vergleiche VwGH 19.9.1989, 89/04/0009; ebenso BVA 29.9.2005, 16N- 36/05-44; 7.4.2006, 16N-133/05-66; BVA 26.6.2007, N/0102-BVA/04/2006-97).

Da die Amtshandlung jedoch keineswegs durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht wurde, sondern aufgrund des Antrages der Antragstellerin vorgenommen wurde, waren daher die Kosten des Sachverständigengutachtens gemäß § 76 Abs 1 AVG der Antragstellerin, deren Anträge mit Bescheid des Bundesvergabeamtes vom 7.9.2007, N/0026- BVA/03/2007-60 abgewiesen wurden, aufzuerlegen (vgl. auch BVA 10.03.2004, 01N-9/03-44). Da die Amtshandlung jedoch keineswegs durch das Verschulden eines anderen Beteiligten verursacht wurde, sondern aufgrund des Antrages der Antragstellerin vorgenommen wurde, waren daher die Kosten

des Sachverständigengutachtens gemäß Paragraph 76, Absatz eins, AVG der Antragstellerin, deren Anträge mit Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 7.9.2007, N/0026- BVA/03/2007-60 abgewiesen wurden, aufzuerlegen vergleiche auch BVA 10.03.2004, 01N-9/03-44).

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

**Schlagworte**

Nichtamtlicher Sachverständiger, Kostentragung;

**Dokumentnummer**

VERGT\_20080222\_N\_0026\_BVA\_03\_2007\_72\_00

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)