



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak, den Hofrat Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der S GmbH in T, vertreten durch Mag. Wolfgang Wamprechtshamer, Rechtsanwalt in 5303 Thalgau, Ferdinand-Zuckerstätter-Straße 9, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Salzburg vom 19. Februar 2021, Zl. 405-5/85/1/22-2021, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. e GmbH in A, und 2. Marktgemeinde R),

1. zu Recht erkannt:

Die Spruchpunkte I., II. und IV. des angefochtenen Erkenntnisses werden wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes aufgehoben.

2. den Beschluss gefasst:

Im Übrigen wird die Revision zurückgewiesen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die zweitmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) führte ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger EU-weiter Bekanntmachung über die Vergabe des Dienstleistungsauftrages „Generalplanerleistungen inklusive örtliche Bauaufsicht für die Herstellung eines Kanals zwischen K-S und B in der Marktgemeinde XY“ im Oberschwellenbereich durch, an dem sich sowohl die revisionswerbende Partei als auch die erstmitbeteiligte Partei beteiligten.
- 2 Die Bekanntmachung wurde am 2. Oktober 2020 von der Auftraggeberin an die EU-Kommission übermittelt und am 4. Oktober 2020 unter www.salzburg.gv.at/ausschreibungen veröffentlicht. Die Angebotsöffnung der Letztangebote erfolgte am 16. Dezember 2020. Am 21. Dezember 2020 teilte die Auftraggeberin der revisionswerbenden Partei mit, dass ihr Angebot ausgeschieden werde. Am 22. Dezember 2020 wurde der revisionswerbenden





Partei das Ergebnis der Angebotsprüfung und die beabsichtigte Zuschlagserteilung an die erstmitbeteiligte Bieterin mitgeteilt.

- 3 Die revisionswerbende Partei brachte am 30. Dezember 2020 einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung und einen Antrag auf Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Ersatz der Pauschalgebühren ein.
- 4 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht gemäß § 12 Abs. 1 Salzburger Vergabekontrollgesetz 2018 (S.VKG 2018) die Nachprüfungsanträge, einerseits die Entscheidung der Auftraggeberin vom 21. Dezember 2020, das Angebot der revisionswerbenden Partei auszuschneiden, und andererseits die Entscheidung der Auftraggeberin vom 22. Dezember 2020, den Zuschlag der präsumtiven Bestbieterin zu erteilen, jeweils für nichtig zu erklären, jeweils als unbegründet ab (Spruchpunkte I. und II.). Weiters hob es die Entscheidung vom 8. Jänner 2021, mit welcher es gemäß § 20 Abs. 1 S.VKG 2018 der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt hatte, den Zuschlag zu erteilen, mit sofortiger Wirkung auf (Spruchpunkt III.), wies den Antrag revisionswerbenden Partei auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren gemäß § 11 S.VKG 2018 ab (Spruchpunkt IV.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt V.).
- 5 Nach Darstellung des Verfahrensganges traf das Verwaltungsgericht nachstehende zusammengefasste Sachverhaltsfeststellungen:

Am 1. Dezember 2020 seien alle sieben Bieter der ersten Verfahrensstufe zu einzelnen Hearings geladen worden, Ortsbegehungen durchgeführt und von den Mitgliedern der Hearingkommission vier im Vorhinein festgelegte gleiche Fragen gestellt worden.

Die Ausscheidensentscheidung sei von der Auftraggeberin mit einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises, festgestellt durch eine vertiefte Angebotsprüfung, begründet worden. Das Angebot der revisionswerbenden Partei habe einen unplausibel niedrigen Gesamtpreis aufgewiesen. Das Ausmaß der Abweichung des Angebotspreises zum



geschätzten Auftragswert der Auftraggeberin und zu den Gesamtpreisen aller übrigen Bieter habe eine grobe Abweichung von über 100% ergeben.

Die Mitteilung über die Ausscheidensentscheidung habe die für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags erforderlichen Informationen enthalten.

Die am 22. Dezember 2020 der revisionswerbenden Partei mitgeteilte beabsichtigte Zuschlagsentscheidung an die erstmitbeteiligte Partei sei mit dem Bewertungsergebnis des Hearings (Notendurchschnitt 1,25) und der Punkte für den Angebotspreis begründet worden. Die erstmitbeteiligte Partei habe mit 88,52 Punkten die höchste Gesamtpunkteanzahl erreicht. Die Auftragssumme betrage € 221.970,--. Die Auswertung des Angebots der revisionswerbenden Partei sei im Hinblick auf die Ausscheidensentscheidung nicht dargestellt worden. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 4. Jänner 2021 bekanntgegeben worden.

Mit Beschluss vom 8. Jänner 2021 habe das Verwaltungsgericht dem Antrag der revisionswerbenden Partei auf einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens stattgegeben.

- 6 Im Rahmen der Beweiswürdigung führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, zur „hinterfragten angenommenen Anzahl an Leistungsstunden, welche weit unter der der übrigen Bieter“ gelegen sei, sei weitgehend unsubstantiiert behauptet worden, dass sich diverse Erleichterungen ergeben hätten, welche eine weitere Reduzierung des Angebotspreises ermöglicht hätten. Der Zuschlag von 37,5 % sei von der revisionswerbenden Partei selbst mit dem Hinweis, man habe sich eventuell verrechnet, in Frage gestellt worden. Die revisionswerbende Partei habe in ihrem Vorbringen die Zuschlagssumme korrigiert und „letztlich damit argumentiert, dass der Senat sich mit dem Zuschlag nicht auseinanderzusetzen habe“.

Die revisionswerbende Partei habe argumentiert, aufgrund der Reihung der Hearingtermine sei angenommen worden, dass es günstigere Angebote gäbe. Um den Auftrag jedenfalls zu erhalten, sei der Angebotspreis im Vergleich



zum Erstangebot um rund 43 % gesenkt worden. Demgegenüber seien die Bietertermine zum Hearing jedoch nach dem Einlangen der Erstangebote gereiht worden.

Das in der letzten Stunde vor Ablauf der Vorlagefrist übermittelte Aufklärungsschreiben sei von der Auftraggeberin „zweifelsfrei richtig geprüft und im Protokoll über die vertiefte Angebotsprüfung ausgeführt“ worden. Die vorgebrachte Begründung für die erhebliche Reduzierung des Angebotspreises, und zwar die angenommenen Erleichterungen bzgl. Behörden- und Grundstücksbesitzergespräche, seien nicht richtig gewesen. Statt vier Projektvarianten seien nur zwei gefordert worden. Die Deckelung der Baustellenbesuche sei für alle Bieter eine planbare Größe ohne Risiko und daher kein „exklusiver Vorteil“ für die revisionswerbende Partei gewesen. Ebenso seien die planerischen Vorleistungen allen Bietern im gleichen Umfang und von Anfang an zur Verfügung gestanden. Das als kostenreduzierende Erleichterung vorgebrachte Abänderungsangebot sei in den Ausschreibungsunterlagen von Anfang an nicht vorgesehen gewesen. Es habe daher nicht als Erleichterung gerechnet werden können.

Im Gegensatz zum Nachprüfungsantrag, in dem die revisionswerbende Partei ihr Interesse am Auftrag mit den hohen Vorlaufkosten für die Angebotserstellung begründet habe, habe sie in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht damit argumentiert, dass die näher genannten Vorarbeiten der Auftraggeberin im Vergleich zu anderen Projekten es ermöglicht hätten, „dass die kalkulierten Leistungsstunden auskömmlich seien“.

Zusammengefasst seien die Erklärungsversuche der revisionswerbenden Partei für die massive Reduktion des ohnehin knapp kalkulierten Angebots „nicht erklärend und dadurch weder der angebotene Gesamtpreis noch die Positionspreise nachvollziehbar betriebswirtschaftlich kalkuliert“. Die „vorgebrachte Begründung“ habe „den sehr niedrigen Letztangebotspreis“ nicht rechtfertigen können. „Die Erlangung eines Auftrages als alleinigen Grund für einen ungewöhnlich niedrigen Angebotspreis“ lasse „die Seriosität des Angebotes in Zweifel ziehen“.



- 7 In seinen rechtlichen Erwägungen zum festgestellten Sachverhalt führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, in der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 22. Juni 2011, 2011/04/0011, sei „zu einem ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis gemäß § 137 Abs. 3 BVergG 2018 dargelegt“ worden, dass sich das Ausmaß der Abweichung der Angebotspreise aus dem Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote ergebe. In näher bezeichneter Literatur werde zwischen geringer Abweichung (bis etwa 5 %), tolerierbarer Abweichung (bis etwa 15 %) und grober Abweichung (ab etwa 15 %) unterschieden. Vorliegend sei von einer groben Abweichung auszugehen.

Der Terminus der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit stamme aus der ÖNorm B2050. Demnach sei zu Angeboten, die im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrig seien, vom Auftraggeber Aufklärung zu verlangen und dem Bieter die Möglichkeit zu geben, nachzuweisen, dass das Angebot seriös sei. Aus der Entscheidung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) „vom 27.11.2001, C-285/99 und C-286/99 Impresa Lombardini“, ergebe sich, dass ungewöhnlich niedrige Angebote nicht per se auszuschließen seien, sondern die Verlässlichkeit und Seriosität des Angebotes zu prüfen sei.

„Wie beweiswürdigend ausgeführt“ seien die Argumente der Antragstellerin in der Angebotserklärung nicht stichhaltig. Dies habe daher zu einem unplausibel zusammengesetzten Gesamtpreis geführt. Im Hinblick auf die erforderliche betriebswirtschaftliche Erklärbarkeit und die erforderliche Seriosität der Angebotslegung und um den gebotenen fairen Wettbewerb und die rechtmäßige Auftragsvergabe nicht zu konterkarieren, sei das Angebot der revisionswerbenden Partei jedenfalls auszuschneiden gewesen.

Abschließend erfolgten Ausführungen zur Abweisung des Antrags auf Nichtigterklärung der Zuschlagsentscheidung.

- 8 Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht zusammengefasst mit dem Nichtvorliegen einer Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs.4 B-VG.





- 9 Dagegen richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision. Die mitbeteiligten Parteien erstatteten in dem vom Verwaltungsgerichtshof eingeleiteten Vorverfahren keine Revisionsbeantwortung.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zu Spruchpunkt 2:

- 10 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wurden die beiden Nichtigerklärungsanträge und ein damit zusammenhängender Antrag auf Pauschalgebührenersatz abgewiesen (Spruchpunkte I., II. und IV.). Weiters wurde eine einstweilige Verfügung aufgehoben (Spruchpunkt III.).
- 11 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird.
- 12 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.
- 13 Nach § 34 Abs. 1a VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.
- 14 Die vorliegende Revision richtet sich zwar gegen die Spruchpunkte I. bis IV. des angefochtenen Erkenntnisses. Das Zulässigkeitsvorbringen enthält aber keine Ausführungen zum Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung betreffend den - als trennbar anzusehenden - Spruchpunkt III. (vgl. zur getrennten Prüfung der Zulässigkeit einer Revision bei trennbaren Absprüchen etwa VwGH 8.8.2018, Ra 2017/04/0112, Rn. 15, mwN).





- 15 Ausgehend davon war die Revision, soweit sie gegen diesen Spruchpunkt gerichtet ist, wegen Nichtvorliegens der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

Zu Spruchpunkt 1:

Zulässigkeit

- 16 Die Revision ist zu der im Zulässigkeitsvorbringen zusammengefasst dargelegten Rechtsfrage, inwieweit die Auftraggeberin im Sinne des kontradiktorischen Charakters des Verfahrens der Überprüfung ungewöhnlich niedriger Angebote Zweifel nach Art und Ausmaß zu konkreten Preisen des Angebotes, vorliegend um die Fragen zu Lohnkosten unter dem Kollektivvertrag sowie verzeichnete Leistungsstunden und Erleichterungen, die den Angebotspreis reduzieren, gegenüber dem Bieter offenlegen muss, zu der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehle, zulässig; sie ist auch begründet.

Rechtslage

- 17 Die §§ 137, 138 und 141 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65 lauten auszugsweise wie folgt:

„Prüfung der Angemessenheit der Preise und vertiefte Angebotsprüfung

§ 137. (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. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

(2) Der öffentliche Auftraggeber muss Aufklärung über die Positionen des Angebotes verlangen und gemäß Abs. 3 vertieft prüfen, wenn

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

...

(3) Bei einer vertieften Angebotsprüfung ist zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Geprüft werden kann insbesondere, ob



1. im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind,
2. der Einheitspreis (Pauschalpreis, Regiepreis) für höherwertige Leistungen grundsätzlich höher angeboten wurde als für geringerwertige Leistungen, und
3. die gemäß § 105 Abs. 2 geforderte oder vom Bieter gemäß § 128 Abs. 2 vorgenommene Aufgliederung der Preise oder des Gesamtpreises (insbesondere der Lohnanteile) aus der Erfahrung erklärbar ist.

Vorgehen bei Mangelhaftigkeit der Angebote

§ 138. (1) Ergeben sich bei der Prüfung der Angebote Unklarheiten über das Angebot oder über die geplante Art der Durchführung der Leistung oder werden Mängel festgestellt, so ist, sofern die Unklarheiten für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung sind, vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die vom Bieter übermittelten Auskünfte bzw. die vom Bieter allenfalls vorgelegten Nachweise sind der Dokumentation über die Prüfung der Angebote beizuschließen.

(2) Die durch die erfolgte Aufklärung allenfalls veranlasste weitere Vorgangsweise darf die Grundsätze der §§ 20 Abs. 1, 112 Abs. 3, 113 Abs. 2 und 139 nicht verletzen.

...

(5) Stellt der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung fest, dass die angebotenen Preise nicht angemessen sind, so hat er vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Der öffentliche Auftraggeber darf das Angebot nur ausscheiden, wenn trotz des Vorbringens des Bieters die Preise für den öffentlichen Auftraggeber nicht betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind. Er hat das Angebot jedenfalls auszuschneiden, wenn die Prüfung ergibt, dass der Bieter die in § 93 genannten Bestimmungen nicht berücksichtigt hat. Die Prüfung hat unter Berücksichtigung des gesamten Vorbringens des Bieters zu erfolgen. Die vom Bieter erteilten Auskünfte sind in die Dokumentation der Prüfung der Angebote aufzunehmen.

...



Ausscheiden von Angeboten

§ 141. (1) Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund 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, oder

...“

Ausscheidensentscheidung nach § 141 Abs. 1 Z 3 iVm § 138

Abs. 5 BVergG 2018

18 § 137 BVergG 2018 konkretisiert den Grundsatz der Vergabe zu angemessenen Preisen gemäß § 20 Abs. 1 BVergG 2018 (vgl. VwGH 21.2.2023, Ra 2021/04/0223, Rn. 22). Nach dessen Abs. 1 ist es Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen (vgl. zu § 125 BVergG 2006 VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0152, Rn. 17, mwN). Die Beurteilung der Preisangemessenheit hat gemäß dieser Bestimmung, wenn es um kein Alternativangebot geht, immer in Bezug auf die „ausgeschriebene“ Leistung zu erfolgen. Dabei ist von vergleichbaren Erfahrungswerten, von sonst vorliegenden Unterlagen und von den jeweils relevanten Marktverhältnissen auszugehen.

19 Weisen Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf, muss der Auftraggeber gemäß § 137 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 eine vertiefte Angebotsprüfung vornehmen.

20 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 (vgl. VwGH 22.6.2011, 2011/04/0011, Pkt. II. 4.3., mwN).

21 Allein das bloße Vorliegen eines derart ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises berechtigt den Auftraggeber jedoch noch nicht zum Ausscheiden des Angebots.



Vielmehr setzt ein Ausscheiden eines solchen Angebots gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 iVm § 137 und § 138 Abs. 5 BVergG 2018 eine mehrstufige Vorgangsweise des Auftraggebers in Form einer kontradiktorischen Überprüfung voraus.

- 22 Der Auftraggeber hat zunächst im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 137 Abs. 3 erster Satz BVergG 2018 zu prüfen, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind (vgl. zum Ziel der vertieften Angebotsprüfung gemäß dem mit § 137 Abs. 3 BVergG 2018 inhaltlich weitgehend übereinstimmenden § 125 Abs. 4 BVergG 2006 VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0152, Rn. 29). § 137 Abs. 3 BVergG 2018 beinhaltet die bei einer vertieften Angebotsprüfung anzulegenden Maßstäbe. Gemäß Z 1 kann insbesondere geprüft werden, ob im Preis von Positionen alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie die Personalkosten, diese insbesondere im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge, nachvollziehbar sind. Diese Bestimmung verweist im Kontext der Prüfung der Nachvollziehbarkeit der Personalkosten demonstrativ auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge. Dies stellt eine flankierende Maßnahme zur leichteren Aufdeckung von Lohn- und Sozialdumping dar (vgl. die Erläuterungen zum BVergG 2018, RV 69 BlgNR 26. GP, 153).
- 23 Der Auftraggeber hat lediglich eine grobe Prüfung dahingehend vorzunehmen, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. noch zum BVergG 2006 VwGH 31.1.2013, 2010/04/0070, Pkt. II. 2., mwN).
- 24 Kann eine betriebswirtschaftliche Erklärung für die auffälligen Preise gefunden werden, so ist nach dem Konzept des BVergG 2018 von einem angemessenen Preis auszugehen (vgl. *Deutschmann/Heid* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer* [Hrsg.], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 [2019], § 137, Rn. 15).



- 25 Kommt der Auftraggeber hingegen zum Ergebnis, dass das Angebot betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar ist, hat er gemäß § 138 Abs. 5 erster Satz BVergG 2018 vom Bieter eine verbindliche Aufklärung zu verlangen. Die Aufklärung hat nach der Rechtsprechung des EuGH in kontradiktorischer Weise zu erfolgen, indem der Auftraggeber Aufklärung über die Elemente des als ungewöhnlich eingestuften Angebots zu verlangen hat, die seine Zweifel konkret hervorgerufen haben (etwa durch Aufforderung zur Vorlage der erforderlichen Belege für die Seriosität des Angebots). Anschließend hat der Auftraggeber dieses Angebot unter Berücksichtigung der Erläuterungen, die der Bieter auf dieses Verlangen hin eingereicht hat, zu beurteilen. Dadurch soll Willkür des Auftraggebers verhindert und ein gesunder Wettbewerb zwischen den Unternehmen gewährleistet werden (vgl. etwa EuGH 29.3.2012, C-599/10, *SAG ELV Slovensko u.a.*, Rn. 28, mit Hinweis auf EuGH 27.11.2001, C-285/99 und C-286/99, *Lombardini und Mantovani*, Rn. 46 bis 49). Die Möglichkeit des Bieters, dem Auftraggeber vor dessen Entscheidung über ein allfälliges Ausscheiden die Seriosität seines Angebots darzulegen, setzt voraus, dass der Auftraggeber im Zuge seines Verlangens um Aufklärung dem Bieter gegenüber jene Punkte offenlegt, die ihm im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zweifelhaft erscheinen (vgl. EuGH 27.11.2001, C-285/99 und C-286/99, *Lombardini und Mantovani*, Rn. 58).
- 26 Die abschließende Beurteilung des zweifelhaften Angebots im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung hat unter Berücksichtigung aller durch den Bieter im Rahmen der Aufklärung vorgebrachten Argumente zu erfolgen. Bei der Prüfung hat der Auftraggeber insbesondere folgende Erklärungen des Bieters zu berücksichtigen: die Wirtschaftlichkeit des Fertigungs- oder Bauvorhabens bzw. der Erbringung der Dienstleistung, die gewählten technischen Lösungen oder außergewöhnlich günstige Bedingungen, über die der Bieter bei der Erbringung der Leistung verfügt, die Originalität der vom Bieter angebotenen Leistung, die Einhaltung der in § 93 BVergG 2018 (Einhaltung arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Bestimmungen) genannten rechtlichen Bestimmungen, die Einhaltung aller Verpflichtungen, die den Bieter bei einer Heranziehung von Subunternehmern treffen, sowie die Möglichkeit einer staatlichen Beihilfe



an den Bieter. Ein derartiges Vorbringen ist vom Bieter zu belegen (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP, 154, unter Bezugnahme auf Art. 69 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU).

- 27 Ein Ausscheiden des Angebots nach § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises ist gemäß § 138 Abs. 5 zweiter Satz BVergG 2018 nur möglich, wenn nach vertiefter Angebotsprüfung trotz der Aufklärung durch den Bieter die Preise für den Auftraggeber betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar bleiben.
- 28 Im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens etwa über die Rechtmäßigkeit einer Ausscheidensentscheidung nach § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 hat das Verwaltungsgericht nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Das Verwaltungsgericht hat vielmehr - ebenso wie der Auftraggeber bei der vertieften Angebotsprüfung - unter Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht an Hand der im Einzelnen maßgeblichen in § 137 Abs. 3 BVergG 2018 genannten Kriterien zu prüfen. Da es sich hierbei um eine Plausibilitätsprüfung handelt, muss zweifellos nicht die gesamte Kalkulation des Bieters minutiös nachvollzogen, sondern nur - grob - geprüft werden, ob ein seriöser Unternehmer die angebotenen Leistungen zu den angebotenen Preisen erbringen kann (vgl. zur ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 etwa VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0152, Rn. 17, mwN). Auf neue, im Nachprüfungsverfahren erstmals vorgebrachte Erklärungen des Bieters betreffend die Plausibilität des Preises ist hingegen nicht Bedacht zu nehmen (vgl. noch zum BVergG 2006 VwGH 28.9.2011, 2007/04/0102).
- 29 Durch die Wortfolge „nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises“ ist auch das Vorliegen nicht plausibler Teilpreise (siehe § 137 Abs. 3 Z 2 BVergG 2018) erfasst, weil diese zu einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises führen (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP, 155;



sowie zum BVergG 2006 wiederum VwGH 16.5.2018, Ra 2017/04/0152, Rn. 18, mwN).

30 Die Frage, ob ein Angebot eine - durch eine auf Basis einer ordnungsgemäßen kontradiktorischen Überprüfung durchgeführte vertiefte Angebotsprüfung nach § 137 Abs. 3 BVergG 2018 festgestellte - nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweist, ist nach den Umständen des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen (vgl. zu dem zu § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 vergleichbaren Ausscheidenstatbestand des § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 etwa VwGH 5.10.2016, Ra 2015/04/0034, Rn. 8, mwN).

31 Nur wenn das Verwaltungsgericht auf Basis einer ordnungsgemäßen kontradiktorischen Überprüfung des zweifelhaften Angebotes selbst im Wege einer Plausibilitätsprüfung zum Ergebnis gelangt, dass die Preisgestaltung des ausgeschiedenen Angebots betriebswirtschaftlich nicht erklärbar und nachvollziehbar ist, ist die Ausscheidensentscheidung gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 rechtmäßig.

Fallbezogene Beurteilung

32 Die Revision moniert zusammengefasst, das Verwaltungsgericht habe nicht beachtet, dass die Auftraggeberin gegenüber der revisionswerbenden Partei im Zuge der Aufforderung zur Aufklärung des als zweifelhaft angesehenen Angebots nicht hinreichend konkret dargelegt habe, worin die Auftraggeberin die Unklarheiten sehe. Die Aufforderung der Auftraggeberin zur Aufklärung habe somit nicht der geforderten kontradiktorischen Überprüfung entsprochen. Überdies hätte das Verwaltungsgericht unter Beiziehung eines Sachverständigen eine eigene Plausibilitätsprüfung vornehmen müssen.

33 Im Sinne der dargestellten Rechtslage setzt die vom Verwaltungsgericht im Nachprüfungsverfahren vorzunehmende Plausibilitätsprüfung eines gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 ausgeschiedenen Angebots jedenfalls dann, wenn - wie vorliegend - im Nachprüfungsverfahren eingewendet wird, dass dem ausgeschiedenen Bieter vom Auftraggeber keine Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt worden sei, konkrete Tatsachenfeststellungen über den Inhalt des Verlangens des Auftraggebers um verbindliche Aufklärung



durch den Bieter und dessen daraufhin erstattete Erläuterungen voraus. Der Inhalt der Erläuterungen des Bieters ist insofern rechtlich relevant, als das Verwaltungsgericht auf neue, erstmals im Nachprüfungsverfahren vorgebrachte Erläuterungen des Bieters nicht Bedacht zu nehmen hat. Der Inhalt der im Vergabeverfahren gegenüber dem Auftraggeber auf dessen Aufforderung hin erstatteten verbindlichen Aufklärung grenzt insofern die vom Verwaltungsgericht vorzunehmende Plausibilitätsprüfung ein. Umgekehrt lässt sich die Frage, ob die vom Bieter vorgebrachten Argumente für eine Aufklärung hinreichend sind, nur auf Basis des Inhalts des Verlangens des Auftraggebers beurteilen, weil der Bieter für seine Erläuterungen zur Plausibilität seines Angebotes auf die Kenntnis der Umstände angewiesen ist, welche die Zweifel des Auftraggebers begründen.

- 34 Vorliegend mangelt es dem angefochtenen Erkenntnis aufgrund unrichtiger rechtlicher Beurteilung der mehrstufigen Vorgangsweise der Auftraggeberin vor Ausscheiden des Angebots der revisionswerbenden Partei gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 iVm § 137 und § 138 Abs. 5 BVergG 2018 bereits an Feststellungen über den Inhalt der Aufforderung der Auftraggeberin zur Aufklärung des aus deren Sicht wegen des als ungewöhnlich niedrig beurteilten Gesamtpreises zweifelhaften Angebots der revisionswerbenden Partei und über den Inhalt deren verbindlichen Aufklärung. Das Verwaltungsgericht hat schon aus diesem Grund das angefochtene Erkenntnis in Bezug auf die Abweisung des gegen die Entscheidung der Auftraggeberin über die Ausscheidung des Angebots der revisionswerbenden Partei gerichteten Nachprüfungsantrags mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit belastet.

Ergebnis

- 35 Aus den dargestellten Gründen erweist sich Spruchpunkt I. des angefochtenen Erkenntnisses als mit Rechtswidrigkeit seines Inhaltes behaftet. Die Spruchpunkte I. und II. hängen insofern untrennbar miteinander zusammen, als es im Fall der Rechtmäßigkeit der Ausscheidensentscheidung an der Antragslegitimation der revisionswerbenden Partei hinsichtlich der Zuschlagsentscheidung mangelt (vgl. etwa VwGH 8.9.2021, Ra 2020/04/0105, Rn. 8 und 9, mwN) bzw. die Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung



auch die Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung bewirken könnte, wenn das nicht bewertete Angebot der revisionswerbenden Partei an erster Stelle zu reihen wäre. Ebenso schlägt die Rechtswidrigkeit des Spruchpunktes I. infolge des untrennbaren Zusammenhanges auf den Spruchpunkt IV. durch. Die Spruchpunkte I., II. und IV. waren daher gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.

- 36 Eine mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 und 6 VwGG unterbleiben.
- 37 Ein Kostenzuspruch entfällt, weil die revisionswerbende Partei für ihre Revision keine Kosten verzeichnet hat.

W i e n , am 3. September 2024

