



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator und den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision der G G.M.B.H. in P, vertreten durch die Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH in 1030 Wien, Rennweg 17/5, gegen 1.) das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. August 2022, Zl. W187 2256803-1/20E, und 2.) den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 5. August 2022, Zl. W187 2256803-2/5E, betreffend jeweils ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: vG mbH in W, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis und der angefochtene Beschluss werden jeweils wegen Rechtswidrigkeit des Inhalts aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von 1.346,40 Euro binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 1. Die Mitbeteiligte (im Folgenden: Auftraggeberin) führte ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Wasserbauarbeiten in Form eines offenen Verhandlungsverfahrens im Unterschwellenbereich. Die Vergabe sollte nach dem Bestbieterprinzip erfolgen.
- 2 Die Revisionswerberin beteiligte sich als Bieterin an diesem Vergabeverfahren mit einem Angebot, das jedoch nach Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung mit Entscheidung der Auftraggeberin vom 28. Juni 2022 unter Bekanntgabe einer näheren Begründung ausgeschieden wurde.
- 3 Gegen diese Ausscheidensentscheidung der Auftraggeberin richtete sich der verfahrensgegenständliche Nichtigerklärungsantrag der Revisionswerberin vom 8. Juli 2022.





4 2. Mit dem nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ergangenen angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung ab. Die Revision erklärte es für nicht zulässig.

5 Nach zusammenfassender Darstellung der im verwaltungsgerichtlichen Verfahren erstatteten Vorbringen der Parteien traf das Verwaltungsgericht - hier zusammengefasst - folgende Feststellungen:

6 Die Auftraggeberin habe unter der Bezeichnung „Thaya Wellendynamik, bauliche Umsetzung, Auftragsnummer: 128.16.170“ Wasserbauarbeiten nach dem Bestangebotsprinzip ausgeschrieben. Das Angebot der Revisionswerberin habe eine Angebotssumme von € 1.148.620,73 ausgewiesen; der Angebotspreis der weiteren Bieterin einen Gesamtpreis von € 1.466.123,12. Das Angebot der Revisionswerberin habe 45% des geschätzten Auftragswerts betragen. Das Angebot der Zweitbieterin sei um 28% über dem Angebotspreis der Revisionswerberin gelegen.

7 Am 2. Juni 2022 habe die Auftraggeberin die Revisionswerberin aufgefordert, zur Durchführung einer vertieften Angebotsprüfung die Kalkulationsblätter K 7 für sämtliche Leistungspositionen zu übermitteln. Im Zuge der vertieften Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin die Revisionswerberin mit Schreiben vom 8. Juni 2022 um Aufklärung einzelner Positionen ersucht und zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen. In dem Aufklärungersuchen sei mitgeteilt worden, dass im Zuge der Prüfung der Preisangemessenheit des Angebots der Revisionswerberin festgestellt worden sei, dass bestimmte Positionen einen ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis aufweisen würden bzw. die Zusammenstellung einiger Einheitspreise unklar sei. Es werde daher um die Aufklärung folgender Positionen ersucht:

„- 020101A Einrichten der Baustelle

Die Position wurde mit einem ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis kalkuliert. Wir bitten um Aufklärung, ob alle erforderlichen Leistungen laut Ausschreibung berücksichtigt worden sind.



- 0601208 Fläche roden bis 10cm Durchmesser, laden+wegschaffen

Die Position wurde mit einem ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis kalkuliert. Wir bitten um Aufklärung, ob alle erforderlichen Leistungen laut Ausschreibung berücksichtigt worden sind.

- 061116A Zwischenlager, Wasserbausteine; mehrere Standorte

Die Position wurde mit einem ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis kalkuliert. Wir bitten um Aufklärung, ob alle erforderlichen Leistungen laut Ausschreibung berücksichtigt worden sind.

- 062551H Aushub Mulden etc. BKL 1-5 abtragen+laden, ggf. seidl. lagern

Die Position wurde mit einem ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis kalkuliert. Wir bitten um Aufklärung, ob alle erforderlichen Leistungen laut Ausschreibung berücksichtigt worden sind.

- 210230B Wasserhaltung im Bereich der Teilungsbauwerke

Die Position wurde mit einem ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis kalkuliert.“

8 Zu diesen Positionen wurde jeweils Folgendes mitgeteilt:

„Die Position wurde mit einem ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis kalkuliert. Wir bitten um Aufklärung, ob alle erforderlichen Leistungen laut Ausschreibung berücksichtigt worden sind.“

9 Nach Durchführung eines Aufklärungsgesprächs und Übermittlung der Niederschrift des Aufklärungsgesprächs über die Vergabepattform habe die Auftraggeberin letztlich am 28. Juni 2022 die Ausscheidensentscheidung betreffend die Revisionswerberin bekanntgegeben. Diese habe sich auf § 141 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG 2018 gestützt, weil im Zuge der Angebotsprüfung eine nicht plausible Zusammensetzung des Angebotspreises festgestellt worden sei. In ihrer Begründung habe sich die Auftraggeberin auf die oben genannten Preispositionen bezogen.

10 In seiner rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht nach ausführlicher Wiedergabe der rechtlichen Grundlagen, soweit für das vorliegende Revisionsverfahren von Relevanz - der Ausscheidensgrund wegen Ablehnung eines bestimmten von der Revisionswerberin genannten Subunternehmens sei gemäß § 138 Abs. 3 BVergG 2018 nicht gerechtfertigt - zusammengefasst aus, die Ausscheidensentscheidung stütze sich auf die Positionen 060120B „Fläche roden bis 10 cm Durchmesser, laden + wegschaffen“, 061116A „Zwischenlager, Wasserbausteine; mehrere



Standorte“, 062551H „Aushubmulden etc. BKL 1 - 5 abtragen + laden; gegebenenfalls seitlich lagern“ und 210230B „Wasserhaltung im Bereich der Teilungsbauwerke“.

- 11 Da der Angebotspreis der Revisionswerberin lediglich 45% des geschätzten Auftragswerts ausmache, sei die Auftraggeberin gemäß § 137 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018 verpflichtet gewesen, das Angebot der Revisionswerberin vertieft zu prüfen.
- 12 Der Rüge der Revisionswerberin, die Auftraggeberin habe die vertiefte Angebotsprüfung nicht ordnungsgemäß durchgeführt, werde entgegengehalten, dass die Auftraggeberin in der Einladung zum Aufklärungsgespräch konkrete Preispositionen genannt habe, die ihrer Ansicht nach auffallend niedrig angeboten worden seien. Insofern sei das Thema des Aufklärungsgesprächs klargestellt gewesen. Dass im Rahmen des Aufklärungsgesprächs darüber hinaus Fragen zu diesen Positionen gestellt würden, liege in der Natur dieses Verfahrens. Der Rahmen der angekündigten Themen sei mit den Fragestellungen nicht überschritten worden. Letztlich habe die Auftraggeberin die angefochtene Ausscheidensentscheidung ausschließlich auf Punkte gestützt, die sie zuvor der Revisionswerberin vorgehalten habe. Die Ausscheidensentscheidung selbst sei ausreichend begründet, weshalb diese grundsätzlich formal nicht zu beanstanden sei. Es sei daher das inhaltliche Zutreffen der Ausscheidensgründe zu prüfen.
- 13 Hinsichtlich der Position 060120B „Fläche roden bis 10 cm Durchmesser, laden + wegschaffen“ habe die Revisionswerberin ihre Kalkulation nach Vornahme eines Ortsaugenscheins und unter Berücksichtigung der Angaben in den Ausschreibungsunterlagen erstellt. Die Auftraggeberin stütze sich zur Begründung des zu niedrigen Preises auf näher bezeichnete bereits durchgeführte Projekte und gehe davon aus, dass die Revisionswerberin bei weitem zu niedrige Leistungen kalkuliert habe. In bereits durchgeführten und abgerechneten Projekten hätten vergleichbare Leistungen wesentlich mehr Arbeitszeit benötigt. Der Positionspreis sei ein Pauschalpreis, für den Nachforderungen ausgeschlossen seien. Es könne jedoch zu Verzögerungen bei der Durchführung des Projekts kommen.



- 14 In der Position 061116A „Zwischenlager Wasserbausteine; mehrere Standorte“ habe die Auftraggeberin einen ungewöhnlich niedrigen Einheitspreis gesehen und eine ausschreibungswidrige Kalkulation erkannt. Aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich, dass 8.200 m³ Wasserbausteine einzubauen seien. Nach den Ausführungen der Revisionswerberin beabsichtige sie ein Zwischenlager für 2.200 m³ Wasserbausteine zu errichten. Die von der Auftraggeberin verlangten 8.200 m³ würden jedoch alle einzubauenden Wasserbausteine umfassen, das heißt die Menge von 2.200 m³ auszubauender und wieder einzubauender (somit auf der Baustelle vorhandener) sowie die Menge von 6.000 m³ von einem Lagerplatz anzuliefernder Wasserbausteine. 8.200 m³ stelle somit die Höchstmenge dar, die ein Bieter nach Anweisung der Auftraggeberin im Rahmen der Zwischenlagerung zu erbringen habe. Die Revisionswerberin habe lediglich eine Zwischenlagerung der auf der Baustelle bereits vorhandenen Wasserbausteine vorgesehen. Die Anlieferung der weiteren 6.000 m³ solle nach Aufklärung der Revisionswerberin „just in time“ erfolgen. Da sich jedoch die Auftraggeberin gegen Schlechtwetter, das die Zufahrt zu den Einbauplätzen der Wasserbausteine erschwere oder gar unmöglich mache, absichern wolle, habe sie in der bestandsfesten Ausschreibung Zwischenlager für 8.200 m³ festgelegt. Allein daraus ergebe sich ein Widerspruch des Angebots zu den Vorgaben der Ausschreibung. In diesem Zusammenhang sei darauf zu verweisen, dass es Aufgabe des Auftraggebers sei, die zu erbringende Leistung festzulegen. Wenn nun die Antragstellerin eine von den Vorgaben der Ausschreibung abweichende Leistung anbiete, stehe das Angebot im Widerspruch zur Ausschreibung. Die Auftraggeberin habe diese Position als Einheitspreisposition mit einem Mengenvorsatz von 8.200 m³ ausgeschrieben, sodass alle Bieter Zwischenlager für diese Menge an Wasserbausteinen anzubieten gehabt hätten. Die Revisionswerberin habe mit ihrer Kalkulation betreffend diese Position ein von der Ausschreibung abweichendes Angebot gelegt und damit den Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 verwirklicht. Das Angebot verstoße in dieser Position auch gegen § 137 Abs. 3 Z 1 BVergG 2018, weil nicht alle zu kalkulierenden Leistungen in dieser Position enthalten seien. Der Einheitspreis dieser Position sei daher auch



betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar. Der Ausscheidensgrund des § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 sei damit verwirklicht.

- 15 Bei der Position 210230B „Wasserhaltung im Bereich der Teilungsbauwerke“ handle es sich um eine wesentliche Position. Die Revisionswerberin habe Wasserhaltung für jeweils acht Arbeitstage pro Teilungsbauwerk kalkuliert. Unter Berücksichtigung sämtlicher Arbeiten, die - so wie der Einbau der Wasserbausteine - im Trockenen erfolgen müsse, seien die von der Revisionswerberin veranschlagten Zeiten der Wasserhaltung für die zu verrichtenden Arbeiten unzureichend. Die von der Revisionswerberin kalkulierte Zeit von acht Arbeitstagen (oder 192 Stunden pro Teilungsbauwerk, was jeweils achtzig Arbeitsstunden entspräche) reiche für die Durchführung der Arbeiten keinesfalls aus. Die Revisionswerberin habe in diesem Zusammenhang zwar auf die Möglichkeit der gleichzeitigen Ausführung von Arbeiten hingewiesen, diese jedoch nicht plausibel dargestellt. Damit sei das Angebot in dieser Position nicht schlüssig. Insbesondere sei davon auszugehen, dass der Steinwurf technisch voraussetze, dass die Filterschicht fertiggestellt sei. Bevor daher an einer Stelle die Filterschicht nicht fertiggestellt sei, könne der Steinwurf nicht beginnen. Gleiches gelte für die Ingenieurbiologie, deren Teilleistungen ebenfalls in einer vorgegebenen Reihenfolge ausgeführt werden müssten. Insbesondere setze die erste Stufe, die Herstellung der Rammpfähle, voraus, dass der Steinwurf fertiggestellt sei. Da sich ungeachtet der beengten Zufahrtsmöglichkeiten zu den Teilungsbauwerken und der Unmöglichkeit, auf der tschechischen Seite zu arbeiten oder zu lagern, die Arbeiten nicht zur Gänze gleichzeitig durchführen ließen, genüge die kalkulierte Zeit für die Wasserhaltung nicht, um alle im Trockenen durchzuführenden Arbeiten abzuwickeln.

- 16 Zusammenfassend sei festzuhalten, dass der von der Auftraggeberin angeführte Ausscheidungsgrund betreffend den Mangel an vollständiger Vorlage der Nachweise für einen bestimmten im Angebot genannten Subunternehmer nicht zutreffe. Jedoch seien aufgrund der oben dargestellten Kalkulationen, die betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar seien, bzw. aufgrund der Abweichung von der Ausschreibung die übrigen von der Auftraggeberin



genannten Ausscheidungsgründe erfüllt. Der Nachprüfungsantrag sei daher abzuweisen.

17 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 5. August 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht ausgehend von der oben dargestellten Abweisung des Antrags auf Nichtigerklärung den Antrag der Revisionswerberin auf Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren ebenfalls ab. Die Revision erklärte es für nicht zulässig. In seiner Begründung verwies das Bundesverwaltungsgericht auf die Abweisung des Nachprüfungsantrages. Aus diesem Grund finde der Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 341 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 nicht statt.

18 3. Gegen die genannten Entscheidungen richtet sich die außerordentliche Revision. Die Mitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung.

19 4. Der Verwaltungsgerichtshof hat in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat erwogen:

20 4.1. Die Revision bringt zu ihrer Zulässigkeit unter anderem vor, das angefochtene Erkenntnis weiche von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs ab, dass eine vertiefte Angebotsprüfung unter Beiziehung eines Sachverständigen zu prüfen sei. Dies hätte im vorliegenden Fall dazu geführt, dass die Plausibilität der Kalkulation als erwiesen hätte angesehen werden müssen, was durch die Vorlage eines von der Revisionswerberin eingeholten Sachverständigengutachtens untermauert werde.

21 Die Revision ist bereits aus diesem Grund zulässig. Sie ist aus den folgenden Erwägungen auch berechtigt:

4.2. Die maßgeblichen §§ 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
4. ...
7. den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, oder
8. ...“

4.3. In dem Erkenntnis vom 3. September 2024, Ra 2021/04/0101, führte der Verwaltungsgerichtshof folgendes aus:

„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. ...

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). ...

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 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.“

22 4.4. Fallbezogen ergibt sich vor dem Hintergrund der dargestellten Rechtslage Folgendes:

23 4.4.1. Die Revision bringt vor, das Verwaltungsgericht habe es unterlassen, die Kalkulation unter Hinzuziehung eines Sachverständigen zu prüfen. Die Prüfung durch einen Sachverständigen hätte jedoch zu dem Ergebnis geführt, dass das Angebot auf betriebswirtschaftlich nachvollziehbar kalkulierten Preisen beruht habe. So sei das Verwaltungsgericht bei der Position 210230B „Wasserhaltung im Bereich der Teilungswerke“ unrichtigerweise von der Prämisse ausgegangen, dass der Steinwurf voraussetze, dass die Filterschicht fertiggestellt sei. Bei der Position 060120B „Fläche roden bis 10cm Durchmesser, laden + wegschaffen“ gehe das Verwaltungsgericht ohne nähere Begründung davon aus, dass die Position den Erfahrungen der Auftraggeberin widerspreche. Selbst bei Vorliegen eines solchen Widerspruchs zu den Erfahrungen der Auftraggeberin sei das Verwaltungsgericht jedoch verpflichtet, im Falle der Anfechtung der Ausscheidensentscheidung die Preisgestaltung unabhängig vom Ergebnis der Auftraggeberin zu prüfen.



- 24 4.4.2. Die Revision releviert mit diesem Vorbringen zutreffend einen
Verfahrensmangel:
- 25 4.4.2.1. Wie bereits oben festgehalten, hat das Verwaltungsgericht unter
Berücksichtigung der auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen
Unterlagen die Preisgestaltung auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und
Nachvollziehbarkeit in der Regel aus sachverständiger Sicht zu prüfen.
- 26 Nach § 60 AVG, der gemäß § 67 AVG auch für Berufungsbescheide gilt, sind
in der Begründung eines Bescheids die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens
(§§ 37 ff AVG), die bei der Beweiswürdigung maßgebenden Erwägungen und
die darauf gestützte Beurteilung der Rechtsfrage klar und übersichtlich
zusammenzufassen (vgl. etwa VwGH 21.10.2014, Ro 2014/03/0076). Dies
erfordert in einem ersten Schritt die eindeutige - eine Rechtsverfolgung durch
die Partei ermöglichende und einer nachprüfenden Kontrolle durch die
Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts zugängliche - konkrete Feststellung des
der Entscheidung zugrunde gelegten Sachverhalts, in einem zweiten Schritt die
Angabe jener Gründe, welche die Behörde im Fall des Vorliegens
widerstreitender Beweisergebnisse in Ausübung der freien Beweiswürdigung
dazu bewogen haben, gerade jenen Sachverhalt festzustellen, und in einem
dritten Schritt die Darstellung der rechtlichen Erwägungen, deren Ergebnisse
zum Spruch des Bescheids geführt haben (vgl. VwGH 17.2.2015,
2013/08/0284; 3.7.2015, 2013/08/0060).
- 27 Die Begründungspflicht stellt dabei keinen Selbstzweck dar, ein
Begründungsmangel führt vielmehr nur dann zur Aufhebung der Entscheidung,
wenn dadurch die Rechtsverfolgung durch die Parteien bzw. die nachprüfende
Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts maßgeblich
beeinträchtigt wird (vgl. etwa VwGH 24.2.2023, Ra 2019/22/0107,
Pkt. 7.2., mwN)
- 28 4.4.2.2. In seiner rechtlichen Begründung hat das Verwaltungsgericht - mit
näheren Ausführungen - festgehalten, dass der Angebotspreis wegen der nicht
nachvollziehbaren Kalkulation einzelner Teilpreise nicht plausibel sei, weshalb
die Ausscheidensentscheidung gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018





gerechtfertigt gewesen sei. In diesem Zusammenhang wird vom Verwaltungsgericht auf die mangelnde Nachvollziehbarkeit von drei Preispositionen hingewiesen, nämlich die Position 060120B „Fläche roden bis 10 cm Durchmesser, laden und wegschaffen“, die Position 061116A „Zwischenlager, Wasserbausteine; mehrere Standorte“ und die Position 210230B „Wasserhaltung im Bereich der Teilungsbauwerke“.

- 29 Das angefochtene Erkenntnis enthält zwar eine detaillierte Darstellung der maßgeblichen Ausschreibungsbestimmungen und des Ablaufs der von der Auftraggeberin initiierten vertieften Angebotsprüfung. Es enthält jedoch keine auf einem vom Verwaltungsgericht selbst durchgeführten Ermittlungsverfahren beruhenden Tatsachenfeststellungen zu den Prämissen, auf die das Verwaltungsgericht die rechtliche Beurteilung betreffend die betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit der monierten Preispositionen stützt. Vielmehr wird in der rechtlichen Beurteilung, jeweils ausgehend von bestimmten Sachverhaltsprämissen, die Schlussfolgerung gezogen, es handle sich jeweils um eine betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbare Preisgestaltung, ohne dass offengelegt wird, wie das Verwaltungsgericht zu den zugrunde gelegten Sachverhaltsprämissen gelangt: Hinsichtlich der Position 210230B „Wasserhaltung im Bereich der Teilungsbauwerke“ gelangt das Verwaltungsgericht zu der Schlussfolgerung, die Revisionswerberin habe eine Arbeitsstundenanzahl angeboten, die für die zu verrichtenden Arbeiten keinesfalls ausreiche. Dies gründet das Verwaltungsgericht im Wesentlichen darauf, dass die Antragstellerin „zwar auf die Möglichkeit der gleichzeitigen Ausführung hingewiesen, diese aber nicht plausibel dargestellt“ habe, was ohne nähere Erläuterungen keine nachvollziehbare Begründung für die maßgebliche Schlussfolgerung der zu niedrigen Arbeitsstundenanzahl darstellt. Ferner ist den Ausführungen nicht zu entnehmen, aufgrund welcher Erwägungen das Verwaltungsgericht zu der von der Revisionswerberin bestrittenen Tatsachenprämisse „bevor an einer Stelle die Filterschicht nicht fertiggestellt ist, kann mit dem Steinwurf nicht begonnen werden“ gelangt.

- 30 Auch eine Begründung für die Tragfähigkeit der bei der Beurteilung der Plausibilität der Preiskalkulation ausschlaggebenden Behauptung der



Auftraggeberin, es sei bei früher durchgeführten und abgerechneten Projekten für die in der Position 060120B „Fläche roden bis 10 cm Durchmesser, laden + wegschaffen“ ausgeschriebenen Arbeiten „wesentlich mehr Arbeitszeit benötigt worden“, die es rechtfertigt, diese Prämisse der Überprüfung der Kalkulation zugrunde zu legen, geht aus den Ausführungen im Erkenntnis nicht hervor.

- 31 Den rechtlichen Erwägungen ist daher zwar zu entnehmen, von welchen Tatsachen das Verwaltungsgericht ausgeht. Es handelt sich bei einzelnen der maßgeblichen Tatsachen jedoch um strittige Sachverhaltselemente, wobei im angefochtenen Erkenntnis nicht offengelegt ist, infolge welcher beweiswürdigen Überlegungen das Verwaltungsgericht zu eben jenen Tatsachenfeststellungen gelangt, die es der Beurteilung der Plausibilität zugrunde legt. Damit ist die Rechtsverfolgung durch die Parteien bzw. die nachprüfende Kontrolle durch die Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts maßgeblich beeinträchtigt und es liegt ein wesentlicher Begründungsmangel vor, der einen relevanten Verfahrensmangel darstellt.
- 32 Zur Beurteilung der maßgeblichen bautechnischen Prämissen und der sich daraus ergebenden Frage der Nachvollziehbarkeit der Kalkulation wurde - wie die Revision aufzeigt - kein Sachverständiger zugezogen. Weshalb es zur Beurteilung dieser Fragen keines Sachverständigen bedürfe, wird im angefochtenen Erkenntnis nicht erläutert und ist in Bezug auf die oben erwähnten Tatsachen, die offenbar einer bautechnischen Beurteilung bedürfen, auch nicht ersichtlich. Die unterlassene Beiziehung eines Sachverständigen stellt wegen der von der Revisionswerberin aufgezeigten Möglichkeit, dass die Zuziehung eines solchen zu anderen für die Revisionswerberin günstigeren Sachverhaltsannahmen geführt hätte, einen relevanten Verfahrensmangel dar.
- 33 4.5. Hinsichtlich der vom Verwaltungsgericht ferner zur Begründung der Abweisung des Antrags der Revisionswerberin ins Treffen geführten Abweichung des Angebots von den bestandfesten Ausschreibungsbedingungen ist Folgendes festzuhalten:



34 4.5.1. Ausschreibungsbestimmungen sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen. In Zweifel sind Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen kommt es nicht an. Maßgeblich ist vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Lässt sich der Inhalt eines Begriffes aus dem allgemeinen Sprachgebrauch bzw. unter Heranziehung der gesamten Ausschreibungsunterlagen nicht eindeutig ermitteln, so kann für die Klärung, welche Bedeutung eine Ausschreibungsbestimmung für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter hat, auch die Beiziehung eines Sachverständigen erforderlich sein (vgl. VwGH 18.3.2015, Ra 2015/04/0017).

35 4.5.2. Vorweg festzuhalten ist, dass unstrittig die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen in dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren unangefochten bestandsfest wurden. Daraus ergibt sich die Bindung der am Vergabeverfahren Beteiligten an die Ausschreibungsbedingungen. Das Verwaltungsgericht geht hinsichtlich der Position 061116A davon aus, dass aufgrund der Ausschreibungsunterlagen die Errichtung eines Zwischenlagers für 8.200 m³ Wassersteine Auftragsinhalt sei. Dabei legt es offenbar die in den Feststellungen wiedergegebenen Ausschreibungsbedingungen betreffend diese Position im Leistungsverzeichnis zugrunde, die lauten:

„06 11 16 A Zwischenlager, Wasserbausteine; mehrere Standorte
Zwischenlager der Wasserbausteine herstellen, mehrere Standorte.

Auf die vorhandene oder vorbereitete Flächen sind die Wasserbausteine im Nahbereich der Teilungsbauwerke zwischenzulagern, falls erforderlich.

Die Beistellung der Zwischenlagerflächen erfolgt durch den Auftraggeber.

In dieser Position abgerechnet wird:

- Herstellen der Zwischenlagerflächen
- Baggarbeiten zur Herstellung des Zwischenlagers
- Wieder laden zur Verfuhr zum Teilungsbauwerk, falls notwendig
- Verfuhr zu Teilungsbauwerk, falls notwendig



Gesondert vergütet wird:

- Antransport der Wasserbausteine

Verrechnet wird:

- das Ausmaß im eingebauten Zustand

8.200 m³“

- 36 Sofern das Verwaltungsgericht aus diesem Ausschreibungstext ableiten möchte, dass die Auftraggeberin die Errichtung eines Zwischenlagers für 8.200 m³ Wasserbausteine festgelegt habe, ist dem zu erwidern, dass sich dies ohne weitere Feststellungen aus dem bloßen Text der Ausschreibung nicht ableiten lässt. Zu Recht verweist nämlich die Revisionswerberin darauf, dass in der gegenständlichen Position ausdrücklich geregelt ist, dass die Zwischenlagerung laut Ausschreibung auf die Erforderlichkeit abstelle. Inwiefern nun davon auszugehen sei, dass der objektive Erklärungswert der Textierung „falls erforderlich“ darauf schließen lasse, dass die Auftraggeberin zwingend die Errichtung von Zwischenlagern für die gesamte Menge an zu verbauenden Wasserbausteinen von 8.200 m³ vorsehe, lässt sich aus dem bloßen Ausschreibungstext nicht ableiten. Insoferne das Verwaltungsgericht diesen Erklärungswert allein auf den Ausschreibungstext selbst gründet, ist diesem daher nicht zu folgen.
- 37 Zu ergänzen ist, dass der rechtlichen Beurteilung, dass die vertiefte Angebotsprüfung formal richtig abgelaufen sei, nicht entgegenzutreten ist. Zu Recht verweist das Verwaltungsgericht in diesem Zusammenhang darauf, dass mit den konkret eingegrenzten Vorhaltungen, welche im Ergebnis der Ausscheidensentscheidung zugrunde gelegt wurden, eine formal nicht zu beanstandende vertiefte Angebotsprüfung von der Auftraggeberin durchgeführt wurde.
- 38 4.6. Die sich aus Punkt 4.5. ergebende Rechtswidrigkeit des Inhalts des angefochtenen Erkenntnisses prävaliert den unter 4.4. dargestellten Verfahrensmangel, weshalb das angefochtene Erkenntnis gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben ist.
- 39 4.7. Der Verwaltungsgerichtshof hat festgehalten, dass in einem Fall, in dem ein Abspruch über einen Antrag auf Pauschalgebührenersatz mit der



Entscheidung über den zugrunde liegenden vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag in einem untrennbaren Zusammenhang steht, mit der Aufhebung der letztgenannten Entscheidung auch der Entscheidung über den Pauschalgebührenersatz die rechtliche Grundlage entzogen und diese Entscheidung somit aufzuheben ist (vgl. VwGH 17.12.2019, Ra 2017/04/0126, mit Hinweis auf VwGH 15.12.2014, 2013/04/0148, mwN; vgl. dazu, dass eine Entscheidung betreffend den Pauschalgebührenersatz nicht mit der Aufhebung der Entscheidung in der Hauptsache, auf deren Grundlage sie ergangen ist, außer Kraft tritt, VwGH 26.6.2019, Ra 2018/04/0161, 0177, Rn. 74, mwN).

40 Der angefochtene Beschluss war daher mangels rechtlicher Grundlage aufzuheben.

41 4.8. Der Ausspruch über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014.

W i e n , am 5. Dezember 2024