



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revisionen

1. der L GmbH, vertreten durch die Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG in Wien (protokolliert zu hg. Ra 2022/04/0141), und 2. der Bietergemeinschaft bestehend aus der P GmbH und der Z GmbH, vertreten durch die Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH in Wien (protokolliert zu hg. Ra 2022/04/0142), gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. September 2022, Zlen. 1. W187 2257356-1/55E und 2. W187 2257361-2/52E, und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. September 2022, Zl. W187 2257361-3/4E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Republik Österreich, 2. Bundesbeschaffung GmbH, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, 3. A GmbH, vertreten durch die Ulm Neger Partner Rechtsanwälte GmbH in Graz), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis und der angefochtene Beschluss werden wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung der Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat den revisionswerbenden Parteien jeweils Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

- 1 Die erstmitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) führte ein transparentes Verfahren gemäß § 151 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung über besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XVI des BVergG 2018, und zwar Dienstleistungen mit den CPV-Codes 85145000 Dienstleistungen von medizinischen Laboratorien, 85141000 Dienstleistungen von medizinischem Personal, 85142000 Dienstleistungen von nichtärztlichem Personal und 64100000 Post- und Kurierdienste (molekularbiologische Tests auf SARS-CoV-2) an den Schulen in den Bundesländern Steiermark und Kärnten in Anlehnung an ein offenes Verfahren gemäß BVergG 2018 im



Oberschwellenbereich nach dem Bestangebotsprinzip durch. Vergebende Stelle war die zweitmitbeteiligte Partei.

- 2 Die der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung zugrundeliegenden „Allgemeine Ausschreibungsbedingungen Transparentes Verfahren gem. § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein offenes Verfahren gem. BVergG 2018 betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung: SARS-CoV-2 (Covid-19) Testungen BMBWF (Steiermark & Kärnten)“ (kurz AAB-RV) lauten auszugsweise:

„...“

2 Ziel und Grundlagen des Vergabeverfahrens

2.1 Gegenstand des Verfahrens

[3] Ziel dieses Vergabeverfahrens ist der Abschluss einer Rahmenvereinbarung in Anlehnung der Bestimmungen gemäß §§ 31 Abs. 7 und 39 i. V. m. §§ 153 ff BVergG 2018 mit einem Unternehmer über molekularbiologische Tests auf SARS-Cov-2 an den Schulen in den Bundesländern Steiermark und Kärnten, inklusive Bereitstellung von Testkits für Selbstverwendung, Probenabholung, Verifizierung und Auswertung der Ergebnisse für das Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung.

...

2.4 Teilvergabe

[12] Es ist keine Teilvergabe vorgesehen. Es ist daher nicht zulässig, Angebote nur für einen Teil der ausgeschriebenen Leistung zu legen.

...

2.7 Rechtliche Grundlagen

[17] Der Abschluss der Rahmenvereinbarung erfolgt nach Durchführung eines **transparenten Verfahrens** gemäß § 151 BVergG 2018 in Anlehnung an ein **Offenen Verfahren im Oberschwellenbereich** nach den Bestimmungen des BVergG 2018 in der jeweils geltenden Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen.

[18] Weiters wird festgelegt, dass die Ausscheidenstatbestände in Anlehnung des § 141 BVergG 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren zur Anwendung kommen.

...



5 Eignungskriterien

5.1 Allgemeines

[72] Der Unternehmer muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Unternehmer, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit muss spätestens zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorliegen, widrigenfalls das Angebot ausgeschieden wird. Die Eignung ist durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen, etc.) nachzuweisen und zu belegen.

[73] Erfüllt der Unternehmer oder die Bietergemeinschaft nicht die definierten Anforderungen, kann er auf die Kapazitäten Dritter verweisen. ...

...

5.3 Technische Leistungsfähigkeit

5.3.1 Allgemeines

[85] Der Unternehmer muss die für die Erbringung der Leistung erforderliche technische Leistungsfähigkeit aufweisen.

[86] Das Mindestniveau der technischen Leistungsfähigkeit für die Erbringung der Leistungen ist gegeben, wenn zumindest folgende Voraussetzungen erfüllt sind:

[87] Personal

a) Facharzt:

[88] Der Bieter verfügt über mindestens 1 Facharzt für medizinisch-chemische Labordiagnostik - oder ...

b) Biomedizinische Analytiker:

[89] Der Bieter verfügt über mindestens 2 Biomedizinische Analytiker ... bzw. Labormitarbeiter ...

...

6.2 Das Angebot

...

6.2.4 Angebotspreise

[132] Der Bieter hat im Preisblatt die Einheitspreise jeweils als Nettopreis in Euro ... anzugeben. ...

[133] Im Preisblatt sind folgende Informationen auszufüllen:

- ...
- Preis für Probenabnahmematerial (Testkit) pro Entnahme
- Pauschalpreis für Lieferung der Testkits und Probenabholung pro Testung für alle Schulstandorte im jeweiligen Bundesland
- Staffelpreise für PCR-Laboranalyse pro Testperson (Einzelanalyse, 2er bis 5er Pooling und 6er bis 10er Pooling)
- Preis für zusätzliche Einzelanalyse (bei Auflösung des Pools) pro Testperson
- Preis für Mutationsnachweis je Mutation mit Variantenverdacht
- ...

[134] Aus den Einheitspreisen und der jeweils angeführten Bedarfsmenge (Anzahl der Testpersonen) errechnen sich automatisch die Positionspreise mit Berücksichtigung folgender Gewichtung (untenstehend jeweils in % angeführt):

...

6.2.5 Umsetzungskonzept

[140] Das Umsetzungskonzept stellt einen integrierten und wesentlichen Baustein des Angebotes dar und darf den Bestimmungen der Rahmenvereinbarung nicht widersprechen. Das Umsetzungskonzept ... wird daher Vertragsinhalt. ...

[141] ... Die beschriebenen Anforderungen stellen die Mindestanforderungen an das Umsetzungskonzept dar. Der Bieter ist aufgefordert den tatsächlichen Detailgrad so zu wählen, sodass es für den Auftraggeber bzw. die Bewertungskommission möglich ist, sich ein optimales Bild über die Eigenschaften und Leistungen des Unternehmens zu machen.

[142] Bei der Konzepterstellung ist von einem Abruf über die gesamte Laufzeit und dem diesbezüglichen Mengengerüst iSd Punkt 4.2 Rahmenvereinbarung auszugehen und es soll insbesondere folgende Themenfelder umfassen:

...

6.4 Bewertung der Angebote

6.4.1 Zuschlagskriterien

[156] Die Bewertung erfolgt nach dem Bestangebotsprinzip unter Zugrundelegung folgender Zuschlagskriterien, die Rahmenvereinbarung wird



daher mit jenem nicht auszuscheidenden Bieter geschlossen, dessen Angebot insgesamt die höchste Punktezahl erreicht hat.

KriteriumMax. Gesamtpunkte

1	Preis	60,0
2	Umsetzungskonzept	30,0
3	Objektive Qualitätskriterien	10,0

...“

- 3 Die drittmittelbeteiligte Partei legte ein Angebot über € 890.950,10, die erstrevisionswerbende Partei über € 1.692.357,49 und die zweitrevisionswerbende Partei über € 2.351.647,30.
- 4 Mit Schreiben vom 11. Juli 2022 teilte die vergebende Stelle unter anderem den beiden revisionswerbenden Parteien mit, dass sie beabsichtige, die Rahmenvereinbarung mit der drittmittelbeteiligten Partei abzuschließen.
- 5 Mit Schriftsätzen jeweils vom 21. Juli 2022 beantragten die revisionswerbenden Parteien die Nichtigerklärung der Auswahlentscheidung vom 11. Juli 2022. Beide revisionswerbenden Parteien brachten dazu - soweit im Revisionsverfahren relevant - zusammengefasst vor, der Angebotspreis der drittmittelbeteiligten Partei liege erheblich unter dem jeweiligen Angebotspreis der revisionswerbenden Parteien und dem Marktniveau. Die Auftraggeberin sei daher zur vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen. Dabei hätte sie erkennen müssen, dass das Angebot der drittmittelbeteiligten Partei eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweise. Es sei eine nicht kostendeckende Kalkulation bzw. zumindest eine spekulative Preisgestaltung anzunehmen.

Überdies wendeten die revisionswerbenden Parteien die mangelnde technische Leistungsfähigkeit der drittmittelbeteiligten Partei ein. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin entsprechend der in den anderen Vergabeverfahren übermittelten Auswahlentscheidungen zu den restlichen Bundesländern beabsichtige, die Rahmenvereinbarung in allen fünf Vergabeverfahren betreffend „PCR-Schultestungen in Österreich“ mit der drittmittelbeteiligten Partei abzuschließen. Die Beurteilung der von den



revisionswerbenden Parteien bestrittenen technischen Leistungsfähigkeit der drittmittelbeteiligten Partei (ihre Kapazitäten und Ressourcen) habe unter Berücksichtigung von fünf Vergabeverfahren zu erfolgen. Auch wenn die Auftraggeberin die einzelnen gebietsweisen Vergabeverfahren nicht als Lose bezeichnet habe, handle es sich bei diesen getrennten Verfahren dennoch um eine losweise Vergabe eines einheitlichen (Gesamt-)Vorhabens.

- 6 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht die Anträge der revisionswerbenden Parteien, die Auswahlentscheidung für nichtig zu erklären, jeweils ab und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei.
- 7 Das Verwaltungsgericht legte seiner Entscheidung zu den oben wiedergegebenen Ausschreibungsbedingungen und Gesamtpreisen der revisionswerbenden Parteien und der drittmittelbeteiligten Partei folgenden wesentlichen Sachverhalt zugrunde:

Das Angebot der drittmittelbeteiligten Partei habe ein Angebotsschreiben, ein vollständig ausgefülltes Preisblatt, ein Umsetzungskonzept, eine Liste von Subunternehmern, Eignungsnachweise wie die Gewerbeberechtigung „chemische Laboratorien“, Verpflichtungserklärungen und statistische Informationen sowie alle sonstigen geforderten Unterlagen enthalten. Das Umsetzungskonzept stelle die Abläufe der Durchführung des Auftrags, die Maschinen sowie deren dabei vorgesehenen Einsatz, die Kapazitäten gleichzeitig zu analysierender Proben sowie die Dauer der Analyse dar. Es erläutere, welche Arbeitsschritte händisch und welche maschinell vorgenommen würden. Im Preisblatt seien niederwertige Leistungen billiger als höherwertige Leistungen angeboten worden.

Die revisionswerbenden Parteien hätten ebenso jeweils ein vollständiges Angebot abgegeben.

Mit Schreiben vom 9. Juni 2022 habe die vergebende Stelle die drittmittelbeteiligte Partei aufgefordert, einzelne Eignungsnachweise für Subunternehmer nachzureichen, und „gemäß § 20 BVergG 2018 in analoger Anwendung der Bestimmung zur vertieften Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018“ um verbindliche schriftliche Aufklärung ersucht und zwar um



Offenlegung der Kalkulation aller Einheitspreise durch vorzugsweise Darstellung, welche Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten darin enthalten seien, welche Aufwands- und Verbrauchsansätze angenommen und welche Deckungsbeiträge bzw. Gewinnaufschläge berücksichtigt würden. Der so aufgeschlüsselte Preis müsse dem angebotenen Einheitspreis entsprechen.

Die drittmittelbeteiligte Partei habe fristgerecht fehlende Unterlagen nachgereicht, und eine Aufschlüsselung ihrer Kalkulation vorgelegt. Dazu habe sie unter anderem die ausschlaggebenden preisbildenden Faktoren erläutert. Demnach ergäben Kooperationen mit Partnern und Lieferanten Synergien, wie etwa die leihweise und ohne weitere Kosten erfolgende Überlassung von Laborgeräten und Robotern teilweise von Lieferanten der Reagenzien. Laborgeräte und Anlagevermögen hätten durch absolvierte Projekte bereits amortisiert werden können. Bestehende Gerätschaften seien sohin im Sinne einer angestrebten optimalen Anlagenauslastung und einer dahingehend offensiven Preispolitik nicht in der Kalkulation anzusetzen. Ein geringerer Betrag für etwaige Neuanschaffungen sei in der Kalkulation eingearbeitet. Das angestrebte Projekt werde aus dem bereits erwirtschafteten Cashflow finanziert, weshalb keine Kapitalkosten angesetzt würden. Hinsichtlich der Personalkosten seien Stundenkosten für Arbeitskräfte aus Arbeitskräfteüberlassungen angesetzt worden. Internes Personal sei erfahrungsgemäß etwas geringer zu bepreisen als die Kosten für Leiharbeitskräfte, weshalb dieser höhere Wert im Sinn der kaufmännischen Vorsicht pars pro toto angesetzt worden sei. Der betriebswirtschaftlich als „DB2“ bezeichnete Deckungsbeitrag umfasse die allgemeinen, nicht direkt zurechenbaren Kosten, das unternehmerische Risiko und den angestrebten Gewinn.

Die vergebende Stelle habe anhand der Vorgaben der Ausschreibung die technische Leistungsfähigkeit der drittmittelbeteiligten Partei geprüft. Die Referenzen seien ausreichend. Das geforderte Schlüsselpersonal sei namhaft gemacht und die Qualifikation nachgewiesen worden.

Die vergebende Stelle habe überdies die erstrevisionswerbende Partei zur Nachreichung oder Aufklärung von Unterlagen, und zwar zur Offenlegung der



Kalkulation aller Einheitspreise aufgefordert, nicht jedoch die zweitrevisionswerbende Partei. Die erstrevisionswerbende Partei habe fristgerecht der vergebenden Stelle die Kalkulation aufgeschlüsselt.

Die Personen, die die Angebote prüften, wiesen die dazu nötige Fachkunde auf. Die vergebende Stelle habe einen Preisvergleich aller Angebote in allen Positionen erstellt und sich dabei auf die Angebote aller Bieter gestützt und mit historischen Preisen verglichen. Dabei sei die vergebende Stelle zum Schluss gekommen, dass die drittmittelbeteiligte Partei plausible und betriebswirtschaftlich erklärbare Preise angeboten habe. Sie habe die Preise mit den Preisen von Vorgängerausschreibungen, zuletzt September 2021, und den angebotenen Preisen unter Berücksichtigung von Preiserhöhungen entsprechend dem Verbraucherpreisindex verglichen. Dabei seien alle abgegebenen Angebote herangezogen worden. Insbesondere seien die Preise der jeweiligen Bieter mit jenen in früheren Ausschreibungen verglichen worden. Daraus ergebe sich ein Bild über die Entwicklung der Preise des jeweiligen Bieters. Demnach seien die Einzelpreise durchwegs höher als bei bereits beauftragten und abgewickelten Aufträgen und es sei ein Deckungsbeitrag ausgewiesen. Der Vergleich der Detailpreise aller Angebote ergebe bei Testkits etwa Preisunterschiede von 100 %. Die Lohnkosten seien anhand der Kollektivverträge für die Chemische Industrie vom 1. Mai 2022 überprüft und die Lohnnebenkosten berücksichtigt worden. Die Abläufe der Durchführung des Auftrags, somit die Arbeitszeiten für jeden Schritt stelle die drittmittelbeteiligte Partei im Konzept für die Durchführung der Tests dar. Demnach würden weitgehend Maschinen eingesetzt. Die drittmittelbeteiligte Partei habe die Kosten der Maschinen dargestellt und entsprechend kalkuliert.

Im Bericht über die betriebswirtschaftliche Plausibilisierung der Angebote durch die vergebende Stelle vom 5. Juli 2022 komme die näher genannte Steuerberatungsgesellschaft zum Schluss, dass aufgrund der untersuchten Prüfschritte der vergebenden Stelle kein Grund zur Annahme bestehe, „dass die in der vertieften Angebotsprüfung im Sinne des § 137 Abs. 3 BVergG 2018 gezogenen Schlussfolgerungen hinsichtlich der Angemessenheit und



rechnerischen Richtigkeit der angebotenen Preise der drittmittelbeteiligten Partei nicht betriebswirtschaftlich erklärbar und nachvollziehbar“ seien.

Die Auftraggeberin habe weder das Vergabeverfahren widerrufen noch die Rahmenvereinbarung abgeschlossen.

- 8 Im Rahmen seiner Beweiswürdigung wies das Verwaltungsgericht darauf hin, dass die Darstellung des entscheidungswesentlichen Sachverhalts durch jene Tatsachen, die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen seien, eingeschränkt sei. Entsprechend näher dargelegter Rechtsprechung des Verwaltungs- und Verfassungsgerichtshofes sowie des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) seien die Inhalte der Angebote und deren Prüfung als vertraulich zu behandeln, weil darin eine Reihe von technischen und kalkulatorischen Details enthalten seien, die sowohl die technischen Möglichkeiten der Bieter, ihre Arbeitsabläufe, die Namen bei ihnen beschäftigter Personen als auch die Preisgestaltung betreffen. Eine Wiedergabe dieser Informationen sei daher auf ein Minimum zu beschränken und könne nur summarisch und soweit entscheidungswesentlich erfolgen.

Die Erörterung der jeweiligen Angebote ohne Beisein des jeweils anderen Bieters in der mündlichen Verhandlung sei ebenso zum Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen notwendig gewesen. Die Einsicht in den Prüfbericht der vergebenden Stelle und das Gutachten der von der vergebenden Stelle beigezogenen Steuerberatungsgesellschaft sei nicht zuzulassen gewesen, weil sich darin Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse aller Bieter sowie anderer Bieter früherer Ausschreibungen fänden und „auch bei einer Schwärzung keinerlei Informationswert übrig bleibt“. Die fachliche Eignung jener Personen, die die Angebote geprüft haben, ergebe sich „aus der vertraulichen Fassung der Liste dieser Personen samt deren fachlicher und beruflicher Qualifikation, die nach den Festlegungen der Ausschreibung geheim zu halten“ gewesen seien, die „dem Senat aber in der mündlichen Verhandlung vorgelegt wurde“. In Abwägung des Rechts auf Akteneinsicht, das sich aus dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 47 GRC ergebe, mit dem einerseits als allgemeinem Grundsatz des Unionsrechts bestehenden, sich andererseits aus



Art. 7 GRC ergebenden Recht auf Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen überwiege das Interesse am Schutz von Letzterem.

Disloziert im Rahmen der rechtlichen Beurteilung führte das Verwaltungsgericht zu dem von der erstrevisionswerbenden Partei vorgelegten Gutachten über das Angebot der drittmittelbeteiligten Partei aus, das Gutachten könne keine Aussage über dieses Angebot und die Prüfung der Angebotspreise treffen, weil Details betreffend den Betrieb der drittmittelbeteiligten Partei, ihres Angebots und der Erklärung der Preise fehlten. Dieses Gutachten sehe den Betrieb und die Kalkulation der erstrevisionswerbenden Partei als einzigen Maßstab für die ausgeschriebene Leistung an und verlange eine genaue Berechnung anstelle einer Plausibilisierung. Es erübrige sich daher näher darauf einzugehen. Die Bestellung eines Sachverständigen zur Prüfung der Angemessenheit der Preise sei nicht erforderlich gewesen, weil die Preise durch die vorgelegte Angebotsprüfung und die Erörterung in der mündlichen Verhandlung erklärt und plausibilisiert worden seien.

- 9 Rechtlich beurteilte das Verwaltungsgericht - soweit für das Revisionsverfahren wesentlich - den festgestellten Sachverhalt dahin, dass beide Nachprüfungsanträge gemäß § 344 Abs. 1 BVergG 2018 zulässig seien. Die Reihung der Angebote bleibe bei der Prüfung der Antragslegitimation außer Betracht. Soweit die zweitrevisionswerbende Partei an dritter Stelle gereiht worden sei, fehle es ihr deshalb nicht an der Antragslegitimation.

Da die Ausschreibungsunterlagen und alle anderen Festlegungen nicht rechtzeitig angefochten worden seien, seien sie bestandfest geworden.

Hinsichtlich der vorzunehmenden Angebotsprüfung verweise die vorliegend wesentliche Bestimmung des § 151 Abs. 1 BVergG 2018 nicht auf § 137 BVergG 2018. Die Auftraggeberin sei daher nicht zu einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 verpflichtet. Ebenso wenig seien mit Ausnahme des § 20 Abs. 1 BVergG 2018 die übrigen Bestimmungen des BVergG 2018 über die Prüfung von Angeboten und die Aufklärung von allfälligen Unklarheiten anwendbar.





Vorliegend sei die Auftraggeberin mit ihrer Aufforderung an die drittmitbeteiligte Partei und die erstrevisionswerbende Partei zur Erklärung ihrer Preise ihrer sich aus § 20 Abs. 1 BVergG 2018 ergebenden Pflicht nachgekommen.

Erfahrungswerte über die Vergabe gleichartiger Leistungen unter Berücksichtigung des Verbraucherpreisindex, der Vergleich der Angebotspreise untereinander oder eine Erklärung des Bieters über die besonderen Umstände der Leistungserbringung erwiesen sich in Anlehnung an den Maßstab des § 137 Abs. 3 Z 3 BVergG 2018 als geeignete Mittel zur Preisprüfung. Die besonderen Umstände der Leistungserbringung ergäben sich aus dem zwingend als Teil des Angebots vorzulegenden Umsetzungskonzept. Daneben spielten die Einstandspreise für Materialien, Lohnkosten und die Kosten von Subunternehmern etwa für die Logistik eine Rolle. Schließlich seien entsprechend der vorliegenden Ausschreibung insbesondere bei der Prüfung, ob ein spekulatives Angebot vorliege, auch die Gewichtung von Teilleistungen bei der Berechnung des bewertungsrelevanten Gesamtangebotspreises bedeutend, um eine allfällige Spekulation erkennen zu können.

Die Preise für die Testkits im Angebot der drittmitbeteiligten Partei seien plausibel, weil sie den Preisen in bisherigen Ausschreibungen unter Berücksichtigung des Verbraucherpreisindex entsprächen und andere Bieter sie in vergleichbarer Höhe angeboten hätten. Überdies verfüge die vergebende Stelle über den größten Überblick über den einschlägigen Markt in Österreich, weil sie sowohl für die dem Bund als auch für die den Ländern zuzurechnenden Auftraggeber, gleichartige Leistungen beschafft habe und aus früheren Ausschreibungen einen Überblick über die am Markt erzielbaren Preise habe.

Ebenso seien die Preise für die Tests in den verschiedenen Poolings nachvollziehbar. Sie seien höher gewichtet. Diese Preissteigerung sei im Vergleich zu früheren Ausschreibungen plausibel. Die Preise seien auch im Vergleich mit den Mitbewerbern nachvollziehbar. Einzeltests nach Auflösung des Poolings seien von der drittmitbeteiligten Partei mit einem niedrigeren Preis angeboten worden. Dies habe jedoch auf den bewertungsrelevanten



Gesamtpreis wegen der niedrigen Gewichtung nur einen geringen Einfluss. Die Personalkosten seien sowohl vom Zeitaufwand als auch von den Kosten anhand des einschlägigen Kollektivvertrages und der Lohnnebenkosten plausibel erklärt. Zeiten, in denen Mitarbeiter nicht mit der Ausführung des gegenständlichen Auftrags beschäftigt seien, seien nicht einzurechnen. Der Preis von Maschinen sei wie auch der von der drittmitbeteiligten Partei angebotene Gesamtpreis insgesamt betriebswirtschaftlich nachvollziehbar.

Die Positivitätsrate und die dementsprechend zu erwartende Menge an positiv getesteten Pools finde in der Gewichtung der Preise für Einzelleistungen in den Vorgaben des Preisblatts ihren Niederschlag und sei damit bestandfest vorgegeben. Das Auflösen eines Pools und die darauffolgenden Einzeltests samt fallweise durchzuführendem Mutationsnachweis aller von dem Pool erfassten Tests erzeugten unbestritten einen Mehraufwand. Dieser sei im Preisblatt gesondert auszuweisen und fließe mit den dort vorgegebenen Mengenvorsätzen in den bewertungsrelevanten Gesamtpreis. Der Bieter habe daher in seiner Kalkulation keine Möglichkeit, abweichend von der dieser Gewichtung im Preisblatt zugrundeliegenden und damit die Häufigkeit der Auflösung von Pools samt Einzeltests bedingenden Positivitätsrate eigene Annahmen zugrunde zu legen. Wenn der Bieter bei seiner Kalkulation andere „Mengenvorsätze“ als in der Ausschreibung annehme, sei dies ein klassischer Fall von Spekulation. Die Prüfung müsse sich daher auf die Plausibilität des Preises für einen solchen Einzeltest samt allfälligem Mutationsnachweis beschränken.

Betreffend die Lohnkosten seien die vorgesehenen Arbeitszeiten für die einzelnen Arbeitsschritte auf ihre Plausibilität geprüft worden. Die Lohnkosten bei der Herleitung der einzelnen Positionspreise seien plausibel. Dabei müsse ein Bieter jedoch nicht berücksichtigen, dass Arbeitnehmer möglicherweise Zeiten im Betrieb des Bieters verbringen, in denen sie nicht mit der Durchführung des vorliegenden Auftrags beschäftigt seien, weil sie entweder mit anderen gleichartigen Aufträgen oder anderen Arbeiten beschäftigt seien. Die Bezahlung der Mitarbeiter liege im Geschäftsrisiko des Bieters. Dieses könne er nicht zur Gänze auf den vorliegenden Auftrag umlegen. Vielmehr



müsse er sich um die Akquisition von Aufträgen und die Auslastung der Mitarbeiter kümmern. Die Häufigkeit der Abrufe aus der vorliegenden Rahmenvereinbarung spiele keine Rolle, weil es dieser gemäß § 31 Abs. 7 BVergG 2018 innewohne, dass es dem Auftraggeber freistehe, überhaupt Leistungen aus der Rahmenvereinbarung zu beziehen und der Partner keine Sicherheit habe, dass überhaupt Leistungen abgerufen werden.

Die Verpflichtung zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit nicht nur in Bezug auf die vorliegende Ausschreibung, sondern auch für vier weitere gleichzeitig stattfindende Ausschreibungen über vergleichbare Leistungen sei aus den allgemeinen Grundsätzen des § 20 Abs. 1 BVergG 2018 nicht ableitbar. Könne der Bieter die Leistung nicht erbringen, schulde er die Vertragsstrafe. Zu berücksichtigen sei überdies, dass keine Identität der Vergabeverfahren vorliege, weil sich die Leistungsbeschreibungen und damit die Leistungsgegenstände der einzelnen Vergabeverfahren voneinander unterschieden, auch wenn die übrigen Bestimmungen der Ausschreibung gleich seien. Aus der Zusammenrechnung von Auftragswerten folge nicht, dass auch Teile eines Auftrags gemeinsam auszuschreiben seien. Dies liege vielmehr im Ermessen des Auftraggebers. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass die §§ 80 ff BVergG 2018 an die Auftraggeberin gerichtet seien und sie verpflichteten, die Mindestanforderungen an die Eignung und deren Nachweis festzulegen. Damit sei es die Befugnis der Auftraggeberin, das Niveau an verlangter Leistungsfähigkeit festzulegen. Bieter könnten aus dieser Bestimmung keine Rechte ableiten, wenn die Ausschreibung bestandfest geworden sei. Gegenstand des Auftrags sei die Durchführung von Testungen in Schulen „in dem Bundesland Wien“ (richtig wohl: in den Bundesländern Steiermark und Kärnten) und nicht Testungen in allen anderen Bundesländern. Die Forderung nach Nachweisen für die Eignung, die durch den Gegenstand des Auftrags nicht mehr sachlich gerechtfertigt sei, würde die Ausschreibung mit Rechtswidrigkeit belasten.

Letztlich müsse der Bieter nicht nachweisen, dass die Kapazitäten zur Ausführung des Auftrags zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung vorlägen, weil es sich dabei nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH 27.10.2005,



C-234/03, *Contse u.a.*, Rn. 55) um eine überschießende Anforderung handle. Vielmehr müsse der Bieter zum Zeitpunkt der Ausführung des Auftrags über die notwendigen Kapazitäten verfügen und dies für diesen Zeitpunkt nachweisen. Handle es sich um eine Bedingung für die Ausführung des Auftrags, könne die Auftraggeberin nicht verlangen, dass der Bieter diese zum Zeitpunkt der Abgabe seines Angebots erfülle (vgl. EuGH 8.7.2021, C-295/20, *Sanresa*, Rn. 63).

Zusammengefasst könne in Bezug auf das Angebot der drittmittelbeteiligten Partei kein Ausschlussgrund festgestellt werden.

- 10 Den Zulässigkeitsausspruch begründete das Verwaltungsgericht unter Hinweis auf die von ihm zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes mit dem Nichtvorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG.
- 11 Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Verwaltungsgericht den Antrag der erstrevisionswerbenden Partei auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin ab und sprach aus, dass auch gegen diesen Beschluss die Revision nicht zulässig sei.
- 12 In seiner Begründung verwies das Verwaltungsgericht im Wesentlichen auf die oben dargestellte Abweisung des Nachprüfungsantrags der erstrevisionswerbenden Partei.
- 13 Gegen dieses Erkenntnis richten sich die beiden vorliegenden außerordentlichen Revisionen der revisionswerbenden Bieter. Die außerordentliche Revision der erstrevisionswerbenden Partei richtet sich überdies gegen Beschluss über die Abweisung ihres Antrags auf Ersatz der von ihr entrichteten Pauschalgebühren. Aufgrund ihres tatsächlichen und rechtlichen Zusammenhangs wurden die beiden Revisionsverfahren zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Der Verwaltungsgerichtshof hat jeweils nach Einleitung des Vorverfahrens und Erstattung von Revisionsbeantwortungen durch die mitbeteiligten Parteien erwogen:





Zulässigkeit

- 14 Die beiden Revisionen sind zur jeweils geltend gemachten Rechtsfrage des Abweichens des angefochtenen Erkenntnisses von näher dargelegter Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs über die Vornahme einer vergaberechtlichen Angebotsprüfung gemäß § 20 Abs. 1 iVm § 151 Abs. 1 BVergG 2018 durch das Verwaltungsgericht und das dabei erforderliche Ermittlungsverfahren zulässig; sie sind auch berechtigt.

Umfang des Auftragsgegenstands

- 15 Die erstrevisionswerbende Partei bringt vor, die Auftraggeberin habe mit EU-weiter Bekanntmachung vom 10. Mai 2022 insgesamt 5 (nach Bundesländern) gebietsweise Vergabeverfahren gemäß § 151 BVergG 2018 jeweils zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung im Oberschwellenbereich für die Durchführung von SARS-CoV-2 Testungen an Schulen eingeleitet. Bei diesen fünf Verfahren handle es sich nicht um jeweils gesonderte „Einzelverfahren“, sondern um zusammengehörende Leistungen und somit um ein Gesamtvorhaben. Zur Gewährleistung einer dem „wahren“ Auftragsgegenstand angemessenen Eignung müsse daher aufgrund des Umstandes, dass zugunsten ein und desselben Unternehmens sämtliche fünf Auswahlentscheidungen ergehen sollen, die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit in Form einer kumulierten Eignungsprüfung für sämtliche Vergabeverfahren erfolgen. Eine isolierte Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit für das vorliegende Vergabeverfahren sei mit § 20 Abs. 1 BVergG 2018 nicht vereinbar und daher unzulässig.
- 16 Gemäß § 80 Abs. 1 zweiter Satz BVergG 2018 dürfen Eignungsnachweise (wie etwa über die technische Leistungsfähigkeit) nur soweit festgelegt werden, wie es durch den Gegenstand des Auftrages sachlich gerechtfertigt ist. Die Mindestanforderungen hinsichtlich der Eignung müssen somit dem Auftragsgegenstand angemessen sein (vgl. VwGH 27.2.2019, Ra 2019/04/0019, Rn. 22, mwN). Der Auftragsgegenstand ergibt sich aus den (bestandfesten) Ausschreibungsbedingungen.



- 17 Soweit die erstrevisionswerbende Partei vermeint, es handle sich letztlich bei allen fünf gebietsweisen Vergabeverfahren um ein Gesamtvorhaben, stehen dem die mangels Anfechtung bestandfesten Ausschreibungsbedingungen des vorliegenden Vergabeverfahrens entgegen. Nach diesen Ausschreibungsbedingungen ist der Auftragsgegenstand des vorliegenden Vergabeverfahrens die Durchführung von SARS-Cov-2 Testungen an Schulen in den Bundesländern Steiermark und Kärnten. Die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit beschränkt sich daher auf diesen Auftragsgegenstand. Bei der Beurteilung der Leistungsfähigkeit des Bieters für den konkreten Auftrag muss auch nicht von vornherein auf die Anforderungen in parallelen Ausschreibungen Rücksicht genommen werden (vgl. VwGH 11.9.2020, Ra 2018/04/0157, Rn. 29). Das Verwaltungsgericht hat daher bereits deshalb zu Recht eine das gesamte Bundesgebiet umfassende „kumulative Kapazitätsprüfung“, wie von der erstrevisionswerbenden Partei gefordert, abgelehnt.

Angebotsprüfung gemäß § 20 Abs. 1 iVm § 151 Abs. 1 BVergG 2018

- 18 Die erstrevisionswerbende Partei moniert in Bezug auf die Angebotsprüfung die unterlassene Beiziehung eines Sachverständigen durch das Verwaltungsgericht zwecks einer „vertieften Angemessenheits- und Plausibilitätsprüfung“ des weit unter den Angebotspreisen der revisionswerbenden Parteien liegenden Gesamtpreises der drittmittelbeteiligten Partei. Vor dem Hintergrund, dass sich selbst die vergebende Stelle trotz ihrer jahrelangen Erfahrung in Vergabeverfahren als unzureichend fachkompetent zur Beurteilung der betriebswirtschaftlichen Plausibilitätsprüfung der Angebote erachtet und deswegen einen externen Berater beigezogen habe, sei davon auszugehen, dass der erkennende Fachsenat des Verwaltungsgerichts nicht über die ausreichende Fachkompetenz insbesondere im Bereich der Labordiagnostik für den Nachweis von SARS-CoV-2-Erregern verfüge, um die Preise der drittmittelbeteiligten Partei auf ihre betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit zu prüfen. Die Beiziehung eines Sachverständigen wäre daher gemäß § 333 BVergG 2018 iVm § 52 AVG zwingend erforderlich gewesen, zumal das Verwaltungsgericht selbst diese Prüfung vornehmen müsse





und es nicht ausreiche, die Prüfergebnisse der vergebenden Stelle wiederzugeben. Überdies habe die erstrevisionswerbende Partei ein Privatgutachten vorgelegt, aus dem sich die mangelnde Plausibilität des Gesamtpreises der drittmittelbeteiligten Partei ergebe. Dieses Gutachten hätte gemäß § 52 AVG einer Überprüfung durch vom Verwaltungsgericht bestellte Sachverständige bedurft. Hätte das Verwaltungsgericht einen Sachverständigen beigezogen, wäre es zu dem Ergebnis gekommen, dass die Angebotspreise der drittmittelbeteiligten Partei nicht plausibel seien. Die bekämpfte Auswahlentscheidung wäre daher für nichtig zu erklären gewesen.

- 19 Die zweitrevisionswerbende Partei bringt zusammengefasst vor, wegen der groben preislichen Abweichung des Angebots der drittmittelbeteiligten Partei von den übrigen Angeboten wäre die Auftraggeberin zu einer vertieften Angebotsprüfung auf Basis der vergaberechtlichen Grundsätze des § 20 BVergG 2018 verpflichtet gewesen. Dabei sei der gleiche Prüfungsmaßstab anzusetzen wie bei einer vertieften Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018.

Vorliegend hätte das im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtend vorgesehene kontradiktorische Verfahren statt dem bloß einmaligen Nachfragen durch die vergebende Stelle ein mehrmaliges Nachfragen zu kalkulationsrelevanten Angebotsbestandteilen vorausgesetzt.

Bei der unbekämpft gebliebenen Aufforderung der Auftraggeberin (Schreiben vom 9. Juni 2022) gegenüber der erstrevisionswerbenden Partei und der drittmittelbeteiligten Partei, die Kalkulation der Einheitspreise offen zu legen, insbesondere darzustellen, welche Deckungsbeiträge berücksichtigt worden seien, handle es sich um eine bestandfeste Festlegung. Die vergebende Stelle hätte daher das Angebot der drittmittelbeteiligten Partei entsprechend dieser Festlegung prüfen müssen. Eine solche Prüfung habe jedoch nicht stattgefunden. Aus dem der zweitrevisionswerbenden Partei in einem Parallelverfahren bekanntgewordenen Prüfbericht der von der vergebenden Stelle zur Angebotsprüfung beigezogenen Steuerberatungsgesellschaft gehe hervor, dass entgegen der bestandfesten Festlegung des Prüfungsmaßstabes die Deckungsbeiträge der drittmittelbeteiligten Partei nicht geprüft worden seien,



obwohl dies im Aufforderungsschreiben der Auftraggeberin gefordert worden sei.

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 18.3.2009, 2007/04/0095; 22.6.2011, 2011/04/0011) sei es keine genuine Aufgabe des Verwaltungsgerichts, die Angebotsprüfung an Stelle des Auftraggebers durchzuführen. Eine mangelhafte Angebotsprüfung führe demnach zur Nichtigkeitserklärung der angefochtenen Entscheidung. Eine Angebotsprüfung könne im Nachprüfungsverfahren nicht mehr nachgeholt werden (VwGH 25.1.2011, 2008/04/0082). Vorliegend hätte bereits die Auftraggeberin im Rahmen ihrer Angebotsprüfung und nicht erst das Verwaltungsgericht im Zuge des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsprüfung durch entsprechende Fragen zur Nachvollziehbarkeit der extrem günstigen Preise der drittmittelbeteiligten Partei und deren detaillierte Beantwortung durchführen müssen. Erst nach vergleichender Kenntnis der von den Bietern jeweils angebotenen Poolingmethoden und weiterer Automatisierungsschritte im Analyse- und Befundungsprozess hätte die Auftraggeberin die Grundlagen zur Prüfung der von der drittmittelbeteiligten Partei behaupteten Wissens- und Technologievorsprünge gehabt, um die Preisangemessenheit prüfen zu können. Die angefochtene Auswahlentscheidung wäre bereits aus diesem formalen Grund für nichtig zu erklären gewesen.

- 20 Dem Vorbringen der erstrevisionswerbenden Partei hielten die Auftraggeberin und die vergebende Stelle in ihrer Revisionsbeantwortung entgegen, das Verwaltungsgericht habe sich ausführlich mit der von der vergebenden Stelle vorgenommenen Preisprüfung, die durch „einen unabhängigen Sachverständigen“, und zwar eine näher genannte, von der vergebenden Stelle beigezogene Steuerberatungsgesellschaft, bestätigt worden sei, auseinandergesetzt und diese für nachvollziehbar und plausibel erachtet. Das Verwaltungsgericht sei daher nicht verpflichtet gewesen, zur Prüfung der Richtigkeit der Preiskalkulation der drittmittelbeteiligten Partei einen Sachverständigen beizuziehen. Unabhängig von der mangelnden Relevanz des von der erstrevisionswerbenden Partei vorgelegten Gutachtens wäre das Verwaltungsgericht nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes



(VwGH 12.9.2016, Ra 2016/04/0063) selbst dann nicht zwingend verpflichtet gewesen, einen Sachverständigen beizuziehen, wenn von den Verfahrensparteien einander widersprechende Expertisen vorgelegt worden wären.

Gegenüber dem Vorbringen der zweitrevisionswerbenden Partei wendeten die Auftraggeberin und die vergebende Stelle im Wesentlichen ein, die vergebende Stelle habe, obwohl sie gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 dazu nicht verpflichtet gewesen wäre, eine sich an der an sich nicht anwendbaren Bestimmung des § 137 BVergG 2018 orientierende Prüfung der betriebswirtschaftlichen Erklär- und Nachvollziehbarkeit des Angebots der drittmittelbeteiligten Partei vorgenommen. Sie habe dazu ein etwa 100-seitiges Gutachten verfasst. Dieses Ergebnis sei zudem durch eine näher genannte Steuerberatungsgesellschaft bestätigt worden. Insofern habe das Verwaltungsgericht die Angebotsprüfung auch nicht an Stelle der Auftraggeberin vorgenommen. Unabhängig davon, dass eine vertiefte Angebotsprüfung iSd § 137 BVergG 2018 nicht vorzunehmen gewesen wäre, setze eine solche Prüfung nicht zwingend ein mehrmaliges Nachfragen des Auftraggebers voraus. Mit den Aufforderungsschreiben vom 9. Juni 2022 an die erstrevisionswerbende Partei und die drittmittelbeteiligte Partei habe die Auftraggeberin keinen „übergesetzlichen Prüfmaßstab“ bestandfest festgelegt.

- 21 Zum Vorbringen der erstrevisionswerbenden Partei replizierte die drittmittelbeteiligte Partei in ihrer Revisionsbeantwortung, die Beiziehung eines Sachverständigen zur Angebotsprüfung sei angesichts der dem Verwaltungsgericht vorgelegenen Dokumente der Auftraggeberin und einer externen, unabhängigen Wirtschaftsprüfungsgesellschaft zur betriebswirtschaftlichen Plausibilisierung des Angebots der drittmittelbeteiligten Partei nicht erforderlich gewesen. Das Verwaltungsgericht habe sich „im vertraulichen Verhandlungsabschnitt im Zuge der mündlichen Verhandlung“ von der Plausibilität des Angebots überzeugen können. Da sich das von der erstrevisionswerbenden Partei vorgelegte Gutachten ausschließlich auf die Unternehmensstruktur bzw. das Angebot der erstrevisionswerbenden Partei,





nicht aber auf das Angebot der drittmittelbeteiligten Partei bezogen habe, habe das Verwaltungsgericht dieses Gutachten zu Recht unberücksichtigt gelassen.

Zum Vorbringen der zweitrevisionswerbenden Partei wendete die drittmittelbeteiligte Partei zusammengefasst ein, gemäß § 151 BVergG 2018 sei in Bezug auf die vorliegende Ausschreibung von besonderen Dienstleistungsaufträgen keine vertiefte Angebotsprüfung gemäß § 137 BVergG 2018 vorzunehmen gewesen. Die Auftraggeberin habe den für eine bloße Plausibilitätsprüfung anzuwendenden Maßstab eingehalten. Diesbezüglich sei eine einmalige Nachfrage seitens der Auftraggeberin bei der drittmittelbeteiligten Partei ausreichend gewesen. Dabei handle es sich um eine an die erstrevisionswerbende Partei und die drittmittelbeteiligte Partei gerichtete bloße Aufforderung zur Aufklärung der Angebotspreise, wovon die übrigen Bieter keine Kenntnis erlangt hätten. Damit sei auch nicht ein bestimmter Prüfmaßstab bestandfest festgelegt worden. Im Übrigen handle es sich beim Vorbringen, die Deckungsbeiträge seien nicht überprüft worden, um eine bloße Vermutung, der keine Relevanz beizumessen sei. Schließlich habe das Verwaltungsgericht die Angebotsprüfung der Auftraggeberin nicht ersetzt, sondern überprüft.

Der Verwaltungsgerichtshof führt dazu Folgendes aus:

- 22 Bei der Vergabe besonderer Dienstleistungen im Sinn des Anhangs XVI BVergG 2018 - wie vorliegend - ist zwar gemäß § 151 Abs. 1 BVergG 2018 die Bestimmung des § 137 BVergG 2018 über die Prüfung der Angemessenheit der Preise und die vertiefte Angebotsprüfung nicht anwendbar, jedoch ist der Grundsatz der Auftragsvergabe zu angemessenen Preisen gemäß § 20 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2018 zu beachten. Die Bestimmung des § 137 BVergG 2018 konkretisiert zwar den Grundsatz der Auftragsvergabe zu angemessenen Preisen nach § 20 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2018, hingegen sieht das BVergG 2018 für besondere Dienstleistungen nur rudimentäre Regeln vor und räumt dem Auftraggeber eine größere Freiheit in der Verfahrensgestaltung ein. Diese Zielsetzung wäre konterkariert, würde man die Vorgaben des § 137 BVergG 2018 im Wege des § 20 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2018 vollständig auf den Bereich der Vergabe besonderer



Dienstleistungen übertragen (vgl. VwGH 21.2.2023, Ra 2021/04/0223, Rn. 22, mit Hinweis auf die Materialien zum BVergG 2018, RV 69 BlgNR 26. GP 163).

- 23 Wenngleich die Vorgaben des § 137 BVergG 2018 für das vorliegende Vergabeverfahren nicht vollständig übertragbar sind, so ist angesichts des zu beachtenden Grundsatzes der Auftragsvergabe zu angemessenen Preisen gemäß § 20 Abs. 1 letzter Satz BVergG 2018 bei einer derart erheblichen Differenz zwischen den angebotenen Gesamtpreisen der Angebote wie vorliegend, sofern eine Grobprüfung des Auftraggebers keine betriebswirtschaftliche Erklärung für diese Differenz ergibt, seitens des Auftraggebers beim Bieter Aufklärung über die zweifelhaften Punkte einzuholen. Aufbauend darauf ist das Angebot vom Auftraggeber auf seine Angemessenheit (Plausibilität) zu prüfen.
- 24 Vorliegend hat die vergebende Stelle die erheblichen Preisunterschiede zwischen den Angeboten der revisionswerbenden Parteien und der drittmittelbeteiligten Partei zum Anlass genommen, in analoger Anwendung des § 137 BVergG 2018 die drittmittelbeteiligte Partei und die erstrevisionswerbende Partei zur schriftlichen Aufklärung der Kalkulation aller Einheitspreise, insbesondere in Bezug auf die darin enthaltenen Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten, angenommene Aufwands- und Verbrauchsansätze sowie berücksichtigte Deckungsbeiträge bzw. Gewinnaufschläge aufzufordern. In weiterer Folge hat die vergebende Stelle nach Aufschlüsselung der Kalkulation durch die drittmittelbeteiligte Partei deren Angebot nicht nur selbst geprüft, sondern dazu überdies eine Steuerberatungsgesellschaft beigezogen.
- 25 Auch in Bezug auf eine Prüfung der Preisangemessenheit von Angeboten gemäß § 20 Abs. 1 letzter Satz iVm § 151 Abs. 1 BVergG 2018 hat das Verwaltungsgericht im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens etwa über die Rechtmäßigkeit einer Auswahlentscheidung wie vorliegend nicht nur zu prüfen, ob die Angemessenheit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Vielmehr hat das Verwaltungsgericht selbst - wie der Auftraggeber - unter Berücksichtigung der



auch dem Auftraggeber zur Verfügung gestandenen Unterlagen die Preisgestaltung einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen. Der dabei anzuwendende Maßstab, insbesondere ob das Verwaltungsgericht einen Sachverständigen beizuziehen hat, ist jeweils fallbezogen zu beurteilen.

26 Vorliegend ist im Rahmen der vom Verwaltungsgericht vorzunehmenden Plausibilitätsprüfung insbesondere auf jene Angebots Elemente, die die Auftraggeberin als ungewöhnlich erachtet und sie deswegen die drittmittelbeteiligte Partei darüber zur Aufklärung aufgefordert hat, und die dazu von der drittmittelbeteiligten Partei erstatteten Erläuterungen Bedacht zu nehmen. Auf Grund der Komplexität der Fragestellungen, die sich insbesondere in Bezug auf die Nachvollziehbarkeit der Kalkulationsunterlagen der drittmittelbeteiligten Partei und die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots ergeben und die die vergebende Stelle trotz ihrer umfangreichen Erfahrung im Vergabewesen zur Beiziehung einer Steuerberatungsgesellschaft veranlasst hat, bedarf es für die Plausibilitätsprüfung eines besonderen, vor allem betriebswirtschaftlichen Sachverständigen.

27 Dass der Fachsenat des Verwaltungsgerichts, der das vorliegende Nachprüfungsverfahren geführt und das angefochtene Erkenntnis erlassen hat, über den zur Plausibilitätsprüfung erforderlichen Sachverständigen verfügt hat, ist dem angefochtenen Erkenntnis nicht zu entnehmen. Mangels der erforderlichen betriebswirtschaftlichen Fachkenntnisse hätte das Verwaltungsgericht daher gemäß § 52 Abs. 1 AVG iVm § 17 VwGVG für die von ihm durchzuführende Plausibilitätsprüfung einen Sachverständigen beiziehen müssen. In diesem Zusammenhang ist nicht ausgeschlossen, dass ein Sachverständiger die Plausibilität der Preisgestaltung der drittmittelbeteiligten Partei anders beurteilt hätte, wie etwa entsprechend dem Revisionsvorbringen der zweitrevisionserwerbenden Partei in Bezug auf die Bedeutung des Deckungsbeitrags für die Plausibilitätsprüfung.

Ergebnis

28 Das Verwaltungsgericht hat somit das angefochtene Erkenntnis insofern mit einem wesentlichen Verfahrensmangel belastet, weshalb es gemäß § 42 Abs. 2



Z 3 lit. c VwGG in einem gemäß § 12 Abs. 1 Z 2 VwGG gebildeten Senat aufzuheben war.

- 29 Es erübrigt sich daher auf das weitere Vorbringen der revisionswerbenden Parteien zur Angebotsprüfung sowie auf die von der erstrevisionswerbenden Partei monierte Verletzung im Recht auf Akteneinsicht näher einzugehen.
- 30 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. etwa VwGH 5.12.2024, Ra 2022/04/0121, Rn. 39, mwN). Der angefochtene Beschluss war daher mangels rechtlicher Grundlage ebenfalls aufzuheben.
- 31 Von der Durchführung der von der erstrevisionswerbenden Partei beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 3 VwGG abgesehen werden.
- 32 Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014.
- 33 Im fortgesetzten Verfahren wird das Verwaltungsgericht darüber hinaus zum Recht auf Akteneinsicht der revisionswerbenden Parteien Folgendes zu beachten haben:
- 34 Gemäß § 337 BVergG 2018 können Parteien und Beteiligte in einem vergaberechtlichen Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht - wie vorliegend einem Nachprüfungsverfahren - bei der Vorlage von Unterlagen verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Auftraggeber können dies darüber hinaus aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses verlangen. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer



Vorlage zu bezeichnen. Daneben ist § 17 AVG über die Akteneinsicht von Parteien vor Behörden gemäß § 333 BVergG 2018 sinngemäß auf vergaberechtliche Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht anzuwenden.

- 35 Maßstab für die Ausnahme von der Akteneinsicht ist § 17 Abs. 3 AVG, nach dem Aktenbestandteile von der Akteneinsicht ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung von Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde (vgl. VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187, Pkt. 5.3. dritter Absatz, mwN).
- 36 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist im Rahmen des § 17 Abs. 3 AVG das Interesse der Partei (vorliegend die revisionswerbenden Parteien) an der Akteneinsicht gegen das Interesse anderer Parteien (vorliegend der drittmittelbeteiligten Partei als präsumtive Zuschlagsempfängerin) oder dritter Personen (vorliegend allfällige Bieter vorangegangener Vergabeverfahren, sofern deren dortige Angebote bei der gegenständlichen Angebotsprüfung herangezogen wurden) im Einzelfall abzuwägen bzw. im Einzelfall zu beurteilen, inwieweit ein überwiegendes Interesse besteht, einer Partei (vorliegend den revisionswerbenden Parteien) unter gleichzeitiger Sicherstellung der effektiven Rechtsverfolgung bestimmte Informationen vorzuenthalten (vgl. etwa VwGH 29.6.2023, Ra 2020/04/0026, Rn. 12, mit Hinweis auf VwGH 18.8.2017, Ra 2017/04/0022, 0023, und VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187).
- 37 Der Verwaltungsgerichtshof hat zu § 17 AVG überdies klargestellt, dass die den Verfahrensparteien vorenthaltenen Informationen auf das unbedingt notwendige Ausmaß zu beschränken und alle Möglichkeiten auszuschöpfen sind, die Entscheidungsgrundlagen so zu begrenzen, dass vorzuenthaltende Informationen zur Entscheidungsfindung nicht herangezogen werden müssen. Die Behörde bzw. das Verwaltungsgericht haben dabei für jeden Einzelfall die ihrer Vorgangsweise zugrundeliegende Abwägung zwischen Geheimhaltungsanspruch und Recht auf Akteneinsicht und damit Transparenz der Entscheidungsgrundlage nachvollziehbar zu begründen, sodass die Verfahrensparteien diese zum Gegenstand verwaltungsgerichtlicher Kontrolle



bzw. eines an einen Gerichtshof des öffentlichen Rechts gerichteten Rechtsmittels machen können. Eine Geheimhaltung hat dabei auf das unbedingt Erforderliche beschränkt zu bleiben (vgl. VwGH 23.2.2024, Ra 2022/22/0030, Rn. 15, mit Hinweis auf VwGH 22.7.2020, Ra 2019/03/0163, Rn. 25, und die dortigen Hinweise auf die Rechtsprechung des VfGH und des EuGH).

- 38 Bei solchen Abwägungsentscheidungen kommt in Bezug auf das Legalitätsprinzip dem Verfahren insoweit Bedeutung zu, als die im Einzelfall in Betracht kommenden Belange umfassend zu erörtern sind und danach auf Grund nachvollziehbarer Kriterien darzutun ist, warum bestimmten Interessen ein Vorrang gegenüber anderen Interessen eingeräumt wird (vgl. VwGH 29.6.2023, Ra 2020/04/0026, Rn. 13, mwN).
- 39 Ausgehend von diesen Grundsätzen der Rechtsprechung wird das Verwaltungsgericht im fortgesetzten Verfahren im Rahmen der Abwägung des Interesses der drittmitbeteiligten Partei und anderer Bieter an der Geheimhaltung ihrer Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse mit dem Interesse der revisionswerbenden Parteien an Akteneinsicht und dem damit verbundenen Interesse an der Sicherstellung einer effektiven Rechtsverfolgung (insbesondere dem Interesse der revisionswerbenden Parteien an der Überprüfbarkeit der vom Verwaltungsgericht vorzunehmenden Plausibilitätsprüfung), die Art der betroffenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse (etwa Kalkulationsgrundlagen, Einkaufskonditionen, Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten, usw.) und die Möglichkeit der Überprüfbarkeit der Plausibilitätsprüfung für die revisionswerbenden Parteien zu berücksichtigen haben.

W i e n , am 29. September 2025

