OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-840127/40/KLi

Datum:
Linz, 16. Oktober 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Nachprüfungsantrag vom 16. März 2017 der X, X, X, vertreten durch Ing. Mag. R S, c/o X, X, X, auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 9. März 2017, der Antragstellerin zugegangen am 10. März 2017, im Vergabeverfahren der Gemeinde X, X, X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH, X, X, betreffend das Vorhaben „Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“,

zu Recht:

I. Der Antrag vom 16. März 2017 auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 9. März 2017, der Antragstellerin zugestellt am 10. März 2017, wird gemäß §§ 1, 2 und 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idF LGBl. Nr. 90/2013, abgewiesen.

II. Der Antrag, der Gemeinde X den Ersatz der Pauschalgebühr für diesen Antrag aufzuerlegen, wird abgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Nachprüfungsantrag vom 16. März 2017 im Nachprüfungsverfahren zur Bekämpfung der Widerrufsentscheidung im Vergabeverfahren „Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“ beantragte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 9. März 2017, der Antragstellerin zugegangen am 10. März 2017.

Zusammengefasst bringt die Antragstellerin vor, die Gemeinde X habe das Vergabeverfahren „Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“ ausgeschrieben. Die Antragstellerin sei mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 zur Angebotslegung eingeladen worden. Die Ausschreibung sei in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich erfolgt. Gegenstand des Verfahrens sei der Abschluss eines Vertrages über die Sanierung der öffentlichen Beleuchtung der Gemeinde X. Die Antragstellerin habe zeitgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Aufgrund der Angebotsöffnung am 16. November 2016 unter Verlesung der Preise sei für die Antragstellerin klar gewesen, dass sie das günstigste Angebot abgegeben habe.

In weiterer Folge sei in Telefonaten und Gesprächen der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ein nicht im Vergabeverfahren eingeladenes Unternehmen nachträglich ebenfalls ein Angebot abgegeben habe. Aus diesen Gesprächen sei hervorgegangen, dass dieses Unternehmen erheblichen Druck auf die Antragsgegnerin ausgeübt habe. Die Antragstellerin habe der Auftraggeberin in Gesprächen und schriftlich mitgeteilt, dass ein derartiges Angebot auszuscheiden sei und dies keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben könne.

Mit Schreiben vom 9. März 2017 (vorab per Telefax), der Antragstellerin zugegangen am 10. März 2017, habe die Auftraggeberin die Entscheidung mitgeteilt, dass im Namen der Gemeinde X die Absicht erklärt werde, das „nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung zur Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“ widerrufen zu wollen. Das Verfahren solle aus sachlichen Gründen (Angebote mit nicht angemessenen Preisen) widerrufen werden. Die Stillhaltefrist betrage sieben Kalendertage und ende daher am 17. März 2017.

Angefochten werde nunmehr die gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin vom 9. März 2017 (Widerrufsentscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. cc) sowie sämtliche zeitlich vorhergehenden nicht gesondert anfechtbaren Entscheidungen. Die angefochtene Entscheidung sei der Antragstellerin am 10. März 2017 zugegangen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei daher jedenfalls fristgerecht.

Aufgrund der bisherigen Beteiligung der Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren seien Kosten angefallen, die zumindest 8.000 Euro (exkl. USt) betragen würden. Diese Aufwendungen wären jedenfalls frustriert, wenn die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen bleiben würden und die Antragstellerin den gegenständlichen Auftrag nicht erhalten würde. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Der entgangene Gewinn und die vorgenannten frustrierten Aufwendungen würden jedenfalls einen Schaden darstellen. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtlichen Betreuung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit rund 900 Euro (exkl. USt) betragen würden. Darüber hinaus entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidentes rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt. Dieses Interesse am Vertragsabschluss werde schließlich auch durch den vorliegenden Nachprüfungsantrag bestätigt. Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden.

Die Antragstellerin werde durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Abschluss eines Vertrages und in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung verletzt.

Die Auftraggeberin habe in der angefochtenen Entscheidung mitgeteilt, dass sie das Vergabeverfahren widerrufen wolle. Durch die Angabe der Stillhaltefrist und der Gesamtaufmachung des Schreibens sei dies eine Mitteilung der Widerrufsentscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. cc BVergG. Zusammengefasst liege daher eine gesondert anfechtbare Entscheidung vor.

Es sei nicht nachvollziehbar, wie anhand der in der Verlesung der Angebote festgehaltenen Preise die Auftraggeberin von unangemessenen Preisen sprechen könne. Die Preise würden nicht einmal 5% voneinander abweichen. Es liege also die Vermutung nahe, dass alle Bieter verstanden hätten, was anzubieten sei, entsprechend kalkuliert hätten und deshalb die Preise sich in ähnlicher Höhe bewegen würden. Es gäbe keinen Hinweis, dass „unangemessene Preise“ angeboten worden seien.

Es liege vielmehr der Verdacht nahe, dass nachträglich ein Unternehmen, das nicht zum Kreis der eingeladenen Bieter gehöre, in wettbewerbswidriger Weise erklärt habe, dass es jeden Preis, der hier geboten worden sei, unterbieten würde. Sollte dies der Fall sein und würde das Angebot deutlich unter den von den tatsächlichen Bietern angebotenen Preisen liegen, läge eher der Verdacht nahe, dass es sich um ein spekulatives Angebot handle. Davon abgesehen sei aufgrund zwingender

gesetzlicher Bestimmungen ohnehin der Kreis der Bieter im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung rein auf die eingeladenen Bieter beschränkt. Ein außerhalb dieses Kreises eingebrachtes Angebot sei zwingend auszuscheiden bzw. faktisch nicht zu berücksichtigen. Es gäbe jedenfalls keine Hinweise auf Angebote mit unangemessenen Preisen, weshalb die Widerrufsentscheidung inhaltlich unrichtig sei.

Die Antragstellerin stelle daher an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Anträge 1. auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung vom 9. März 2017 (Widerrufsentscheidung), 2. auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, 3. auf Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorgelegten Bestandteile des Nachprüfungsaktes, des Vergabeaktes sowie des Nachprüfungsaktes und 4. der Auftraggeberin aufzutragen, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Auftraggeberin und Antragsgegnerin am Vergabeverfahren beteiligt und ihr die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme im Nachprüfungsverfahren eingeräumt. Mit Schriftsatz vom 21. März 2017 hat die Antragsgegnerin von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.

Die Antragstellerin sei im Jahr 2012 seitens der Antragsgegnerin mit der Erstellung eines Grobkonzeptes für die Sanierung der öffentlichen Beleuchtung der Gemeinde beauftragt worden. Die Grobanalyse habe ergeben, dass bei den Stromkosten ein Einsparungspotenzial von 64,1% möglich sei. Daher habe der Gemeinderat der Antragsgegnerin in seiner Sitzung am 3. März 2014 beschlossen, der Antragstellerin den Auftrag für die Bestandserhebung und Konzepterstellung zum angebotenen Preis von 8.687 Euro (inkl. MWSt) zu vergeben. Die Feinanalyse sei von der Antragstellerin erstellt worden und seien hierbei von der Antragstellerin Projektfinanzierungskosten für die Elektroarbeiten von 257.238,17 Euro (inkl. MWSt) errechnet worden. Für die Budgetierung und Beschlussfassung sei demnach seitens der Antragsgegnerin von Schätzkosten (inklusive Planungskosten) in Höhe von rund 280.000 Euro ausgegangen worden, was letztlich auch der Antragstellerin vor Angebotsabgabe im Vergabeverfahren bekannt gewesen sei.

Die Umsetzung des Projektes habe sich aufgrund fehlender Finanzmittel verzögert. Erst nachdem der zuständige Landesrat anlässlich einer Vorsprache am 3. Februar 2016 die Gewährung von Bedarfszuweisungsmitteln zugesagt habe, habe der Gemeinderat der Antragsgegnerin in der Sitzung am 27. Juni 2016 beschlossen, dass das Straßenbeleuchtungskonzept umgesetzt werden solle.

Hierzu habe in weiterer Folge in der Gemeinderatssitzung am 17. Oktober 2016 der Gemeinderat der Antragsgegnerin beschlossen, dass die Ausschreibung im

nicht offenen Verfahren, ohne Bekanntmachung erfolge und jene Unternehmen - welche der Antragsgegnerin seitens der Antragstellerin als geeignete Unternehmen für das gegenständliche Projekt vorgeschlagen worden seien - zur Angebotslegung eingeladen werden sollten, nämlich X, X & Co KG und X GmbH.

Weiters sei dem BVergG entsprechend beschlossen worden, dass der Zuschlag nach dem Bestbieterprinzip mit folgenden Zuschlagskriterien erfolgen solle: Zuschlagskriterium 1) - Preis mit einer Gewichtung von 80 Punkten, Zuschlagskriterium 2) - Funktionsgarantie mit einer Gewichtung von 10 Punkten, Zuschlagskriterium 3) - Nachkaufgarantie mit einer Gewichtung von 10 Punkten.

Nach Beschlussfassung in der Gemeinderatssitzung vom 17. Oktober 2016 seien die drei genannten Unternehmen mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 zur Angebotslegung eingeladen worden, wobei die Angebote bis spätestens 16. November 2016, 11.00 Uhr, im Gemeindeamt der Antragsgegnerin einlangen hätten müssen. Alle zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen hätten folglich auch fristgerecht Angebote abgegeben. Die Angebotsöffnung habe am 16. November 2016 um 11.15 Uhr im Gemeindeamt der Antragsgegnerin im Beisein des Bürgermeisters, des Gemeindevorstandes, einem Gemeinderat und dem Amtsleiter sowie dem Vertreter der Antragstellerin stattgefunden.

Von den drei Angeboten der zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen habe die Antragstellerin in ihrem Angebot Kosten für die Elektroarbeiten in Höhe von 256.016,89 Euro brutto ausgepreist, sohin ein Angebot abgegeben, welches um 1.221,28 Euro unter den zuvor ebenso seitens der Antragstellerin ermittelten „notwendigen“ Projektfinanzierungskosten für Elektroarbeiten gelegen sei. Nach Prüfung der Angebote auf Basis der zuvor festgesetzten Zuschlagskriterien sei die Antragstellerin schließlich als Bestbietern ermittelt worden.

Im Zeitraum zwischen der Einladung zur Angebotslegung und der Angebotsöffnung habe aber auch ein „regionales“ Elektrounternehmen von der Ausschreibung erfahren und habe sehr verärgert darauf reagiert, dass das Unternehmen nicht zur Angebotslegung eingeladen worden sei. Nachdem dieses Unternehmen die Namen der eingeladenen Unternehmen erfahren habe, habe sich dieses Unternehmen auch dahingehend geäußert, dass die Leistungen auf jeden Fall billiger erbracht werden könnten. Obwohl dieses Unternehmen zur Angebotslegung nicht eingeladen worden sei, seien daraufhin die Leistungen im Leistungsverzeichnis zum gegenständlichen Projekt - welches dieses Unternehmen von dritter (unbekannter) Seite erhalten habe - ausgepreist und im Gemeindeamt der Antragsgegnerin abgegeben worden.

In diesem - nicht im Rahmen der Angebotslegung und Angebotsöffnung berücksichtigten - „Angebot“ seien die Kosten für die Elektroarbeiten mit 163.728,96 Euro brutto angeführt worden. Der Preisunterschied zwischen dem Angebot dieses

Unternehmens und der Antragstellerin betrage absolut 92.287,93 Euro und liege demnach der Angebotspreis der Antragstellerin um 56,37% höher als jener dieses Unternehmens. Es dürfe ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass dieser Preisunterschied 4,21% des gesamten Jahresbudgets der Antragsgegnerin (laut Nachtragsvoranschlag 2016) entspreche.

Der Gemeindevorstand der Antragsgegnerin habe daher in der Gemeindevorstandssitzung am 24. November 2016 beschlossen, dass das Angebot der Antragstellerin und das Angebot dieses dritten Unternehmens von einer unabhängigen Stelle überprüft werden solle und hierbei insbesondere auch überprüft werden solle, ob die Angebotspreise wirtschaftlich nachvollziehbar kalkuliert worden seien. Die Prüfung der beiden Angebote sei vom Ingenieurbüro X GmbH & Co KG durchgeführt und in einem Bericht über die Plausibilität festgehalten worden.

Zusammenfassend werde in diesem Bericht festgehalten, dass das Angebot des dritten Unternehmens angemessene Einheitspreise aufweise und das Angebot nicht unter den Einkaufspreisen kalkuliert worden sei, sondern nur knappe Aufschläge angesetzt worden seien. Ebenso sei im Prüfbericht auch darauf hingewiesen worden, dass die drei (regulär) abgegebenen Angebote hinsichtlich ihrer Angebotssummen lediglich um insgesamt 1,17% differieren würden, was aus Sicht des Prüfers nicht nur sehr gering sei, sondern auch ungewöhnlich niedrig. Es seien demnach auch seitens des mit der Prüfung beauftragten Ingenieurbüros verschiedene Optionen zur Erlangung besserer Angebotspreise empfohlen worden, wobei auch der Widerruf des Vergabeverfahrens empfohlen wurde.

Der Gemeinderat der Antragsgegnerin habe daraufhin in der Sitzung vom 6. Februar 2017 beschlossen, das gegenständliche Vergabeverfahren - vor dem Hintergrund der Angebotsprüfergebnisse und insbesondere der auffälligen geringen und ungewöhnlich niedrigen „Streuung" der „regulär“ abgegebenen Angebotssummen - gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufen.

In einem wurde das Ingenieurbüro mit dem Widerrufsverfahren nach § 140 Abs. 1 bis 6 BVergG, mit der Neuausschreibung und letztlich auch der Bauüberwachung beauftragt.

Mit Schreiben des Ingenieurbüros vom 9. März 2017 seien sohin auftragsgemäß die Unternehmen, welche zur Angebotslegung eingeladen gewesen seien und auch fristgerecht ein Angebot gelegt hätten, vom beabsichtigten Widerruf informiert worden. Hierbei sei auch mitgeteilt worden, dass das Verfahren aus „sachlichen Gründen“ (Angebote mit nicht angemessenen Preisen) widerrufen werden solle und dass die Stillhaltefrist sieben Kalendertage betrage und am 17. März 2017 ende.

Hierauf sei seitens der Antragstellerin mit Eingabe vom 16. März 2017 der nun gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung der Antragsgegnerin samt Nachprüfungsantrag und damit verbunden auch ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht worden.

Die Antragstellerin führe in diesem Zusammenhang aus, dass aufgrund zwingender gesetzlicher Bestimmungen ohnehin der Kreis der Bieter im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung rein auf die eingeladenen Bieter beschränkt sei und ein außerhalb dieses Kreises eingebrachtes Angebot zwingend auszuscheiden bzw. faktisch nicht zu berücksichtigen sei. Hierzu werde seitens der Antragsgegnerin eingangs festgehalten, dass das Angebot des dritten Unternehmens selbstverständlich nicht ins laufende Vergabeverfahren aufgenommen und auch nicht berücksichtigt worden sei und dieses ebenso wenig nicht den Zuschlag erhalten habe können. Es werde aber in diesem Zusammenhang ebenso festgehalten, dass seitens dieses Unternehmens Leistungen im Leistungsverzeichnis zum gegenständlichen Projekt - welches das Unternehmen von dritter (unbekannter) Seite erhalten habe - ausgepreist worden seien. Ohne dass diesem Unternehmen die angebotenen Preise und Summen der übrigen Anbieter bekannt gewesen seien, seien dieselben Leistungen um rund 92.000 Euro günstiger angeboten worden, als dies seitens der Antragstellerin im Rahmen des Vergabeverfahrens geschehen sei.

Die Antragsgegnerin unterliege als öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft dem zwischenzeitig auch im Art. 51a B-VG verfassungsgesetzlich normierten Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit und habe die Antragsgegnerin in ihrem gesamten Verwaltungshandeln, sohin sowohl im Zusammenhang mit der Haushaltsführung als auch grundsätzlich im gesamten hoheitlichen, wie nicht hoheitlichen Handeln, nach diesen Kriterien zu handeln. Die Antragsgegnerin sei demnach sogar verpflichtet gewesen, sowohl die seitens dieses Unternehmens, als auch die seitens der Antragstellerin im Rahmen des Vergabeverfahrens angebotenen Preise zu hinterfragen und einer Prüfung zu unterziehen.

Die Antragstellerin führe aus, dass man nicht von „unangemessenen Preisen“ sprechen könne, da die angebotenen Preise der für das Vergabeverfahren zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen um nicht einmal 5% voneinander abweichen würden (tatsächlich um lediglich rund 1,17%) und sohin einerseits die Vermutung nahe liegen würde, dass diese Anbieter verstanden hätten, was anzubieten sei und dies dann richtig kalkuliert hätten sowie andererseits die Vermutung nahe liegen würde, dass das außenstehende Unternehmen in wettbewerbswidriger Weise erklärt habe, jeden Preis zu unterbieten und es sich sohin um ein rein spekulatives Angebot handle.

Hierzu sei auszuführen, dass die Antragsgegnerin genau diese Umstände einer Prüfung durch ein unabhängiges Unternehmen, das beauftragte Ingenieurbüro,

unterziehen habe lassen und hierbei insbesondere auch geprüft worden sei, ob die Angebotspreise wirtschaftlich nachvollziehbar kalkuliert worden seien oder ob es sich um ein rein spekulatives Angebot handeln würde.

Wie bereits im Sachverhalt ausgeführt, sei dann das Ergebnis der Prüfung in einem Bericht über die Plausibilität festgehalten und zusammengefasst ausgeführt worden, dass das Angebot dieses Unternehmens angemessene Einheitspreise aufweise und das Angebot nicht unter den Einkaufspreisen kalkuliert worden sei, sondern nur knappe Aufschläge angesetzt worden seien. Ebenso wurde im Prüfbericht auch darauf hingewiesen, dass die drei (regulär) abgegebenen Angebote hinsichtlich ihrer Angebotssummen lediglich um insgesamt 1,17% differieren würden, was aus Sicht des Prüfers nicht nur sehr gering, sondern auch ungewöhnlich niedrig sei. Es sei demnach auch seitens des mit der Prüfung beauftragten Ingenieurbüros der Widerruf des Vergabeverfahrens empfohlen worden.

Im Ergebnis könne daher ausgeführt werden, dass die von der Antragstellerin vorgebrachten Vermutungen lediglich spekulativ seien und jeglicher Grundlage entbehren würden.

Vielmehr liege für die Antragsgegnerin die Vermutung nahe, dass die im gegenständlichen Verfahren abgegebenen Angebote überhöhte Preise enthalten würden, nicht die üblichen Marktpreise widerspiegeln würden und werde vermutet, dass es zwischen den zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen unzulässige Preisabsprachen gegeben habe, da deren abgegebene Angebote lediglich um rund 1,17% differieren und die Angebotssumme der Antragstellerin lediglich vom dritten Unternehmen deutlich unterboten werden hätte können, indem lediglich geringere Preisaufschläge angesetzt worden seien, aber keineswegs Preise angeboten worden seien, welche unter den Einkaufspreisen liegen würden.

Hierzu werde ergänzend angeführt, dass das Angebot des dritten Unternehmens lediglich Anlass für eine genauere Prüfung der abgegebenen Angebote durch das unabhängige Ingenieurbüro gewesen sei, im Zuge der Angebotsprüfungen jedoch bei allen im Rahmen des Vergabeverfahrens abgegebenen Angeboten aufgefallen sei, dass alle Anbieter für die Auspreisung der Leistungen von den regulären Listenpreisen ausgegangen seien und dann darüber hinaus noch einen Aufschlag angesetzt hätten, was jedoch aufgrund der fachspezifischen Informationen und Kenntnis des unabhängigen Ingenieurbüros auffällig und für Angebote absolut unüblich sei. Vielmehr entspreche es der gängigen Praxis, dass Unternehmen - welche ja beim Einkauf einen entsprechenden „Händlerrabatt“ von rund 45% erhalten würden - diesen ermäßigten Listenpreis einpreisen würden und dann auf diese geringeren Einheitspreise noch einen Aufschlag von üblicherweise rund 20% einberechnen würden, sodass man sich letztlich aber immer noch unter den regulären Listenpreisen bewegen würde.

Im Nachhinein betrachtet liege die Vermutung von unzulässigen Preisabsprachen zwischen den zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen aber nicht nur aufgrund obiger Ausführungen nahe, sondern auch deswegen, weil ja - wie bereits oben im Sachverhalt ausgeführt - das gegenständliche Projekt im Vorfeld seitens der Antragstellerin ausgearbeitet worden sei, diese der Antragsgegnerin gegenüber die „notwendigen“ Projektfinanzierungskosten für die Elektroarbeiten mit 257.238,17 Euro dargestellt habe sowie in weiterer Folge auch die zur Angebotslegung eingeladenen Unternehmen „ins Spiel“ gebracht und der Antragsgegnerin für die Einladung zur Angebotslegung vorgeschlagen habe.

In rechtlicher Hinsicht werde ausgeführt, dass der Gesetzgeber unter Hinweis auf die ständige Judikatur des EuGH betone, dass an die Bestimmung des § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG kein strenger Maßstab anzulegen sei und sohin das Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände nicht geboten sei. So würden beispielhaft das Entstehen neuer Technologien während des laufenden Vergabeverfahrens, welches eine Änderung der Ausschreibung erfordere, eine wesentliche Veränderung der Bieterstruktur wie auch der Fall, dass zu festgestellten überhöhten Preisen angeboten werde und der Auftraggeber Preisabsprachen vermute, oder wenn er Grund zur Annahme habe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden, ins Treffen geführt.

So habe auch das BVwG mitunter ausgeführt, dass an die Gründe für den Widerruf aus sachlichen Gründen kein strenger Maßstab anzulegen sei und dass „generell überhöhte Preise“ einen Widerrufsgrund im Sinne des § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG darstellen würden. Ebenso sei ausgeführt worden, dass eine Überschreitung der marktüblichen Preise um 20% oder der Schätzkosten um 36% den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigen würden. Selbiges muss aber auch für den gegenständlichen Fall gelten, wenn die zuvor von der Antragstellerin ermittelten Schätzkosten des Projektes offensichtlich nicht der Marktsituation entsprechen würden und diese um rund 36,4% unterschritten werden könnten, ohne dass unter den Einkaufspreisen angeboten worden sei, so wie dies im Rahmen der Plausibilitätsprüfung seitens des unabhängigen Ingenieurbüros auch bestätigt worden sei.

Im gegenständlichen Fall sei daher ein Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG jedenfalls zulässig und sei dieser „Schritt“ der Antragsgegnerin im Sinne eines verfassungskonformen Handelns entsprechend dem verfassungsgesetzlich normierten Grundsatz der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit auch jedenfalls angemessen und notwendig.

Sohin werde seitens der Antragsgegnerin der Antrag gestellt, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge die Anträge der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung vom 9. März 2017 (Widerrufsentscheidung) sowie auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht gemäß § 17 AVG und der Antragsgegnerin aufzutragen, der Antragstellerin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution die entrichteten Pauschalgebühren zu ersetzen, abweisen.

I.3. Am 28. April 2017 fand vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine öffentliche mündliche Verhandlung statt. In dieser Verhandlung wurde die Sach- und Rechtslage umfassend erörtert. Außerdem wurden die von den Parteien beantragten Zeugen (der Antragstellerin und der Antragsgegnerin) vernommen.

Insbesondere erfolgte die eingehende Vernehmung des Zeugen Dipl.-Ing. E W, der von der Antragsgegnerin mit der Erstellung der Plausibilitätsprüfung beauftragt worden war. Zusätzlich legte die Antragsgegnerin in dieser Verhandlung eine von ihr eingeholte Prüfung der im Vergabeverfahren abgegebenen Angebote durch diesen Zeugen vor.

Nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtslage beantragte die Antragsgegnerin die Einholung eines technischen Sachverständigengutachtens zur Frage der Angemessenheit der Preise der im Vergabeverfahren eingelangten Angebote.

I.4. Mit Beschluss des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 19. Mai 2017, GZ: LVwG-840127/28/KLi, wurde DI J F zum nichtamtlichen Sachverständigen für das Fachgebiet „Niederspannungsanlagen: Verteilnetze, elektrische Anlagen, Elektroinstallationen, Schaltgeräte, Schutzmaßnahmen - Elektrische Beleuchtung, Leuchtröhrenanlagen“ bestellt.

I.5. Der bestellte Sachverständige erstattete daraufhin zu den an ihn gerichteten Fragen ein Gutachten, GZ: LVwG-840127/32, vom 6. Juli 2017, beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eingelangt am 11. Juli 2017.

I.6. Mit Verständigung vom 12. Juli 2017 des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich an die Parteien, GZ: LVwG-840127/35/KLi, wurde diesen das vorliegende Sachverständigengutachten zur Kenntnis gebracht.

Ebenso wurde den Parteien aufgetragen, bekannt zu geben, ob eine Gutachtenserörterung beantragt werde und für diesen Fall einen Fragenkatalog mit den an den Sachverständigen zu richtenden Fragen vorzulegen.

I.7. Mit Eingabe vom 14. August 2017, GZ: LVwG-840127/36, gab die Antragstellerin eine Stellungnahme ab, beantragte die mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens und legte einen Fragenkatalog vor.

Mit Eingabe vom 16. August 2017, GZ: LVwG-840127/37, gab auch die Antragsgegnerin eine Stellungnahme ab, beantragte ebenfalls die mündliche Erörterung des Sachverständigengutachtens und legte einen Fragenkatalog vor.

I.8. In der Verhandlung am 12. September 2017 fand die von den Parteien beantragte Gutachtenserörterung statt.

Das schriftliche Sachverständigengutachten und die von den Parteien in ihren Fragenkatalogen an den Sachverständigen gerichteten Fragen sowie sich ergebende Ergänzungsfragen wurden umfassend erörtert und vom Sachverständigen beantwortet.

Der Beweisantrag der Auftraggeberin, der Sachverständige möge noch im Detail die einzelnen Leistungsverzeichnisse auf ihre Marktkonformität prüfen, insbesondere im Hinblick auf die Gesamtpreise sowie auf die prozentuelle Abweichung im Vergleich zu üblicherweise marktkonformen Preisen, wurde abgewiesen.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Vor Durchführung des verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahrens beauftragte die Auftraggeberin im Jahr 2012 die Antragstellerin mit der Erstellung eines Grobkonzeptes für die Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde. Diese Analyse ergab, dass bei den Stromkosten ein Einsparungspotenzial von 64,1% möglich war. In der Sitzung des Gemeinderates der Auftraggeberin vom 3. März 2014 beschloss dieser, die Antragstellerin mit der Bestandserhebung und Konzepterstellung zum Preis von 8.687 Euro brutto zu beauftragen.

In der Folge wurden von der Antragstellerin eine Feinanalyse ausgearbeitet und Projektfinanzierungskosten von 257.238,17 Euro brutto errechnet. Die Auftraggeberin veranschlagte daraufhin insgesamt 280.000 Euro für die Gesamtumsetzung, inklusive Planungskosten.

Die Umsetzung des Projektes verzögerte sich allerdings aufgrund von fehlenden Finanzierungskosten. Erst nach der Gewährung von Bedarfszuweisungsmitteln am 3. Februar 2016 beschloss der Gemeinderat in der Sitzung am 27. Juni 2016 die Umsetzung des Straßenbeleuchtungskonzeptes.

II.2. Die Auftraggeberin hat daraufhin das Vergabeverfahren „Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“ ausgeschrieben. Diese Ausschreibung erfolgte in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung.

Der Zuschlag sollte nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden.

Dazu wurden drei Zuschlagskriterien festgelegt:
Zuschlagskriterium 1: Preis mit einer Gewichtung von 80 Punkten
Zuschlagskriterium 2: Funktionsgarantie mit einer Gewichtung von 10 Punkten
Zuschlagskriterium 3: Nachkaufgarantie mit einer Gewichtung von 10 Punkten

Zur Angebotslegung wurden mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 drei Unternehmen eingeladen, bis spätestens 16. November 2016, 11:00 Uhr, beim Gemeindeamt der Auftraggeberin einlangend, Angebote zu legen, die Antragstellerin, die X GmbH & Co KG sowie die X GmbH.

Die entsprechende Beschlussfassung im Gemeinderat der Auftraggeberin erfolgte am 17. Oktober 2016.

II.3. Zunächst wurden nach den Ausführungen der Auftraggeberin die beiden weiteren eingeladenen Unternehmen von der nunmehrigen Antragstellerin namhaft gemacht; nach dem Vorbringen der Antragstellerin nannte sie lediglich die X GmbH, nicht aber die X GmbH & Co KG. Im Verfahren vor dem erkennenden Gericht hat sich schließlich ergeben, dass die X GmbH & Co KG bei der Auftraggeberin ohnehin bekannt war und von dieser aus eigenem Antrieb eingeladen wurde. Lediglich die X GmbH wurde auf Vorschlag der Antragstellerin eingeladen.

II.4. Die Kostenschätzung der Auftraggeberin betrug letztendlich 280.000 Euro und beinhaltete neben den eigentlichen Sanierungskosten auch alle sonstigen Planungs- und Projektumsetzungskosten. Die Kostenschätzung war den eingeladenen Unternehmen bekannt.

II.5. Alle drei eingeladenen Unternehmen gaben fristgerecht Angebote ab. Diese wurden im Zuge der Angebotsöffnung am 16. November 2016 verlesen und eine Niederschrift errichtet.

Die Angebotspreise stellten sich wie folgt dar:

1. X GmbH:	269.178,41 Euro
2. X GmbH & Co KG:	264.578,34 Euro
3. Antragstellerin:	256.016,89 Euro

Im Sinne der festgelegten Zuschlagskriterien war die Antragstellerin erstgereiht, gefolgt von der X GmbH & Co KG sowie von der X GmbH.

II.6. Mit Schreiben vom 9. März 2017 teilte die Auftraggeberin die Widerrufsentscheidung mit nachfolgendem Inhalt mit:

„Im Namen der Gemeinde X, X, X erklären wir hiermit die Absicht der Gemeinde X, das ‚Nicht offene Verfahren ohne Bekanntmachung' zur Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X widerrufen zu wollen. Das Verfahren soll aus sachlichen Gründen (Angebote mit nicht angemessenen Preisen) widerrufen werden.
Die Stillhaltefrist beträgt 7 Kalendertage und endet daher am 17.3.2017."

II.7. Vermutungen über angebliche Preisabsprachen werden von der Auftraggeberin in ihrer Begründung der Widerrufsentscheidung nicht angestellt. Vielmehr wird lediglich ausgeführt, die Preise seien per se - also objektiv - nicht angemessen.

Auch im Nachprüfungsverfahren sind keine diesbezüglichen Beweise hervorgekommen, obwohl zwei voneinander unabhängige Sachverständige sämtliche Angebote geprüft haben. Letztendlich bleibt nur die Feststellung, dass die einlangten Angebote aller drei eingeladenen Bieter überhöht waren. Dass die angebotenen Preise ein Resultat von Absprachen der Bieter untereinander war, kann nicht festgestellt werden.

II.8. Der ursprünglich bei der Antragstellerin für die Auftraggeberin zuständige Betreuer wechselte im Laufe des Verfahrens (Projektstudie, Feinanalyse, Vergabeverfahren, etc.) zur unmittelbaren Mitbewerberin, X GmbH & Co KG.

II.9. Noch während des laufenden Vergabeverfahrens und damit noch vor der Angebotsöffnung nahm die X GesmbH & Co KG mit der Auftraggeberin Kontakt auf und reklamierte, trotz der regionalen Nähe zur Auftraggeberin, nicht zum Vergabeverfahren eingeladen worden zu sein. Dieses Unternehmen erlangte außerdem Kenntnis vom Inhalt der Ausschreibungsunterlagen, insbesondere vom Leistungsverzeichnis. Wer diesem „vierten Bieter" die Unterlagen zur Verfügung gestellt hat, kann nicht festgestellt werden.

Das genannte Unternehmen legte daraufhin „außer Konkurrenz" ebenfalls ein Angebot mit einem Gesamtpreis von 163.728,96 Euro brutto. Der Preisunterschied zur Antragstellerin betrug somit 92.287,93 Euro. Dieses Angebot ist allerdings spekulativ, beinhaltet „Kampfpreise" und ist für das Unternehmen wirtschaftlich nicht erklärlich und nicht kostendeckend.

II.10. Die Auftraggeberin hat die drei Angebote durch das Sachverständigenbüro X GmbH & Co KG, Dipl.-Ing. E W, hinsichtlich Preisangemessenheit überprüfen lassen.

Diese Überprüfung hat ergeben, dass die Kalkulationsstruktur der drei Bieter sehr ähnlich, wenn nicht gleich ist, vor allem bei den Gesamtpositionen; dass, wenn eine Preisunangemessenheit festgestellt wurde, dies bei allen drei Bietern besteht, jedoch mit prozentuellen Unterschieden; dass Preisunangemessenheiten in Einzelpositionen bestehen. (Gutachten Dipl.-Ing. W, Seite 4, Abs. 4)

Die Angebote bewegen sich zwischen 256.016,89 Euro und 269.178,41 Euro, was einer Bandbreite von 5,15% entspricht. Bei der Grobanalyse der prozentuellen Abweichungen der einzelnen Leistungspositionen ergibt sich ein durchwachsenes Bild und die Bestbieter der einzelnen Leistungspositionen wechseln sich ab. Die Detailanalyse der Angebotspreise ergibt, dass die Einheitspreise über den marktüblichen Preisen liegen oder nicht angemessen sind und bei allen drei Bietern, mit geringer prozentueller Varianz, über den marktüblichen Preisen liegen. Besonders bei der Unterleistungsgruppe „Masten, Leuchten und Zubehör“, die 46% der Gesamtpreise der Angebote darstellt, zeigt sich, dass die Einheitspreise der Angebote unangemessen sind. Auch bei kleineren Positionen ergibt sich, dass die Angebotspreise teilweise nicht marktüblich sind und über den Listenpreisen liegen. (Gutachten Dipl.-Ing. W, Seiten 15-16)

II.11. Die soeben zu Punkt II.10. dargestellte Angebotsprüfung ist durchaus nachvollziehbar. (Gutachten des Sachverständigen im Nachprüfungsverfahren, ON 32, Seite 1)

Hinsichtlich der angebotenen Preise der drei Bieter wurde in einigen Positionen ein eher unterpreisiges Angebot gelegt, in anderen Positionen ein hochpreisiges Angebot. Im Gesamten sind die Preise sehr hoch, wobei natürlich die Preisfindung immer noch im Aufgabengebiet des Bieters liegen sollte. Bei den drei Bietern ist die Preisfindung annähernd gleich. Die angeführten Preise sind wirtschaftlich nur für die Bieter gut, für den Auftraggeber doch ein wenig überhöht. Manche Preise liegen deutlich über den Listenpreisen, andere Positionen sind mit einem durchaus üblichen Rabatt versehen; wobei Händlerrabatte meist eine Verhandlungssache zwischen den Lieferanten und der Firma sind und diese nicht unbedingt an den Endkunden weitergegeben werden müssen. Rabatte werden mit den Firmen ausgehandelt, wobei diese auch vom Einkaufsvolumen abhängig sind. Normalerweise werden abhängig von Produktgruppen Nachlässe von Listenpreisen in zweistelligen Prozentsätzen an den Auftraggeber weitergegeben, z.B. bei Leitungen, Kabeln und dgl. kann der Nachlass durchaus 30-40% betragen. (Gutachten des Sachverständigen im Nachprüfungsverfahren, ON 32, Seite 1, letzter Absatz, Seite 2, Abs. 1-3)

Beim vierten Bieter sind die Preise teilweise die Einkaufspreise des Anbieters. Die angebotenen Arbeitsleistungen sind zum Großteil nicht nachvollziehbar, wenn der Unternehmer mit einem durchschnittlichen Stundensatz eines Arbeitnehmers von 40-48 Euro netto in der Stunde rechnet. Materialpreise sind teilweise zu niedrig, z.B. beim Überspannungsschutz, Hauptleitungsklemme; Arbeitspreise z.B. beim Verteiler, Zählersteckleiste, Hauptleitungsklemme, Mastaufstellen. Dieses Angebot ist für die anbietende Firma eine Minus-Kalkulation mit der Hoffnung, dass Regieleistungen anfallen werden, wobei diese bei den angeführten Arbeiten eher

unüblich sind. (Gutachten des Sachverständigen im Nachprüfungsverfahren, ON 32, Seite 2, Abs. 4-7).

Normalerweise werden im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung Bieter ausgewählt, welche dem Auftraggeber bekannt sind und als zuverlässig gelten. Da es kein Nachverhandeln gibt, ist normalerweise anzunehmen, dass die Preise durchaus schon sehr niedrig kalkuliert werden, um den Auftrag zu erhalten. (Gutachten des Sachverständigen im Nachprüfungsverfahren, ON 32, Seite 2, letzter Absatz, Seite 3, Abs. 1)

II.12. Die Angebotsprüfung durch den von der Auftraggeberin bestellten Sachverständigen ist nach Ansicht des im Nachprüfungsverfahren bestellten Sachverständigen sehr objektiv (Gutachtenserörterung, Tonbandprotokoll ON 39, Seite 11, Abs. 8). Der gerichtlich bestellte Sachverständige konnte insgesamt das Ergebnis der vorgelegten Angebotsprüfung bestätigen.

Zur Marktüblichkeit der angebotenen Preise wurden die Listenpreise von Händlern und die üblicherweise gewährten Händlerrabatte herangezogen. Je nach Größe eines Auftragsvolumens variieren diese Händlerrabatte und erreichen eine unterschiedliche prozentuelle Höhe. Marktüblicher Weise werden von den Händlern je nach Abnahmesumme Rabatte auf deren Listenpreise gewährt. Inwieweit diese Händlerrabatte dann von den Bietern an ihre Auftraggeber weitergegeben werden, ist Kalkulationssache der Bieter. Üblicherweise werden Rabatte, um einen Auftrag zu erhalten, an die Auftraggeber weitergegeben. Im vorliegenden Fall wurden keine Rabatte weitergegeben. (Gutachtenserörterung, Tonbandprotokoll ON 39, Seite 4, Abs. 5, Abs. 7, Seite 5, Abs. 7-8, Seite 6, Abs. 6, Abs. 9, Seite 8, Abs. 6, Seite 9, Abs. 1, Abs. 4-5)

Der Sachverständige hielt auch in seiner mündlichen Gutachtenserörterung fest, dass das „vierte Angebot“ wirtschaftlich nicht nachvollziehbar ist. Dessen Preis ist sehr, sehr niedrig und rechnet sich in einzelnen Positionen nicht. Wirtschaftlich wäre es ein „kleines Desaster“. (Gutachtenserörterung, Tonbandprotokoll ON 39, Seite 6, letzter Absatz, Seite 11, Abs. 3)

II.13. Nicht festgestellt werden kann, dass Preisabsprachen vorgelegen wären. Dafür haben sich keine Beweise ergeben. Auch kann nicht festgestellt werden, inwiefern der Wechsel eines Mitarbeiters der Antragstellerin zu einer Mitbewerberin eine Rolle gespielt haben könnte.

Ebenso wenig kann festgestellt werden, auf welchem Weg der „vierte Bieter“ Kenntnis vom Verfahren erlangt hat und von wem er das Leistungsverzeichnis erhalten hat.

In objektiver Hinsicht steht aber fest, dass aus Sicht der Auftraggeberin die Preise der eingelangten drei Angebote überhöht sind. Inwiefern dies ausreicht, um einen Widerruf zu rechtfertigen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die Vorgeschichte bzw. Entstehungsgeschichte des gegenständlichen Vergabeverfahrens ergibt sich aus dem Vorbringen der Auftraggeberin und wurde von der Antragstellerin nicht bestritten.

Ferner gründen die Feststellungen zur Feinanalyse der Antragstellerin und zu dem von ihr ausgearbeiteten Konzept samt Einsparungspotenzial und Projektfinanzierungkosten auf den von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen. Auch diese Sachverhaltselemente sind nicht weiter strittig.

III.2. Die Feststellungen zur Ausschreibung, der Inhalt derselben - Verfahrensart, Bestbieterprinzip, Zuschlagskriterien, geladene Unternehmen, Fristen, etc. - wurden von beiden Parteien übereinstimmend geschildert und ergeben sich außerdem auch aus den von der Auftraggeberin vorgelegten Ausschreibungsunterlagen. Diese stehen insofern außer Streit.

III.3. Zur Frage, nach welchen Kriterien die Auftraggeberin die eingeladenen Unternehmen eingeladen hat, liegen unterschiedliche Beweisergebnisse vor.

Während die Auftraggeberin angibt, die weiteren Unternehmen seien von der Antragstellerin vorgeschlagen worden, bringt die Antragstellerin vor, mit der X GmbH & Co KG in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu stehen und diese sicherlich nicht namhaft gemacht zu haben; lediglich die X GmbH sei von ihr genannt worden.

Nun ist es einerseits glaubhaft, dass die Auftraggeberin aufgrund fehlender Fachkenntnisse bzw. fehlender Kenntnisse des Marktes darauf angewiesen war, dass ihr für das Projekt geeignete Unternehmen genannt werden. Andererseits ist es aber genauso glaubwürdig und vor allem in wirtschaftlicher Hinsicht glaubwürdig, dass die Antragstellerin nicht ausgerechnet einen potenziellen Mitbewerber, zu dem ein unmittelbares Konkurrenzverhältnis besteht, namhaft machen wird. Außerdem stellt sich auch die Frage, weshalb die Auftraggeberin nicht auch von dritter Seite fachlichen Rat eingeholt haben soll - immerhin wurde auch für die Angebotsprüfung ein externer Sachverständiger beigezogen.

Letztendlich bedarf es wohl auch keiner besonderen fachlichen Unterstützung, um die genannten Unternehmen selbst ausfindig machen zu können. So räumte auch der Amtsleiter der Auftraggeberin in seiner Vernehmung vor dem erkennenden

Gericht ein, dass die X GmbH & Co KG ohnehin bekannt gewesen sei, nicht zuletzt deshalb, weil der ursprüngliche Betreuer von der Antragstellerin zu diesem Unternehmen gewechselt hatte. Lediglich die X GmbH sei von der Antragstellerin genannt und dann auch eingeladen worden. (Tonbandprotokoll ON 26, Seite 11, Abs. 6)

Somit steht fest, dass nicht sämtliche Unternehmen von der Antragstellerin genannt wurden.

III.4. Die Kostenschätzung der Auftraggeberin ergibt sich aus deren Vorbringen und wurde in der Verhandlung vor dem erkennenden Gericht am 28. April 2017 erörtert.

III.5. Die Angebotssummen sowie die Reihung der Angebote ergeben sich aus der sowohl von der Antragstellerin als auch von der Auftraggeberin vorgelegten Niederschrift über die Angebotsöffnung.

III.6. Der Inhalt der Widerrufsentscheidung geht unstrittig aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Schreiben und dem von der Auftraggeberin vorgelegten Vergabeakt hervor.

III.7. Dass die Angebotspreise abgesprochen sein könnten, hat sich im Verfahren nicht ergeben, obwohl zwei voneinander unabhängige Sachverständige die vorliegenden Angebote geprüft haben. Auch der vom Gericht bestellte Sachverständige hatte dafür keine Beweise.

III.8. Der Wechsel des ursprünglichen Projektbetreuers bei der Antragstellerin zur Mitbewerberin ergibt sich aus der Aussage des Amtsleiters der Auftraggeberin (Tonbandprotokoll ON 26, Seite 11, Abs. 6). Diesem waren wohl Preiskalkulationen beider Bieterinnen bekannt.

III.9. Wie der „vierte Bieter“ Kenntnis von der Ausschreibung erlangte bzw. auf welchem Weg er die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das Leistungsverzeichnis, erhalten hat, kann nicht festgestellt werden.

Der Amtsleiter sicherte in seiner Zeugenaussage unter Wahrheitspflicht zu, die Ausschreibungsunterlagen keinen außenstehenden Personen zugänglich gemacht zu haben. Er gab dazu in seiner Vernehmung an, dass es dazu für ihn keine Erklärung gebe. Er könne ausschließen, dass von der Gemeinde dieses Leistungsverzeichnis an den „vierten Bieter“ gelangt sei. Es seien nur drei Leute im Büro. Außerdem betreue nur er das Projekt der Straßenbeleuchtung. Es sei alles von seinem PC weggegangen und es könne auch nicht sein, dass z.B. eine Sekretärin beim Postversand dieses Leistungsverzeichnis kopiert hätte. Sein PC sei

zwar passwortgeschützt, aber theoretisch könne man da natürlich schon hinein. (Tonbandprotokoll ON 26, Seite 12 Abs. 1)

Für das erkennende Gericht ergab sich zunächst der erste Eindruck, dass dieses „vierte Angebot“ für ein nicht zulässiges Preisstechen herangezogen werden sollte und insbesondere der Widerruf in der Absicht getätigt werden sollte, danach eine Zuschlagsentscheidung an den nunmehrigen Wunschbieter zu erreichen. Erst in weiterer Folge zeigte das Gutachten des gerichtlich bestellten Sachverständigen, dass das „vierte Angebot“ spekulativ sowie wirtschaftlich nicht nachvollziehbar war und damit einer vertieften Angebotsprüfung bei rechtmäßiger Teilnahme an einem Vergabeverfahren gar nicht standhalten hätte können.

III.10. Die Überprüfung der drei Angebote im Verfahren ergibt sich aus dem von der Auftraggeberin im Nachprüfungsverfahren vorgelegten Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. E W. Dieses Gutachten wurde auch der Antragstellerin in geschwärzter Form (die Angebotspreise der übrigen zwei Bieterinnen wurden unkenntlich gemacht) zur Verfügung gestellt.

Außerdem erfolgte in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vor dem erkennenden Gericht eine eingehende Vernehmung dieses Sachverständigen als sachverständiger Zeuge, der seine Aussage unter Wahrheitspflicht ablegte und in seiner Vernehmung den Inhalt seines Gutachtens schlüssig und nachvollziehbar erklären konnte. Allen Parteien wurde auch die Gelegenheit gegeben, Fragen an den sachverständigen Zeugen zu richten. (Tonbandprotokoll ON 26)

Der sachverständige Zeuge beurteilte in seinem Gutachten nur die drei Angebote der im Verfahren eingeladenen Bieter ohne auch das „vierte Angebot“ des gar nicht eingeladenen Bieters zu berücksichtigen. Dieses war letzten Endes zwar der Anlass für die detaillierte Überprüfung der drei im Verfahren vorgelegten Angebote, hätte aber für eine allfällige Zuschlagserteilung keine Beachtung finden können und dürfen. Letztendlich hat sich für das „vierte Angebot“ ergeben, dass es einer vertieften Angebotsprüfung gar nicht Stand gehalten hätte und als spekulativ auszuscheiden gewesen wäre. Dies hat aber erst die Prüfung des im Nachprüfungsverfahren bestellten Sachverständigen ergeben.

Dieser Sachverständige hat die Angebotsprüfung des Sachverständigen Dipl.-Ing. W überprüft und für durchaus nachvollziehbar befunden. Auch in der Gutachtenserörterung vor dem erkennenden Gericht hat er diese Angebotsprüfung für nachvollziehbar befunden. (Tonbandprotokoll ON 39)

Das Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. W steht somit im Einklang mit dem Gutachten des im Nachprüfungsverfahren bestellten Sachverständigen Dipl.-Ing. F. Nachdem somit zwei voneinander unabhängige Sachverständige bestätigt haben, dass die angebotenen Preise nicht den marktüblichen Preisen

entsprechen, folgt auch das erkennende Gericht diesem Ergebnis der Sachverständigengutachten.

III.11. Der gerichtlich bestellte Sachverständige führte in seinem schriftlichen Gutachten (ON 32) zusammengefasst aus, dass die in der Angebotsprüfung des Zeugen Dipl.-Ing. E W angeführten Detailprüfungen durchaus nachvollziehbar sind. In einigen Positionen wurde ein eher unterpreisiges Angebot gemacht, in anderen Positionen ein hochpreisiges Angebot. Im gesamten sind die Preise sehr hoch, wobei natürlich die Preisfindung immer noch im Aufgabengebiet des Bieters liegen sollte. Aufgefallen ist jedoch ebenso, dass bei den drei Bietern die Preisfindung annähernd gleich ist. Im Gesamten betrachtet ist festzuhalten, dass die angeführten Preise wirtschaftlich nur für die Bieter gut sind, für den Auftraggeber doch ein wenig überhöht sind.

Zu den Listenpreisen führte der Sachverständige an, dass teilweise Preise sehr überhöht sind, auch ein wenig über den Listenpreisen und wiederum andere Positionen mit einem durchaus üblichen Rabatt versehen sind. Händlerrabatte sind meist eine Verhandlungssache zwischen den Lieferanten und der Firma, wobei diese nicht unbedingt an den Endkunden weitergegeben werden müssen. Rabatte werden mit den Firmen ausgehandelt, wobei diese auch vom Einkaufsvolumen abhängig sind. Normalerweise werden abhängig von Produktgruppen Nachlässe von Listenpreisen in zweistelligen Prozentsätzen an den Auftraggeber weitergegeben, z.B. bei Leitungen, Kabeln und dgl. kann der Nachlass durchaus 30-40% betragen.

Beim vierten Bieter sind die Preise teilweise die Einkaufspreise des Anbieters. Die angebotenen Arbeitsleistungen sind zum Großteil nicht nachvollziehbar, wenn der Unternehmer mit einem durchschnittlichen Stundensatz eines Arbeitnehmers von 40-48 Euro netto in der Stunde rechnet. Materialpreise sind teilweise zu niedrig, z.B. beim Überspannungsschutz, Hauptleitungsklemme; Arbeitspreise z.B. beim Verteiler, Zählersteckleiste, Hauptleitungsklemme, Mastaufstellen. Aus Sicht des Sachverständigen ist dieses Angebot für die anbietende Firma eine Minus-Kalkulation mit der Hoffnung, dass Regieleistungen anfallen werden, wobei diese bei den angeführten Arbeiten eher unüblich sind.

Normalerweise werden im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung Bieter ausgewählt, welche dem Auftraggeber bekannt sind und als zuverlässig gelten. Da es kein Nachverhandeln gibt, ist normalerweise anzunehmen, dass die Preise durchaus schon sehr niedrig kalkuliert werden, um den Auftrag zu erhalten.

III.12. Die Preisgestaltung, Marktüblichkeit, die Gewährung von Händlerrabatten an Bieter und die Weitergabe von Händlerrabatten an Auftraggeber wurde in der

Gutachtenserörterung mit dem Sachverständigen umfassend erörtert. Der Sachverständige war in der Lage, die an ihn gerichteten Fragen ohne Umschweife nachvollziehbar zu beantworten. Die von den Parteien vorgelegten Fragenkataloge wurden von ihm vollständig beantwortet und auch die von den Parteien an ihn gerichteten, sich im Rahmen der Gutachtenserörterung ergebenden Zusatzfragen erläutert. Insgesamt ergaben sich im Ergebnis Angebotspreise, die aus Sicht der Auftraggeberin überhöht waren.

III.13. Über das genaue Zustandekommen der ähnlichen Preisstruktur können trotz umfangreicher Erhebungen - einer vertieften Angebotsprüfung der Auftraggeberin, eines im Nachprüfungsverfahren eingeholten Sachverständigengutachtens samt umfassender Gutachtenserörterung anhand von Fragenkatalogen der Antragstellerin und der Auftraggeberin, Zeugenvernehmungen, Einsicht in den Vergabeakt, etc. - keine definitiven Sachverhaltsfeststellungen getroffen werden. Zahlreiche Erwägungen bleiben bloße Mutmaßungen. Ein Beweis für Preisabsprachen liegt nicht vor. Genauso könnten z.B. Materialkosten branchenüblich nicht anders zu berechnen sein, insbesondere im Hinblick auf die allfällige Höhe von Händlerrabatten und deren Weitergabe an die Auftraggeberin. Auch das äußerst detaillierte Leistungsverzeichnis mag an manchen Stellen wenig Spielraum für preisliche Abweichungen bieten. Allenfalls könnte auch der Wechsel des Mitarbeiters der Antragstellerin zur Mitbewerberin eine Rolle spielen. Letztendlich blieb auch im Dunkeln, auf welchem Weg der „vierte Bieter“ Kenntnis vom gegenständlichen Vergabeverfahren erlangt hat - und mehr noch er auch das gesamte Leistungsverzeichnis zur Verfügung hatte, um ebenfalls ein Angebot zu erstellen; wenngleich dieses letzten Endes als spekulativ zu qualifizieren ist.

Im Ergebnis bleibt aber in objektiver Hinsicht, dass sämtliche Angebotsgesamtpreise für die Auftraggeberin überhöht sind. Inwiefern dies ausreicht, um einen Widerruf zu rechtfertigen, ist eine Frage der rechtlichen Beurteilung.

IV. Rechtslage:

IV.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinde. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG. Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs. 1 leg. cit.

IV.2. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

IV.3. Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. von ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und 2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

IV.4. Gemäß § 19 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 513/2013, sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 und 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idgF, sind Vergabeverfahren Verfahren zur Beschaffung von Leistungen im öffentlichen Bereich bzw. Sektorenbereich.

IV.5. Gemäß § 135 Abs. 1 BVergG endet das Vergabeverfahren mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf des Vergabeverfahrens.

§ 139 BVergG regelt die Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist.

Gemäß Abs. 1 leg. cit. ist nach Ablauf der Angebotsfrist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn 1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder 2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen

Ausschreibung geführt hätten, oder 3. kein Angebot eingelangt ist, oder 4. nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt. Gemäß Abs. 2 leg. cit. kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn 1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder 2. nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt, oder 3. dafür sachliche Gründe bestehen.

V. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hierzu erwogen:

Gegenständlich ist die Frage zu beantworten, inwiefern der Widerruf der Auftraggeberin sachlich gerechtfertigt und damit rechtmäßig ist oder ob eine sachliche Rechtfertigung im Sinne des § 139 BVergG nicht gegeben und die Widerrufsentscheidung vom 9. März 2017 daher für nichtig zu erklären ist.

V.1. Zur Widerrufsentscheidung:

V.1.1. Zur Beurteilung des gegenständlichen Widerrufs kommen die Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist in Betracht. Gegenständlicher Sachverhalt ist auf den fakultativen Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG hin zu überprüfen; wenn sachliche Gründe bestehen, im vorliegenden Fall die fehlende budgetäre Deckung bzw. die Frage der Preisbildung der eingelangten Angebote.

V.1.2. Zur Auslegung der Gründe gemäß § 139 BVergG kann zunächst auf die *erläuternden Bemerkungen bzw. die Materialien zur Regierungsvorlage Beilage Nr. 1171 der XXII. GP* zurückgegriffen werden.

Diese führen Nachfolgendes aus:

„Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (z.B. erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Deckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs. 1 fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte. Ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Abs. 2 erstreckt sich auf jene Konstellationen, in denen nachträglich (d.h. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Im Hinblick auf die einschlägige ständige Judikatur des EuGH (Rs C-27/98, C-92/00 und C-244/02) ist darauf hinzuweisen, dass an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. (Der EuGH hat in der Rs C-244/04 ausgesprochen,

dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien ‚nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie explizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden.' Weiters hat der EuGH ausgeführt, … ‚dass ein Auftraggeber, der beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen'). Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen, etwa aufgrund neuer Technologien notwendig wären, die budgetäre Deckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich ändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (z.B. unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem Auftraggeber möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen. In jenen Fällen, in denen die Mitteilung über die Widerrufsentscheidung (u.a. kurz) vor Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist erfolgt und im darauffolgenden Nachprüfungsverfahren die Widerrufsentscheidung für nichtig erklärt wurde, kann ein (nochmaliger) Widerruf sachlich gerechtfertigt sein, wenn aufgrund der Widerrufsentscheidung Unternehmer es unterlassen haben, Angebote zu legen bzw. auszuarbeiten oder Unternehmer keine Teilnahmeanträge eingereicht haben (zur Vermeidung von aus ihrer Sicht frustrierten Aufwendungen) und der Auftraggeber deshalb einen zu geringen bzw. eingeschränkten wirtschaftlichen Wettbewerb befürchtet. Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter ‚vergebliche' Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gründe gemäß Abs. 1 und 2 auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl. dazu auch die Fallkonstellation im Verfahren C-244/02). In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig."

V.1.3. In der Rechtssache *C-244/02* lag der Sachverhalt zu Grunde, dass der Auftraggeber Zusatzkosten nicht berücksichtigt hatte und diese Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung vom Auftraggeber zu verantworten war. Trotzdem kann ein Auftraggeber das Vergabeverfahren abbrechen, wenn er nach Prüfung und Vergleich der Angebote feststellt, dass die Ausschreibungsbedingungen es aufgrund von Fehlern, die ihm selbst bei seiner vorher durchgeführten Bewertung unterlaufen sind, nicht zulassen, den Auftrag in der wirtschaftlich günstigsten Weise zu vergeben, sofern er bei seiner Entscheidung die Grundregeln des gemeinschaftlichen Vergaberechts, wie den Grundsatz der Gleichbehandlung, beachtet (vgl.

UVS OÖ 13.10.2006, VwSen-550288/15/Kl/Pe; UVS OÖ 5.6.2009, VwSen-550467/14/Kl/RSt; UVS OÖ 10.12.2008, VwSen-550428/5/Wim/Ps).

V.1.4. Ungeachtet dessen, dass sowohl die erläuternden Bemerkungen als auch die Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden keinen besonders strengen Maßstab an die Beurteilung von Widerrufsgründen legen, darf dies nicht dazu führen, dass der Widerruf eines Vergabeverfahrens im Belieben des Auftraggebers steht.

So setzte sich zum Beispiel *Elsner* umfassend mit der Bedeutung der Widerrufsgründe, insbesondere auch den fakultativen Widerrufsgründen und Fällen, in denen ein sachlicher Grund für einen Widerruf oder gerade eben kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliegt, auseinander. Demnach liegt ein sachlicher Grund für einen Widerruf jedenfalls dann nicht vor, wenn durch den Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ermöglicht werden soll oder wenn durch den Widerruf eine Wiederholung des Vergabeverfahrens und damit eine Zuschlagserteilung an den „Wunschbieter“ erreicht werden soll (*Elsner, Bekämpfbarkeit eines Widerrufs im BVergG 2006, 297 ff (301); Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, §§ 138, 139 Rz 38*).

Weitere Fälle, die keinen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen, sind der (bloße) Ablauf der Zuschlagsfrist, die lange Dauer der Angebotsprüfung, die Ausscheidung des an zweiter Stelle liegenden Angebots, eine tatsächlich nicht vorliegende Unangemessenheit der Angebote oder eine fehlerhafte Verlesung im Rahmen der Angebotsöffnung, wenn dieser Fehler auf den Ausgang des Verfahrens keinen Einfluss hatte (*Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, §§ 138, 139 Rz 38*).

Ob also ein sachlicher Grund vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur „Problembehebung“ darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen; dies entbindet den Auftraggeber freilich nicht davon, die faktischen Grundlagen seiner Entscheidung sorgfältig zu ermitteln. Ein Widerruf ist jedenfalls nur dann zulässig, wenn er im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens erfolgt. Ein Widerruf, der willkürlich (ohne Bestehen eines sachlichen Grundes) oder missbräuchlich erfolgt, ist rechtswidrig. Nach den *erläuternden Bemerkungen* [siehe oben] erstreckt sich der fakultative Widerruf „auf jene Konstellationen, in denen nachträglich (d.h. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Derartige Umstände, die zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch nicht bestanden haben, sind nach den Erläuterungen vom zwingenden Widerruf nicht erfasst. Aus dem Gesetz kann jedoch nicht abgeleitet werden, dass es für die Zulässigkeit des fakultativen Widerrufs (Abs. 2) auf den Zeitpunkt des Entstehens der „Umstände“ ankäme. Ein Widerruf ist immer dann

zulässig, wenn sachliche Gründe vorliegen; dabei ist es unerheblich, zu welchem Zeitpunkt die Umstände, die zum Widerruf führen, entstanden sind. Somit kann auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden hat, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen (*Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, §§ 138, 139 Rz 25 ff; VwGH 29.03.2006, 2006/04/0019*).

Wenn aber Umstände hervorkommen, welche zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, so stellt sich nicht bloß die Frage nach einem fakultativen Widerruf beim Vorliegen sachlicher Gründe gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG, sondern sogar die Frage nach einem zwingenden Widerruf gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG. Dieser zwingende Widerruf betrifft Fälle, in denen im Zeitpunkt der Ausschreibung wesentliche Grundlagen für das Vergabeverfahren gefehlt haben („Wurzelmängel“), was erst nach Beginn desselben hervorkommt. Die Fortführung des Vergabeverfahrens würde den Interessen der Allgemeinheit sowie der gebotenen Gleichbehandlung der Bewerber und Bieter zuwiderlaufen. Nach den erläuternden Bemerkungen sind Umstände erfasst, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste („nova reperta“). Dieses Abstellen auf den Zeitpunkt, zu dem die Umstände entstanden sind, wurde von der Rechtsprechung - soweit ersichtlich - bisher übernommen (*Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, §§ 138, 139 Rz 9 ff, FN 24; VwGH 29.03.2006, 2006/04/0019*).

Nach dem Gesetzeswortlaut ist weiters zu prüfen, dass diese „Umstände“ nach Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt werden und ob sie - wären sie bereits bei Einleitung bekannt gewesen - eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Dies kann nicht allein nach dem subjektiven Verständnis der für den Auftraggeber handelnden Personen beantwortet werden. Die Bestimmungen zum zwingenden Widerruf dienen insbesondere auch dem Schutz der Allgemeinheit und der Bewerber und Bieter. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen ist daher zu „objektivieren“: Damit verpflichten jene Umstände zu einem Widerruf, die für die „Maßfigur“ eines besonnenen Auftraggebers eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, selbst dann, wenn diese Umstände im konkreten Fall bewusst in Kauf genommen wurden. Voraussetzung für einen Widerruf gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG ist somit, dass Umstände bekannt werden, die zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden haben, die der Auftraggeber damals jedoch nicht kannte oder nicht berücksichtigt hat; diese Umstände, wären sie berücksichtigt worden, zu keiner oder inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten oder führen hätten müssen; keine Möglichkeit zur „Sanierung“ der Ausschreibung besteht (*Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, §§ 138, 139 Rz 12, 15*). „Wesentlich anders“ kann eine Ausschreibung insbesondere im Hinblick auf den Leistungsgegenstand und seine Beschreibung sein (*Stickler/Zellhofer in*

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, §§ 138, 139 Rz 14).

V.1.5. Auch aus der mittlerweile aufgehobenen Bestimmung des § 105 BVergG 2002 (BGBl. I Nr. 99/2002 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 17/2006) lassen sich Rückschlüsse für die sachliche Rechtfertigung eines Widerrufs - insbesondere im Hinblick auf den Preis bzw. die Kostenschätzung - gewinnen.

§ 105 Abs. 1 BVergG 2002 sah vor, dass nach Ablauf der Angebotsfrist die Ausschreibung zu widerrufen war, wenn Umstände bekannt wurden, die, wären sie schon vor der Ausschreibung bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. § 105 Abs. 2 BVergG 2002 bestimmte, dass eine Ausschreibung widerrufen werden konnte, wenn, 1. nur ein Angebot eingelangt war, 2. nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 98 nur ein Angebot verblieben war, oder 3. andere für den Auftraggeber schwerwiegende Gründe bestanden, die den Widerruf sachlich rechtfertigten. Ein Widerruf zu dem alleinigen Zweck, eine neuerliche Ausschreibung zu ermöglichen, um einen Angebotspreis zu reduzieren, war sachlich nicht gerechtfertigt.

In diesem Sinne entschied das *Landesverwaltungsgericht Oberösterreich* in seinem *Erkenntnis vom 11. September 2015, GZ: LVwG-840061/5/Kl/IH*:

„Als Beispiele für Fälle, in denen kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorliegt, nennen Stickler/Zellhofer unter anderem, dass durch den Widerruf eine Wiederholung des Vergabeverfahrens und damit eine Zuschlagserteilung an den ‚Wunschbieter' erreicht werden soll. In § 105 Abs. 2 Z 3 BVergG 2002 war festgelegt, dass ein Widerruf jedenfalls dann nicht sachlich gerechtfertigt ist, wenn er zu dem alleinigen Zweck erfolgt, eine neuerliche Ausschreibung zu ermöglichen, um den Angebotspreis zu reduzieren. Diese ‚Sonderregel' wurde im BVergG 2006 nicht übernommen. Dennoch ist auch nach dem BVergG 2006 ein Widerruf zum Zweck des ‚Preisstechens' als Verstoß gegen den Grundsatz des lauteren Wettbewerbs nicht zulässig. Zu § 139 Abs. 2 Z 1 und Z 2 BVergG wird in Rz 40 angeführt, dass Grund der Regelung ist, dass der Zuschlagsempfänger in einem Vergabeverfahren nach Möglichkeit in einem Bieterwettbewerb ermittelt werden soll. Liegt nur ein zuschlagsfähiges Angebot vor, so fand ein solcher Wettbewerb regelmäßig nicht statt. Der Auftraggeber hat das ihm eingeräumte Ermessen - wie allgemein - im Sinn des Gesetzes auszuüben. Es sind Fälle denkbar, in denen ein Widerruf der Ausschreibung trotz Vorliegens nur eines Angebotes nicht zulässig ist, z.B. wenn mehrere Angebote eingelangt sind und alle bis auf das bestbewertete Angebot aus formalen Gründen ausgeschieden werden."

V.1.6. Ebenso setzte sich das (ehemalige) *Bundesvergabeamt* in seiner *Entscheidung vom 4. Februar 2013, GZ: N/0117-BVA/14/2012-34,* mit dem Vorliegen sachlicher Widerrufsgründe auseinander:

„Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist u.a. insbesondere mit der Begründung gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG widerrufen, dass die Angebotspreise die Kostenschätzung erheblich überschritten hätten, sodass die budgetäre Deckung nicht gegeben sei.

Wie eingangs wiedergegeben, unterscheidet der Gesetzgeber zwischen Konstellationen, die den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung verpflichten, und Situationen, die diesen lediglich zum Widerruf berechtigen (siehe hierzu ausführlich bereits BVA vom 7.9.2004, 16F-5/04- 9). Ein zwingender Widerrufsgrund ist dann gegeben, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon früher bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Nach den Materialien zum BVergG handelt es sich bei diesen, den Widerruf verpflichtend nach sich ziehenden Gründen, um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, von denen der Auftraggeber allerdings nichts wusste. Exemplarisch wird etwa eine nachträglich zur Kenntnis gelangende Budgetkürzung angeführt (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). In der Rechtsprechung wurden bislang beispielsweise das Fehlen jeglicher Zuschlagskriterien bei bestandsfester Festlegung auf das Bestbieterprinzip (VwGH 1.10.2008, Zl. 2004/04/0237), die Festsetzung rechtswidriger Zuschlagskriterien (BVA 20.7.2007, 04N-1/05-28), eine falsche Verfahrenswahl (BVA 24.2.2003, 06N-05/03-13) sowie das Vorliegen fehlerhafter Massenangaben in einer Vielzahl von Positionen (BVA 3.2.2003, 12N-58/02-38) als zwingende Widerrufsgründe gewertet. Bei den genannten Fällen handelt es sich somit grundsätzlich um Fehler bei der Ausgestaltung der Ausschreibung.

Die Frage, ob ein zwingender Grund für den Widerruf der Ausschreibung vorliegt, d.h. Umstände, die, wären sie schon vor der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, ist ausschließlich nach objektiven Kriterien zu lösen.

Die Gruppe der fakultativen Widerrufsgründe räumt demgegenüber dem Auftraggeber hinsichtlich der Wahrnehmung ein Ermessen ein. Entsprechend den Gesetzesmaterialien sollen damit Konstellationen erfasst werden, ‚in denen nachträglich (d.h. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen' (VwGH 29.3.2006, 2006/04/0019). Aus dem Gesetz kann nicht abgeleitet werden, dass es für die Zulässigkeit des fakultativen Widerrufs auf den Zeitpunkt des Entstehens der Umstände ankäme. Ein fakultativer Widerruf ist vielmehr immer dann zulässig, wenn sachliche Gründe hiefür vorliegen. Dabei ist es unerheblich, zu welchem Zeitpunkt die Umstände, die zum Widerruf führen, entstanden sind. Somit kann auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden hat, einen sachlichen Widerrufsgrund darstellen (vgl. Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 30).

Der Gesetzgeber betont unter Hinweis auf die ständige Judikatur des EuGH (vgl. Rs C-27/98, Rs C-92/00, Rs C-244/02), dass an die Bestimmung des § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG kein strenger Maßstab anzulegen und sohin das Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände nicht geboten sei (EBRV 1171 Big Nr. XXII GP 89). So werden beispielhaft das Entstehen neuer Technologien während des laufenden Vergabeverfahrens, welches eine Änderung der Ausschreibung erfordert, eine wesentliche Veränderung der Bieterstruktur, wie auch der Fall, dass zu festgestellten überhöhten Preisen angeboten wird und der Auftraggeber Preisabsprachen vermutet, ins Treffen geführt.

Einzige Voraussetzung für die Zulässigkeit des fakultativen Widerrufs ist das Vorliegen eines (oder mehrerer) ‚sachlicher Gründe'. Der Gesetzgeber nützt damit den ‚gemeinschaftsrechtlichen Spielraum' zur Gänze aus. Die Bestimmung dient der Klarstellung, da ohnehin jede Handlung des Auftraggebers im Einklang mit den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs. 1 BVergG) zu stehen hat und damit dem Sachlichkeitsgebot unterliegt.
Als finanzieller oder wirtschaftlicher sachlicher Grund iSd § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG ist auch der Fall anzusehen, dass die Angebote die marktüblichen Preise um 20% überschreiten (OGH 3.2.2000, 2 Ob 20/00f) oder die billigsten Angebote die Schätzkosten um 24% übersteigen und damit die budgetäre Deckung nicht mehr gegeben ist (vgl. Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 34).
So hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008, Zl. 2008/04/0109, - unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 28.1.2008, Zl. 2008/04/0001, mit dem Hinweis, dass diesem sogar die enger gefassten Widerrufsgründe des § 139 BVerG zu Grunde lagen, explizit ausgesprochen, dass er keine Bedenken gegen die Ansicht hegt, dass die Überschreitung des genehmigten Budgets einen Umstand darstellt, der einen sachlichen Widerrufsgrund iSd § 278 BVergG darstellt. Vgl. weiters das Erkenntnis des VwGH vom 25.9.2012, Zl. 2008/04/0054, wonach im Falle fehlender budgetärer Bedeckung eine allfällige Rechtswidrigkeit der bekämpften Widerrufsentscheidung nicht mehr wesentlich iSd § 15 Abs. 1 NÖ VNPG (Anm.: vgl. gleichlautend § 325 Abs. 1 BVergG) ist.
Ob ein sachlicher Grund vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur ‚Problembehandlung' darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen.
Dies hat auch der VwGH jüngst in seinem Beschluss vom 18.10.2012, Zl. 2012/04/0123, bestätigt, indem er unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 28.1.2008, Zl. 2008/04/0001, ausführt, dass an die Bestimmungen über den Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist und weiters, dass Widerrufsgründe auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft verursacht wurden, in welchem Fall der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet ist, aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes schadenersatzpflichtig wird.
Gründe für den Widerruf einer Ausschreibung liegen somit auch dann vor, ‚wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) herbeigeführt wurden' (EBRV 1171 Big Nr. XXII. GP 89). Der Auftraggeber wird diesfalls unter Umständen jedoch schadenersatzpflichtig. Die Frage, ob ein den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigender Grund vorliegt, ist hingegen allein nach objektiven Kriterien zu lösen. Für die Zulässigkeit eines Widerrufs kommt es nach dem Wortlaut der Regelungen der §§ 138f BVergG auch nicht darauf an, ob der Widerrufsgrund vom Auftraggeber zu vertreten ist oder nicht (vgl. OGH 24.5.2005, 4 Ob 86/05h).
Der Entscheidung des EuGH in der Rs C-244/02 lag etwa der Sachverhalt zugrunde, dass der Auftraggeber Zusatzkosten nicht berücksichtigt hat und diese Fehlerhaftigkeit der Ausschreibung vom Auftraggeber zu verantworten war. Dessen ungeachtet ist der Auftraggeber berechtigt, das Vergabeverfahren abzubrechen, wenn er nach Prüfung und Vergleich der Angebote feststellt, dass die Ausschreibungsbedingungen aufgrund von Fehlern, die ihm selbst bei seiner vorher durchgeführten Bewertung unterlaufen sind, es nicht zulassen, den Auftrag in der wirtschaftlich günstigsten Weise zu vergeben, sofern er bei seiner Entscheidung die Grundregeln des gemeinschaftlichen Vergaberechts beachtet.
Im vorliegenden Fall wirft der Antragsteller dem Auftraggeber unsachgemäße und sorgfaltswidrige Durchführung der Kostenschätzung vor.

Gemäß § 13 Abs. 3 BVergG ist der geschätzte Auftragswert der auszuschreibenden Leistung ohne Umsatzsteuer vom Auftraggeber vor der Durchführung des Vergabeverfahrens sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber.
Unter dem sachkundig ermittelten Auftragswert ist jener Wert zu verstehen, ‚den ein umsichtiger und sachkundiger öffentlicher Auftraggeber (unter Umständen) nach sorgfältiger Prüfung des relevanten Marktsegmentes und im Einklang mit den Erfordernissen betriebswirtschaftlicher Finanzplanung bei der Anschaffung der vergabegegenständlichen Leistungen veranschlagen würde' (vgl. BVA 4.12.1997, F-10/97, EBRV 1171 Big Nr. XXII. GP 34).
Ist der Auftraggeber zu einer sachkundigen Schätzung mit Eigenressourcen nicht in der Lage, so hat er entsprechend externe sachkundige Dritte beizuziehen (EBRV 1171 Big Nr. XXII. GP 34)."

V.1.7. Der Verwaltungsgerichtshof setzt sich in seiner höchstgerichtlichen Rechtsprechung mit der Fragestellung der Überprüfung der Preisbildung auseinander.

V.1.7.1. VwGH 25.9.2012, 2008/04/0054:

In diesem Verfahren wurde die Entscheidung der Auftraggeberin, das Vergabeverfahren betreffend das Bauvorhaben einer Abwasserbeseitigungsanlage widerrufen zu wollen, für nichtig erklärt. Als Widerrufsgrund hatte die Auftraggeberin die „wesentliche Kostenüberschreitung" angegeben. Zur Beurteilung dieses Widerrufsgrundes führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

„[...]
3. Zum Widerrufsgrund:
Im vorliegenden Fall hat die Beschwerdeführerin in ihrem Schreiben vom 14. Dezember 2007 die Absicht zum Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs. 1 BVergG 2006 bekannt gegeben und als Begründung ‚wesentliche Kostenüberschreitung' angeführt. Die Beschwerdeführerin ist damit zutreffend davon ausgegangen, dass generell überhöhte Preise einen Widerrufsgrund (wenngleich im Sinne des § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006) darstellen.
4. Begründungsmangel:
Wie dargestellt wird in der Begründung des angefochtenen Bescheides nach der Darstellung des Verfahrensgeschehens zunächst als Sache des Vergabekontrollverfahrens der Widerruf (gemeint die Widerrufsentscheidung) der Beschwerdeführerin mit der zugehörigen Begründung ‚wesentliche Kostenüberschreitung' genannt und sodann (nach Wiedergabe des § 139 BVergG 2006) ausgeführt, dass die Rechtmäßigkeit dieser Entscheidung davon abhänge, ob das Angebot der mitbeteiligten Partei (das den niedrigsten Angebotspreis aufgewiesen habe) die von der Beschwerdeführerin für das Bauvorhaben geschätzten Kosten überschreite. Danach finden sich im angefochtenen Bescheid aber keinerlei Feststellungen betreffend den entscheidungsrelevanten Sachverhalt, insbesondere fehlen Feststellungen betreffend den Angebotspreis der mitbeteiligten Partei und die geschätzten Kosten den Bauvorhabens (vgl. zur erforderlichen Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes die bei Walter/Thienel, Verwaltungsverfahrensgesetz I2 unter E 75ff. zu § 60 AVG referierte Judikatur). Auch dieser Feststellungsmangel belastet den angefochtenen

Bescheid mit einem wesentlichen Verfahrensmangel, wird doch dadurch dem Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit genommen, den angefochtenen Bescheid auf der Grundlage des von der belangten Behörde angenommenen Sachverhalts (§ 41 VwGG) zu überprüfen.
5. Inhaltliche Rechtswidrigkeiten:
5.1. Soweit die belangte Behörde meint, sie könne die der gegenständlichen Widerrufsentscheidung zu Grunde liegende Kostenschätzung der Beschwerdeführerin nicht nachkontrollieren, ist ihr zu entgegnen, dass es gemäß § 39 Abs. 2 AVG sehr wohl zu den Aufgaben der belangten Behörde zählt, den maßgebenden Sachverhalt amtswegig zu ermitteln. Entgegen ihrer Rechtsauffassung hätte die belangte Behörde daher die im Vergabekontrollverfahren strittige Frage, ob die Kostenschätzung der Beschwerdeführerin im vorliegenden Fall eine taugliche Vergleichsgrundlage für die Annahme einer wesentlichen Überhöhung der Angebotspreise darstellt und ob eine solche Überhöhung vorlag, erforderlichenfalls unter Beiziehung eines Sachverständigen beurteilen müssen (vgl. die zur vertieften Angebotsprüfung ergangenen hg. Erkenntnisse vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082, und vom 22. Juni 2011, Zl. 2007/04/0076, wonach die Vergabekontrollbehörde die Preisangemessenheit in der Regel mit Hilfe eines Sachverständigengutachtens zu ermitteln hat).
[...]“

V.1.7.2. VwGH 17.9.2014, 2012/04/0016:

Auch in diesem Verfahren war die Prüfung der Angemessenheit der Preise das wesentliche Verfahrensthema. Zur Überprüfung der Angemessenheit der Preise führte der Verwaltungsgerichtshof aus:

„4.1. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur vertieften Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 ist es Aufgabe des Auftraggebers, die Angemessenheit der Preise (gegebenenfalls im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung) zu beurteilen. Die Vergabebehörde hat nicht nur zu prüfen, ob die betriebswirtschaftliche Erklär- und Nachvollziehbarkeit von sachkundigen Personen auf Grund ausreichend detaillierter Unterlagen geprüft worden ist. Sie 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 zu prüfen, wobei im Einzelnen die in § 125 Abs. 4 Z 1 bis 3 BVergG 2006 genannten Kriterien maßgeblich sind. Da es sich hiebei 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. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2013, Zl. 2010/04/0070, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 22. November 2011, Zl. 2007/04/0201, mwN).
Die im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung zu beantwortende entscheidende Frage, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind, ist nach der Rechtsprechung in der Regel auf Grundlage eines Sachverständigengutachtens zu beantworten (vgl. das hg. Erkenntnis vom 25. September 2012, Zl. 2008/04/0054, mit Verweis auf das hg. Erkenntnis vom 25. Jänner 2011, Zl. 2008/04/0082).
4.3. Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin aufgrund der ungewöhnlich niedrigen Preis- und Aufwandsansätze im Angebot der Zuschlagsempfängerin eine vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt und ist im Wesentlichen zu dem Ergebnis gelangt, die Kalkulation

der Zuschlagsempfängerin sei plausibel und der von ihr angebotene Gesamtpreis kostendeckend.
Diesem Prüfungsergebnis ist die Beschwerdeführerin mit dem oben (Punkt 2.2.) zusammengefasst wieder gegebenen Vorbringen im Nachprüfungsantrag auf sachverständiger Ebene bezogen auf einzelne Positionen konkret entgegen getreten.
Die belangte Behörde hat im angefochtenen Bescheid im Wesentlichen das gutachterliche Ergebnis des Sachverständigen der Auftraggeberin, die Kalkulation der Zuschlagsempfängerin sei nachvollziehbar sowie der Preis plausibel, als schlüssig übernommen, ohne die entscheidungswesentliche Beurteilung durch eigene Feststellungen und darauf basierenden Schlussfolgerungen zu begründen. Vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtsprechung zeigt die Beschwerde daher zu Recht auf, dass es die belangte Behörde als Vergabekontrollbehörde in Verkennung der Rechtslage unterlassen hat, selbst jene Argumente nachzuprüfen, die von der Beschwerdeführerin gegen die Plausibilität des Preises der Zuschlagsempfängerin ins Treffen geführt wurden."

V.1.8. Insgesamt ist an die fakultativen Widerrufsgründe kein strenger Maßstab anzulegen. Einen Widerruf sachlich rechtfertigende Gründe liegen unter anderem dann vor, wenn die Angebotspreise die marktüblichen Preise um 20% überschreiten, generell überhöhte Preise vorliegen, mit der angebotenen Leistung die angestrebte Projektförderung, obgleich in der Ausschreibung nicht als zwingendes Kriterium festgelegt, nicht realisierbar ist oder die Angebotspreise den geschätzten Auftragswert beträchtlich überschreiten (*Sturm in Heid/Schiefer/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 1635 nwN*).

V.2. Umgelegt auf den gegenständlichen Fall bedeutet dies Folgendes:

V.2.1. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob ein zwingender Widerrufsgrund gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG oder zumindest jedenfalls sachliche Gründe für einen fakultativen Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen.

Eingangs ist festzuhalten, dass es nicht im Belieben des Auftraggebers steht, ein Vergabeverfahren zu widerrufen. Ein sachlicher Grund für einen Widerruf liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn durch den Widerruf ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung ermöglicht werden soll; wenn durch den Widerruf eine Wiederholung des Vergabeverfahrens und damit eine Zuschlagserteilung an den „Wunschbieter" erreicht werden soll; wenn durch ein „Preisstechen" der Angebotspreis reduziert werden soll; oder wenn nur die Marktlage erkundet werden soll.

Eine allzu großzügige Widerrufsoption muss ebenfalls vermieden werden; beispielsweise ein mehrfacher Widerruf bis zur Erzielung des gewünschten Ergebnisses oder die Verhinderung eines nicht gewollten Auftragnehmers bzw. das Vergabeverfahren so oft zu wiederholen, bis es zum gewünschten Ergebnis führt (Elsner in Sachs, Die Bekämpfbarkeit eines Widerrufs im BVergG 2006, S. 297 ff).

V.2.2. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist an die Anforderungen eines fakultativen Widerrufs kein strenger Maßstab anzulegen. Schwerwiegende oder gar außergewöhnliche Umstände sind nicht erforderlich. Explizit als Beispiele genannt wurden, dass die budgetäre Deckung nachträglich wegfällt, generell überhöhte Preise vorliegen, die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln, eine unvorhersehbare Verknappung der Ressourcen, ect. Wenn aber der nachträgliche Wegfall der budgetären Deckung einen sachlichen Widerrufsgrund darstellt, liegt erst recht ein Widerrufsgrund vor, wenn sich später herausstellt, dass die budgetäre Deckung von vorneherein nicht vorhanden war.

V.2.3. Widerrufsentscheidungen unterliegen den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts; willkürliche Widerrufsentscheidungen sollen dadurch verhindert werden (Elsner in Sachs, Die Bekämpfbarkeit eines Widerrufs im BVergG 2006, S. 297 ff).

V.2.3.1. *GA S* führte dazu in seinen *Schlussanträgen vom 25. März 1999, Rs C-27/98, M F* Folgendes aus:

„Wie bereits erwähnt, ist das Gericht erster Instanz in Bezug auf eine Ausschreibung des Europäischen Parlaments betreffend Beförderungsleistungen mittels Kraftfahrzeugen mit Chauffeur kürzlich ebenfalls zu dem Ergebnis gelangt, dass die Befugnis des Auftraggebers, die Ausschreibung zu widerrufen, nicht durch die Richtlinie ausgeschlossen ist. In einem Sachverhalt, der anders gelagert war als der vorliegende (tatsächlich lagen nicht nur ein, sondern mehrere Angebote vor), hat das Gericht entschieden, dass ‚der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist, ein Verfahren zur Auftragsvergabe abzuschließen' (Randnr. 54 des Urteils), und hierzu ausgeführt, dass ein öffentlicher Auftraggeber in dieser Frage über ein weites Ermessen verfüge, das eben nur auf Willkürlichkeit der Entscheidung überprüfbar sei (Randnr. 60). Dabei ging es zwar nur um die Richtlinie betreffend Dienstleistungen, doch ist dieser Grundsatz sicher auf die Richtlinie betreffend Bauaufträge und überhaupt alle anderen Vergaberichtlinien übertragbar, denn es handelt sich um einen allgemeinen Grundsatz, der sich den rechtlichen Traditionen der Mitgliedstaaten entnehmen lässt und dessen Beachtung durch die Vergaberichtlinien beabsichtigt ist. [...] Um auf den konkret vorliegenden Fall zurückzukommen: Der Widerruf der Ausschreibung könnte dann willkürlich sein, wenn der Auftraggeber sie nicht deswegen aufhebt, um eine weniger aufwendige technische Lösung als die ursprünglich vorgesehene zu wählen, wie vorliegend tatsächlich geschehen, sondern wegen angeblich fehlender Geeignetheit des Angebots, das zwar zunächst als ungewöhnlich niedrig bewertet worden war, aber doch der kontradiktorischen Prüfung nach Artikel 30 Absatz 4 der Richtlinie genügt hatte."

Daran anknüpfend kam der *EuGH* in dieser Rechtssache in seinem *Urteil vom 16. September 1999* zu dem Ergebnis, dass, „*was zum einen die Bestimmungen der Richtlinie 93/37 betrifft, auf die sich die Antragstellerin berufen hat, der Auftraggeber den Bewerbern und Bietern nach Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 so rasch wie möglich die bezüglich der Auftragsvergabe getroffenen Entscheidungen sowie die Gründe mitteilen muss, aus denen er beschlossen hat, einen Auftrag, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, nicht zu vergeben*

oder das Verfahren von neuem einzuleiten. Diese Bestimmung sieht nicht vor, dass ein solcher Verzicht nur in Ausnahmefällen oder bei Vorliegen schwerwiegender Gründe erfolgen dürfte. [...] Sonach macht die Richtlinie 93/37 die Ausübung der dem Auftraggeber stillschweigend verliehenen Befugnis, auf die Vergabe eines Auftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten oder das Vergabeverfahren von neuem einzuleiten, nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder außergewöhnlicher Umstände abhängig" (Randnr. 23, 25).

V.2.3.2. Seine Rechtsprechung fortführend stellte der *EuGH* in seinem *Urteil vom 18. Juni 2002, Rs C-92/00, H I,* klar, dass *„der Gerichtshof sich bereits im Zusammenhang mit der Richtlinie 93/07/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) in der Fassung der Richtlinie 97/52 (nachfolgend: Richtlinie 93/37), die in ihrem Artikel 8 Absatz 2 eine dem Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 entsprechende Bestimmung enthält, zum Umfang der Verpflichtung, die Gründe für den Verzicht auf die Vergabe eines Auftrags mitzuteilen, geäußert hat. Insbesondere hat der Gerichtshof in seinem Urteil vom 16. September 1999 in der Rechtssache C-27/98 (F und L, Slg. 1999, I-5697, Randnrn. 23 und 25) festgestellt, dass nach Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 die dem Auftraggeber stillschweigend verliehene Befugnis, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden hat, zu verzichten, weder auf Ausnahmefälle begrenzt ist noch auf schwerwiegende Gründe gestützt werden muss. Folglich muss nach Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 der Auftraggeber, wenn er beschließt, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen, er ist danach aber nicht verpflichtet, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen. [...] Der Verpflichtung nach Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 zur Mitteilung der Gründe für die Entscheidung über den Widerruf der Ausschreibung liegt genau dieses Bemühen zugrunde, ein Mindestmaß an Transparenz bei den Verfahren zur Vergabe der Aufträge, für die diese Rechtlinie gilt, und somit die Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes sicherzustellen"* (Randnrn. 40, 41, 46);
sowie in seinem *Beschluss vom 16. Oktober 2003, Rs-244/02, K*, dass *„sich der Gerichtshof bereits in Zusammenhang mit der Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge (ABl. L 199, S. 54) in der Fassung der Richtlinie 97/52 (im Folgenden: Richtlinie 93/37) und im Zusammenhang mit der Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge (ABl. L 209, S. 1) in der Fassung der Richtlinie 97/52 (im Folgenden: Richtlinie 92/59) zum Umfang der Verpflichtung, die Gründe für den Verzicht auf die Vergabe eines Auftrags mitzuteilen, geäußert hat; diese Richtlinien enthalten in Artikel 8 Absatz 2 bzw. Artikel 12 Absatz 2 Bestimmungen, die denen des Artikel 7 Absatz 2 der Richtlinie 93/36 im Wesentlichen entsprechen. Insbesondere hat der Gerichtshof in den Randnummern 23 und 25 seines Urteils F und*

L festgestellt, dass aus Artikel 8 Absatz 2 der Richtlinie 93/37 nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den einen Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden. Weiter hat der Gerichtshof in Randnummer 41 seines Urteils vom 18. Juni 2002 in der Rechtssache C-92/00 (HI, Slg. 2002, I-5553) ausgeführt, dass Artikel 12 Absatz 2 der Richtlinie 92/50 dahin auszulegen sei, dass ein Auftraggeber, der beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen. [...] Wie sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofes ergibt, verfolgen die Richtlinien 92/50, 93/36 und 93/37, die in ihrer Gesamtheit den harten Kern des Gemeinschaftsrechts über öffentliche Aufträge darstellen, in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen ähnliche Ziele (Urteil vom 17. September 2002 in der Rechtssache C-513/99, C B F, Slg. 2002, I-7213, Randnr. 90). Daher gibt es keinen Grund, Vorschriften, die in denselben Bereich des Gemeinschaftsrechts fallen und die im Wesentlichen übereinstimmen, unterschiedlich auszulegen (C B F, Randnr. 91). Somit ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass die Richtlinie 93/36 dahin auszulegen ist, dass ein öffentlicher Auftraggeber ein von ihm eingeleitetes Verfahren zur Vergabe eines Auftrags nach Maßgabe des niedrigsten Preises abbrechen kann, ohne den Auftrag zu vergeben, wenn er nach Prüfung und Vergleich der Angebote feststellt, dass die Ausschreibungs-bedingungen aufgrund von Fehlern, die ihm selbst bei seiner vorher durchgeführten Bewertung unterlaufen sind, nicht zulassen, den Auftrag in der wirtschaftlich günstigsten Weise zu vergeben, sofern er bei seiner Entscheidung die Grundregeln des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts wie den Grundsatz der Gleichbehandlung beachtet" (Randnrn. 28, 29, 30, 34, 35, 36).

V.2.3.3. Dass hinsichtlich der Widerrufsentscheidungen primär willkürliche Entscheidungen vermieden werden sollen, stellte auch das *Gericht erster Instanz* in seinem *Urteil vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache T-203/96, E L, Randnr. 60* klar:

„Die Klägerin hat zudem keine Gesichtspunkte vorgetragen, anhand deren sich feststellen ließe, dass das Parlament mit seiner Annahme, keines der erhaltenen Angebote sei gänzlich zufriedenstellend, einen schweren und offenkundigen Fehler begangen hätte. Soweit nämlich die Zweifel an der Kompetenz der von E eingestellten Fahrer ein maßgebender Grund für die Entscheidung des Parlaments waren, ihr Angebot nicht zu berücksichtigen, hat die Klägerin nicht nachgewiesen, dass das Parlament sich nicht innerhalb der Grenzen bewegt hat, die angesichts des ihm soweit zustehenden weiten Ermessens vertretbar sind."

V.2.3.4. Im vorliegenden Fall ist der von der Auftraggeberin ins Treffen geführte Widerrufsgrund, die angebotenen Preise wären im Hinblick auf die Marktlage

unangemessen, nicht als willkürlich zu qualifizieren. Immerhin haben die durchgeführte Angebotsprüfung des von der Auftraggeberin beigezogenen Sachverständigen und das im Nachprüfungsverfahren eingeholte Sachverständigengutachten die für die Auftraggeberin ungünstige Preisbildung bestätigt.

V.2.3.5. Auch der Budgetplanung kommt bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen stets eine wesentliche Bedeutung zu. Der Einsatz öffentlicher Mittel erfordert einen umsichtigen Umgang bei der Budgetplanung. Die Gewährung von Bedarfszuweisungsmitteln - wie im vorliegenden Fall - erfordert eine besonders genaue Budgetierung. Letztendlich stellen die budgetäre Deckung und die Preisbildung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ein wichtiges Allgemeininteresse dar.

Umgelegt auf einen maßgerechten Auftraggeber liegt auch darin ein objektiver Grund für einen Widerruf der Ausschreibung. Selbst dann, wenn keine der dargelegten Vermutungen die stärkeren Argumente für sich hat - bei objektiver Betrachtung ist der Widerruf die geeignete Handlungsalternative für die Auftraggeberin.

V.2.4. Die Frage von Vorarbeiten wurde ursprünglich von der Auftraggeberin nicht als Widerrufsgrund angeführt, auch im gesamten weiteren Verfahren wurde diese Frage zunächst nicht thematisiert. Erst der vom Gericht bestellte Sachverständige führte in seinem Gutachten aus, dass auch dieser Aspekt rechtlich relevant sein könnte. Die Auftraggeberin griff diesen Gedanken des Sachverständigen, ob von der Antragstellerin Vorarbeiten erbracht worden seien, auf und stützte auch darauf die Begründung für den Widerruf. Die Antragstellerin hielt dem entgegen, dass sämtliche Widerrufsgründe sogleich in der Widerrufsentscheidung bekannt gegeben werden müssten und nicht nachgereicht werden dürften sowie dass Vorarbeiten nicht erbracht worden seien oder diese zumindest nicht relevant im Sinne eines Wettbewerbsvorteiles gewesen seien.

Die Frage, inwiefern Vorarbeiten erbracht worden seien, kann aber im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben. Unabhängig von dieser Fragestellung steht bereits fest, dass der Widerruf gerechtfertigt ist, sodass auf diesen Aspekt nicht mehr weiter einzugehen war.

V.3. Ergebnis:

Ob ein sachlicher Widerrufsgrund vorliegt, ist objektiv zu beurteilen. Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine Handlungsalternative darstellt. Selbst dann, wenn keine der dargelegten Vermutungen hinsichtlich der Preisbildung die stärkeren Argumente für sich hat - bei objektiver Betrachtung ist der Widerruf die geeignete Handlungsalternative für die Auftraggeberin.

In rechtlicher Hinsicht hat sich somit ergeben, dass sachliche Gründe für einen fakultativen Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG erfüllt sind. Eine Nichtigkeit der Widerrufsentscheidung hat sich somit nicht ergeben. Im Ergebnis war daher der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung abzuweisen.

VI. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

VI.1. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer solchen Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

VI.2. Die vorliegende Entscheidung steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum Vorliegen von sachlichen Widerrufsgründen - zu denen auch Fragen der Preisbildung (Budgetüberschreitungen bzw. die fehlende budgetäre Deckung, unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung, vermutete Preisabsprachen, sonstige Fragen der Preisbildung, das Allgemeininteresse an der Preisbildung bei öffentlichen Aufträgen) zählen - wobei daran keine strengen Voraussetzungen zu knüpfen sind (siehe oben, Punkt V.1.4., V.1.6. und V.1.7.; so auch die Rechtsprechung des EuGH - siehe oben, Punkt V.2.3.; vgl. VwGH 29.3.2006, 2006/04/0019; 28.1.2008, 2008/04/0001; 3.9.2008, 2008/04/0109; 1.10.2008, 2004/04/0237; 25.9.2012, 2008/04/0054; 18.10.2012, 2012/04/0123; 17.9.2014, 2012/04/0016).

VI.3. Darüber hinaus stellt die Frage, ob ein Widerrufsgrund als sachlich gerechtfertigt ist, stets eine Einzelfallbewertung dar, die sich jeweils auf einen konkreten Sachverhalt bezieht und daher nicht verallgemeinerungsfähig ist. Auch aus diesen Gründen war die ordentliche Revision für unzulässig zu erklären.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen dieses Erkenntnis besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine

bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer