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-840139/9/KLi/KaL

Datum:
Linz, 25. August 2017

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Nachprüfungsantrag vom 13. Juli 2017 der X GmbH, X, X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH, X, X, auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 6. Juli 2017, der Antragstellerin zugegangen am 6. Juli 2017, im Vergabeverfahren der Gemeinde X, X, X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH, X, X, betreffend das Vorhaben „Umbau X-brücke für Rad- und Gehweg Radweg X - X“

zu Recht:

I. Der Antrag vom 13. Juli 2017 auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 6. Juli 2017, der Antragstellerin zugestellt am 6. Juli 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 zu Handen der ausgewiesenen Rechtsvertreter der Antragstellerin 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 Eingabe vom 13. Juli 2017 stellte die X GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Einleitung und Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 3 Oö. VergRSG im „Bauvorhaben Umbau X-brücke für Rad- und Gehweg Radweg X - X“ im Hinblick auf die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 6. Juli 2017.

Begründend führte die Antragstellerin aus, die Gemeinde X (im Folgenden: Auftraggeberin) sei gemäß § 3 BVergG eine öffentliche Auftraggeberin, die in den Vollzugsbereich des Landes Oberösterreich falle, sodass die Anwendbarkeit des Oö. VergRSG gegeben sei. Die Auftraggeberin habe durch die ausschreibende/vergebende Stelle – X - ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Leistungen im Zusammenhang mit dem Umbau der X-brücke für Rad- und Gehweg ausgeschrieben. Es handle sich um die Vergabe eines Bauauftrages. Die Vergabe erfolge nach dem Bestangebotsprinzip. Das gegenständliche Vergabeverfahren falle in den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG seien im offenen Verfahren die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung jeweils gesondert anfechtbare Entscheidungen. In § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG regle das Oö. VergRSG den Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Auftraggebers in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen würden.

Gemäß § 3 Abs. 1 Oö. VergRSG könne ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beantragen. Gemäß § 3 Abs. 2 Oö. VergRSG sei ein Bieter berechtigt, unter einem die Nachprüfung der Widerrufsentscheidung zu beantragen, wenn die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer als die im § 4 Oö. VergRSG vorgesehene Frist sei.

Gemäß § 4 Abs. 2 Oö. VergRSG seien Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg im Unterschwellenbereich binnen sieben Tagen einzubringen. Die Frist beginne mit der Absendung der Entscheidung. Im gegenständlichen Verfahren habe die Auftraggeberin mit Schreiben vom 6. Juli 2017 bekanntgegeben, dass die

Ausschreibung widerrufen werde. Die Frist sei durch den gegenständlichen Antrag gewahrt.

Mit der gegenständlichen Ausschreibung habe die Auftraggeberin Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Umbau der X-brücke auf der Strecke X-X von einer Eisenbahnbrücke in eine Geh- und Radwegbrücke ausgeschrieben. Die gegenständlichen Leistungen seien von der Auftraggeberin bereits zum zweiten Mal ausgeschrieben worden. Die Erstausschreibung sei im Mai 2017 erfolgt. Der erste Abgabetermin habe am 31. Mai 2017 stattgefunden. Bei dieser Angebotsabgabe sei lediglich ein Angebot, nämlich das Angebot der Antragstellerin, abgegeben worden. Auf damalige telefonische Nachfrage durch die Antragstellerin sei von der Auftraggeberin erklärt worden, dass das Angebot der Antragstellerin mit dem Angebotspreis von netto 1,625.000,00 Euro beim Doppelten der Kostenschätzung liege und daher der Auftrag nicht vergeben werden könne. Das Angebot der Antragstellerin in einem persönlichen Gespräch mit der Fachabteilung der Auftraggeberin deren Angebot näher zu erörtern und eventuelle Sparpotenziale zu erörtern, sei ignoriert worden. Es sei die (erste) Widerrufsentscheidung mit 9. Juni 2017 erfolgt.

Unmittelbar nach der ersten Widerrufsentscheidung sei die gegenständliche Neuausschreibung mit Abgabetermin am 5. Juli 2017 erfolgt. Dieses Mal seien drei Angebote abgegeben worden. Das Angebot der Antragstellerin habe laut Angebotseröffnung den günstigsten Preis aufgewiesen. Am 9. Juli 2017 sei die gegenständliche Ausschreibung von der Auftraggeberin gemäß § 139 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BVergG wieder widerrufen worden. Begründet worden sei die Widerrufsentscheidung damit, dass beim gegenständlichen Vergabeverfahren trotz sorgfältiger Auftragsschätzung die budgetäre Deckung durch die Gemeinde durch das heurige Jahr nicht gegeben sei.

Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG unterliegenden Vertrages behaupte, könne die Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe.

Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und nicht zuletzt durch ihre zweimalige Teilnahme am Vergabeverfahren und Legung der Angebote sowie mit Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Sie sei jedenfalls befähigt und hinreichend wirtschaftlich und technisch leistungsfähig, um den gegenständlichen Auftrag auszuführen. Die Antragstellerin habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten.

Aufgrund der rechtswidrigen Entscheidung der Auftraggeberin, die Ausschreibung zu widerrufen, was in weiterer Folge dazu führen würde, dass die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten könne, drohe der Antragstellerin zumindest ein Schaden in Höhe des kalkulierten Gewinnes. Das gegenständliche Bauvorhaben sei auch essenziell für die Auslastung der Antragstellerin, der endgültige Schaden für den Fall des Nichterhalts des Auftrages hänge somit auch davon ab, ob es der Antragstellerin gelinge, neue Projekte zu akquirieren. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot. Wenn die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalte, seien auch die Gemeinkosten inklusive Gerätemiete, Zentralregie, etc. nicht gedeckt. Weiters drohe der Antragstellerin ein Schaden infolge der bereits angelaufenen und noch anlaufenden Rechtsberatungskosten.

Die Antragstellerin beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen und bei Auftragserteilung das gegenständliche Projekt als Referenzprojekt heranzuziehen. Unter Bezug auf die ständige Rechtsprechung könne auch in dem drohenden Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen ein wesentlicher Schaden zu erwarten sein, an denen sich die Antragstellerin als Bieterin beteiligen werde. Umso wichtiger sei die Bedeutung des gegenständlichen Projektes als Referenzprojekt.

Mit der vorliegenden Widerrufsentscheidung werde die gegenständliche Ausschreibung gemäß § 139 Abs. 1 bzw. Abs. 2 BVergG widerrufen. Gemäß § 139 Abs. 1 BVergG ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder Umstände bekannt werden, die, wenn sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder kein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt. Gemäß § 139 Abs. 2 BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn nur ein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot oder dafür sachliche Gründe bestehen.

Aufgrund des konkreten Sachverhaltes liege keiner der genannten Widerrufsgründe vor. Wie oben ausgeführt, werde das gegenständliche Bauvorhaben bereits zum zweiten Mal ausgeschrieben. Bereits nach der ersten Ausschreibung sei der Auftraggeberin bekannt gewesen, dass ihre interne Kostenschätzung offensichtlich falsch sei. Trotz dieser Kenntnis habe die Auftraggeberin die gegenständliche Ausschreibung nochmals unverändert veröffentlicht. Die nunmehrige, in der Widerrufsentscheidung angeführte Begründung, wonach beim gegenständlichen Vergabeverfahren trotz sorgfältiger Auftragsschätzung die budgetäre Deckung der Gemeinde für das heurige Jahr bei weitem nicht gegeben sei, stelle daher keinen berechtigten Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens dar.

Durch das nunmehrige Angebotsergebnis seien weder Umstände bekannt geworden, die vor Einleitung des Vergabeverfahrens nicht bekannt gewesen seien, noch seien Umstände bekannt geworden, die zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Ein sachlicher Grund bestehe ebenfalls nicht, da der Auftraggeberin spätestens nach der ersten Ausschreibung bekannt gewesen sei, wie hoch die tatsächlichen Baukosten zirka sein würden. Damit habe der Auftraggeberin auch bewusst sein müssen, welche finanziellen Mittel für das Jahr 2017 vorhanden sein müssten. Die Auftraggeberin hätte daher, da ihr bereits bekannt gewesen sei, dass sie angeblich nicht über die finanziellen Mittel im Jahr 2017 verfügen würde, die gegenständliche Leistung gar nicht ausschreiben dürfen. Es sei einem öffentlichen Auftraggeber untersagt, neuerliche Ausschreibungen nur deshalb zu ermöglichen, um den Angebotspreis zu reduzieren. Ein Widerruf zum Zweck des „Preisstechens“ sei als Verstoß gegen den Grundsatz des lauteren Wettbewerbes nicht zulässig.

Der behauptete Umstand, dass im Jahr 2017 keine ausreichenden finanziellen Mittel vorhanden seien, sei per se auch kein zulässiger Widerrufsgrund, da nach den Ausführungen der Auftraggeberin in der Widerrufsentscheidung offensichtlich im Jahr 2018 ausreichende Mittel zur Verfügung stehen würden. Der Auftraggeberin sei es daher jedenfalls zumutbar, anstatt des Widerrufes die Leistungsfristen so weit nach hinten zu verschieben, dass die finanziellen Mittel zur Verfügung stünden.

Zusammengefasst sei festzuhalten, dass kein berechtigter Grund für den Widerruf der Ausschreibung bestehe.

Durch die rechtswidrige Widerrufsentscheidung sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG sowie in ihrem Recht auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt, insbesondere auch in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung sowie auf Durchführung eines fairen und lauteren Wettbewerbes. Letztendlich sei die Antragstellerin auch in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie in ihrem Recht auf sachverständig durchgeführte Kostenschätzung durch die Auftraggeberin verletzt.

Aus all diesen Gründen stelle die Antragstellerin nachstehende Anträge, das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge (1) ein Nachprüfungsverfahren durchführen; (2) die Entscheidung der Auftraggeberin, die Ausschreibung zu widerrufen, für nichtig erklären; (3) eine mündliche Verhandlung anberaumen; (4) der Antragstellerin Akteneinsicht gemäß § 17 AVG in alle von der Auftraggeberin vorzulegenden Bestandteile des Vergabeverfahrens, insbesondere in die durchgeführte Kostenschätzung, gewähren; (5) der Auftraggeberin den Ersatz der

von der Antragstellerin entrichteten Gebühren binnen 14 Tagen ab Rechtskraft der Entscheidung auftragen.

I.2. Mit Eingabe vom 21. Juli 2017 hat die Auftraggeberin eine Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag abgegeben.

Mit Bekanntmachung vom 13. Juni 2017 habe die Auftraggeberin den gegenständlichen Bauauftrag als offenes Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Gegenstand der Ausschreibung sei der „Umbau der X-brücke für einen Rad- und Gehweg“. Durch die entsprechende Sanierung dieser ehemaligen X-Brücke solle ein im Radweg zwischen den Gemeinden X und X erreicht werden. Die Sanierung erfasse Leistungen aus dem Bereich Stahl- und Betonbau.

Auftraggeberin sei die Gemeinde X. Diese werde durch die vergebende Stelle, X, vertreten.

Die gegenständliche Ausschreibung sei Teil eines übergeordneten (Radweg-) Projektes mit mehreren Bauabschnitten. Die X habe für die Gemeinde X die Projektleitung über das Gesamtprojekt über.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung seien drei Angebote eingelangt. Die Angebotssumme der Antragstellerin betrage 1,625.377,08 Euro netto bzw. 1,950.452,50 Euro brutto. Die beiden weiteren Angebote seien mit 2,325.439,86 Euro brutto bzw. 2,232.712,80 Euro brutto abgegeben worden. Die Auftragswert- bzw. Kostenschätzung habe sich auf 1,031.497,62 Euro netto belaufen. Zu deren Ermittlung werde weiter unten näher eingegangen.

Da die abgegebenen Angebote diese Auftragswertschätzung bei weitem überschritten hätten und auch nicht ansatzweise budgetäre Deckung zur Erteilung eines Auftrages über eine derartige Auftragssumme von 1,600.000,00 Euro netto bestünde, habe die vergebende Stelle daher mit Schreiben an die Bieter vom 6. Juli 2017 den Widerruf des Verfahrens erklärt.

Der gegenständliche Auftrag „Umbau X-brücke für Rad- und Gehweg“ sei zuvor bereits einmal mit Bekanntmachung vom 10. Mai 2017 ausgeschrieben gewesen. Da sich bei dieser vormaligen Ausschreibung alleinig die nunmehrige Antragstellerin beworben habe (mit identem Angebotspreis), sei diese mangels Wettbewerb gemäß § 139 Abs. 2 Z 2 BVergG zu widerrufen gewesen. Der Widerruf sei entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin rechtens gewesen. Der Angebotspreis habe die budgetäre Deckung sowie die Kostenschätzung in beträchtlichem Ausmaß überschritten.

Das Angebot der Antragstellerin belaufe sich auf 1,625.377,08 Euro netto. Dieser Angebotspreis überschreite die Auftragswert- bzw. Kostenschätzung von 1,031.497,62 Euro netto um 593.879,48 Euro bzw. 58%.

Die vergebende Stelle habe, um absolut sicher zu gehen, vor dem Verfahren nicht nur die vorgenannte Schätzung der zu erwartenden (angemessenen) Kosten, sondern zudem eine weitere Schätzung vorgenommen. Dieser seien jene Werte zugrunde gelegt worden, die in irgendeiner Form noch als maximal denkbare Preise angesehen werden hätten können. Diese Maximalkostenschätzung belaufe sich auf 1,186.066,41 Euro netto. Festzustellen sei, dass das Angebot der Antragstellerin selbst diese absolute Maximalkostenschätzung um rund 439.000 Euro bzw. 37% überschreite.

Abgesehen vom Vorstehenden sei schließlich darauf zu verweisen, dass die budgetäre Deckung betreffend die ausschreibungsgegenständliche Brückensanierung bei einer Auftragssumme von rund 1,000.000,00 Euro netto liege. Auf „Biegen und Brechen“ wäre unter Heranziehung des Betrages für Unvorhergesehenes die Maximalschätzung, auch wenn diese ja tatsächlich eigentlich gar nicht eintreten sollte, umsetzbar. Es bestünden aber schlicht keinerlei Mittel zur Erteilung eines Auftrages über 1,600.000,00 Euro netto. Zu berücksichtigen sei dabei auch, dass die Auftraggeberin eine Abgangsgemeinde sei, die keine Eigenmittel beisteuern könne. Sie finanziere das (gesamte) Projekt ausschließlich zu 100% über Förderungen.

Für jedes Teilprojekt, darunter etwa der ausschreibungsgegenständliche Umbau der X-brücke für einen Rad- und Gehweg, sei im Förderbudget ein fixer (Maximal-)Betrag vorgesehen. Es bestünden auch keine nennenswerten Kostenreserven. Eine Umschichtung sei nicht möglich, ebenso wenig eine Aufstockung der Mittel. Eine Beauftragung der X-brückensanierung mit einer Auftragssumme über 1,6 Millionen netto sei also faktisch schlechthin ausgeschlossen.

Gegenständlich liege ein sachlicher Grund vor, der zum Widerruf des Verfahrens berechtige. Eine andere Vorgehensweise sei auch gar nicht möglich. Die Kostenschätzung der Auftraggeberin beruhe auf sachkundiger Ermittlung und sei ordnungsgemäß in vollem Einklang mit den Anforderungen des § 13 Abs. 3 BVergG durchgeführt worden. Die vergebende Stelle verfüge amtsintern über eine umfassende Baupreisdatenbank, in welche die Ergebnisse ihrer Ausschreibungen einfließen, die daraus für Zwecke von Auftragswertschätzungen (valorisiert bzw. baupreisangepasst) entnommen werden könnten. Bei jeder Ausschreibung werde der Mittelwert der Angebotspreise aller je Ausschreibung angebotslegender Bieter (aufgeschlüsselt bzw. bezogen auf die jeweilige Position) erfasst. Angesichts dessen, dass jährlich zirka 30 bis 40 Brückensanierungsvorhaben ausgeschrieben würden, seien darin bis dato die Ergebnisse hunderter Ausschreibungen ein-

geflossen. In der Baupreisdatenbank würden die Preise je Position in vier Kategorien verfasst: (i) minimaler Preis, (ii) maximaler Preis, (iii) Mittelwert und (iv) gewichteter Mittelwert.

Die vergebende Stelle könne sohin auf einen enormen Fundus an Erfahrungswerten, basierend auf einer Vielzahl gleichartiger Projekte, zurückgreifen. Aus dieser Baupreisdatenbank würden sich sohin marktkonforme und -aktuelle Preisschätzungen, angepasst an das jeweilige konkrete Projekt, ermitteln lassen. Die bisherige Erfahrung habe keinerlei Zweifel an der Geeignetheit und Treffergenauigkeit dieses Systems aufkommen lassen. Die bislang durchgeführten unzähligen Auftragswertschätzungen würden die sodann jeweils tatsächlich erzielten Projektkosten erfahrungsgemäß sehr genau prognostizieren.

Die darin auf vielfach bewährte Art und Weise geübte vergebende Stelle habe auch gegenständlich die Kosten auf diese Weise geschätzt. Dabei sei hervorzuheben, dass sich die Schätzung auf keine Kostenermittlung insgesamt beschränke (basierend auf den zu sanierenden Quadratmetern und den Erfahrungswerten hierzu), wie das auch schon vollends ausreichend wäre, sondern alle einzelnen Positionen des Leistungsverzeichnisses jeweils gesondert ermittelt und ausgepreist worden seien. Jede so ermittelte Position sei auf Angemessenheit und Plausibilität überprüft worden. Insofern für spezielle Positionen keine ganz konkrete Position in der Baupreisdatenbank verfügbar gewesen sei, seien diese Positionen ergänzend unter Heranziehung der Erfahrungswerte einschlägiger Projekte abgeleitet worden. Klar sei, dass es sich bei Kostenschätzungen stets um eine Prognose handle, die zwangsweise mit gewissen Unschärfen verbunden sei. Feststehe jedoch auch, dass diese gegenständlich aufgrund des Bestehens der Baupreisdatenbank des Landes sowie angesichts der amtsinternen (fachlichen und personellen) Erfahrung und der noch ergänzend beigezogenen Expertise der tatsächlichen Marktsituation bestmöglich entsprechen würden.

Gegenständlich komme nämlich hinzu, dass für die Ausschreibung betreffend die Stahlbauleistungen und für die Kostenschätzung zudem eine externe Expertise beigezogen worden sei, und zwar durch das Büro X GmbH. Dieses Büro sei eines der renommiertesten Stahlbauplanerbüros Österreichs mit etlichen einschlägigen Referenzen. Auch die Erfahrungswerte und Fachkunde dieses Büros seien in die Kostenschätzung eingeflossen und würden deren Korrektheit bestätigen.

Die Bemängelungen der Antragstellerin seien sohin zurückzuweisen. Eine Abweichung in einem Ausmaß wie beim Angebot der Antragstellerin sei jedenfalls von keiner denkbaren Prognoseunschärfe mehr umfasst. Vielmehr sei eine Angebotssumme in dieser Höhe nur als nicht mehr marktüblich erklärbar und jedenfalls unannehmbar.

Wie dem im Vergabeakt erliegenden Preisspiegel, in dem die Positionspreise der Antragstellerin der jeweiligen Positionsschätzung gegenübergestellt seien, zu entnehmen sei, seien etliche Preispositionen des Angebotes der Antragstellerin der Höhe nach schlicht nicht nachvollziehbar.

Pos. 01010111 Planungsarbeiten: Schätzkosten 7.000 Euro; Angebot Antragstellerin 76.555,40 Euro, jeweils netto: Dazu sei anzumerken, dass bauseits detaillierte Planung mit großer Planungstiefe beigestellt werde. Der Positionspreis der Antragstellerin betrage ein Mehrfaches als derjenige des eigentlichen Planungsauftrages betreffend dieses Projekt. Nicht nachvollziehbar sei dieser Betrag umso mehr angesichts der für dieses Projekt in Art und Umfang erforderlichen Werksplanung.

Leistungsgruppe 02 Baustellengemeinkosten: Schätzkosten 181.998,45 Euro. Angebot der Antragstellerin 425.393,70 Euro.

Pos. 410208 Z Stahlgeländer K light: Schätzkosten 44.520 Euro.
Angebot: 98.049,84 Euro.

Pos. 410298 Z Stahlgeländer K light: Schätzkosten 34.980 Euro.
Angebot: 53.775,48 Euro.

Pos. 410299 Z Stahlgeländer K light: Schätzkosten 35.510 Euro.
Angebot: 69.657,22 Euro.

Insbesondere sei auch der Lohnanteil nicht plausibel (vgl. etwa den Lohnanteil für die Stahlbauleistungen).

Das Ergebnis der Überprüfung der ersten Kostenschätzung bestätige die Ordnungsgemäßheit. Nicht nachvollzogen werden könne schließlich auch das Vorbringen der Antragstellerin, aufgrund der Durchführung der ersten Ausschreibung sei ersichtlich geworden, dass die Baukosten zu niedrig veranschlagt worden seien. Das Gegenteil sei der Fall.

Davon abgesehen, dass sich die Angemessenheit der Preisschätzung gerade nicht an den abgegebenen Angeboten (bzw. gar einem Angebot) orientiere, habe die vergebende Stelle das erste Angebot der dort alleinig angebotslegenden nunmehrigen Antragstellerin zum Anlass genommen, ihre Kostenschätzung nochmals einer eingehenden Kontrolle zu unterziehen. Diese Überprüfung bzw. neuerliche Schätzung samt Auspreisung sei wiederum unter Beiziehung der Expertise des Ziviltechnikerbüros erfolgt und unter Berücksichtigung der zu diesem Zeitpunkt brandaktuellsten Projekte und Auftragspreise. Während die Schätzung der ersten Ausschreibung aus der Tonnage (betreffend Stahlbau) und der Quadratmeterzahl

(der zu sanierenden Fläche betreffend Betonbau) abgeleitet worden sei („Mengenschätzung“), sei für die Schätzung der gegenständlichen Ausschreibung das Leistungsverzeichnis je einzelner Position zur Gänze ausgepreist worden. Für eine „Mengenschätzung“ würden der vergebenden Stelle gesondert umfangreiche Erfahrungswerte vorliegen. Auch diese Methode sei als ordnungsgemäß und für die Auftragswertschätzung umfänglich geeignet anzusehen.

Ergebnis sei demnach auch gewesen, dass die Kostenschätzung mit/nach einer geringfügigen Aktualisierung an die aktuelle Marktsituation den zu veranschlagenden bzw. zu prognostizierenden Preisen entspreche (880.000 Euro netto bei der ersten „Mengenschätzung“ und 1,031.497,62 Euro bei der Schätzung der gegenständlichen Ausschreibung). Beide Beträge dürften sich sohin in einer gemeinsamen Bandbreite befinden. Die Angebotssumme der Antragstellerin in Höhe von 1,600.000 Euro netto sei jedenfalls weit außerhalb jedweden Schätzungsunschärferahmens.

Auffallend sei im Übrigen, dass das Angebot der Antragstellerin in beiden Ausschreibungen auf exakt denselben Betrag laute, und zwar auf die letzte Kommastelle genau; jeweils 1,625.377,08 Euro.

Während der Gesamtpreis unter dem Strich ident geblieben sie, seien im Inneren des Angebotes, sprich in den einzelnen Positionen, jedoch sehr massive und interessante Änderungen durchgeführt worden.

Pos. 01010 Projektierung (bestehend aus Pos. 01010111 Planungsarbeiten), Pauschale: Erhöhung von 30.022,54 Euro auf 76.550,40 Euro.

Pos. 010201 Einrichten der Baustelle, Pauschale: Erhöhung von 37.524,81 Euro auf 41.297,17 Euro.

Pos. 010202 Zeitgebundene Kosten der Baustelle, Pauschale: Erhöhung von 205.863,11 Euro auf 236.899,36 Euro.

Pos. 010605030 Geländer inkl. Beschichtung: Erhöhung von Einheitspreis 13,27 Euro auf Einheitspreis 26,54 Euro bzw. von Positionspreis 9.687,10 Euro auf 19.374,20 Euro.

Pos. 01350104A1 Liefern Stahlkonstruktion S235JR: Reduktion von Einheitspreis 2.945,16 Euro auf Einheitspreis 2.165,28 Euro bzw. von Positionspreis 100.135,44 Euro auf 73.619,52 Euro.

Pos. 01350108A1 Montieren Stahlkonstruktion: Reduktion von Einheitspreis 5.739,73 Euro auf Einheitspreis 2.012,85 Euro bzw. von Positionspreis 195.150,82 Euro auf 68.436,90 Euro.

Pos. 0130112 Z Liefern und Montieren von Blechprofilrosten: Erhöhung von Einheitspreis 251,10 Euro auf 409,66 Euro bzw. von Positionspreis 134.436,90 auf 219.168,10 Euro.

Pos. 01410257 Vorsatzelemente Geländer: Reduktion von Einheitspreis 127,11 Euro auf Einheitspreis 50,68 Euro bzw. von Positionspreis 37.624,56 Euro auf 15.001,28 Euro.

Nehme man im Übrigen von den beiden Angeboten der Antragstellerin (also der ersten und der nunmehrigen Ausschreibung) jeweils die günstigere Position, so gelange man auf eine Angebotssumme von 1,736.000 Euro brutto. Diesem Betrag stünden 2,164.000 Euro brutto gegenüber, wenn jeweils die höheren Positionen herangezogen würden. Der „Spielraum“ alleine daraus betrage sohin über 400.000 Euro.

Das im Vergabeakt als Kostenschätzung erliegende ausgepreiste Leistungsverzeichnis möge aus der Akteneinsicht ausgenommen werden, weil die einzelnen Positionspreise Betriebsgeheimnisse darstelle würden und die Offenlegung der (amtsinternen) Positionspreise bzw. Einheitspreise die Antragstellerin zudem im Hinblick auf künftige Ausschreibungen auch wettbewerbswidrig bevorteilen würde bzw. zumindest könnte. Dasselbe gelte für die Maximalkostenschätzung und den Preisspiegel. Diese vertraulichen Unterlagen würden in einem gesonderten Ordner vorgelegt werden. Anzumerken sei, dass die Gesamtsumme der Kostenschätzung ohnehin offengelegt worden sei; mit 1,186.066,41 Euro netto.

Der Antrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung möge daher unter vorstehenden Gründen abgewiesen werden.

I.3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat daraufhin der Antragstellerin die Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme bis zum 16. August 2017 bzw. erstreckt bis zum 18. August 2017 gewährt.

Ein Grund für einen zwingenden Widerruf gemäß § 139 Abs. 1 BVergG liege nicht vor. Wie die Auftraggeberin richtig ausführe, habe sie den gegenständlichen Auftrag bereits zuvor einmal mit Bekanntmachung vom 10. Mai 2017 ausgeschrieben. Nach der ersten Angebotsöffnung sei der Auftraggeberin klar gewesen, dass ihre Kostenschätzung nicht richtig sein könne bzw. der Angebotspreis weit über ihrem angeblichen Budget liege. Damit seien der Auftraggeberin vor Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens bereits Umstände bekannt gewesen, die einer Vergabe der gegenständlichen Leistungen entgegengestanden seien. Trotzdem habe die Auftraggeberin unmittelbar nach der ersten Widerrufsentscheidung die gegenständlichen Leistungen wieder unverändert ausgeschrieben. Aus diesem Grund könne sich die Auftraggeberin auch nicht auf den Standpunkt

stellen, dass ihr die mangelnde budgetäre Deckung zum Zeitpunkt der Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung nicht bekannt gewesen sei.

Ein sachlicher Grund für den Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 BVergG liege nicht vor. Die Antragstellerin bestreite, dass die Auftraggeberin die Kostenschätzung sachkundig durchgeführt habe, da das Ergebnis einer sachkundigen Kostenschätzung nicht Schätzkosten in der Höhe von 1,031.497,62 Euro sein könnten.

Im Übrigen werde auch bestritten, dass die Auftraggeberin ihre Kostenschätzung nach dem Widerruf der ersten Ausschreibung nochmals einer eingehenden Kontrolle unterzogen habe. Wenn sie dies gemacht habe, dann sei diese nochmalige Kontrolle ebenfalls nicht sachkundig erfolgt. Dass die erste Kostenschätzung nach dem Widerruf der Ausschreibung nicht nochmals einer eingehenden Kontrolle unterzogen worden sei, ergebe sich bereits aus der Zeitabfolge. Die erste Ausschreibung sei am 9. Juni 2017 um 11:46 Uhr widerrufen worden. Der 9. Juni 2017 sei ein Freitag gewesen. Bereits mit Bekanntmachung vom 13. Juni 2017 habe die Auftraggeberin den gegenständlichen Bauauftrag wieder ausgeschrieben. Faktisch sei der Auftraggeberin daher ein Tag (Montag der 12. Juni 2017) zur behaupteten „eingehenden Kontrolle“ der Kostenschätzung zur Verfügung gestanden. Selbst wenn diese angebliche eingehende Kontrolle stattgefunden habe, was bestritten werde, sei diese offensichtlich nicht richtig und auch nicht eingehend vorgenommen worden. Allein aufgrund des Angebotsergebnisses der ersten Ausschreibung habe der Auftraggeberin klar sein müssen, dass ihre Kostenschätzung nicht richtig sein könne. Ihr sei auch bekannt gewesen, dass, ausgehend von ihrer maximalen Kostenschätzung in Höhe von 1,186.066,41 Euro, keine budgetäre Deckung für das Projekt vorhanden sei. Die Auftraggeberin bringe diesbezüglich selbst vor, dass die budgetäre Deckung betreffend die ausschreibungsgegenständliche Brückensanierung bei einer Auftragssumme von rund 1,000.000 Euro liege. Die Auftraggeberin spekuliere daher offensichtlich damit, dass bei einer zweiten Ausschreibung Preise erzielt werden könnten, die unter 1,000.000 Euro liegen würden. Somit spekuliere die Auftraggeberin damit, dass sich der Angebotspreis bei der zweiten Ausschreibung nahezu halbiere, was jeglicher Lebenserfahrung widerspreche.

Ein Auftraggeber dürfe jedenfalls eine Leistung dann nicht ausschreiben, wenn ihm von vornherein klar sein müsse, dass er gar nicht über die erforderlichen Mittel verfüge, um einen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben, wenn also der Zuschlag an der mangelnden budgetären Deckung scheitern würde.

Da der Auftraggeberin bereits vor Bekanntmachung der gegenständlichen Ausschreibung die mangelnde budgetäre Deckung bekannt gewesen sei bzw. bekannt sein hätte müssen, liege auch kein sachlich gerechtfertigter Grund für den Widerruf der Ausschreibung vor. Aufgrund des vorliegenden Sachverhaltes sei klar, dass es

sich um eine „Scheinausschreibung“ zu Zwecken der Markterkundung gehandelt habe.

Die Auftraggeberin hätte spätestens nach dem Widerruf der ersten Ausschreibung erkennen müssen, dass sie gegen das Vergaberecht verstoße, wenn sie die Ausschreibung unmittelbar darauffolgend wieder veröffentliche, weil sie zu diesem Zeitpunkt ohnehin schon wissen habe müssen, dass sie die Leistung nicht bezahlen könne.

Die Widerrufsentscheidung stelle eine vergaberechtswidrige Ermessensentscheidung dar. Ausdrücklich bestritten werde, dass eine andere Vorgehensweise als der Widerruf gar nicht möglich gewesen sei. Wie bereits im Nachprüfungsantrag ausgeführt, sei von der Auftraggeberin in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben worden, dass die budgetäre Deckung durch die Gemeinde für das heurige Jahr nicht gegeben sei. Es wäre - wie sich auch aus der nunmehr von der Auftraggeberin angedachten Verschiebung des Bauvorhabens in das Jahr 2018 ergebe - möglich gewesen, bestimmte Leistungen nach hinten zu schieben, damit diese Leistungen im Jahr 2018 erbracht würden, in dem die budgetäre Deckung vorhanden sein würde. Darüber hinaus bestehe - wie von der Antragstellerin gegenüber der Auftraggeberin nach der ersten und zweiten Widerrufsentscheidung bekannt gegeben - erhebliches Einsparungspotenzial. Unter Berücksichtigung des Einsparungspotenzials und des Umstandes, dass nicht alle Leistungen im Jahr 2017 erbracht werden müssten, wäre ein Widerruf nicht notwendig gewesen.

Der Widerruf sei auch kein taugliches Mittel zur Problembehebung, da letztendlich die Kostenschätzung der Auftraggeberin nicht richtig sein könne. Die Ausschreibung enthalte auch Leistungen, die nicht zwingend erforderlich seien. Die Auftraggeberin hätte die Ausschreibung im Zuge der Ausführung der Leistungen daher dadurch „sanieren“ können, indem sie das von der Antragstellerin kommunizierte Einsparungspotenzial aufgegriffen hätte und so bestimmte Leistungen nicht ausgeführt werden hätten müssen. Die Antragstellerin habe sich nach dem Widerruf der ersten und nach dem Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung mit der Auftraggeberin in Verbindung gesetzt, um mit der Auftraggeberin ihren Angebotspreis und auch das Einsparungspotenzial zu erläutern. Dieses Angebot sei von der Auftraggeberin nicht angenommen worden.

Bei der Bestimmung des § 139 Abs. 2 BVergG handle es sich um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Diese Ermessensentscheidung dürfe allerdings nicht willkürlich, sondern müsse sachlich begründet ausgeübt werden. Im konkreten Fall sei keine sachlich begründete Ermessensentscheidung erfolgt, da nicht alle Leistungen im Jahr 2017 zwingend ausgeführt werden hätten müssen und im Übrigen auch Einsparungspotenzial vorhanden sei.

Die Ausführungen der Auftraggeberin hinsichtlich einzelner Positionspreise des Angebotes der Antragstellerin seien einerseits unrichtig und könnten jederzeit widerlegt werden, andererseits tue dieses Vorbringen nichts zur Sache. Fakt sei, dass der Widerruf der Ausschreibung zu Unrecht erfolgt sei. Die von der Auftraggeberin aufgezeigten Preisunterschiede zwischen dem ersten und dem zweiten Angebot der Antragstellerin seien u.a. darauf zurückzuführen, dass die Auftraggeberin die Bauzeit in der zweiten Ausschreibung nicht verändert habe. Die Antragstellerin habe daher ihre Preise an die neuen Gegebenheiten anpassen müssen.

Die Antragstellerin begehre Akteneinsicht. Sie bestreite die Behauptung der Auftraggeberin, dass der Auftragswert sachkundig geschätzt worden sei. Insbesondere bestreite die Antragstellerin diese Behauptung deshalb, da es der allgemeinen Lebenserfahrung entsprechend nicht möglich sei, eine Kostenschätzung innerhalb von einem Tag sachkundig zu überprüfen. Aus dem Vergabeakt müsse im Übrigen eine Beauftragung des Ziviltechniker-Büros im Zeitraum zwischen 9. Juni 2017 und 13. Juni 2017 ersichtlich sein. Die Antragstellerin beantrage daher Akteneinsicht hinsichtlich der behaupteten sachkundigen Kostenschätzung sowie hinsichtlich der angeblich nach dem ersten Widerruf der Ausschreibung vorgenommenen eingehenden Kontrolle der Kostenschätzung. Diesbezüglich müssten bereits jetzt im Vergabeakt entsprechende Unterlagen vorliegen, die diese Kostenschätzung und eingehende Kontrolle bestätigen würden. Bei diesen Unterlagen handle es sich um keine Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse.

Die Antragstellerin halte daher ihre Anträge im Nachprüfungsantrag weiterhin aufrecht.

I.4. Gemäß § 19 Abs. 3 Z 1 Oö. VergRSG kann, soweit dem Art. 6 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten nicht entgegensteht, die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder, dass er abzuweisen ist (vgl. auch § 316 BVergG).

Auch aus dem Grundsatz eines kontradiktorischen Verfahrens ergibt sich die Notwendigkeit einer mündlichen Verhandlung nicht, da Anhörungsrechte und Möglichkeiten zur Stellungnahme auch schriftlich eingeräumt werden können. § 19 Abs. 3 Z 3 Oö. VergRSG erlaubt (wie auch § 316 Abs. 1 Z 3 BVergG) eine inhaltliche Entscheidung aufgrund der Aktenlage auch ohne vorherige Verhandlung. Die Entscheidung ist in jede Richtung, Stattgabe oder Abweisung des Antrages, möglich. Voraussetzung für eine derartige Entscheidung ist, dass keine weiteren Ermittlungen erforderlich sind und die Aktenlage ausreichend klar ist, wozu auch die Schriftsätze der Parteien zählen. Der Entfall der mündlichen Verhandlung ist auch im Lichte von Art. 47 GRC und Art. 6 MRK dann unproblematisch, wenn der

Sachverhalt unbestritten feststeht und nur über Rechtfragen zu entscheiden ist (*Reisner, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 316 Rz 9, 22*).

Von der Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung konnte abgesehen werden, da der Sachverhalt - soweit verfahrensrelevant - unstrittig ist. Zu klären war lediglich die Rechtsfrage, ob aufgrund der budgetären Schätzung der Auftraggeberin ein Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 BVergG sachlich gerechtfertigt war oder nicht. Wie in weiterer Folge näher auszuführen sein wird, konnte aufgrund der Aktenlage und der eingeholten schriftlichen Stellungnahmen der Verfahrensparteien entschieden werden, dass der Nachprüfungsantrag abzuweisen war.

II. Nachfolgender Sachverhalt steht fest:

II.1. Die Auftraggeberin ist als oberösterreichische Gemeinde Auftraggeberin im Sinne des BVergG bzw. Oö. VergRSG, die in den Vollzugsbereich des Landes Oberösterreich fällt. Die Auftraggeberin hat durch die ausschreibende / vergebende Stelle, X, ein Bauverfahren als offenes Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Gegenstand des Projektes ist der „Umbau X-brücke für einen Rad- und Gehweg“. Durch die Sanierung dieser ehemaligen X-Brücke soll ein im Radweg zwischen den Gemeinden X und X erreicht werden. Von diesem Bauprojekt sind Stahl- und Betonbauarbeiten umfasst.

II.2. Das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren wurde zuvor schon einmal mit gleichlautenden Ausschreibungsunterlagen ausgeschrieben. Diese Ausschreibung erfolgte am 10. Mai 2017. Der erste Abgabetermin war mit 31. Mai 2017 festgesetzt.

Im Zuge dieses ersten Vergabeverfahrens wurde lediglich ein Angebot abgegeben, nämlich ein Angebot der nunmehrigen Antragstellerin. Der Angebotspreis betrug 1,625.000 Euro netto.

Das Vergabeverfahren wurde daraufhin nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen.

II.3. Die Widerrufsentscheidung vom 9. Juni 2017 hatte nachfolgenden Inhalt:

„[...]
Gemäß § 140 (1) Z 4 (BVergG 2006) teilen wir Ihnen mit, dass wir aufgrund der Tatsache, dass beim gegenständlichen Vergabeverfahren nur ein Offert eingelangt ist, das Vergabeverfahren gem. BVergG § 139 (2) i.d.g.F. widerrufen.
Wir werden die Baumaßnahmen zum o.a. Objekt zu einem späteren Zeitpunkt erneut ausschreiben und hoffen dort auf eine größere Beteiligung der Marktteilnehmer zur Wahrung eines Wettbewerbes.

Wir würden uns freuen, wenn sie dann auch wieder anbieten würden.
[...]“

Aus dieser Widerrufsentscheidung ergibt sich, dass der Widerrufsgrund für die erste Ausschreibung nicht mit der budgetären Kostenschätzung in Zusammenhang stand, sondern das Vergabeverfahren deshalb widerrufen wurde, weil nur ein Angebot eingelangt war.

Es handelt sich hierbei um den Widerrufsgrund des § 139 Abs. 2 Z 1 BVergG, während eine fehlerhafte Kostenschätzung unter § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG („sachliche Gründe“) fallen würde.

II.4. Das gegenständliche Verfahren wurde daraufhin neuerlich - und gleichlautend - ausgeschrieben. Die Auftragswert- bzw. Kostenschätzung der Auftraggeberin betrug 1,031.497,62 Euro netto.

Zu diesem Vergabeverfahren langten drei Angebote ein. Die Angebotssumme der nunmehrigen Antragstellerin belief sich auf 1,625.377,08 Euro netto bzw. 1,950.452,50 Euro brutto. Die weiteren beiden Angebote beliefen sich auf 2,325.439,86 Euro brutto bzw. auf 2,232.712,80 Euro brutto.

Auch dieses Vergabeverfahren wurde daraufhin nach Ablauf der Angebotsfrist widerrufen.

II.5. Die Widerrufsentscheidung vom 6. Juli 2017 hatte nachfolgenden Inhalt:

„[...]
Gemäß BVergG § 140 Abs. (1) Z 1 i.d.g.F. teilen wir Ihnen mit, dass wir aufgrund der Tatsache, dass beim gegenständlichen Vergabeverfahren trotz sorgfältiger Auftragsschätzung die budgetäre Bedeckung durch die Gemeinde für das heurige Jahr bei weitem nicht gegeben ist, dazu angehalten sind, das Vergabeverfahren gem. BVergG § 139 (1) bzw. (2) i.d.g.F. zu widerrufen.
Entsprechend der Rückmeldungen ist die Auftragslage im geplanten Ausführungszeitraum (2017) außerordentlich gut. Wir werden nach Evaluierung der Kostenschätzung und Klärung der Finanzierung des zu 100% geförderten Projektes, die Baumaßnahmen zum o.a. Objekt für eine Durchführung im Jahr 2018 erneut im Namen der Gemeinde ausschreiben.
Die Stillhaltefrist endet am 13.07.2017 um 24:00 Uhr.
Wir würden uns freuen, wenn Sie dann auch wieder anbieten würden.
[...]“

II.6. Zur fehlenden budgetären Deckung / Kostenschätzung:

II.6.1. Die Auftragswert- bzw. Kostenschätzung der Auftraggeberin beträgt 1,031.497,62 Euro netto. Das Angebot der Antragstellerin beträgt 1,625.377,08 Euro netto bzw. 1,950.452,50 Euro brutto. Dieser Angebotspreis überschreitet die Auftragswert- bzw. Kostenschätzung von 1,031.497,62 Euro netto um 593.879,48 Euro bzw. um 58%. Die weiteren beiden Angebote belaufen sich auf 2,325.439,86 Euro brutto bzw. auf 2,232.712,80 Euro brutto.

Die Auftraggeberin ist eine Abgangsgemeinde, die nicht in der Lage ist, Eigenmittel zum ausgeschriebenen Projekt beizusteuern, weshalb das (gesamte) Projekt zu 100% über Förderungen finanziert werden muss. Für jedes Teilprojekt, darunter etwa der ausschreibungsgegenständliche Umbau der X-brücke für einen Rad- und Gehweg, ist im Förderbudget ein fixer (Maximal-)Betrag vorgesehen. Eine Umschichtung der finanziellen Mittel bzw. eine Aufstockung der finanziellen Mittel ist nicht möglich. Kostenreserven bestehen nicht.

Für die Auftraggeberin bestehen daher keine finanziellen Mittel zur Erteilung eines Auftrages für das gegenständliche Projekt über 1,600.000 Euro netto.

II.6.2. Die Auftraggeberin hat einen Preisspiegel, in dem die Positionspreise der Antragstellerin der jeweiligen Positionsschätzung gegenübergestellt wurden, erstellt.

Daraus ergeben sich u.a. nachfolgende Gegenüberstellungen:

Pos. 01010111 Planungsarbeiten: Schätzkosten 7.000 Euro; Angebot Antragstellerin 76.555,40 Euro, jeweils netto: Dazu sei anzumerken, dass bauseits detaillierte Planung mit großer Planungstiefe beigestellt werde. Der Positionspreis der Antragstellerin betrage ein Mehrfaches als derjenige des eigentlichen Planungsauftrages betreffend dieses Projekt. Nicht nachvollziehbar sei dieser Betrag umso mehr angesichts der für dieses Projekt in Art und Umfang erforderlichen Werksplanung.

Leistungsgruppe 02 Baustellengemeinkosten: Schätzkosten 181.998,45 Euro. Angebot der Antragstellerin 425.393,70 Euro.

Pos. 410208 Z Stahlgeländer K light: Schätzkosten 44.520 Euro.
Angebot: 98.049,84 Euro.

Pos. 410298 Z Stahlgeländer K light: Schätzkosten 34.980 Euro.
Angebot: 53.775,48 Euro.

Pos. 410299 Z Stahlgeländer K light: Schätzkosten 35.510 Euro.

Angebot: 69.657,22 Euro.

II.6.3. Die beiden Angebote der Antragstellerin weisen eine Gesamtsumme von jeweils 1,625.377,08 Euro auf. Während der Gesamtpreis ident geblieben sei, sind in den einzelnen Positionen verschiedene Änderungen durchgeführt worden:

Pos. 01010 Projektierung (bestehend aus Pos. 01010111 Planungsarbeiten), Pauschale: Erhöhung von 30.022,54 Euro auf 76.550,40 Euro.

Pos. 010201 Einrichten der Baustelle, Pauschale: Erhöhung von 37.524,81 Euro auf 41.297,17 Euro.

Pos. 010202 Zeitgebundene Kosten der Baustelle, Pauschale: Erhöhung von 205.863,11 Euro auf 236.899,36 Euro.

Pos. 010605030 Geländer inkl. Beschichtung: Erhöhung von Einheitspreis 13,27 Euro auf Einheitspreis 26,54 Euro bzw. von Positionspreis 9.687,10 Euro auf 19.374,20 Euro.

Pos. 01350104A1 Liefern Stahlkonstruktion S235JR: Reduktion von Einheitspreis 2.945,16 Euro auf Einheitspreis 2.165,28 Euro bzw. von Positionspreis 100.135,44 Euro auf 73.619,52 Euro.

Pos. 01350108A1 Montieren Stahlkonstruktion: Reduktion von Einheitspreis 5.739,73 Euro auf Einheitspreis 2.012,85 Euro bzw. von Positionspreis 195.150,82 Euro auf 68.436,90 Euro.

Pos. 0130112 Z Liefern und Montieren von Blechprofilrosten: Erhöhung von Einheitspreis 251,10 Euro auf 409,66 Euro bzw. von Positionspreis 134.436,90 auf 219.168,10 Euro.

Pos. 01410257 Vorsatzelemente Geländer: Reduktion von Einheitspreis 127,11 Euro auf Einheitspreis 50,68 Euro bzw. von Positionspreis 37.624,56 Euro auf 15.001,28 Euro.

II.6.4. Stellt man die jeweils günstigeren Positionen der Angebote der Antragstellerin - eine Angebotssumme von 1,736.000 Euro brutto - den jeweils höheren Positionen der Angebote der Antragstellerin - eine Angebotssumme von 2,164.000 Euro brutto - gegenüber, ergibt sich eine Differenz von 428.000 Euro zwischen den billigsten und teuersten Preisen.

II.6.5. Die vergebende Stelle verfügt amtsintern über eine Baupreisdatenbank, in welche die Ergebnisse ihrer Ausschreibungen einfließen, die daraus für Zwecke von Auftragswertschätzungen (valorisiert bzw. baupreisangepasst) entnommen

werden können. Bei jeder Ausschreibung wird der Mittelwert der Angebotspreise aller je Ausschreibung angebotslegender Bieter (aufgeschlüsselt bzw. bezogen auf die jeweilige Position) erfasst. Bislang sind die Ergebnisse hunderter Ausschreibungen eingeflossen. In dieser Baupreisdatenbank werden die Preise je Position in vier Kategorien erfasst: (i) minimaler Preis, (ii) maximaler Preis, (iii) Mittelwert und (iv) gewichteter Mittelwert. Aus dieser Baupreisdatenbank ergeben sich Preisschätzungen für das jeweilige konkrete Projekt.

Im vorliegenden Fall wurde für die Stahlbauleistungen und für die Kostenschätzung zudem eine externe Expertise beigezogen, durch das Büro X GmbH.

II.6.6. Nachdem sich schon aus der Gesamtkostenschätzung, die der Antragstellerin bekannt gegeben wurde, und aus den allgemeinen Ausführungen der Auftraggeberin ergibt, dass eine budgetäre Deckung für das ausgeschriebene Projekt nicht gegeben ist, können eingehendere Sachverhaltsfeststellungen zur Kostenschätzung dahingestellt bleiben.

III. Beweiswürdigung:

III.1. Die allgemeinen Sachverhaltsfeststellungen sind einerseits aus dem Vergabeakt ersichtlich und ergeben sich andererseits auch aus dem Vorbringen der Parteien. Außerdem sind diese Sachverhaltsfeststellungen unstrittig und können daher ohne weitere Erhebungen der Entscheidung zugrunde gelegt werden.

III.2. Dass das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren bereits im Mai 2017 schon einmal ausgeschrieben worden war, nur die nunmehrige Antragstellerin ein Angebot abgegeben hat und das Vergabeverfahren daraufhin widerrufen wurde, ist ebenfalls unstrittig.

III.3. Der Inhalt der ersten Widerrufsentscheidung ergibt sich aus der von der Antragstellerin vorgelegten Ausfertigung des Bezug habenden Schreibens.

Daraus ist ersichtlich, dass Widerrufsgrund der Umstand war, dass nur ein Angebot eingereicht worden war. Eine unrichtige Kostenschätzung der Auftraggeberin wurde damals nicht als Widerrufsgrund angeführt.

III.4. Das gegenständliche Verfahren wurde daraufhin neuerlich - und gleichlautend - ausgeschrieben. Nachdem die erste Ausschreibung lediglich deshalb widerrufen worden war, weil nur ein Angebot eingelangt war, bestand zu diesem Zeitpunkt für die Auftraggeberin offensichtlich noch keine Veranlassung, die finanzielle Situation zu überdenken.

III.5. Der Inhalt der zweiten Widerrufsentscheidung ergibt sich aus der von der Antragstellerin vorgelegten Ausfertigung des Bezug habenden Schreibens. Daraus ist ersichtlich, dass Widerrufsgrund der Umstand war, dass die budgetäre Deckung für das gegenständliche Projekt nicht gegeben war.

III.6. Die Feststellungen zur fehlenden budgetären Deckung ergeben sich aus dem schlüssigen und nachvollziehbaren Vorbringen der Auftraggeberin sowie aus der vorgelegten Kostenschätzung.

Auch ohne Einsicht in die detaillierte (von der Akteneinsicht ausgenommene) Kostenschätzung der Auftraggeberin lässt sich anhand der Gesamtkostenschätzung der Auftraggeberin von 1,031.497,62 Euro netto und Gegenüberstellung des Angebotes der Antragstellerin von 1,625.377,08 Euro netto erkennen, dass die budgetäre Deckung nicht gegeben ist. Zudem bringt die Auftraggeberin selbst vor, dass sie eine Abgangsgemeinde ist und daher selbst über keine finanziellen Eigenmittel verfügt bzw. auf Förderungen angewiesen ist und aus eigener Kraft keine finanziellen Mittel (Umschichtung, Reserven, etc.) lukrieren kann.

Die Auftraggeberin schildert auch nachvollziehbar, dass die für sie tätige vergebende Stelle über einen eigenen amtsinternen Baukostenindex verfügt und wie dieser zustande kommt. Schließlich hat die Auftraggeberin (bzw. die vergebende Stelle) ein externes Sachverständigenbüro mit der Kostenschätzung beauftragt.

Die von der Antragstellerin aufgeworfenen Zweifel der Auftraggeberin hinsichtlich der tatsächlichen Prüfung bzw. Richtigkeit der Kostenschätzung dahingehend, dass dafür zwischen der ersten und zweiten Ausschreibung nur ein Arbeitstag zur Verfügung gestanden sein konnte, konnten ausgeräumt werden.

Offensichtlich hat die Auftraggeberin eine Kostenschätzung (vor der ersten Ausschreibung) erstellt; nachdem bei der ersten Ausschreibung nur ein Angebot eingelangt war, hat die Auftraggeberin die Ausschreibung widerrufen - aus dem Widerrufsgrund des § 139 Abs. 2 Z 1 BVergG (nur ein Angebot eingelangt), nicht wegen der fehlenden budgetären Deckung. Diese war womöglich im Zeitpunkt des ersten Widerrufes noch gar nicht erkennbar; wie aber noch aufzuzeigen sein wird, kann auch das schuldhafte Nichterkennen einer fehlenden budgetären Deckung einen sachlich gerechtfertigten Widerrufsgrund darstellen.

Nachdem dann aber im Rahmen der zweiten Ausschreibung drei Angebote einlangten, wurde ersichtlich, dass sämtliche Angebote deutlich über der Kostenschätzung der Auftraggeberin liegen und die budgetäre Deckung tatsächlich nicht gegeben ist. Demnach stützte sich die zweite Widerrufsentscheidung auf den Widerrufsgrund des § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG (sonstige sachliche Gründe, wozu auch die fehlende budgetäre Deckung zählt). Demnach ist aber die budgetäre Deckung

generell nicht gegeben, unabhängig von der konkreten Preisbildung des Angebotes der Antragstellerin.

Inwiefern daher die Überprüfung der Preisbildung der Antragstellerin richtig oder unrichtig erfolgt ist, kann letztendlich dahingestellt bleiben, da eine budgetäre Deckung über ein Angebot von 1,625.377,08 Euro netto ohnehin nicht gegeben ist.

Letztendlich ist auch noch zu berücksichtigen, dass auch eine ursprünglich nachvollziehbare, aber später als zu gering zu bewertende, Kostenschätzung einen Widerrufsgrund bilden kann.

Inwiefern im vorliegenden Fall ein Widerrufsgrund im Sinne des § 139 BVergG gegeben ist, 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. 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 somit 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 6. Juli 2017 daher für nichtig zu erklären ist.

V.1. Zur Widerrufsentscheidung:

V.1.1. Zur Beurteilung des gegenständlichen Widerrufes kommen die Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist in Betracht.

Gegenständlicher Sachverhalt ist auf zwei mögliche Gründe für einen Widerruf zu überprüfen; einerseits gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG, wenn Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten bzw. gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

Die Auftraggeberin stützt ihre Widerrufsentscheidung in derselben generell auf § 139 Abs. 1 und Abs. 2 BVergG.

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 X- oder X 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 zugrunde, 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 Widerrufes 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 Angebotes, 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 e*rläuternden 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 Widerrufes (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 29.3.2006, 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 Widerrufes - 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, wie z.B. einer Budgetüberschreitung, 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 BVergG 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 weichem 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. Auch der Verwaltungsgerichtshof setzt sich in seiner höchstgerichtlichen Rechtsprechung mit dieser Fragestellung auseinander.

In seinem *Erkenntnis vom 3. September 2008, 2008/04/0109,* führte der *Verwaltungsgerichtshof* zum Widerruf in Folge einer Kostenschätzung aus:

„Im gegenständlichen Beschwerdefall ist auf Grund der unstrittigen Sachverhaltsfeststellungen der belangten Behörde davon auszugehen, dass die mitbeteiligte Partei während des Verhandlungsverfahrens zur Ansicht gelangte, der ausgeschriebene Umbau der bestehenden Förderanlage überschreite das dafür genehmigte Budget und sei sogar kostspieliger als der Neubau einer solchen Anlage. Sowohl die beschwerdeführende Partei als auch die belangte Behörde gehen überstimmend davon aus, dass dieser Umstand einen sachlichen Grund im Sinne des § 278 BVergG 2006 darstellte, um das Vergabeverfahren zu widerrufen. Auch der Verwaltungsgerichtshof hegt gegen diese Ansicht keine Bedenken (vgl. in diesem Zusammenhang das hg. Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, Zl. 2008/04/0001, dem sogar die enger gefassten Widerrufsgründe des § 139 BVergG 2006 zu Grunde lagen).“

Zusätzlich führte der *Verwaltungsgerichtshof* in seinem *Erkenntnis vom 28. Jänner 2008, 2008/04/0001,* aus:

„Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob die mitbeteiligte Partei schon im Zeitpunkt der Ausschreibung hätte wissen müssen, dass bei Durchführung der gegenständlichen Baumeisterarbeiten die genannten Stütz- und Sicherungsmaßnahmen am Nachbargebäude erforderlich sein werden, weil ein allfälliges fahrlässiges Verschulden keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung, sondern allenfalls auf Schadenersatzpflichten hat (vgl. einerseits die zitierten Erläuterungen und andererseits die Ausführungen von Hahnl in Sachs (Hrsg.), Handbuch Beschaffung und Auftragsvergabe unter Punkt 16.2.1.2.).“

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:

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.

V.2.1. Zum Widerrufsgrund der mangelnden budgetären Deckung:

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.

Anhaltspunkte für eine derartige Vorgehensweise der Auftraggeberin haben sich nicht ergeben. Nachdem die Auftraggeberin zweimal eine gleichleitende Ausschreibung veröffentlicht hat und sich im Zuge der ersten Ausschreibung nur die Antragstellerin beteiligt hat, kann es nicht die Absicht der Auftraggeberin gewesen sein, den Zuschlag an einen allfälligen „Wunschbieter“ zu erteilen. Diese Ansicht wird noch dadurch bekräftigt, dass das Angebot der Antragstellerin immerhin das günstigste der drei eingelangten Angebote ist. Auch Anhaltspunkte für ein „Preisstechen“ konnten nicht gefunden werden. Nachdem alle drei Angebote deutlich über den Schätzkosten der Auftraggeberin lagen, kann wohl ein an die Kostenschätzung angenäherter Preis ohnehin nicht erwartet werden. Letztendlich kann auch eine „Scheinausschreibung, um den Markt zu erkunden“ (siehe dazu V.2.5.) nicht festgestellt werden.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist an die Anforderungen eines fakultativen Widerrufes kein strenger Maßstab anzulegen. Schwerwiegende oder gar außergewöhnliche Umstände sind nicht erforderlich. Explizit als Beispiele genannt wurde, 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 vornherein nicht vorhanden war.

Auch eine zu gering bemessene Kostenschätzung, welcher Umstand erst nach Angebotsöffnung erkennbar wurde, stellt einen tauglichen Widerrufsgrund dar; selbst dann, wenn die Kostenschätzung schon ursprünglich zu gering bemessen war; unabhängig davon, ob dieser Umstand ursprünglich schon erkennbar war oder erkennbar sein hätte müssen.

Auf den Zeitpunkt des Entstehens des Widerrufsgrundes kommt es nicht an. Somit kann auch ein Umstand, der zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens schon bestanden hat, einen sachlichen Grund für einen Widerruf bilden. Somit sind auch Umstände erfasst, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung schon

vorhanden waren, von denen die Auftraggeberin aber noch nicht wusste. Damit verpflichten jene Umstände zum Widerruf, die eine Ausschreibung ausgeschlossen oder zu einem wesentlich anderen Inhalt geführt hätten. Im gegenständlichen Fall hätte die Kenntnis von der fehlenden budgetären Deckung dazu geführt, dass die Ausschreibung gar nicht erfolgt wäre oder zu einem anderen (späteren) Zeitpunkt, wenn sich die finanzielle Situation der Auftraggeberin gebessert hätte. Auch der Einwand der Antragstellerin, dass Einsparungspotenzial gegeben sei, muss zum (zwingenden) Widerruf der Ausschreibung führen, da der Entfall bestimmter Positionen, die Änderung verschiedener Positionen oder die zeitliche Verschiebung bestimmter Leistungen auch zu einem anderen Inhalt der Ausschreibung führen würde – in diesem Fall würde es sich also nicht bloß um einen fakultativen, sondern sogar um einen zwingenden Widerruf handeln.

Auch der Umstand, dass die Auftraggeberin womöglich schon zum Zeitpunkt des ersten Widerrufes erkennen hätte können oder erkennen hätte müssen, dass die budgetäre Deckung nicht gegeben ist, führt nicht dazu, dass der Widerruf sachlich nicht gerechtfertigt wäre. Auch schuldhaftes und sogar grob fahrlässiges Verhalten eines Auftraggebers würde nicht zur Unzulässigkeit eines Widerrufes führen. Selbst dann könnte von der Auftraggeberin also nicht gefordert werden, an ein nicht finanzierbares Projekt gebunden zu sein.

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. Nicht als Handlungsalternative in Betracht kommt die Verschiebung des Projektes oder von Teilen des Projektes in das Jahr 2018 oder die Überlegung von Einsparungspotenzialen, zumal in diesem Fall das Vorliegen des zwingenden Widerrufsgrundes einer anderen Ausschreibung vorliegen könnte.

Die fehlende budgetäre Deckung stellt jedenfalls ein gewichtiges Allgemeininteresse dar, handelt es sich doch bei der Auftraggeberin nach ihrem eigenen Vorbringen um eine Abgangsgemeinde, die auf Förderungen - also öffentliche Mittel - angewiesen ist. Umgelegt auf einen maßgerechten Auftraggeber liegt auch darin ein objektiver Grund für einen Widerruf der Ausschreibung.

V.2.2. Zum Widerrufsgrund einer wesentlich anderen Ausschreibung:

Aus einer Verschiebung der Umsetzung des Projektes ins Jahr 2018 bzw. aus der Ausschöpfung allfälliger Einsparungsmaßnahmen lässt sich für die Antragstellerin nichts gewinnen.

§ 139 Abs. 1 BVergG regelt die Gründe, bei deren Vorliegen ein Vergabeverfahren zu widerrufen ist. Z 2 leg. cit. sieht demnach einen zwingenden Widerruf vor, wenn

Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Im Ergebnis führt die Erkenntnis, dass das gegenständliche Projekt erst im Jahr 2018 realisiert werden kann, oder die Umsetzung von Einsparungsmaßnahmen daher nicht zur „Rettung“ der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, sondern dazu, dass diese einen wesentlich anderen Inhalt gehabt hätte, womit nicht nur ein fakultativer - sondern sogar ein zwingender - Widerrufsgrund vorgelegen wäre.

V.2.3. Zum Widerruf der ersten Ausschreibung:

Auch der Einwand, die gegenständliche Leistung sei bereits einmal ausgeschrieben und sodann widerrufen worden, geht ins Leere. Die Widerrufsentscheidung wurde ausschließlich auf § 139 Abs. 2 Z 1 BVergG (Einlangen nur eines Angebotes) gestützt, nicht hingegen auf finanzielle Erwägungen.

Selbst dann, wenn die fehlende budgetäre Deckung bereits bekannt sein hätte müssen, führt dieser Umstand (wie weiter oben ausgeführt) nicht dazu, dass der Widerruf unsachlich und die Auftraggeberin an ein für sie nicht finanzierbares Projekt gebunden wäre.

V.2.4. Zum Einwand einer „Scheinausschreibung, um den Markt zu erkunden“:

Die Antragstellerin wendet in ihrer Stellungnahme vom 18. August 2017 ein, dass ein Auftraggeber eine Leistung dann nicht ausschreiben dürfe, wenn ihm von vornherein klar sein müsse, dass er gar nicht über die erforderlichen Mittel verfüge, um diesen Auftrag auch tatsächlich zu vergeben, wenn also der Zuschlag an der mangelnden budgetären Deckung scheitern würde.

§ 19 Abs. 4 BVergG regelt, dass Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

§ 19 Abs. 4 BVergG enthält insofern zwei eng zusammenhängende Grundsätze. Ein Vergabeverfahren darf einerseits nicht zu anderen Zwecken als zum Zweck der Beschaffung von Waren oder Dienstleistungen durchgeführt werden, andererseits besteht aber dessen ungeachtet kein Zwang zum Zuschlag der ausgeschriebenen Leistung. Durch die Anordnung, dass Vergabeverfahren nur durchgeführt werden können, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben, soll ein Missbrauch des Vergaberechtes und eine damit verbundene Ausbeutung potenzieller Bieter verhindert werden. So wäre dieser Tatbestand etwa dann verwirklicht, wenn ein Auftraggeber ein Vergabeverfahren nur deshalb durchführt,

um zunächst einmal nur die Marktverhältnisse und die Angebotslage zu erkunden oder um günstige Anregungen und Lösungsvorschläge für die Realisierung bestimmter Vorhaben zu erhalten. Aus diesem Grundsatz folgt aber auch, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens nur zulässig ist, wenn der Auftraggeber auch tatsächlich rechtlich und wirtschaftlich in der Lage ist, den ausgeschriebenen Vertrag tatsächlich abzuschließen und durchzuführen. Dies setzt jedenfalls ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen zur Abwicklung des Vergabeverfahrens, eine hinreichende budgetäre Bedeckung des Auftrages sowie die interne und externe Befugnis des Auftraggebers zum Abschluss des betreffenden Vertrages voraus. Da der Zweck des § 19 Abs. 4 BVergG offenkundig primär oder zumindest auch dem Schutz der Bieter dient, müsste eine Zuwiderhandlung nicht nur Schadenersatzansprüche aus dem vorvertraglichen Schuldverhältnis (culpa in contrahendo) begründen, sondern auch Schadenersatzansprüche wegen Schutzgesetzverletzung (§§ 1295 iVm 1311 ABGB) [*Eilmannsberger/Fruhmann, in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 19 Rz 77-80*].

Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin zwar als Begründung für den Widerruf die mangelnde budgetäre Deckung vorgebracht. Das bedeutet aber noch nicht, dass die Auftraggeberin mit ihrer Ausschreibung von vornherein nur eine „Sondierung des Marktes“ beabsichtigt hatte. Immerhin bot ja die nunmehrige Antragstellerin bereits im Zuge der ersten Ausschreibung an, ihr Angebot sowohl im Hinblick auf den Preis als auch auf allfälliges Einsparungspotenzial zu besprechen. Ungeachtet dessen, dass es sich vorliegend nicht um ein Verhandlungsverfahren, sondern um ein offenes Verfahren handelte, hätte die Auftraggeberin, hätte es sich tatsächlich bloß um eine Erkundung des Marktes oder günstiger Lösungsvorschläge gehandelt, das Angebot einer Besprechung wohl eher angenommen. Außerdem hat die Auftraggeberin die erste Ausschreibung nicht aus finanziellen Gründen widerrufen, sondern weil nur ein Angebot eingelangt war. Für den Fall, dass tatsächlich nur eine Erkundung des Marktes beabsichtigt gewesen sein sollte, würde sich allenfalls die Frage von Schadenersatz stellen.

Aus dem Gebot, Vergabeverfahren nur bei Bestehen einer Absicht zur tatsächlichen Vergabe der Leistung durchzuführen, folgt jedoch nicht, dass das Vergabeverfahren in jedem Fall durch die Erteilung eines Zuschlages beendet werden muss. Diese Klarstellung in § 19 Abs. 4 Satz 2 BVergG wird durch §§ 135 iVm 138f BVergG dahingehend konkretisiert, dass ein Widerruf der Ausschreibung aus bestimmten Sachgründen zulässig ist. Dies ist gemeinschaftsrechtlich unbedenklich. Der EuGH stellte in der Rs C-27/98 vom 16. September 1999, M, fest, dass die Bestimmung in der BKR (Anm. RL 93/37/EWG idF RL 97/52/EG), die den Auftraggeber dazu verpflichtete, den Bewerbern und Bietern so rasch wie möglich die Gründe für die Nichtvergabe eines Auftrages oder die Neueinleitung eines Verfahrens mitzuteilen, nicht dahingehend zu interpretieren sei, dass ein solcher Verzicht nur in Ausnahmefällen oder bei Vorliegen schwerwiegender Gründe erfolgen dürfe. Der EuGH hat in seiner nachfolgenden Judikatur allerdings auch

klargestellt, dass die Handlung des Widerrufes zu jenen im Rahmen von Vergabeverfahren vorgenommenen Handlungen zählt, die den allgemeinen gemeinschaftsrechtlichen Anforderungen an die Durchführung von Vergabeverfahren, insbesondere den Grundsätzen im Bereich der Grundfreiheiten, unterliegen. Der Grund für den Widerruf einer Ausschreibung darf also nicht darin bestehen, die Vergabe des Auftrages an den oder die einzig geeigneten EU-ausländischen Bieter zu verhindern oder nachträglich auch noch inländischen Teilnehmern die Möglichkeit zu verschaffen, sich am Verfahren zu beteiligen. Sehr wohl zulässig ist es nach der Judikatur des EuGH jedoch, einen Widerruf und eine nachfolgende Neuausschreibung eines Vergabeverfahrens durchzuführen, wenn dies der Behebung eines Fehlers dient, den der Auftraggeber selbst begangen oder verursacht hat. Der in §§ 138, 139 BVergG normierte Widerrufsgrund des Bekanntwerdens von Umständen, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, könnte und sollte daher auch in diesem Sinn interpretiert werden. Dies ist vor allem dann geboten, wenn die Neuausschreibung notwendig ist, um überhaupt erst eine gemeinschaftsrechtskonforme Ausschreibung zu ermöglichen (*Eilmannsberger/Fruhmann, in Schramm/Aicher/-Fruhmann/Thienel, Bundesvergabegesetz 2006, § 19 Rz 81-83*).

Insofern ergibt sich auch für den vorliegenden Fall, dass die Auftraggeberin nicht dazu verpflichtet war, das (zweite) Vergabeverfahren mittels Zuschlag zu beenden, sondern kommt auch bei mehrmaliger Ausschreibung einer Leistung der Widerruf immer noch in Betracht. Auch der Umstand, dass der Auftraggeberin die fehlende budgetäre Deckung allenfalls bereits vor der (zweiten) Ausschreibung bekannt sein hätte müssen, und sie deren Unkenntnis womöglich selbst verursacht hat, führt nicht dazu, dass der Widerruf unzulässig wäre. Allfällige Schadenersatzansprüche (culpa in contrahendo, Schutzgesetzverletzung, etc.) wären auf dem Zivilrechtsweg zu klären und können für das Nachprüfungsverfahren dahingestellt bleiben.

V.3. Zur Akteneinsicht:

V.3.1. Der Akteneinsicht im Vergabeverfahren liegen zunächst mehrere rechtliche Bestimmungen zugrunde.

§ 17 Abs. 3 AVG regelt für das Verwaltungsverfahren im Allgemeinen, dass von der Akteneinsicht Aktenbestandteile ausgenommen sind, insoweit deren Einsichtnahme eine Schädigung berechtigter Interessen einer Partei oder dritter Personen oder eine Gefährdung der Aufgaben der Behörde herbeiführen oder den Zweck des Verfahrens beeinträchtigen würde.

Ferner normiert § 21 VwGVG die Akteneinsicht im Zusammenhang mit dem Rechtsschutzverfahren. Demnach sind Entwürfe von Erkenntnissen und Beschlüssen des Verwaltungsgerichtes und Niederschriften über etwaige Beratungen und Abstimmungen von der Akteneinsicht ausgenommen (Abs. 1). Die Behörden können bei der Vorlage von Akten an das Verwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Akten oder Aktenbestandteile im öffentlichen Interesse von der Akteneinsicht ausgenommen werden. In Aktenbestandteile, die im Verwaltungsverfahren von der Akteneinsicht ausgenommen waren, darf Akteneinsicht nicht gewährt werden. Die Behörde hat die in Betracht kommenden Aktenbestandteile bei Vorlage der Akten zu bezeichnen (Abs. 2).

Im Speziellen regelt das BVergG die Akteneinsicht im Vergabeverfahren. § 23 BVergG normiert dazu in Abs. 1, dass Auftraggeber, Bewerber und Bieter den vertraulichen Charakter aller den Auftraggeber als auch die Bewerber und Bieter und deren Unterlagen betreffenden Angaben zu wahren haben. Gemäß Abs. 2 leg. cit. dürfen, sofern in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, Auftraggeber keine ihnen von Unternehmern übermittelten und von diesen als vertraulich bezeichneten Informationen weitergeben. Dies betrifft insbesondere technische Geheimnisse, Betriebsgeheimnisse sowie vertrauliche Aspekte der Angebote. Soweit Schutzrechte oder Geheimhaltungsinteressen verletzt würden, dürfen sowohl der Auftraggeber als auch die Bewerber oder Bieter Ausarbeitungen des anderen sowie von ihm zur Verfügung gestellte Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen nur mit dessen ausdrücklicher Zustimmung für sich verwenden oder an Dritte weitergeben (Abs. 3 leg. cit.). Gemäß Abs. 4 leg. cit. kann sich der Auftraggeber vorbehalten, bestimmte von ihm zur Verfügung gestellte Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen, für die keine Vergütung verlangt wurde, zurückzufordern. Insbesondere § 23 Abs. 5 BVergG regelt, dass sich die Bewerber oder Bieter vorbehalten können, für den Fall, dass ihnen der Zuschlag nicht erteilt wird, die Rückstellung jener besonderen Ausarbeitungen sowie von ihnen zur Verfügung gestellte Pläne, Zeichnungen, Entwürfe, Modelle, Proben, Muster, Computerprogramme und dergleichen zu verlangen, für die keine Vergütung vorgesehen ist. Dasselbe gilt für besondere Ausarbeitungen für Alternativangebote, von denen kein Gebrauch gemacht wird.

Besonders deutlich normiert sodann die Bestimmung des § 314 BVergG die Akteneinsicht von Parteien und Beteiligten. Diese können bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Die in Betracht kommenden Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen sind bei ihrer Vorlage zu bezeichnen.

Wenngleich sich nunmehr diese zuletzt genannte Regelung auf die Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht bezieht und nicht auf jene vor den Landesverwaltungsgerichten, so ist zunächst festzuhalten, dass in das Oö. VergRSG eine derartige Sondernorm zur Akteneinsicht bislang nicht aufgenommen wurde. Dies kann aber nicht bedeuten, dass Akteneinsicht in den Verfahren nach dem Oö. VergRSG uneingeschränkt zu gewähren ist. Vielmehr sind Vergabeverfahren auch nach dem Oö. VergRSG den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 19 BVergG) entsprechend zu führen bzw. ist das Oö. VergRSG gemeinschaftsrechtlich auszulegen. Die Bestimmung zur Akteneinsicht gemäß § 314 BVergG kann insofern auch zur Beurteilung der Akteneinsicht in den Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nach dem Oö. VergRSG herangezogen werden.

Aufschlüsse über die Bedeutung von § 314 BVergG im Zusammenhang mit § 21 VwGVG ergeben sich aus den Gesetzesmaterialien zu § 314 BVergG (*2170 der Beilagen XXIV. GP*):

„Da die Regelung des § 21 VwGVG im Zusammenhang mit Rechtsschutzverfahren im Bereich des öffentlichen Auftragswesens unzureichend ist (so wird etwa der Situation von schutzwürdigen Interessen von beteiligten Unternehmen nicht Rechnung getragen), soll eine entsprechende Bestimmung für die Akteneinsicht geschaffen werden. In diesem Zusammenhang ist insbesondere auch auf den Bereich der Rechtsschutzverfahren gemäß BVergGVS hinzuweisen. Wie der EuGH in der Rechtssache C-450/06, V, betonte, würde die praktische Wirksamkeit der Richtlinienbestimmungen betreffend den Schutz von vertraulichen Informationen (vgl. dazu etwa Art. 41 Abs. 3 der RL 2004/18/EG) ernsthaft gefährdet werden, ‚wenn im Rahmen der Klage gegen eine Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über ein Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrages alle dieses Vergabeverfahren betreffenden Angaben dem Kläger, ja sogar anderen Personen, wie etwa Streithelfern, uneingeschränkt zur Verfügung gestellt werden müssten. In einem solchen Fall würde schon durch die Erhebung einer Klage der Zugang zu Informationen eröffnet, die dazu verwendet werden könnten, den Wettbewerb zu verfälschen oder den legitimen geschäftlichen Interessen von Wirtschaftsteilnehmern zu schaden, die sich an der betreffenden Ausschreibung beteiligt haben. Eine solche Möglichkeit könnte Wirtschaftsteilnehmer sogar dazu verleiten, Klagen allein mit dem Ziel zu erheben, Zugang zu den Geschäftsgeheimnissen ihrer Wettbewerber zu erhalten‘ (Rz 39/40). Vor diesem Hintergrund hob der Gerichtshof hervor, dass ‚die Nachprüfungsinstanz über sämtliche Informationen verfügen können [muss], die erforderlich sind, um in voller Kenntnis der Umstände entscheiden zu können, also auch über vertrauliche Informationen und Geschäftsgeheimnisse‘ (Rz 53). Der EuGH betonte, dass ‚die Nachprüfungsinstanz im Rahmen einer Klage im Bereich des öffentlichen Auftragswesens entscheiden können [muss], dass die in der ein Vergabeverfahren betreffenden Akte enthaltenen Angaben nicht an die Parteien und deren Anwälte weitergegeben werden, wenn dies erforderlich ist, um den vom Gemeinschaftsrecht vorgeschriebenen Schutz des lauteren Wettbewerbes und der legitimen Interessen der Wirtschaftsteilnehmer sicherzustellen‘ (Rz 43).“

Die Rechtsprechung des EuGH in der Entscheidung *V* veranlasste ferner *Eisner/Schiffkorn* zu einer diesbezüglichen Auseinandersetzung. In ihrem Beitrag werfen *Eisner/Schiffkorn* die Frage auf, wie sich eine Partei gegen die Verwendung

geheimer Beweismittel wehren solle, wenn ihr womöglich nicht nur der Inhalt, sondern auch die Existenz dieser Beweismittel unbekannt seien (*Eisner/Schiffkorn, Geheimhaltung von Beweisen zur Wahrung von Geschäftsgeheimnissen? ZVB 2010/43, 150*).

Unter Abwägung der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des EuGH ist daher die Akteneinsicht in Vergabeverfahren besonders genau abzuwägen [VwGH 22.5.2012, 2009/04/0187; VwGH 9.4.2013, 2011/04/0207; VwGH 25.2.2004, 2002/03/0273; VwGH 19.6.1996, 95/19/0778; VwGH 25.1.2011, 2006/04/0238; EuGH C-450/06 (V); EuGH C-438/04 (M); vgl. dazu LVwG Oö. 7.9.2015, 840058, 840060)].

V.3.2. Hier ausgenommene Aktenteile:

Dazu ist - bezogen auf den gegenständlichen Fall - auszuführen, dass die Existenz von Beweismitteln vor der Antragstellerin nicht geheimgehalten wurde. Vielmehr wurde der Antragstellerin die Stellungnahme der Auftraggeberin vom 21. Juli 2017 vollständig zur Kenntnis gebracht.

Aus dieser Stellungnahme konnte die Antragstellerin nicht nur entnehmen, welche Urkunden vorgelegt wurden, sondern auch, welche eben von der Akteneinsicht ausgenommen sind - nämlich die interne und umfassende Kostenschätzung der Auftraggeberin. Die Gesamtsumme der Kostenschätzung der Auftraggeberin in Höhe von 1,186.066,41 Euro netto wurde der Antragstellerin ohnehin zur Kenntnis gebracht.

V.3.3. Ergebnis:

Unter Abwägung aller Umstände ergibt sich, dass Einsicht in die von der Antragsgegnerin vorgelegten Urkunden unter Hinweis auf die obige Rechtsprechung des EuGH und Verwaltungsgerichtshofes nicht zu gewähren war. Zunächst sind diese Unterlagen nicht Gegenstand des Aktes des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich im Sinne von § 17 Abs. 3 AVG bzw. § 21 VwGVG, sondern des Vergabeaktes der privatwirtschaftlich agierenden Antragsgegnerin.

Darüber hinaus konnte die Antragstellerin zu dem vergaberechtlich relevanten Thema der Kostenschätzung bzw. der fehlenden budgetären Deckung des Projektes auch ohne Einsicht in die von der Akteneinsicht ausgenommenen Urkunden - insbesondere unter Zugrundelegung der Begründung in der Widerrufsentscheidung - ein umfassendes Vorbringen dazu erstatten, dass nach ihrer Auffassung die Widerrufsentscheidung unsachlich und daher unrechtmäßig war. Die Antragstellerin war auch dazu in der Lage, Vorbringen dahingehend zu erstatten, dass die Auftraggeberin ihre allenfalls unrichtige Kostenschätzung (schuldhaft) zu verantworten hatte. Wie auch immer - richtige oder falsche Kostenschätzung,

schuldhafte Verantwortung der Auftraggeberin oder nicht, Bekanntsein der fehlenden budgetären Deckung vor der Ausschreibung oder zumindest Bekanntsein-müssen derselben - handelt es sich bei der Beurteilung dieses Vorbringens um die Beantwortung einer Rechtsfrage.

Akteneinsicht in die von der Akteneinsicht ausgenommenen Urkunden war daher - wie von der Auftraggeberin beantragt - nicht zu gewähren.

V.4. In rechtlicher Hinsicht ergibt sich somit, dass ein sachlicher Grund für einen fakultativen Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG (fehlende budgetäre Deckung) vorliegt. Eine Nichtigkeit der Widerrufsentscheidung hat sich somit nicht ergeben.

Im Ergebnis war daher der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung sowie auf Ersatz der Pauschalgebühr 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 Budgetüberschreitungen bzw. die fehlende budgetäre Deckung (unabhängig vom Zeitpunkt der Entstehung) zählen -, wobei daran keine strengen Voraussetzungen zu knüpfen sind und selbst schuldhaftes Vorgehen des Auftraggebers nicht zur Unrechtmäßigkeit des Widerrufes führt (siehe oben Punkt V.1. und V.2.5. - VwGH 28.1.2008, 2008/04/0001; 3.9.2008, 2008/04/0109; 25.9.2012, 2008/04/0054; 18.10.2012, 2012/04/0123).

Darüber hinaus stellt die Frage, ob ein Widerrufsgrund 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 Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer