

# TE Vwgh Erkenntnis 2008/1/28 2008/04/0001

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.01.2008

## Index

97 Öffentliches Auftragswesen;

### Norm

BVergG 2006 §138;

BVergG 2006 §139 Abs1 Z2;

BVergG 2006 §139;

### Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Gruber und die Hofräte Dr. Rigler, Dr. Bayjones, Dr. Grünstädl und Dr. Kleiser als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Eisner, über die Beschwerde der P Gesellschaft m.b.H. in L, vertreten durch Dr. Franz Niederleitner, Rechtsanwalt in 9020 Klagenfurt, Pfarrplatz 5/III/11, gegen den Bescheid des Unabhängigen Verwaltungssenates für Kärnten vom 21. November 2007, Zl. KUVS- 1423/11/2007, betreffend Nichtigerklärung einer Widerrufsentscheidung (mitbeteiligte Partei: Marktgemeinde Lurnfeld, 9813 Möllbrücke, Hauptstraße 2), zu Recht erkannt:

### Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

### Begründung

Aus dem angefochtenen Bescheid und der Beschwerde ergibt sich folgender Sachverhalt:

Die mitbeteiligte Partei hat ein Vergabeverfahren betreffend den Neubau der "Musikschule Lurnfeld-Baumeisterarbeiten" durchgeführt. Das Angebot der Beschwerdeführerin war bei der Angebotseröffnung am 28. Februar 2007 jenes mit dem "niedrigsten Preis". Mit Schreiben vom 22. Mai 2007 gab die mitbeteiligte Partei der Beschwerdeführerin bekannt, es hätten sich neue Tatsachen ergeben (u.a. die Notwendigkeit der Hinzunahme von Sicherungsmaßnahmen in das Angebot), die eine Neuauusschreibung erforderlich machen.

Am 7. September 2007 gab die mitbeteiligte Partei der Beschwerdeführerin die Entscheidung, das bisherige Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 1 Z. 2 Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) zu widerrufen, bekannt. Als Begründung nannte sie "Änderungen des Baugrundrisikos (Sanierung des angrenzenden Mauerwerkes)". Nach Einholung der Stellungnahme der Ombudsstelle für Vergabewesen vom 21. September 2007 (§ 4f Kärntner Vergaberechtsschutzgesetz - K-VergRG) beantragte die Beschwerdeführerin mit Schreiben vom 24. September 2007 (u.a.) die Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung der mitbeteiligten Partei und den Ersatz der für diesen Antrag entrichteten Pauschalgebühr. Die Beschwerdeführerin begründete ihren Antrag im Wesentlichen damit, dass es nicht notwendig sei, die Ausschreibung zusätzlich um Sicherungsmaßnahmen zum Schutz des Nachbargebäudes der

geplanten Musikschule zu erweitern, weil Sicherungsmaßnahmen ohnedies bereits in der vorliegenden Ausschreibung verlangt worden seien. Die Ausschreibung sei daher ohnedies vollständig, sodass der Widerrufsgrund des § 139 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 nicht vorliege.

In der mündlichen Verhandlung vor der belangten Behörde brachte die mitbeteiligte Partei vor, dass die ausgeschriebenen Baumeisterarbeiten zur Errichtung der gegenständlichen Musikschule auch den Abbruch des bestehenden Gebäudes beinhalteten. In dieser Ausschreibung sei aber noch nicht berücksichtigt worden, dass die Abbrucharbeiten auch statische Stütz- und Sicherungsmaßnahmen beim Nachbargebäude K. erforderten. Diesbezüglich habe es vor der Ausschreibung keine Befundungen gegeben, weil das Nachbargebäude K. zunächst noch von Mietern bewohnt gewesen sei. Zum Beweis dafür, dass statische Stütz- und Sicherungsmaßnahmen notwendig seien, legte die mitbeteiligte Partei in der genannten Verhandlung das Gutachten eines Ziviltechnikers vom 17. Oktober 2007 vor. Demnach bestehe zwischen dem abzubrechenden Gebäude und dem in Rede stehenden Nachbargebäude K. eine gemeinsame Feuermauer, von der ungewiss sei, ob darin auch die Holztramdecken und Außenmauerwerksverbindungen eingebunden seien. Dazu komme laut Sachverständigen, dass das Nachbargebäude K. im Keller durch alte so genannte Eisenschließen zusammengehalten werde, deren Qualität nicht bekannt sei. Dies alles erfordere nach dem Gutachten, dass bei den Abbrucharbeiten ein größerer und sorgfältigerer Aufwand zum Schutz des Nachbargebäudes getätig und "Stütz- und Sicherungsmaßnahmen ins Haus K." gesetzt würden. Die damit verbundenen zusätzlichen Kosten bewirkten laut mitbeteiligter Partei, dass sich der Wert des Bauauftrages auf deutlich über EUR 120.000,-- (exklusive Mehrwertsteuer) erhöhen werde. Das Land Kärnten habe zwischenzeitig seine Finanzierungszusage mit Schreiben vom 1. Oktober 2007 zurückgezogen. Die mitbeteiligte Partei sei daher überhaupt nicht mehr in der Lage, das Bauvorhaben zu realisieren. Sollte daher die hervorgekommene Notwendigkeit der Stütz- und Sicherungsmaßnahmen den Widerruf der Ausschreibung nicht rechtfertigen, so müsse laut mitbeteiligter Partei (im Fall der Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung) in weiterer Folge das Vergabeverfahren wegen nicht gesicherter Finanzierung widerrufen werden.

In der fortgesetzten mündlichen Verhandlung vom 9. November 2007 präzisierte die Beschwerdeführerin ihr Vorbringen, indem sie die Positionen in der Ausschreibung bezeichnete (so v.a. die Position 02.2001BZ), die ihres Erachtens bereits die statischen Sicherungsmaßnahmen des Nachbargebäudes beinhalteten.

Mit dem angefochtenen Bescheid wurde, soweit hier relevant, der Antrag der Beschwerdeführerin auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung und auf Ersatz der Pauschalgebühren abgewiesen. In der Begründung führte die belangte Behörde nach Wiedergabe des dargestellten Verfahrensgeschehens und der maßgebenden Rechtsvorschriften zunächst aus, dass nach der Judikatur des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwer wiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig sei. Ein Widerruf sei u.a. auch dann zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötige oder wenn z.B. die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfallen. Im vorliegenden Fall habe das technische Gutachten die Notwendigkeit statischer Sicherungsmaßnahmen zum Schutz des Nachbarhauses K. ergeben. Diese Sicherungsmaßnahmen seien in der Ausschreibung nicht in ausreichendem Umfang berücksichtigt worden, sie seien insbesondere nicht in den von der Beschwerdeführerin genannten (und im angefochtenen Bescheid zitierten) Leistungspositionen der Ausschreibung enthalten. Derzeit sei nicht absehbar, welche Kosten für die statischen Maßnahmen beim Nachbarhaus K. tatsächlich anfallen würden. Jedenfalls sei mit erheblichen Mehrkosten zu rechnen. Die mitbeteiligte Partei habe daher zu Recht die Widerrufsentscheidung getroffen. Außerdem ergebe sich die Notwendigkeit des Widerrufs daraus, dass wegen der erforderlichen Sicherungsmaßnahmen die budgetäre Bedeckung der gegenständlichen Baumeisterarbeiten nicht mehr gegeben sei. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung und damit auch der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren seien daher abzuweisen gewesen.

Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde, über die der Verwaltungsgerichtshof erwogen hat:

§ 139 BVergG 2006 lautet:

"Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

§ 139. (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist 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.

(2) Ein Vergabeverfahren kann 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."

§ 15 K-VergRG, LGBI. Nr. 17/2003 in der Fassung LGBI. Nr. 74/2006, lautet:

"§ 15

Nichtigerklärung von Entscheidungen

des Auftraggebers

(1) Der unabhängige Verwaltungssenat hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

a) sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 12 Abs. 1 geltend gemachten Recht verletzt und

b) die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

..."

Die Regierungsvorlage zum BVergG 2006 (1171 BlgNR XXII. GP, 89) führt zu § 139 leg. cit. aus (Hervorhebung zum Teil durch den Verwaltungsgerichtshof):

"Zu den §§ 138 und 139 (Widerruf):

§ 138 Abs. 1 regelt jenen Fall, in dem widerrufen werden muss. Abs. 2 enthält jene Fälle, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen kann.

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 (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; 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-244/02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien 'nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie

implizit 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 auf Grund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall:

alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw.

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 schulhaft (zB 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.

Zu den Widerrufstatbeständen des § 139 Abs. 1 Z 1 und 2 sowie des Abs. 2 Z 3 siehe die Erläuterungen zu § 138.

..."

Die Beschwerdeführerin bringt in der Beschwerde vor, im gegenständlichen Fall seien die Sicherungsmaßnahmen am Nachbargebäude K. bereits vom Umfang der Ausschreibung, vor allem durch die Leistungsposition "02.2001BZ", erfasst gewesen, sodass keine "andere" Ausschreibung im Sinne des § 139 Abs. 1 Z. 2 BVerG 2006 erforderlich sei.

Die in Rede stehende Bestimmung der Ausschreibung hat nach dem angefochtenen Bescheid unbestrittenmaßen folgenden Wortlaut:

"02.20 Z

Gebäudeabbruch Pauschale

02.2001 Z

für Abbruchpauschalen ist das Abtragen, Laden, Abtransportieren und Entsorgen nach den gesetzlichen Vorschriften, sowie das Schützen bestehender bleibender Bauteile bzw. Bauwerke einzurechnen.

02.2001A Z

Entrümpelung Gebäude

Abzubrechen und zu entsorgen sind sämtl. im gesamten Gebäude verbliebenen beweglichen Einrichtungsgegenstände, die gesamten Sanitäreinrichtungen, eingebaute oder freistehende Regale oder Schränke ohne Unterschied des Materials.

02.2001B Z

Abbruch gesamtes Gebäude

Abbruch und Entsorgung des gesamten bestehenden Gebäudes in allen seinen Teilen einschl. aller Fundamente

In den Einheitspreis einzurechnen ist das Herstellen von geraden Abbruchkanten zu den bestehenden Gebäuden, insbesonders zur Feuermauer des Wohnhauses K.

Abzubrechen sind die Dachhaut in allen Teilen einschl. Verblechungen, Dachrinnen und Regenfallrohre, die Dachkonstruktionen, das gesamte Mauerwerk einschl. der Zwischenwände, Decken, Balkone, Böden, Fundamente im

Zuge der Aushubarbeiten, Installationen aller Art, Fenster, Türen sowie sämtl. unmittelbar mit dem Gebäude in Verbindung stehende Außenanlagen sowie die angeschlossenen Klär- und Sickerschächte.

Gebäudegrundrissfläche ca. 13,00/7,00 m bestehend aus Erd-, 1. Ober- und Dachgeschoss."

Dem Beschwerdevorbringen ist zu entgegnen, dass die Ausschreibung unter Punkt 02.2001B Z zwar das Herstellen von geraden Abbruchkanten "zu" den bestehenden Gebäuden, insbesondere "zur" Feuermauer des (in Rede stehenden) Nachbarhauses K. beinhaltet. Die zitierte Ausschreibungsposition beinhaltet aber (ebenso wie die Position 02.2001 Z) entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin keine "Stütz- und Sicherungsmaßnahmen" im Nachbarhaus K., die der Sachverständige (nicht zuletzt wegen der den Keller - noch - zusammenhaltenden Eisenschließen) für erforderlich erachtet hat. Da die genannte Ausschreibungsposition die Abbrucharbeiten im Übrigen konkret aufzählt, vermag der Verwaltungsgerichtshof die Rechtsansicht, es handle sich dabei um eine Pauschalposition, die die erforderlichen Stütz- und Sicherungsmaßnahmen im Nachbarhaus beinhaltet, nicht zu teilen. Abgesehen davon kann gegenständlich die Frage, welche Arbeiten durch die genannte Leistungsposition erfasst sind, schon auf Grund des klaren Wortlautes der zitierten Ausschreibung beantwortet werden, sodass es entgegen der Beschwerde Meinung keinen Verfahrensmangel darstellt, wenn die belangte Behörde die Feststellung des Inhaltes und des Umfanges dieser Leistungsposition ohne Begutachtung durch einen Sachverständigen vorgenommen hat.

Gleiches gilt für die in der Beschwerde zitierte Position "00.1202A" der Ausschreibung - demnach sei "Augenmerk auf den Schutz der bestehenden Gebäude und der angrenzenden Außenanlagen zu legen" -, weil auch diese Bestimmung die vom Sachverständigen für erforderlich erachteten Stütz- und Sicherungsmaßnahmen im Nachbarhaus K. nicht erfasst.

Dass die in Rede stehenden statischen Maßnahmen, die nach dem Gesagten von der Ausschreibung noch nicht erfasst waren, zu erheblichen Mehrkosten bzw. zu einer deutlichen Überschreitung der Angebotssumme von EUR 120.000,-- führen werden, bleibt in der Beschwerde unbestritten. Vor diesem Hintergrund kann der Ansicht der belangten Behörde nicht entgegen getreten werden, dass die als notwendig hervorgekommenen Stütz- und Sicherungsmaßnahmen zum Schutz des Nachbargebäudes K. Umstände darstellen, die - wären sie schon vor der Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen - zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung im Sinne des § 139 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2006 geführt hätten. Schon deshalb war die mitbeteiligte Partei nach der letztgenannten Bestimmung zur gegenständlichen Widerrufsentscheidung verpflichtet. 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.).

Da die belangte Behörde nach dem Gesagten den Nachprüfungsantrag der Beschwerdeführerin (und gemäß § 7 Abs. 5 K-VergRG mangels eines zumindest teilweisen Obsiegens der Beschwerdeführerin auch den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr) zu Recht abgewiesen hat, war die Beschwerde gemäß § 35 Abs. 1 VwGG ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung abzuweisen.

Wien, am 28. Jänner 2008

**European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2008:2008040001.X00

**Im RIS seit**

30.04.2008

**Zuletzt aktualisiert am**

06.12.2011

**Quelle:** Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.  
[www.jusline.at](http://www.jusline.at)