

TE Verg Bescheid 2013/2/4 N/0117-BVA/14/2012-34

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.02.2013

Norm

BVergG 2006 §139 Abs2 Z3

BVergG 2006 §320 Abs1

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat gemäß § 306 Abs. 1 Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006, zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012 (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 6.12.2012, wie folgt entschieden: Das Bundesvergabeamt hat gemäß Paragraph 306, Absatz eins, Bundesvergabegesetz 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006,, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 10 aus 2012, (BVergG), durch die Vorsitzende des Senates 14, Mag. Ilse Lesniak und Dr. Friedrich Resel als Mitglied der Auftraggeberseite und DI Joachim Kleiner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG, betreffend die Auftragsvergabe "Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013" des Auftraggebers Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien, über die Anträge der A***, vertreten durch X***, vom 6.12.2012, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der Antragsgegnerin vom 27.11.2012, das Vergabeverfahren betreffend die Lose 8 (Stmk. Süd) und 9 (Tirol/Vlb.) zu widerrufen (Widerrufsentscheidung), für nichtig erklären", wird abgewiesen.

II.römisch zwei.

Der Eventualantrag "das Bundesvergabeamt möge die Entscheidung der "Antragstellerin" vom 27.11.2012, das Vergabeverfahren zu widerrufen (Widerrufsentscheidung), für nichtig erklären", wird, insofern die Lose 8 und 9 betroffen sind, abgewiesen, im Übrigen zurückgewiesen.

III.römisch drei.

Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge gemäß § 319 BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 2.400,-- für den Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (§ 19a RAO) zu ersetzen ist", wird abgewiesen. Der Antrag, "das Bundesvergabeamt möge gemäß Paragraph 319, BVergG aussprechen, dass die von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtete Pauschalgebühr in Höhe von Euro 2.400,-- für den Nachprüfungsantrag und Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu Handen der Rechtsvertretung der Antragstellerin binnen 14 Tagen (Paragraph 19 a, RAO) zu ersetzen ist", wird abgewiesen.

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Entscheidungsrelevanter Sachverhalt:

Die gegenständliche Ausschreibung wurde am 5.9.2012 unter der Zahl ABL./S S170, 281546-2012-DE im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft veröffentlicht.

Auftraggeber ist die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1011 Wien.

Vergebende Stelle ist die ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16/3, 1030 Wien.

Die Vergabe soll nach dem Billigstbieterprinzip in Form eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich als Dienstleistungsauftrag erfolgen.

Ausschreibungsgegenstand sind Abnahmeprüfungen und Zustandserhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen in Österreich. Entsprechend den Zuständigkeiten der einzelnen Gruppen der Abteilung Bauen am Bestand des Auftraggebers ist die Ausschreibung in 9 Lose untergliedert (Los 1 Gruppe Wien, Los 2 Gruppe NÖ Nord, Los 3 Gruppe NÖ Süd, Los 4 Gruppe OÖ, Los 5 Gruppe Salzburg, Los 6 Gruppe Kärnten, Los 7 Gruppe Stmk. Nord; Los 8 Gruppe Stmk. Süd und Los 9 Gruppe Tirol/Vlb.). Die losweise Legung von Teilangeboten ist zulässig.

Der geschätzte Auftragswert aller Lose beträgt Euro 1.917.120,85 exkl. USt. Der geschätzte Auftragswert des Loses 8 (Stmk. Süd) beträgt Euro 460.342,26 exkl. USt, jener des Loses 9 (Tirol/Vlb.) Euro 227.390,40 exkl. USt.

Angebote, deren Gesamtpreis mehr als 30% unter dem Median des jeweiligen Loses liegt, werden laut Ausschreibung ausgeschieden.

Sofern ein Bieter mit mehr als einem Los beauftragt wird, sieht die Ausschreibung die Möglichkeit der Gewährung eines Paketnachlasses vor.

Die Angebotsfrist endete am 25.10.2012.

Insgesamt gaben 8 Bieter, darunter A***, Angebote zu einem oder mehreren Losen ab.

Die A*** gab zu allen Losen Angebote ab. Zu den Losen 8 und 9 legte die A*** die billigsten Angebote.

Die Angebotsöffnung vom 25.10.2012 ergab, dass bei Zusammenrechnung aller Angebotspreise der erstgereihten Bieter für alle Lose die Schätzkosten um insgesamt ca. 39,84% überschritten wurden.

Bei den einzelnen Losen bestehen folgende Abweichungen des billigsten Angebotspreises zur Kostenschätzung des Auftraggebers: Los 1: +77,66% (billigster Angebotspreis Euro 180.689,40, Kostenschätzung Euro 101.707,65); Los 2: +48,92% (billigster Angebotspreis Euro 316.532,55, Kostenschätzung Euro 212.545,98), Los 3: +90,09% (billigster Angebotspreis Euro 129.649,87, Kostenschätzung Euro 68.202,81); Los 4: +72,53% (billigster Angebotspreis Euro 182.035,56, Kostenschätzung Euro 105.509,63); Los 5: +37,73% (billigster Angebotspreis Euro 174.033, Kostenschätzung Euro 126.356,40); Los 6: +54,65% (billigster Angebotspreis Euro 190.934,34, Kostenschätzung Euro 123.461,37); Los 7:

+44,89% (billigster Angebotspreis Euro 712.303,23, Kostenschätzung Euro 491.604,35), Los 8: +10,86% (billigster Angebotspreis Euro 510.353,23, Kostenschätzung Euro 460.342,26), Los 9: +25,03% (billigster Angebotspreis Euro 284.301,43, Kostenschätzung Euro 227.390,40).

Am 27.11.2012 stellte der Auftraggeber - nachdem er eine erstmalige Widerrufsentscheidung vom 12.11.2012 am 26.11.2012 zurück genommen hatte - allen Bietern über die elektronische Vergabeplattform AVA-online eine Widerrufsentscheidung zu:

Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung nach Ablauf der Angebotsfrist gemäß § 139 BVergG 2006 idgFBekanntgabe der Widerrufsentscheidung nach Ablauf der Angebotsfrist gemäß Paragraph 139, BVergG 2006 idgF.

[...] Wir teilen Ihnen mit, dass beabsichtigt ist, die gegenständliche Ausschreibung (alle Lose) gemäß § 139 BVergG 2006 zu widerrufen.[...] Wir teilen Ihnen mit, dass beabsichtigt ist, die gegenständliche Ausschreibung (alle Lose) gemäß Paragraph 139, BVergG 2006 zu widerrufen.

Der beabsichtigte Widerruf ist wie folgt begründet:

Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG 2006Widerruf gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2006:

Es bestehen folgende sachliche Gründe (für alle 9 Lose):

Generell ist festzuhalten, dass im gegenständlichen Verfahren überhöhte Preise vorliegen.

Die Kostenschätzung (Los1 - Los9) wurde mit netto Euro 1.917.120,85 ermittelt und basiert auf den letztjährig erzielten Preisen mit geringfügigen Anpassungen. Die Summe der aufgrund des Unterpreiskriteriums billigsten Angebote (Los1 - Los9) liegt mit netto Euro 2.680.832,61 rund 39,84% über der Kostenschätzung.

Es besteht die begründete Vermutung, dass die Preise nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln.

Insbesondere lässt auch die festgestellte Mehrfachbeteiligung von Unternehmen, die sich sowohl als Bieter als auch als Subunternehmer beteiligt haben, die Vermutung zu, dass ein eingeschränkter Wettbewerb vorliegt.

Ein weiterer Grund für den Widerruf aller 9 Lose liegt auch darin, dass in der Ausschreibung das Anbieten eines Paketnachlasses vorgesehen war, sollte ein Bieter für mehr als ein Los für den Zuschlag in Frage kommen und somit die Ausschreibung als "Gesamtes" zu betrachten ist.

Die Widerrufsgründe für die einzelnen Lose im Detail:

Los1 (Wien):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 101.707,65 ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 gültige Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Mit Berücksichtigung des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 180.689,40 rund 77,66% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufenWir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist

Die für die Widerrufserklärung einzuhaltende 10-tägige Stillhaltefrist endet am 07.12.2012 um 24:00 Uhr, sofern die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung am 27.11.2012 veröffentlicht wurde. Eine spätere Veröffentlichung erstreckt die Frist im selben Ausmaß. Fällt der letzte Tag der Frist auf einen Samstag, Sonntag oder gesetzlichen Feiertag, so endet die Frist um 24:00 Uhr des folgenden Arbeitstages.

Los2 (NÖ Nord):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 212.545,98 ermittelt.

Für dieses Los liegen 6 Angebote vor. Von diesen 6 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Das billigste Angebot liegt mit netto Euro 316.532,55 rund 48,92% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufenWir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los3 (NÖ Süd):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 68.202,81 ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 2 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 129.649,87 rund 90,09% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufenWir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los4 (Oberösterreich):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 105.509,63 ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 4 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 182.035,56 rund 72 53% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufenWir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los5 (Salzburg):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 126.356,40 ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 4 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Das billigste Angebot liegt mit netto Euro 174.033,00 rund 37,73% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufenWir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los6 (Kärnten):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 123.461,37 ermittelt.

Für dieses Los liegen 6 Angebote vor. Von diesen 6 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 190.934,34 rund 54,65% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufen. Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los7 (Stmk. Nord):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 491.604,35 ermittelt.

Für dieses Los liegen 6 Angebote vor. Von diesen 6 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 712.303,23 rund 44,89% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Weiters wurde bei der neuerlichen Überprüfung der Ausschreibungsmengen festgestellt, dass Leistungen mengenmässig in der Ausschreibung berücksichtigt wurden, welche aber nicht benötigt werden (ca. 10% Minderung).

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufen. Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los8 (Stmk. Süd):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 460.342,26,- ermittelt.

Für dieses Los liegen 6 Angebote vor. Von diesen 6 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 510.353,23 rund 10,86% über der Kostenschätzung. Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Weiters wurde bei der neuerlichen Überprüfung der Ausschreibungsmengen festgestellt, dass wesentliche Leistungen mengenmässig nicht in der Ausschreibung berücksichtigt wurden (ca. 30% Mehrung).

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 1 und Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufen. Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz eins und Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Los9 (Tirol/Vlb.):

Die Kostenschätzung wurde mit netto Euro 227.390,40,- ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 4 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto Euro 284.301,43 rund 25,03% über der Kostenschätzung.

Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen gemäß begründete Widerrufsgründe vor.

Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG zu widerrufen. Wir beabsichtigen daher, das Vergabeverfahren gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG zu widerrufen.

Stillhaltefrist [...]

Aufgrund der o.a. Punkte wird daher beabsichtigt, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen.

Es ist jedoch beabsichtigt, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben [...]

Mit Schriftsatz vom 6.12.2012 brachte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in den Spruchpunkten I und II wiedergegeben. Gleichzeitig wurden Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, denen mit Bescheid des BVA vom 17.12.2012, GZ:N/0117-BVA/14/2012- EV12, insofern stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erklärung des Widerrufs hinsichtlich der Lose 8 und 9 untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Ersatz der Pauschalgebühren und auf Bestellung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Bauwirtschaft zur Überprüfung der Kostenschätzung des Auftraggebers gestellt. Mit Schriftsatz vom 6.12.2012 brachte die A***, vertreten durch X*** (im Folgenden Antragsteller), einen Nachprüfungsantrag beim Bundesvergabeamt ein und begehrte wie in den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei wiedergegeben. Gleichzeitig wurden Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt, denen mit Bescheid des BVA vom 17.12.2012, GZ:N/0117-BVA/14/2012- EV12, insofern stattgegeben wurde, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Erklärung des Widerrufs hinsichtlich der Lose 8 und 9 untersagt wurde. Weiters wurden Anträge auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung, auf Ersatz der Pauschalgebühren und auf Bestellung eines Sachverständigen aus dem Bereich der Bauwirtschaft zur Überprüfung der Kostenschätzung des Auftraggebers gestellt.

In seinem Schriftsatz vom 6.12.2012 brachte der Antragsteller vor:

Das Beschaffungsvorhaben sei in 9 Lose untergliedert worden. Die Bieter seien berechtigt gewesen, Angebote für ein, mehrere oder alle Lose abzugeben.

In Pkt. 1.1.26 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen sei zur vertieften Angebotsprüfung und zur Prüfung der Angemessenheit der Preise u. a. festgehalten, dass Angebote, deren Gesamtpreis mehr als 30% unter dem Median des jeweiligen Loses - mit Berücksichtigung eines eventuellen Paketnachlasses - lägen, keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden würden. Zur Ermittlung des Medians würden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote mit Berücksichtigung eines eventuellen Paketnachlasses herangezogen. Dies unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes.

Der Antragsteller habe fristgerecht Angebote für jedes der 9 Lose gelegt.

Die Angebotsfrist habe am 25.10.2012, 11.00 Uhr, geendet. Am selben Tag habe die Angebotsöffnung stattgefunden. Mit dem Angebotsöffnungsprotokoll seien den Bietern die geschätzten Auftragssummen je Los bekannt gegeben worden. Laut Angebotsöffnungsprotokoll würden die (günstigsten) Angebote des Antragstellers zu Los 8 (Steiermark Süd) um +10,86% und zu Los 9 (Tirol/Vlb) um +25,03% von der Kostenschätzung des Auftraggebers abweichen.

Mit Schreiben vom 12.11.2012 habe der Auftraggeber erstmalig den beabsichtigten Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben. Begründet worden sei dies im Wesentlichen damit, dass sachliche Gründe für einen Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen würden. Mit Schreiben vom 12.11.2012 habe der Auftraggeber erstmalig den beabsichtigten Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben. Begründet worden sei dies im Wesentlichen damit, dass sachliche Gründe für einen Widerruf gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG vorliegen würden.

In der Bekanntgabe der zit. Widerrufsentscheidung seien betreffend die Lose 8 und 9 folgende Begründungen angegeben worden:

"[...]

Los 8 (Stmk. Süd):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 460.342,26 ermittelt. Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 510.353,23 rund 10,86% über der Kostenschätzung.

Los 9 (Tirol/Vlbg):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 227.390,40 ermittelt. Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 284.301,43 rund 25,03% über der Kostenschätzung.

Die Kostenschätzung (Los 1 - Los 9) wurde demnach mit netto EUR 1.917.120,85 ermittelt. Die Summe der billigsten Angebote (Los 1 - Los 9) liegt mit netto EUR 2.680.832,61 rund 39,84% über der Kostenschätzung.

Aufgrund mangelnder budgetärer Deckung wird daher beabsichtigt, die gegenständliche Ausschreibung zu widerrufen.

Es ist jedoch beabsichtigt, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben."

Diese Widerrufsentscheidung sei vom Antragsteller mittels Nachprüfungsantrages vom 21.11.2012 zu Zahl N/0107-BVA/14/2012 angefochten worden.

Der Auftraggeber habe daraufhin die Widerrufsentscheidung vom 12.11.2012 mittels elektronischer Mitteilung vom 26.11.2012 zurückgezogen: "Mit dieser Mitteilung ziehen wir die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vom 12.11.2012 zurück und treten erneut in das Stadium der Angebotsprüfung zurück."

Mit Schreiben vom 27.11.2012 habe der Auftraggeber erneut den beabsichtigten Widerruf der gegenständlichen Ausschreibung bekannt gegeben:

Generell ist festzuhalten, dass im gegenständlichen Verfahren überhöhte Preise vorliegen.

Die Kostenschätzung (Los 1 - Los 9) wurde mit netto EUR 1.917.120,85,-

ermittelt und basiert auf den letztjährig erzielten Preisen mit geringfügigen Anpassungen. Die Summe der aufgrund des Unterpreiskriteriums billigsten Angebote (Los 1 - Los 9) liegt mit netto EUR 2.680.832,61,- rund 39,84 % über der Kostenschätzung.

Es besteht die begründete Vermutung, dass die Preise nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln.

Insbesondere lässt auch die festgestellte Mehrfachbeteiligung von Unternehmen, die sich sowohl als Bieter als auch als Subunternehmer beteiligt haben, die Vermutung zu, dass ein eingeschränkter Wettbewerb vorliegt.

Ein weiterer Grund für den Widerruf aller 9 Lose liegt auch darin, dass in der Ausschreibung das Anbieten eines Paketnachlasses vorgesehen war, sollte ein Bieter für mehr als ein Los für den Zuschlag in Frage kommen und somit die Ausschreibung als "Gesamtes" zu betrachten ist.

[...]

Los 8 (Stmk. Süd):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 460.342,26,- ermittelt.

Für dieses Los liegen 6 Angebote vor. Von diesen 6 Angeboten weisen 3 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 510.353,23,- rund 10,86 % über der Kostenschätzung. Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor.

Weiters wurde bei der neuerlichen Überprüfung der Ausschreibungsmengen festgestellt, dass wesentliche Leistungen mengenmäßig nicht in der Ausschreibung berücksichtigt wurden (ca. 30 % Mehrung).

Los 9 (Tirol/Vlbg):

Die Kostenschätzung wurde mit netto EUR 227.390,40,- ermittelt.

Für dieses Los liegen 7 Angebote vor. Von diesen 7 Angeboten weisen 4 Angebote Verschränkungen von Unternehmen, welche sich als Bieter und als Subunternehmer beteiligt haben, auf.

Aufgrund des Unterpreiskriteriums liegt das billigste Angebot mit netto EUR 284.301,43,- rund 25,03 % über der Kostenschätzung. Das Angebotsergebnis spiegelt nicht die korrekten Marktpreise wider. Es besteht die Vermutung, dass unzulässige Preisabsprachen vorliegen. Aufgrund der überhöhten Preise und der mangelnden budgetären Deckung liegen begründete Widerrufsgründe vor

[...]

Es ist jedoch beabsichtigt, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben.

Die Widerrufsentscheidung vom 27.11.2012 sei rechtswidrig. Der Auftraggeber begründe seine Widerrufsentscheidung vor allem wiederum zu Unrecht damit, dass er auf Grund der insgesamt Überschreitung der Kostenschätzung durch die Summe der billigsten Angebote um 39,84 % einen Widerruf hinsichtlich aller zur Teilvergabe gelangenden Leistungen als gerechtfertigt erachte. Dabei werde jedoch übersehen, dass einzelne Lose einer Ausschreibung ein eigenes rechtliches Schicksal hätten. Daran ändere auch der Paketnachlass nichts. Ein solches Vorgehen sei zudem willkürlich und komme einem "Rosinenpicken" des Auftraggebers gleich, da er die tatsächlichen Kostenüberschreitungen je Los nicht berücksichtige. Da der Auftraggeber jedoch selbst die losweise Vergabe bestandsfest gewählt habe, hätte er nicht nur die Zuschlagsentscheidungen, sondern auch das Vorliegen eines Widerrufsgrundes jeweils getrennt pro Los zu beurteilen gehabt.

Der Auftraggeber habe in seinen Ausschreibungsunterlagen (Pkt. 1.1.20) selbst festgelegt, dass er sich bei wesentlichen Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (insbesondere einer massiven Einschränkung der aus derzeitiger Sicht vorliegenden Mittelfreigabe oder einer wesentlichen Änderung der Organisationsstruktur), vorbehalte, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Es sei nicht ersichtlich, worin diese wesentliche Änderung, insbesondere betreffend die Lose 8 und 9, liegen solle.

Der Auftraggeber vermute in seiner neuerlichen Widerrufsentscheidung überhöhte und nicht marktkonforme Preise, ohne die hiezu nach dem BVergG erforderlichen Prüfschritte gesetzt zu haben. Weiters nehme der Auftraggeber dies pauschal für alle Lose und alle Angebote von jedem Bieter an, ohne hinsichtlich der einzelnen Angebote je Bieter und der jeweiligen Lose zu differenzieren. Es seien weder der Antragsteller noch - offenkundig - andere Bieter vom Auftraggeber jemals zur kontradiktorischen Aufklärung der Gesamtpreise und der Angemessenheit ihrer Preise je Los ersucht worden.

Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei unrichtig und nicht sachkundig ermittelt worden. Selbst wenn sich im Rahmen der Prüfung nach § 125 BVergG herausstellen würde, dass die Preisangemessenheit von Angeboten anderer Bieter je Los nicht bestehe, so könne dies keinesfalls zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens nach § 139 Abs. 2 Z 3 leg. cit. führen, da ein derartiger Widerruf nur bei festgestellten generell überhöhten Preisen erfolgen dürfe. Etwa, wenn der Auftraggeber Preisabsprachen vermute oder Grund zur Annahme habe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden. Eine derartige Feststellung nach erfolgter Preisprüfung sei aber seitens des Auftraggebers nicht erfolgt. Die Feststellung, dass einzelne Angebote einen überhöhten Preis aufweisen würden, könne nicht zu einem Widerruf der gesamten Ausschreibung in allen neun Losen führen. Vielmehr hätte der Auftraggeber nach dem Primat des Regimes der §§ 125 ff iVm 129 Abs. 1 Z 3 und 8 BVergG vorzugehen gehabt. Die Kostenschätzung des Auftraggebers sei unrichtig und nicht sachkundig ermittelt worden. Selbst wenn sich im Rahmen der Prüfung nach Paragraph 125, BVergG herausstellen würde, dass die Preisangemessenheit von Angeboten anderer Bieter je Los nicht bestehe, so könne dies keinesfalls zu einem Widerruf des Vergabeverfahrens nach Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, leg. cit. führen, da ein derartiger Widerruf nur bei festgestellten generell überhöhten Preisen erfolgen dürfe. Etwa, wenn der Auftraggeber Preisabsprachen vermute oder Grund zur Annahme habe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden. Eine derartige Feststellung nach erfolgter Preisprüfung sei aber seitens des Auftraggebers nicht erfolgt. Die Feststellung, dass einzelne Angebote einen überhöhten Preis aufweisen würden, könne nicht zu einem Widerruf der gesamten Ausschreibung in allen neun Losen führen. Vielmehr hätte der Auftraggeber nach dem Primat des Regimes der Paragraphen 125, ff in Verbindung mit 129 Absatz eins, Ziffer 3 und 8 BVergG vorzugehen gehabt.

Ebenso vermute der Auftraggeber unzulässige Bieter- /Subunternehmerverschränkungen und vermeine aufgrund möglicher Mehrfachbeteiligungen einen Widerruf des Vergabeverfahrens rechtfertigen zu können. Weder habe der Auftraggeber in diesem Zusammenhang nachgewiesen, dass durch derartige Verflechtungen in Angeboten anderer Bieter ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil durch einzelne Bieter (oder Subunternehmer) erzielt worden sei, noch die Möglichkeit einer dadurch allenfalls möglichen Einflussnahme auf die wechselseitigen Angebote geprüft. Selbst wenn sich diese Vermutung für einzelne Angebote bestätigen sollte, so würde dies dem Auftraggeber bloß ein Vorgehen nach § 129 Abs. 1 Z 8 BVergG ermöglichen. Einen Widerruf könnten derartige Verschränkungen jedoch nicht rechtfertigen, weil jedenfalls die Angebote des Antragstellers vergaberechtskonform seien. Ebenso vermute der Auftraggeber unzulässige Bieter- /Subunternehmerverschränkungen und vermeine aufgrund möglicher Mehrfachbeteiligungen einen Widerruf des Vergabeverfahrens rechtfertigen zu können. Weder habe der Auftraggeber in diesem Zusammenhang nachgewiesen, dass durch derartige Verflechtungen in Angeboten anderer Bieter ein unzulässiger Wettbewerbsvorteil durch einzelne Bieter (oder Subunternehmer) erzielt worden sei, noch die Möglichkeit einer dadurch allenfalls möglichen Einflussnahme auf die wechselseitigen Angebote geprüft. Selbst wenn sich diese Vermutung für einzelne Angebote bestätigen sollte, so würde dies dem Auftraggeber bloß ein Vorgehen nach Paragraph 129, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG ermöglichen. Einen Widerruf könnten derartige Verschränkungen jedoch nicht rechtfertigen, weil jedenfalls die Angebote des Antragstellers vergaberechtskonform seien.

Zu Los 8 liege das Angebot des Antragstellers um lediglich 10,86 % über der - nicht sorgfältig und nicht sachverständig durchgeführten - Kostenschätzung des Auftraggebers, welcher aufgrund dieser Tatsache vermeine, das Vergabeverfahren mit dem Argument der mangelnden budgetären Bedeckung widerrufen zu können. Der Auftraggeber habe für seine Beschaffungen ein jährliches Baubudget von rund EUR 800 Mio zur Verfügung. Schon alleine vor dem Hintergrund eines derartigen jährlichen finanziellen Volumens sei schwer zu glauben, dass bei einem geschätzten Auftragswert von Euro 460.342,26 für das Los 8 nicht mitbedacht worden sei, dass die billigsten Angebote um rund 10-15% über dem geschätzten Auftragswert liegen könnten. Wenn man für alle Lose insgesamt von einem geschätzten Auftragswert von rund Euro 1.920.000,00 ausgehe, den der Auftraggeber aufgrund seiner eigenen Kostenschätzung finanziell bedecken müsse, so sei nicht einzusehen, weshalb für lediglich ein Viertel der Summe des geschätzten Gesamtbeschaffungsvorhabens keine ausreichende budgetäre Bedeckung gegeben sein sollte. Zudem stelle sich die Frage, wie zum jetzigen Zeitpunkt die budgetäre Bedeckung für das gegenständliche Beschaffungsvorhaben nicht gegeben sein könne, wenn beabsichtigt sei, die gegenständlichen Leistungen in nächster Zeit neuerlich auszuschreiben. Nach der Judikatur liege ein sachlich gerechtfertigter Widerrufsgrund mangels budgetärer Bedeckung erst dann vor, wenn das billigste Angebot die marktüblichen Preise um ca. 20 % übersteige.

In seiner neuerlichen Widerrufsentscheidung schiebe der Auftraggeber hinsichtlich des Loses 8 die Begründung nach, dass wesentliche Leistungen in der Ausschreibung mengenmäßig nicht berücksichtigt worden seien und daher eine ca. 30 %-ige Mehrung vorliege. Dies erscheine insbesondere deshalb absurd, da der Auftraggeber dieses Los einerseits wegen mangelnder budgetärer Bedeckung widerrufen, andererseits in unmittelbarer zeitlicher Abfolge noch 30 % Mehrleistungen beschaffen wolle.

Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Vergabeverfahren sei weder sorgfältig noch sachkundig ermittelt worden, was insbesondere für Los 9 relevant sei. Es sei lediglich auf die letztjährig erzielten Preise mit geringfügigen Anpassungen zurückgegriffen worden. Eine Heranziehung von Angebotssummen der Bieter aus vorangegangenen Vergabeverfahren als Basis für eine Kostenschätzung könne nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes keine sachkundige Ermittlung iSd § 13 Abs. 3 BVergG darstellen. Der Auftraggeber habe bloß die Annahme getroffen, dass die Preise der Dienstleistungen gegenüber dem Jahr 2011 (Rahmenvertrag Jahr 2012) im Jahr 2012 (Rahmenvertrag Jahr 2013) in allen Losen niedriger sein würden. Der Auftraggeber habe seiner Kostenschätzung offensichtlich auch die unrichtige Annahme zu Grunde gelegt, dass ein größeres Auftragsvolumen stets zwingend zu niedrigeren Einheitspreisen führen müsse. Ebenso berücksichtige die Kostenschätzung des Auftraggebers keine Veränderungen der Preise aufgrund der Inflation und anderer Kostensteigerungen des Marktes. Allein die Kostensteigerungen hätten zumindest für das Los 9 einen um ca. 7 % gegenüber dem Jahr 2012 erhöhten geschätzten Auftragswert ergeben müssen. Es sei davon auszugehen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers mangelhaft durchgeführt und somit falsch sei. Das Angebot des Antragstellers sei im Los 9 nicht - wie behauptet - um 25,03 %, sondern lediglich um maximal 10 % von einer tatsächlich sorgfältig sachverständig durchgeführten Kostenschätzung abgewichen. Eine derartige Abweichung von lediglich 10 % gegenüber der Kostenschätzung rechtfertige den Teilwiderruf des Loses 9

aufgrund mangelnder budgetärer Bedeckung nicht und sei dieser somit rechtswidrig. Der geschätzte Auftragswert für das gegenständliche Vergabeverfahren sei weder sorgfältig noch sachkundig ermittelt worden, was insbesondere für Los 9 relevant sei. Es sei lediglich auf die letztjährig erzielten Preise mit geringfügigen Anpassungen zurückgegriffen worden. Eine Heranziehung von Angebotssummen der Bieter aus vorangegangenen Vergabeverfahren als Basis für eine Kostenschätzung könne nach der Judikatur des Bundesvergabeamtes keine sachkundige Ermittlung iSd Paragraph 13, Absatz 3, BVergG darstellen. Der Auftraggeber habe bloß die Annahme getroffen, dass die Preise der Dienstleistungen gegenüber dem Jahr 2011 (Rahmenvertrag Jahr 2012) im Jahr 2012 (Rahmenvertrag Jahr 2013) in allen Losen niedriger sein würden. Der Auftraggeber habe seiner Kostenschätzung offensichtlich auch die unrichtige Annahme zu Grunde gelegt, dass ein größeres Auftragsvolumen stets zwingend zu niedrigeren Einheitspreisen führen müsse. Ebenso berücksichtige die Kostenschätzung des Auftraggebers keine Veränderungen der Preise aufgrund der Inflation und anderer Kostensteigerungen des Marktes. Allein die Kostensteigerungen hätten zumindest für das Los 9 einen um ca. 7 % gegenüber dem Jahr 2012 erhöhten geschätzten Auftragswert ergeben müssen. Es sei davon auszugehen, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers mangelhaft durchgeführt und somit falsch sei. Das Angebot des Antragstellers sei im Los 9 nicht - wie behauptet - um 25,03 %, sondern lediglich um maximal 10 % von einer tatsächlich sorgfältig sachverständig durchgeführten Kostenschätzung abgewichen. Eine derartige Abweichung von lediglich 10 % gegenüber der Kostenschätzung rechtfertige den Teilwiderruf des Loses 9 aufgrund mangelnder budgetärer Bedeckung nicht und sei dieser somit rechtswidrig.

Der Antragsteller erachte sich durch die angefochtene Widerrufsentscheidung vom 27.11.2012 in seinen Rechten auf Durchführung eines dem BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens, auf einen freien und lauterer Wettbewerb, auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Zuschlagsempfängers sowie auf Zuschlagserteilung verletzt.

Der Auftraggeber nahm mit Schriftsatz vom 17.12.2012 zum Nachprüfungsantrag zusammengefasst Stellung wie folgt:

Der Auftraggeber führe zum Ausschreibungsgegenstand "Rahmenvertrag Abnahmeprüfungen und Zustanderhebungen für Autobahnen und Schnellstraßen 2013" ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich durch. Es handle sich um einen Dienstleistungsauftrag. Die Ausschreibung sei in 9 Lose unterteilt.

Im Zuge der Angebotsprüfung sei festgestellt worden, dass bei Zusammenrechnung der Angebotspreise der erstgereihten Bieter für alle Lose (Euro 2.680.832,61) die Schätzkosten (Euro 1.917.120,85) um insgesamt 39,84% überschritten worden seien.

Aufgrund dieser eklatanten Überschreitung der Schätzkosten und der Vermutung, dass ein eingeschränkter Wettbewerb geherrscht habe, habe sich der Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung, somit aller 9 Lose, entschlossen.

Eine erstmalige Widerrufsentscheidung vom 12.11.2012 sei am 26.11.2012 zurück genommen und durch eine detaillierter begründete Widerrufsentscheidung, den Bietern über die elektronische Vergabeplattform AVA-Online zugestellt, ersetzt worden.

Der Widerruf sei für alle Lose der Ausschreibung insbesondere aufgrund der massiven Kostenüberschreitung von ca. 40% gegenüber der Kostenschätzung geboten gewesen.

Der Antragsteller verneine, dass bei einer Ausschreibung, bei der die Abgabe von Teilangeboten in Form von Losen zulässig sei, nicht auf die gesamte Ausschreibung (das gesamte Vorhaben) abgestellt werden dürfe. Es müsse die Kostenüberschreitung je Los heran gezogen werden. Dagegen spreche jedoch zunächst, dass diese Teilleistungen sachlich zusammenhängen würden, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen gewesen seien und ein Budget für ein Gesamtprojekt und nicht für einzelne Lose erstellt werde. Dass alle Lose in einem engen sachlichen Zusammenhang stehen würden und daher die Überschreitung der gesamten Schätzkosten zu berücksichtigen sei, zeige auch die Bieterstruktur für alle Lose. Aus dieser sei ersichtlich, dass im Wesentlichen dieselben Bieter für alle Lose angeboten und daher alle Lose der Ausschreibung demselben Markt zuzuordnen seien.

Weder aus der Literatur noch aus der Judikatur würde sich ergeben, dass bei der Beurteilung über das Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes jedes Los isoliert betrachtet werden müsse. Sticker/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138f Rz 6, sowie [Sturm] in Weder aus der Literatur noch aus der Judikatur

würde sich ergeben, dass bei der Beurteilung über das Vorliegen eines sachlichen Widerrufsgrundes jedes Los isoliert betrachtet werden müsse. Sticker/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 138 f, Rz 6, sowie [Sturm] in

Heid/Preslmayr/Handbuch Vergaberecht³ (2010) [1489], würden dazu

lediglich ausführen, dass ein Teilwiderruf bei losweisen Vergaben möglich sei. Dass ein Auftraggeber bei einem Widerruf nicht auf Gründe abstellen dürfe, die die gesamte Ausschreibung betreffen und daher zu einem Widerruf aller Lose einer Ausschreibung führen würden, werde nicht angeführt. Auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Widerruf (§§ 138f BVergG) würden keine diesbezüglichen Vorgaben enthalten. lediglich ausführen, dass ein Teilwiderruf bei losweisen Vergaben möglich sei. Dass ein Auftraggeber bei einem Widerruf nicht auf Gründe abstellen dürfe, die die gesamte Ausschreibung betreffen und daher zu einem Widerruf aller Lose einer Ausschreibung führen würden, werde nicht angeführt. Auch die gesetzlichen Bestimmungen zum Widerruf (Paragraphen 138 f, BVergG) würden keine diesbezüglichen Vorgaben enthalten.

Wie der Antragsteller selbst ausführe, habe der Auftraggeber lediglich objektiv zu beurteilen, ob ein sachlicher Widerrufsgrund vorliege. "Es ist zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur Problembehebung darstellt. Dabei ist kein strenger Maßstab anzulegen" (Stickler/Zellhofer, AAO Rz 27). Daraus sei ersichtlich, dass die Beurteilung, ob bzw. in welchem Umfang ein sachlicher Widerrufsgrund vorliege, im Ermessen des Auftraggebers liege. Bei Vorliegen eines sachlichen Grundes hinsichtlich der gesamten Ausschreibung - der bei einer Kostenüberschreitung der Gesamtkosten von fast 40% unstrittig vorliege - müsse der Auftraggeber durch den Widerruf die Möglichkeit haben, die Ursachen, die zur Kostenüberschreitung geführt hätten, vollständig betreffend die gesamte Ausschreibung zu beseitigen. Diese Möglichkeit der nachträglichen Korrektur stelle nach herrschender Meinung und Rechtsprechung - neben der überhöhten Preise - ebenfalls einen tauglichen Widerrufsgrund dar.

Eine Ursache für die überhöhten Preise sei die in der Ausschreibung enthaltene Unterpreisregelung (Teil D1 Pkt. 1.1.26), wonach Bieter, die unter dem errechneten Median (dieser werde aus den Angebotspreisen und den Schätzkosten errechnet), liegen würden, auszuscheiden seien. Der Auftraggeber habe diese Regelung in Dienstleistungsausschreibungen zur Verhinderung eines ruinösen Preiswettbewerbes aufgenommen.

Bei der gegenständlichen Ausschreibung sei aufgefallen, dass Bieter zum Teil wesentlich überteuerte, nicht kompetitive Angebote gelegt hätten, bei denen der Verdacht bestehe, dass es sich um (Deck)angebote handle. Durch diese überhöhten Angebotspreise sei der Median erhöht worden, sodass billigere Anbieter auszuscheiden gewesen seien. In einer neuen Ausschreibung wäre - aufgrund der nun vorliegenden Erkenntnisse - unter anderem dieses Unterpreiskriterium zur Verhinderung überteuerter Preise wieder zu streichen. Hätte der Auftraggeber auf diese Bestimmung verzichtet, wären die Schätzkosten annähernd eingehalten worden.

Weiters sei der Widerruf der gesamten Ausschreibung, also aller Lose, sachlich gerechtfertigt, da erfahrungsgemäß nur bei einer Bündelung des gesamten Auftragsvolumens gute Preise (Einsparungen von bis zu 50% am Markt) erzielt werden könnten. Ohne eine solche Bündelung wären auch weitere Einsparungen z.B. durch Paketnachlässe, nicht mehr möglich.

Der Antragsteller bringe vor, dass der Auftraggeber festgelegt habe, dass er nur bei wesentlichen Änderungen der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen widerrufen werde. Diese Behauptung sei falsch. In D1 Pkt. 1.1.20 "Wesentliche Änderung der Rahmenbedingungen" werde klar ausgeführt: "Diese Bestimmung berührt nicht das Recht des Auftraggebers, die Ausschreibung allenfalls aus anderen Gründen zu widerrufen".

Entgegen dem Vorbringen des Antragstellers handle es sich bei der Feststellung, dass sämtliche angebotenen Preise überhöht seien, um keine Vermutung. Die Schätzkosten für diesen Auftrag seien sachkundig - durch einen externen Ziviltechniker - ermittelt bzw. erstellt worden. Auf Basis dieser Kostenschätzung seien in weiterer Folge die überhöhten Preise festgestellt worden. Entgegen der Auffassung des Antragstellers sei zur Feststellung des Vorliegens von Widerrufsgründen kein kontradiktorisches Verfahren mit den Bietern durchzuführen.

Auch die Angebote des Antragstellers seien überhöht. Im nicht bekämpften Los 2 liege der Antragsteller 48,92% über der Kostenschätzung. Auch bei den anderen Losen liege der Antragsteller weit über den Schätzkosten.

Die Gesetzesmaterialien würden als Beispiel für einen sachlichen Widerrufsgrund explizit anführen: "Wenn der

Auftraggeber Preisabsprachen vermutet oder Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln" (EBRV 171 Blg Nr. XXII. GP 89) Die Gesetzesmaterialien würden als Beispiel für einen sachlichen Widerrufsgrund explizit anführen: "Wenn der Auftraggeber Preisabsprachen vermutet oder Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln" (EBRV 171 Blg Nr. römisch 22. Gesetzgebungsperiode 89)

Wenn der Antragsteller behaupte, dass es keinerlei Verschränkungen zwischen seinem Angebot und anderen Bietern gebe, so sei dies unzutreffend. Der Antragsteller werde von zwei Bietern als Subunternehmer angeführt.

Für das Vorliegen eines Widerrufsgrundes gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG sei lediglich ein sachlicher Grund notwendig. Wie die oben zitierten Materialien ausdrücklich festhalten würden, genüge der Verdacht, dass eine Preisabsprache stattgefunden habe oder Grund zur Annahme bestehe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden. Genau diese Verschränkungen zwischen Bieter und Subunternehmer - insbesondere in den überhöhten Preisen - würden einen solchen Verdacht begründen. Deshalb liege auch aus diesem Grund ein sachlicher Widerrufsgrund hinsichtlich der gesamten Ausschreibung vor. Für das Vorliegen eines Widerrufsgrundes gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG sei lediglich ein sachlicher Grund notwendig. Wie die oben zitierten Materialien ausdrücklich festhalten würden, genüge der Verdacht, dass eine Preisabsprache stattgefunden habe oder Grund zur Annahme bestehe, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln würden. Genau diese Verschränkungen zwischen Bieter und Subunternehmer - insbesondere in Verbindung mit den überhöhten Preisen - würden einen solchen Verdacht begründen. Deshalb liege auch aus diesem Grund ein sachlicher Widerrufsgrund hinsichtlich der gesamten Ausschreibung vor.

Los 8 sei schon aus den oben angeführten Gründen (Gesamtkostenüberschreitung von 40% sowie Subunternehmerverschränkung) rechtmäßig widerrufen worden. Die Kostenüberschreitung von 10,86% für dieses Teillos sei nicht isoliert von der Gesamtkostenüberschreitung zu betrachten. Kostenüberschreitungen und deren budgetäre Deckung seien entgegen der Behauptung des Antragstellers nicht am gesamten jährlichen Bauvolumen des Auftraggebers zu messen, sondern anhand der Größe des jeweils ausgeschriebenen Projektes. Wenn der Antragsteller behaupte, dass die budgetäre Deckung jedenfalls für dieses Teillos vorhanden sein müsse, übersehe er, dass der Betrag, der aufgrund der betroffenen Schätzkosten überzahlt würde, zur Bedeckung der anderen Lose fehlen würde.

Eine neuerliche Überprüfung der Massen zu Los 8 habe ergeben, dass die Massen gegenüber der gegenständlichen Ausschreibung zu mindern seien und damit nur noch Leistungen in Höhe von ca. Euro 300.000,- benötigt würden.

Wäre dem Auftraggeber zum Zeitpunkt der Ausschreibung bekannt gewesen, dass ein derartiger Massenfehler im Los 8 vorgelegen sei, hätte dies zu einer wesentlich anderen Ausschreibung dieses Loses geführt. Nunmehr bestehe keine andere Möglichkeit mehr, als dieses Los zu widerrufen. Eine Reduktion der Massen nach Angebotsöffnung sei in einem offenen Verfahren nicht mehr möglich. Demnach sei der Widerruf des Loses 8 auch aus diesem Grund berechtigt.

Zu Los 9 sei das Angebot des Antragstellers um ca. 25% über den Schätzkosten gelegen. Der Widerrufsgrund des überhöhten Preises sei damit - selbst bei einer isolierten Betrachtung dieses Loses - jedenfalls erfüllt.

Es sei nochmals zu betonen, dass die Kostenschätzung sorgfältig und sachkundig erfolgt sei. Der Auftraggeber bzw. der externe Berater hätten sich an den Angebotspreisen aus der voran gegangenen Ausschreibung, dem Rahmenvertrag des Jahres 2012, orientiert. Selbstverständlich habe diese Kostenschätzung nicht 1:1 heran gezogen werden können, da insbesondere das Volumen im Vergleich zur letzten Ausschreibung erheblich erhöht worden sei. Bei der Ausschreibung für das Jahr 2012 seien die hier gegenständlichen Leistungen erstmals gebündelt und in Form eines Rahmenvertrages ausgeschrieben worden. Bei der damaligen Ausschreibung seien die Angebotspreise erheblich unter den damaligen Schätzkosten gelegen. Dem Auftraggeber sei es durch die gewählte Form der Ausschreibung gelungen, gute Preise am Markt zu erzielen. Dass sich der Auftraggeber nunmehr bei der Ermittlung der Schätzkosten an den Erfahrungswerten der tatsächlich erzielten Angebotspreise der letzten Ausschreibung und nicht an den damaligen offenbar "falschen" Schätzkosten der Pilotausschreibung orientiert habe, sei wohl nachvollziehbar und bedürfe keiner weiteren Erklärung. Dass bei dieser ersten Ausschreibung die Schätzkosten derart unterschritten worden seien, zeige bloß, dass der Auftraggeber durch dieses Nachfragemodell und die Bündelung des Bedarfs bessere Preise erzielen könne. Auch dies zeige wiederum, dass die Lose dieser Ausschreibung nicht isoliert betrachtet werden dürften und eine Reduktion des Auftragsvolumens durch die Vergabe der Lose 8 und 9 zu nachteiligeren Angebotspreisen für den Auftraggeber führen könnte.

Ergänzend sei festzuhalten, dass bei der Kostenschätzung auch die Teuerungsrate berücksichtigt worden sei. Zudem sei aufgrund des höheren Auftragsvolumens eine weitere Reduktion der Preise angenommen worden.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass die Widerrufsentscheidung für die Lose 8 und 9 der gegenständlichen Ausschreibung zu Recht erfolgt sei.

Mit Schriftsatz vom 20.12.2012 erstattete der Antragsteller eine Replik zur Stellungnahme des Auftraggebers vom 17.12.2012:

In Ergänzung seines bisherigen Vorbringens brachte der Antragsteller vor, dass der Widerruf als Instrument zur Preisreduzierung verwendet werden solle. Durch Streichen des Unterpreiskriteriums sollten in einem neuen Vergabeverfahren die gewünschten Angebotspreise erzielt werden. Man könne sich des Eindrucks nicht erwehren, dass bloß potenziell mögliche Widerrufsgründe "abgeschrieben" und nachgeschoben würden.

Ein sachlicher Zusammenhang zwischen den Losen, der den Auftraggeber zu einer Gesamtbetrachtung der Kostenüberschreitung berechtigen würde, bestehe schon deswegen nicht, da die einzelnen Teilleistungen je Los von den jeweiligen Bietern selbstständig erbracht werden könnten. Gegen den sachlichen Zusammenhang spreche auch, dass der Auftraggeber gebietsweise einen eigenen Projektleiter einsetze, der die erforderlichen Massen je Los und unabhängig von anderen Projekten in anderen Gebieten ermittelt habe. Die einzelnen Gebiete würden aufgrund der internen Organisation des Auftraggebers keine Überschneidungen aufweisen. Die ausgeschriebenen Lose seien von einander unabhängig. Bis zur Ausschreibung des Rahmenvertrages 2012 habe der Auftraggeber die nunmehr in einer Ausschreibung zusammengefassten Lose getrennt ausgeschrieben. Das Fehlen eines sachlichen Zusammenhanges werde somit auch durch die frühere Ausschreibungspraxis des Auftraggebers untermauert.

Im Übrigen bestehe bei getrennten Ausschreibungen der Leistungen - die sich inhaltlich nicht von der Gesamtausschreibung mit einzelnen Losen unterscheiden würden - kein Zweifel, dass allfällige Widerrufsgründe je Ausschreibung zu prüfen seien. Wenn auch der Teilwiderruf im Gesetz nicht geregelt sei, könne die Betrachtung nur parallel zur losweisen Vergabe erfolgen.

Ein Teilwiderruf sei im Gesetz nicht geregelt. Nach der deutschen Literatur würden jedoch Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkte den Auftraggeber dazu zwingen, eine Ausschreibung nur teilweise aufzuheben, wenn dies unter sachlichen Gesichtspunkten gerechtfertigt wäre. Wenn eine mehrere Lose umfassende Ausschreibung wegen eines Aufhebungsgrundes, der nur ein Los betreffe, insgesamt aufgehoben werden müsste, würden Bieter, die zu anderen Losen angeboten hätten, unverhältnismäßig benachteiligt.

Das Argument bezüglich einer 40%igen Überschreitung der Kostenschätzung im Vergleich zu den Angebotspreisen treffe auch inhaltlich nicht zu, da die Kostenschätzung des Auftraggebers unrichtig und nicht sachkundig ermittelt worden sei.

Gerade die vom Auftraggeber verwendete Medianwertmethode verhindere schon rein logisch Bieterabsprachen. Die Bieter könnten schließlich nicht wissen, wer anbiete, wer das billigste Angebot lege, wer das billigste Angebot gelegt habe und schon gar nicht, an welcher Stelle ihr Angebot gereiht werde.

Die Behauptung des Auftraggebers, dass bei einem Verzicht auf das Unterpreiskriterium die Schätzkosten annähernd eingehalten hätten werden können, sei unrichtig.

Zum Vorwurf des Auftraggebers, dass der Antragsteller bei zwei Bietern als Subunternehmer angeführt werde, sei nochmals festzuhalten, dass sich der Antragsteller an Angeboten anderer Bieter nicht beteiligt habe.

In der Widerrufsentscheidung sei bezüglich Los 8 von einer 30%igen Massenmehrung die Rede gewesen. Nunmehr bringe der Auftraggeber eine Massenminderung in Höhe von 40% vor.

Die Behauptung des Auftraggebers, dass die Teuerungsrate bei der Kostenschätzung für das gegenständliche Vergabeverfahren berücksichtigt worden sei, werde bestritten. Die Teuerungsrate sei für die tatsächliche Kostensteigerung für die zu erbringende Leistung nicht relevant.

Mit Schriftsatz vom 17.1.2013, erstattete der Auftraggeber eine Stellungnahme zur Replik des Antragstellers vom 20.12.2012 und brachte zusammengefasst wie folgt vor:

Der Antragsteller verneine, dass kein sachlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Losen der Ausschreibung bestehe. Die erforderliche Befugnis sei zwar für alle Lose dieselbe, die technische Leistungsfähigkeit und das Interesse an der Leistungserbringung am Erfüllungsort seien jedoch nicht für alle Bieter gleich.

Hiezu sei festzuhalten, dass die meisten Bieter - unter anderem der Antragsteller - zu allen Losen angeboten hätten. Schon die Bieterstruktur zu den Angeboten widerlege daher die Argumentation des Antragstellers.

Der Umstand, dass die Abnahmeprüfungen und Zustanderhebungen früher getrennt für jedes Projekt ausgeschrieben worden seien, lasse keinen Rückschluss darauf zu, ob die nunmehr losweise ausgeschrieben Leistungen sachlich zusammenhängen würden. Dies könne nur anhand des Gegenstandes und der Ausgestaltung der konkreten Ausschreibung bzw. des Vorhabens beurteilt werden. Ein solcher Zusammenhang liege, wie bereits in der ersten Stellungnahme ausgeführt worden sei, vor.

Der Auftraggeber habe bis zum Jahr 2011 die hier ausgeschrieben Leistungen bis auf wenige Ausnahmen dezentral beschafft und für jedes Projekt im Anlassfall die jeweiligen Leistungen beauftragt. Dies habe den großen Nachteil gehabt, dass die Leistungsbilder für jeden Auftrag unterschiedlich gestaltet worden seien, wodurch diese auch nicht mehr technisch und wirtschaftlich vergleichbar gewesen seien. Durch die nunmehrige Beschaffungsbündelung werde daher ein einheitlicher technischer Standard österreichweit festgelegt, wodurch auch ein besserer Preisvergleich und eine bessere Planbarkeit der Kosten innerhalb einer Jahresperiode möglich geworden seien. Weiter entstünden durch eine gebündelte Ausschreibung wirtschaftliche Synergien, da insbesondere bei größeren Beschaffungsvolumina niedrigere Preise erzielt werden könnten als bei kleinen Beschaffungsumfängen. Dieses Modell habe sich bei der ersten Rahmenvertragsausschreibung, die vom gleichen Projektteam wie die hier gegenständliche Ausschreibung betreut worden sei, bereits bewährt und neben der Vereinheitlichung der Leistungsbilder und der besseren Kostentransparenz insbesondere zu beachtlichen Einsparungen bei den Angebotspreisen, insbesondere über Paketnachlässe, geführt.

Aus diesen Gründen sei ersichtlich, dass die ausgeschrieben Lose sowohl wirtschaftlich als auch technisch zusammenhängen würden und eine getrennte Ausschreibung für die Lose 1 - 7 für den Auftraggeber nachteilig wäre. Die Überschreitung der Gesamtschätzkosten von fast 40% sei daher aufgrund des wirtschaftlichen und technischen Zusammenhanges aller Teilleistungen (Lose

1 - 9) und der absehbaren nachteiligen Auswirkungen aus einer getrennten

Ausschreibung für den Auftraggeber, ein sachlicher Grund für den Widerruf der gesamten Ausschreibung.

Die Kostenschätzung sei auf Basis der beauftragten Preise des Rahmenvertrages 2012 zuzüglich einer Erhöhung von 5% (Indexierung) abzüglich eines Nachlasses von 10% - aufgrund des wesentlich höheren Leistungsumfanges gegenüber dem Rahmenvertrag 2012 - erfolgt. Der Nachlass von 10% sei aufgenommen worden, als bei der Ermittlung des Auftragsvolumens festgestellt worden sei, dass dieses markant über jenem der letzten Ausschreibung liege. Die Kostenschätzung sei extern durch B*** und intern von den Herren C*** und D*** begleitet worden. Dieses Team habe bereits die Kostenschätzung für die Rahmenvertragsausschreibung 2012 vorgenommen.

Der Ansatz des Antragstellers, wonach eine Erhöhung des Auftragsvolumens wegen erhöhter Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit zwangsläufig auch zu einer Erhöhung der Preise führen würde, widerspreche jedweder Lebenserfahrung und auch dessen eigener Preisgestaltung. So müssten die Preise des Antragstellers bei Losen mit höherem Leistungsumfang höher sein und umgekehrt. Dies sei jedoch nicht der Fall. So biete der Antragsteller im Los 8, das das zweitgrößte Auftragsvolumen und somit eine höhere Anforderung an die technische Leistungsfähigkeit stellen würde, einen Nachlass von 57% an, während z.B. im Los 4 mit einem wesentlich kleineren Umfang lediglich ein Nachlass von 16% angeboten werde.

Vor jeder Veröffentlichung einer Ausschreibung sei die Ausschreibungsreife eines Projektes zu prüfen und vom Projektleiter und Vorgesetzten zu bestätigen. In dieser Ausschreibungsreife seien auch zwingend die Schätzkosten für die Ausschreibung zu dokumentieren. Die Ausschreibungsreife werde nicht gesondert für jedes Los, sondern für die gesamte Ausschreibung bestätigt. Entsprechend der Kostenschätzung sei die Budgetierung des Vorhabens erfolgt. Die Kostenschätzung sei daher auch Grundlage dafür, ob die Leistung überhaupt beauftragt werde oder das

Vergabeverfahren zu widerrufen sei. Bei einer derartigen Abweichung von den Schätzkosten für ein Projekt wie im vorliegenden Fall wäre eine Beauftragung schon aufgrund der strengen internen Prüf- und Entscheidungsvoraussetzungen des Auftraggebers kaum zu rechtfertigen.

Unter gleichzeitiger Vorlage der hierüber an die Bieter über die elektronische Vergabepattform AVA-Online ergangenen Verständigungen setzte der Auftraggeber das Bundesvergabeamt am 24.1.2013 in Kenntnis, dass er hinsichtlich der Lose 1-7 des Vergabeverfahrens am 14.1.2013 den Widerruf erklärt hat. Unter Einem legte der Auftraggeber dem Bundesvergabeamt die mit Telefax des BVA vom 22.1.2013, GZ: N/0117-BVA/14/2012-27, angeforderte Kostenschätzung zur Rahmenvertragsausschreibung 2012 und die Angebotspreise zur Rahmenvertragsausschreibung 2012 vor.

Mit Schriftsatz vom 24.1.2013 übermittelte der Antragsteller eine weitere Stellungnahme:

Die angefochtene(n) Widerrufsentscheidung(en) vom 27.11.2012 könnte(n) mangels Dokumentation im Vergabeakt gar nicht überprüfbar sein.

Der Auftraggeber habe die Angebote zu keinem Zeitpunkt in irgendeiner Form geprüft und nicht festgestellt, ob im gegenständlichen Vergabeverfahren die von ihm behaupteten Widerrufsgründe überhaupt vorliegen würden.

Auch hinsichtlich der Kostenschätzung müsse der Antragsteller davon ausgehen, dass eine gerichtlich überprüfbare und nachvollziehbare Kostenschätzung dem Vergabeamt nicht zu entnehmen sei.

Der Auftraggeber habe seine Kostenschätzung jedenfalls nicht auf Basis bestehender vergleichbarer Verträge vorgenommen, sondern sich ausschließlich an den Preisen der Ausschreibung des Rahmenvertrages 2012 orientiert. Die für den Rahmenvertrag 2012 beauftragten Einheitspreise könnten nicht die Basis einer Kostenschätzung für den Rahmenvertrag 2013 bilden. Der Leistungsumfang des Rahmenvertrages 2013 sei fast um das 3- Fache größer.

Die Erfahrung des Antragstellers aus dem Rahmenvertrag 2012 sei, dass eine Vielzahl der Einzelleistungen an unterschiedlichen Örtlichkeiten mit stark variierendem Leistungsumfang (geringer Umfang) zu erbringen gewesen seien. Dies bedinge vergleichsweise höhere Kosten. Auch dies sei offenkundig in der Kostenschätzung zum Rahmenvertrag 2013 nicht berücksichtigt worden.

Am 25.1.2013 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt, in der die Parteien und die Zeugen, soweit entscheidungsrelevant, vorbrachten:

-Zum ausgeschriebenen Leistungsinhalt bzw. zur Zusammengehörigkeit der Leistungen:

Auftraggeber (Projektleiter D***):

Der Leistungsumfang sei für einen Auftragnehmer zu umfassend, deshalb sei nach den Gebietsaufteilungen des Auftraggebers (Zuständigkeiten der einzelnen Baugruppen der ASFINAG) eine Ausschreibung in Losen erfolgt. Auch wenn es diese unterschiedlichen internen Zuständigkeiten des Auftraggebers nicht gäbe, wäre vermutlich angesichts der Größe des Leistungsumfanges in mehreren Losen ausgeschrieben worden.

Zusätzlich sollte eine Vergleichbarkeit der Leistungen geschaffen werden, um den Gesamtbereich auch international zugänglich zu machen. Die internationale Beteiligung habe sich auch eingestellt (TÜV).

Der Leistungsumfang sei in jedem Los anders, es gebe verschiedene Prüfaufgaben. In der Ausschreibung sei ein Katalog von Leistungsanforderungen geschaffen. Je nach Los gebe es entsprechend den Anforderungen einen unterschiedlichen Auszug aus den Leistungspositionen. Zusätzlich seien in jedem Los andere Mengen (Massen) ausgeschrieben.

Ein Hauptmotiv für die Zusammenfassung der Leistungen in einer Ausschreibung sei der wirtschaftliche Aspekt gewesen. Es könnten im Falle einer gebündelten Beschaffung bessere Preise erzielt werden als im Falle von Einzelausschreibungen.

Durch die vor 2012 praktizierte Methode der Einzelausschreibungen sei kein einheitliches Leistungsbild gegeben und so sei auch kein Leistungsvergleich zwischen den einzelnen Bereichen möglich gewesen. Jede "Zuständigkeitseinheit" habe die Leistungsanforderungen nach ihrem Gutdünken definiert, weshalb auch kein Preisvergleich möglich gewesen sei.

Zur Frage der Antragstellervertreterin, ob es technische Verschränkungen zwischen den einzelnen Zuständigkeitsbereichen gäbe: In technischer Hinsicht könne es solche Verschränkungen geben. Zwischen den einzelnen Losen gäbe es im Allgemeinen keine technischen Verschränkungen.

Zur Frage der Antragstellervertreterin, ob Zustandserhebungen, die z.B. in Wien benötigt würden, nicht einen anderen Leistungsinhalt hätten, als jene die z.B. für Vorarlberg benötigt würden: Dies könne so nicht gesagt werden. Dies sei baubiosabhängig und hänge nicht von der jeweiligen Region ab.

Es sei unerheblich, ob Leistungen innerhalb eines Loses im Mai oder Juni erfolgen würden, solange diese in einer Periode abgewickelt würden.

Die mit dem nunmehrigen Rahmenvertrag (2013) ausgeschriebenen Leistungen würden im Wesentlichen den mit dem Rahmenvertrag (2012) vergebenen Leistungen entsprechen. Es bestünden lediglich geringfügige Leistungsunterschiede.

Zur Ausweitung des Leistungsvolumens gegenüber dem Rahmenvertrag 2012: Mit einer Rahmenvertragsausschreibung werde grundsätzlich nur ein Teil der Leistungen abgedeckt, die von den Prüfanstalten benötigt würden. Hinsichtlich des Restes würden nach wie vor getrennte Ausschreibungen vorgenommen werden. Bei der nunmehrigen Rahmenvertragsausschreibung (2013) sei jedoch ein "Mehr" an Daten eingemeldet worden als von der Rahmenvertragsausschreibung 2012 erfasst gewesen sei. Jedenfalls liege eine Steigerung um mehr als das Zweifache vor. Die Volumenausweitung gegenüber dem Vorjahresrahmenvertrag beziehe sich daher auf die zu erfassenden Daten. Die Ausweitung erstrecke sich über die einzelnen Lose. Gegenüber dem Vorjahr sei eine geringfügig andere Loseinteilung gewählt worden.

-Zur Medianregelung (Unterpreiskriterium):

Auftraggeber (D***):

Es bestehe die Vorgabe, dass bei Dienstleistungsaufträgen die Medianregelung zur Anwendung komme. Diese solle bezwecken, dass Angebote mit extremen Unterpreisen ausgeschieden würden. Dies, um ein ruinöses Preisverhalten der Bieter zu verhindern. Weiters sei im Gegensatz zur Ausschreibung von Bauleistungen bei der Ausschreibung von Dienstleistungen die Nachvollziehbarkeit der kalkulierten Ansätze problematisch. Genormte Kalkulationsformblätter, wie diese bei Bauausschreibungen vorgesehen seien, seien bei Dienstleistungsausschreibungen nicht möglich.

Im Vorjahr seien vor der Ausschreibung die Angebotspreise aufgrund der früheren Vorausschreibungen, die Einzelausschreibungen gewesen seien, geschätzt worden. Im Vorjahr habe es bereits eine Medianregelung gegeben, aufgrund der einige Bieter mit Unterpreisangeboten auszuschneiden gewesen seien.

Im Vorjahr (Rahmenvertrag 2012) sei die Medianregelung anders ausgestaltet gewesen als in der Ausschreibung zum Rahmenvertrag (2013). Für die einzelnen Lose sei eine getrennte Bestbieterermittlung vorgesehen gewesen. Allfällige Paketnachlässe der Bieter für den Fall der Beauftragung mit mehr als einem Los seien in die Ermittlung des Medians nicht einzubeziehen gewesen. Dies sei von einigen Bietern insofern ausgenutzt worden, als sehr hohe Einheitspreise angeboten worden seien, die durch wiederum sehr hohe Paketnachlässe kompensiert worden seien und so zum Bestbieterangebot avanciert seien. In der heurigen Rahmenvertragsausschreibung habe man dies vermeiden wollen und daher die Medianregelung so formuliert, dass zur Ermittlung des Medians allfällige Paketnachlässe mit einzurechnen seien.

Die Angebotspreise zur Vorjahresausschreibung seien weit unter den Schätzkosten gelegen. Die Angebotspreise zur nunmehrigen Ausschreibung würden weit über den Schätzkosten liegen. Es hätten bisher nicht aufgetretene Bieter Angebote mit sehr hohen Preisen gelegt. Zusätzlich hätten einzelne Bieter, die im Vorjahr nur regional gesehen angeboten hätten, österreichweit angeboten und in den räumlich für sie entfernt liegenden Losen sehr hohe Angebotspreise angeboten.

Durch die heuer wesentlich größere "Spreizung" der einzelnen Angebotspreise bestehe die Vermutung, dass eine Beeinflussung des Medians stattgefunden habe. Im Vorjahr sei die Spreizung der Angebotspreise geringer gewesen. Gäbe es bei einem einzelnen Los Ausreisser in preislicher Hinsicht nach oben, bedeute dies eine Hebung des Medians mit der Folge, dass mehrere Angebote aufgrund der Medianregelung als unterpreisig auszuschneiden wären.

In eine Folgeausschreibung solle keine Medianregelung mehr aufgenommen werden. Der Auftraggeber lerne aus

seiner Erfahrung, offenbar werde die Medianregelung zu Spekulationszwecken missbraucht. Wäre die nunmehrige Entwicklung vorher zu sehen gewesen, wäre eine Medianregelung in die Ausschreibung von vornherein nicht aufgenommen worden.

In einer Folgeausschreibung würden möglicherweise auch die Paketnachteile abweichend geregelt werden. Zusätzlich sei ein anderes Mengenbild auszuschreiben, da sich durch die zwischenzeitige zeitliche Verzögerung andere Gesichtspunkte ergeben würden.

-Zur Kostenschätzung:

Auftraggeber (D***):

Als Projektleiter sei er dem Projektteam angehörig. Unmittelbar mit der Erstellung der Kostenschätzung sei er nicht befasst gewesen. Dies sei ein externer Ziviltechniker, B*** gewesen.

Zeuge B***:

Er sei mit der Erstellung der Kostenschätzung für den Rahmenvertrag 2013 beauftragt worden. Er sei zunächst allein und später in Abstimmung mit dem auftraggeberangehörigen C*** vorgegangen.

Er verfüge über ein abgeschlossenes Studium für Bauingenieurwesen. Im Anschluss an das Studium sei er 18 Jahre bei Bauunternehmen auf dem Gebiet des Bauingenieurwesens tätig gewesen. Er habe Technikertätigkeiten, Kalkulationen, die Erstellung von Ausschreibungen, so ziemlich alle Gebiete durchlaufen. Er sei auch auf dem Gebiet von Baudienstleistungen tätig gewesen. Unmittelbare Erfahrung mit Materialprüfanstalten habe er nur insofern, als er selbst Bauleiter gewesen sei. Dies sei für die Kostenschätzung aber auch nicht relevant, da er hierzu nicht die konkrete Disposition von Materialprüfanstalten kennen müsse. Er habe bereits die Kostenschätzung für die Rahmenvertragsausschreibung des Vorjahres (2012) vorgenommen.

Er habe der Kostenschätzung für den Rahmenvertrag 2013 die Preise aus den Verträgen zur Vorgängerausschreibung (Rahmenvertrag 2012) zu Grunde gelegt. Dies seien die beauftragten Angebotspreise gewesen. Auf die vorhandenen Preise sei für die allgemeinen Kostensteigerungen (Lohnerhöhungen etc.) eine Gleitung von 5% aufgeschlagen worden. Es sei zutreffender, die Angebotspreise aus dem letzten Jahr anstelle die Kostenschätzung aus dem letzten Jahr, heran zu ziehen, da es sich hierbei um die tatsächlich beauftragte Preise handle.

Von diesen Preisen sei in Absprache mit dem Auftraggeber ein Nachlass von 10% in Abzug gebracht worden. Dahinter sei die Überlegung gestanden, dass aufgrund des größeren Auftragsvolumens bessere Preise erzielt werden könnten. Dies sei aufgrund seiner Berufspraxis auch belegt. Der Volumenausweitung der Leistungen gegenüber dem Vorjahr sei sodann durch die mengenmäßige Anpassung Rechnung getragen worden. Die Einheitspreise seien im Wesentlichen unverändert gelassen worden.

Der Median sei unter Inbeziehungsetzung der geschätzten Kosten zu den Angebotspreisen zu ermitteln. Im Zeitpunkt der Ermittlung des Medians müssten daher sowohl die Kostenschätzung als auch die Angebotspreise bereits vorliegen. Der Median sei und könne daher bei der Erstellung der Kostenschätzung nicht berücksichtigt werden.

Je nach Los sei die Kostenschätzung um bis zu 40% unter den Angebotspreisen gelegen.

Antragsteller (A***):

Aufgrund der Leistungen zum Rahmenvertrag 2012 sei festzustellen gewesen, dass pro Los auch viele kleinere Projekte durchzuführen gewesen seien. Dies habe zu Kostensteigerungen gegenüber der Leistungserbringung für ein größeres Projekt geführt. Dies sei dem Auftraggeber mittels einer Bieteranfrage kommuniziert worden.

Dies sei daher in die Angebotskalkulation 2013 eingeflossen, nachdem festgestellt worden sei, dass diese im Jahr 2012 teilweise nicht kostendeckend gewesen sei.

B*** entgegnet, dass dem Auftragnehmer jeder Abruf, daher jede einzelne An- und Abfahrt zu einer Baustelle, gesondert vergütet würde.

Auftraggeber (D***) bestätigt dies: Es gebe eine Leistungsposition "An- und Abfahrt", diese komme bei jeder An- und Abfahrt der Baustelle zum Tragen. Aufgrund der Vielzahl der An- und Abfahrtspositionen (Abfahrtspauschalen) sei erkennbar, dass mehrere Anfahrten zu Baustellen anfallen würden. Durch die Losaufteilung sollte es für den einzelnen Bieter auch leichter gemacht werden, die Dauer der möglichen An- und Abfahrten zu kalkulieren.

B***:

Zum Rahmenvertrag 2012 sei ebenso eine losweise Kostenschätzung vorgenommen worden wie zum Rahmenvertrag 2013.

Zeuge C***:

Er habe das Studium Bauingenieurwesen absolviert. Er sei 12 Jahre bei Baufirmen, darunter 3 Jahre als Kalkulant tätig gewesen. Zusätzlich habe er die Baumeisterprüfung absolviert. Seit 2005 sei er beim Auftraggeber tätig. Jedenfalls seit 2006 seien vom Auftraggeber entsprechende Dienstleistungsaufträge vergeben worden. Er sei in diese Kostenschätzungen eingebunden gewesen.

Die Kostenschätzung habe B*** erstellt. Er habe B*** hierzu die Vorgaben gemacht, stichprobenartige Überprüfungen vorgenommen und den Prozess begleitet. Er habe B*** vorgegeben, die jeweiligen Preise pro Los, zu denen zum Rahmenvertrag 2012 vergeben worden sei, heran zu ziehen und hierauf eine 5%-Indexanpassung aufzuschlagen. Es sei üblich, Kostenschätzungen anhand von Angebotspreisen zu vergleichbaren Baulosen vorzunehmen. Nach erstellter Kostenschätzung habe er B*** aufgrund der Erweiterung des Leistungsumfanges gegenüber 2012 vorgegeben, einen 10%igen Nachlass zu veranschlagen. Dies sei ein Erfahrungswert, der eintreffen könne, jedoch nicht eintreffen müsse. Seine Erfahrung sei, dass die Preise bei größeren Volumina günstiger würden. Aus diesem Grund sei der Nachlass angesetzt worden. Die Berücksichtigung der Volumenausweitung sei aufgrund der von den Gruppenleitern vorgegebenen Massen erfolgt. Die Mengenermittlung pro Los werde vom jeweiligen Gruppenleiter vorgenommen. C*** habe die Mengen in einem ersten Schritt zusammengeführt. Nach Angebotsöffnung seien die Mengen im Los 8 zu korrigieren gewesen.

Die Kostenschätzung zum Rahmenvertrag 2012 sei vom selben Team vorgenommen worden wie die Kostenschätzung zum Rahmenvertrag 2013.

Auch zum Rahmenvertrag 2013 habe es durchaus Angebotspreise gegeben, die der Kostenschätzung entsprochen hätten. Die Medianregelung hätte dazu geführt, dass, da die billigsten Angebote auszuscheiden gewesen seien, die Preise die Kostenschätzung erheblich überschritten hätten. In die Kostenschätzung habe der Median keinen Eingang zu finden. Dieser sei aus den Angebotspreisen und der Kostenschätzung zu ermitteln und setze daher voraus, dass die Kostenschätzung bereits vorliege.

Zur Frage des Auftraggebers (E***), weshalb die Indexierung mit 5% angesetzt worden sei, was angesichts einer derzeitigen Teuerungsrate von rund 3% relativ hoch sei: Die Indexierung von 5% sei aus Vorsichtsgründen angesetzt worden.

Der 10%-Nachlass sei unter der Annahme angesetzt worden, dass aufgrund von Paketnachlässen in Folge der Bündelung und aufgrund der Größe des Vorhabens günstigere Preise erzielt werden könnten.

Zur Frage des Antragstellers (F***), ob sich das Team überlegt habe, dass ein einzelnes Unternehmen wie z.B. Nievelt aufgrund des Volumens zur Erbringung der Leistung nicht mehr in der Lage sein könnte: Er könne und habe die individuelle Leistungsfähigkeit eines konkreten Unternehmens nicht zu beurteilen und nicht mit zu berücksichtigen. Zudem sei EU-weit ausgeschrieben worden.

Die erforderlichen Massenänderungen, die sich zu Los 8 nachträglich ergeben hätten, würden eine Vergabe nicht angezeigt erscheinen lassen.

-Zur Ausschreibungsreife und zur Budgetierung:

C***:

Die Ausschreibungsreife inkl. der Kostenschätzung müsse intern freigegeben werden. Werde die Kostenschätzung erheblich überschritten, werde die Vergabe wie im gegenständlichen Fall nicht freigegeben. Die Kostenschätzung bilde grundsätzlich den Rahmen für das für ein Projekt zur Verfügung stehende Budget. Zuerst werde die Kostenschätzung erstellt. Diese bilde mit einem gewissen Spielraum den Budgetrahmen.

1. 2.Ziffer 2

Rechtliche Beurteilung:

A. Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages:

Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG. Die Autobahnen- und Schnellstraßen- Finanzierungs- Aktiengesellschaft (ASFINAG) ist öffentlicher Auftraggeber iSd Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG.

Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG, der EUweit bekannt gemacht wurde. Es liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor, das in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip abgewickelt werden soll. Es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG, der EUweit bekannt gemacht wurde. Es liegt ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vor, das in Form eines offenen Verfahrens nach dem Billigstbieterprinzip abgewickelt werden soll.

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Hinsichtlich der Lose 1-7 wurde der Widerruf am 14.1.2013 erklärt. [Zur Unzulässigkeit des diesbezüglichen Nachprüfungsantrages siehe nachstehend unter b) Zu Spruchpunkt II.]. Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt. Hinsichtlich der Lose 1-7 wurde der Widerruf am 14.1.2013 erklärt. [Zur Unzulässigkeit des diesbezüglichen Nachprüfungsantrages siehe nachstehend unter b) Zu Spruchpunkt römisch zwei.].

Hinsichtlich der Lose 8 und 9 wurde noch kein Widerruf erklärt. Der diesbezügliche Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des § 321 Abs. 1 BVergG eingebracht. Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu dessen Behandlung zuständig. Hinsichtlich der Lose 8 und 9 wurde noch kein Widerruf erklärt. Der diesbezügliche Nachprüfungsantrag wurde rechtzeitig innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz eins, BVergG eingebracht. Der Nachprüfungsantrag ist daher zulässig und das Bundesvergabeamt zu dessen Behandlung zuständig.

B. Zu den Anträgen im Einzelnen:

1. a) Litera a
Zu Spruchpunkt I:

Gemäß § 325 Abs. 1 BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 322 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Gemäß Paragraph 325, Absatz eins, BVergG hat das Bundesvergabeamt eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn 1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 5, geltend gemachten Recht verletzt, und 2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG ist im offenen Verfahren u.a. die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, a, BVergG ist im offenen Verfahren u.a. die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Der Auftraggeber stützt seine Widerrufsentscheidung auf § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG, hinsichtlich Los 8 zusätzlich auf § 139 Abs. 1 BVergG. Der Auftraggeber stützt seine Widerrufsentscheidung auf Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG, hinsichtlich Los 8 zusätzlich auf Paragraph 139, Absatz eins, BVergG.

§ 139 BVergG 2006 lautet:

§ 139 (1) Nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn

1. 1. Ziffer eins
Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
2. 2. Ziffer 2
Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder
3. 3. Ziffer 3
kein Angebot eingelangt ist, oder
4. 4. Ziffer 4

nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

(2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn

1. 1.Ziffer eins
nur ein Angebot eingelangt ist, oder
2. 2.Ziffer 2
nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 nur ein Angebot bleibt, oder nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, nur ein Angebot bleibt, oder
3. 3.Ziffer 3
dafür sachliche Gründe bestehen.

Angemerkt wird, dass der Auftraggeber keine gesonderte Widerrufsentscheidung hinsichtlich der Lose 8 und 9 der Ausschreibung, sondern - wie der Antragsteller selbst in seinem Eventualantrag zutreffend formuliert - nur eine das Vergabeverfahren in seiner Gesamtheit erfassende Widerrufsentscheidung getroffen hat (siehe Sachverhalt). Der Antrag richtet sich also grundsätzlich gegen eine in dieser Form nicht ergangene und somit auch nicht existente Auftraggeberentscheidung. Wollte man davon absehen, so ist dem Antrag jedoch auch in inhaltlicher Hinsicht nicht statt zu geben:

Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist ua. 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. Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist ua. insbesondere mit der Begründung gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 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. 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 römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 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 hierfür 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/Fruhmam/Thienel, §§ 138, 139 Rz 30). 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 hierfür 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 vergleiche Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraphen 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 Blg 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. Der Gesetzgeber betont unter Hinweis auf die ständige Judikatur des EuGH vergleiche Rs C-27/98, Rs C-92/00, Rs C-244/02), dass an die Bestimmung des Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG kein strenger Maßstab anzulegen und sohin das Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände nicht geboten sei (EBRV 1171 Blg Nr. römisch 22 Gesetzgebungsperiode 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. 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 Absatz eins, 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/Fruhmam/Thienel, §§ 138, 139 Rz 34). Als finanzieller oder wirtschaftlicher sachlicher Grund iSd Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 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 vergleiche Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmam/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 34).

So hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008, ZI.2008/04/0109, - unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 28.1.2008, ZI. 2008/04/0001, mit dem Hinweis, dass diesem sogar die enger gefassten Widerrufsgründe des § 139 BVerG zu Grunde lagen, explizit ausgesprochen, dass er keine Bedenken gegen die Ansicht hegt, dass die Überschreitung des genehmigten Budgets einen Umstand darstellt, der einen sachlichen Widerrufsgrund iSd § 278 BVerG darstellt. Vgl. weiters das Erkenntnis des VwGH vom 25.9.2012, ZI. 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 BVerG) ist. So hat auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 3.9.2008, ZI. 2008/04/0109, - unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 28.1.2008, ZI.2008/04/0001, mit dem Hinweis, dass diesem sogar die enger gefassten Widerrufsgründe des Paragraph 139, BVerG zu Grunde lagen, explizit ausgesprochen, dass er keine Bedenken gegen die Ansicht hegt, dass die Überschreitung des genehmigten Budgets einen Umstand darstellt, der einen sachlichen Widerrufsgrund iSd Paragraph 278, BVerG darstellt. Vgl. weiters das Erkenntnis des VwGH vom 25.9.2012, ZI. 2008/04/0054, wonach im Falle fehlender budgetärer Bedeckung eine allfällige Rechtswidrigkeit der bekämpften Widerrufsentscheidung nicht mehr wesentlich iSd Paragraph 15, Absatz eins, NÖ VNPG Anmerkung, Vgl. gleichlautend Paragraph 325, Absatz eins, BVerG) 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, ZI. 2012/04/0123, bestätigt, indem er unter Bezugnahme auf sein Erkenntnis vom 28.1.2008, ZI. 2008/04/0001, ausführt, dass an die Bestimmungen über den Widerruf kein strenger Maßstab anzulegen ist und weiters, dass Widerrufsgründe auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft verursacht wurden, in welchem Fall der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet ist, aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechtes schadenersatzpflichtig wird.

Gründe für den Widerruf einer Ausschreibung liegen somit auch dann vor, "wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) herbei geführt wurden" (EBRV 1171 Blg 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 BVerG auch nicht darauf an, ob der Widerrufsgrund vom Auftraggeber zu vertreten ist oder nicht (vgl. OGH 24.5.2005, 4 Ob 86/05h). Gründe für den Widerruf einer Ausschreibung liegen somit auch dann vor, "wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) herbei geführt wurden" (EBRV 1171 Blg Nr. römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 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 Paragraphen 138 f, BVerG auch nicht darauf an, ob der Widerrufsgrund vom Auftraggeber zu vertreten ist oder nicht (vergleiche 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 abubrechen, 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 BVerG 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. Gemäß Paragraph 13,

Absatz 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 Blg Nr. XXII. GP 34). 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" vergleiche BVA 4.12.1997, F-10/97, EBRV 1171 Blg Nr. römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 34).

Ist der Auftraggeber zu einer sachkundigen Schätzung mit Eigenressourcen nicht in der Lage, so hat er entsprechend externe sachkundige Dritte beizuziehen (EBRV 1171 Blg 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 Blg Nr. römisch 22 . Gesetzgebungsperiode 34).

Die verfahrensgegenständliche Kostenschätzung wurde durch einen externen Sachverständigen (B***) in Zusammenarbeit mit einem auftraggeberinternen Mitarbeiter (C***) erstellt. Die auftraggeberintern vorhandene Sachkunde wurde somit auch noch durch Beiziehung eines externen Sachverständigen ergänzt. B*** verfügt - wie auch C*** - über ein abgeschlossenes Studium für Bauingenieurwesen. Im Anschluss an sein Studium war B*** 18 Jahre bei Baufirmen auf dem Gebiet des Bauingenieurwesens tätig. Im Zuge seiner beruflichen Tätigkeit war er ua mit Baudienstleistungen befasst und hat auch Kalkulationen - so auch die Kostenschätzung für den Vorgängerrahmenvertrag 2012 - erstellt. B*** - wie auch C***, der auf eine mehrjährige Praxis als Kalkulant verweisen kann und ebenfalls in die Kostenschätzung zur Vorgängerausschreibung eingebunden war - waren daher aufgrund ihrer Ausbildung und ihrer einschlägigen Berufserfahrung zweifellos dazu befähigt, die gegenständliche Kostenschätzung sachkundig vorzunehmen.

Wie die übereinstimmenden Aussagen der als Zeugen einvernommenen C*** und B*** in der mündlichen Verhandlung ergeben haben, wurden als Basis der Kostenschätzung die in der Vorperiode (Rahmenvertrag 2012) erzielten Angebotspreise heran gezogen. Diese Vorgangsweise ist nicht zu beanstanden. Vielmehr ist es naheliegend, zur Orientierung in kostenmäßiger Hinsicht eine gleichartige, in jüngster Vergangenheit getätigte Beschaffung heran zu ziehen, noch dazu, wo es sich gegenständlich um den in der unmittelbar zeitlich voran gehenden Periode zum verfahrensgegenständlichen Auftrag abgewickelten Auftrag handelt. Vgl. [Heid] in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) [272], wonach sich der Auftraggeber, wenn er über einschlägige Erfahrungen bei der Beschaffung von Leistungen verfügt - bei gleichbleibender Marktlage - vor allem an diesen Erfahrungen orientieren wird. So hat etwa auch das Bundesvergabeamt eine Kostenschätzung aufgrund der Letztbestellung, erhöht um die jeweilige Indexsteigerung, als fundiert und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechend, angesehen (BVA 18.6.2003, 7N-48/03-51).

Bei den gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um den mit der Vorgängerausschreibung (Rahmenvertrag 2012) vergebenen Leistungen gleichartige Leistungen, die sich von diesen im Wesentlichen in umfangmäßiger Hinsicht und nicht in inhaltlicher Hinsicht unterscheiden. Das Auftragsvolumen gegenüber dem Rahmenvertrag 2012 hat sich aufgrund der Ausweitung der zu erfassenden Daten um das ca. Zweieinhalbfache erhöht. Zwischen den mit dem Rahmenvertrag 2012 vergebenen und den nunmehr zu vergebenden Leistungen bestehen lediglich geringfügige Leistungsunterschiede (vgl. Auftraggeber, D*** mündliche Verhandlung). Bei den gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen handelt es sich um den mit der Vorgängerausschreibung (Rahmenvertrag 2012) vergebenen Leistungen gleichartige Leistungen, die sich von diesen im Wesentlichen in umfangmäßiger Hinsicht und nicht in inhaltlicher Hinsicht unterscheiden. Das Auftragsvolumen gegenüber dem Rahmenvertrag 2012 hat sich aufgrund der Ausweitung der zu erfassenden Daten um das ca. Zweieinhalbfache erhöht. Zwischen den mit dem Rahmenvertrag 2012 vergebenen und den nunmehr zu vergebenden Leistungen bestehen lediglich geringfügige Leistungsunterschiede vergleiche Auftraggeber, D*** mündliche Verhandlung).

In sachlicher und zeitlicher Hinsicht zusammengehörige Dienstleistungsaufträge eines Fachgebietes, durch die ein einheitlicher Bieterkreis angesprochen wird, sind als gleichartige Aufträge iSd § 16 Abs. 4 BVergG mit der Folge der Zusammenrechnung der Einzelauftragswerte anzusehen; vgl. [Heid] in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht³ (2010) [284]; Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 16 Rz 9. In sachlicher und zeitlicher Hinsicht zusammengehörige Dienstleistungsaufträge eines Fachgebietes, durch die ein einheitlicher Bieterkreis angesprochen wird, sind als gleichartige Aufträge iSd Paragraph 16, Absatz 4, BVergG mit der Folge der Zusammenrechnung der Einzelauftragswerte anzusehen; vergleiche [Heid] in Heid/Preslmayr Handbuch Vergaberecht³ (2010) [284]; Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 16, Rz 9.

Vor diesem Hintergrund ist nicht zu bemängeln, dass die in der Vorperiode für vergleichbare Leistungen erzielten Angebotspreise als Richtschnur dienten. Die Schätzkosten für die Vorgängerausschreibung (Rahmenvertrag 2012) lagen erheblich über den damaligen Angebotspreisen. Es war daher naheliegend, dass nicht die geschätzten Kosten der Vorperiode, sondern die tatsächlichen damaligen Angebotspreise die Basis für die Kostenschätzung des gegenständlichen Rahmenvertrages bildeten. (Vgl. B***, wonach es zutreffender ist, die Angebotspreise aus dem letzten Jahr heranzuziehen, da es sich hierbei um die tatsächlich beauftragten Preise handelt).

Es wurde somit aufgrund der Erfahrungen des Auftraggebers aus der Vergangenheit im selben Geschäftsfeld eine Prognose erstellt, zu welchen Preisen die Leistung unter Wettbewerbsbedingungen beschafft werden kann (siehe Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, § 13 Rz 14). Es wurde somit aufgrund der Erfahrungen des Auftraggebers aus der Vergangenheit im selben Geschäftsfeld eine Prognose erstellt, zu welchen Preisen die Leistung unter Wettbewerbsbedingungen beschafft werden kann (siehe Budischowsky in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraph 13, Rz 14).

Wie sich aus den plausiblen übereinstimmenden Aussagen der Zeugen B*** und C*** ergibt, wurden entgegen dem Vorwurf des Antragstellers die Angebotspreise aus der Vorgängerausschreibung nicht bloß unverändert "fortgeschrieben". Die pro Los bei der letztjährigen Ausschreibung erzielten Preise wurden vielmehr, wie auch aus der schriftlichen Dokumentation über den Widerruf des Vergabeverfahrens vom November 2012 und dem diesem vorangegangenen Aktenvermerk des Auftraggebers vom 31.10.2012 hervorgeht und von den Zeugen C*** und B*** bestätigt wurde, zur Erfassung der allgemeinen Kostensteigerungen (Lohnerhöhungen etc.) um 5% erhöht (Gleitung, Indexierung). Hievon wurde aufgrund des gegenüber dem Jahr 2012 wesentlich größeren Leistungsumfanges ein Nachlass von 10% in Abzug gebracht. Der Volumsausweitung der Leistungen wurde durch die mengenmäßige Anpassung Rechnung getragen. Aufgrund der erheblichen Steigerung des Auftragsvolumens gegenüber dem Rahmenvertrag 2012 ist der Auftraggeber von einer möglichen Kostenreduktion im Umfang von 10% ausgegangen. Diese Annahme des Auftraggebers ist nicht als unzulässig anzusehen. So haben sowohl B*** als auch C*** unter Berufung auf ihre praktische Erfahrung nachvollziehbar darauf hingewiesen, dass aufgrund größerer Auftragsvolumina die Erzielung besserer Preise zu erwarten ist. Dass sich die vom Auftraggeber hiedurch erwartete Kosteneinsparung von 10% im Nachhinein betrachtet als zu hoch angesetzt erwiesen hat, vermag daran nichts zu ändern.

Aus den im Aktenvermerk des Auftraggebers vom 31.10.2012 und in der Dokumentation über den Widerruf losweise ausgewiesenen Schätzkosten und den dazu in Bezug gesetzten billigsten Angebotspreisen (ohne Unterpreiskriterium), geht rechnerisch nachvollziehbar hervor, dass die Kostenschätzung im Wesentlichen ohnehin den Angebotspreisen entspricht, da die geschätzten Kosten lediglich um ca. 9% unter den billigsten Angebotspreisen liegen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Median keinen in die Kostenschätzung einzubeziehenden Parameter darstellt, was sich eindeutig aus der mangels Anfechtung innerhalb der Frist des § 321 Abs. 4 BVergG bestandsfest gewordenen Ausschreibung ergibt. Der entsprechenden Ausschreibungsregelung zur Folge sind zur Ermittlung des Medians die geschätzte Auftragssumme und die Gesamtpreise der Angebote (inkl. allfälliger Paketnachteile) in Beziehung zu setzen. Die Ermittlung des Medians - mit der Folge des gebotenen Ausscheidens von Angeboten, deren Preise mehr als 30% unter dem Median des jeweiligen Loses liegen - hat daher zu einem Zeitpunkt zu erfolgen, zu dem die Kostenschätzung bereits erstellt ist und auch die Angebotspreise bereits vorliegen. Bei der Erstellung der Kostenschätzung ist der Median sohin nicht zu berücksichtigen und kann auch gar nicht berücksichtigt werden (Vgl. auch Zeugenaussagen B*** und C***). Das Vorbringen des Auftraggebers, dass bei Verzicht auf das Unterpreiskriterium die Schätzkosten annähernd eingehalten worden wären, erweist sich daher als zutreffend. Aus den im Aktenvermerk des Auftraggebers vom 31.10.2012 und in der Dokumentation über den Widerruf losweise ausgewiesenen Schätzkosten und den dazu in Bezug gesetzten billigsten Angebotspreisen (ohne Unterpreiskriterium),

geht rechnerisch nachvollziehbar hervor, dass die Kostenschätzung im Wesentlichen ohnehin den Angebotspreisen entspricht, da die geschätzten Kosten lediglich um ca. 9% unter den billigsten Angebotspreisen liegen. Dies ist darauf zurückzuführen, dass der Median keinen in die Kostenschätzung einzubeziehenden Parameter darstellt, was sich eindeutig aus der mangels Anfechtung innerhalb der Frist des Paragraph 321, Absatz 4, BVergG bestandsfest gewordenen Ausschreibung ergibt. Der entsprechenden Ausschreibungsregelung zur Folge sind zur Ermittlung des Medians die geschätzte Auftragssumme und die Gesamtpreise der Angebote (inkl. allfälliger Paketnachlässe) in Beziehung zu setzen. Die Ermittlung des Medians - mit der Folge des gebotenen Ausscheidens von Angeboten, deren Preise mehr als 30% unter dem Median des jeweiligen Loses liegen - hat daher zu einem Zeitpunkt zu erfolgen, zu dem die Kostenschätzung bereits erstellt ist und auch die Angebotspreise bereits vorliegen. Bei der Erstellung der Kostenschätzung ist der Median sohin nicht zu berücksichtigen und kann auch gar nicht berücksichtigt werden (Vgl. auch Zeugenaussagen B*** und C***). Das Vorbringen des Auftraggebers, dass bei Verzicht auf das Untereiskriterium die Schätzkosten annähernd eingehalten worden wären, erweist sich daher als zutreffend.

Wie im Vergabeakt nachvollziehbar dokumentiert ist ("Kostenschätzungsleistungsverzeichnis pro Los"), hat der Auftraggeber zur Ermittlung der Kostenschätzung pro Los die jeweiligen Positionen des Leistungsverzeichnisses "ausgepreist". Sämtliche Positionen im Leistungsverzeichnis wurden ausgepreist.

Der geschätzte Auftragswert ist somit auch nachvollziehbar dokumentiert. Im Sinne des Gesagten - auch im Hinblick auf die ohnehin nur um rund 9% von den Angebotspreisen abweichende Kostenschätzung - vermag das Bundesvergabeamt daher nicht zu erkennen, dass es der Auftraggeber bei der Erstellung der Kostenschätzung an der erforderlichen Sorgfalt hätte fehlen lassen. Die zur Widerrufsentscheidung führenden Tatsachengrundlagen wurden vielmehr sorgfältig ermittelt (vgl. BVA 29.8.2002, N-19/02-19). Der geschätzte Auftragswert ist somit auch nachvollziehbar dokumentiert. Im Sinne des Gesagten - auch im Hinblick auf die ohnehin nur um rund 9% von den Angebotspreisen abweichende Kostenschätzung - vermag das Bundesvergabeamt daher nicht zu erkennen, dass es der Auftraggeber bei der Erstellung der Kostenschätzung an der erforderlichen Sorgfalt hätte fehlen lassen. Die zur Widerrufsentscheidung führenden Tatsachengrundlagen wurden vielmehr sorgfältig ermittelt vergleiche BVA 29.8.2002, N-19/02-19).

Die Angebotspreise liegen jedoch trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung weit über dem Ansatz. Dies stellt schon nach den Gesetzesmaterialien einen zwingenden Widerrufsgrund iSd § 139 Abs. 1 BVergG dar (vgl. auch BVA 21.4.2009, N/0018-BVA/07/2009-26). Die Angebotspreise liegen jedoch trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung weit über dem Ansatz. Dies stellt schon nach den Gesetzesmaterialien einen zwingenden Widerrufsgrund iSd Paragraph 139, Absatz eins, BVergG dar vergleiche auch BVA 21.4.2009, N/0018-BVA/07/2009-26).

Zur Begründung, dass die letztlich maßgebenden Angebotspreise erheblich über den Schätzkosten liegen, führte der Auftraggeber (Ing. Steiner) an, dass bei der nunmehrigen Ausschreibung bisher nicht aufgetretene Bieter Angebote mit sehr hohen Preisen gelegt hätten. Weiters, dass einzelne Bieter, die im Vorjahr nur regional geboten hätten, nunmehr österreichweit angeboten und in den räumlich entfernt liegenden Losen sehr hohe Angebotspreise angesetzt hätten.

Ein wesentlicher Grund für die Diskrepanz von Kostenschätzung und Angebotspreisen ist jedoch, wie bereits aus dem Aktenvermerk des Auftraggebers vom 31.10.2012 und aus der Widerrufsdokumentation vom November 2012 hervorgeht und vom Auftraggeber (D***, Zeuge C***) in der mündlichen Verhandlung schlüssig dargelegt wurde, auch gar nicht in allfälligen Mängeln der Kostenschätzung zu suchen, sondern vielmehr auf die in der Ausschreibung vorgesehene Untereiskriteriumsregelung (Medianregelung) zurückzuführen. In die Berechnung des Medians sind nämlich auch allfällige von den Bietern gewährte Paketabschläge einzurechnen. Kommt es bei einzelnen Losen zu preislichen "Ausreißern" nach oben, bedeutet dies eine Hebung des Medians mit der Folge, dass aufgrund der Medianregelung mehrere Angebote als unterpreisig auszuschneiden sind (vgl. D*** mündliche Verhandlung). Das Untereiskriterium führt somit dazu, dass die günstigsten Angebote auszuschneiden wären, was im Ergebnis eine wesentliche Erhöhung der Auftragssumme - wie auch der pro Los veranschlagten Kosten - nach sich zieht (siehe hiezu im Einzelnen unten die Ausführungen zur Medianregelung). Ein wesentlicher Grund für die Diskrepanz von Kostenschätzung und Angebotspreisen ist jedoch, wie bereits aus dem Aktenvermerk des Auftraggebers vom 31.10.2012 und aus der Widerrufsdokumentation vom November 2012 hervorgeht und vom Auftraggeber (D***, Zeuge C***) in der mündlichen Verhandlung schlüssig dargelegt wurde, auch gar nicht in allfälligen Mängeln der Kostenschätzung zu suchen, sondern vielmehr auf die in der Ausschreibung vorgesehene Untereiskriteriumsregelung (Medianregelung) zurückzuführen. In die Berechnung des Medians sind nämlich auch

allfällige von den Bietern gewährte Paketabschläge einzurechnen. Kommt es bei einzelnen Losen zu preislichen "Ausreisern" nach oben, bedeutet dies eine Hebung des Medians mit der Folge, dass aufgrund der Medianregelung mehrere Angebote als unterpreisig auszuschneiden sind (vergleiche D*** mündliche Verhandlung). Das Unterpreiskriterium führt somit dazu, dass die günstigsten Angebote auszuschneiden wären, was im Ergebnis eine wesentliche Erhöhung der Auftragssumme - wie auch der pro Los veranschlagten Kosten - nach sich zieht (siehe hierzu im Einzelnen unten die Ausführungen zur Medianregelung).

Aber selbst unter der - hier nicht zutreffenden - Annahme einer nicht sorgfältig durchgeführten Kostenschätzung, wobei die Fehlerhaftigkeit vom Auftraggeber zu verantworten ist, ist der Auftraggeber nach der bereits zitierten Judikatur des EuGH in der Rs C-244/02 nicht gehindert, das Vergabeverfahren zulässiger Weise zu widerrufen. Auch die Materialien führen aus, dass der Auftraggeber berechtigt ist, eine Ausschreibung mangels budgetärer Bedeckung zu widerrufen und zwar selbst dann, wenn er diesen Umstand zu vertreten hat, weil er beispielsweise aufgrund einer nicht ordnungsgemäßen Kostenschätzung die Kosten des Beschaffungsvorganges als zu gering geschätzt hat (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 89). Aber selbst unter der - hier nicht zutreffenden - Annahme einer nicht sorgfältig durchgeführten Kostenschätzung, wobei die Fehlerhaftigkeit vom Auftraggeber zu verantworten ist, ist der Auftraggeber nach der bereits zitierten Judikatur des EuGH in der Rs C-244/02 nicht gehindert, das Vergabeverfahren zulässiger Weise zu widerrufen. Auch die Materialien führen aus, dass der Auftraggeber berechtigt ist, eine Ausschreibung mangels budgetärer Bedeckung zu widerrufen und zwar selbst dann, wenn er diesen Umstand zu vertreten hat, weil er beispielsweise aufgrund einer nicht ordnungsgemäßen Kostenschätzung die Kosten des Beschaffungsvorganges als zu gering geschätzt hat (EBRV 1171 BlgNR römisch 22. Gesetzgebungsperiode 89).

In dieselbe Richtung weist auch die Judikatur des VwGH, indem der VwGH in seinem Erkenntnis vom 26.6.2001, Zl. 2001/04/0106 - und dem folgend das Bundesvergabeamt in seiner Entscheidung vom 21.4.2009, N/0018-BVA/07/2009-26, - die Rechtmäßigkeit des Widerrufs auch bei einem aus objektiver Sicht vermeidbaren Mangel in der Kostenschätzung außer Streit stellt. Ein Festhalten an der Ausschreibung wäre dem Auftraggeber, so der VwGH, in Ansehung des ihm zur Verfügung stehenden Kostenrahmens aufgrund der nach den eingelangten Angeboten tatsächlich zu entrichtenden Kosten, die ganz erheblich über den dafür veranschlagten Kosten gelegen wären, unzumutbar gewesen. Der VwGH hielt fest, dass es sich dabei um einen "zwingenden" Widerrufsgrund handelt.

Ausschlaggebend dafür, dass ein Auftraggeber in solchen Fällen zum Widerruf der Ausschreibung berechtigt ist, ist somit allein die Tatsache, dass die angebotenen Preise weit über der Kostenschätzung liegen. Damit erübrigt sich - entgegen dem Dafürhalten des Antragstellers - aber auch eine nähere Überprüfung der Angebotspreise der einzelnen Bieter durch den Auftraggeber im Wege der Durchführung eines kontradiktorischen Verfahrens.

Die vom Antragsteller angeregte Beiziehung eines Sachverständigen zur Überprüfung der Kostenschätzung des Auftraggebers war schon im Hinblick darauf nicht geboten, dass selbst eine dem Auftraggeber bei der Kostenschätzung unterlaufene Sorgfaltswidrigkeit nichts an der Rechtmäßigkeit der Vornahme des Widerrufs zu ändern vermag. Abgesehen davon lagen, wie ausgeführt, keine Anzeichen in Richtung eines Sorgfaltsverstoßes vor.

Wie der Auftraggeber in seinem Schriftsatz vom 17.1.2013 und in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, ist für ein Projekt die erforderliche "Ausschreibungsreife" zu bestätigen. Die Ausschreibungsreife ist für die gesamte Ausschreibung und nicht für ein einzelnes Los zu bestätigen. In der Ausschreibungsreife sind auch zwingend die Schätzkosten zu dokumentieren. (Siehe die im Vergabeakt einliegende Bestätigung der Ausschreibungsreife). Die Kostenschätzung dient somit gleichzeitig der Feststellung der Ausschreibungsreife eines Projektes und bildet die Grundlage dafür, ob ein Vorhaben beauftragt werden kann oder eben, wie im gegenständlichen Fall, aus budgetären Gründen zu widerrufen ist (Vgl. auch Zeuge C***).

Feststeht, dass die Kostenschätzung des Auftraggebers und damit der für das Gesamtprojekt - mit einem gewissen Spielraum - zur Verfügung stehende Budgetrahmen bei Weitem überschritten wurden. Die billigsten Angebotspreise lagen um insgesamt 39,8% über der Kostenschätzung. Hierbei handelt es sich um einen Umstand, der den Auftraggeber zum Widerruf des Vergabeverfahrens in seiner Gesamtheit berechtigt:

Werden Leistungen in einer Gesamtausschreibung - wenn auch in mehreren Losen - ausgeschrieben, kann grundsätzlich auch die gesamte Ausschreibung widerrufen werden. Hiezu ist zunächst auf den Gesetzeswortlaut zu verweisen, der - wie auch der Antragsteller sinngemäß einräumt - keinerlei Hinweis in Richtung eines losweisen (Teil)widerrufs enthält, sondern vielmehr ausschließlich vom Widerruf eines Vergabeverfahrens - somit vom Widerruf

der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit - spricht. In diesem Sinne wird bereits in der Legaldefinition des § 2 Z 45 BVergG die Widerrufsentscheidung als die an Unternehmer abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, ein Vergabeverfahren widerrufen zu wollen, definiert. Daran anknüpfend, ist in weiterer Folge auch in den die Gründe für einen obligatorischen bzw. fakultativen Widerruf nennenden gesetzlichen Bestimmungen der §§ 138 und 139 BVergG ausnahmslos vom Widerruf eines Vergabeverfahrens und nicht vom Widerruf von Teilen bzw. einzelnen Losen eines Vergabeverfahrens die Rede (Vgl. § 138 Abs. 1 und § 139 Abs. 1 jeweils 1. Satz: Vor bzw. nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen bzw. kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden). Werden Leistungen in einer Gesamtausschreibung - wenn auch in mehreren Losen - ausgeschrieben, kann grundsätzlich auch die gesamte Ausschreibung widerrufen werden. Hierzu ist zunächst auf den Gesetzeswortlaut zu verweisen, der - wie auch der Antragsteller sinngemäß einräumt - keinerlei Hinweis in Richtung eines losweisen (Teil)widerrufs enthält, sondern vielmehr ausschließlich vom Widerruf eines Vergabeverfahrens - somit vom Widerruf der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit - spricht. In diesem Sinne wird bereits in der Legaldefinition des Paragraph 2, Ziffer 45, BVergG die Widerrufsentscheidung als die an Unternehmer abgegebene, nicht verbindliche Absichtserklärung, ein Vergabeverfahren widerrufen zu wollen, definiert. Daran anknüpfend, ist in weiterer Folge auch in den die Gründe für einen obligatorischen bzw. fakultativen Widerruf nennenden gesetzlichen Bestimmungen der Paragraphen 138 und 139 BVergG ausnahmslos vom Widerruf eines Vergabeverfahrens und nicht vom Widerruf von Teilen bzw. einzelnen Losen eines Vergabeverfahrens die Rede (Vgl. Paragraph 138, Absatz eins und Paragraph 139, Absatz eins, jeweils 1. Satz: Vor bzw. nach Ablauf der Angebotsfrist ist ein Vergabeverfahren zu widerrufen bzw. kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden).

Ungeachtet dessen mag es in bestimmten Fallkonstellationen zweckmäßig erscheinen, einem Auftraggeber, der sich gemäß § 22 Abs. 2 BVergG die Möglichkeit der Vergabe in Teilen (Losvergabe) vorbehalten hat, die Beschränkung des Widerrufs auf ein bzw. einzelne Lose zu gestatten. Es könnte im Einzelfall als unbillig anzusehen sein, einen Auftraggeber zur Beseitigung der Gesamtausschreibung zu verhalten, sofern ein Widerrufsgrund unter einer Vielzahl von Losen nur hinsichtlich eines einzelnen Loses verwirklicht ist. Betrifft ein Aufhebungsgrund nur ein Los, spricht grundsätzlich nichts dagegen, dem Auftraggeber die Möglichkeit einzuräumen, mittels Teilaufhebung der Ausschreibung durch Beseitigung allein des vom Widerrufsgrund betroffenen Loses vorzugehen. Ungeachtet dessen mag es in bestimmten Fallkonstellationen zweckmäßig erscheinen, einem Auftraggeber, der sich gemäß Paragraph 22, Absatz 2, BVergG die Möglichkeit der Vergabe in Teilen (Losvergabe) vorbehalten hat, die Beschränkung des Widerrufs auf ein bzw. einzelne Lose zu gestatten. Es könnte im Einzelfall als unbillig anzusehen sein, einen Auftraggeber zur Beseitigung der Gesamtausschreibung zu verhalten, sofern ein Widerrufsgrund unter einer Vielzahl von Losen nur hinsichtlich eines einzelnen Loses verwirklicht ist. Betrifft ein Aufhebungsgrund nur ein Los, spricht grundsätzlich nichts dagegen, dem Auftraggeber die Möglichkeit einzuräumen, mittels Teilaufhebung der Ausschreibung durch Beseitigung allein des vom Widerrufsgrund betroffenen Loses vorzugehen.

Anders ist hingegen der Sachverhalt zu beurteilen, dass ein die gesamte Ausschreibung erfassender sachlicher Widerrufsgrund vorliegt, wie dies bei einer massiven Überschreitung der geschätzten Gesamtkosten eines Projektes zweifellos der Fall ist.

Selbst in der vom Antragsteller zur Unterstützung seiner Argumentation ins Treffen geführten deutschen Literatur ist nur davon die Rede, dass die Aufhebung der Gesamtausschreibung dann unverhältnismäßig sein könnte, wenn bei einer mehrere Lose umfassenden Ausschreibung nur ein Los von einem Widerrufsgrund betroffen ist.

Dass die insgesamt erhebliche Kostenüberschreitung (39,8%) in einem einzigen von 9 Losen dabei weniger ausgeprägt sein mag als in allen übrigen Losen (ca. 11% in Los 8), führt ebensowenig zu einer abweichenden Beurteilung wie der Umstand, dass im Rahmen der Gesamtkostenschätzung auch eine losweise Aufschlüsselung der Schätzkosten erfolgte. Dies ändert nämlich nichts daran, dass ein Budget für das Gesamtprojekt - und nicht für das einzelne Los - erstellt wurde. Auch eine in einem Los vorhandene - wenn auch verglichen mit den übrigen Losen geringere - Kostenüberschreitung hat ihren Anteil an der Überschreitung der Gesamtkosten. Auch würden jene Beträge, die, gemessen an der losweisen Schätzung "überzahlt" würden, bei der finanziellen Bedeckung der übrigen Lose fehlen. Das unzutreffende Argument des Antragstellers, dass die finanzielle Bedeckung für einzelne Lose angesichts der für das Gesamtprojekt veranschlagten Kostenschätzungssumme jedenfalls vorhanden sein müsse, blendet diesen Aspekt zu Unrecht völlig aus. Es wäre verfehlt, eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Aufrechterhaltung eines Loses mit der Begründung konstruieren zu wollen, dass die Kostenüberschreitungen in anderen Losen noch weit höher ausgefallen

sind. Die schließlich in die Richtung gehende Ansicht des Antragstellers, dass eine Kostenüberschreitung in einzelnen Losen eines Projektes angesichts der Höhe des einem Auftraggeber jährlich zur Verfügung stehenden Baubeschaffungsgesamtbudgets (Anm.: gegenständlich handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag und nicht um einen Bauauftrag) nicht ins Gewicht fallen sollte, entbehrt schließlich jeglicher rechtlicher und überdies auch wirtschaftlicher Nachvollziehbarkeit. Dass die insgesamt erhebliche Kostenüberschreitung (39,8%) in einem einzigen von 9 Losen dabei weniger ausgeprägt sein mag als in allen übrigen Losen (ca. 11% in Los 8), führt ebensowenig zu einer abweichenden Beurteilung wie der Umstand, dass im Rahmen der Gesamtkostenschätzung auch eine losweise Aufschlüsselung der Schätzkosten erfolgte. Dies ändert nämlich nichts daran, dass ein Budget für das Gesamtprojekt - und nicht für das einzelne Los - erstellt wurde. Auch eine in einem Los vorhandene - wenn auch verglichen mit den übrigen Losen geringere - Kostenüberschreitung hat ihren Anteil an der Überschreitung der Gesamtkosten. Auch würden jene Beträge, die, gemessen an der losweisen Schätzung "überzahlt" würden, bei der finanziellen Bedeckung der übrigen Lose fehlen. Das unzutreffende Argument des Antragstellers, dass die finanzielle Bedeckung für einzelne Lose angesichts der für das Gesamtprojekt veranschlagten Kostenschätzungssumme jedenfalls vorhanden sein müsse, blendet diesen Aspekt zu Unrecht völlig aus. Es wäre verfehlt, eine Verpflichtung des Auftraggebers zur Aufrechterhaltung eines Loses mit der Begründung konstruieren zu wollen, dass die Kostenüberschreitungen in anderen Losen noch weit höher ausgefallen sind. Die schließlich in die Richtung gehende Ansicht des Antragstellers, dass eine Kostenüberschreitung in einzelnen Losen eines Projektes angesichts der Höhe des einem Auftraggeber jährlich zur Verfügung stehenden Baubeschaffungsgesamtbudgets Anmerkung, gegenständlich handelt es sich um einen Dienstleistungsauftrag und nicht um einen Bauauftrag) nicht ins Gewicht fallen sollte, entbehrt schließlich jeglicher rechtlicher und überdies auch wirtschaftlicher Nachvollziehbarkeit.

Den Auftraggeber auf die Vornahme eines Teilwiderrufs beschränken zu wollen, wäre weiters insbesondere dann unsachlich, wenn die losweise Ausschreibung schon aufgrund des sachlichen Zusammenhanges der einzelnen Lose als Einheit konzipiert und aus diesem Grunde keine Einzelausschreibungen, sondern gezielt eine Gesamtausschreibung vorgenommen wurde. Für eine Zusammengehörigkeit der ausgeschriebenen Leistungen und damit gegen eine isolierte Betrachtung der Einzellöse sprechen im vorliegenden Fall folgende Faktoren:

Die ausgeschriebenen Leistungen sind demselben Fachgebiet zuzuordnen und richten sich, wie auch aus den abgegebenen Angeboten hervorgeht, an denselben Bieterkreis. Die gelegten Angebote zeigen, dass die Mehrheit der Bieter - so auch der Antragsteller - zu allen Losen geboten hat.

Die Tatsache, dass ein Bieter jeweils unabhängig von den übrigen Losen zur losweisen Erbringung der Leistung in der Lage ist, ist ohne Belang. Dies ist bei einer losweisen Vergabe von Leistungen vielmehr als vorausgesetzt anzusehen.

Der Auftraggeber hat schlüssig dargelegt, dass zwischen den einzelnen Leistungen in mehrfacher Hinsicht ein Zusammenhang besteht, sodass ein Interesse an bzw. ein Erfordernis einer gemeinsamen Vergabe der Leistungen besteht.

Einleitend ist hiezu festzuhalten, dass die gegenständliche Ausschreibung in Losen zunächst Ausfluss der innerorganisatorischen Gegebenheiten des Auftraggebers ist. In Pkt. 1.1.6 der allgemeinen Ausschreibungsbedingungen lautet es, dass entsprechend den Zuständigkeiten der einzelnen Gruppen der Abteilung Bauen am Bestand die Ausschreibung in 9 Lose untergliedert ist. Die losweise Ausschreibung ist somit durch die nach den einzelnen Gruppen der Abteilung Bauen am Bestand zu differenzierenden, unterschiedlichen regionalen Zuständigkeiten des Auftraggebers vorgegeben. Allenfalls bestehende Leistungsunterschiede zwischen den Losen, hängen hingegen nicht von der Region ab, sondern sind baulosabhängig (D***, mündliche Verhandlung). Hinzu kommt, dass die Ausschreibung in Losen auch angesichts der Größe des zu erbringenden Leistungsumfanges gewählt wurde.

In der Vergangenheit (Zeitraum vor 2012) hat der Auftraggeber die ausgeschriebenen Leistungen grundsätzlich für jedes Projekt dezentral beschafft. Hiezu ist anzumerken, dass entgegen der Auffassung des Antragstellers aus einer in der Vergangenheit geübten Vorgangsweise nichts dafür zu gewinnen ist, ob die nunmehr - mit einer anderen Ausschreibung - zu vergebenden Leistungen einen sachlichen Zusammenhang aufweisen. Dies ist allein anhand des gegenständlichen Vorhabens zu beurteilen. Die Erfahrung des Auftraggebers mit der Vornahme zahlreicher Einzelausschreibungen hat gezeigt, dass diese zu unterschiedlichen, technisch und wirtschaftlich nicht mehr vergleichbaren, Leistungsbildern führt. Die gebündelte Leistungsbeschaffung in einer Gesamtausschreibung dient

somit unter anderem der österreichweiten Vereinheitlichung des technischen Standards (Schaffung eines Kataloges von Leistungsanforderungen), wodurch auch die Kosten innerhalb einer Jahresperiode besser vergleichbar und planbar werden.

Weiters ist die losweise Bündelung der zu beschaffenden Leistungen - neben den wirtschaftlichen Aspekten (siehe unten) - auch mit dem Ziel der Herbeiführung einer internationalen Bieterbeteiligung erfolgt.

Daneben haben vor allem aber auch finanzielle Überlegungen den Auftraggeber zu einer gebündelten Beschaffung in Form einer Gesamtausschreibung bewogen. Um Synergieeffekte gegenüber der Methode der Einzelausschreibungen zu erzielen, entschied sich der Auftraggeber im Vorjahr (Rahmenvertrag 2012) für eine Zusammenfassung der zu beschaffenden Leistungen in einer Gesamtausschreibung. Zur Erzielung von Kosteneffekten wurde insbesondere in der damaligen - wie auch in der vorliegenden - Ausschreibung dem Bieter die Möglichkeit des Anbietens von Paketabschlägen für den Fall, dass er mit mehr als einem Los beauftragt wird, eingeräumt.

Teil D1 der Ausschreibungsbestimmungen Pkt. 1.1.6 lautet: "Paketnachlass:

Am Deckblatt wird dem Bieter die Möglichkeit eingeräumt, einen Paketnachlass zu gewähren, sofern er mit mehr als einem Los beauftragt wird". Siehe auch Pkt. 1.1.27, "Der Paketnachlass kommt zur Anwendung, wenn ein Bieter mit mehr als einem Los beauftragt wird. Wird ein Bieter nur mit einem Los beauftragt wird der Paketnachlass bei der Preisermittlung nicht berücksichtigt".

Die "Paketabschlagsregelung" macht deutlich, dass zwischen den einzelnen Losen auch insofern eine Verbindung besteht, als durch die Möglichkeit der Gewährung von Paketabschlägen günstigere Angebotspreise erzielt werden können. Die Aussicht, aufgrund von Paketabschlägen und aufgrund von größeren gebündelten Leistungsvolumina Einsparungen zu erreichen, war gerade ein Hauptmotiv, das den Auftraggeber zur Verknüpfung der einzelnen Lose in einer Gesamtausschreibung veranlasst hat (Ing. Steiner, mündliche Verhandlung).

Mit der Vornahme einer auf einzelne Lose beschränkten Teilaufhebung der Ausschreibung und damit der Herauslösung einzelner Lose aus dem "Gesamtpaket" ginge dem Auftraggeber jedoch insbesondere die Möglichkeit, durch Lukrierung von Paketabschlägen günstigere Angebotspreise zu erzielen, verloren. Ein vernünftig agierender Auftraggeber in der vorliegenden Situation würde somit nicht zuletzt im Hinblick darauf keinen diese Einheit auflösenden Teilwiderruf der Ausschreibung vornehmen und kann ihm ein solcher auch nicht zugemutet werden.

Dass auf eine Gesamtbetrachtung der Ausschreibung als Einheit abzustellen ist, geht schließlich auch daraus hervor, dass, wie erwähnt, die "Ausschreibungsreife" für das Gesamtprojekt und nicht für das einzelne Los vorliegen muss und zu bestätigen ist.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass der Auftraggeber daher zur Aufhebung der Gesamtausschreibung - somit auch der Lose 8 und 9 - berechtigt ist.

Darüber hinaus ist der vom Auftraggeber vorgesehene Gesamtwiderruf der Ausschreibung aber auch aus einem weiteren Grund berechtigt bzw. sogar geboten:

Im Zuge des Nachprüfungsverfahrens brachte der Auftraggeber ergänzend vor, dass auch die sogenannte "Medianregelung" zu überhöhten Preisen geführt hätte und er in der Folgeausschreibung von einer Medianregelung abzuweichen beabsichtigt.

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Nachprüfungsbehörde nach der Judikatur des VwGH auch mit den vom Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren zusätzlich ins Treffen geführten Widerrufsgründen auseinanderzusetzen hat, sodass der Vorwurf des Antragstellers des unzulässigen "Nachschiebens" von Widerrufsgründen ins Leere geht (vgl. VwGH 25.9.2012, Zl. 2008/04/0082). In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass sich die Nachprüfungsbehörde nach der Judikatur des VwGH auch mit den vom Auftraggeber im Nachprüfungsverfahren zusätzlich ins Treffen geführten Widerrufsgründen auseinanderzusetzen hat, sodass der Vorwurf des Antragstellers des unzulässigen "Nachschiebens" von Widerrufsgründen ins Leere geht vergleiche VwGH 25.9.2012, Zl. 2008/04/0082).

In D1 der allgemeinen Ausschreibungsbestimmungen Pkt. 1.1.26 ist folgende Regelung getroffen: Angebote, deren Gesamtpreis mehr als 30% unter dem Median des jeweiligen Loses - mit Berücksichtigung eines eventuellen Paketnachlasses - liegen, werden keiner weiteren vertieften Angebotsprüfung unterzogen, sondern ausgeschieden.

Zur Ermittlung des Medians werden die geschätzte Auftragssumme des Auftraggebers und die Gesamtpreise der Angebote mit Berücksichtigung eines eventuellen Paketnachlasses gem. Angebotsöffnungsprotokoll, unabhängig vom Vorliegen eines allfälligen Ausscheidensgrundes heran gezogen.

Der Median ist hier festgelegt als der Wert, der in der Mitte der nach der Größe nach sortierten Werte liegt. Im Falle einer geraden Anzahl von Werten ist der Median das arithmetische Mittel der beiden mittleren Werte.

Die "Medianregelung" (Unterpreiskriterium) wurde zu dem Zweck in die Ausschreibung aufgenommen, ein "Unterpreisverhalten" der Bieter zu verhindern.

In der Vorgängerausschreibung war ebenfalls eine Unterpreiskriteriumsbestimmung (Medianregelung) enthalten. Ein von den Bieter gewählter Paketnachlass war bei der Ermittlung des Medians damals nicht mitzubetrachten. Dies führte dazu, dass von den Bieter zum Rahmenvertrag 2012 teilweise sehr hohe Einheitspreise angeboten wurden, die wiederum durch sehr hohe Paketnachlässe in Höhe von 48-50% kompensiert wurden (siehe die Beantwortung der Bieteranfrage 3 mit Schreiben des Auftraggebers vom 16.10.2012, die Kostenschätzung und Angebotspreise zum Rahmenvertrag 2012 sowie Auftraggeber, D*** mündliche Verhandlung). Dies führte im Ergebnis zu sehr niedrigen Angebotspreisen und bietet somit eine Erklärung dafür, dass die Schätzkosten im Vorjahr deutlich über den Angebotspreisen lagen.

Um ein solches "Unterpreisverhalten" der Bieter künftig hintanzuhalten, wurde die Medianregelung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung so formuliert, dass allfällige Paketnachlässe in die Ermittlung des Medians einzurechnen sind (vgl. D*** mündliche Verhandlung). Das Unterpreiskriterium in der Fassung der vorliegenden Ausschreibung hat - wie der Auftraggeber nachvollziehbar erläuterte - jedoch zu Preisbildungstendenzen in die gegenteilige Richtung, nämlich zu einem tendenziell erhöhten Preisbildungsverhalten der Bieter, geführt. Die Ausführungen des Auftraggebers, dass die Angebotspreise von den Bieter tendenziell höher angesetzt wurden, um den Median "anzuheben", mit dem Ziel, dass billigere Angebote auszuschneiden wären, sind nicht als unschlüssig zu erkennen. Der Umstand, dass die - unter Einbeziehung von Paketnachlässen - günstigsten Angebote auszuschneiden wären, hat allgemein eine Erhöhung des Angebotspreisniveaus bewirkt. Um ein solches "Unterpreisverhalten" der Bieter künftig hintanzuhalten, wurde die Medianregelung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung so formuliert, dass allfällige Paketnachlässe in die Ermittlung des Medians einzurechnen sind (vergleiche D*** mündliche Verhandlung). Das Unterpreiskriterium in der Fassung der vorliegenden Ausschreibung hat - wie der Auftraggeber nachvollziehbar erläuterte - jedoch zu Preisbildungstendenzen in die gegenteilige Richtung, nämlich zu einem tendenziell erhöhten Preisbildungsverhalten der Bieter, geführt. Die Ausführungen des Auftraggebers, dass die Angebotspreise von den Bieter tendenziell höher angesetzt wurden, um den Median "anzuheben", mit dem Ziel, dass billigere Angebote auszuschneiden wären, sind nicht als unschlüssig zu erkennen. Der Umstand, dass die - unter Einbeziehung von Paketnachlässen - günstigsten Angebote auszuschneiden wären, hat allgemein eine Erhöhung des Angebotspreisniveaus bewirkt.

Aufgrund der nunmehr gemachten Erfahrung beabsichtigt der Auftraggeber daher, bei der nach der Widerrufserklärung vorzunehmenden Neuausschreibung kein Unterpreiskriterium mehr in die Ausschreibung aufzunehmen. Hierbei handelt es sich um einen Umstand, der den Auftraggeber zum Widerruf der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit berechtigt:

Wären dem Auftraggeber die möglichen Folgen der Unterpreiskriteriumsregelung (Anm.: Erhöhte Preisbildungstendenzen) bewusst gewesen, wäre eine derartige Regelung in der vorliegenden Ausschreibung von vornherein unterblieben (vgl. Auftraggeber, D*** mündliche Verhandlung). Es handelt sich dabei um einen Umstand iSd § 139 Abs. 1 BVergG, der sogar einen zwingenden Widerrufsgrund darstellt. Der Wegfall des Unterpreiskriteriums in der Ausschreibung hätte zu einer inhaltlich wesentlich geänderten Ausschreibung iSd zitierten Gesetzesbestimmung geführt, da damit wesentliche Grundlagen für die Angebotspreisbildungsstruktur der Bieter geändert worden wären und in der Folge insgesamt ein anderes Angebotspreisniveau zu erwarten gewesen wäre. Wären dem Auftraggeber die möglichen Folgen der Unterpreiskriteriumsregelung (Anmerkung, Erhöhte Preisbildungstendenzen) bewusst gewesen, wäre eine derartige Regelung in der vorliegenden Ausschreibung von vornherein unterblieben (vergleiche Auftraggeber, D*** mündliche Verhandlung). Es handelt sich dabei um einen Umstand iSd Paragraph 139, Absatz eins, BVergG, der sogar einen zwingenden Widerrufsgrund darstellt. Der Wegfall des Unterpreiskriteriums in der

Ausschreibung hätte zu einer inhaltlich wesentlich geänderten Ausschreibung iSd zitierten Gesetzesbestimmung geführt, da damit wesentliche Grundlagen für die Angebotspreisbildungsstruktur der Bieter geändert worden wären und in der Folge insgesamt ein anderes Angebotspreisniveau zu erwarten gewesen wäre.

Die in Rede stehende Unterpreiskriteriumsregelung erfasst die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, da sie die Preisbildung in sämtlichen ausgeschriebenen Losen betrifft. Auch in den Losen 8 und 9 liegen die billigsten Angebotspreise in nicht unerheblichem Ausmaß über den Schätzkosten des Auftraggebers. Der Auftraggeber muss daher die Möglichkeit haben, mögliche Ursachen, die zur "Kostenüberschreitung" geführt haben, vollständig betreffend die gesamte Ausschreibung zu beseitigen. Da die Medianregelung alle Lose in gleicher Weise betrifft, kann dieser Zielsetzung jedenfalls nicht durch Aufhebung einzelner Lose, sondern nur durch Aufhebung der Gesamtausschreibung entsprochen werden.

Der Prüfmaßstab "besonnener Auftraggeber in der konkreten Situation" kann auch zur Objektivierung der Voraussetzungen eines zwingenden Widerrufs herangezogen werden, sodass zu fragen ist, ob jene Umstände, die nun bekannt werden, einen besonnenen Auftraggeber dazu veranlassen würden, von der Ausschreibung abzusehen oder diese inhaltlich wesentlich anders zu gestalten. Hätte ein besonnener Auftraggeber in der konkreten Situation die Durchführung einer Ausschreibung unterlassen oder eine inhaltlich wesentlich anders gestaltete Ausschreibung durchgeführt, so ist das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen. (vgl. Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 1495f). Der Prüfmaßstab "besonnener Auftraggeber in der konkreten Situation" kann auch zur Objektivierung der Voraussetzungen eines zwingenden Widerrufs herangezogen werden, sodass zu fragen ist, ob jene Umstände, die nun bekannt werden, einen besonnenen Auftraggeber dazu veranlassen würden, von der Ausschreibung abzusehen oder diese inhaltlich wesentlich anders zu gestalten. Hätte ein besonnener Auftraggeber in der konkreten Situation die Durchführung einer Ausschreibung unterlassen oder eine inhaltlich wesentlich anders gestaltete Ausschreibung durchgeführt, so ist das Vergabeverfahren zwingend zu widerrufen. vergleiche Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht³ (2010) Rz 1495f).

Ein vernünftig agierender Auftraggeber in der konkreten Situation würde auf der Grundlage der bestehenden Ausschreibungssituation von jeglicher Fortsetzung des Vergabeverfahrens - somit auch hinsichtlich der Lose 8 und 9 - absehen. Ein besonnener Auftraggeber würde in nunmehriger Kenntnis

möglicher Ursachen für das Zustandekommen der tatsächlichen Angebotspreise vernünftiger Weise nicht an der Ausschreibung in ihrer vorliegenden inhaltlichen Ausgestaltung festhalten, sondern die (mit)verantwortliche Unterpreiskriteriumsregelung der Ausschreibung, und somit die Ausschreibung in ihrer Gesamtheit, beseitigen.

Die Frage, ob dem Auftraggeber bei der Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen die möglichen Folgen der Medianregelung bei entsprechender Umsicht unter Umständen erkennbar gewesen sein hätten können, ist dabei ohne Relevanz. Wie bereits ausgeführt, berechtigen auch vom Auftraggeber selbst verschuldete Umstände zum Ausschreibungswiderruf. Da es allein auf das objektive Vorliegen sachlicher Gründe für den Widerruf ankommt, ist es unerheblich, wie es zu diesen Gründen gekommen ist und ob der Auftraggeber bei Anwendung entsprechender Sorgfalt den Eintritt dieser Umstände allenfalls verhindern hätte können (vgl. BVA 28.10.2010, N/0078- BVA/09/2010-33). Die Frage, ob dem Auftraggeber bei der Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen die möglichen Folgen der Medianregelung bei entsprechender Umsicht unter Umständen erkennbar gewesen sein hätten können, ist dabei ohne Relevanz. Wie bereits ausgeführt, berechtigen auch vom Auftraggeber selbst verschuldete Umstände zum Ausschreibungswiderruf. Da es allein auf das objektive Vorliegen sachlicher Gründe für den Widerruf ankommt, ist es unerheblich, wie es zu diesen Gründen gekommen ist und ob der Auftraggeber bei Anwendung entsprechender Sorgfalt den Eintritt dieser Umstände allenfalls verhindern hätte können vergleiche BVA 28.10.2010, N/0078- BVA/09/2010-33).

Selbst wenn man diesen Umstand nicht als zwingenden Widerrufsgrund nach § 139 Abs. 1 BVergG qualifizieren wollte, so ist dieser jedenfalls als ein fakultativer Widerruf iSd § 139 Abs. 2 Z 3 rechtfertigender sachlicher Grund anzusehen (Vgl. Stiller/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, §§ 138, 139 Rz 35; vgl. auch BVA 28.10.2010, N/0078-BVA/09/2010-33). Selbst wenn man diesen Umstand nicht als zwingenden Widerrufsgrund nach Paragraph 139, Absatz eins, BVergG qualifizieren wollte, so ist dieser jedenfalls als ein fakultativer Widerruf iSd Paragraph 139,

Absatz 2, Ziffer 3, rechtfertigender sachlicher Grund anzusehen (Vgl. Stiller/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, Paragraphen 138, 139, Rz 35; vergleiche auch BVA 28.10.2010, N/0078-BVA/09/2010-33).

Darüber hinaus zieht der Auftraggeber in der Folgeausschreibung eine abweichende Regelung der Paketnachlässe in Erwägung.

Schlussfolgerung:

Der Widerruf der Ausschreibung in ihrer Gesamtheit - sohin auch der

Widerruf der Lose 8 und 9 - ist daher berechtigt.

1. b)Litera b

Zu Spruchpunkt II:

Gemäß § 312 Abs. 2 Z 2 BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Hinsichtlich der Lose 1-7 des Vergabeverfahrens nahm der Auftraggeber am 14.1.2013 unter Einhaltung der Vorgangsweise des § 140 Abs. 6 BVergG die Erklärung des Widerrufs vor, sodass diesbezüglich eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nicht mehr besteht. Der Nachprüfungsantrag war daher, insoweit dieser die Lose 1-7 erfasst, zurückzuweisen. Gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG ist das Bundesvergabeamt bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. Hinsichtlich der Lose 1-7 des Vergabeverfahrens nahm der Auftraggeber am 14.1.2013 unter Einhaltung der Vorgangsweise des Paragraph 140, Absatz 6, BVergG die Erklärung des Widerrufs vor, sodass diesbezüglich eine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens nicht mehr besteht. Der Nachprüfungsantrag war daher, insoweit dieser die Lose 1-7 erfasst, zurückzuweisen.

Zur Abweisung des Nachprüfungsantrages, insoweit die Lose 8 und 9 betroffen sind, siehe oben unter a) Zu Spruchpunkt I. Zur Abweisung des Nachprüfungsantrages, insoweit die Lose 8 und 9 betroffen sind, siehe oben unter a) Zu Spruchpunkt römisch eins.

1. c)Litera c

Zu Spruchpunkt III:

Gemäß § 319 Abs. 1 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, 1. Satz BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt, wenn auch nur teilweise obsiegende, Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber.

Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (§ 319 Abs. 2 BVergG). Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde (Paragraph 319, Absatz 2, BVergG).

Der Antragsteller hat, wie sich aus den Spruchpunkten I und II ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher abzuweisen. Der Antragsteller hat, wie sich aus den Spruchpunkten römisch eins und römisch zwei ergibt, mit seinem Nachprüfungsantrag auch nicht teilweise obsiegt. Der sowohl für den Nachprüfungsantrag als auch für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung geltend gemachte Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühren (Auferlegung an den Auftraggeber) war daher abzuweisen.

Zuletzt aktualisiert am

08.04.2013

Quelle: Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>

© 2026 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

www.jusline.at