

TE Verg Bescheid 2007/4/3 N/0018-BVA/10/2007-029

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 03.04.2007

Norm

BVergG 2006 §187 Abs4

BVergG 2006 §279

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 187 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 187 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012
1. BVergG 2006 § 279 gültig von 05.03.2010 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 279 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 279 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Text

BESCHEID

Das Bundesvergabeamt hat durch den Senat 10 bestehend aus Mag. Hubert Reisner als Vorsitzendem sowie Dr. Josef Bosina als Mitglied der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als Mitglied der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftragsvergabe "AP-032 Beleuchtung, VIE-Skylink Terminal Nord-Ost" der Auftraggeberin Flughafen Wien AG vertreten durch X***, Partnerschaft von Rechtsanwälten, eingeleitet über Antrag vom 2. März 2007 der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwälte, wie folgt entschieden:

Spruch

I.römisch eins.

Der Antrag der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwälte, "auf Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen (Telefax vom 21.2.2007)", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 238 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 238, BVergG

II.römisch zwei.

Der Antrag der A*** vertreten durch Y***, Rechtsanwälte, "das Bundesvergabeamt möge die Auftraggeberin schuldig erklären, der Antragstellerin die Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag in der Höhe von Euro 5.000,-- und für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung in der Höhe von Euro 5.000,--, insgesamt in der Höhe von Euro

10.000,-- bei sonstiger Exekution binnen 14 Tagen zu Händen der rechtsfreundlichen Vertretung zu bezahlen", wird abgewiesen.

Rechtsgrundlage: § 319 BVergG
Rechtsgrundlage: Paragraph 319, BVergG

Begründung

1. 1.Ziffer eins

Vorbringen der Parteien

Die Antragstellerin beantragte am 2. März 2007 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Gebührenersatz gemäß § 319 BVergG, Akteneinsicht gemäß § 17 AVG, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Nichtigerklärung der Entscheidung, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Die Antragstellerin beantragte am 2. März 2007 die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, BVergG, Akteneinsicht gemäß Paragraph 17, AVG, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und die Nichtigerklärung der Entscheidung, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen.

Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufserklärung führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass diese mit Telefax vom 21. Februar 2007 mitgeteilt worden sei. Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot gelegt. Der Antragstellerin drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns in Höhe von 5 % des Auftragswertes, Verlust der Angebotserstellungskosten von rund Euro 20.000, Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung in Höhe von bisher rund Euro 3.000 sowie des Verlusts der Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergaben. Sie habe durch Angebotslegung und durch Einbringung dieses Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht. Sie werde durch die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihren Rechten auf Durchführung eines ordnungsgemäßen, vergaberechtkonformen Vergabeverfahrens, auf Unterlassung eines rechtswidrigen Widerrufs sowie auf Zuschlagserteilung verletzt. Ein Widerruf sei nur dann zulässig, wenn sachliche Gründe vorlägen. Die Tatsache, dass nur zwei Bieter zuschlagsfähige Angebote gelegt haben, sei jedenfalls kein sachlicher Grund, der einen Widerruf rechtfertige. Es sei ein ausreichender Wettbewerb sichergestellt. Es sei nicht erkennbar, weshalb bei einer Neuausschreibung mehr Angebote gelegt werden sollten. Da das gegenständliche Vergabeverfahren als Verhandlungsverfahren durchgeführt werde, sei es ohne weiteres möglich, über Leistungsänderungen und Terminvorgaben zu verhandeln. Es sei somit sachlich nicht gerechtfertigt, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen.

Die Auftraggeberin legte am 8. März 2007 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Sie erteilte in ihrer Stellungnahme vom selben Tag allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und beantragte die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin und dem Antrag auf Akteneinsicht nur hinsichtlich jener Teile des Vergabeaktes statt zu geben, die sich ausschließlich auf das Angebot der Antragstellerin bezögen. Zum Hauptverfahren brachte sie im Wesentlichen vor, dass zur Prüfung der Zulässigkeit des Widerrufs ausschließlich die Sachlichkeit der Gründe zu prüfen sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des VfGH stehe dem Auftraggeber bezüglich der Entscheidung, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, ein weiter Ermessensspielraum zu, dessen Grenze erst die Willkürlichkeit der Entscheidung sei. Das Vergaberecht gehe davon aus, dass eine große Anzahl von Bietern den Wettbewerb erhöhe. Im Verhandlungsverfahren seien die gleichen Widerrufsgründe wie in allen anderen Vergabeverfahren zulässig. Obwohl sechzehn Interessenten Teilnahmeunterlagen angefordert hätten, seien bloß fünf Teilnahmeanträge abgegeben worden. Alle fünf Bewerber seien zur Angebotslegung aufgefordert worden. Von diesen seien drei Leuchtenbauer und zwei Elektroinstallationsunternehmen. Es seien bloß drei Angebote abgegeben worden. Zu dem Angebot der Antragstellerin sei hervorzuheben, dass zwei der drei Bieter Subunternehmer der Antragstellerin seien. Die Zahl der Bieter sei um 40 % auf drei reduziert worden. Einer der Bieter habe ausgeschieden werden müssen. Es sei kein einziges Angebot der Branche der Metallbauer eingegangen. Rund ein Drittel des Auftragswertes beziehe sich auf Beleuchtungskörper, die keinen Standardmaßen entsprächen und deshalb von keinem Hersteller im Sortiment geführt werden. Zwei Drittel des Auftrages bezögen sich auf "Leuchtkissen", spezielle Beleuchtungskörper, die ebenfalls gesondert anzufertigen seien. Um den Auftrag auch für Metallbauer und andere Branchen attraktiver zu machen, von denen sich die Auftraggeberin kompetitivere Angebote als die beiden verbliebenen erwarte, solle der Auftrag in zwei Lose geteilt werden, nämlich die erwähnten Beleuchtungskörper einerseits und die Beleuchtungskissen andererseits. Durch die Aufteilung in Lose sei mit einem geänderten Bewerberkreis zu rechnen. Es haben sich nachträglich

hervorgekommene wesentliche Einsparungsmöglichkeiten herausgestellt, die nur unter Abänderung einer wesentlichen Ausschreibungsbedingung genutzt werden könnten. Es liege daher ein Widerrufsgrund vor. Der Beginn der Arbeiten für das gegenständliche Los habe sich um sieben Monate auf ungefähr März 2008 verschoben. Durch die längere Vorlaufzeit einer Neuausschreibung in zwei Losen seien den Bietern längere Vorbereitungszeiten eingeräumt. Die Koordination mit anderen Losen des Gesamtprojekts, insbesondere der Klimatechnik, habe nach dem Zeitplan der gegenständlichen Ausschreibung zu einem erheblichen Zeitdruck geführt, der zahlreiche interessierte Unternehmer von einer Angebotslegung abgehalten habe. Erfordere eine nachträgliche Änderung der Leistungsfrist unternehmerische Dispositionen, weil sich dadurch der Inhalt der Leistungserbringung ändere, sei das sogar ein zwingender Widerrufsgrund. Da sich die Angebotsunterlagen sogar wesentlich ändern werden, liege nach Ansicht der Auftraggeberin sogar ein Widerrufsgrund vor, der jenen des § 139 Abs 1 BVergG vergleichbar sei. Die Auftraggeberin legte am 8. März 2007 die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Sie erteilte in ihrer Stellungnahme vom selben Tag allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und beantragte die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin und dem Antrag auf Akteneinsicht nur hinsichtlich jener Teile des Vergabeaktes statt zu geben, die sich ausschließlich auf das Angebot der Antragstellerin bezögen. Zum Hauptverfahren brachte sie im Wesentlichen vor, dass zur Prüfung der Zulässigkeit des Widerrufs ausschließlich die Sachlichkeit der Gründe zu prüfen sei. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des VfGH stehe dem Auftraggeber bezüglich der Entscheidung, ein Vergabeverfahren zu widerrufen, ein weiter Ermessensspielraum zu, dessen Grenze erst die Willkürlichkeit der Entscheidung sei. Das Vergaberecht gehe davon aus, dass eine große Anzahl von Bietern den Wettbewerb erhöhe. Im Verhandlungsverfahren seien die gleichen Widerrufsgründe wie in allen anderen Vergabeverfahren zulässig. Obwohl sechzehn Interessenten Teilnahmeunterlagen angefordert hätten, seien bloß fünf Teilhabeanträge abgegeben worden. Alle fünf Bewerber seien zur Angebotslegung aufgefordert worden. Von diesen seien drei Leuchtenbauer und zwei Elektroinstallationsunternehmen. Es seien bloß drei Angebote abgegeben worden. Zu dem Angebot der Antragstellerin sei hervorzuheben, dass zwei der drei Bieter Subunternehmer der Antragstellerin seien. Die Zahl der Bieter sei um 40 % auf drei reduziert worden. Einer der Bieter habe ausgeschieden werden müssen. Es sei kein einziges Angebot der Branche der Metallbauer eingegangen. Rund ein Drittel des Auftragswertes beziehe sich auf Beleuchtungskörper, die keinen Standardmaßen entsprächen und deshalb von keinem Hersteller im Sortiment geführt werden. Zwei Drittel des Auftrages bezögen sich auf "Leuchtkissen", spezielle Beleuchtungskörper, die ebenfalls gesondert anzufertigen seien. Um den Auftrag auch für Metallbauer und andere Branchen attraktiver zu machen, von denen sich die Auftraggeberin kompetitivere Angebote als die beiden verbliebenen erwarte, solle der Auftrag in zwei Lose geteilt werden, nämlich die erwähnten Beleuchtungskörper einerseits und die Beleuchtungskissen andererseits. Durch die Aufteilung in Lose sei mit einem geänderten Bewerberkreis zu rechnen. Es haben sich nachträglich hervorgekommene wesentliche Einsparungsmöglichkeiten herausgestellt, die nur unter Abänderung einer wesentlichen Ausschreibungsbedingung genutzt werden könnten. Es liege daher ein Widerrufsgrund vor. Der Beginn der Arbeiten für das gegenständliche Los habe sich um sieben Monate auf ungefähr März 2008 verschoben. Durch die längere Vorlaufzeit einer Neuausschreibung in zwei Losen seien den Bietern längere Vorbereitungszeiten eingeräumt. Die Koordination mit anderen Losen des Gesamtprojekts, insbesondere der Klimatechnik, habe nach dem Zeitplan der gegenständlichen Ausschreibung zu einem erheblichen Zeitdruck geführt, der zahlreiche interessierte Unternehmer von einer Angebotslegung abgehalten habe. Erfordere eine nachträgliche Änderung der Leistungsfrist unternehmerische Dispositionen, weil sich dadurch der Inhalt der Leistungserbringung ändere, sei das sogar ein zwingender Widerrufsgrund. Da sich die Angebotsunterlagen sogar wesentlich ändern werden, liege nach Ansicht der Auftraggeberin sogar ein Widerrufsgrund vor, der jenen des Paragraph 139, Absatz eins, BVergG vergleichbar sei.

Mit Schriftsatz vom 16. März 2007 nahm die Antragstellerin erneut zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs Stellung. Sie hält die bisher gestellten Anträge aufrecht und führte zum Umfang der Akteneinsicht betreffend ihr eigenes Angebot aus. Eine allfällige Rechtswidrigkeit der Vorgehensweise der Auftraggeberin und damit auch der Widerrufsentscheidung sei anhand der europarechtlichen Grundsätze, insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz, und den Grundsätzen des § 19 Abs. 1 über BVergG zu beurteilen. Bedeutung komme dabei dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie dem Gebot der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs zu. Der Gleichbehandlungsgrundsatz beinhalte der unter anderem ein Gebot zur sachlichen Vorgehensweise. Mit Schriftsatz vom 16. März 2007 nahm die Antragstellerin erneut zur Rechtswidrigkeit des Widerrufs Stellung. Sie hält die bisher gestellten Anträge aufrecht und führte zum Umfang der Akteneinsicht betreffend ihr eigenes Angebot aus. Eine allfällige Rechtswidrigkeit der Vorgehensweise der Auftraggeberin und damit auch der Widerrufsentscheidung sei

anhand der europarechtlichen Grundsätze, insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz, und den Grundsätzen des Paragraph 19, Absatz eins, über BVergG zu beurteilen. Bedeutung komme dabei dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter sowie dem Gebot der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs zu. Der Gleichbehandlungsgrundsatz beinhalte der unter anderem ein Gebot zur sachlichen Vorgehensweise.

Sektorenauftraggeber können ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür "sachliche Gründe" bestünden. Es sei nicht das Vorliegen von schwerwiegenden oder außergewöhnlichen Umständen gefordert. Die Änderung der gesetzlichen Grundlage betreffe jedoch lediglich die Qualität der Gründe, nicht jedoch den Umfang des Ermessens, also die Sachlichkeit der Entscheidung. Dementsprechend sei die Rechtsprechung und Lehre bezüglich der Sachlichkeit eines Widerrufs auch für die geltende Rechtslage relevant. Grundsätzlich könne ein Auftraggeber dementsprechend nach eigenem Ermessen ein Vergabeverfahren bei Vorliegen sachlicher Gründe widerrufen. Unzulässig sei jedenfalls ein willkürlicher oder rechtsmissbräuchlicher Widerruf. Die Prüfung der sachlichen Gründe sei immer eine Einzelfallentscheidung. Ein sachlicher Grund für den Widerruf eines offenen Verfahrens müsse nicht für ein Verhandlungsverfahren genügen. Im Rahmen der Sachlichkeitsprüfung seien die Interessen der Auftraggeberin mit denen der Bieter auf Fortführung des Vergabeverfahrens abzuwägen und zu prüfen, ob der Widerruf das gelindeste zum Ziel führende Mittel darstelle. Ein Widerruf sei nicht zulässig, wenn nur zwei ausschreibungskonforme Angebote gelegt worden seien. Durch die Einladung von fünf Unternehmern zur Angebotslegung, das Einlangen von mehr als einem Angebot und die Einhaltung der Geheimhaltungsverpflichtung im Verhandlungsverfahren sei ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet. Weiters sei nicht nachvollziehbar, warum Bieter aus anderen Gewerben wie Elektroinstallation Unternehmen oder Metallbauer den Wettbewerb verbessern sollten. Auch eine Trennung des gegenständlichen Auftrages in zwei Lose müsse nicht zu einer Beteiligung von Elektroinstallationsunternehmen führen. Auch die sogenannten "Beleuchtungskissen" seien ebenfalls Beleuchtungskörper. Diese haben ebenfalls die lichttechnischen Aufgaben im Sinne der einschlägigen Normen zu erfüllen. Im übrigen hätten auch Elektroinstallationsunternehmen ein eigenständiges Angebot abgeben können. Die Anfertigung von Beleuchtungskörpern bedürfe der Mitwirkung von Leuchtenbauern. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum sich der Bieterkreis ändern sollte. Auch das Einsparungspotenzial bei Neuausschreibung sei kein sachlicher Grund. Der Widerruf könne auch nicht durch die Änderung der Leistung gerechtfertigt werden. Die Auftraggeberin habe in Punkt 4.1 Teil B der Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich festgelegt, dass im Rahmen von Verhandlungen insbesondere über Termine, also Vorgaben, Abgrenzung zu anderen Gewerken, Abhängigkeiten und so weiter sowie technische Aspekte verhandelt werde. Sie habe sich die Möglichkeit offen gehalten, über den gesamten Auftragsinhalt zu verhandeln. Sie habe insbesondere bekannt gegeben, dass sich der Terminplan bzw das Terminkonzept ändern könnten. Es sei daher sachlich nicht gerechtfertigt, gerade derartige Änderungen als Widerrufsgründe heranzuziehen. Es entstehe der Eindruck, dass der Widerruf erfolgt sei, um dem ausgeschiedenen "weltweit tätigen Großkonzernen" eine neuerliche Angebotsabgabe zu ermöglichen.

Am 23. März 2007 brachte die Auftraggeberin einen weiteren Schriftsatz ein. Darin führte sie aus, dass der beabsichtigte Widerruf keineswegs der Umgehung der Vergabevorschriften diene. Bezweckt sei die anschließende Neuausschreibung mit verstärktem Bieterwettbewerb und nicht eine anschließende Direktvergabe. Der Gesetzgeber habe an keiner Stelle vorgesehen, dass bei der Prüfung, ob ein Widerrufsgrund sachlich sei, stets eine Einzelfallentscheidung vorzunehmen sei. Bei der Sachlichkeitsprüfung sei keine Interessenabwägung vorzunehmen. Der Widerruf müsse nicht das gelindeste Mittel sein. § 278 BVergG räume dem Auftraggeber ein Ermessen ein. Dies bedeute, dass der Auftraggeber aus mehreren Vorgehensweisen wählen dürfe. Er sei keinesfalls gezwungen, immer nur eine einzige der möglichen Vorgangsweisen zu wählen, nämlich das gelindeste Mittel. Auch bei Einlangen zweier ausschreibungskonformer Angebote sei ein Widerruf nicht gänzlich ausgeschlossen. Die Aufteilung in Lose werde bewirken, dass andere Bieter und damit eine größere Zahl von Bieter oder Bietergemeinschaften anbieten werden. Der Wettbewerb werde gefördert. Die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Aufträgen werde gefördert. Hätte die Antragstellerin ein kompetitives Angebot gelegt, wie sie schlüssig behauptete, dann könne dieses auch nicht durch die von der Antragstellerin geforderten Verhandlungen wesentlich verbessert werden. Wenn die Auftraggeberin den Auftrag nunmehr in Lose trennen wolle, beruhe das auf der Erkenntnis, dass der bisherige große Auftragsumfang zu wenige Angebote bewirkt habe. Ursprünglich habe wäre die Auftraggeberin aus verschiedensten Gründen wie zB der Einfachheit der Gewährleistungsabwicklung einen einzigen, großen Auftrag bevorzugt. Aber auch bei der Neuausschreibung werde sich ein Bieter wie die Antragstellerin für alle Lose bewerben können. Verhandlungen seien gerade kein taugliches Mittel, um "den bestehenden Wettbewerb auszunutzen". Bei der

vorliegenden Konstellation von Angeboten und Bietern habe die Auftraggeberin davon ausgehen müssen, dass es an einem wirkungsvollen Wettbewerb fehle. Daran könnten auch Verhandlungen nichts ändern. Deswegen sei ein Widerruf viel mehr unabdingbar, um Wettbewerb erst herzustellen. Die Auftraggeberin wolle den Wettbewerb durch neue Vergabeverfahren herstellen. Diese seien für mehr Bieter als bisher attraktiv. Selbst wenn Verhandlungen kein taugliches Mittel wären, seien sie nicht das einzige, für welches sachliche Gründe vorliegen. Erneut sei auf die eingetretenen Terminverschiebungen hinzuweisen. Sie seien der wichtigste der sachlichen Gründe für den beabsichtigten Widerruf. Sie bewirkten nicht nur, dass bei einer Neuausschreibung längere Vorbereitungszeiten zur Verfügung stehen würden, was eine größere Zahl von Angeboten ermöglichen werde. Bei Fällung der Widerrufsentscheidung seien die exakten Terminverschiebungen noch nicht absehbar gewesen. Wohl aber sei absehbar, dass diese bis zum Ende der geplanten Verhandlungen mit den Bietern noch immer nicht klar bestimmbar sein würden. Somit könne die Auftraggeberin den Terminplan nicht in Verhandlungen definieren. Der letzte Tag der Angebotsbindung werde der 21. Mai 2007 sein. Da eine freiwillige Verlängerung der Angebotsbindung durch die beiden verbliebenen Bieter zwar denkbar, aber vom Auftraggeber nicht erzwingbar sei, hätte die Auftraggeberin im Vergabeverfahren ungefähr folgenden Zeitplan einzuhalten gehabt: bis 24. März 2007 hätte das Ende der Verhandlungen und der Beginn der vierwöchigen LAFO-Frist stattfinden müssen. Am 21. April 2007 hätte die zweiwöchige LAFO-Frist beginnen müssen. Mindestens 14 Tage vor dem 4. Mai 2007 hätte die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werden müssen. Spätestens am 21. Mai 2007 hätte die Zuschlagserteilung erfolgen müssen. Bis zum 24. März 2007 werde die Auftraggeberin nicht über einen endgültigen Terminplan verfügen. Deswegen hätte an diesem Tag erst recht die Notwendigkeit bestehen können, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Dem wären jedoch aufwändige Verhandlungen vorangegangen. Die bei Fällung der Widerrufsentscheidung absehbaren Terminverschiebungen seien außerdem viel zu lang gewesen, um ihrer durch bloße Verhandlungen Herr zu werden. Insbesondere bestehe gemäß Punkt 5.38.3 der Vertragsbedingungen ein Rücktrittsrecht, wenn Behinderungen länger als sechs Monate dauerten. Solche Behinderungen seien zum Zeitpunkt der Fällung der Widerrufsentscheidung wahrscheinlich, ihre Lage und Dauer aber nicht bestimmbar. Somit bestehe die Gefahr, wegen der noch nicht bestimmbar Termine, keine vergleichbaren Angebote zu erhalten. Eine EN ISO 9001-Zertifizierung werde in der Ausschreibung nicht verlangt. Eine Beschränkung des Teilnehmerkreises auf den Berufszweig der Leuchtenbauer wäre unzulässig und auch nicht bezweckt gewesen. Einem größeren Bieterkreis bei Neuausschreibung stehe somit nichts im Weg. Die Terminänderungen seien bereits eingetreten. Sie seien nicht mehr verhandelbar. Neben der Antragstellerin sollten mehr Bieter als bisher die Möglichkeit bekommen, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Im Übrigen müsse nicht jede Terminverschiebung in Verhandlungen abgehandelt werden, selbst wenn das möglich wäre. Die Auftraggeberin könne sich auch für einen Widerruf entscheiden. Im Übrigen hielt die Auftraggeberin ihre Anträge aufrecht. Am 23. März 2007 brachte die Auftraggeberin einen weiteren Schriftsatz ein. Darin führte sie aus, dass der beabsichtigte Widerruf keineswegs der Umgehung der Vergabevorschriften diene. Bezweckt sei die anschließende Neuausschreibung mit verstärktem Bieterwettbewerb und nicht eine anschließende Direktvergabe. Der Gesetzgeber habe an keiner Stelle vorgesehen, dass bei der Prüfung, ob ein Widerrufgrund sachlich sei, stets eine Einzelfallentscheidung vorzunehmen sei. Bei der Sachlichkeitsprüfung sei keine Interessenabwägung vorzunehmen. Der Widerruf müsse nicht das gelindeste Mittel sein. Paragraph 278, BVergG räume dem Auftraggeber ein Ermessen ein. Dies bedeute, dass der Auftraggeber aus mehreren Vorgehensweisen wählen dürfe. Er sei keinesfalls gezwungen, immer nur eine einzige der möglichen Vorgangsweisen zu wählen, nämlich das gelindeste Mittel. Auch bei Einlangen zweier ausschreibungskonformer Angebote sei ein Widerruf nicht gänzlich ausgeschlossen. Die Aufteilung in Lose werde bewirken, dass andere Bieter und damit eine größere Zahl von Bietern oder Bietergemeinschaften anbieten werden. Der Wettbewerb werde gefördert. Die Beteiligung von kleinen und mittleren Unternehmen an öffentlichen Aufträgen werde gefördert. Hätte die Antragstellerin ein kompetitives Angebot gelegt, wie sie schlüssig behauptete, dann könne dieses auch nicht durch die von der Antragstellerin geforderten Verhandlungen wesentlich verbessert werden. Wenn die Auftraggeberin den Auftrag nunmehr in Lose trennen wolle, beruhe das auf der Erkenntnis, dass der bisherige große Auftragsumfang zu wenige Angebote bewirkt habe. Ursprünglich habe wäre die Auftraggeberin aus verschiedensten Gründen wie zB der Einfachheit der Gewährleistungsabwicklung einen einzigen, großen Auftrag bevorzugt. Aber auch bei der Neuausschreibung werde sich ein Bieter wie die Antragstellerin für alle Lose bewerben können. Verhandlungen seien gerade kein taugliches Mittel, um "den bestehenden Wettbewerb auszunutzen". Bei der vorliegenden Konstellation von Angeboten und Bietern habe die Auftraggeberin davon ausgehen müssen, dass es an einem wirkungsvollen Wettbewerb fehle. Daran könnten auch Verhandlungen nichts ändern. Deswegen sei ein

Widerruf viel mehr unabdingbar, um Wettbewerb erst herzustellen. Die Auftraggeberin wolle den Wettbewerb durch neue Vergabeverfahren herstellen. Diese seien für mehr Bieter als bisher attraktiv. Selbst wenn Verhandlungen kein taugliches Mittel wären, seien sie nicht das einzige, für welches sachliche Gründe vorliegen. Erneut sei auf die eingetretenen Terminverschiebungen hinzuweisen. Sie seien der wichtigste der sachlichen Gründe für den beabsichtigten Widerruf. Sie bewirkten nicht nur, dass bei einer Neuausschreibung längere Vorbereitungszeiten zur Verfügung stehen würden, was eine größere Zahl von Angeboten ermöglichen werde. Bei Fällung der Widerrufsentscheidung seien die exakten Terminverschiebungen noch nicht absehbar gewesen. Wohl aber sei absehbar, dass diese bis zum Ende der geplanten Verhandlungen mit den Bietern noch immer nicht klar bestimmbar sein würden. Somit könne die Auftraggeberin den Terminplan nicht in Verhandlungen definieren. Der letzte Tag der Angebotsbindung werde der 21. Mai 2007 sein. Da eine freiwillige Verlängerung der Angebotsbindung durch die beiden verbliebenen Bieter zwar denkbar, aber vom Auftraggeber nicht erzwingbar sei, hätte die Auftraggeberin im Vergabeverfahren ungefähr folgenden Zeitplan einzuhalten gehabt: bis 24. März 2007 hätte das Ende der Verhandlungen und der Beginn der vierwöchigen LAFO-Frist stattfinden müssen. Am 21. April 2007 hätte die zweiwöchige LAFO-Frist beginnen müssen. Mindestens 14 Tage vor dem 4. Mai 2007 hätte die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werden müssen. Spätestens am 21. Mai 2007 hätte die Zuschlagserteilung erfolgen müssen. Bis zum 24. März 2007 werde die Auftraggeberin nicht über einen endgültigen Terminplan verfügen. Deswegen hätte an diesem Tag erst recht die Notwendigkeit bestehen können, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Dem wären jedoch aufwändige Verhandlungen vorangegangen. Die bei Fällung der Widerrufsentscheidung absehbaren Terminverschiebungen seien außerdem viel zu lang gewesen, um ihrer durch bloße Verhandlungen Herr zu werden. Insbesondere bestehe gemäß Punkt 5.38.3 der Vertragsbedingungen ein Rücktrittsrecht, wenn Behinderungen länger als sechs Monate dauerten. Solche Behinderungen seien zum Zeitpunkt der Fällung der Widerrufsentscheidung wahrscheinlich, ihre Lage und Dauer aber nicht bestimmbar. Somit bestehe die Gefahr, wegen der noch nicht bestimmbar Termine, keine vergleichbaren Angebote zu erhalten. Eine EN ISO 9001-Zertifizierung werde in der Ausschreibung nicht verlangt. Eine Beschränkung des Teilnehmerkreises auf den Berufszweig der Leuchtenbauer wäre unzulässig und auch nicht bezweckt gewesen. Einem größeren Bieterkreis bei Neuausschreibung stehe somit nichts im Weg. Die Terminänderungen seien bereits eingetreten. Sie seien nicht mehr verhandelbar. Neben der Antragstellerin sollten mehr Bieter als bisher die Möglichkeit bekommen, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen. Im Übrigen müsse nicht jede Terminverschiebung in Verhandlungen abgehandelt werden, selbst wenn das möglich wäre. Die Auftraggeberin könne sich auch für einen Widerruf entscheiden. Im Übrigen hielt die Auftraggeberin ihre Anträge aufrecht.

Am 26. März 2007 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein. Darin führte sie aus, dass einem Sektorenauftraggeber beim Widerruf des Vergabeverfahrens ein Ermessen zukomme. Er sei verpflichtet, ein Vergabeverfahren unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Aufgrund dieser Gleichbehandlungsverpflichtung habe er seine Interessen denen des Bieters gegenüberzustellen und zu prüfen, ob der Widerruf das zum Ziel führende Mittel darstelle. Durch das Bestehen eines Ermessens werde dem Sektorenauftraggeber eine Wahlmöglichkeit in die Hand gegeben. Er sei jedoch nicht vollkommen frei bei der Entscheidung. Es bestünde die Möglichkeit, durch die getroffene Wahl des Verhandlungsverfahrens alle gewünschten Ziele, nämlich die Berücksichtigung der Terminverschiebungen und den Erhalt eines Vertragspartners im Rahmen eines Wettbewerbs, zu erfüllen. Im Übrigen hielt die Antragstellerin ihre Anträge aufrecht.

Am 28. März 2007 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesvergabeamt statt. Darin replizierte die Auftraggeberin auf die Stellungnahme der Antragstellerin vom 26. März 2007 und führte aus, dass auch aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz des Vergaberechtes für die Rechtsmeinung, es sei eine Interessensabwägung durchzuführen, nichts zu gewinnen ist. Aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz ergebe sich nur, dass der Auftraggeber alle Bieter gleich behandeln müsse. Dass er sich und einen Bieter gleich behandeln müsse, ergebe sich daraus nicht. Kompetitive Angebote seien solche, die unter Wettbewerbsbedingungen erstellt worden seien. Festgestellt worden sei dies am Vergleich der Preise mit den Schätzungen. Verglichen worden seien die Preise und die Zusammensetzung der Bieter. In Betracht gezogen worden seien auch die Absageschreiben. Die Antragstellerin gab an, dass bei einer Interessensabwägung die Interessen aller Bieter zu berücksichtigen sein würden. Seitens der Bieter seien dies Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens. Diesen stünden die Interessen an den Änderungen seitens des Auftraggebers gegenüber. Die Änderungswünsche sollten im Verhandlungsverfahren sowohl hinsichtlich der Technischen Ausführung als auch hinsichtlich des Zeitplanes Berücksichtigung finden. Der Widerruf sollte das

geringste Mittel zur Berücksichtigung der Interessen des Auftraggebers sein. Diese könnten im Zuge des Verhandlungsverfahrens berücksichtigt werden. Davon sei scheinbar auch der Auftraggeber in Punkt 4.1 in Teil B der Ausschreibungsunterlagen ausgegangen ist. Eine Erstreckung der Zuschlagsfrist sei jederzeit möglich. Der Auftraggeber hätte die Möglichkeit, im LAFO eine Bindung an eine neue Zuschlagsfrist vorzusehen. Auch dadurch könnte die Frist erhalten bleiben. Die Auftraggeberin führte aus, dass auch die Verlängerung der Zuschlagsfrist im LAFO nicht einseitig erzwingbar wäre. Aus derzeitiger Sicht würde das LAFO allerdings erst nach Ablauf der Zuschlagsfrist möglich sein. Die Summe der Änderungen sei eine sehr wesentliche und massive. Sie überschreite das Ausmaß der im Rahmen von Verhandlungen möglichen Änderungen. Es seien wesentlich andere Angebote zu erwarten. Es könnten andere Bieter interessiert sein zu diesen wesentlich geänderten Konditionen Angebote zu legen. Der Zeitpunkt der Neuausschreibung sei derzeit noch nicht absehbar. Angepeilt sei eine Neuausschreibung im Sommer. Die Antragstellerin gab an, dass Verhandlungen über den gesamten Auftragsgegenstand möglich seien. Grenzen der Verhandlung lägen dort, wo der abgeschlossene Vertrag ein aliud enthalte. Hier handele es sich um Anpassungen des Leistungsgegenstandes und der Zeitpläne. Diese seien verhandelbar.

1. 2.Ziffer 2

Sachverhalt

Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist die Flughafen Wien AG. An der Flughafen Wien AG hält die öffentliche Hand eine Beteiligung von 40 %, davon entfallen jeweils 20 % auf das Land Niederösterreich und das Land Wien. Weitere 10 % des

Aktienkapitals wurden einer Mitarbeiterstiftung übertragen. 10,05 % hält ein privater Investor. Die verbleibenden 39,95 % der Aktien werden an der Wiener Börse gehandelt und befinden sich im Streubesitz (siehe entsprechende Unternehmensdarstellung im Geschäftsbericht für das Jahr 2005 unter www.flughafen-wien.at, OZ 010).

Die Flughafen Wien AG erweitert die Terminals des Flughafens Wien im Projekt Terminalerweiterung Nord-Ost (Projekt VIE-Skylink). Ein Teil dieses Projektes ist die Beleuchtung, nämlich die Lieferung und Montage von hochwertigen Beleuchtungskörpern und Lichtdeckenelementen sowie Sonderdecken. Die Flughafen Wien AG schrieb zur Planung und zum Einbau der Beleuchtung einen Bauauftrag im Verhandlungsverfahren mit vorheriger öffentlicher Bekanntmachung aus. Die Bekanntmachung der Einladung, Teilnahmeanträge zu stellen, erfolgte im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften vom 5. August 2006 zur Zahl 2006/S 148-160052, abgesandt am 26. Juli 2006 und im Amtlichen Lieferungsanzeiger vom 28. Juli 2006 zur Zahl L334753, abgesandt am 26. Juli 2006. (Amtliche Einschau unter ted.europa.eu und www.auftrag.at)

Vergebende Stelle ist die ARGE Projektsteuerung C***; D***/ E***. Die Art des Auftrags sind Planung und Ausführung einer Bauleistung. Der CPV-Code ist 45316000-5. Der geschätzte Auftragswert liegt im Oberschwellenbereich für Bauaufträge. Es wurde ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gewählt. Der Zuschlag sollte dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt werden. Es wurden fünf Bewerber, darunter die Antragstellerin, zur Abgabe von Angeboten aufgefordert und ihnen die Angebotsunterlagen übermittelt. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

In Teil A der Ausschreibungsunterlagen ist festgelegt, dass die Zuschlagsfrist fünf Monate ab Ende der Angebotsfrist, 24.00 Uhr, abläuft. Die Angebotsabgabe fand bis 21. Dezember 2006, 14.00 Uhr statt. (Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Punkt 4.1 in Teil B der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"4.1 Ablauf des Zuschlagsverfahrens

Die Angebote werden notariell ohne Bieterteilnahme geöffnet.

Mit den Bietern werden bei Bedarf Aufklärungen schriftlich oder mündlich erfolgen. Im Falle einer schriftlichen Aufklärung hat eine Stellungnahme zu den Fragen per E-Mail (auf § 204 Abs. 4 BVergG 2006, insbesondere sichere Signatur wird hingewiesen) bzw. per Telefax zu erfolgen. Mit den Bietern werden bei Bedarf Aufklärungen schriftlich oder mündlich erfolgen. Im Falle einer schriftlichen Aufklärung hat eine Stellungnahme zu den Fragen per E-Mail (auf Paragraph 204, Absatz 4, BVergG 2006, insbesondere sichere Signatur wird hingewiesen) bzw. per Telefax zu erfolgen.

Wie bereits in den Bewerbungsunterlagen unter Pkt. 5 festgelegt, werde dann mit mindestens den sieben bestgereihten Bietern - sofern so viele Angebote abgegeben wurde und nach der Prüfung auf Vollständigkeit und auf

sonstige Ausscheidensgründe im Vergabeverfahren verbleiben - Verhandlungen geführt.

Alle nicht zu den Verhandlungen zugelassenen Bieter werden der Ausschluss aus dem Vergabeverfahren mitgeteilt.

In den Verhandlungen wird vor allem auf folgende Themen eingegangen:

Baustellenorganisation (Lager- und Zwischenlagerungsmöglichkeiten, Gerüstungen, Zugänglichkeiten, Logistikkonzept, Personaleinsatzplan, usw.)

Termine (Vorgaben, Abgrenzungen zu anderen Gewerken, Abhängigkeiten usw.)

M+W-Planung (Abläufe, Dauern, Planpaketierung, usw.) schlossen

technische Aspekte

Nach Abschluss der Verhandlungen werden allen im Verfahren verbliebenen Bieter sämtliche aus den Verhandlungen hervorgegangenen Veränderungen bzw. Klarstellungen einheitlich mitgeteilt. Darüber hinaus wird sich der AG mit der Einladung zum sog. "Last Offer" für eine der ausgeschriebenen Wahlpositionen entscheiden. Auf Basis dieser Unterlagen haben die Bieter die Möglichkeit, im Rahmen eines sog. "Last Offer", welches in einem geschlossenen Kuvert zu einem einheitlichen Zeitpunkt einem Notar abzugeben ist, ihr Angebot entsprechend anzupassen.

Für die Auftragsvergabe gelangt das Kriterium des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes zur Anwendung. Zur Beurteilung der "Amtsvarianten"-Angebote wird das Zuschlagkriterium "Preis" herangezogen. Das "Amtsvarianten"-Angebot mit dem niedrigsten Preis erhält den Zuschlag.

Für Alternativangebote/Abänderungsangebote gelten zusätzlich die unter Pkt. 3.4 getroffenen Regelungen der Gleichwertigkeit bzw. das Kriterium der Folgekostenermittlung.

Sollte ein Ergebnis vorliegen, das zwei Angebote exakt gleich liegen, entscheidet unter notarieller Aufsicht das Los."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Zu 5.38.3 in Einlage C1 der Ausschreibungsunterlagen lautet:

"zu Punkt 5.38.3 Rücktritt bei länger dauernder Behinderung

(1) Dem AN steht ein Rücktrittsrecht vom Vertrag erst zu, sobald sich herausstellt, dass eine Behinderung länger als sechs Monate dauert oder dauern wird."

(Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Kostenberechnung (KOB) wird zum Zeitpunkt der Entwurfsplanung vorgenommen. Sie stellt eine grobe Schätzung dar, die in der Regel über Flächenkennwerte vorgenommen wird. Der Kostenanschlag (KOA) ist das Ausfüllen des Leistungsverzeichnisses durch den Fachplaner bei Erstellung der Ausschreibung. Dies ist wesentlich genauer. Die Abweichung der Kostenansätze und Kostenberechnungen vom geschätzten Auftragswert, der mit Schriftsatz OZ 9 bekannt gegeben wurde, entstand wegen des Fortschreitens der Planung und Änderungen der Bauherrnvorgaben. (Aussagen von Hr. F*** und Hr. G*** in der mündlichen Verhandlung vom 28. März 2007)

Die notarielle Öffnung der drei eingelangten Angebote erfolgte am 21. Dezember 2006. Zwei Bieter nahmen von der Legung eines Angebotes Abstand. Einer gab an, dass er als Elektrounternehmer als Subunternehmer eines Leuchtenherstellers auftreten werde, da die ausgeschriebenen Sonderleuchten einen großen Anteil der Gesamtkosten darstellten. Der andere Bieter sagte aus terminlichen Gründen ab. Ein Bieter wurde wegen des Fehlens des Vadiums ausgeschieden. Die beiden verbliebenen Angebote überschritten den geschätzten Auftragswert, wie er in den allgemeinen Auskünften von der Auftraggeberin angegeben wurde, um 53,89 % und 70,22 % (Eigenberechnung des BVA). Es erfolgte die Prüfung der Angebote durch den Fachplaner, festgehalten in dem Bericht des Ateliers für Tages- und Kunstlichtplanung H***, Köln vom 9. Jänner 2007. Darin wurden bei einer Änderung der Ausschreibung und einer Änderung der Planung Einsparungsmöglichkeiten im siebenstelligen Bereich angegeben. Am 19. Februar 2007 fand eine Strategiebesprechung zur gegenständlichen Ausschreibung statt. Darin wurde wegen der Überschreitung des geschätzten Kostenrahmens, der Kostenberechnung und des Kostenansatzes, die weitere Vorgangsweise erörtert. Schließlich fixierte die Auftraggeberin den Widerruf des Vergabeverfahrens und eine Neuausschreibung in zwei Losen. Ziel der Neuausschreibung war ua, einen größeren Bieterkreis anzusprechen. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Bei einer neuen Ausschreibung soll der Ausschreibungsgegenstand geändert werden. Die Ausschreibung soll in zwei Losen erfolgen. Nach gegenwärtiger Planung bleiben 75% der Leuchtkörper gleich. Etwa 25% werden neu geplant. Bedingt ist dies durch fehlende Platzreserven in den Decken. In manchen Bereichen beträgt diese nur 15 cm, da Umplanungen der Sprinkleranlagen und der Brandrauchentlüftung den vorhandenen Platz einengen. Sowohl für die Haustechnik als auch für die Lichttechnik werden Fachplaner eingesetzt. Diese stehen mit der Architektur in Einklang. Ursprünglich wurde in der Decke zuerst die Lichttechnik geplant. Der verbleibende Raum sollte der Haustechnik zur Verfügung stehen. Jetzt wird die Haustechnik vorrangig berücksichtigt. Der Lichttechnik steht der verbleibende Raum zur Verfügung. Die Raumhöhe kann nicht mehr reduziert werden. Die Notwendigkeit der Änderung war im Vorhinein nicht bekannt. Die ersten Planungsschritte wurden durch die Architektur vorgenommen. Im Zuge der vertiefenden Planung wurden Fachplaner für Haustechnik und Licht befasst. Deren Ergebnisse hatten Einfluss auf die Architektur. Im Dezember 2006 wurde festgestellt, dass die Anforderungen der Haustechnik in den Planungen nicht zur Gänze umgesetzt waren. Daraufhin wurde das Team vor etwa drei Monaten diesbezüglich verstärkt. Bereits nach 14 Tagen traf die Haustechnik die Grundaussage, dass ihr zu wenig Platz zur Verfügung stehe. Eine neue Planung der Lichttechnik ist im Laufen. Es gibt noch etwa 14 Tage der Evaluierung. Dann wird eine neue Kostenschätzung möglich sein. Es ist denkbar, dass die geänderten Lichtkörper teurer werden. Ursprünglich bestand ein Rahmenterminplan. Aufgrund von Planungsänderungen erkannte die Auftraggeberin, dass ein neuer Terminplan zu verfassen sein werde. Der neue Rahmenterminplan wird etwa Ende Mai Anfang Juni 2007 feststehen. Diese Zeitangabe ist jedoch nur relativ grob und kann sich in den nächsten 14 Tagen ändern. Der Terminplan, der dem Vergabeakt beiliegt, war die Ersteinschätzung des neuen Teams im Jänner 2007. Der Gesamtfertigstellungstermin sollte ursprünglich 31. Dezember 2008 sein. Die neue Vorgabe ist 31. März 2009. Die Leistungserbringung des Hauptteils der Leistungen der gegenständlichen Ausschreibung wird sich um mindestens sechs Monate verzögern und hängt vom Rahmenterminplan ab. Derzeit wird die gesamte Projektdurchführung neu strukturiert. Auf der Baustelle herrscht relativer Stillstand. Derzeit sind noch nicht alle für den neuen Rahmenterminplan nötigen Parameter bekannt. Eine genauere Aussage kann noch nicht getroffen werden. (Aussagen von Hrn. F*** und Hrn. G*** in der mündlichen Verhandlung vom 28. März 2007)

Die Auftraggeberin teilte die Widerrufsentscheidung mittels Telefax vom 21. Februar 2007 mit. Darin führte sie aus:

"nach Einleitung des o.g. Vergabeverfahrens ergaben sich im Jänner 2007 aus Schnittstellen zu anderen Gewerken differenziertere und von der gegenständlichen Ankündigung wesentlich abweichende Terminvorgabe und Leistungszuordnungen. Aus anderen Gewerken heraus ergibt sich nunmehr eine Verzögerung der Übergabe der Gesamtleistung von 3 Monaten und eine Verschiebung des Schwerpunktes der Leistungserbringung des AP 032 von mehr als 6 Monaten. Darüber hinaus sind nun auch Anpassungen beim Leistungsumfang erforderlich.

Ferner ist die nach Angebotsabgabe verbleibende Anzahl von Angeboten wesentlich geringer als erwartet. Lediglich zwei Bieter haben ein formal zuschlagsfähiges Angebot abgegeben. Der in Betracht kommende Bewerberkreis war erheblich größer. Der Grundsatz des möglichst weitgehenden Vergabewettbewerbs erfordert daher eine Neuausschreibung.

Es liegt daher ein Grund zum Widerruf der Ausschreibung iSd § 278 BVergG vor. Es liegt daher ein Grund zum Widerruf der Ausschreibung iSd Paragraph 278, BVergG vor.

Wir erlauben uns Ihnen im Namen der Flughafen Wien AG mitzuteilen, dass beabsichtigt ist, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Die Stillhaltefrist für die Erklärung des Widerrufs nach § 279 BVergG 2006 endet 14 Tage nach Übermittlung dieser Widerrufsentscheidung. Wir erlauben uns Ihnen im Namen der Flughafen Wien AG mitzuteilen, dass beabsichtigt ist, das gegenständliche Vergabeverfahren zu widerrufen. Die Stillhaltefrist für die Erklärung des Widerrufs nach Paragraph 279, BVergG 2006 endet 14 Tage nach Übermittlung dieser Widerrufsentscheidung."

(Beilage zum Nachprüfungsantrag, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Der Zuschlag wurde noch nicht erteilt, der Widerruf noch nicht erklärt. (Auskünfte der Auftraggeberin, Unterlagen des Vergabeverfahrens)

Die Arbeiten sollten zwischen 2. April 2007 und 13. Juni 2008 erbracht werden. (Zeile 2611, Einlage D3 der Angebotsunterlagen, Beilage .4 der Stellungnahme der Auftraggeberin)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 10.000. (gegenständlicher Verfahrensakt)

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig, zweifels- und widerspruchsfrei aus den genannten Beweismitteln, die insbesondere zum Vorbringen der Antragstellerin nicht in Widerspruch stehende Angaben der Auftraggeberin, öffentliche Verzeichnisse und die Originalunterlagen des Vergabeverfahrens sind. Die zitierten Aussagen von Hrn. F*** und Hrn. G*** blieben in der mündlichen Verhandlung unwidersprochen.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes und Zulässigkeit des Antrages

Die Auftraggeberin ist die Flughafen Wien AG. Ihr Geschäftsgegenstand ist der Betrieb des Flughafens Wien. Das gegenständliche Vorhaben ist die Erweiterung eines Piers. Dies dient der Tätigkeit eines Flughafens. Die Flughafen Wien AG ist daher Sektorenauftraggeberin nach § 163 iVm § 172 BVergG. Das Bundesvergabeamt ist daher zuständig (ständige Rechtsprechung zB BVA 22.2.2006, 16N-133/05-55, BVA 22. 5. 2006, N/0024-BVA/16/2006-038). Die Auftraggeberin ist die Flughafen Wien AG. Ihr Geschäftsgegenstand ist der Betrieb des Flughafens Wien. Das gegenständliche Vorhaben ist die Erweiterung eines Piers. Dies dient der Tätigkeit eines Flughafens. Die Flughafen Wien AG ist daher Sektorenauftraggeberin nach Paragraph 163, in Verbindung mit Paragraph 172, BVergG. Das Bundesvergabeamt ist daher zuständig (ständige Rechtsprechung zB BVA 22.2.2006, 16N-133/05-55, BVA 22. 5. 2006, N/0024-BVA/16/2006-038).

Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs 1 Z 2 BVergG idF BGBl II 56/2005, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Bauauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 56 aus 2005,, sodass ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit a B-VG ist sohin gegeben. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollenwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesvergabeamtes zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera a, B-VG ist sohin gegeben.

Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 8. März 2007, OZ 009, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß § 312 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig. Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin vom 8. März 2007, OZ 009, das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesvergabeamt damit in concreto gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Antrag enthält die Erfordernisse des § 322 Abs 1 BVergG. Er wurde fristgerecht eingebracht. Ein Unzulässigkeitsgrund nach § 322 Abs 2 BVergG liegt nicht vor. Schließlich ist festzuhalten, dass der Antragstellerin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, BVergG nicht offensichtlich fehlen. Der Antrag enthält die Erfordernisse des Paragraph 322, Absatz eins, BVergG. Er wurde fristgerecht eingebracht. Ein Unzulässigkeitsgrund nach Paragraph 322, Absatz 2, BVergG liegt nicht vor.

3.2 Inhaltliche Beurteilung des Antrages

Die Antragstellerin behauptet die Unzulässigkeit des Widerrufs, da keine sachlichen Gründe vorlägen. Sie begründet das im Wesentlichen damit, dass bereits zwei gültige Angebote einen ausreichenden Wettbewerb ermöglichten und die Leistungs- und Terminänderungen im Rahmen des Verhandlungsverfahrens berücksichtigt werden könnten. Der Widerruf ließe sich unter keinen der Gründe des § 139 BVergG subsumieren. Der Widerruf müsse das geringste Mittel

darstellen. Ihm müsse eine Interessensabwägung vorangehen. Die Antragstellerin behauptet die Unzulässigkeit des Widerrufs, da keine sachlichen Gründe vorlägen. Sie begründet das im Wesentlichen damit, dass bereits zwei gültige Angebote einen ausreichenden Wettbewerb ermöglichten und die Leistungs- und Terminänderungen im Rahmen des Verhandlungsverfahrens berücksichtigt werden könnten. Der Widerruf ließe sich unter keinen der Gründe des Paragraph 139, BVergG subsumieren. Der Widerruf müsse das geringste Mittel darstellen. Ihm müsse eine Interessensabwägung vorangehen.

Die Auftraggeberin führte im Wesentlichen aus, dass ein Widerruf im Sektorenbereich lediglich sachlich gerechtfertigt sein müsse. Nach der Rechtsprechung des EuGH und des VfGH stehe dem Auftraggeber ein weiter Ermessensspielraum zu, dessen Grenze die Willkürlichkeit der Entscheidung sei. Durch eine Aufteilung des Auftrages in zwei Lose könne ein weiterer Bieterkreis angesprochen werden. Dadurch seien mehr Angebote zu erwarten und der Wettbewerb werde gestärkt. Es seien auch Angebote aus den Bereichen der Metallbauer und der Elektrotechniker zu erwarten. Der planmäßige Beginn der Montgearbeiten habe sich im Abschnitt "Pier" um etwa sieben Monate, im Abschnitt "Terminal" um etwa zehn Monate verschoben. Es eröffne sich die Möglichkeit, potentiellen Bietern längere Vorbereitungszeit einzuräumen. Die Schnittstellen zu anderen Professionisten haben sich geändert. Die Angebotsunterlagen werden sich wesentlich ändern.

Die Auftraggeberin brachte vor, dass sie bei einer neuen Ausschreibung kompetitivere Angebote erwarte. Die Kostenschätzungen seien überschritten worden. Dass dies zumindest auch ein Anlass, den Widerruf zu erwägen, war, ergibt sich aus dem Protokoll über die Besprechung vom 19. Februar 2007.

Nach § 278 BVergG kann der Sektorenauftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen. Nach Paragraph 278, BVergG kann der Sektorenauftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

Nach § 279 Abs 1 BVergG hat der Sektorenauftraggeber unverzüglich und nachweislich allen am Vergabeverfahren teilnehmenden und ihm bekannten Unternehmen mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Die Mitteilung der Widerrufsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Widerrufsentscheidung brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind den Unternehmen das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Abs. 3 oder 4 sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu machen. Nach Paragraph 279, Absatz eins, BVergG hat der Sektorenauftraggeber unverzüglich und nachweislich allen am Vergabeverfahren teilnehmenden und ihm bekannten Unternehmen mitzuteilen, dass er beabsichtigt, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Die Mitteilung der Widerrufsentscheidung hat elektronisch oder mittels Telefax zu erfolgen. Sofern eine nachweisliche Übermittlung elektronisch oder mittels Telefax nicht möglich ist, ist die Mitteilung der Widerrufsentscheidung brieflich zu übermitteln. In dieser Mitteilung sind den Unternehmen das jeweilige Ende der Stillhaltefrist gemäß Absatz 3, oder 4 sowie die Gründe für den beabsichtigten Widerruf bekannt zu machen.

Nach § 139 Abs 1 BVergG ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist zu widerrufen, wenn Nach Paragraph 139, Absatz eins, BVergG ist ein Vergabeverfahren nach Ablauf der Angebotsfrist 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.

Nach § 139 Abs 2 BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn Nach Paragraph 139, Absatz 2, BVergG kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn

1. 1.Ziffer eins

nur ein Angebot eingelangt ist, oder

2. 2.Ziffer 2

nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß § 129 BVergG nur ein Angebot bleibt, oder nach dem Ausscheiden von Angeboten gemäß Paragraph 129, BVergG nur ein Angebot bleibt, oder

3. 3.Ziffer 3

dafür sachliche Gründe bestehen.

Grundsätzlich ist zu berücksichtigen, dass Auftraggeber im Sektorenbereich einem weniger strengen Regime als solche im öffentlichen Bereich unterliegen (Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht² [2005], 33).

Die Regierungsvorlage (1171 BlgNR 22 GP 125) führt zu § 278 BVergG aus: "Anders als in den Regelungen der §§ 138 und 139 für öffentliche Auftraggeber wird für Sektorenauftraggeber lediglich bestimmt, dass diese eine Ausschreibung aus sachlichen Gründen widerrufen können. Zur Beurteilung, wann ein derartiger sachlicher Grund vorliegt, wird auf die Tatbestände der §§ 138f und die Erläuterungen dazu verwiesen." Die Regierungsvorlage (1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 125) führt zu Paragraph 278, BVergG aus: "Anders als in den Regelungen der Paragraphen 138 und 139 für öffentliche Auftraggeber wird für Sektorenauftraggeber lediglich bestimmt, dass diese eine Ausschreibung aus sachlichen Gründen widerrufen können. Zur Beurteilung, wann ein derartiger sachlicher Grund vorliegt, wird auf die Tatbestände der Paragraphen 138 f und die Erläuterungen dazu verwiesen."

Fraglich ist nun, ob dadurch zur Auffüllung des unbestimmten Begriffs der sachlichen Gründe für den Widerruf die §§ 138f BVergG quasi durch die Hintertür im Sektorenbereich anwendbar gemacht werden sollen. Sie sind nach den Materialien sinngemäß anzuwenden. Fraglich ist nun, ob dadurch zur Auffüllung des unbestimmten Begriffs der sachlichen Gründe für den Widerruf die Paragraphen 138 f, BVergG quasi durch die Hintertür im Sektorenbereich anwendbar gemacht werden sollen. Sie sind nach den Materialien sinngemäß anzuwenden.

Die Regierungsvorlage (1171 BlgNR 22 GP 89) führen zu §§ 138f BVergG aus: "§ 138 Abs. 1 regelt jenen Fall, in dem widerrufen werden muss. Abs. 2 enthält jene Fälle, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann. Die Regierungsvorlage (1171 BlgNR 22 Gesetzgebungsperiode 89) führen zu Paragraphen 138 f, BVergG aus: "§ 138 Absatz eins, regelt jenen Fall, in dem widerrufen werden muss. Absatz 2, enthält jene Fälle, in denen der Auftraggeber ein Vergabeverfahren widerrufen werden kann.

Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs. 1 fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte. Absatz eins, umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Absatz eins, fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte.

Ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Abs. 2 erstreckt sich auf jene Konstellationen, in denen nachträglich (d.h. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Im Hinblick auf die einschlägige ständige Judikatur des EuGH (Rs C-27/98, C-92/00 und C-244/02) ist darauf hinzuweisen, dass an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. (Der EuGH in der Rs C-244/02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien "nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass

schwerwiegende Gründe angeführt würden." Weiters hat der EuGH ausgeführt, ... "dass ein Auftraggeber, der beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bieterinnen zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen.") Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa auf Grund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (zB unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem Auftraggeber möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen. In jenen Fällen in denen die Mitteilung über die Widerrufsentscheidung (uU kurz) vor Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist erfolgte und im darauf folgenden Nachprüfungsverfahren die Widerrufsentscheidung für nichtig erklärt wurde, kann ein (nochmaliger) Widerruf sachlich gerechtfertigt sein, wenn aufgrund der Widerrufsentscheidung Unternehmer es unterlassen haben, Angebote zu legen bzw. auszuarbeiten oder Unternehmer keine Teilnahmeanträge eingereicht haben (zur Vermeidung von aus ihrer Sicht frustrierten Aufwendungen) und der Auftraggeber deshalb eine zu geringen bzw. eingeschränkten wirtschaftlichen Wettbewerb befürchtet. Ein Widerruf des Vergabeverfahrens ist nunmehr in jedem Fall zulässig, wenn sachliche Gründe dies rechtfertigen. Absatz 2, erstreckt sich auf jene Konstellationen, in denen nachträglich (d.h. nach der Ausschreibung) sonstige wesentliche Änderungen von für das Vergabeverfahren relevanten Umständen vorliegen. Im Hinblick auf die einschlägige ständige Judikatur des EuGH (Rs C-27/98, C-92/00 und C-244/02) ist darauf hinzuweisen, dass an die Bestimmung kein strenger Maßstab anzulegen ist, denn nach dem EuGH ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. (Der EuGH in der Rs C-244/02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien "nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden." Weiters hat der EuGH ausgeführt, ... "dass ein Auftraggeber, der beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bieterinnen zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen.") Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa auf Grund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (zB unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem Auftraggeber möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen. In jenen Fällen in denen die Mitteilung über die Widerrufsentscheidung (uU kurz) vor Ablauf der Bewerbungs- oder Angebotsfrist erfolgte und im darauf folgenden Nachprüfungsverfahren die Widerrufsentscheidung für nichtig erklärt wurde, kann ein (nochmaliger) Widerruf sachlich gerechtfertigt sein, wenn aufgrund der Widerrufsentscheidung Unternehmer es unterlassen haben, Angebote zu legen bzw. auszuarbeiten oder Unternehmer keine Teilnahmeanträge eingereicht haben (zur Vermeidung von aus ihrer Sicht frustrierten Aufwendungen) und der Auftraggeber deshalb eine zu geringen bzw. eingeschränkten wirtschaftlichen Wettbewerb befürchtet.

Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter "vergebliche" Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gründe gemäß Abs. 1 und 2 auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl. dazu auch die Fallkonstellation im Verfahren C-244/02). In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach

den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig. Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter "vergebliche" Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens an bestimmte - wenn auch nicht allzu strenge - Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gründe gemäß Absatz eins und 2 auch dann vorliegen können, wenn diese durch den Auftraggeber selbst schuldhaft (zB grob fahrlässig) verursacht wurden vergleiche dazu auch die Fallkonstellation im Verfahren C-244/02). In diesem Fall ist der Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig.

Zu den Widerrufstatbeständen des § 139 Abs. 1 Z 1 und 2 sowie des Abs. 2 Z 3 siehe die Erläuterungen zu § 138 Zu den Widerrufstatbeständen des Paragraph 139, Absatz eins, Ziffer eins und 2 sowie des Absatz 2, Ziffer 3, siehe die Erläuterungen zu Paragraph 138,

Der ex-lege-Widerruf ("gilt als widerrufen") des bisherigen § 105 Abs. 3 BVergG 2002 wird nicht übernommen; wenn kein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden verbleibt, ist das Verfahren zu widerrufen (diese Neuerung ermöglicht es, dass bei der Nachprüfung des Widerrufs jedenfalls an eine Entscheidung des Auftraggebers angeknüpft werden kann.) "Der ex-lege-Widerruf ("gilt als widerrufen") des bisherigen Paragraph 105, Absatz 3, BVergG 2002 wird nicht übernommen; wenn kein Angebot eingelangt ist oder nach dem Ausscheiden verbleibt, ist das Verfahren zu widerrufen (diese Neuerung ermöglicht es, dass bei der Nachprüfung des Widerrufs jedenfalls an eine Entscheidung des Auftraggebers angeknüpft werden kann.)"

Auf Ebene der Richtlinien bestehen außer Art. 49 Abs. 1 Sektorenrichtlinie keine Regelungen für den Widerruf (Fruhmann, Bekämpfbarkeit des Widerrufs einer Ausschreibung Anmerkungen zu Hospital Ingenieure gegen Stadt Wien, EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00, ZVB 2002/87). Art. 49 Abs. 1 Sektorenrichtlinie verpflichtet den Auftraggeber, die Bieter über die Gründe des Widerrufs zu informieren. Dies entspricht der Rechtslage nach der alten Sektorenrichtlinie und den Richtlinien im klassischen Bereich. Die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH ist weiter anwendbar. Der Verzicht auf die Vergabe des Auftrages ist keineswegs auf Ausnahmefälle oder das Vorliegen schwerwiegender Gründe beschränkt (EuGH 16. 9. 1999, Rs C-27/98, Metalmeccanica Fracasso, Slg 1999, Auf Ebene der Richtlinien bestehen außer Artikel 49, Absatz eins, Sektorenrichtlinie keine Regelungen für den Widerruf (Fruhmann, Bekämpfbarkeit des Widerrufs einer Ausschreibung Anmerkungen zu Hospital Ingenieure gegen Stadt Wien, EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00, ZVB 2002/87). Artikel 49, Absatz eins, Sektorenrichtlinie verpflichtet den Auftraggeber, die Bieter über die Gründe des Widerrufs zu informieren. Dies entspricht der Rechtslage nach der alten Sektorenrichtlinie und den Richtlinien im klassischen Bereich. Die dazu ergangene Rechtsprechung des EuGH ist weiter anwendbar. Der Verzicht auf die Vergabe des Auftrages ist keineswegs auf Ausnahmefälle oder das Vorliegen schwerwiegender Gründe beschränkt (EuGH 16. 9. 1999, Rs C-27/98, Metalmeccanica Fracasso, Slg 1999,

I-5697, Rn 23, bbl 1999/274 = BVergSlg 33.4 = NetV 2001, 62 = ÖZW

2002, 118 (Killmann) = RPA 2002, 178 (Pock) = wbl 1999/314 = ZER

2000/188; EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure, Slg 2002, I-5553, Rn 40, bbl 2002/143 (Gutknecht) = ÖZW 2002, 118 (Killmann) = RdW 2002/461 (Öhler) = wbl 2002/296 = ZER 2002/194 = ZVB 2002/92; EuGH 16. 10. 2003, Rs C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy, Slg 2003, I-12139, Rn 29). Darin betont der EuGH die Freiheit des Auftraggebers, ein Vergabeverfahren zu widerrufen (Killmann, Der Widerruf im Vergaberecht Anmerkungen zum Urteil des EuGH vom 16. 9. 1999, C-27/98, Metalmeccanica Fracasso S.p.A. und Leitschutz Handels- und Montage GmbH gegen Amt der Salzburger Landesregierung, ÖZW 2001, 7). An die Gründe für den Widerruf soll kein zu strenger Maßstab angelegt werden. Im Rahmen seines Ermessens kann der Auftraggeber über den Widerruf disponieren. Die Zulässigkeit des Widerrufs ist an den fundamentalen Regeln des Gemeinschaftsrechts zu messen, insbesondere den Grundsätzen des EG-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit (EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure, Slg 2002, I-5553, Rn 42). Diese Grundsätze sind im vorliegenden Fall nicht berührt. Weiters ist die im Grundsatz der Gleichbehandlung enthaltene Verpflichtung zur Transparenz zu beachten (EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00, Hospital Ingenieure, Slg 2002, I-5553, Rn 45). Diesem ist durch die Mitteilung der Widerrufsentscheidung unter Bekanntgabe der Gründe für den Widerruf hinlänglich Rechnung getragen.

Anders als im BVergG 2002 unterscheiden sich im BVergG 2006 die Regelungen für den Widerruf im Sektorenbereich

von jenen im Bereich der öffentlichen Auftraggeber. § 105 BVergG 2002 setzte schwerwiegende Gründe zur sachlichen Rechtfertigung voraus. Es bestand das Verbot, das Vergabeverfahren lediglich aus dem Grund zu widerrufen, um niedrigere Angebotspreise zu erhalten. In diesem Fall war der Widerruf sachlich nicht gerechtfertigt. Gegenüber dieser Rechtslage - wie die Materialien ausführen - trat durch das BVergG 2006 eine Änderung in Richtung der Mindestanforderungen der Rechtsprechung des EuGH ein. §§ 19 Abs 4 und 187 Abs 4 BVergG betonen, dass ein Auftraggeber oder ein Sektorenauftraggeber nicht verpflichtet ist, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden (Schwartz, Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214). § 139 Abs 2 Z 3 BVergG - offenbar der Auffangtatbestand der Widerrufsgründe im Bereich der öffentlichen Auftraggeber - lässt einen sachlichen Grund genügen. Nach § 279 BVergG ist ebenfalls lediglich das Vorliegen eines sachlichen Grundes beim Widerruf durch Sektorenauftraggeber gefordert. Diese Entscheidung steht im Ermessen des Auftraggebers, wie sich aus dem Wort "kann" ergibt. Die Materialien verweisen zum Verständnis des sachlichen Grundes für den Widerruf auf die Widerrufsgründe des "klassischen" Bereichs. Dies bedeutet, dass die Widerrufsgründe für öffentliche Auftraggeber im Sektorenbereich sinngemäß, angepasst an die Systematik der Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, anzuwenden sind. Zu berücksichtigen ist dabei auch die größere Freiheit von Sektorenauftraggebern bei der Führung von Vergabeverfahren. Diese Gründe sind als demonstrative, keinesfalls jedoch als taxative Aufzählung anzusehen. Sie vermögen jene Gründe aufzuzählen, aus denen ein Widerruf der Ausschreibung auch im Sektorenbereich jedenfalls sachlich gerechtfertigt ist. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass § 139 Abs 2 Z 3 BVergG § 279 BVergG entspricht. Dadurch bringt der Verweis der Materialien auf die Widerrufsgründe der §§ 138 f BVergG keine zusätzliche Erhellung der Sachlichkeit der Gründe, als sie den gleichen Widerrufsgrund des Vorliegens sachlicher Gründe enthalten. Auch sieht das BVergG im Sektorenbereich keine zwingenden, sondern nur im Ermessen des Auftraggebers liegende Widerrufsgründe vor. Dadurch räumt der Gesetzgeber dem Sektorenauftraggeber einen größeren Ermessensspielraum als einem öffentlichen Auftraggeber ein. Anders als im BVergG 2002 unterscheiden sich im BVergG 2006 die Regelungen für den Widerruf im Sektorenbereich von jenen im Bereich der öffentlichen Auftraggeber. Paragraph 105, BVergG 2002 setzte schwerwiegende Gründe zur sachlichen Rechtfertigung voraus. Es bestand das Verbot, das Vergabeverfahren lediglich aus dem Grund zu widerrufen, um niedrigere Angebotspreise zu erhalten. In diesem Fall war der Widerruf sachlich nicht gerechtfertigt. Gegenüber dieser Rechtslage - wie die Materialien ausführen - trat durch das BVergG 2006 eine Änderung in Richtung der Mindestanforderungen der Rechtsprechung des EuGH ein. Paragraphen 19, Absatz 4 und 187 Absatz 4, BVergG betonen, dass ein Auftraggeber oder ein Sektorenauftraggeber nicht verpflichtet ist, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden (Schwartz, Die Neuerungen des BVergG 2006, RPA 2005, 214). Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG - offenbar der Auffangtatbestand der Widerrufsgründe im Bereich der öffentlichen Auftraggeber - lässt einen sachlichen Grund genügen. Nach Paragraph 279, BVergG ist ebenfalls lediglich das Vorliegen eines sachlichen Grundes beim Widerruf durch Sektorenauftraggeber gefordert. Diese Entscheidung steht im Ermessen des Auftraggebers, wie sich aus dem Wort "kann" ergibt. Die Materialien verweisen zum Verständnis des sachlichen Grundes für den Widerruf auf die Widerrufsgründe des "klassischen" Bereichs. Dies bedeutet, dass die Widerrufsgründe für öffentliche Auftraggeber im Sektorenbereich sinngemäß, angepasst an die Systematik der Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, anzuwenden sind. Zu berücksichtigen ist dabei auch die größere Freiheit von Sektorenauftraggebern bei der Führung von Vergabeverfahren. Diese Gründe sind als demonstrative, keinesfalls jedoch als taxative Aufzählung anzusehen. Sie vermögen jene Gründe aufzuzählen, aus denen ein Widerruf der Ausschreibung auch im Sektorenbereich jedenfalls sachlich gerechtfertigt ist. Schließlich ist darauf zu verweisen, dass Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG Paragraph 279, BVergG entspricht. Dadurch bringt der Verweis der Materialien auf die Widerrufsgründe der Paragraphen 138, f BVergG keine zusätzliche Erhellung der Sachlichkeit der Gründe, als sie den gleichen Widerrufsgrund des Vorliegens sachlicher Gründe enthalten. Auch sieht das BVergG im Sektorenbereich keine zwingenden, sondern nur im Ermessen des Auftraggebers liegende Widerrufsgründe vor. Dadurch räumt der Gesetzgeber dem Sektorenauftraggeber einen größeren Ermessensspielraum als einem öffentlichen Auftraggeber ein.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass ein Widerruf im Sektorenbereich jedenfalls dann zulässig ist, wenn sachliche Gründe bestehen, die einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens entgegenstehen. Ob es dabei auch andere Handlungsalternativen gibt, ist nicht von Bedeutung. Es spielt keine Rolle, ob der

Widerrufsgrund auf einen Fehler oder ein Verschulden des Auftraggebers zurückzuführen ist. Die Frage, ob ein den Widerruf der Ausschreibung rechtfertigender Grund vorliegt, ist einzig nach objektiven Gründen zu lösen (OGH 17. 12. 2001, 1 Ob 284/01y, JBl 2002, 385 = RdW 2002/533 = RPA 2002, 111 (Pock); OGH 29. 4. 2004, 6 Ob 177/03b, bbl 2002/65 = ecolex 2002/133 = RdW 2004/704 = ZVB 2004/94 (Öhler) = ZVB-LSK 2004/89 = ZVB-LSK 2004/90 = ZVB-LSK 2004/91 = ZVB-LSK 2004/92; Elsner/Keisler, Zulässigkeit und Haftungsfolgen des Widerrufs, ZVB 2002/60; Sturm, Ausschreibungswiderruf und Schadenersatz nach dem Bundesvergabegesetz, RPA 2004, 6). Hinsichtlich verschiedener Anwendungsfälle ist auf die in den Materialien genannten Beispiele zu verweisen, wie sie oben wiedergegeben wurden.

Dies gilt auch in Verhandlungsverfahren, wenn Verhandlungen über den gesamten Auftragsgegenstand möglich sind und sie insbesondere nach den Ausschreibungsunterlagen auch technische Eigenschaften der zu erbringenden Leistungen und Zeit umfassen. Zwar ist der Spielraum vorhanden, Änderungen der zu erbringenden Leistung oder des Ausführungszeitraums im abzuschließenden Vertrag zu berücksichtigen. Jedoch endet er dort, wo er das Wesen der ausgeschriebenen Leistung ändert oder durch die verhandelten Änderungen, wären sie schon ursprünglich veröffentlicht worden, ein anderer Bieterkreis angesprochen worden wäre.

Das Vorliegen eines Widerrufsgrundes ist unabhängig vom Verschulden zu beurteilen. Er muss objektiv vorliegen. Subjektive Komponenten spielen dabei keine Rolle. Interessen verkörpern jedoch subjektive Aspekte. Für die Abwägung von Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegen Interessen am Widerruf bleibt kein Raum. Auch der Gleichheitssatz gebietet nur die Verpflichtung des Auftraggebers, alle Bieter gleich zu behandeln. Daraus folgen verschiedene Verpflichtungen wie das Transparenzgebot oder die Bindung aller am Vergabeverfahren Beteiligten an die Festlegungen der Ausschreibungsunterlagen. Die Berücksichtigung von Interessen ist daraus jedoch nicht abzuleiten. Die Sachlichkeit muss ihren Grund in den Möglichkeiten, das Vergabeverfahren zielführend im Rahmen der dem Auftraggeber zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zu Ende zu führen, haben (Killmann, Glosse zu EuGH 18. 6. 2002, Rs C-92/00, ÖZW 2002, 118). Dem Gesetz oder der Rechtsprechung lässt sich keine Einschränkung der Zulässigkeit des Widerrufs auf jene Fälle entnehmen, in denen er das geringste Mittel darstellt. Auch der Ausdruck "schwerwiegende Gründe" in den Vorgängergesetzen brachte lediglich zum Ausdruck, dass der Widerruf nicht leichtfertig erklärt werden sollte, sondern nur dann, wenn bedeutende Gründe dafür sprechen. Abgesehen von den Fällen des zwingenden Widerrufs war auch daraus nicht abzuleiten, dass der Widerruf das geringste Mittel darstellen sollte.

In der bisherigen Rechtsprechung wurden zB Fehler in der Ausschreibung (EuGH 16. 10. 2003, Rs C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy), die Untauglichkeit der Zuschlagskriterien zur Ermittlung eines Bestbieters (VfGH 30. 11. 2004, B 1918/02, ZfVB 2005/833), die massive Überschreitung des geschätzten Auftragswertes durch die Angebote in einem offenen Verfahren (VwGH 26. 6. 2001, 2001/04/0106, VwSlg 15633 = ZfVB 2002/1575; UVS OÖ 13. 10. 2006, VwSen-550288, RPA 2006, 304 (Reisner)), die Änderung der Planungsgrundlagen (VwGH 29. 3. 2006, 2006/04/0019, bbl 2006/130) oder das Fehlen eines Mengengerüsts in der Ausschreibung (BVA 13. 4. 2006, N/0009- BVA/06/2006-38, RPA 2006, 166 (Reisner)) als den Widerruf rechtfertigende Gründe angesehen.

Die Auftraggeberin begründete die Widerrufserklärung im Wesentlichen mit dem Fehlen von Wettbewerb und Änderungen bei der Ausführung der Leistung sowohl in technischer als auch in zeitlicher Hinsicht. In den Stellungnahmen erwähnt sie auch ein Einsparungspotential durch eine Neuausschreibung.

Der EuGH hat in der Rs Metalmeccanica Fracasso den Widerruf zugelassen, wenn nur ein Angebot vorliegt, da dem Auftraggeber der Vergleich zwischen mehreren Angeboten unmöglich ist. § 139 Abs 2 Z 1 BVergG ermöglicht aus

diesem Grund den Widerruf, wenn nur ein Angebot vorliegt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind nach dem Ausscheiden zwei Angebote verblieben. Ein gewisser Vergleich zwischen Angeboten ist der Auftraggeberin möglich. Die Auftraggeberin spricht jedoch von einem Mangel an kompetitiven Angeboten. Den Begriff der kompetitiven Angebote erklärt die Auftraggeberin damit, dass es solche seien, die unter Wettbewerbsbedingungen erstellt worden seien. Festgestellt habe sie dies am Vergleich der Preise mit den Schätzungen. Verglichen worden seien die Preise und die Zusammensetzung der Bieter. In Betracht gezogen worden seien auch die Absageschreiben. Kompetitiv kann somit nur bedeuten, dass die abgegebenen Angebote zu teuer sind, sodass der Verhandlungsspielraum voraussichtlich nicht ausreichen wird, um Angebote zu erzielen, die der Kostenschätzung entsprechen. Ebenso ist erkennbar, dass die Auftraggeberin beabsichtigte, mit sieben Bietern Verhandlungen zu führen. Daraus ergibt sich, dass einerseits die Angebotspreise den Kostenrahmen überschritten. Andererseits beabsichtigte sie eine größere Zahl von Bietern in den Wettbewerb einzubeziehen. Dieser Widerrufsgrund findet seine Entsprechung in den in den Materialien genannten Beispielen für Widerrufsgründe (siehe zur Rechtfertigung als Widerrufsgrund auch Estermann/Marckhgott, Widerruf der Ausschreibung - Gründe und Rechtsschutz im Spiegel der Rechtsprechung, RPA 2003, 272). Der EuGH hat in der Rs Metalmeccanica Fracasso den Widerruf zugelassen, wenn nur ein Angebot vorliegt, da dem Auftraggeber der Vergleich zwischen mehreren Angeboten unmöglich ist. Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer eins, BVergG ermöglicht aus diesem Grund den Widerruf, wenn nur ein Angebot vorliegt. Im gegenständlichen Vergabeverfahren sind nach dem Ausscheiden zwei Angebote verblieben. Ein gewisser Vergleich zwischen Angeboten ist der Auftraggeberin möglich. Die Auftraggeberin spricht jedoch von einem Mangel an kompetitiven Angeboten. Den Begriff der kompetitiven Angebote erklärt die Auftraggeberin damit, dass es solche seien, die unter Wettbewerbsbedingungen erstellt worden seien. Festgestellt habe sie dies am Vergleich der Preise mit den Schätzungen. Verglichen worden seien die Preise und die Zusammensetzung der Bieter. In Betracht gezogen worden seien auch die Absageschreiben. Kompetitiv kann somit nur bedeuten, dass die abgegebenen Angebote zu teuer sind, sodass der Verhandlungsspielraum voraussichtlich nicht ausreichen wird, um Angebote zu erzielen, die der Kostenschätzung entsprechen. Ebenso ist erkennbar, dass die Auftraggeberin beabsichtigte, mit sieben Bietern Verhandlungen zu führen. Daraus ergibt sich, dass einerseits die Angebotspreise den Kostenrahmen überschritten. Andererseits beabsichtigte sie eine größere Zahl von Bietern in den Wettbewerb einzubeziehen. Dieser Widerrufsgrund findet seine Entsprechung in den in den Materialien genannten Beispielen für Widerrufsgründe (siehe zur Rechtfertigung als Widerrufsgrund auch Estermann/Marckhgott, Widerruf der Ausschreibung - Gründe und Rechtsschutz im Spiegel der Rechtsprechung, RPA 2003, 272).

Auch nach der Rechtsprechung zum geltenden BVergG (UVS OÖ 13. 10. 2006, VwSen-550288) rechtfertigt auch die massive Überschreitung des geschätzten Auftragswertes verbunden mit einem Einsparungspotential bei einer Aufteilung in Lose und einer Neuausschreibung den Widerruf der Ausschreibung.

Die Auftraggeberin macht Änderungen der Ausschreibung durch Umplanungen von 25 % der Beleuchtungskörper und massive Änderungen des Terminplanes zur Montage dieser geltend. Nur bis Ende der Zuschlagsfrist ist eine Zuschlagserteilung ohne weitere Zustimmung der Bieter möglich. Eine nur - freiwillige - Zustimmung zur Verlängerung der Zuschlagsfrist durch die Bieter kann nicht vorausgesetzt werden. Die Bindung der Bieter an ihre Angebote endet am 21. Mai 2007. Insofern ist der von der Auftraggeberin vorgebrachte Zeitpunkt für eine letztmalige Berücksichtigung der Terminänderungen, der 24. März 2007 nachvollziehbar. Auch wenn die Auftraggeberin dabei übersieht, dass der Fortlauf der Zuschlagsfrist durch das Nachprüfungsverfahren gehemmt ist, ergibt sich eine notwendige Berücksichtigung der Änderung des Zeitplanes spätestens in der ersten Maihälfte. Zu diesem Zeitpunkt werden jedoch nach den Ausführungen der Auftraggeberin keine Zeitpläne fertig gestellt sein, da das gesamte Projekt neu strukturiert wird. Der endgültige Terminplan ist derzeit noch nicht absehbar. Aus den vorgelegten Entwürfen für Terminpläne ergeben sich jedoch - wie im Sachverhalt festgestellt - massive Verschiebungen der Ausführungszeiten um mehr als sechs Monate. Da die Änderungen des Terminplans derzeit noch nicht absehbar sind, können sie auch im Zuge von Verhandlungen nicht berücksichtigt werden. Die Festlegung eines konkreten Terminplanes als Grundlage der letztverbindlichen Angebote ist daher innerhalb der für Verhandlungen zur Verfügung stehenden Zeit nicht möglich. Dass Ausführungszeitpunkte, Ausführungszeiträume, Koordination mit anderen Gewerken und verfügbare Vorbereitungszeiten einen Einfluss auf den Angebotspreis haben, bedarf keiner weiteren Erörterung. Ebenso bedarf es keiner Erörterung, dass diese Punkte vertraglich fixiert werden müssen, um die Modalität der Leistungserbringung angesichts des beträchtlichen Auftragsvolumens und der Notwendigkeit der Koordination mit anderen Gewerken festzulegen. Da dies jedoch zum derzeitigen Stand der Projektdurchführung nicht möglich ist, scheint der Abschluss eines Vertrags wenig sinnvoll, wenn nicht gar unmöglich, da nicht alle notwendigen Inhalte des Vertrages fixiert werden

können. An dieser Überlegung vermag auch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens nichts zu ändern. Am Ende eines Verhandlungsverfahrens steht schließlich ungeachtet der Dispositionsmöglichkeiten über den Inhalt des Vertrags der Abschluss eines Vertrags, der notwendigerweise auch Bestimmungen über Ausführungszeiträume enthalten muss. Wenn diese nicht bekannt sind, kann auch nicht darüber verhandelt werden. Schließlich ist zu bedenken, dass nach der Ausschreibung die Bindungsfrist der Angebote zu einem Zeitpunkt endet, zu dem ein sinnvoller Abschluss des Vertrags nicht möglich ist. Schließlich wäre es bei Abschluss des Vertrags innerhalb der Zuschlagsfrist dem Auftragnehmer nach Punkt 5.38.3 in Einlage C1 der Ausschreibungsunterlagen möglich, wegen der zu erwartenden Verzögerungen, sofern sie nicht bereits vertraglich berücksichtigt sind, den Rücktritt vom Vertrag zu erklären. Allerdings ist dagegen einzuwenden, dass der Zeitplan entsprechend den Ausschreibungsunterlagen bereits jetzt nicht mehr dem wahren Willen der Vertragsparteien entsprechen kann.

Gleiches gilt für technische Änderungen und Umplanungen. Dass diese notwendigen Inhalt des abzuschließenden Vertrags darstellen, bedarf keiner weiteren Erörterung. Grundsätzlich können technische Änderungen in einem Verhandlungsverfahren berücksichtigt werden. Allerdings setzt das voraus, dass die technischen Änderungen gegenüber der Ausschreibung bekannt sind. Derzeit befindet sich die lichttechnische Anlage im Stadium der Umplanung. Davon sind zwar nur 25 % der Beleuchtungskörper betroffen, sodass wohl keine gänzliche Änderung vorliegt, allerdings setzt die Berücksichtigung in den Verhandlungen voraus, dass sie bekannt sind. Derzeit sind sie jedoch noch nicht fixiert. Unter Berücksichtigung der obigen Überlegungen zur Angebotsbindung hat die Auftraggeberin derzeit keine Möglichkeit, diese im Rahmen der Aufforderung zur Legung des LAFO einzubeziehen. Eine zielführende Beendigung des Vergabeverfahrens ist daher nicht möglich.

Unter Berücksichtigung der relativen Freiheit des Sektorenauftraggebers, das Vergabeverfahren zu widerrufen, wenn eine zielführende Fortsetzung und Beendigung des Vergabeverfahrens nicht möglich ist, stellen die obigen Gründe sachliche Gründe für den Widerruf dar.

3.3 Ersatz der Pauschalgebühr

Mit Bescheid vom 9. März 2007, N/0018-BVA/10/2007-EV011, erließ das Bundesvergabeamt die beantragte einstweilige Verfügung.

Mit dem vorliegenden Bescheid weist das Bundesvergabeamt den Antrag ab.

Gemäß § 319 Abs 1 BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Gemäß Paragraph 319, Absatz eins, BVergG hat der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Gemäß § 319 Abs 2 besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn Gemäß Paragraph 319, Absatz 2, besteht ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung nur dann, wenn

1. 1.Ziffer eins
dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. 2.Ziffer 2
dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

Gemäß § 319 Abs 3 BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt Gemäß Paragraph 319, Absatz 3, BVergG entscheidet über den Gebührenersatz das Bundesvergabeamt.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000 für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt. Ungeachtet der Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht ein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren nur, wenn

das Bundesvergabeamt dem Nachprüfungsantrag stattgibt. Wie bereits festgehalten, war diesem kein Erfolg beschieden. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht daher nicht.

Die Antragstellerin hat die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 5.000 für den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde zusammen mit dem Nachprüfungsantrag, damit rechtzeitig gestellt. Das Bundesvergabeamt gab dem verfahrenseinleitenden Antrag jedoch nicht statt. Auch erfolgte im Zuge des Nachprüfungsverfahrens keine Klaglosstellung. Es besteht daher kein Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren.

Dokumentnummer

VERGT_20070403_N_0018_BVA_10_2007_029_00

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