

TE Bvwg Erkenntnis 2016/3/1 W134 2120758-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 01.03.2016

Entscheidungsdatum

01.03.2016

Norm

BVergG 2006 §139 Abs2 Z3

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

1. BVergG 2006 § 139 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013

3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012

3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007

5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007

6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007

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

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

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

Spruch

W134 2120758-2/16E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A22 Kaisermühlentunnel E&M Sanierungspaket 02/Hauptbauleistungen E&M", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 08.02.2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 01.03.2016 zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite in dem Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "A22 Kaisermühlentunnel E&M Sanierungspaket 02/Hauptbauleistungen E&M", der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft, Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, aufgrund des Antrages der römisch 40, vertreten durch römisch 40, vom 08.02.2016 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 01.03.2016 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "auf Nichtigerklärung der mit Schreiben vom 28.01.2016 mitgeteilten Widerrufsentscheidung" wird gemäß § 312 BVergG abgewiesen. römisch eins. Der Antrag "auf Nichtigerklärung der mit Schreiben vom 28.01.2016 mitgeteilten Widerrufsentscheidung" wird gemäß Paragraph 312, BVergG abgewiesen.

II. Der Antrag "auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Antrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gemäß § 319 BVergG abgewiesen. römisch zwei. Der Antrag "auf Ersatz der von uns für den vorliegenden Antrag entrichteten Pauschalgebühren durch den Ausspruch, dass die Auftraggeberin schuldig ist, die von uns entrichteten Pauschalgebühren in der gesetzlichen Höhe binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen" wird gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 08.02.2016, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigkeitsklärung der Widerrufsentscheidung vom 28.01.2016, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht, die Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin führe ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages mit der Bezeichnung "A22 Kaisermühltunnel E&M Sanierungspaket 02/Hauptbauleistungen E&M". Die Antragstellerin habe das günstigste und zugleich beste Angebot gelegt. Die Auftraggeberin habe in weiterer Folge ein aufwändiges Aufklärungsverfahren durchgeführt. Mit Schreiben vom 28.01.2016, bekannt gemacht über die elektronische Vergabepattform der Auftraggeberin am 29.01.2016 sei der Antragstellerin die angefochtene Widerrufsentscheidung mitgeteilt worden. Diese Widerrufsentscheidung sei im Wesentlichen mit einer erheblichen Überschreitung der Kostenschätzung begründet worden. Diese Widerrufsentscheidung sei rechtswidrig, weil die erstmals anlässlich der Angebotsöffnung bekannt gemachte Auftragswertschätzung nicht sachkundig vorgenommen worden und jedenfalls unrichtig sei. Sämtliche angebotenen Preise würden in einer Bandbreite von bloß rund 6 % liegen. Einziger Ausreißer sei die Kostenschätzung der Auftraggeberin welche rund 23 % unter dem günstigsten Angebot liege.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 09.02.2016 gab diese bekannt, dass Auftraggeberin die Autobahnen- und Schnellstraßen Finanzierungs-Aktiengesellschaft (kurz ASFINAG), Rotenturmstraße 5-9, 1010 Wien, vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, sei. Bei dem gegenständlichen Vergabeverfahren handle es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich der in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip vergeben werden solle. Die Bekanntmachung in Österreich sei am 18.09.2015, in der EU am 18.09.2015 erfolgt. Die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vom 28.01.2016 sei am 29.01.2016 versendet worden.

Mit Beschluss des BVwG vom 15.02.2016, W134 2120758-1/2E, wurde der Auftraggeberin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt, den Widerruf zu erklären.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 12.02.2016 brachte diese zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vor, dass das gegenständliche Bauvorhaben nicht nur von der ASFINAG sondern auch von der XXXX finanziert würde. Im Zuge des Vergabeverfahrens sei von Seiten der XXXX mitgeteilt worden, dass für die vertraglich fixierte Kostenbeteiligung am Gesamtprojekt kein entsprechendes Budget zur Verfügung stehe. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 12.02.2016 brachte diese zusammengefasst und soweit entscheidungsrelevant vor, dass das gegenständliche Bauvorhaben nicht nur von der ASFINAG sondern auch von der römisch 40 finanziert würde. Im Zuge des Vergabeverfahrens sei von Seiten der römisch 40 mitgeteilt worden, dass für die vertraglich fixierte Kostenbeteiligung am Gesamtprojekt kein entsprechendes Budget zur Verfügung stehe.

Am 01.03.2016 fand darüber im BVwG eine mündliche Verhandlung statt.

Dabei wurde unter anderem folgendes vorgebracht:

"VR fragt die AG: Wie hoch ist die budgetäre Bedeckung für das gegenständliche Vergabeverfahren?

XXXX Gemäß der im Vergabeakt aufliegenden Prüfmatrix beträgt für diesen Auftrag der genehmigte Budgetplan 28.089.686,16 Euro. römisch 40 Gemäß der im Vergabeakt aufliegenden Prüfmatrix beträgt für diesen Auftrag der genehmigte Budgetplan 28.089.686,16 Euro.

VR: Woraus ergibt sich dieser?

XXXX In erster Linie wird eine Kostenschätzung von Seiten der AG erstellt. Diese wurde im konkreten Projekt unter Beiziehung externer Planungsbüros und der XXXX sowie bei der ASFINAG vorhandenen Benchmarkpreisen (Preisdatenbank speziell im Bereich für E&M Tunnel) erstellt. Die Kostenschätzung bzw. der Budgetplan wird in einem eigens dafür vorgesehenen Dokument (Prüfmatrix) der Geschäftsführung von der ASFINAG Baumanagement GmbH zur Freigabe vorgelegt. Durch die Genehmigung der Prüfmatrix bzw. des damit startenden Genehmigungslauf des konkreten Vergabeverfahrens wird das Budget bestätigt, genehmigt und in weiterer Folge budgetiert. Zwischen der XXXX und der ASFINAG gibt es eine vertragliche Übereinkunft (siehe Vergabeakt) in der festgelegt wurde, dass die XXXX 65 % der gegenständlichen Kosten zu übernehmen hat. Die Kostenschätzung der ASFINAG über 27.868.291,40 Euro wurde mit der XXXX vor der Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens abgestimmt und wurde von der XXXX zugesichert, den Teilungsschlüssel über 65% zu budgetieren. Zusätzlich wurde vor der Ausschreibung ein technisches Übereinkommen über die Gesamtherstellung mit der XXXX getroffen. Der XXXX wurde nach Angebotsöffnung die vorliegenden Angebotspreise zur Kenntnis gebracht. Von Seiten der XXXX wurde uns vermittelt, dass derartige Mehrkosten von ihr nicht getragen werden können, weil die XXXX dafür keine budgetäre Bedeckung hat.

römisch 40 In erster Linie wird eine Kostenschätzung von Seiten der AG erstellt. Diese wurde im konkreten Projekt unter Beiziehung externer Planungsbüros und der römisch 40 sowie bei der ASFINAG vorhandenen Benchmarkpreisen (Preisdatenbank speziell im Bereich für E&M Tunnel) erstellt. Die Kostenschätzung bzw. der Budgetplan wird in einem eigens dafür vorgesehenen Dokument (Prüfmatrix) der Geschäftsführung von der ASFINAG Baumanagement GmbH zur Freigabe vorgelegt. Durch die Genehmigung der Prüfmatrix bzw. des damit startenden Genehmigungslauf des konkreten Vergabeverfahrens wird das Budget bestätigt, genehmigt und in weiterer Folge budgetiert. Zwischen der römisch 40 und der ASFINAG gibt es eine vertragliche Übereinkunft (siehe Vergabeakt) in der festgelegt wurde, dass die römisch 40 65 % der gegenständlichen Kosten zu übernehmen hat. Die Kostenschätzung der ASFINAG über 27.868.291,40 Euro wurde mit der römisch 40 vor der Ausschreibung des gegenständlichen Vergabeverfahrens abgestimmt und wurde von der römisch 40 zugesichert, den Teilungsschlüssel über 65% zu budgetieren. Zusätzlich wurde vor der Ausschreibung ein technisches Übereinkommen über die Gesamtherstellung mit der römisch 40 getroffen. Der römisch 40 wurde nach Angebotsöffnung die vorliegenden Angebotspreise zur Kenntnis gebracht. Von Seiten der römisch 40 wurde uns vermittelt, dass derartige Mehrkosten von ihr nicht getragen werden können, weil die römisch 40 dafür keine budgetäre Bedeckung hat.

VR: Ist die ASFINAG alleinige Auftraggeberin im gegenständlichen Verfahren?

XXXX Ja, die ASFINAG ist alleinige Auftraggeberin im gegenständlichen Verfahren. römisch 40 Ja, die ASFINAG ist alleinige Auftraggeberin im gegenständlichen Verfahren.

XXXX Gibt es von Seiten der XXXX eine ausdrückliche Zusicherung 65% der Kosten dieses Vergabeverfahrens zu übernehmen? römisch 40 Gibt es von Seiten der römisch 40 eine ausdrückliche Zusicherung 65% der Kosten dieses Vergabeverfahrens zu übernehmen?

XXXX Es liegt ein Vertrag vom 01.07.1996 zwischen der XXXX und der ASFINAG betreffend die Finanzierung des Bauvorhabens Kaisermühlentunnels vor, der unter Umständen auch einklagbar wäre. Eine explizite Zusage der XXXX zur Übernahme des Teilungsschlüssels für das gegenständliche Vergabeverfahren ist daher auch nicht erforderlich, da sich die Verpflichtung der XXXX zur Mittragung der Kosten dieses Vergabeverfahrens schon aus dem Vertrag vom 01.07.1996 ergibt. Es wurde die Kostenschätzung im Vorfeld mit der XXXX besprochen und wurde das Budget auch letztendlich budgetiert. Uns ist bekannt, dass die von der XXXX für den Kaisermühlentunnel budgetierte Summe anderweitig verwendet wurde und somit derzeit nicht zur Verfügung steht.

römisch 40 Es liegt ein Vertrag vom 01.07.1996 zwischen der römisch 40 und der ASFINAG betreffend die Finanzierung des Bauvorhabens Kaisermühlentunnels vor, der unter Umständen auch einklagbar wäre. Eine explizite Zusage der römisch 40 zur Übernahme des Teilungsschlüssels für das gegenständliche Vergabeverfahren ist daher auch nicht erforderlich, da sich die Verpflichtung der römisch 40 zur Mittragung der Kosten dieses Vergabeverfahrens schon aus dem Vertrag vom 01.07.1996 ergibt. Es wurde die Kostenschätzung im Vorfeld mit der römisch 40 besprochen und wurde das Budget auch letztendlich budgetiert. Uns ist bekannt, dass die von der römisch 40 für den Kaisermühlentunnel budgetierte Summe anderweitig verwendet wurde und somit derzeit nicht zur Verfügung steht.

VR: Wie hoch sind die Angebotspreise?

XXXX Die Angebotspreise belaufen sich auf die in unserem Schreiben vom 09.02.2016 genannte Höhe, also zwischen rund 36,4 und 38,5 Millionen Euro. römisch 40 Die Angebotspreise belaufen sich auf die in unserem Schreiben vom 09.02.2016 genannte Höhe, also zwischen rund 36,4 und 38,5 Millionen Euro.

VR: Ist die budgetäre Bedeckung für das gegenständliche Vergabeverfahren gegeben?

XXXX Nein, angesichts der hohen Angebotspreise ist die budgetäre Bedeckung nicht mehr gegeben. römisch 40 Nein, angesichts der hohen Angebotspreise ist die budgetäre Bedeckung nicht mehr gegeben.

XXXX Wie hoch ist das Gesamtjahresbudget der ASFINAG Baumanagement GmbH für Sanierungsmaßnahmen? römisch 40 Wie hoch ist das Gesamtjahresbudget der ASFINAG Baumanagement GmbH für Sanierungsmaßnahmen?

XXXX Grob geschätzt beläuft sich der jährliche Budgetrahmen für Instandhaltungsmaßnahmen in der ASFINAG Baumanagement GmbH auf rund 450 Millionen Euro österreichweit. Das Budget wird auf einzelne Projekte im Vorfeld verteilt und stehen für das konkrete Vergabeverfahren die bereits genannte Summe von rund 28 Millionen Euro zur Verfügung. römisch 40 Grob geschätzt beläuft sich der jährliche Budgetrahmen für Instandhaltungsmaßnahmen in der ASFINAG Baumanagement GmbH auf rund 450 Millionen Euro österreichweit. Das Budget wird auf einzelne Projekte im Vorfeld verteilt und stehen für das konkrete Vergabeverfahren die bereits genannte Summe von rund 28 Millionen Euro zur Verfügung."

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die ASFINAG vertreten durch die ASFINAG Baumanagement GmbH hat einen Bauauftrag im Wege eines offenen Verfahrens im Oberschwellenbereich ausgeschrieben. Die Bekanntmachung in Österreich ist am 18.09.2015, in der EU am 18.09.2015 erfolgt. Die Bekanntgabe der Widerrufsentscheidung vom 28.01.2016 ist am 29.01.2016 versendet worden. Begründet wurde die Widerrufsentscheidung vom 28.01.2016 wie folgt: "Die budgetäre Deckung ist nicht gegeben." (Schreiben der Auftraggeberin vom 09.02.2016, Akt des Vergabeverfahrens).

Die Auftraggeberin hat für das gegenständliche Vergabeverfahren den Betrag von € 28.089.686,16 budgetiert. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 27.868.291,40. Die Angebotspreise belaufen sich auf rund 36,4 bis 38,5 Millionen Euro. (Angaben der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

3. a) Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung (Spruchpunkt A) I.) 3. a) Zum Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung (Spruchpunkt A) römisch eins.):

§ 139 BVergG 2006 lautet: Paragraph 139, BVergG 2006 lautet:

"Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist

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

1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder
2. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, oder
3. kein Angebot eingelangt ist, oder
4. nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.

(2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn

1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder

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

3. dafür sachliche Gründe bestehen."

Die Regierungsvorlage zum BVergG 2006 (1171 BlgNR XXII. GP, 89) führt zu § 139 leg. cit. aus (Hervorhebung zum Teil durch das BVwG): Die Regierungsvorlage zum BVergG 2006 (1171 BlgNR römisch 22. GP, 89) führt zu Paragraph 139, leg. cit. aus (Hervorhebung zum Teil durch das BVwG):

"Zu den §§ 138 und 139 (Widerruf): Zu den Paragraphen 138 und 139 (Widerruf):

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

Abs. 1 umschreibt den Fall der Änderung der Ausschreibungsgrundlagen. Es handelt sich um Umstände, die bereits zum Zeitpunkt der Ausschreibung vorhanden waren, die der Auftraggeber aber nicht wusste (zB erst nachträglich zur Kenntnis gelangte mangelnde budgetäre Bedeckung; die Angebotspreise liegen trotz sorgfältiger Auftragswertschätzung über dem Ansatz; eine Vorfrage wurde rechtskräftig anders entschieden). Auch ein rechtswidriges Zuschlagskriterium kann unter den Tatbestand des Abs. 1 fallen, da durch ein entsprechendes Erkenntnis einer Vergabekontrollbehörde oder des EuGH nachträglich ein Umstand bekannt wird (nämlich der Umstand, dass ein bestimmtes Kriterium rechtswidrig ist), der die Ausschreibung zumindest in dieser Form ausgeschlossen hätte. 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 hat in der Rs C-244/02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien 'nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden'. 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 hat in der Rs C-244/02 ausgesprochen, dass aus den vergaberechtlichen Richtlinien 'nicht hervorgehe, dass die in dieser Richtlinie implizit anerkannte Befugnis des öffentlichen Auftraggebers, auf die Vergabe eines öffentlichen Bauauftrags, für den eine Ausschreibung stattgefunden habe, zu verzichten, auf Ausnahmefälle begrenzt sei oder in jedem Fall voraussetze, dass schwerwiegende Gründe angeführt würden'.

Weiters hat der EuGH ausgeführt, ... 'dass ein Auftraggeber, der

beschließe, die Ausschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags zu widerrufen, den Bewerbern und Bietern zwar die Gründe für seine Entscheidung mitteilen müsse, dass er danach aber nicht verpflichtet sei, das Vergabeverfahren zu Ende zu führen.') Ein Widerruf ist demnach zulässig, wenn der Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa auf

Grund neuer Technologien notwendig werden, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw.

Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter 'vergebliche' Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des 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,

..."

Die Antragstellerin bekämpfte die gegenständliche Widerrufsentscheidung mit dem Argument, dass es sich bei der von der Auftraggeberin in der Begründung der Widerrufsentscheidung angegebenen angeblich fehlenden budgetären Deckung lediglich um einen unzutreffenden Vorwand handeln würde, um das Vergabeverfahren widerrufen zu können.

Die Auftraggeberin hat für das gegenständliche Vergabeverfahren den Betrag von € 28.089.686,16 budgetiert. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 27.868.291,40. Die Angebotspreise belaufen sich auf rund 36,4 bis 38,5 Millionen Euro und überschreiten daher das Budget der Auftraggeberin für das gegenständliche Vergabeverfahren erheblich. Hinzu kommt im gegenständlichen Fall, dass wie die Auftraggeberin schlüssig und nachvollziehbar in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat, sich die XXXX in einem Vertrag aus 1996 dazu verpflichtet hat, 65 % der Kosten des gegenständlichen Tunnels zu tragen, ohne jedoch nach außen als Auftraggeber aufzutreten. Diese budgetierte Summe wurde jedoch offensichtlich von der XXXX anderweitig verwendet und steht derzeit nicht zur Verfügung. Die budgetäre Bedeckung ist für das gegenständliche Vergabeverfahren daher offensichtlich nicht gegeben. Die Auftraggeberin hat für das gegenständliche Vergabeverfahren den Betrag von € 28.089.686,16 budgetiert. Der geschätzte Auftragswert beträgt € 27.868.291,40. Die Angebotspreise belaufen sich auf rund 36,4 bis 38,5 Millionen Euro und überschreiten daher das Budget der Auftraggeberin für das gegenständliche Vergabeverfahren erheblich. Hinzu kommt im gegenständlichen Fall, dass wie die Auftraggeberin schlüssig und nachvollziehbar in der mündlichen Verhandlung dargelegt hat, sich die römisch 40 in einem Vertrag aus 1996 dazu verpflichtet hat, 65 % der Kosten des gegenständlichen Tunnels zu tragen, ohne jedoch nach außen als Auftraggeber aufzutreten. Diese budgetierte Summe wurde jedoch offensichtlich von der römisch 40 anderweitig verwendet und steht derzeit nicht zur Verfügung. Die budgetäre Bedeckung ist für das gegenständliche Vergabeverfahren daher offensichtlich nicht gegeben.

Entsprechend den oben zitierten Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu § 139 BVergG und der Judikatur des VwGH (VwGH 28.01.2008, 2008/04/0001) ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Einer der möglichen sachlichen Gründe für einen Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß § 139 Abs. 2 Z. 3 BVergG ist die mangelnde budgetäre Bedeckung. Ein solcher Grund liegt gegenständlich vor. Die Widerrufsentscheidung war daher nicht für nichtig zu erklären. Entsprechend den oben zitierten Erläuterungen zur Regierungsvorlage zu Paragraph 139, BVergG und der Judikatur des VwGH (VwGH

28.01.2008, 2008/04/0001) ist der Widerruf eines Vergabeverfahrens nicht vom Vorliegen schwerwiegender oder gar außergewöhnlicher Umstände abhängig. Einer der möglichen sachlichen Gründe für einen Widerruf des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 139, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG ist die mangelnde budgetäre Bedeckung. Ein solcher Grund liegt gegenständlich vor. Die Widerrufsentscheidung war daher nicht für nichtig zu erklären.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) II.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch zwei.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 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." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, 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.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Hauptantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben wurde, hat sie keinen Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß § 318 BVergG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin. Da dem Hauptantrag der Antragstellerin nicht stattgegeben wurde, hat sie keinen Anspruch auf Ersatz ihrer gemäß Paragraph 318, BVergG entrichteten Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu das im Erkenntnis genannte Erkenntnis des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu das im Erkenntnis genannte Erkenntnis des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Auftragswert, Bauauftrag, Kostenschätzung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung, Pauschalgebührenersatz, Schätzung des Auftragswertes, Vergabeverfahren, Widerruf des Vergabeverfahrens, Widerrufsentscheidung, Widerrufsgrund

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVVG:2016:W134.2120758.2.00

Zuletzt aktualisiert am

21.03.2016

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at