



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730  
Telefax: (43 01) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/077/7919/2016-10  
C. GmbH

Wien, 21.7.2016

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.<sup>in</sup> Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.<sup>a</sup> Mandl über den Antrag der C. GmbH, vertreten durch Rechtsanwältin, auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung betreffend das Vergabeverfahren "Dachsanierung Schule G.-Gasse" der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, durch mündliche Verkündung zu Recht e r k a n n t:

- I. Dem Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016 wird Folge gegeben. Die Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016 wird nichtig erklärt.
- II. Die Antragsgegnerin ist verpflichtet, der Antragstellerin die von dieser entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 4.500,00 binnen 14 Tagen zu ersetzen.
- III. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## Entscheidungsgründe

### Zum Nachprüfungsantrag:

Die C. GmbH (in der Folge Antragstellerin) brachte am 22.6.2016 beim Verwaltungsgericht Wien einen Antrag auf Nachprüfung der Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016 – und aus anwaltlicher Vorsicht auch der Widerrufsentscheidung vom 15.6.2016 -, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und auf Ersatz der Pauschalgebühren ein. Darin brachte die Antragstellerin im Wesentlichen vor:

Die Antragsgegnerin habe die Dachsanierung einer Schule im ... Bezirk in einem offenen Verfahren ausgeschrieben. Das Ende der Angebotsfrist sei der 2.6.2016, 10:40 Uhr, gewesen. Der Zuschlag sollte auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis erfolgen. Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, in dem sie am 29.5.2016 ein Angebot abgegeben habe. Bei der Angebotsöffnung sei das Angebot der Antragstellerin preislich an erster Stelle gereiht gewesen. Mit Schreiben vom 15.6.2016 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass die Antragsgegnerin beabsichtige, das Vergabeverfahren gemäß § 140 Abs. 1 BVergG zu widerrufen. Als Begründung sei angeführt worden, dass Umstände bekannt geworden seien, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Die Antragstellerin habe daraufhin die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 16.6.2016 um nähere Darlegung der einzelnen Umstände, die vor Einleitung des Vergabeverfahrens nicht bekannt gewesen seien, und die, wenn sie bekannt gewesen wären, zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, ersucht. Die Antragstellerin habe gleichzeitig um Darlegung ersucht, weshalb diese Gründe nach Ansicht der Antragsgegnerin zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sowie um Darlegung, was sich an der Ausschreibung wesentlich geändert hätte. Daraufhin habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.6.2016 zwar nicht die nachgefragten Gründe mitgeteilt, sondern lediglich angegeben, dass sachliche Gründe für den Widerruf gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen würden, sowie dass das Schreiben vom 17.6.2016 das Schreiben vom 15.6.2016 ersetze. Eine nähere Begründung sei

wiederum nicht erfolgt. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 24.6.2016 angeführt worden. Mit Schreiben vom 20.6.2016 sei in Beantwortung des Schreibens der Antragstellerin vom 16.6.2016 angeführt worden, dass nach erfolgter Sichtung der Angebote festgestellt worden sei, dass bei einigen Positionen Änderungsbedarf bestehe.

Die Antragstellerin sei in ganz Österreich mit Kernkompetenz für Bauwerksabdichtungen, Sanierungen, Schwarzdeckerei, Flachdächer sowie Abdichtung von Biotopen und Schwimmbädern tätig. Der gegenständliche Auftrag stelle für die Antragstellerin ein wesentliches Referenzprojekt dar. Der Schaden bestünde für die Antragstellerin insbesondere darin, dass die Antragstellerin durch die Vorgangsweise der Antragsgegnerin den Zuschlag nicht in einem rechtskonformen Vergabeverfahren erhalten könne. Der Antragstellerin würde daher der aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierende Gewinn entgehen. Außerdem würde der Antragstellerin auch ein Schaden aus den Kosten der Erstellung des Angebotes und der Rechtsberatungskosten entstehen und ein wichtiges Referenzprojekt entgehen.

Die Antragstellerin erblicke die Gründe für die Widerrufsentscheidung im Wesentlichen in der mangelhaften Begründung und dem damit einhergehenden Verstoß gegen das Transparenzprinzip bzw. gegen § 140 Abs. 1 BVergG.

Nachdem die Widerrufsentscheidung eine gesondert anfechtbare Entscheidung darstelle, habe der Auftraggeber die Gründe, aus welchen er beabsichtige, das Vergabeverfahren zu widerrufen, in der Widerrufsentscheidung mitzuteilen (§ 140 Abs. 1 BVergG). Diese Begründungspflicht diene dazu, den Bietern die Möglichkeit der Prüfung zu geben, ob im konkreten Fall die gesetzlichen Voraussetzungen für den Widerruf des Vergabeverfahrens vorliegen. Die Begründung solle vor allem jene Informationen beinhalten, die für eine Entscheidung über einen allfälligen Nachprüfungsantrag notwendig sind (vgl. EBRV 1171 BlgNr XXII GP 90). Demnach reiche eine bloße Zitierung des Gesetzes nicht aus, vielmehr seien die Widerrufsgründe konkret anzugeben. Nach der Judikatur des BVA bedinge auch eine falsch begründete

Widerrufsentscheidung eine Rechtswidrigkeit, die zur Nichtigkeitklärung führen könne (vgl. BVA 30.4.2010, N/0022-BVA/08/2010).

Die Antragsgegnerin führe in ihrer Mitteilung des Widerrufs vom 15.6.2016 an, dass Umstände bekannt geworden seien, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Sie zitierten damit lediglich die Gesetzesbestimmung des 139 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG. Wie bereits oben dargestellt, habe die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 17.6.2016 weiters mitgeteilt, dass sachliche Gründe gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen würden. Mit Schreiben vom 20.6.2016 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass nach erfolgter Sichtung der Angebote festgestellt worden sei, dass bei einigen Positionen Änderungsbedarf bestehe.

Die Antragsgegnerin habe in ihrem letzten Schreiben vom 20.6.2016 somit erstmals den Ansatz einer Begründung geliefert, allerdings lediglich angegeben, dass bei einigen Positionen Änderungsbedarf bestehe. Diese Begründung versetze die Antragstellerin nicht in die Lage, ohne nähere Informationen zu beurteilen, ob dies einen sachlichen Grund für den Widerruf darstellen könne. So habe auch der EuGH entschieden, dass der Auftraggeber die Bieter rechtzeitig und vollständig über alle Gründe für einen Widerruf der Ausschreibung zu informieren habe, bzw. der Auftraggeber verpflichtet sei, eine Widerrufsentscheidung so klar und eindeutig zu begründen, dass die Bieter die Gründe für die Entscheidung erkennen und die Nachprüfungsbehörden ihre Kontrollfunktion wahrnehmen können (EuGH 11.12.2014, Rs C-440/13; EuGH 8.10.2008, Rs T-411/06; VKS Wien 6.6.2013, VKS-312198/13; VKS Wien 26.4.2007, VKS-2451/07 u.a.). Dies sei gegenständlich nicht erfolgt. Die Antragsgegnerin habe nicht angegeben, in welchen Positionen und in welchem Umfang sowie aus welchem Grund Änderungsbedarf bestehe. Alle diese Informationen seien notwendig, um beurteilen zu können, ob gegenständlich tatsächlich ein sachlicher Grund für den Widerruf vorliege. Es könne somit auf Basis der angefochtenen Widerrufsentscheidung(en) nicht beurteilt werden, ob dieser Änderungsbedarf überhaupt bestehe bzw. in welchem Umfang er bestehe und ob dieser einen sachlichen Grund für den Widerruf darstelle. Nach Ansicht der Antragstellerin bestehe kein sachlicher Grund für den Widerruf, zumal das Vergabeverfahren

eine eindeutige Bestbieterermittlung zugelassen hätte, ihr Angebot als das bestbewertete aus einem echten Wettbewerb hervorgegangen sei und die Ausschreibung somit ihr Ziel erreicht habe. Es seien sämtliche für die Dachsanierung erforderlichen Arbeiten in der Ausschreibung zu 100 Prozent erfasst. In einem solchen Fall gebe es keinen sachlichen Grund, die Ausschreibung zu widerrufen (vgl. Heid/Schiefer/Preslmayr Rz 1634; Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann, §§ 138,139, Rz 41).

#### Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 4.7.2016:

Die Antragsgegnerin legte mit Schriftsatz vom 4.7.2016 den Vergabeakt vor und führte zum Nachprüfungsantrag insbesondere Folgendes aus:

Betreffend „Angaben über den Schaden“ würde es in der Natur der Sache liegen, dass Aufwendungen bei der Erstellung eines Angebotes jedenfalls entstünden, unabhängig davon, ob ein Zuschlag erteilt werde oder nicht. Zu den Kosten der Angebotslegung werde auf die Bestimmungen des § 111 Abs. 1 BVergG bzw. den in der MD BD-SR 75 angeführten Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien für Leistungen, Punkt 2.2, verwiesen: *„Angebote sind ohne gesonderte Vergütung zu erstellen“*. Dies gelte selbstverständlich auch für den behaupteten Verlust eines maßgeblichen Referenzprojektes. Die Kosten für die Angebotslegung würden im Geschäftsverkehr jedes Gewerbetreibenden entstehen und laut ständiger Judikatur keinen Schaden darstellen, da sie jedem Bieter unabhängig vom Auftragserhalt entstünden. Ob und in welcher Höhe ein möglicher Schaden entstanden sei, sei nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens.

Die Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien (WD 307), welche Teil der Ausschreibungsunterlagen seien, würden unter Punkt 8 - Widerruf des Vergabeverfahrens als Widerrufsgründe unter anderem

- Erhebliche Abweichungen des Angebotsergebnisses vom geschätzten Wert der Leistung
- Korrekturbedarf der Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist

vorsehen. Gemäß § 130 Abs. 2 Z 3 BVergG könnten Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn dafür sachliche Gründe bestünden. Ein sachlicher

Grund liege laut Rechtsprechung etwa dann vor, wenn das billigste Angebot die Schätzkosten um 24 % übersteige (vgl. UVS OÖ 13.10.2006, VwSen-550288). Die Ausschreibung könne selbst dann widerrufen werden, wenn der Auftraggeber aufgrund einer nicht ordnungsgemäß durchgeführten Kostenschätzung die Kosten des Beschaffungsvorganges als zu gering eingeschätzt habe (vgl. Sturm in Heid/Preslmayr, 4. Auflage, Rz 1618). An die Bestimmung des sachlichen Grundes gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG sei kein strenger Maßstab anzulegen (EBRV 1171, BlgNr XXII GP 89). Die Kostenschätzung der Auftraggeberin habe sich auf 125.000,00 € (inkl. USt) belaufen. Das günstigste Angebot, welches von der Antragstellerin abgegeben worden sei, habe sich hingegen auf 226.\*\*\*,\*\* € (zivilrechtlicher Gesamtpreis) belaufen, d.h. die Kostenschätzung sei um mehr als 80 % überschritten worden. Der Widerruf sei allein schon aus diesem Grund gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG gerechtfertigt.

Zudem entspreche es Punkt 8 Bulletpoint 3 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien – WD 307, einen Widerruf des Vergabeverfahrens durchzuführen, wenn eine erhebliche Abweichung des Angebotsergebnisses vom geschätzten Wert der Leistung vorliege.

Unabhängig davon sei die Auftraggeberin nach § 139 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Gemäß § 139 Abs. 1 Ziffer 2 BVergG sei ein Vergabeverfahren nämlich zu widerrufen, wenn Umstände bekannt würden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten.

Nach Vergleich des Ausschreibungsergebnisses von 226.\*\*\*,\*\* € (zivilrechtlicher Gesamtpreis) mit der Kostenschätzung in Höhe von 125.000 € (inklusive Umsatzsteuer), des nach der Durchrechnung aller Angebote erstellten Preisspiegels nach Positionen und der standardmäßigen „Zentralwert/Medianauswertung“ (PZN) im bei der Stadt Wien verwendeten ABK-Programm wurde im Zuge der Angebotsprüfung nach § 123 BVergG festgestellt, dass ein Änderungsbedarf des Leistungsverzeichnisses, somit der Ausschreibungsunterlagen, bestehe, da Auffälligkeiten (erhebliche

Abweichungen in der Preisgestaltung) festgestellt worden seien. Dies sei in der „Medianauswertung“ ersichtlich.

Im Rahmen der Angebotsprüfung habe sich insbesondere herausgestellt, dass einige im Leistungsverzeichnis angeführte Positionen für die Auftragsausführung nicht benötigt würden und daher nicht ausgeschrieben hätten werden sollen. Das Leistungsverzeichnis sei dementsprechend zu korrigieren. Das unter Position Nummer 01.2121A angeführte Schutzdach sei in der ausgeschriebenen Art aus Arbeitnehmerschutzgründen nicht ausführbar und sei diese Position daher ebenfalls zu korrigieren. Die Stückzahlangaben in den Positionen 56.0610L+M und 56.0701L+M seien vertauscht worden und seien daher auch hier Korrekturen notwendig.

Die Kostenschätzung basiere auf der vergleichbaren, bereits abgerechneten Sanierung des Hauptgebäudes. Hier sei ein m<sup>2</sup>-Schlüssel, unter Einrechnung der abweichenden Gegebenheiten, errechnet worden, welcher mit der ausgeschriebenen Fläche multipliziert worden sei. Berücksichtige man nunmehr, dass von der vorliegenden Angebotssumme aufgrund des oben dargestellten Korrekturbedarfs sich Positionen ändern und mengenmäßige Verschiebungen ergeben würden, verbleibe noch immer eine Differenz zur Kostenschätzung von ca. 77 % und bedeute dies somit gemäß WD 307 eine erhebliche Abweichung des Angebotsergebnisses vom geschätzten Wert der Leistung.

Durch diese festgestellten erheblichen Abweichungen sei die Wahrscheinlichkeit eines Bietersturzes äußerst hoch. Dieser werde noch durch die Tatsache, dass bei einigen Positionen Änderungsbedarf bestehe, umso wahrscheinlicher und sei dies auf Seite 3 der Tabelle „Positionsvergleich auf Positionssummenebene“ dargestellt.

Festgehalten werde zudem, dass das Leistungsverzeichnis in der derzeitigen Form eine spekulative Preisgestaltung ermögliche, da Positionen ausgeschrieben würden, die für die Auftragsausführung nicht benötigt würden.

Wären der Antragsgegnerin die zu korrigierenden Positionen bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, hätte dies zu einer

inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt. Die Antragsgegnerin sei daher gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Zudem entspreche es Punkt 8 Bulletpoint 4 der Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien, einen Widerruf des Vergabeverfahrens durchzuführen, wenn ein Korrekturbedarf der Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist bestehe.

#### Stellungnahme der Antragstellerin vom 11.7.2016:

Die Antragstellerin brachte in ihrer Stellungnahme vom 11.7.2016 insbesondere Folgendes vor:

Die Antragsgegnerin übersehe anscheinend, dass ein entstandener oder zu entstehen drohender Schaden der Antragstellerin eine Zulässigkeitsvoraussetzung für einen Nachprüfungsantrag darstelle (§ 20 Abs. 1 WVRG). Dieser Schaden sei nicht mit dem zivilrechtlichen Schadensbegriff gleich zu setzen, sondern umfasse ganz allgemein jene Nachteile, die in der Beeinträchtigung der Möglichkeiten, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen, liegen würden. Einen Schaden würden demnach etwa bereits die Kosten der Beteiligung am Vergabeverfahren darstellen, die im Falle der Nichtstattgabe des Nachprüfungsantrages und unveränderter Fortsetzung des Vergabeverfahrens durch den Auftraggeber frustriert wären. Auch der Gewinn, der der Antragstellerin im Falle eines Projektverlustes entgehen würde, komme als Schaden infrage, ebenso der mögliche Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Festzuhalten sei daher, dass der Antragstellerin jedenfalls ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe.

Aus anwaltlicher Vorsicht - die Antragstellerin habe keinen Einblick in eine Kostenschätzung der Antragsgegnerin gehabt - und aus Überzeugung werde bestritten, dass sich die Kostenschätzung auf lediglich € 125.000 belaufe. Bei den ausgeschriebenen Massen könne mit marktüblichen Preisen eine Summe von € 125.000 niemals errechnet werden. Eine Kostenschätzung basierend auf der Sanierung des Hauptgebäudes im Jahre 2010 sei seriöser Weise nicht durchführbar, da bei gegenständlichem Auftrag die Dachgeometrie und die Dacheinbauten erheblich von jener/jenen beim Hauptgebäude abweichen würden. Außerdem sei die Ausschreibung des Hauptgebäudes gänzlich anders

aufgebaut gewesen. Das Leistungsverzeichnis der gegenständlichen Ausschreibung enthalte beispielsweise etwa doppelt so viele Positionen wie jenes aus dem Jahr 2010. Abgesehen davon könne eine Kostenschätzung ausschließlich über einen m<sup>2</sup>-Schlüssel niemals seriös erfolgen. Eine erhebliche Abweichung des Angebotsergebnisses vom geschätzten Wert der Leistung liege nicht vor. Doch selbst wenn tatsächlich eine Kostenschätzung über € 125.000 vorliegen sollte, berechtige dies die Antragsgegnerin nicht zum Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens. Zwar könne eine fehlerhafte Kostenschätzung in der Tat einen Widerruf des Vergabeverfahrens rechtfertigen, dies jedoch nur unter der zusätzlichen Voraussetzung, dass dadurch die budgetäre Deckung für das Vorhaben nicht gegeben sei (Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG, 2. Auflage, §§ 138,139, Rz. 34). Eine fehlerhafte Kostenschätzung könne daher unter Umständen dazu führen, dass aus finanziellen Gründen von der Beauftragung abgesehen werden müsse bzw. könne. Keinesfalls bilde aber jede Abweichung von der Kostenschätzung automatisch einen Widerrufsgrund. Ein Widerruf sei nämlich nur dann zulässig, wenn die Auftraggeberin eine Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötige (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz. 1618), dies eben eventuell auch aus budgetären Gründen. Mit anderen Worten: Es sei zu fragen, ob der Widerruf für einen besonnenen Auftraggeber in der konkreten Situation eine sinnvolle Handlungsalternative und ein taugliches Mittel zur „Problembehebung“ darstelle.

Im gegenständlichen Fall benötige die Auftraggeberin die Leistung weiterhin beinahe so wie beschrieben. Lediglich bei vereinzelt Positionen sei es nach Angabe der Antragsgegnerin zu fehlerhaften (Mengen)-Angaben gekommen, was allerdings ebenso wenig zum Widerruf berechtige bzw. verpflichte.

Des Weiteren sei zu berücksichtigen, dass ein Widerruf dann als unsachlich angesehen werde, wenn das bestbewertete Angebot aus einem echten Wettbewerb als bestes hervorgegangen sei und die Ausschreibung somit ihr Ziel erreicht habe. In einem solchen Fall gebe es keinen sachlichen Grund, die Ausschreibung zu widerrufen (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 1637). Das Angebot der Antragstellerin sei nach

Angebotsöffnung erstgereiht gewesen, Anzeichen für den fehlenden Wettbewerb gebe es keine. Ein solches Fehlen werde von der Antragsgegnerin auch gar nicht behauptet.

Auch der Widerrufsgrund des § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG sei entgegen den Behauptungen der Antragsgegnerin nicht erfüllt. Zwar führe die Antragsgegnerin selbst Punkte an, die zu korrigieren seien bzw. nicht benötigt würden, dies führe jedoch keinesfalls zu einer Verpflichtung zum Widerruf. Es würde sich nach dem Vorbringen der Antragsgegnerin lediglich um 3 Positionen handeln. Würden diese Positionen korrigiert werden, so liege das Angebot der Antragstellerin angeblich noch immer 77 % über der Kostenschätzung. Daraus errechne sich eine korrigierte Kostenschätzung von etwa 127.980 €, also würde die Korrektur nicht einmal € 3.000 bzw. 2,4 % betragen. Weshalb wegen einer derart geringen Änderung die Wahrscheinlichkeit eines Bietersturzes äußerst hoch sein soll, bleibe nach den Ausführungen der Antragsgegnerin völlig unklar.

Nach herrschender Meinung sei der zwingende Widerrufsgrund des § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG erst dann erfüllt, wenn fehlerhafte Massenangaben in einer Vielzahl von Positionen vorliegen oder notwendige bzw. zweckmäßige Positionen im Leistungsverzeichnis, deren Ergänzung dazu führen würde, dass sich der Auftragswert - gemessen am Angebot des Bestbieters - um rund 13 % erhöhe, fehlen würden (Sturm in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 1631; OGH 1 Ob 284/01y; BVA 12N-52/02-26). Bei insgesamt etwa 120 Positionen des Leistungsverzeichnisses könne man bei einer notwendigen Korrektur in 3 Positionen bzw. einer Änderung der Kostenschätzung von etwa 2,4 % keinesfalls davon ausgehen, dass diese Kriterien erfüllt seien.

Unter diesem Aspekt sei auch der Widerrufsgrund des Korrekturbedarfs der Ausschreibungsunterlagen nach Ablauf der Angebotsfrist in den Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien zu verstehen. Vorweg sei anzumerken, dass, selbst wenn ein Korrekturbedarf bestehen sollte, dieser jedenfalls schon vor Ablauf der Angebotsfrist bestanden habe, da keine Änderungen in der Außenwelt eingetreten seien, die die Notwendigkeit dieser Korrekturen verursacht hätten, sondern - zumindest nach dem Vorbringen der

Antragsgegnerin - die Ausschreibungsunterlagen von Anfang an fehlerhaft gewesen seien. Doch selbst wenn man darüber hinwegsehe, könne die Auslegung der Bestimmung in den Allgemeinen Angebotsbestimmungen der Stadt Wien nicht zu dem Ergebnis führen, dass jede Korrektur der Ausschreibungsunterlagen dazu berechtige, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Im Sinne der Judikatur des VwGH (2002/04/0180) werde man diese Bestimmung so verstehen müssen, dass, solange eine Änderung der Ausschreibung zulässiger Weise im Wege einer Berichtigung erfolgen hätte können, ein Widerruf unzulässig sei (vergleiche auch Stickler/Zellhofer in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG, 2. Auflage, §§ 138,139, Rz. 28). Eine andere Sichtweise würde im Ergebnis darauf hinauslaufen, dass der Auftraggeberin im Falle eines Korrekturbedarfs stets die freie Wahlmöglichkeit zwischen einer Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen und einem Widerruf des Vergabeverfahrens zustehe. Ein derart weites Ermessen des Auftraggebers könne vom Gesetzgeber nicht vorgesehen sein. Ein Widerruf anstelle einer Berichtigung wäre des Weiteren höchst unökonomisch, solange - wie hier unstrittig der Fall - im Wesentlichen die gleiche Leistung benötigt werde. Zwar könne eine Berichtigung nach Angebotsöffnung nicht mehr erfolgen, der Grundgedanke bleibe jedoch gültig.

Wenn die Antragsgegnerin auf die Möglichkeit einer spekulativen Preisgestaltung verweise, da Positionen ausgeschrieben worden seien, die nicht benötigt würden, so sei auf den Nachprüfungsantrag zu verweisen. Noch immer würden keinerlei genaue Angaben zu den angeblich nicht benötigten Positionen gemacht, ein Vorbringen zu diesem Punkt sei daher zum gegebenen Zeitpunkt nicht möglich.

Im Schriftsatz vom 11.7.2016 beantragte die Antragsgegnerin die Gewährung von Akteneinsicht in die Unterlagen „Kostenschätzung“, „Positionsvergleich auf Positionssummenebene“, „Preisspiegel nach Positionen“ und „Medianauswertung – Zentralwert/Medianauswertung (PZM)“ und begründete diesen Antrag damit, dass diese Unterlagen erforderlich seien, um die Begründetheit der Widerrufsentscheidung überprüfen zu können.

Stellungnahme der Antragstellerin vom 19.7.2016:

Die Antragstellerin übermittelte am 19.7.2016 nach dem Ende der Amtsstunden eine Stellungnahme, in welcher sie näher ausführte, warum sie ihrer Ansicht nach ein Recht auf Akteneinsicht in dem von ihr beantragten Umfang habe. Insbesondere würde es der Antragstellerin und nicht dem Verwaltungsgericht obliegen, zu beurteilen, in welche Aktenteile sie zwecks Verfolgung ihrer rechtlichen Interessen einsehen müsse. Das Recht auf Akteneinsicht setze auch nicht voraus, dass die Antragstellerin ihr Informationsinteresse darlege. In einem gleichgelagerten Fall, in welchem die Antragstellerin ebenfalls Einsicht in eine Kostenschätzung beantragt habe, habe der VwGH ausgesprochen, dass nicht ausgeschlossen werden könne, dass ein anderes Verfahrensergebnis zu erzielen gewesen wäre, wenn die Beschwerdeführerin die detaillierte Kostenschätzung gehabt hätte. Auch fallgegenständlich habe die Antragstellerin ein massives Interesse, Einsicht in die Kostenschätzung zu erhalten. Ohne Einsicht in diese müsse sich die Antragstellerin auf Mutmaßungen zurückziehen und könne die von der Antragsgegnerin in ihrer Stellungnahme aufgestellten Behauptungen nicht substantiiert widerlegen. Eine effektive Rechtsverfolgung sei aus diesem Grund nicht möglich, insbesondere als die Antragsgegnerin den Widerrufgrund mit der Überschreitung der Kostenschätzung zu rechtfertigen suche. Ob dieser Widerrufgrund tatsächlich vorliege, könne aber nur nach Einsichtnahme in die Kostenschätzung sowie in die übrigen oben angeführten Unterlagen beurteilt werden. Nur in diesem Fall sei die Antragstellerin in der Lage, die Richtigkeit der Kostenschätzung und deren Übereinstimmung mit den ausgeschriebenen Leistungen zu prüfen und damit ihre Rechte zu wahren. Das Gebot des effektiven Rechtsschutzes und eines fairen Verfahrens müssten die Interessenabwägung zu Gunsten der Antragstellerin ausfallen lassen (EuGH Rs C-450/06, Varec SA gegen Belgischer Staat).

Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 19.7.2016:

Die Antragsgegnerin übermittelte am 20.7.2016 durch Boten den Schriftsatz vom 19.7.2016, in dem sie insbesondere Folgendes ausführte:

Eine mangelhafte Begründung einer Widerrufsentscheidung würde sanktionslos bleiben, sofern die in der Widerrufsentscheidung angeführten Widerrufsgründe vorliegen.

Grundlage der Kostenschätzung sei die Ausschreibung MA 34 – 6886/2009 mit Angebotsöffnung am 9.7.2009 gewesen, und nicht, wovon die Antragstellerin ausgehe, das Vergabeverfahren MA 34-1887/2010 mit Angebotsöffnung am 11.5.2010. Daher würden die Ausführungen der Antragstellerin ins Leere gehen. Wie der Kostenschätzung, basierend auf der Schlussrechnung der Ausschreibung vom 9.7.2009, zu entnehmen sei, sei entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin sehr wohl auf die geänderten Rahmenbedingungen des zu vergebenden Auftrags Rücksicht genommen worden.

Es sei durch die standardmäßige „Zentralwert/Medianauswertung“ festgestellt worden, dass erhebliche Abweichungen in der Preisgestaltung vorlagen und deshalb ein Änderungsbedarf des Leistungsverzeichnisses bestehe. Es habe sich herausgestellt, dass mehrere im Leistungsverzeichnis angeführte Positionen für die Auftragsausführung nicht benötigt würden. Zudem seien die Stückangaben einiger Positionen irrtümlich vertauscht worden. Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin werde die Leistung daher nicht „beinahe so wie ausgeschrieben“ benötigt, sondern hätten die zu korrigierenden Positionen, wenn sie bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen wären, zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt.

Während sich nach Abzug der nicht mehr benötigten bzw. zu ändernden Positionen die Angebotssumme der Antragstellerin um lediglich zirka 3 % ändern würde, betrage die Differenz bei allen anderen Bietern mehr als 10 %. Auf Grund der Tatsache, dass die Preisdifferenz zum nächstgereihten Bieter zirka 6,5 % betrage, sei sehr wahrscheinlich, dass im Fall des Hinausrechnens der nicht benötigten Positionen und Berücksichtigung der zu ändernden Positionen ein Bietersturz auftreten würde. Festzuhalten sei, dass der Antragstellerin offenbar bewusst gewesen sei, dass bestimmte Positionen im Leistungsverzeichnis für die Auftragsausführung nicht notwendig seien, weshalb die Antragstellerin in diesen Positionen Preise angeboten habe, die lediglich 2 % oder weniger der Preise betrügen, die andere Bieter in diesen

Positionen angeboten hätten. Gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 habe ein Unternehmen, aus dessen Sicht eine Berichtigung der Ausschreibung oder der Ausschreibungsunterlagen erforderlich ist, dies dem Auftraggeber umgehend mitzuteilen. Dieser gesetzlichen Verpflichtung sei die Antragstellerin nicht nachgekommen.

#### Mündliche Verhandlung:

Es wurde am 21.7.2016 eine mündliche Verhandlung durchgeführt. Diese hatte im Wesentlichen folgenden Inhalt und Verlauf:

*„Auf die Frage aus dem Senat, ob es richtig sei, dass der geschätzte Auftragswert den Bietern im Vergabeverfahren nicht mitgeteilt worden ist, gibt die AG an:*

*Das ist korrekt. Es ist auch im BVergG nicht vorgesehen, dass der geschätzte Auftragswert den Bietern mitgeteilt wird.*

*Auf die Frage aus dem Senat, ob bei der Kostenschätzung ein Geheimhaltungsinteresse an der Excel Tabelle besteht, gibt die AG an, dass aus ihrer Sicht nichts dagegen spricht, der AST Einsicht in diese Excel Tabelle zu gewähren.*

*Auf die Frage aus dem Senat, wie die AG zu den Werten in der Tabelle gekommen sei, gibt die AG an, dass es sich dabei um Werte aus der angeschlossenen Schlussrechnung handeln würde. Es seien die Werte abgezogen worden, wo man die entsprechende Position nicht brauche, und entsprechende Mehrkosten dazugezählt worden. Bei den Mehrkosten handle es sich um Erfahrungswerte.*

*Die AG zeigt auf einzelne Werte in der Schlussrechnung und gibt dazu an, dass diese Werte in der Excel Tabelle in Abzug gebracht worden seien.*

*Auf Frage aus dem Senat, wer und wann die Excel Tabelle erstellt hat, gibt die AG an, dass die Excel Tabelle vom damaligen Baureferenten erstellt worden sei. Zum Datum der Erstellung der Tabelle könne die AG derzeit nur angeben, dass die Tabelle vor dem Vergabeverfahren erstellt worden sei. Ein genauer Zeitpunkt sei aus dem Ausdruck nicht ersichtlich.*

*Auf Frage aus dem Senat, wo im Akt dokumentiert ist, welche Positionen des Leistungsverzeichnisses geändert werden müssen und warum diese Änderungen zu einer wesentlich anderen Ausschreibung führen würden, legt die AG dar, dass in der 3-Seitigen Excel Tabelle Positionsvergleich auf Positionssummenebene die Positionen, die nicht erforderlich seien, rot markiert wurden und in der Anmerkung auf Seite 3 angemerkt wurde, dass die rot markierten Positionen nicht erforderlich seien.*

*Der Senat hält fest, dass es sich dabei um die Positionen 012121C Gerüst für Lichtkuppeln, 022103A Dachhaut reinigen, 022106C Dachhaut abbr. Beton b 3 Schichten, 022111A Betonschutzschicht abbrechen b. 5cm, 029105A Transp./Verw./Dep. Betonabbruch und 218012B Instands. Gefällsbeton ü. 10-20 handelt.*

*Auf Frage aus dem Senat, warum ein etwaiger Entfall dieser Positionen nach Ansicht der AG einen Widerruf des Vergabeverfahrens erfordern würde und nicht etwa nach Zuschlagserteilung im Wege des Leistungsänderungsrechtes angeordnet werden könnte, gibt die AG Folgendes an:*

*Die Ö-Norm B 2110 wurde der Ausschreibung mit den Ergänzungen der Stadt Wien standardmäßig für diesen Bauauftrag zu Grunde gelegt. Eine Leistungsänderung nach Zuschlagserteilung würde nicht in Betracht kommen, weil 1. Mehrkostenforderungen durch Nichterreichung der Auftragssummen entstünden, 2. eine solche Leistungsänderung der Bietergleichbehandlung widersprechen würde und 3. ein Reihungssturz eintreten würde.*

*Seitens des Senates wird festgehalten, dass die AST in ihren Schriftsätzen unter Anführung von Literaturbelegen argumentiert hat, ein Widerruf würde nur dann in Betracht kommen, wenn die Änderungen so wesentlich sind, dass sie im Falle früherer Entdeckung nicht im Wege einer Berichtigung einer Ausschreibung hätten korrigiert werden können, sondern aufgrund der Wesentlichkeit bereits damals einen Widerruf erfordert hätten. Die Antragsgegnerseite möge darlegen, ob aus ihrer Sicht diese Änderungen bei früherer Entdeckung ihrer Ansicht nach im Wege einer Berichtigung hätten erfolgen können.*

*Die AG führt dazu aus, dass sie die Ausschreibung berichtigt hätte, wenn sie während der Frist, in der Berichtigungen möglich sind, auf das Erfordernis des Entfalles dieser Positionen aufmerksam geworden wäre. Sie sei jedoch erst aufgrund einerseits der Preise und andererseits eines anonymen Hinweises mit Schreiben vom 6.6.2016, dass eine Reihe von Positionen nicht nachvollziehbar seien, aufmerksam geworden.*

*Der Senat hält fest, dass dieses Schreiben laut Einlaufstempel am 8.6.2016 bei der MA 34 eingelangt ist und der Stellungnahme der MA 34 vom 19.7.2016 als Beilage angeschlossen ist.*

*Auf Frage aus dem Senat, ob und gegebenenfalls wo im Vergabeakt dokumentiert ist, dass die Änderung der Ausschreibung wesentlich sei bzw. einem Abschluss des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung (mit gegebenenfalls nachträglicher Leistungsänderung) entgegen stehen und einen Widerruf erfordern würde, gibt die AG an, dass dies im Vergabeakt nur durch die Excel Tabelle Positionsvergleich auf Positionssummenebene dokumentiert sei. Aus dieser Excel Tabelle gehe hervor, dass bestimmte Positionen nicht erforderlich seien und bei anderen Positionen Aufklärungsbedarf bestünde. Aufklärungsschritte seien im Hinblick auf die Widerrufsentscheidung nicht erfolgt. Es würde nach Ansicht der AG aus dieser Excel Tabelle ausreichend hervorgehen, dass ein Widerruf erforderlich sei.*

*Auf Frage aus dem Senat, wo im Vergabeakt der Reihungssturz nach Änderung dokumentiert sei, gibt die AG an, dass dies auf Seite 3 der Excel Tabelle Positionsvergleich auf Positionssummenebene ersichtlich sei. In der Spalte Netto-Reihung sehe man die Netto Angebotssummen der einzelnen Bieter, wobei die AST an erster Stelle gereiht ist. Rot wurden*

*Netto Summen abzüglich nicht erforderlicher Positionen gebildet. Grün wurden Netto Summen mit zusätzlichem Abzug betreffend Regie gebildet. Bei diesen Netto Summen sei die AST jeweils nicht mehr erstgereiht. Die AG habe das auch in ihrem letzten Schriftsatz, im vorletzten Absatz, Seite 4 ausgeführt.*

*Seitens des Senates wird festgehalten, dass die AG im letzten Schriftsatz ausgeführt hat, die AST habe bei den Positionen, die nicht erforderlich seien, besonders billig angeboten. Es ergeht die Frage an die AG, ob diesbezüglich ein etwaiger Verdacht einer möglichen spekulativen Preisgestaltung geprüft wurde und gegebenenfalls, wo dies im Vergabeakt dokumentiert sei.*

*Die AG führt dazu aus, dass sie eine Prüfung in Richtung des möglichen Vorliegens einer spekulativen Preisgestaltung für nicht erforderlich erachtet habe, weil ihrer Ansicht nach das Vergabeverfahren sowieso zu widerrufen gewesen sei. Bereits die Überschreitung der Kosten um mehr als 80% gegenüber dem geschätzten Auftragswert sei Grund genug für einen Widerruf des Vergabeverfahrens. Daher habe man auf Aufklärungsschritte hinsichtlich der Preisgestaltung verzichtet.*

*Der ASTV wird eine Kopie der Excel Tabelle Dach Kostenschätzung zur Einsichtnahme übergeben.*

*Die ASTV führt zu der Excel Tabelle aus, dass aus dieser nicht ersichtlich sei, dass die Kostenschätzung auf Basis der ausschreibungsgegenständlichen Leistungen erstellt worden sei. Nur in diesem Fall könne sie nämlich als Grundlage herangezogen werden. Zweitens sei nicht ersichtlich und nicht dokumentiert, wann die Kostenschätzung gemacht worden sei. Die Kostenschätzung könne nämlich nur dann als Grundlage für die Ausschreibung herangezogen werden, wenn sie nach Erstellung des Leistungsverzeichnisses erfolgt sei, was von der AST mangels entsprechender Dokumentation bestritten werde. Auch sei nicht auszuschließen, dass die Kostenschätzung auch erst nach Angebotsöffnung erstellt worden sein könnte, da das Erstellungsdatum nicht dokumentiert sei. Außerdem sei, nur als ein Beispiel von mehreren, die Position zzgl. Mehr LIKU + Montage nicht seriös und würde den marktüblichen Preisen bei weiten nicht entsprechen, da es sich um die Lieferung und Montage von 39 Stück Lichtkuppeln handeln würde. Der ASTV sei von ihrem Lieferanten die bloße Lieferung von 39 Lichtkuppeln um 46.\*\*\*, \*\* Euro netto angeboten worden. Die ASTV legt das Angebot eines Subunternehmers für die Lieferung und Montage von Lichtkuppeln vor. Dieses wird nach Einsichtnahme zurückgereicht.*

*Die ASTV bringt weiters vor, seit dem Jahr 2009 habe es laut Baukostenindex Indexsteigerungen beim Material um rund 60% für Schwarzdecker und rund 38 % für Spengler sowie für Lohnkosten um rund 14% gegeben. Diese Indexsteigerungen hätten bei der Kostenschätzung berücksichtigt werden müssen.*

*Die ASTV führt weiters aus, die der bei Kostenschätzung in Abzug gebrachten Positionen PSS Eckumfahrung und PSS Stützen seien im Leistungsverzeichnis in der Leistungsgruppe 25 enthalten. Dies belege als Beispiel, dass nach Ansicht der AST die Kostenschätzung nicht auf Grundlage der Ausschreibung erstellt worden sei.*

*Die ASTV ist daher der Ansicht, die Kostenschätzung könne jedenfalls nicht als Grundlage für den Widerruf herangezogen werden.*

*Die AG hält dem Vorbringen der ASTV entgegen, dass die Kostenschätzung auf der Grundlage des Vergabeverfahrens Zahl 6886/2009 erstellt worden sei, und zwar auf Grund der Schlussrechnung vom 29.7.2010. Das Bauvorhaben sei von der Bezirksvorstehung am 27.6.2012 mit der Zahl 1984/12/01 genehmigt worden. Die Kostenschätzung sei daher vor der Genehmigung durch die Bezirksvorstehung erfolgt.*

*Auf Vorhalt, dass in der Schlussrechnung das Datum 4.2.2010, nicht aber das Datum 29.7.2010 aufscheint, gibt die AG an, dass der 4.2.2010 ein anderes Datum sei, diese Schlussrechnung aber erst nach der Übernahme der Leistung am 29.7.2010 ausgestellt worden sei. Es handle sich jedenfalls um die der Excel Tabelle angeschlossene Schlussrechnung.*

*Die AST fragt, ob sie Einsicht in die Schlussrechnung nehmen kann.*

*Der Senat hält fest, dass auf dieses Thema gegebenenfalls dann zurückgekommen werde, wenn dies Entscheidungsrelevanz haben könne.*

*Zu den Lichtkuppeln führt die AG aus, dass in der zu Grunde liegenden Ausschreibung 11 Stück Lichtkuppeln ausgeschrieben worden seien, die allerdings doppelt so groß gewesen seien. Bei der gegenständlichen Ausschreibung seien 33 Stück Lichtkuppeln vorgesehen gewesen, die nur halb so groß seien, und nicht – wie von der AST angegeben – 39 Stück. Bei der Dachsicherung seien lediglich zwei Positionen abgezogen worden, sodass sehrwohl Dachsicherungsmaßnahmen berücksichtigt worden seien.*

*Die ASTV führt aus, die Position 012121C Gerüst für Lichtkuppeln könne man nicht entfallen lassen, weil es sich um eine notwendige Sicherung bei Durchführung der Arbeiten handle.*

*Die Position 022103A Dachhaut reinigen sei ebenfalls erforderlich. Eine Änderung der Position 022106C würde nur zu einer unwesentlichen Änderung der Ausschreibung führen und damit eine Widerruf nicht decken. Zur Position 022111A könne seriöser Weise noch nicht abgeschätzt werden, ob diese Position bei Leistungserbringung erforderlich sei, da die Erforderlichkeit davon abhängt, was im Zuge der Dacharbeiten unter der Dachhaut zum Vorschein komme. Auch die Position 029105A sei möglicherweise erforderlich, abhängig davon, welcher Abfall bei Ausführung der Arbeiten anfällt. Auch bei der Position 218012B würde sich erst bei Ausschreibung der Arbeiten – Anmerkung: richtig „bei Ausführung der Arbeiten“ – „herausstellen, ob diese Position erforderlich sei. Sollten einzelne dieser Positionen tatsächlich entfallen, würde dies jedenfalls nicht zu einer wesentlichen Änderung der Ausschreibung führen, welche einen Widerruf rechtfertigen würde.*

*Die AG führt dazu aus, dass in der derzeitigen Ausschreibung eine Reihe von Positionen insoweit doppelt vorhanden seien, als sich die Instandsetzung einerseits und die Neuherstellung andererseits wechselseitig ausschließen würden. Dies würde eine entsprechende Überarbeitung der Ausschreibungsunterlagen und zu diesem Zwecke den vorherigen Widerruf des*

*Vergabeverfahrens erforderlich machen. Die AST habe dies offenbar erkannt und in einzelnen Positionen entsprechend günstig kalkuliert.*

*Die ASTV bestreitet dies. Mit Ausnahme einer geringfügigen Position betreffend Blitzschutz gebe es keine doppelt ausgeschriebenen Positionen und die AST habe folglich auch nicht einen solchen Umstand ausgenützt.“*

#### Feststellung des entscheidungswesentlichen Sachverhaltes:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages im Preisangebotsverfahren. Zuschlagskriterium ist der niedrigste Preis. Leistungsgegenstand ist die Dachsanierung beim Nebengebäude der in den Ausschreibungsunterlagen angeführten Schule.

Es wurden von 6 Bietern Angebote eingereicht. Die Angebotsöffnung fand im Beisein der Bieter am 2.6.2016 statt. Das Angebot der Antragstellerin war dabei auf Grund des niedrigsten Preises erstgereiht.

Die Kostenschätzung durch die Antragsgegnerin erfolgte in der Weise, dass die Antragsgegnerin die Schlussrechnung über die Sanierung des Daches des Hauptgebäudes der gegenständlichen Schule vom Februar 2010 als Grundlage nahm, um die Kosten für die nunmehr anstehende Sanierung des Nebengebäudes der gleichen Schule zu schätzen. Eine Kopie der Schlussrechnung für die Sanierung des Hauptgebäudes liegt im Vergabeakt auf. Die Gesamtleistungssumme dieser Schlussrechnung war Ausgangspunkt der Kostenschätzung. Für Unterschiede zwischen der Schlussrechnung und dem nunmehrigen Auftrag wurden, wie aus der Kostenschätzung hervorgeht, Beträge abgezogen und Beträge hinzugerechnet, wobei sich die Antragsgegnerin mit einer groben Schätzung begnügte. Der auf dieser Grundlage geschätzte Auftragswert liegt in Form einer ausgedruckten Excel-Tabelle im Vergabeakt auf, ist in einzelne Kosten gegliedert und ergibt eine aufgerundete Bruttosumme von 125.000,00 €.

Der geschätzte Auftragswert wurde in der Ausschreibung nicht angeführt und der Antragstellerin erstmals in der Stellungnahme der Antragsgegnerin zum Nachprüfungsantrag mitgeteilt.

Das Datum und der Verfasser der Kostenschätzung sind im Vergabeakt nicht dokumentiert. Das Vorbringen der Antragsgegnerin, dass die Kostenschätzung vor dem Jahr 2012 erfolgt sei, zumal die Kosten von der Bezirksvorstehung am 27.6.2012 zur Zl. 1984/12/01 genehmigt worden sei, ist plausibel. In welchem Maße bei der Erstellung der Kostenschätzung bereits die kostenrelevanten Details der auszuschreibenden Leistung festgestanden sind, lässt sich aus der Kostenschätzung und dem Vergabeakt nicht nachvollziehen. Weiters sind – worauf die Antragstellerin in der Verhandlung ausdrücklich hingewiesen hat - zwischen der Schlussrechnung für die Dachsanierung des Hauptgebäudes im Jahre 2010 und der Angebotserstellung im Jahre 2016 Indexsteigerungen in nicht zu vernachlässigendem Ausmaß erfolgt. Von dieser Indexentwicklung konnten bei der Kostenschätzung maximal 2 Jahre und knapp 5 Monate berücksichtigt werden, weil die Schlussrechnung im Februar 2010 erstellt wurde und die Kostenschätzung vor der Beschlussfassung der Bezirksvorstehung im Juni 2012 abgeschlossen worden ist.

Das Angebot der Antragstellerin liegt mit einem zivilrechtlichen Gesamtpreis von 226.\*\*\*,\*\* € um mehr als 100.000,00 € bzw. um mehr als 80 % über dem geschätzten Auftragswert. Die Angebote der anderen Bieter sind jeweils höher als das Angebot der Antragstellerin.

Die Antragsgegnerin hat nach Angebotsöffnung einen Preisspiegel auf Positionsebene erstellt. Dieser umfasst 25 Blätter und liegt im Vergabeakt auf. Dabei bestehen zwischen den Angeboten bei zahlreichen Positionen Preisunterschiede deutlich über 1.000 %. Darüber hinaus wurden ein Preisspiegel nach Angebotssummen, ein Preisspiegel nach LG-Summen und eine Medianauswertung erstellt.

Die Antragsgegnerin hat einen Positionsvergleich auf Positionssummenebene in Form einer Excel-Tabelle erstellt. In dieser hat sie die Positionen 012121C „Gerüst für Lichtkuppeln“, 022103A „Dachhaut reinigen“, 022106C „Dachhaut abbr. Beton b. 3 Schichten“, 022111A „Betonschutzschicht abbrechen b. 5 cm“, 029105A „Transp./Verw./Dep. Betonabbruch“ und 218102B „Instands. Gefällsbeton ü. 10-20%“ rot und insgesamt acht Positionen, die Regiestunden enthalten, grün markiert. In dieser Excel-Tabelle ist angeführt, dass die rote Markierung „nicht erforderliche Position“ und die grüne Markierung „Regie“

bedeutet. Weiters ist dokumentiert, dass die Antragstellerin bei Abzug der rot markierten Positionen nicht mehr erstgereiht wäre. Zieht man auch die grün markierten Positionen ab, so bleibt es bei der nach Abzug der rot markierten Positionen eingetretenen Änderung der Reihung. Die Antragsgegnerin hat daraus geschlossen, dass der Abzug der nicht erforderlichen Positionen zu einem Reihungssturz führen würde, und darin ein Argument für das Erfordernis des Widerrufs gesehen.

Warum die Antragsgegnerin die rot markierten Positionen als nicht erforderlich erachtet hat, ist im Vergabeakt nicht dokumentiert. Die Antragsgegnerin hat ihre Dokumentation insoweit darauf beschränkt, die ihrer Ansicht nach fehlende Erforderlichkeit dieser Positionen durch rote Markierung ersichtlich zu machen. Warum der Entfall der rot markierten Positionen nach Ansicht der Antragsgegnerin zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung führen würde, hat die Antragsgegnerin gleichfalls nicht dokumentiert. Die diesbezügliche Dokumentation der Antragsgegnerin beschränkt sich insoweit darauf, dass der Entfall der rot markierten Positionen zu einem Reihungssturz führen würde.

Die Widerrufsentscheidung vom 15.6.2016 hat folgenden Wortlaut:

*„Die Magistratsabteilung 34 beabsichtigt, das Vergabeverfahren für die Dachsanierung im oben angeführten Objekt, Angebotsöffnung vom 2. Juni 2016, gemäß § 140 Abs. 1 BVergG zu widerrufen.*

*Begründung:*

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

*Die Stillhaltefrist gemäß § 140 Abs. 4 BVergG endet am 22. Juni 2016.“*

Die Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016 hat folgenden Wortlaut:

*„Die Magistratsabteilung 34 beabsichtigt, das Vergabeverfahren für die Dachsanierung im oben angeführten Objekt, Angebotsöffnung vom 2. Juni 2016, gemäß § 140 Abs. 1 BVergG zu widerrufen.*

*Begründung:*

*Es sind Umstände bekannt geworden, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Des Weiteren liegen sachliche Gründe gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 vor.*

*Anmerkung: Dieses Schreiben ersetzt das Schreiben vom 15.6.2016!*

*Die Stillhaltefrist gemäß § 140 Abs. 4 BVergG endet am 24. Juni 2016.“*

Die Antragstellerin ersuchte die Antragsgegnerin mit dem im Vergabeakt nicht einliegenden Schreiben vom 16.6.2016 um nähere Darlegung der einzelnen Umstände, die vor Einleitung des Vergabeverfahrens nicht bekannt waren und die, wenn sie bekannt gewesen wären, zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Die Antragstellerin ersuchte gleichzeitig um Darlegung, weshalb diese Gründe zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sowie um Darlegung, was sich in der Ausschreibung wesentlich geändert hätte.

Daraufhin hat die Antragsgegnerin mit dem im Vergabeakt einliegenden Schreiben vom 20.6.2016 Folgendes mitgeteilt:

*„In Beantwortung ihres Schreibens vom 16.6.2016 möchte die Magistratsabteilung 34 auf das weitere Schreiben der MA 34 vom 17.6.2016 verweisen.*

*Nach erfolgter Sichtung der Angebote wurde festgestellt, dass bei einigen Positionen Änderungsbedarf besteht.“*

#### Zur Beweiswürdigung:

Die Beweiswürdigung gründet auf der durchgeführten mündlichen Verhandlung, den vorgelegten Vergabeakten und dem Parteivorbringen. Dabei wurde maßgebliche Bedeutung der Frage beigemessen, ob und in welchem Ausmaß die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Widerrufsründe im Vergabeakt dokumentiert sind.

#### In rechtlicher Hinsicht wurde erwogen:

§ 139 BVergG samt Überschrift lautet:

*„Gründe für den Widerruf eines Vergabeverfahrens nach Ablauf der Angebotsfrist*

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

*1. Umstände bekannt werden, die, wären sie schon vor Einleitung des*

*Vergabeverfahrens bekannt gewesen, eine Ausschreibung ausgeschlossen hätten, oder*

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

3. *kein Angebot eingelangt ist, oder*

4. *nach dem Ausscheiden von Angeboten kein Angebot im Vergabeverfahren verbleibt.*

*(2) Ein Vergabeverfahren kann widerrufen werden, wenn*

1. *nur ein Angebot eingelangt ist, oder*

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

3. *dafür sachliche Gründe bestehen.“*

§ 26 WVRG samt Überschrift lautet:

*„Nichtigerklärung*

*§ 26. (1) Das Verwaltungsgericht Wien hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn*

1. *die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und*

2. *für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.*

*(2) Als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen kommt insbesondere auch die Streichung von diskriminierenden Anforderungen hinsichtlich technischer Leistungsmerkmale sowie hinsichtlich der wirtschaftlichen oder finanziellen Leistungsfähigkeit in den Ausschreibungsunterlagen oder in jedem sonstigen Dokument des Vergabeverfahrens in Betracht.“*

Zunächst ist festzuhalten, dass die Antragsgegnerin öffentliche Auftraggeberin ist, ein dem BVergG unterliegendes offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages nach dem Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises führt und in diesem zunächst am 15.6.2016 eine Widerrufsentscheidung erlassen hat. Diese Widerrufsentscheidung hat die Antragsgegnerin jedoch durch die Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016 ersetzt. Es besteht daher nur die Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016. Soweit sich der Nachprüfungsantrag – aus anwaltlicher Vorsicht – auch gegen die Widerrufsentscheidung vom 15.6.2016 richtet, ist er mangels rechtlicher Existenz einer solchen unzulässig.

Der Nachprüfungsantrag ist rechtzeitig und zulässig. Wenn die Antragsgegnerin den Angaben der Antragstellerin über den drohenden Schaden entgegenhält, dass es nicht Gegenstand dieses Nachprüfungsverfahrens sei, ob und in welcher Höhe ein möglicher Schaden entstanden ist, so ist auszuführen, dass die Antragstellerin mit den in Rede stehenden Angaben über den behaupteten drohenden oder bereits eingetretenen Schaden ein Formalerfordernis für die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrages erfüllt hat, zumal § 23 Abs. 1 Z 4 WVRG diesbezügliche Angaben im Nachprüfungsantrag verlangt. Eine darüber hinaus gehende Bedeutung hat die Anführung der drohenden oder bereits eingetretenen Schäden für dieses Nachprüfungsverfahren nicht.

Die Antragsgegnerin hat ihre Widerrufsentscheidung vom 17.6.2016 darauf gestützt, dass Umstände bekannt geworden sind, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Des Weiteren würden sachliche Gründe gemäß § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen.

Die Antragstellerin führt in ihrem Nachprüfungsantrag unter anderem detailliert aus, dass die Widerrufsentscheidung vergaberechtswidrig sei, weil in ihr die Gründe für den beabsichtigten Widerruf nicht bekannt gegeben worden seien, wobei die bloße Wiedergabe der verba legalia als Bekanntgabe von Widerrufsgründen unzureichend sei. In der Widerrufsentscheidung seien aber lediglich die verba legalia des § 139 Abs. 1 Z 2 und Abs. 2 Z 3 wiedergegeben worden.

Dazu hat der Senat Folgendes erwogen:

Die gegenständlich mit der Widerrufsentscheidung erfolgte Mitteilung, dass Umstände bekannt geworden sind, die, wären sie schon vor Einleitung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen, zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, sagt nichts darüber aus, um welche Umstände es sich dabei handelt. Die Mitteilung, dass sachliche Gründe für einen Widerruf bestehen, sagt nichts darüber aus, um welche sachlichen Gründe es sich dabei handelt. Der VKS Wien hat mit Bescheid vom 6.6.2013, VKS-312198/13, eine Begründung einer Widerrufsentscheidung, die sich lediglich auf einen

Widerrufstatbestand des § 139 Abs. 1 BVergG bezogen hat, als einen gravierenden Verstoß gegen die die Auftraggeberin treffende Begründungspflicht gewertet. Diese Wertung ist nach Ansicht des Senates auf den Anlassfall zu übertragen. Durch die bloße Wiedergabe des Gesetzeswortlautes ohne Anführung, welche Umstände nachträglich bekannt geworden sind und warum sie zu einer wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten, bzw. ohne Anführung, um welchen sachlichen Grund es sich handelt, kommt ein Auftraggeber seiner im § 140 Abs. 1 letzter Satz BVergG festgelegten Pflicht, seine Widerrufsentscheidung zu begründen, nicht ordnungsgemäß nach.

Dies bedeutet jedoch noch nicht, dass die Widerrufsentscheidung schon bei Vorliegen eines solchen Begründungsmangels nichtig zu erklären wäre. Gemäß § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG ist es nämlich für eine Nichtigklärung überdies erforderlich, dass die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Der Zweck der Regelung des § 26 Abs. 1 Z 2 WVRG liegt nach Ansicht des Senates darin, dass Nichtigklärungen, die lediglich zu einer Verzögerung des Vergabeverfahrens führen würden, aber am Sachausgang des Vergabeverfahrens nichts ändern könnten, unterbleiben. Für die Wesentlichkeit der Rechtswidrigkeit ist zumindest eine potentielle Relevanz für den Ausgang des Vergabeverfahrens erforderlich (Mandl in Schwartz, BVergG, 3. Auflage, § 325, Rz 3/1 mwN). Daraus folgt, dass die Nichtigklärung einer nicht ausreichend begründeten Widerrufserklärung dann zu unterbleiben hat, wenn objektiv feststeht, dass ein Widerrufsgrund vorliegt und die Auftraggeberin damit objektiv zumindest berechtigt ist, das Vergabeverfahren zu widerrufen. So hat der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 3.9.2008, 2008/04/0109, zu einer unzutreffend begründeten Widerrufsentscheidung ausgeführt, dass eine Nichtigklärung dann zu unterbleiben habe, wenn die Entscheidung des Auftraggebers mit den Rechtsvorschriften in Einklang steht, also ein anderer Widerrufsgrund objektiv vorliegt. Auch in seinem Erkenntnis vom 25.9.2012, 2008/04/0054, ist der Verwaltungsgerichtshof davon ausgegangen, dass die Frage, ob ein anderer Widerrufsgrund als der, auf den sich die Widerrufsentscheidung stützt, vorliegt, im Nachprüfungsverfahren relevant ist und nicht ausgeklammert

werden darf. Nach Ansicht des Senates ist diese Judikatur, die zu unzutreffenden Begründungen von Widerrufsentscheidungen ergangen ist, insoweit auf unzureichend begründete Widerrufsentscheidungen zu übertragen, als auch deren Nichtigerklärung dann zu unterbleiben hat, wenn feststeht, dass ein Widerrufsgrund objektiv vorliegt.

Das Verwaltungsgericht stellt weiters fest, dass die Führung des Vergabeverfahrens der Auftraggeberin obliegt und es damit die Aufgabe der Auftraggeberin ist, allfällige Widerrufsgründe herauszuarbeiten und im Vergabeakt zu dokumentieren. Aufgabe des Verwaltungsgerichtes ist es grundsätzlich, einen von der Auftraggeberin entsprechend herausgearbeiteten und dokumentierten Widerrufsgrund im Wege des Vergaberechtsschutzes nachzuprüfen, nicht aber, solche Widerrufsgründe erst herauszuarbeiten und erstmals zu dokumentieren. Selbst die Feststellung, dass ein von der Antragsgegnerin nicht herangezogener Widerrufsgrund vorliegt, der Begründungsmangel der Widerrufsentscheidung somit nicht von wesentlichem Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens ist, setzt eine entsprechende Dokumentation durch die Antragsgegnerin im Vergabeakt voraus.

Zu den von der Antragsgegnerin ausgeführten und von der Antragstellerin bestrittenen Umständen, die nach Ansicht der Antragsgegnerin eine wesentlich andere Ausschreibung erfordern, ist Folgendes auszuführen:

Eine wesentliche Überschreitung des von der Antragsgegnerin geschätzten Auftragswertes kann grundsätzlich einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (VwGH 25.9.2012, 2008/04/0054) ist jedoch zu prüfen bzw. im Vergaberechtsschutz nachzuprüfen, ob die Kostenschätzung der Auftraggeberin eine geeignete Vergleichsgrundlage für die Annahme einer wesentlichen Überhöhung der Angebotspreise darstellt. Dies setzt nach Ansicht des Senates voraus, dass die Kostenschätzung der Auftraggeberin detailliert genug ist, um Grundlage für eine darauf aufbauende Nachprüfung sein zu können. Aus einer solchen Kostenschätzung hat nach Ansicht des Senates jedenfalls nachvollziehbar hervorzugehen, dass damit die voraussichtlichen Kosten der ausgeschriebenen Leistung geschätzt wurden. Auch ist aus der Kostenschätzung – wie die Antragstellerin zutreffend vorgebracht hat - nicht ersichtlich, dass diese im

Vergabeverfahren erstellt wurde. Aus Gründen der Transparenz der Kostenschätzung sollte im Vergabeakt – z.B. durch Anführung des Namens des Sachbearbeiters und des Datums der Erstellung - dokumentiert sein, wann und von wem die Kostenschätzung erstellt wurde und wie dabei vorgegangen wurde. Die im Vergabeakt befindliche Kostenschätzung entspricht diesen Anforderungen nicht.

Soll eine weniger detaillierte Kostenschätzung Grundlage für einen Widerruf werden, dann muss – wie die Antragstellerin in ihrem Schriftsatz zutreffend ausgeführt hat – ein zusätzlicher Aspekt hinzutreten. Ein solcher Aspekt kann, wie die Antragstellerin angeführt hat, in der fehlenden budgetären Bedeckung liegen. Ein solcher zusätzlicher Aspekt kann gegebenenfalls auch darin liegen, dass der Auftraggeber den von ihm in Aussicht genommenen Auftragswert in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen hat, zumal der Auftragswert in diesem Fall Bestandteil der Ausschreibungsunterlagen würde. Ein solcher zusätzlicher Aspekt liegt im Anlassfall jedoch nicht vor. Eine etwaige fehlende budgetäre Bedeckung wurde von der Antragsgegnerin weder vorgebracht noch im Vergabeakt dokumentiert. Der geschätzte Auftragswert ist auch nicht Teil der Ausschreibungsunterlagen und kann somit von deren Bestandsfestigkeit nicht umfasst sein.

Im Ergebnis bildet der Vergabeakt daher derzeit keine Grundlage, um die Widerrufsentscheidung auf die Kostenschätzung stützen zu können. Es fehlt dazu die Nachvollziehbarkeit darüber, dass diese Kostenschätzung eine geeignete Vergleichsgrundlage wäre.

Die Antragsgegnerin hat weiters vorgebracht, dass der Widerruf in nicht erforderlichen Positionen und dem daraus resultierenden Erfordernis einer wesentlich anderen Ausschreibung begründet sei.

Dazu vertreten die Antragstellerin einerseits und die Antragsgegnerin andererseits unterschiedliche Auffassungen, ob der zwingende Widerrufsgrund des § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG vorliegt, ob also ein etwaiger Entfall der in Rede stehenden Positionen zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätte.

Die Antragstellerin vertritt, kurz zusammengefasst, die Ansicht, dieser Widerrufsgrund würde nur dann vorliegen, wenn das Ausmaß der erforderlichen Änderung so groß ist, dass diese Änderungen wegen ihrer Art oder ihres Umfangs nicht im Wege einer Berichtigung hätten durchgeführt werden können, sondern auch schon im Ausschreibungsstadium einen Widerruf mit nachfolgender Neuausschreibung erforderlich gemacht hätten. Aus verfahrensökonomischen Gründen sei dazu angemerkt, dass nach Ansicht des Senates grundsätzlich auch ein weniger umfangreicher Änderungsbedarf dann einen Widerruf zu tragen vermag, wenn ein vernünftiger Auftraggeber auf Grund des Änderungsbedarfes einen Widerruf durchführen würde, zumal dann zumindest ein sachlicher Grund für einen Widerruf und damit zumindest der fakultative Widerrufsgrund des § 139 Abs. 2 Z 3 BVergG vorliegen würde. Allerdings stellt nicht jeder Änderungsbedarf auf Positionsebene zwangsläufig einen sachlichen Grund für einen Widerruf dar, sondern ist gegebenenfalls sachlich abzuwägen, ob und warum einem Widerruf gegenüber einer etwaigen Leistungsänderung nach Zuschlagserteilung der Vorzug zu geben ist. Die Ausführungen der Antragstellerin beziehen sich insoweit also nur auf die Frage des Vorliegens eines zwingenden Widerrufsgrundes, stehen aber dem etwaigen Vorliegen eines fakultativen Widerrufsgrundes nicht entgegen.

Demgegenüber meint die Antragsgegnerin offenbar, der sich bei Herausrechnung der ihrer Ansicht nach nicht benötigten Positionen ergebende Reihungssturz würde einen Widerruf nach § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG erfordern. Dem ist entgegen zu halten, dass das Eintreten eines Reihungssturzes bei Herausrechnung einzelner Positionen nichts darüber aussagt, ob die Änderungen umfangreich, geringfügig oder sogar nur minimal sind. Im Fall entsprechend knapp aneinander liegender Angebote könnte daher gegebenenfalls schon eine minimale Änderung auf Positionsebene, etwa die Herausnahme einer geringfügigen Eventualposition, zu einem Reihungssturz führen. Würde man diese Ansicht konsequent durchhalten, so könnte das zu dem nach Ansicht des Senates nicht haltbaren Ergebnis führen, dass z.B. bei einem Bauauftrag im Bereich von mehreren Millionen Euro eine Bagatelleposition im Bereich von etwa 100 € im Fall eines Reihungssturzes den Widerruf des Vergabeverfahrens erfordern würde. Das Eintreten eines Reihungssturzes bezeichnet somit kein für sich alleine maßgebliches Kriterium für einen obligatorischen Widerruf und führt daher für sich alleine nicht zum

Vorliegen eines zwingenden Widerrufsgrundes gemäß § 139 Abs. 1 Z 2 BVergG.

Im Anlassfall war jedoch aus dem Vergabeakt nicht nachvollziehbar, dass die rot markierten Positionen überhaupt zu entfallen haben. Insbesondere fehlen im Vergabeakt verbale Ausführungen, aus welchen Gründen die Auftraggeberin diese Positionen für nicht mehr erforderlich erachtet. Darüber hinaus fehlen im Vergabeakt verbale Ausführungen, aus welchen Gründen der für erforderlich erachtete Entfall dieser Positionen nach Ansicht der Auftraggeberin den Widerruf des Vergabeverfahrens erforderlich macht. Eine nachvollziehbare Abwägung, warum ein etwaiger Widerruf einer etwaigen nachträglichen Leistungsänderung vorzuziehen ist, kann grundsätzlich, wenn entsprechend gewichtige Aspekte aufgedeckt und dokumentiert werden, einen sachlichen Grund für einen Widerruf darstellen, weil ein Auftraggeber im Ergebnis nicht verpflichtet sein kann, eine Leistung zu beziehen, die er nicht benötigt.

Die Antragsgegnerin hat schließlich vorgebracht, der Antragstellerin sei offensichtlich bewusst gewesen, dass bestimmte Positionen im Leistungsverzeichnis für die Auftragsausführung nicht notwendig seien, weshalb sie in diesen Positionen Preise angeboten habe, die lediglich 2,0 % oder weniger der Preise entsprechen würden, die andere Bieter in diesen Positionen angeboten hätten.

Dazu ist festzuhalten, dass die Antragstellerin von der Antragsgegnerin nicht aufgefordert wurde, die in Rede stehenden Positionspreise zu erklären, und daher nach dem derzeitigen Verfahrensstand nicht davon ausgegangen werden kann, dass das Angebot der Antragstellerin wegen einer allfälligen offenkundigen spekulativen Preisgestaltung auszuschneiden wäre. Wenn die Antragsgegnerin ausführt, dass eine vertiefte Prüfung des Angebotes der Antragstellerin im Hinblick auf den ohnedies in Aussicht genommenen Widerruf des Vergabeverfahrens nicht erforderlich sei, so ist die Antragsgegnerin damit im Recht. Allerdings war, da somit ein Ausscheidensgrund betreffend das Angebot der Antragstellerin aus dem Vergabeakt nicht offenkundig hervorging, auch von der Antragslegitimation der Antragstellerin auszugehen.

Zu der von der Antragstellerin beantragten Einsicht in bestimmte Unterlagen des Vergabeaktes ist auszuführen, dass diese Dokumente zum weitaus überwiegenden Teil aus konkreten Details wie z.B. Positionspreisen von anderen Angeboten bzw. im Fall der Kostenschätzung aus Positionen und Positionspreisen eines anderen Auftrages bestehen und insoweit bereits auf Grund der darin enthaltenen Geschäftsgeheimnisse keine Akteneinsicht gewährt werden kann. Dazu kam, dass die Antragsgegnerin diese Unterlagen als zur Gänze von der Akteneinsicht ausgenommen erklärt hat und diesbezüglich ein Klärungsbedarf des Umfanges der Geheimhaltungsinteressen bestand. Im Zuge der mündlichen Verhandlung wurde das Thema der Akteneinsicht erörtert und der Antragstellerin soweit Einsicht gewährt, als dies im Hinblick auf Geschäftsgeheimnisse und sonstige Geheimhaltungserfordernisse zulässig und zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlich war.

Zusammenfassend entsprach die Widerrufsentscheidung nicht den Begründungserfordernissen des § 140 Abs. 1 letzter Satz BVergG und waren die Gründe für die Widerrufsentscheidung im Vergabeakt unzureichend dokumentiert. Es trifft zwar zu, dass Begründungsmängel von Widerrufsentscheidungen dann nicht für den Ausgang des Vergabeverfahrens relevant sind, wenn zumindest ein Widerrufsgrund tatsächlich vorliegt. Der Senat ist der Ansicht, dass dieser Widerrufsgrund oder diese Widerrufsgründe eine Grundlage im Vergabeakt haben müssen, die es dem Gericht ermöglicht en, nachzuvollziehen, auf welche Überlegungen die Auftraggeberin den Widerruf stützt. Das fordert schon der im § 19 BVergG festgelegte Grundsatz der Transparenz. Im gegenständlichen Fall hat die Antragstellerin erst aus der Stellungnahme der Antragsgegnerin im Nachprüfungsantrag erfahren, welche Gründe die Antragsgegnerin für den beabsichtigten Widerruf heranzieht und ließen sich die von der Antragsgegnerin herangezogenen Gründe auch nicht in ausreichendem Maße aus dem Vergabeakt nachvollziehen.

Die Kostenentscheidung gründet sich auf § 16 Abs. 1 WVRG. Da die Antragstellerin obsiegt hat, hat sie Anspruch auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 4500 durch die Auftraggeberin.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### Belehrung

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr.<sup>in</sup> Lettner