OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840215/13/Kl/CG

Datum:
Linz, 2. Februar 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Klempt über den Feststellungsantrag vom 18.11.2020, eingelangt am 19.11.2020, der L G m.b.H., S, vertreten durch D K Rechtsanwälte GmbH & Co KG, S, L, gegen den Widerruf des Vergabeverfahrens „I H“ der Gemeinde S nach öffentlicher mündlicher Verhandlung und Verkündung am 5. Jänner 2021

zu Recht erkannt:

I. Der Feststellungsantrag vom 18.11.2020, eingelangt am 19.11.2020, wird als unbegründet abgewiesen.

II. Der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wird als unbegründet abgewiesen.

III. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

1. Die L G m.b.H., S, (kurz: Antragstellerin) hat mit Eingabe vom 18.11.2020, eingelangt am 19.11.2020, den Antrag auf Feststellung gemäß §§ 2 Abs. 5 Z. 1 iVm 12 Abs. 1 Z. 5 OÖ. VergRSG 2006 eingebracht, dass die Erklärung des Widerrufes des Vergabeverfahrens „I H“ vom 11.11.2020 wegen Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens – konkret des OÖ. BVergG 2018 – oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, gemäß § 2 Abs. 5 Z. 4 iVm. § 16a OÖ. VergRSG 2006 den Widerruf des Vergabeverfahrens „I H“ vom 11.11.2020 für unwirksam zu erklären, Akteneinsicht zu gewähren, eine mündliche Verhandlung durchzuführen, sowie gemäß § 23 OÖ. VergRSG 2006 die Auftraggeberin zum Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren zu Handen ihrer ausgewiesenen Rechtsvertreterin binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu verpflichten.
Begründend wurde ausgeführt, dass die Auftraggeberin Gemeinde S (im Folgenden kurz: Auftraggeberin) im Vergabeverfahren mit der Bezeichnung „I H“ Erdbau- und Baumeisterarbeiten zur Errichtung von Infrastruktur zur Erschließung des Siedlungsgebietes H in S als Bauauftrag im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben hat. Angefochten wird die von der Auftraggeberin am 11.11.2020 elektronisch über das ANKÖ–Vergabeportal bekanntgegebene Widerrufserklärung gemäß § 150 Abs. 7 Bundesvergabegesetz 2018. Die Ausschreibung wurde am 17.8.2020 bekanntgemacht und wurde das Vergabeverfahren ausschließlich elektronisch über das ANKÖ-Vergabeportal abgewickelt. Gemäß dem Angebotsschreiben (Ausschreibung) vom 17.8.2020 sollte der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden (Bestbieterprinzip). Die Antragstellerin hat am 14.9.2020 um 10:32 Uhr in offener Angebotsfrist ein ausschreibungskonformes Angebot mit einem Angebotspreis (inkl. USt) in Höhe von 2,338.706,66 Euro gelegt. Bei der Angebotsöffnung am 14.9.2020 um 11:07 Uhr waren 9 Angebote eingereicht. Das Angebot der Antragstellerin lag preislich an zweiter Stelle. Im Begleitschreiben zum Angebot hat die Antragstellerin unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Punkt B 6 des Anbotsschreibens (Seite 6/45) die Gewährleistungsfrist um 3 Jahre verlängert, sodass davon auszugehen ist, dass das Angebot der Antragstellerin auch qualitativ an zweiter Stelle lag. Es lag nur ein Angebot preislich vor dem Angebot der Antragstellerin, und zwar das Angebot der Baumeister K F Hoch- und TiefbauG mbH, A (im Folgenden kurz: Mitbieterin), mit dem Angebotspreis (inkl. USt) in Höhe von 2,014.232,52 Euro. Das Angebot der Mitbieterin wäre gemäß § 141 BVergG 2018 – insbesondere wegen mangelnder Eignung (Z. 2, v.a. wegen fehlender Referenzen), wegen nicht plausibler Zusammensetzung des Gesamtpreises (Z. 3) und wegen Widerspruchs gegen die Ausschreibungsbestimmungen (Z. 7) – auszuscheiden und damit das Angebot der Antragstellerin erstgereiht gewesen. Die anderen Angebote lagen jedenfalls preislich hinter dem

Angebot der Antragstellerin. Die Angebote der Antragstellerin und der nachgereihten Bieter – mit Ausnahme jener der (insoweit abgeschlagenen) acht – und neuntgereihten Bieter – lagen sehr nahe beieinander, während das Angebot der Mitbieterin preislich um nahezu 14 % vom Angebot der Antragstellerin abwich. Der von der Mitbieterin angebotene Gesamtpreis ist jedoch betriebswirtschaftlich nicht erklär- bzw. nachvollziehbar. Es ist auszuschließen, dass ein seriöses und leistungsfähiges Unternehmen auf Basis der vorliegenden Ausschreibung in der Lage wäre, kostendeckend einen derart niedrigen Preis anzubieten. Dies wäre nur dann möglich, wenn die in der Ausschreibung geforderten Leistungsanforderungen bzw. technischen Spezifikationen nicht erfüllt werden. Am 11.11.2020 wurde über das ANKÖ-Vergabeportal elektronisch bekanntgegeben, dass die Auftraggeberin gemäß § 150 Abs. 7 BVergG 2018 das gegenständliche Verfahren mit sofortiger Wirkung widerruft. Die Auftraggeberin hielt weiters fest, dass sie damit die volle Handlungsfreiheit wiedererlangt habe und dadurch das Vergabeverfahren endgültig abgeschlossen sei. Wird im Unterschwellenbereich der Widerruf unmittelbar erklärt, so kann ein Bieter die Feststellung beantragen, dass die Erklärung des Widerrufs rechtswidrig war, etwa weil – wie gegenständlich – kein sachlicher Grund für einen Widerruf vorlag. Bereits am 12.11.2020 – also nur einen Tag nach Bekanntgabe der Erklärung des Widerrufs des gegenständlichen Vergabeverfahrens – wurde der gegenständliche Auftrag neuerlich ausgeschrieben und bekanntgemacht. Ein Vergleich der den Ausschreibungen vom 17.8.2020 einerseits und vom 12.11.2020 andererseits zu Grunde liegenden Leistungsverzeichnisse einschl. Mengen und Massen ergibt keinerlei Unterschiede. Der gegenständliche Auftrag blieb daher in leistungstechnischer Hinsicht unverändert. Geändert wurden nur die (ursprünglich von der Antragstellerin erfüllten) Eignungs- und Zuschlagskriterien. So wurde bei den Eignungskriterien im Vergleich zur ursprünglichen Ausschreibung das KSV-Rating von maximal 299 auf weniger strenge 399 geändert, die Referenzen von zwei auf eine herabgesetzt und abgeschwächt und bei den Zuschlagskriterien (bei Entfall eines der ursprünglich 3 Kriterien) die Gewichtung des Preises von 85 auf 90 Punkte hinaufgesetzt. Diese Änderungen wurden nur deswegen vorgenommen, um der Mitbieterin im neuen Verfahren die Legung eines neuen (diesmal ausschreibungskonformen) Angebotes zu ermöglichen und (über die Aufwertung des Preiskriteriums) ihre Chancen noch weiter zu erhöhen. Der Antragstellerin ist bekannt geworden, dass die Auftraggeberin den gegenständlichen Auftrag aufgrund des außergewöhnlich günstigen Preises gerne an die Mitbieterin vergeben hätte, dies allerdings nicht möglich war, weil die Mitbieterin – v.a. weil sie nicht über die in der ursprünglichen Ausschreibung geforderten Referenzen verfügte – nicht geeignet war und kein ausschreibungskonformes Angebot gelegt hat, sodass sie für einen Zuschlag nicht in Betracht kam. Da die neue Ausschreibung lediglich bei den von der Antragstellerin ursprünglich erfüllten Eignungs- und Zuschlagskriterien – das bedeutet: evidenter maßen (nur) zum Vorteil der Mitbieterin – verändert wurde, liegt nahe, dass die Auftraggeberin nur deshalb das Verfahren widerrufen (und umgehend neu ausgeschrieben) hat, um den gegenständlichen Auftrag an die

Mitbieterin vergeben zu können und nicht an die Antragstellerin vergeben zu müssen. Die nur unwesentliche und geringfügige Änderung der (von der Antragstellerin und möglicherweise auch von anderen Mitbietern im gegenständlich widerrufenen Verfahren erfüllten) Eignungs- und Zuschlagskriterien in der neuen Ausschreibung im unmittelbaren Anschluss an den Widerruf bezeugt deutlich, dass kein gesetzlich in § 149 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 angeordneter zulässiger Widerrufsgrund vorgelegen hat, weil derartige Änderungen keinen Widerruf und keine Neuausschreibung (sachlich) rechtfertigen. Zum Interesse am Vertragsabschluss und drohenden bzw. eingetretenen Schaden für die Antragstellerin wurde darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin ein Bauunternehmen ist und insbesondere auch öffentliche Infrastruktureinrichtungen bzw. -anlagen (Straßen, Kanäle, Wasserleitungen, etc.) für öffentliche Auftraggeber, v.a. Gemeinden, errichtet. Auftraggeber von Infrastruktureinrichtungen sind nahezu ausschließlich öffentliche Auftraggeber. Die Antragstellerin hat bereits für zahlreiche öffentliche Auftraggeber in Österreich Infrastruktureinrichtungen bzw. -anlagen errichtet. Sie hätte daher ein großes Interesse daran gehabt, auch für den gegenständlichen Auftrag den Zuschlag zu erhalten. Sie verfügt über die geforderte Eignung und hat ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und hätte die auftragsgegenständlichen Leistungen auch vollständig erbringen können, wenn sie den Zuschlag erhalten hätte. Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise hätte die Auftraggeberin das Angebot der Mitbieterin ausscheiden müssen, sodass die Antragstellerin gegenständlich Bestbieterin bzw. (präsumtive) Zuschlagsempfängerin gewesen wäre. Durch den rechtswidrigen Widerruf des Verfahrens hat die Auftraggeberin rechtswidrig (und schuldhaft) die Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der sowie die anschließende Zuschlagserteilung an die Antragstellerin (und damit den Vertragsabschluss mit der Antragstellerin als Bestbieterin) vereitelt bzw. der Antragstellerin zumindest die echte Chance entzogen, den (Zuschlag für den) gegenständlichen Auftrag zu erhalten. Es ist der Antragstellerin ein erheblicher, unwiederbringlicher materieller und immaterieller Schaden entstanden, sind frustrierte Sach- und Personalkosten im Zusammenhang mit der Erstellung des Angebotes und der Zusammenstellung der Angebotsunterlagen erwachsen und erlitt die Antragstellerin einen Schaden in Höhe des entgangenen branchenüblichen Verdienstes bzw. Gewinnes. Dazu kommen die Kosten der rechtlichen Beratung und Vertretung im Zusammenhang mit den nunmehr geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen. Darüber hinaus liege auch ein Verlust eines Referenzprojektes vor. Die Antragstellerin erachte sich im Recht auf Widerruf des Verfahrens nur bei Vorliegen eines gesetzlichen in § 149 BVergG 2018 angeordneten Grundes, auf Durchführung eines rechts- und ausschreibungskonformen Verfahrens, auf (Bekanntgabe der) Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Einhaltung der in § 20 Abs. 1 BVergG 2018 angeführten Grundsätze des Vergabeverfahrens sowie auf Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Preisen und auf Einhaltung der Grundrechte, insbesondere des Gleichheitssatzes verletzt. Das Angebot der Mitbieterin hätte ausgeschieden werden müssen, weil diese die in Punkt B 5 auf

Seite 5/45 des Angebotsschreibens geregelte technische Leistungsfähigkeit im Hinblick auf die geforderten mindestens 2 Unternehmensreferenzen mit dem nachfolgend geregelten Mindestleistungsinhalt nicht erfüllt. Der Antragstellerin ist ihr Marktumfeld und ihr Mitbewerb bekannt und daher bekannt, dass weder die Mitbieterin noch die von ihr benannten Subunternehmer (lt. Angebotsöffnungsprotokoll) die in Punkt B 5 geforderten Mindestreferenzen erbringen konnte. Es wäre daher das Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z. 2 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden gewesen. Da in der neuen Ausschreibung auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit hinsichtlich KSV-Rating von maximal 299 auf 399 abgeschwächt wurde, wird auch vorsorglich geltend gemacht, dass die Mitbieterin im widerrufenen Verfahren auch dieses Kriterium nicht erfüllt hat. Die Antragstellerin wäre somit Bestbieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin gewesen. Weiters wurde auch nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises bzw. ungewöhnlich niedriges Angebot geltend gemacht. Gegenständlich divergiert der von der Mitbieterin angebotene Preis um 324.474,10 Euro brutto von jenem der Antragstellerin, was einer prozentuellen Abweichung von 14 % entspricht. Die nachfolgenden Angebote liegen – mit Ausnahme jener der acht- und neuntgereihten Bieter – preislich nahe beim Angebot der Antragstellerin, sodass daraus unzweifelhaft ein gewisser „marktüblicher Preis“ für die ausgeschriebenen Leistungen ableitbar ist. Der angebotene Gesamtpreis war daher betriebswirtschaftlich nicht erklär- bzw. nachvollziehbar, weil auszuschließen ist, dass ein seriöses und leistungsfähiges Unternehmen auf Basis der vorliegenden Ausschreibung in der Lage wäre, kostendeckend einen derart niedrigen Preis anzubieten.
Ein sachlicher Grund für einen Widerruf gemäß § 149 Abs. 2 Z. 3 BVergG 2018 liegt nicht vor, da die Antragstellerin als Bestbieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin über die in der widerrufenen (ursprünglichen) Ausschreibung geforderte Eignung verfügt, ein ausschreibungskonformes und preisangemessenes Angebot gelegt hat und die auftragsgegenständlichen Leistungen zu dem von ihr angebotenen angemessenen Preis auch vollständig erbringen hätte können. Es ist nicht nachvollziehbar, weshalb das gegenständliche Verfahren widerrufen wurde und bereits einen Tag später ein neues Vergabeverfahren unter Zugrundelegung einer geringfügig und unerheblich abgeänderten Ausschreibung erfolgt. Eine umgehende Neuausschreibung wäre nur dann sachlich nachvollziehbar und gerechtfertigt, wenn im widerrufenen Vergabeverfahren kein oder nur ein einziger Bieter in der Lage gewesen wäre, diese Kriterien zu erfüllen. Ein Vergabeverfahren nur deswegen zu widerrufen, damit der gewünschte Bieter für den Zuschlag in Betracht kommt, ist unsachlich und widerspricht dem BVergG 2018.
Dem Antrag wurde die Bekanntgabe der Widerrufserklärung, das Angebotsschreiben (Ausschreibung) vom 17.8.2020, das Protokoll über die Öffnung der Angebote vom 14.9.2020 sowie das Angebotsschreiben (Ausschreibung) vom 12.11.2020 angeschlossen.

2. Die Auftraggeberin hat in der Stellungnahme vom 1. Dezember 2020 die Abweisung der im Feststellungsantrag vom 18.11.2020 gestellten Anträge begehrt und in eventu gemäß § 2 Abs. 5 Z. 2 OÖ. VergRSG 2006 den Gegenantrag gestellt, festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der Bestimmungen des BVergG 2018 bzw. der dazu ergangenen Verordnungen oder bei Einhaltung der Bestimmungen des direkt anwendbaren Unionsrechts keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages im widerrufenen Verfahren gehabt hätte.

Zum ausgeschriebenen „I H“ wurde dargelegt, dass im Zuge der raumplanerischen Entwicklung des Gemeindegebietes der Auftraggeberin es seit 2017 Bestrebungen des Stiftes S (im Folgenden kurz: Stift) als Grundeigentümerin gibt, eine ca. 86.800 m² große Fläche in Wohngebiet umwidmen zu lassen. Nach Abtretung entsprechender Flächen für die Errichtung diverser Anlagen wie Aufschließungsstraßen, Grünflächen, Flächen für die Retention von Niederschlagswässern, etc. verbleibt auf Basis der bereits erstellten Raumplanungskonzepte eine als Bauland verwertbare Fläche im Ausmaß von rd. 65.035 m². Um dieses Bauland baureif zu machen, ersuchte das Stift die Auftraggeberin um Planung, Ausschreibung, Errichtung, Überwachung und Abnahme der zur Errichtung der erforderlichen Infrastruktur notwendigen Bauarbeiten. Aus raumplanerischer Sicht entspricht das Projekt den Intentionen der Auftraggeberin. Voraussetzung für die von der Auftraggeberin zu erbringenden Leistungen war von vornherein jedoch, dass diese für das Budget der Auftraggeberin kostenneutral bleiben müssen. Aus diesem Grund wurden zur Entwicklung und verkehrsmäßigen Aufschließung der vorerwähnten Flächen („H“) Raumordnungsverträge mit dem Stift abgeschlossen. Der Raumordnungsvertrag betreffend Etappe 1 wurde in der Sitzung des Gemeinderates der Auftraggeberin am 11.12.2017 genehmigt und am 16.1.2018 unterfertigt. Der Raumordnungsvertrag betreffend die (geänderte) Etappe 2 wurde in der Sitzung des Gemeinderates der Auftraggeberin am 27.1.2020 genehmigt und am 12.2.2020 unterfertigt. In den jeweiligen Raumordnungsverträgen ist festgehalten, dass die Auftraggeberin zur Vorfinanzierung des Projektes ein entsprechendes Darlehen aufnehmen muss, welches auch der Genehmigung des Landes Oberösterreich als Aufsichtsbehörde bedarf.

Im Jahr 2017 wurde unter Beiziehung des Ortsplaners, eines Ziviltechnikers und eines technischen Büros eine Kostenschätzung der infrastrukturellen Aufschließung des Bereiches H vorgenommen und es wurden notwendige Mittel im Ausmaß von netto 2,5 Mio. Euro, brutto 3 Mio. Euro geschätzt. Im Zuge des zweiten Raumordnungsvertrages wurden diese Schätzkosten auf das Preisniveau für 2020 adaptiert und resultieren geschätzte Projektgesamtkosten in der Höhe von netto 2,628.704,40 Euro, brutto 3,154.445,28 Euro. Die Auftraggeberin hat auf Basis dieser Kostenschätzungen einen Kredit über einen Betrag von 3 Mio. Euro aufgenommen, welcher in der Sitzung des Gemeinderates vom 13.10.2020 beschlossen wurde und für welchen am 20.10.2020 der Kreditvertrag zur Genehmigung an die Aufsichtsbehörde vorgelegt wurde. Die Differenz zu den für 2020 adaptierten Schätzkosten kann durch die zu erwartenden Einnahmen aus den zusätzlichen Interessentenbeiträgen voraussichtlich – wenngleich nur knapp –

abgedeckt werden. Unter dieser Prämisse wurde der Auftraggeberin auch bereits eine Genehmigung der Darlehensaufnahme durch die Aufsichtsbehörde in Aussicht gestellt. Das der Auftraggeberin zur Verfügung stehende Budget ist daher gedeckelt.
Das verfahrensgegenständliche Vergabeverfahren betrifft nicht die gesamten zur infrastrukturellen Erschließung der H notwendigen Baumaßnahmen. Die für die Etappe 1 (1. Raumordnungsvertrag) erforderliche Infrastruktur ist in natura bereits vorhanden. Für die im 2. Raumordnungsvertrag technisch beschriebenen Etappen 2 – 4 wurde für die zunächst technisch erforderlichen Erschließungsmaßnahmen ein Leistungsverzeichnis erstellt. Es handelt sich dabei überblicksmäßig um folgende Leistungen: Errichtung Schmutzwasserkanal (ca. 900 lfm), Errichtung Reinwasserkanal (ca. 1.250 lfm), Straßenbau (in unterschiedlichster Ausprägung ca. 12.000 m²) und Errichtung von zwei Rückhaltebecken (Gesamtfassungsvolumen ca. 4.800 m³). Nicht erfasst sondern erst nach Verwertung der Grundstücke durch das Stift zu erbringende Leistungen sind: Bepflanzung, Straßenbeleuchtung, Asphalt inkl. obere ungebundene Tragschicht, Kabelverlegung (es werden zunächst nur die Hüllrohre hiefür verlegt).
Ausgehend von der Gesamtkostenschätzung und Hochrechnung wurde für die zur Vergabe anstehenden Leistungsteile ein Auftragsvolumen von rd. netto 1,730.000 Euro, brutto 2,076.000 Euro geschätzt. Diese Kostenschätzung wurde am 23.6.2020 der Auftraggeberin samt Erläuterungen übermittelt. Im Zuge der Erstellung des für das Vergabeverfahren erforderlichen technischen Leistungsverzeichnisses wurden vom technischen Büro die ausgeschriebenen Positionen einer genauen Überprüfung unterzogen und bestätigte diese Überprüfung die bekanntgegebene Kostenschätzung.
Per 14.9.2020 (Ende der Angebotsfrist) langten 9 Angebote über das Vergabeportal ANKÖ ein. Das preislich günstigste Angebot war jenes der Mitbieterin mit netto 1,678.527,10 Euro, brutto 2,014.232,52 Euro. Das preisliche Angebot der Antragstellerin mit netto 1,948.922,22 Euro, brutto 2,338.706,66 Euro war das betraglich zweitgereihte Angebot. Bei den eingegangenen Angeboten wurden von der vergebenden Stelle eine Prüfung hinsichtlich der geforderten Mindestanforderungen (Eignungskriterien) und eine vorläufige Angebotsbewertung unter Zugrundelegung der Zuschlagskriterien vorgenommen. Ausgehend von den festgelegten Zuschlagskriterien ergaben sich für das Angebot der Mitbieterin hinsichtlich Preis 85 Punkte, Verlängerung der Gewährleistungsfrist 0 Punkte und Faktor PAK 1,09 Punkte, also eine Gesamtpunktezahl von 86,09 Punkte. Beim Angebot der Antragstellerin ergaben sich hinsichtlich Preis 73,21 Punkte, Verlängerung der Gewährleistungsfrist 3 Jahre 10 Punkte und Faktor PAK 3,8 Punkte, also eine Gesamtpunktezahl von 87,01 Punkten.
Beide Angebote wiesen Mängel auf bzw. waren inhaltlich bedenklich. Von der Mitbieterin konnte das unter Punkt B 5 geforderte KSV-Rating von maximal 299 zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung nicht nachgewiesen werden. Aufgrund des relativ hohen PAK Faktors bestand zudem die Besorgnis, dass das Angebot in sich kalkulatorisch unausgewogen gestaltet ist. Die Antragstellerin hat in ihrem

Angebot den unter B 5 geforderten Nachweis einer aufrechten Berufshaftpflicht-versicherung mit einer Deckungssumme von zumindest 3 Mio. Euro für Personen- und Sachschäden zunächst nicht erbracht. Die im ANKÖ hinterlegte Bestätigung datierte aus dem Jänner 2020 und wird darin eine Versicherungssumme von 2,5 Mio. Euro durch ein Maklerunternehmen bestätigt. Im Zuge der Angebots-prüfung wurde eine mit 2.9.2020 datierte Bestätigung eines Maklerunternehmens über eine Haftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von 10 Mio. Euro vorgelegt. Ein Nachweis über den tatsächlichen Bestand der geforderten Haftpflichtversicherung wurde damit nicht beigebracht. Eine Einsicht in die Liste der geeigneten Unternehmen (LGU) ergibt auch aktuell immer noch eine Deckungssumme von 2,5 Mio. Euro. Weiters wurde die Antragstellerin am 29.9.2020 aufgefordert, zu kalkulatorischen Ansätzen ihres Angebotes Auskunft zu geben, wobei die Auskunft vom 30.9.2020 zu Bedenken im Hinblick auf die Ordnungsgemäßheit der Kalkulation führte, weil lt. Mitteilung unproduktive Anteile des auf der Baustelle befindlichen Personals in einem Zuschlag zu den Geschäfts-gemeinkosten kalkuliert wurden. Weiters ergab eine Aufklärung hinsichtlich der Mindestumsatzzahlen aufgrund der Bekanntgabe der Antragstellerin, dass die nunmehr geänderten Umsatzzahlen relativ nahe an der Mindestumsatzschwelle von jährlich 3 Mio. Euro gelegen sind, und diese Zahlen nicht mit denjenigen Umsatzzahlen in Einklang zu bringen sind, welche die Antragstellerin in der von ihr vorgelegten Referenzliste anführt.

Bei dem wirtschaftlichen Angebot der Antragstellerin mit rd. brutto 2,340.000 Euro hätte dessen Beauftragung zur Folge, dass bei der Auftraggeberin nicht erlangbare Kosten von zumindest brutto 300.000 Euro verbleiben würden. Kommunen in Österreich sind schon aufgrund des österreichischen Stabilitätspaktes angehalten, Neuverschuldungen tunlichst zu vermeiden, um damit den Maastricht-Kriterien zu entsprechen. Dieser Umstand wird heuer durch das Auftreten der CORONA-Krise verschärft. Seitens des Landes Oberösterreich wurden sämtliche Kommunen angewiesen, Investitionen insbesondere in infrastrukturelle Bauten nach Möglichkeit zu vermeiden bzw. nur dann Ausgaben vorzunehmen, wenn deren Kostenneutralität gesichert ist.

Es ergab sich daher für die Auftraggeberin die Situation, dass die beiden nach der Vorprüfung bestgereihten Angebote auszuscheiden gewesen wären bzw. nach der vorläufigen Bewertung anhand der Zuschlagskriterien ein Angebot erstgereiht gewesen wäre, welches aufgrund fehlender budgetärer Bedeckung unannehmbar war. Vor diesem Hintergrund hat die Auftraggeberin am 11.11.2020 gemäß § 150 Abs. 7 BVergG 2018 von ihrem Recht Gebrauch gemacht, das gegenständliche Vergabeverfahren durch Widerrufserklärung mit sofortiger Wirkung zu beenden. Eine Widerrufserklärung muss keine Begründung enthalten. Über Anfrage wurde der Antragstellerin Auskunft gegeben, dass der Widerruf aufgrund des preislichen Angebotsergebnisses erfolgt ist.

Die Auftraggeberin hat den für das Vergabeverfahren relevanten Auftragswert sachkundig ermittelt, nämlich bereits im Jahr 2017 unter Beiziehung mehrerer

technischer Berater eine sachkundige Schätzung des Gesamtprojektes „Infrastrukturerschließung H“ vornehmen lassen, und wurden die geschätzten Gesamtkosten für die im Jahr 2020 anstehende Vergabe von Teilleistungen anhand des einschlägigen Baukostenindexes valorisiert. Zusätzlich wurde von der ausschreibenden Stelle auf Basis der bekannten Marktpreise eine Verifizierung dieser Kostenschätzung im Vorfeld der Angebotseröffnung vorgenommen, wobei sich die Werte einander entsprechen. Dem gegenständlichen Vergabeverfahren lag daher eine sachkundig erstellte und korrekte Kostenschätzung mit rd. netto 1,730.000 Euro zu Grunde.

Gemäß § 149 Abs. 2 BVergG 2018 kann der öffentliche Auftraggeber die Ausschreibung aus sachlichen Gründen widerrufen, wobei der Widerruf dabei auf objektiven Gründen beruhen muss. An die sachlichen Gründe für den Widerruf ist dabei kein strenger Maßstab anzulegen. Überhöhte Preise stellen generell einen Widerrufsgrund im Sinne des § 149 Abs. 2 Z. 3 BVergG 2018 dar. Der Auftraggeber kann das Vergabeverfahren aber auch widerrufen, wenn die Kosten nach den eingelangten Angeboten deutlich über den veranschlagten lagen (mit Judikaturnachweisen). Wenn das Budget mit den Schätzkosten beschränkt ist, liegt bei Überschreitung der Schätzkosten gleichzeitig eine Budgetüberschreitung vor, die ebenfalls einen sachlichen Widerrufsgrund darstellt. Eine Budgetaufstockung kann von der Vergabekontrolle nicht erzwungen werden. Eine solche wäre unter den vorstehend geschilderten Rahmenbedingungen auch nur dann möglich, wenn das Stift einen neuerlich geänderten Raumordnungsvertrag mit geändertem Infrastrukturbeitrag abschließen würde, das bereits aufgenommene Darlehen aufgestockt und die Aufsichtsbehörde einem solchen Vorgang zustimmen würde.
Hinsichtlich der neuerlichen Ausschreibung der gegenständlichen Leistungen wurde darauf hingewiesen, dass die Referenzanforderungen abgemildert, das nachzuweisende KSV-Rating gelockert, das Zuschlagskriterium der Ausgewogenheit der Kalkulation (Faktor PAK) nicht mehr festgelegt und die Leistungszeit für die Ausführung der zur Vergabe kommenden Leistungen verschoben wurden. Mit den skizzierten Änderungen der Ausschreibung ist die berechtigte Hoffnung verbunden, dass sich einerseits mehr Unternehmen am Vergabeverfahren beteiligen und andererseits ein preisliches Ergebnis resultiert, welches im Bereich der erwähnten Kostenschätzung gelegen ist. Keinesfalls ist die Ausschreibung so gestaltet, dass ein „Wunschbieter“ aus dem Vergabeverfahren zwangsläufig resultiert, was schon daran scheitert, dass es sich neuerlich um ein offenes Verfahren handelt, bei welchem sich sämtliche befugten Bieter, so auch die Antragstellerin, beteiligen können. Durch die Verlegung des Leistungszeitraumes beginnend mit Frühjahr 2021 sei berechtigte Einschätzung, dass eine Leistungsdurchführung ohne witterungsbedingte Unterbrechungen möglich wird und somit preislich attraktivere Angebote daraus resultieren.
Es wurden mit der Stellungnahme die Vergabeunterlagen vorgelegt.

3. Die Antragstellerin replizierte mit Stellungnahme vom 18.12.2020 und bezeichnete den angegebenen Widerrufsgrund der Budgetüberschreitung als bloße Schutzbehauptung, weil es bei einem Widerruf aus budgetären Gründen absurd wäre, dieselbe Leistung (die ja dasselbe kosten würde und nochmals zu einer Budgetüberschreitung führen würde) noch einmal auszuschreiben. Auch wären nur jene Eignungskriterien verändert worden, die die Mitbieterin im widerrufenen Verfahren nicht erfüllen konnte, sodass das neue Vergabeverfahren ausgeschrieben wurde, um die Legung eines ausschreibungskonformen und zuschlagsfähigen Angebotes sowie eines Preisangebotes zu Dumpingpreisen zu ermöglichen. Durch die Neuausschreibung sind auch die Zuschlagskriterien noch mehr in Richtung Preis verlagert worden. Der angefochtene Widerruf ist daher in Zusammenschau mit der nur einen Tag später erfolgten Neuausschreibung unsachlich und rechtswidrig, weil dadurch in eklatanter Weise gegen den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz verstoßen wird, da allen Bietern die gebotenen Preise bekannt sind, und die Legung von vergaberechtlich unzulässigen Angeboten zu Dumpingpreisen ermöglicht wird. Es wurde auf die Gesamtkostenschätzung und Hochrechnung hingewiesen. Hervorgehoben wurde, dass die Kreditaufnahme über einen Betrag von 3 Mio. Euro nicht bereits vor der Ausschreibung sondern erst am 13.10.2020, sohin erst nach der Angebotsöffnung am 14.9.2020, vom Gemeinderat beschlossen wurde. Dies bezeugt, dass der Ausschreibung kein gedeckeltes Budget zu Grunde liegt. Dass mit der Kreditaufnahme bis nach der Angebotsöffnung zugewartet wurde, deutet darauf hin, dass der Kreditaufnahme das vorläufige Angebot mit dem niedrigsten Preis zu Grunde gelegt werden sollte, um die Kreditsumme so niedrig wie möglich zu halten. Die Antragstellerin war geeignet und hat alle angeforderten Nachweise erbracht. Beginnend mit 1.9.2020 wurde die Deckungssumme der Haftpflichtversicherung auf 10 Mio. Euro aufgestockt, die Zustellung der Originalversicherungspolizze nahm aber Zeit in Anspruch, die geforderte Deckungssumme wurde aber dem Angebot vom 14.9.2020 zu Grunde gelegt. Auch wurde bei der Aufklärung noch am selben Tag der gewünschte Nachweis der Berufshaftpflichtversicherung übermittelt. Die Vorlage einer Polizze ist weder in der Ausschreibung noch in der Aufforderung vom 7.10.2020 verlangt worden. Zur finanziellen Leistungsfähigkeit wurde darauf hingewiesen, dass im Formblatt „Erklärung über Gesamtjahresumsatz“ auf Seite 41/45 des Angebotsschreibens der Gesamtjahresumsatz des Bieters und nicht der in Punkt B 5 geforderte „Mindestgesamtjahresumsatz im Bereich des Ausschreibungsgegenstandes“ anzugeben war. Es wurden daher über Aufforderung die Jahresumsätze im Bereich des Ausschreibungsgegenstandes für die letzten 3 Geschäftsjahre umgehend auch von der Antragstellerin übermittelt.

4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat Beweis erhoben durch Einsichtnahme in die Vergabeunterlagen sowie die Stellungnahmen der Parteien. Weiters wurde am 5. Jänner 2021 eine öffentliche mündliche Verhandlung anberaumt und durchgeführt, an welcher die Parteien teilgenommen haben.

4.1. In der mündlichen Verhandlung legte die Antragstellerin über Vorhalt des im ANKÖ aufliegenden KSV-Ratings von 309 per 27.8.2020 eine Ablichtung eines KSV-Ratings von 295 ebenfalls per 27.8.2020 vor, welches auch den Angebotsunterlagen zu Grunde lag. Eine Begründung für die Differenz gab es nicht. Weiters wurde von der Antragstellerin eine Versicherungspolizze für die Betriebshaftpflichtversicherung mit Gültigkeitsbeginn 1.9.2020 mit einer Versicherungssumme von 10 Mio. Euro vorgelegt.
Die Auftraggeberin bekräftigte in der mündlichen Verhandlung die Kostenschätzung des Gesamtvorhabens mit brutto 3 Mio. Euro, im Jahr 2020 valorisiert mit gerundet 3,154.000 Euro brutto. Die geschätzten Kosten sollen einerseits durch Beiträge des Stiftes, wobei diese Beiträge für die Infrastrukturkosten gedacht sind, abgedeckt werden, der Differenzbetrag bzw. Überhang aufgrund der Valorisierung soll durch Interessentenbeiträge für Kanal- und Wasseranschluss an die Auftraggeberin abgedeckt werden. Bereits anlässlich der Valorisierung im Jahr 2020 wurde der Infrastrukturbeitrag des Stiftes mit diesem verhandelt und auch angehoben, wobei der angehobene Infrastrukturbeitrag des Stiftes nicht die gesamten Schätzkosten abdeckt. Im Hinblick auf das Ergebnis der Angebotsöffnung am 14.9.2020 und festzustellende Abweichungen der angebotenen Preise von der Kostenschätzung in einer Größenordnung von 14 %, 25 % und mehr, verweist die ausschreibende Stelle auf die neben der Valorisierung durchgeführte detaillierte Auspreisung des ausgeschriebenen Projektes im August 2020 mit Preiserfahrungen von vergleichbaren noch laufenden Projekten (ausgepreist zu Jahresbeginn 2020), wobei sich bei der Auspreisung keine wesentliche Abweichung zu den Schätzkosten ergab, sodass zum damaligen Zeitpunkt die Erreichung des Schätzpreises nach wie vor realistisch war.

4.2. Folgender Sachverhalt steht als erwiesen fest und wird der Entscheidung zu Grunde gelegt:

Zum ausgeschriebenen Projekt:
Im Zuge der raumplanerischen Entwicklung des Gemeindegebietes der Auftraggeberin wurde zur Baureifmachung der als Bauland verwertbaren Fläche im Ausmaß von rd. 65.035 m² ein erster Raumordnungsvertrag zwischen dem Stift und der Auftraggeberin, durch Gemeinderatsbeschluss am 11.12.2017 genehmigt, unterzeichnet am 16.1.2018, geschlossen, wonach die Infrastruktur- und Planungskosten gemäß einer Grobschätzung in der Höhe von netto 2,5 Mio. Euro vom Stift übernommen werden, wobei zusätzlich zu den für Wasser und Kanal von der Gemeinde vorzunehmenden Vorschreibungen vom Stift ein pauschaler Kostenbeitrag pro m² Bauplatzfläche über Vorschreibung der Auftraggeberin zu entrichten ist. Zur Vorfinanzierung dieser Aufschließungskosten wird seitens der Auftraggeberin ein Darlehen aufgenommen und erlangt der Infrastrukturvertrag insbesondere erst auch durch die aufsichtsbehördliche Genehmigung des Darlehensvertrages durch das Land Oberösterreich Rechtswirksamkeit. Dieser

Berechnung lag eine Grobkostenschätzung für die Gesamtkosten vom September 2017 zu Grunde. Dies betraf die 1. Etappe.
Hinsichtlich der weiteren Etappen 2 – 4 wurde ein weiterer Raumordnungsvertrag zwischen der Auftraggeberin und dem Stift geschlossen, mit Gemeinderatsbeschluss vom 27.1.2020 genehmigt und unterzeichnet am 12.2.2020. Diesem Vertrag wurden nunmehr valorisierte Gesamtkosten von netto 2,628.704 Euro (der Bruttopreis 2017 von 3 Mio. Euro erhöht sich indexiert auf 3,154.454,28 Euro.) zu Grunde gelegt und demnach der zu leistende Infrastrukturbeitrag des Stiftes je m² Bauplatzfläche entsprechend erhöht. In dieser Gesamtkostenschätzung sind auch Verkehrsflächen – Oberflächenherstellung, Außengestaltung usw. inkludiert. Eine Grobkostenschätzung der den gegenständlichen Auftragsgegenstand betreffenden Leistungen indexiert ergibt eine Summe von netto gerundet 1,730.000 Euro, brutto 2,057.000 Euro. Dies zum Zeitpunkt 23.6.2020. Eine positionsweise durchgeführte Auspreisung der ausgeschriebenen Leistung vom 13.8.2020 entspricht grundsätzlich der Grobschätzung.
Mit Gemeinderatsbeschluss vom 13. Oktober 2020 wurde ein Kreditvertrag der Gemeinde mit einem Kreditbetrag von 3 Mio. Euro zur Finanzierung der Infrastrukturerrichtung H genehmigt und wurde dieser Vertrag mit 20.10.2020 zur Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorgelegt.

Mit Bekanntmachung im Vergabeportal ANKÖ vom 17.8.2020 wurde das Bauvorhaben „I H“, Erdbau-, Baumeisterarbeiten, der Gemeinde S im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich ausgeschrieben. Die Angebotsfrist lief am 14.9.2020 um 11.00 Uhr ab. Festgelegt wurde das Bestbieterprinzip. Im Angebotsschreiben bzw. der Ausschreibungsunterlage (kurz: AU) ist geregelt:
„B 5 Eignungskriterien:
Beim offenen Verfahren bestätigt der Bieter mit Unterfertigung des Schlussblatts (Teil E des Angebotsschreibens für Bauleistungen) bzw. elektronische Signatur, dass er folgenden Eignungsvorgaben vollumfänglich entspricht:

- Befugnis:
  - Gewerbeberechtigung Baumeister
- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:
  - Mindestgesamtjahresumsatz von EUR 3,0 Mio. excl. USt. Im Bereich des Ausschreibungsgegenstands über jedes der letzten drei Geschäftsjahre (bzw. seit Aufnahme der Geschäftstätigkeit);
  - aufrechte Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 3,0 Mio für Personen- und Sachschäden;
  - KSV-Rating (z.B. Alpenländischer Kreditschutzverband 1870) maximal 299

- Technische Leistungsfähigkeit:
  Mindestens zwei Unternehmensreferenzen, mit folgendem Mindestleistungsinhalt:

a) Errichtung Misch-, Schmutz- oder Regenwasserkanalisation > 1.000 lfm
b) Straßenbau > 8.000 m^2
c) Rückhaltebecken mit Rückhaltevolumen > 3.000 m^3
und nicht vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden.
Die jeweiligen Projektsumfänge der Punkte a), b) oder c) sind nicht aus einzelnen Aufträgen addierbar.

B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien:

- Bestbieterprinzip:
  Die Ermittlung des Zuschlagsempfängers erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Dabei werden folgende Zuschlagskriterien herangezogen:
- Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 85);
- Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Maximalpunkteanzahl von 10);
- preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation (Maximalpunkteanzahl von 5).

In Summe können bei den 3 Zuschlagskriterien maximal 100 Punkte erreicht werden. Bestbieter ist jener Bieter, dessen (nicht auszuscheidendes) Angebot die meisten Punkte erzielt."

In der Folge wurde die Berechnung der Bewertung dargelegt.

In den besonderen Bestimmungen wird in Punkt D 4 der Terminplan festgelegt, wonach als voraussichtlicher Arbeitsbeginn der 12.10.2020 bestimmt ist und pönalisierte Termine für die Fertigstellung der Teilbereiche und eine Gesamtfertigstellung (spätester Termin für die [formelle] Übergabe der Bauwerke) mit 31.8.2021 festgelegt ist (Seite 28 und 29/45 der AU). Weiters ist der AU je ein Formblatt „Erklärung über Gesamtjahresumsatz" (Erklärung des Bieters über die Gesamtjahresumsätze in den letzten 3 abgeschlossenen Geschäftsjahren), „Erklärung über Referenzen" (der Bieter hat durch Angabe von zumindest 2 Unternehmensreferenzen, die mit dem Auftragsgegenstand im Hinblick auf den Leistungsinhalt und die Auftragshöhe vergleichbar sind, und nicht vor mehr als 5 Jahren [gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist] abgeschlossen wurden, seine einschlägige Erfahrung nachzuweisen) getrennt in Unternehmensreferenz 1 und Unternehmensreferenz 2, und „Bekanntgabe von Subunternehmern" samt Verpflichtungserklärung der Unternehmer angeschlossen.
Bei der Angebotsöffnung am 14.9.2020 um 11.07 Uhr waren 9 Angebote eingereicht, darunter auch das Angebot der Antragstellerin und der Mitbieterin, sowie 7 weitere Angebote von in Oberösterreich/Österreich repräsentativen Bauunternehmen. Die Antragstellerin bot einen Gesamtpreis von 1,948.922,22 Euro, die Mitbewerberin einen Gesamtpreis von 1,678.527,10 Euro. Weitere Bieter boten einen Gesamtpreis von 1,995.777,01 Euro, 2,021.678,62 Euro, 2,079.926,89 Euro usw. Damit bot die Mitbieterin das preislich billigste Angebot, die Antragstellerin lag hinsichtlich Preis an zweiter Stelle. Die Gesamtpreise der übrigen Mitbieter lagen daher knapp unter bzw. dann über 2 Mio. Euro, wobei die nächsten Mitbieter

in engen Abständen geboten haben. Die Antragstellerin erhielt daher bei einer vorläufigen Bewertung 73,21 Punkte für den Gesamtpreis, 10 Punkte für die Verlängerung Gewährleistungsfrist und 3,80 Punkte für preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation, daher eine Gesamtpunktezahl von 87,01 und daher die Reihung an den 1. Platz. Die Mitbieterin erhielt hinsichtlich Gesamtpreis 85 Punkte, Verlängerung Gewährleistungsfrist 0 Punkte und preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation 1,09 Punkte, daher eine Gesamtpunktezahl von 86,09 Punkten und daher Platz 2. Die Bewertungstabelle und Reihung zeigt auch, dass die Antragstellerin hinsichtlich Bewertung der preislichen Ausgewogenheit der Kalkulation die zweithöchste Punktezahl erreichte, die Mitbieterin hingegen die niedrigste Punktezahl. Ersichtlich ist auch, dass 5 Bieter die Verlängerung der Gewährleistungsfrist um 3 Jahre boten, 4 Bieter keine Verlängerung boten.
Hinsichtlich der Antragstellerin ist im ANKÖ - LgU zur finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit per 27.8.2020 ein KSV-Rating von 309 ausgewiesen, und ein Gesamtumsatz der letzten 3 Jahre von 4,211.000 Euro (2017), 4,178.000 Euro (2018) und 4,261.000 Euro (2019) sowie eine Betriebshaftpflichtversicherung vom 7.1.2020 mit einer Versicherungssumme von 2,500.000 Euro ausgewiesen. Beigelegt ist eine Bestätigung eines Versicherungsmaklers über die Versicherungssumme. Eine Aufklärung vom 7.10.2020 ergab eine bestätigte Betriebshaftpflichtversicherung von 10 Mio. Euro. Eine Aufklärung betreffend Bekanntgabe des Jahresumsatzes im Bereich des Ausschreibungsgegenstandes für die letzten 3 Geschäftsjahre ergab für 2017 3,350.000 Euro, für das Jahr 2018 3,275.000 Euro und für das Jahr 2019 3,300.000 Euro. Sowohl in den Angebotsunterlagen als auch in der mündlichen Verhandlung wurde von der Antragstellerin eine Deckungssumme für Betriebshaftpflichtversicherung von 10 Mio. Euro nachgewiesen.
Die Angebotsprüfung ergab, dass auch hinsichtlich der übrigen Bieter zum Teil das geforderte KSV-Rating nicht erfüllt werden konnte. Hinsichtlich der Mitbieterin scheint ein Rating vom 30.9.2020 von 1,8 nach AKV, demnach ausgezeichnete Bonität auf. Die Antragstellerin belegt ein KSV-Rating per 27.8.2020 mit 295, sehr geringes Risiko. Die geforderten Referenznachweise wurden vermutlich von der Antragstellerin, nicht von der Mitbieterin erfüllt.

Mit 11.11.2020 wurde auf dem Vergabeportal des ANKÖ die Widerrufserklärung gemäß § 150 Abs. 7 BVergG 2018 mit sofortiger Wirkung bekanntgemacht.

Mit 12.11.2020 wurde im ANKÖ das Angebotsschreiben für Bauleistungen (Ausschreibungsunterlage, kurz: AU vom 12.11.2020) bekanntgemacht, wonach ein identes Bauvorhaben im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich mit Angebotsfrist bis 4.12.2020, 11.00 Uhr, nach dem Bestbieterprinzip bekanntgemacht wurde. Punkt B 5 und B 6 der nunmehrigen Ausschreibung wurden gegenüber der AU vom 17.8.2020 wie folgt geändert:

B 5 Eignungskriterien:

Beim offenen Verfahren bestätigt der Bieter mit Unterfertigung des Schlussblatts (Teil E des Angebotsschreibens für Bauleistungen) bzw. elektronischer Signatur, dass er folgenden Eignungsvorgaben vollumfänglich entspricht:

- Befugnis:
  - Gewerbeberechtigung Baumeister
- Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit:
  - Mindestgesamtjahresumsatz von EUR 3,0 Mio. excl. USt. im Bereich des Ausschreibungsgegenstands über jedes der letzten drei Geschäftsjahre (bzw. seit Aufnahme der Geschäftstätigkeit);
  - aufrechte Berufshaftpflichtversicherung mit einer Deckungssumme von zumindest EUR 3,0 Mio für Personen- und Sachschäden;
  - KSV-Rating von maximal 399
- Technische Leistungsfähigkeit:

Mindestens eine Unternehmensreferenz, mit folgendem Mindestleistungsinhalt:

a) Errichtung Misch-, Schmutz- oder Regenwasserkanalisation > 1.000 lfm
b) Straßenbau > 8.000 m^2
c) Rückhaltebecken mit Rückhaltevolumen > 3.000 m^3

und nicht vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden.
Die jeweiligen Projektsumfänge der Punkte a), b) oder c) müssen nicht in einem Auftrag erfüllt werden, sind aber innerhalb der jeweiligen Kategorien nicht aus einzelnen Aufträgen addierbar. Es ist möglich alle Kriterien mit einer Referenz nachzuweisen.

B 6 Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien:

- Bestbieterprinzip:

Die Ermittlung des Zuschlagsempfängers erfolgt nach dem Bestbieterprinzip. Dabei werden folgende Zuschlagskriterien herangezogen:

- Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 90);
- Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Maximalpunkteanzahl von 10);

In Summe können bei den 2 Zuschlagskriterien maximal 100 Punkte erreicht werden. Bestbieter ist jener Bieter, dessen (nicht auszuscheidendes) Angebot die meisten Punkte erzielt. Die Punkteermittlung erfolgt mathematisch gerundet auf ganze Punkte. Bei Punktegleichstand entscheidet der günstigere Preis.

Punkt D 4 Terminplan bestimmt nunmehr als voraussichtlichen Arbeitsbeginn den 15.2.2021 und einen pönalisierten Gesamtfertigstellungstermin mit 30.11.2021. Das angeschlossene Formblatt „Erklärung über Referenzen“ wurde dahingehend geändert, dass der Bieter durch Angabe von zumindest einer Unternehmens-referenz je Thema, die mit dem Ausschreibungsgegenstand im Hinblick auf den Leistungsinhalt und die Auftragshöhe vergleichbar sind, und nicht vor mehr als 5 Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden, seine

einschlägige Erfahrung nachzuweisen hat, und nunmehr je Gebiet (Kanalisation, Straßenbau, Rückhaltebecken) auszufüllen ist.

4.3. Dieser Sachverhalt ergibt sich aus den dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vorgelegten Vergabeunterlagen, insbesondere Raumordnungsverträge, Kostenschätzungen, Ausschreibungsunterlagen und Schriftverkehr.

5. Hierüber hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erwogen:

5.1. Gemäß § 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idF. LGBl. Nr. 77/2018, regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß § 14 b Abs. 2 Z. 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art. 14b Abs. 2 Z. 2 lit. a B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 leg. cit.

Gemäß § 2 Abs. 2 leg. cit. ist nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Landesgesetzes das Landesverwaltungsgericht auf Antrag zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren, zur Erlassung einstweiliger Verfügungen und zur Durchführung von Feststellungsverfahren zuständig.

Gemäß § 2 Abs. 5 Z. 1 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht nach Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens zuständig im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die dazu ergangenen Verordnungen bzw. wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, bzw. ….
Z. 4 in einem Verfahren gemäß Z. 1 und 3 zur Unwirksamerklärung des Widerrufs gemäß § 16a.

Gemäß § 12 Abs. 1 Z. 5 Oö. VergRSG 2006 kann ein Unternehmer bzw. eine Unternehmerin, der bzw. die ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags hatte, sofern ihm bzw. ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Erklärung des Widerrufs eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des

öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der Antrag ist rechtzeitig. Der Antrag ist auch offenkundig nicht unzulässig, wenngleich auch ein zum selben Zeitpunkt 27.8.2020 divergierendes KSV-Rating nicht aufgeklärt werden konnte. Es wird daher von einer Antragslegitimation ausgegangen. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des Bauauftrages sind die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden.

5.2. Gemäß § 16 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht eine Feststellung gemäß § 2 Abs. 5 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

5.3. Gemäß § 149 Abs. 2 Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018, (BVergG 2018), kann ein Vergabeverfahren widerrufen werden, wenn
1. nur ein Angebot eingelangt ist, oder
2. nach dem Ausscheiden von Angeboten nur ein Angebot verbleibt, oder
3. dafür sachliche Gründe bestehen.

Gemäß § 150 Abs. 7 BVergG 2018 kann im Unterschwellenbereich der öffentliche Auftraggeber von der Vorgangsweise gemäß den Abs. 1 bis 6 absehen und den Widerruf unmittelbar und ohne Abwarten einer Stillhaltefrist erklären. Der öffentliche Auftraggeber hat die im Vergabeverfahren verbliebenen Unternehmer unverzüglich zu verständigen oder, sofern dies nicht möglich ist, die Widerrufserklärung bekannt zu machen.

Gemäß § 150 Abs. 8 BVergG 2018 gewinnen mit der Erklärung des Widerrufs der öffentliche Auftraggeber und die Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Bereits eingelangte Angebote sind auf Verlangen zurückzustellen. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufs ist zu dokumentieren.

Die Auftraggeberin stützt sich auf eine Widerrufserklärung (im Unterschwellenbereich) aus sachlichem Grund und führt dazu die mangelnde Budgetdeckung an.

Die Materialien (RV 69 Blg. NR XXVI. GP, Seite 160) führen zu § 149 Abs. 2 Z. 3 unter Hinweis auf die Erläuterungen zu § 148 aus:
„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, Metalmeccanica, C-92/00, Hospital Ingenieure, C-244/02, Kauppatalo Hansel Oy, und C-440/13, Croce Amica One) 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 etwa 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 öffentliche Auftraggeber die Leistung generell oder in der ausgeschriebenen Form nicht mehr benötigt, Änderungen in den Ausschreibungsunterlagen etwa aufgrund neuer Technologien notwendig wären, die budgetäre Bedeckung nachträglich wegfällt, die Bieteranzahl bzw. Bieterstruktur sich während der Angebotsfrist wesentlich verändert (Extremfall: alle Bieter schließen sich zu einer Arbeits- oder Bietergemeinschaft zusammen), kein oder nur ein Teilnahmeantrag einlangt usw. Ein Widerruf ist etwa auch bei festgestellten generell überhöhten Preisen zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber etwa Preisabsprachen vermutet oder wenn er Grund zur Annahme hat, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln (z.B. unvorhersehbare Verknappung von Ressourcen). Damit ist es dem öffentlichen Auftraggeber insbesondere möglich, im Wege einer neuerlichen Ausschreibung vermuteten Preisabsprachen zu begegnen. ….
Hinzuweisen ist aber auch darauf, dass die entsprechenden Bestimmungen auch dem Schutz der Bieter dienen. Jeder Widerruf eines Vergabeverfahrens ist geeignet, beim Bieter ‚vergebliche' Aufwendungen zu erzeugen. Die Bindung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens an bestimmte – wenn auch nicht allzu strenge – Voraussetzungen soll dazu beitragen, allfällige Kosten und damit verbunden allfällige Schadenersatzansprüche zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass Gründe gemäß Abs. 1 und 2 auch dann vorliegen können, wenn diese durch den öffentlichen Auftraggeber selbst schuldhaft (z.B. grob fahrlässig) verursacht wurden (vgl. dazu auch die Fallkonstellation im Verfahren C-244/02). In diesem Fall ist der öffentliche Auftraggeber unter Umständen zum Widerruf verpflichtet, wird aber nach den einschlägigen Bestimmungen des Zivilrechts schadenersatzpflichtig."

5.4. Aufgrund der klaren Aussagen der Erläuterungen zu § 149 Abs. 2 Z. 3 BVergG 2018 unter Hinweis auf die einschlägige Judikatur des EuGH ist für den Widerruf aus sachlichem Grund kein strenger Maßstab anzulegen. Weiters ist die mangelnde budgetäre Bedeckung ausdrücklich ein sachlicher Grund für einen Widerruf sowie auch festgestellte generell überhöhte Preise sowie auch die Annahme, dass die Preise aus anderen Gründen nicht die korrekten Marktpreise widerspiegeln.

Die Auftraggeberin hat nachvollziehbar dargelegt, dass die Realisierung des Projektes nur unter der Voraussetzung der Kostenneutralität möglich ist und unter dieser Voraussetzung eine Kostenschätzung und einen dazu abgeschlossenen „Refinanzierungsvertrag“ mit dem Stift vorgelegt. Zur Vorfinanzierung richtet sich daher auch das von der Auftraggeberin aufzunehmende Darlehen nach der zu Grunde liegenden Kostenschätzung und dem Finanzierungsvertrag mit dem Stift. Es wurde auch eine Valorisierung bis zum Jahr 2020 vorgenommen. Es wurde weiters dargelegt, dass Differenzbeträge aus Valorisierung und Beitragsfinanzierung durch das Stift durch weitere Infrastrukturbeiträge bzw. -vorschreibungen durch die Auftraggeberin gedeckt werden können. Dies ist auch im Sinne der Kostenneutralität als Grundvoraussetzung erforderlich. Auf der Grundlage dieses der Auftraggeberin zur Verfügung stehenden Kostenrahmens wurde die Ausschreibung durchführt. Die Bewertung der eingetroffenen Angebote (bei Ausscheiden des Angebotes der Mitbieterin mit dem billigsten Preis, der als einziger die Schätzkosten der Auftraggeberin nicht übertraf) ergab aber im Hinblick auf die angebotenen Preise eine Überschreitung des Kostenrahmens der Auftraggeberin. Diesen Kostenrahmen hat sie sich selber mit den vereinbarten Infrastrukturbeiträgen des Stiftes und Kanal- und Wasservorschreibungen durch die Auftraggeberin festgelegt und begrenzt. Es kann die Auftraggeberin nicht gezwungen werden, insbesondere auch nicht durch eine Vergabekontrollinstanz gezwungen werden, den Budgetrahmen zu überschreiten. Es war daher im Sinn der vorzitierten Ausführungen ein sachlicher Grund für einen Widerruf gegeben.
Wenn seitens der Antragstellerin entgegengehalten wird, dass der Kreditvertrag im Wissen der eingelangten und bewerteten Angebote und deren Preisgestaltung nachträglich abgeschlossen und zur Genehmigung der Aufsichtsbehörde vorgelegt wurde, so ist dies von der Auftraggeberin damit begründet, dass sie von einer realistischen Kostenschätzung datiert vom August 2020 ausging und an dieser festhielt, vermutlich davon ausgehend, dass die gebotenen Preise überhöht sind bzw. nicht den korrekten Marktpreis widerspiegeln. Es hat daher die Auftraggeberin - wie festgestellt und von der Antragstellerin bemängelt wurde - in der Folge unmittelbar nach dem Widerruf in Erwartung von preislich günstigeren Angeboten aufgrund des verschobenen günstigeren Leistungszeitraumes eine Neuausschreibung mit versetzten Leistungsfristen und vereinfachten Eignungskriterien vorgenommen.
Da ein nachvollziehbarer sachlicher Grund gemäß § 149 Abs. 2 Z. 3 BVergG 2018 für den Widerruf vorlag, war der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit abzuweisen.

6. Gemäß § 23 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat der Antragsteller bzw. die Antragstellerin, der bzw. die vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber bzw. die Auftraggeberin. Der Antragsteller bzw. die Antragstellerin hat ferner Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren, wenn er bzw. sie während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

Da der Feststellungsantrag keinen Erfolg hatte, besteht kein Anspruch auf Gebührenersatz. Es war daher der entsprechende Antrag abzuweisen.

7. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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. Es liegen auch keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.
Die Entscheidung stützt sich auf die Gesetzesmaterialien und die darin zitierte Judikatur des EuGH und weicht daher nicht von der ständigen Rechtsprechung ab.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne

Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.
Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt