OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: (0732) 7075-18004 / Fax: (0732) 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / http://www.lvwg-ooe.gv.at
DVR: 4011090

Geschäftszeichen:
LVwG-840128/7/KLi/Rd

Datum:
Linz, 22. März 2017

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Antrag der X ag, vertreten durch Ing. Mag. X, c/o X ag, X, X, vom 16. März 2017 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Gemeinde X betreffend das Vorhaben „Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“,

zu Recht e r k a n n t :

I. Dem Antrag wird gemäß §§ 1, 2, 8 und 11 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idF LGBl. Nr. 90/2013, stattgegeben und der Auftraggeberin Gemeinde X die Erklärung des Widerrufs für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 16. Mai 2017, untersagt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1.1. Mit Eingabe vom 16. März 2017 hat die X ag (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Erklärung des Widerrufs bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 1.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Gemeinde X das Vergabeverfahren „Sanierung der öffentlichen Beleuchtung in der Gemeinde X“ in einem nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntgabe im Unterschwellenbereich ausgeschrieben habe und sie mit Schreiben vom 19. Oktober 2016 zur Angebotslegung eingeladen worden sei. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und sei ihr Angebot aufgrund der Angebotsöffnung am 16. November 2016 und der Verlesung der Preise als günstigstes Angebot hervorgekommen.

Der Antragstellerin sei in Telefonaten und Gesprächen mitgeteilt worden, dass ein nicht im Vergabeverfahren eingeladenes Unternehmen nachträglich ein Angebot abgegeben habe. Aus diesen Gesprächen sei hervorgekommen, dass dieses Unternehmen erheblichen Druck auf die Auftraggeberin ausgeübt habe. Die Antragstellerin habe der Auftraggeberin sowohl mündlich als auch schriftlich mitgeteilt, dass ein derartiges Angebot auszuscheiden wäre und dies keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens haben könne.

Mit Schreiben vom 9. März 2017, bei der Antragstellerin am 10. März 2017 eingelangt, habe die Auftraggeberin mitgeteilt, dass im Namen der Gemeinde X die Absicht erklärt werde, dass das Verfahren aus sachlichen Gründen (Angebote mit nicht angemessenen Preisen) widerrufen werde und die Stillhaltefrist am 17. März 2017 ende.

1.2. Die Gemeinde X sei Auftraggeberin im Sinn des BVergG 2006 und werde die Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung vom 9. März 2017 mittels des fristgerechten Nachprüfungsantrags angefochten. Die Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 1.500 Euro wurden nachweislich entrichtet.

1.3. Hinsichtlich des Schadens wurde ausgeführt, dass aufgrund der bisherigen Beteiligung der Antragstellerin Kosten in Höhe von ca. 8.000 Euro angefallen seien, welche jedenfalls frustriert wären, wenn die gegenständlichen Vergaberechts-widrigkeiten bestehen blieben und die Antragstellerin den Auftrag nicht bekommen würde. Darüber hinaus drohe ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns und wären Kosten für die rechtliche Betreuung im Nachprüfungsverfahren in Höhe von ca. 900 Euro frustriert. Überdies drohe der Verlust eines wichtigen

Referenzprojekts. Weiters wurde von der Antragstellerin ihr Interesse am Abschluss des Vergabeverfahrens bekundet.

1.4. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens, auf Abschluss eines Vertrags und auf Zuschlagserteilung, verletzt.

1.5. Bezüglich der inhaltlichen Unrichtigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin aus, dass es nicht nachvollziehbar sei, wie anhand der in der Verlesung der Angebote festgehaltenen Preise die Auftraggeberin von unangemessenen Preisen sprechen könne. Die Preise würden nicht einmal um 5% voneinander abweichen. Es liege also die Vermutung nahe, dass alle Bieter verstanden hätten, was anzubieten sei, entsprechend kalkuliert hätten und deshalb die Preise sich in einer ähnlichen Höhe bewegen würden. Es gebe keinen Hinweis, dass „unangemessene Preise“ angeboten worden wären. Es liege vielmehr der Verdacht nahe, dass nachträglich ein Unternehmen, das nicht zum Kreis der eingeladenen Bieter gehört habe, in wettbewerbswidriger Weise erklärt habe, dass es jeden Preis, der hier geboten wurde, unterbieten würde. Sollte dies der Fall sein und würde das Angebot deutlich unter den von den tatsächlichen Bietern angebotenen Preisen liegen, würde der Verdacht naheliegen, dass es sich um ein spekulatives Angebot handle. Davon abgesehen sei aufgrund zwingender gesetzlicher Bestimmungen ohnehin der Kreis der Bieter im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung rein auf die eingeladenen Bieter beschränkt. Ein außerhalb dieses Kreises eingebrachtes Angebot sei zwingend auszuscheiden bzw. faktisch nicht zu berücksichtigen. Es gebe jedenfalls keine Hinweise auf Angebote mit unangemessenen Preisen, weshalb die Widerrufs-entscheidung inhaltlich unrichtig sei.

1.6. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen im Hauptantrag und führt weiter aus, dass die einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch Widerruf des Vergabeverfahrens unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die mit Mitteln des BVergG 2006 nicht mehr beseitigt werden könnten. Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung gründe sich insbesondere darauf, dass durch den Widerruf des Verfahrens sie nicht mehr zum Auftrag kommen könne. Es sei davon auszugehen, dass die Auftraggeberin ohnehin wieder dieselbe Leistung ausschreiben müsse, weil die Sanierung der Straßenbeleuchtung offenbar notwendig sei. Im Falle der Abweisung der Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits. Dazu komme, dass aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und der damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der

Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre. Überdies überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Damit würde es sich bei der begehrten vorläufigen einstweiligen Verfügung um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme handeln.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Gemeinde X als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Stellungnahme vom 21. März 2017 äußerte sich die rechtsfreundlich vertretene Auftraggeberin bezüglich der Ausführungen der Antragstellerin im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung dahingehend, dass die Antragstellerin bei einer neuen Ausschreibung des Projekts wieder die Möglichkeit habe, ein Angebot zu legen und sohin nach wie vor die Möglichkeit habe, den Zuschlag zu erhalten. Jedenfalls würde der Antragstellerin kein unmittelbarer Schaden entstehen, da die Durchführung des Projekts ohnehin neu ausgeschrieben werden müsse und nicht unmittelbar einem anderen Anbieter der Zuschlag erteilt werden könne. Wenn überhaupt, würde sich ein Schaden für die Antragstellerin erst dann verwirklichen, wenn im Zuge eines neuen Vergabeverfahrens ein anderer Anbieter als Bestbieter festgestellt werden würde und dieser dann auch den Zuschlag erhalten würde. Um diese Folgen hintan zu halten bedürfe es jedoch nicht der von der Antragstellerin beantragten einstweiligen Verfügung, welche das gegenständliche Projekt nur unnötig weiter verzögern würde.

Hingegen würde die Erlassung der einstweiligen Verfügung bei der Auftraggeberin nicht nur eine massive Verzögerung der Projektumsetzung bewirken, sondern darüber hinaus auch die Gefahr, dass die seitens des Landes Oberösterreich erbrachte Finanzierungszusage zurückgezogen werde und das Projekt überhaupt nicht mehr finanzierbar sei sowie jedenfalls auch ein tatsächlicher Schaden dadurch entstehe, dass die bestehende Straßenbeleuchtungsanlage gegenüber einer neuen Straßenbeleuchtungsanlage wesentlich höhere laufende Kosten verursache. Seitens der Antragstellerin sei im Zuge der Feinanalyse ermittelt worden, dass jährlich ein Betrag in Höhe von ca. 3.718 Euro eingespart werden könne, sohin ein monatlicher Betrag von ca. 310 Euro.

Insoweit die Antragstellerin ausgeführt habe, dass ihr ein Referenzprojekt entgehen würde, das weitere Folgeprojekte für den (österreichischen und europäischen) Markt sichergestellt hätte, so werde dies ausdrücklich bestritten und darauf hingewiesen, dass im Rahmen der Feinanalyse die Antragstellerin insgesamt 60 Referenzprojekte angeführt habe und auch die Stadt X angeführt

sei. Es sei daher weder glaubhaft noch entspreche es der allgemeinen Lebenserfahrung, dass ausgerechnet ein kleines Projekt unmittelbar zu Folgeaufträgen geführt hätte. Dies möge zutreffend sein, wenn die Antragstellerin ansonsten keine Referenzprojekte gehabt hätte, was gegenständlich nicht der Fall sei. Es werde die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat hiezu erwogen:

3.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b 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 Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs. 1 leg.cit.

3.2. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Bauauftrags im nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung sind die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden.

3.3. Gemäß § 8 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet scheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 11 Abs. 1 leg.cit. hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bieter bzw. Bewerberinnen oder Bieterinnen und des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf ihre Erlassung abzuweisen.

Gemäß § 11 Abs. 3 leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

3.4. Bereits zu der vorausgegangenen sinngemäßen Regelung des Bundesvergabegesetzes 1997 führte Elsner, Vergaberecht (1999), auf Seite 86 aus: Die Entscheidung hängt von einer Abwägung der möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers und einem allfälligen besonderen öffentlichen Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens ab. Dabei muss es sich um ein „besonderes“ öffentliches Interesse handeln. Es wird nämlich (hoffentlich) bei jeder öffentlichen Auftragsvergabe ein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens und Vergabe eines Auftrags bestehen. Aber auch daran, dass Vergabeverfahren fehlerfrei ablaufen, besteht öffentliches Interesse. Eine Nichterlassung einstweiliger Verfügungen wird daher nur bei sonstiger Gefahr für Leib und Leben und besonderer Dringlichkeit zulässig sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn besondere Interessen der Daseinsvorsorge gefährdet würden.

Art. 2 Abs. 4 Satz 1 (entspricht nunmehr Art. 2 Abs. 5) der Rechtsmittelrichtlinie darf nicht fälschlicherweise so ausgelegt werden, dass der vorläufige Rechtsschutz regelmäßig leerläuft. Mit diesem Interesse ist nicht das bei jeder Auftragsvergabe bestehende öffentliche Interesse an der zügigen Abwicklung gemeint. Nach der Beschlusspraxis des EuGH kommt es in der Interessensabwägung maßgeblich darauf an, wer durch sein Verhalten die besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe verursacht hat. Für die öffentlichen Auftraggeber ergibt sich daraus eine echte Obliegenheit zu rechtzeitig geplanten und durchgeführten Beschaffungsvorgängen. Das Rechtsschutzinteresse des diskriminierten Bieters kann insoweit nur vom vorrangigen Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter der Allgemeinheit zurückgedrängt werden (vgl. Schenk, Das neue Vergaberecht, 1. Auflage 2001, S. 172f).

Auch der Verfassungsgerichtshof hat insbesondere in seiner Entscheidung zu Zl. B 1369/01 vom 15.10.2001 ein öffentliches Interesse im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel in der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter gesehen, dem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens letztlich dienen soll.

3.5. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich beim gegenständlichen Vorhaben nicht um eine vordringliche Leistungserbringung handelt, kann daraus geschlossen werden, dass eine Gefährdung von Leib und Leben nicht aktuell ist. Auch trifft die Auftraggeberin im Hinblick auf die Rechtsnatur des Provisorialverfahrens und auf die allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren die Behauptungslast betreffend die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Die Auftraggeberin hat im Verfahren konkrete, mit der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohende Nachteile nicht dargelegt, sodass davon auszugehen ist, dass die nachteiligen Folgen des vorläufigen Verbots der Erklärung des Widerrufs nicht überwiegen und daher dem Antrag stattzugeben ist (vgl. BVA 1.12.2000, N-56/00-9).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass sie bei Weiterführung des Verfahrens den Auftrag erhalten könne, was bei einem Widerruf des Verfahrens nicht der Fall ist. Es war daher im Grunde des Vorbringens der Antragstellerin berechtigt, das Widerrufsverfahren bis zu einer endgültigen Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich über die Rechtmäßigkeit der Widerrufsentscheidung auszusetzen. Nur im Fall des Vorliegens einer sachlichen Rechtfertigung für den Widerruf ist der Auftraggeberin eine nochmalige Durchführung des Vergabeverfahrens und daher eine Neuausschreibung gestattet. Ein ansonsten nach der Willkür der Auftraggeberin erklärter Widerruf würde den Vergabegrundsätzen, insbesondere, dass Verfahren zur Vergabe von Aufträgen nur dann durchzuführen sind, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen, widersprechen.

Darüber hinaus ist auf die Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplans für eine Auftragsvergabe die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hat, zu verweisen. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung der Bedarfsdeckung und ein organisatorischer und finanzieller Mehraufwand ergeben können, liegt in der Natur der Sache. Da - wie bereits erwähnt - kein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an einer möglichst raschen Beendigung und Neudurchführung geltend gemacht wurde und auch nicht auf der Hand liegt, war dem Antrag stattzugeben.

Die im Vorbringen der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind zumindest denkmöglich. Eine Überprüfung, ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten

auch tatsächlich vorliegen, war im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht durchzuführen.

Die Dauer der Untersagung der Widerrufserklärung ergibt sich aus § 11 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 20 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 20 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 ist über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrags, zu entscheiden.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit die Möglichkeit besteht, die Aussetzung der Widerrufserklärung für zwei Monate auszusprechen.

Die einstweilige Verfügung ist gemäß § 11 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 sofort vollstreckbar.

II. 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. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Gegen dieses Erkenntnis 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 oder eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabegebühr von je 240 Euro zu entrichten.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Lidauer