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
DVR: 4011090

Geschäftszeichen: **LVwG-840130/4/HW/Rd**

Datum: **Linz, 24. April 2017**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch den Richter Mag. Dr. Wiesinger über den Antrag der X GmbH, X, X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH, X, X, vom 18. April 2017 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde Ried im Innkreis betreffend das Vorhaben „Neubau Hallenbad der Stadtgemeinde X, Gewerk: Außenanlagen, Zaun, Möblierung"

zu Recht:

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 Stadtgemeinde Ried im Innkreis die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 18. Juni 2017, untersagt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.

1. Mit Eingabe vom 18. April 2017 hat die X GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 11. April 2017 sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 4.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hierzu aus, dass am 25. Jänner 2017 die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens unter der Bezeichnung „Neubau Hallenbad X - Außenanlagen, Zaun und Möblierung" über X erfolgt sei, die Bekanntmachung sei im Supplement zum Amtsblatt der EU nicht (mehr) auffindbar. In der Auftragsbekanntmachung über X sei als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren das „X-vergabeamt, X, X, Österreich" genannt worden.

Die Bauleistung sei im offenen Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden und es komme das Billigstbieterprinzip zum Tragen. Als geschätzter Auftragswert sei der Betrag von 557.000 Euro angegeben worden. Ein Zuschlag sei nach Kenntnis der Antragstellerin bislang noch nicht erteilt worden bzw. sei das Vergabeverfahren auch nicht widerrufen worden.

Es werde die Ausscheidensentscheidung vom 11. April 2017 angefochten. Bezüglich der Entrichtung der Pauschalgebühr verweist die Antragstellerin auf die Loseregelung, welche die Entrichtung der Pauschalgebühren für den Unterschwellenbereich begründet habe.

Die Antragstellerin begründete ihr Interesse an der Erbringung der gegenständlichen Leistung und bringt vor, dass ihr bei Beibehaltung der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung ein wirtschaftlicher Verlust (Deckung von Geschäftsgemeinkosten und Erzielung eines angemessenen Gewinns) drohen würde. Weiters würde auch der Verlust eines Referenzprojektes damit einhergehen. Der Antragstellerin seien bisher Kosten in Höhe von ca. 8.000 Euro für Verfahrenskosten und Pauschalgebühren entstanden.

Die Antragstellerin erachte sich weiters in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebots, auf ordnungsgemäße und rechtskonforme Durchführung des Vergabeverfahrens und auf Gleichbehandlung mit anderen Bietern und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs verletzt.

Es sei zwar zutreffend, dass die Antragstellerin zu den Metallarbeiten LG X sowie zu Pflasterarbeiten LG X , X, X, keine Subunternehmer angeführt habe. Mit E-Mail

vom 21. März 2017 sei jedoch als Nachweis über die Befugnis u.a. der Auszug aus dem Gewerberegister über das Gewerbe Baumeister, Brunnenmeister gemäß § 94 Z 5 GewO - neben weiteren Nachweisen - vorgelegt worden.

Die Antragstellerin sei im Rahmen ihrer Befugnis als Baumeister berechtigt, die ausgeschriebene Leistung LG X Metallbauarbeiten im Weg über § 99 Abs. 2 GewO zu erbringen, da es sich dabei lediglich um Leistungen der Zaunerrichtung handle, die in die Befugnis eines Gärtners falle. Die zur Beurteilung verbleibenden Leistungen von Pflasterarbeiten seien solche geringen Umfangs im Sinn des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO.

Bezüglich der LG X Metallbauarbeiten wurde weiters ausgeführt, dass die Befugnis zur Ausübung des Baumeistergewerbes die Antragstellerin weiters berechtige, im Rahmen ihrer Bauausführung Arbeiten selbst auszuführen, soweit es sich um Tätigkeiten der Gärtner (§ 99 Abs. 2 GewO) handle. Die LG X enthalte ausschließlich Positionen, nach denen Standard-Zäune zu liefern und zu errichten seien. Beim Material (Standard-Zäune mit Gittergeflecht feuerverzinkt, Standard-Zäune mit Doppelstabmatten beschichtet) handle es sich um handelsübliche Ware, welche in jedem Baumarkt erhältlich sei und die auch von Heimwerkern und Laien zum Selbstbau erworben werden könne. Das ausgeschriebene System bestehe darin, dass die Zaun- und Türsäulen in den Boden einbetoniert werden. Das Einbetonieren sei eine Leistung, die ein Baumeister aufgrund eigener Gewerbeberechtigung erbringen könne. An den Zaunsäulen seien Schellen vorbefestigt, an den Schellen würden vorgefertigte Matten in einer vorkonfektionierten Größe angeschraubt werden. Es handle sich um eine Tätigkeit, die auch ein Heimwerker ausführen könne und die notorisch auch von Heimwerkern ausgeführt werde.

Nach Zitierung des § 3 Abs. 1 Z 19 Garten- und Grünflächengestaltung-Ausbildungsordnung, BGBl. II Nr. 152/2006, wurde unter Hinweis auf die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Oktober 2015, W 134 2112889-2, darauf hingewiesen, dass die Errichtung von Einfriedungen, insbesondere auch von Zäunen, einschließlich der in ihrem Verlauf befindlichen Öffnungen, Tore, Türen, vom Berufsumfang des Gärtners umfasst sei.
Im Übrigen gehöre zum zentralen Tätigkeitsbereich der Antragstellerin auch die Baustelleneinrichtung und die Absicherung der Baustelle. Zur Baustelleneinrichtung gehören regelmäßig die Errichtung eines Baustellenzauns und Leistungen zur Absicherung der Baustelle sowie der Herstellung von Absturzsicherungen als Maßnahmen zum Schutz Dritter und zum Schutz von Arbeitnehmern am Bau. Einem Bauunternehmen, welches vom Gesetz her verpflichtet ist, Absturzsicherungen, Abgrenzungen oder Schutzeinrichtungen anzubringen, sei auch die Fachkunde zuzugestehen, einfache Zäune herzustellen.

Unabhängig davon, sei jedenfalls die ausgeschriebene LG X durch die Befugnis der Antragstellerin gemäß § 99 Abs. 2 GewO (mit auszuführende Leistung des Gärtners) abgedeckt.

Zu den Pflastererarbeiten wurde bemerkt, dass der Gesamtpreis des Angebots der Antragstellerin netto 409.742,14 Euro betrage. Nach Meinung der vergebenden Stelle würden folgende Untergruppen nicht vom Befugnisumfang der Antragstellerin umfasst sein:

X Randbegrenzungen	22.921,90 Euro
X Pflasterblatt	4.567,40 Euro
X Betonsteinpflaster	4.767,00 Euro
Summe netto	32.256,30 Euro

Eine Nachrechnung ergebe, dass diese Leistungen 7,87 % der Gesamtangebotssumme umfassen.

Die Auftraggeberin habe übersehen, dass in diesen Leistungen auch die Pos. X Unterlagsbeton X Rand mit einem Positionspreis von netto 7.809,60 Euro enthalten sei. Leistungen, die die Errichtung eines Betonfundaments, die Herstellung von Unterlagsbeton, die Schalung für Unterlagsbeton betreffen, seien durch die Befugnis der Antragstellerin als Baumeister gedeckt.
Reduziere man jenen Leistungsumfang, den die vergebende Stelle rechtsirrig Pflastererarbeiten zurechnet, um den Positionspreis für Unterlagsbeton X Rand, ergebe sich ein Leistungsumfang Pflastererarbeiten von netto 24.446,70 Euro. Dies entspreche prozentmäßig einem Umfang der Pflastererarbeiten von 5,97 %.

Nach § 32 Abs. 1 Z 1 GewO stehe Gewerbetreibenden u.a. das Recht zu, im geringen Umfang Leistungen anderer Gewerbe zu erbringen, die eigene Leistungen wirtschaftlich sinnvoll ergänzen. Dies sei hier der Fall. Das Liefern und Versetzen von Randbegrenzungen, Pflasterplatten und Betonsteinpflaster ergänze die ausgeschriebene Leistung sinnvoll. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs könne bei strittigen Leistungen von insgesamt 6,43 % der Angebotssumme nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass es sich um Leistungen im geringen Umfang im Sinn des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO handle. Dies treffe auch nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamts bei strittigen Leistungen in Höhe von 7,52 % der Gesamtleistung zu. Als Anhaltspunkt werde in der Literatur eine relative Obergrenze in Höhe von 10 % angenommen.

Selbst wenn die Ansicht vertreten werde, dass einzelne Teile wie bspw. Materialkosten nicht mit Hilfe anderer Nebenrechte herausgerechnet werden können, liege beim gegenständlichen Umfang von 5,97 % jedenfalls eine Leistung geringen Umfangs im Sinn des § 32 Abs. 1 Z 1 GewO vor, die die Antragstellerin im Rahmen ihrer Gewerbeberechtigung als Baumeister erbringen dürfe.

Zum behaupteten Ausscheidensgrund der nicht gegebenen wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit bringt die Antragstellerin vor, dass die vergebende Stelle ihre Begründung in der Ausscheidensentscheidung damit schließe, dass der Antragstellerin die Befugnis fehlen würde und dieser Mangel auch nicht geheilt werden könne. Die vergebende Stelle meine offenbar mit fehlender wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit die fehlende Befugnis.
Sollte dies nicht nur ein Vergreifen im Ausdruck sein, sollte also die vergebende Stelle tatsächlich meinen, der Antragstellerin fehle es (auch) an wirtschaftlicher und finanzieller Leistungsfähigkeit, werde entgegnet, dass diese Behauptung in der Ausscheidensentscheidung begründungslos aufgestellt werde.

Die Ausscheidensentscheidung wäre diesfalls mit einer weiteren Rechtswidrigkeit behaftet und müsse der Antragstellerin die Möglichkeit gegeben werden, die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Ausscheidensentscheidung zu überprüfen. Die bloße Behauptung, es fehle an wirtschaftlicher und/oder finanzieller Leistungsfähigkeit, genüge diesem Erfordernis nicht.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen im Hauptantrag und bringt weiters vor, dass die Untersagung der Zuschlagserteilung nötig und geeignet sei, um eine durch die vorgebrachte Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin zu verhindern. Durch die getroffene Entscheidung könne die Antragstellerin bereits vor Beendigung des gegenständlichen Vergabekontrollverfahrens als nicht im Vergabeverfahren verbliebener Bieter angesehen werden. Daher bestünde mangels entsprechender Sicherungsmaßnahme die Gefahr, nicht von der Zuschlagsentscheidung in Kenntnis gesetzt zu werden. Für diese Rechtsansicht spreche auch, dass die Ausscheidensentscheidung vom 11. April 2017 gegenwärtig dem Rechtsbestand angehört und durch die beantragte Nichtigerklärung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erst beseitigt werden müsste.
Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei das gelindeste Mittel, durch welches die Auftraggeberin nicht gehindert werde, das Vergabeverfahren bis einschließlich der Fassung der Zuschlagsentscheidung fortzuführen. Überdies habe ein öffentlicher Auftraggeber die Dauer eines Nachprüfungsverfahrens in die Zeit der Ausschreibung und der Realisierung eines Projekts einzurechnen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Stadtgemeinde Ried im Innkreis als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt und die Möglichkeit einer Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bis zum 20. April 2017 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einlangend eingeräumt. Eine Stellungnahme bezüglich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht eingegangen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat 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 Gemeinde. 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.

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 E, 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 Auftrages 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.

Der Verfassungsgerichtshof hat insbesondere in seiner Entscheidung zu Zl. B 1369/01 vom 15. Oktober 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 Zuschlagsverbotes nicht überwiegen und daher dem Antrag stattzugeben ist (vgl. BVA 1.12.2000, N-56/00-9).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrags droht, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden

kann. Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrags ist aber ein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens weder durch die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Vielmehr ist bei der Interessensabwägung im Sinn der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin ein Interesse an einem rechtmäßigen Vergabeverfahren haben muss. 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 einem möglichst raschen Vertragsabschluss 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 Aussetzung der Zuschlagserteilung 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 Zuschlagserteilung 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. Die Abwägung der Interessen war anhand der Umstände des vorliegenden Einzelfalls vorzunehmen, sodass dieser Abwägung keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

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. 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Wiesinger