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-840135/5/Kl/Rd

Datum: Linz, 1. Juni 2017

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch die Richterin Dr. Klempt über den Antrag der s. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte H., X, W., vom 29. Mai 2017, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der O. GmbH Nfg. & Co KG betreffend das Vorhaben "C.T., Zl. 0087/2017-Ze/Sc, Betrieb eines Kraftfahrlinienverkehrs auf Linien im Stadtgebiet von T.",

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 O. GmbH Nfg. & Co KG die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 29. Juli 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 29. Mai 2017 hat die s. GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung 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 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass gegenständlich ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung gemäß § 30 Abs. 1 Z BVergG 2006 "C.T. X-Ausschreibungsunterlage" ausgeschrieben worden sei, wobei Auftragsgegenstand die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen auf den Linien x/y/z/x werktags von Montag bis Samstag laut Verkehrsvertrag und seine Anlagen, sei.

Mit Schreiben vom 19. Mai 2017 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, der W. GmbH den Zuschlag zu erteilen und das Angebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt werden konnte, zumal ihr Angebot lediglich 85,17 Gesamtpunkte erreicht habe.

Durch die gegenständliche Entscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einer ordnungsgemäßen, den Ausschreibungsbedingungen und dem Gesetz entsprechenden Ausschreibung verletzt. Sie werde auch als Konzessionsinhaberin von Kraftfahrlinienverkehr in ihrem legitimen Interesse an einem Abschluss eines Auftrags betreffend die Kraftfahrlinien im Stadtgebiet von T. verletzt.
Insbesondere erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Einhaltung der Bestimmung des § 123 BVergG 2006 verletzt. Die Prüfung der Angebote sei entgegen § 123 Abs. 1 BVergG 2006 in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien erfolgt. Gemäß Pkt. 1.14 der Ausschreibung werde die Einhaltung des österr. Arbeits- und Sozialrechts gefordert. Es seien demonstrativ einschlägige Gesetze genannt. Von entscheidender Bedeutung sei damit auch die VO (EG) 561/2006 über Personenbeförderung, wenn das Fahrzeug für die Beförderung von mehr als neun Personen einschließlich des Lenkers konstruiert und bestimmt sei. Nach dieser VO werden umfangreiche Beschränkungen für Lenkzeiten und Mindestanforderungen für Ruhezeiten festgelegt, welche bei der Prüfung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin berücksichtigt werden müssen.
Ebenso wenig habe die Auftraggeberin den Grundsätzen von § 19 Abs. 1 entsprochen, wonach die Vergabe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen habe. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfülle diese Kriterien als Unternehmer nicht und habe auch nicht zu einem fairen Preis iSd Gesetzesstelle angeboten. Schließlich sei

auch nicht geprüft worden, ob das Angebot rechnerisch richtig sei und die Preise angemessen seien, ebenso wenig, ob das Angebot den sonstigen Bestimmungen der Ausschreibung entspreche, vor allem betreffend den Kollektivvertrag (KV) und den Arbeitnehmerschutz.
Weiters würden Verstöße gegen § 125 BVergG 2006 im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung vorliegen. Die Auftraggeberin sei nicht von vergleichbaren Erfahrungswerten und auch nicht von den relevanten Marktverhältnissen ausgegangen. Wie das Geschehen, welches in Abschnitt 7. lit.b) zur fehlenden Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin dargestellt wurde, zeige, könne es gar nicht zur Aufklärung über Positionen des Angebots gekommen sein, weil der Geschäftsführer dazu gar nicht in der Lage gewesen sei. Die Auftraggeberin habe gegen ihre Verpflichtung, Aufklärung zu verlangen, verstoßen, weshalb die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt worden sei.

Die Auftraggeberin habe in der Ausschreibung die als wesentlich geltenden Positionen angegeben. Dazu würden auch die Personalkosten zählen. Die Einheitspreise, die sich aus dem Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ergeben, nämlich der Stundensatz für Kraftfahrer, sei deutlich zu niedrig und könne nicht eingehalten werden. Vor allem seien die direkt zuordenbaren Personalkosten nicht geprüft worden, ob diese im Hinblick auf die dem Angebot zugrunde gelegten KV nachvollziehbar seien. Durch all diese Verstöße sei die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt worden. Auch im Rahmen der Eignungsprüfung seien Rechtsvorschriften verletzt worden. Die Auftraggeberin habe die Verlässlichkeit anscheinend überhaupt nicht geprüft, ansonsten hätte auffallen müssen, dass für die präsumtive Zuschlagsempfängerin eine Notgeschäftsführerin bestellt worden sei; bei auch nur oberflächlicher Nachprüfung hätte sich gezeigt, dass für die präsumtive Zuschlagsempfängerin ein Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet worden sei und der Betrieb der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. der Unternehmensträger daher nicht als geeignet bzw. verlässlich iSd Bestimmungen des KflG bezeichnet werden könne. Auch diesbezüglich erachte sich die Antragstellerin in ihren Rechten verletzt, zumal ihr Mitbewerber weder nach den Ausschreibungsbedingungen, vor allem aber nicht nach den einschlägigen Bestimmungen des Vergabegesetzes und des KflG einer Prüfung unterzogen worden sei.

Zu den Gründen der Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin aus, dass die bekanntgegebene bessere Gesamtpunktezahl der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aus der höheren Punkteanzahl bei den Preiskriterien resultiere.

Der Basisgesamtpreis (77%) der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betrage 4,607.397,75 Euro und jener der Antragstellerin 5,456.933,99 Euro. Der Options-Gesamtpreis (3%) betrage bei der präsumtiven Zuschlagsempfängerin 253.943,64 Euro, jener bei der Antragstellerin 307.426,52 Euro.

Dazu sei festzustellen, dass die von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preise nicht den gesetzlichen Vorschriften entsprechend kalkuliert und angeboten sein können. Unter Beachtung der in Österreich geltenden Vorschriften, insbesondere der kollektivvertragsrechtlichen und arbeitnehmerschutzrechtlichen Vorschriften und der Vorschriften iZm der Arbeitszeit und den Lenkzeiten sei der angebotene Preis nicht darstellbar. Nur unter geplanter Nichteinhaltung dieser gesetzlichen Bestimmung sei die konkrete Preiskalkulation erklärbar, wobei sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin auch nicht auf Subunternehmeraufträge berufen könne. Dazu müssten alle Informationen iSv § 240 Abs. 2 BVergG 2006 bekannt gegeben und Subunternehmer ihre erforderliche Befugnis, Leistungsfähigkeit und berufliche Zuverlässigkeit nach Maßgabe des § 231a nachweisen.

Bei Erstellung des Angebots habe die Antragstellerin alle Kostenpositionen unter Ausnutzung aller möglichen Synergien und Kosteneinsparungen sowie unter Ausschöpfung ihrer bestehenden Möglichkeiten berechnet. Die Antragstellerin könne Synergien auch deshalb einbringen, zumal in der unmittelbar benachbarten Gemeinde L. vier gleichartige C.-Busse seit einigen Jahren iA der L.-L. betrieben werden. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, welches um mehr als 15 % unter dem Angebot der Antragstellerin liege, sei unter Einhaltung der zitierten einschlägigen Bestimmungen nicht erfüllbar.

Im Preisblatt haben alle Bieter ihre dem Angebot zugrunde liegenden Kosten in Kostenblöcken aufgliedern und die Einsatzstunden des Personals bekannt geben müssen.
Bei einer nochmaligen Prüfung aller Kostenpositionen sei speziell die Position "Personalkosten" zu analysieren. Zum Umfang der Rechte und Pflichten eines Auftragnehmers verweist die Ausschreibung auf Fahrpläne, Linienverläufe; dies ergebe sich aus dem Verkehrsdienstevertrag der Ausschreibung und seinen Anlagen. Aus diesen Unterlagen ergeben sich Fahrpläne und Fahrzeiten der Kurse, die Wagenläufe und auch die für die Dienstkarten der Fahrer erforderlichen Einträge; die Anzahl der notwendigen Fahrerstunden ergebe sich aus den Dienstkarten. Diese seien auf Einhaltung der Bestimmungen der VO (EG) 561/2006 und somit auf Einhaltung der zulässigen Lenkzeiten und Gewährung der vorgeschriebenen Ruhezeiten zu prüfen. Daraus ergeben sich die Einsatzstunden des Personals. Aus dem Fahrereinsatz und einem Wochendienstplan können die erforderlichen Überstunden ermittelt werden. Zu berücksichtigen seien die im KV festgelegten pauschalierten Vorbereitungs- und Abschlussarbeiten. Unter Berücksichtigung der Mindestvorgaben des KV und unter der Annahme durchschnittlicher Nichtleistungsanteile könne ein kalkulatorischer Stundensatz ermittelt werden.
Die Jahreskostenaufgliederung habe die Einsatzstunden des Personals und den Anteil der Personalkosten auszuweisen. Die Summe der erforderlichen

Einsatzstunden multipliziert mit dem kalkulatorischen Stundensatz ergebe die Personalkosten.

Es sei aufgrund der Erfahrung und der Berechnungen der Antragstellerin nicht möglich, mit weniger als 18.000 Stunden – die Antragstellerin habe 18.191 Stunden zugrunde gelegt – auszukommen. Unter Zugrundelegung eines Stundensatzes von 24 Euro/Arbeitsstunde, ermittelt nach KV und allen einschlägig einzuhaltenden gesetzlichen arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen, ergebe sich daher der Anteil der Personalkosten.
Bei der vertieften Angebotsprüfung sei dieser Zusammenhang von Fahrplänen und Fahrzeiten der Kurse, Dienstkarten, Lenkzeiten, Fahrerstundenbedarf und kalkulatorischer Mindeststundenlohn nicht ausreichend geprüft worden.

Im vorliegenden Fall sei es nicht möglich, einen Durchschnittspreis bzw. Durchschnittswerte zwischen den Angeboten der präsumtiven Bieter zu bilden. Eine solche Vorgangsweise müsse zwangsläufig zur Verletzung von KV- sowie arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen führen, wenn ein Bieter knapp an der Grenze kalkuliert – sowie die Antragstellerin – und andere Bieter mit ihren Preisen deutlich darunter liegen. Dies gelte umso mehr, wenn die Differenz bei der Berechnung der Personalkosten auftrete. Damit wäre nämlich nicht gewährleistet, dass die Mindestbedingungen des KV und die Arbeitnehmerschutzbestimmungen und die VO über Lenkzeiten und Ruhepausen eingehalten werden. Nur eine entsprechend exakte Kalkulation am Maßstab der Ausschreibungsbestimmungen und unter Berücksichtigung aller geltenden Bestimmungen des KV und der arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen darf angewendet werden. Diesen Anforderungen entspreche die vertiefte Angebotsprüfung nicht.

Aus den angeführten Gründen dürfe auch nicht auf pauschale, nicht nachprüfbare oder nur unzureichend belegte Subunternehmerleistungen verwiesen werden, weil auch die Subunternehmer bei Erbringung ihrer Leistungen im Inland an dieselben Bestimmungen gebunden seien wie der jeweilige Bieter. Auch dürfe die Kalkulation nicht aufgrund von Dumpingpreisen von Subunternehmern beruhen, zumal auch diese an die Lenkzeiten gebunden seien. Ein Angebot, welches auf Ausbeutung von Subunternehmern beruhe, würde ebenfalls den Grundsätzen des Vergaberechts widersprechen, insbesondere § 19.

Gegenständlich liege eine Abweichung von mehr als 15 % vor. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Bei der vertieften Angebotsprüfung sei ganz offensichtlich nicht geprüft worden, ob die Preise und die ihnen zugrunde liegenden Kostenpositionen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sind und ob die Preise und der Gesamtpreis, insbesondere, ob die Lohnanteile aus der Erfahrung erklärbar sind.

Es sei auch auszuschließen, dass der Bieter eine verbindliche schriftliche oder mündliche oder telefonische Aufklärung verlangt habe und die anschließende Prüfung nach den Kriterien des § 125 Abs. 5 BVergG 2006 vorgenommen habe.

Zur Angemessenheitsprüfung und zu den für die Angebotsprüfung vorgeschriebenen Kriterien verweise die Antragstellerin insbesondere auf § 125 Abs. 4 Z 1, wonach bei vertiefter Angebotsprüfung die direkt zuordenbaren Personalkosten zu prüfen seien und ob diese im Hinblick auf den dem Angebot zugrunde gelegten KV nachvollziehbar seien. Es sei auszuschließen, dass die Leistungen günstiger zu erbringen seien als jene der Antragstellerin.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin erfülle die im Rahmen der Ausschreibung bekannt gegebenen Voraussetzungen zur Übernahme der Vertragspflichten, also insbesondere die erforderlichen Eignungskriterien, Zuverlässigkeit, fachliche Eignung und künftige Leistungsfähigkeit nicht.

Grundsatz des Vergabeverfahrens sei die Beachtung der "unionsrechtlichen" Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbots. Zu berücksichtigen sei, dass die Auftragsvergabe in den Sektorenbereich falle, bei dem der Schutz der Teilnehmer am öffentlichen Verkehr über das Interesse des Einzelnen gestellt werden müsse.

Bezüglich des geschäftsführenden Gesellschafters der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wurde ausgeführt, dass dieser aufgrund einer schweren Erkrankung geschäftsunfähig sei, zumal vom BG ein Sachwalterschaftsverfahren eingeleitet worden sei und mit Wirkung ab 14. März 2017 eine Notgeschäftsführerin vom Gericht bestellt werden musste, und zwar aufgrund Einschreitens von Amts wegen. Dies zeige, dass im Unternehmen bzw. im Unternehmensträger keine ausreichende Organisation bestanden habe, um für eine Vertretung zu sorgen. Die Angebotsfrist habe am 31. Jänner 2017 geendet. Gemäß § 311 BVergG 2006 gelte § 9 AVG. Demnach ist die persönliche Rechts- und Handlungsfähigkeit von Beteiligten von der Behörde nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zu beurteilen. Der Verlust der vollen Geschäfts- und Handlungsfähigkeit des Geschäftsführers sei ein wesentlicher Umstand, über den die präsumtive Zuschlagsempfängerin im Vergabeverfahren die Auftraggeberin hätte informieren müssen. § 230 BVergG 2006 sieht für den Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung beim Verhandlungsverfahren spätestens den Zeitpunkt der Aufforderung zur Angebotsabgabe vor. Danach und bei Erteilung des Zuschlags müssen jedenfalls die Eignungskriterien voll erfüllt sein. Als zuverlässig ist anzusehen, wer das Unternehmen unter Beachtung der für den Betrieb von Kraftfahrlinien geltenden Vorschriften führt und die Allgemeinheit beim Betrieb des Unternehmens vor Schaden und Gefahren bewahrt. Der Berechtigungswerber habe der Aufsichtsbehörde gemäß Art. 4 der VO (EG) Nr. 1071/2009 einen Verkehrsleiter zu benennen, wenn er keine natürliche Person ist. Dieser habe die Voraussetzungen

der Zuverlässigkeit und der fachlichen Eignung zu erfüllen, den Kraftfahrlinienbetrieb ständig und tatsächlich zu leiten und bedarf der Genehmigung durch die Aufsichtsbehörde. Der derzeitige Geschäftsführer W. W. sei nicht in der Lage, den Kraftfahrlinienbetrieb ständig und tatsächlich zu leiten. Die Notgeschäftsführerin habe selbst nicht die fachliche Eignung, sodass derzeit die Voraussetzungen von § 10a KflG nicht erfüllt seien. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass die Zuverlässigkeit iSd Gesetzes vorliege.

Gemäß § 28 Abs. 2 KflG darf im Falle der Geschäftsunfähigkeit des Inhabers der Berechtigung, der die Funktion des Verkehrsleiters inne hatte, der Sachwalter den Betrieb höchstens sechs Monate weiterführen. Die dauerhafte Weiterführung des Betriebs sei daher keineswegs gesichert.

Das gesetzliche Erfordernis gemäß § 10a KflG, dass der Verkehrsleiter den Kraftfahrlinienbetrieb ständig und tatsächlich zu leiten hat, setze dessen Eigenberechtigung voraus. Sei diese Voraussetzung nicht gegeben, dann könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin die Eignungskriterien für dieses Vergabeverfahren nicht erfüllen. Der gesundheitliche Zwischenfall stelle ein sonstiges Betriebsvorkommnis iSd § 42 Abs. 1 Z 3 KflG dar und wäre daher auch unter diesem Gesichtspunkt dem Auftraggeber während des Vergabeverfahrens bekannt zu geben gewesen.

Nach Zitierung des § 28 Abs. 2 KflG wurde angefügt, dass der Berechtigungswerber W. bereits einen Sachwalter habe, der berechtigt fortführt, sei zumindest nicht bekannt.

Es erscheine daher unerlässlich zu prüfen, ob die präsumtive Zuschlagsempfängerin überhaupt die gesetzliche Berechtigung zur Übernahme der ausgeschriebenen vertraglichen Tätigkeit habe bzw. die Voraussetzungen zur Übernahme der Vertragspflichten, insbesondere nach dem KflG aktuell und für die Zukunft erfülle.

Zum Schaden wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin im Falle der Zuschlagserteilung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen mehrfachen Schaden erleide. So seien bereits umfangreiche Kosten für die gegenständliche Teilnahme am Vergabeverfahren und für die Erstellung des Angebots aufgewendet worden und drohen diese zu frustrieren. Auch drohe der Verlust des entgangenen Gewinns und eines Referenzauftrages mit hoher Werbewirksamkeit für die Antragstellerin. Der bereits entstandene und künftig drohende Schaden belaufe sich auf insgesamt ca. 200.000 Euro.
Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen zum Hauptantrag.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die O. GmbH Nfg. & Co KG als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Eingabe vom 31. Mai 2017 wurde mitgeteilt, dass von der Bekanntgabe entgegenstehender Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgesehen werde. Gleichzeitig wurde die rechtsfreundliche Vertretung der Auftraggeberin bekannt gegeben.

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 Auftragswesen (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Die V. GmbH, deren Gesellschafterin die L. GmbH ist, welche wiederum in 100%igem Eigentum des X steht, ist unbeschränkt haftende Gesellschafterin der O. GmbH Nfg. & Co KG und ist die L. GmbH auch gleichzeitig die Kommanditistin der O. GmbH Nfg. & Co KG. Die O. GmbH Nfg. & Co KG stellt sohin ein Unternehmen iSd Art. 127a Abs. 3 B-VG dar und ist sie daher öffentliche Auftraggeberin iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG und unterliegt daher das gegenständliche Nachprüfungsverfahren 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 Beschwerde-punkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig.

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 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.

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 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 Auftrages 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 Auftrages 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 iSd Judikatur des Verfassungsgerichtshofes 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 Zeitplanes 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 Rechtswidrig-

keiten 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 Antrages 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

Dr. Klempt