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-840140/4/Kl/Rd

Datum:
Linz, 18. Juli 2017

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der X GmbH, X, X, vertreten durch X Rechtsanwälte GmbH, X, X, vom 13. Juli 2017 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Gemeinde X betreffend das Vorhaben „Umbau X-brücke für Rad- und Gehweg Radweg Lückenschluss X-X“

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 Gemeinde X die Erklärung des Widerrufs für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 13. September2017, 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 13. Juli 2017 hat die X GmbH (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 4.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hierzu aus, dass die Auftraggeberin durch die ausschreibende Stelle ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe von Leistungen im Zusammenhang mit dem Umbau der X-brücke für Rad- und Gehweg ausgeschrieben habe, wobei es sich um einen Bauauftrag handle und die Vergabe nach dem Bestbieterprinzip erfolge.

Zum Sachverhalt wurde ausgeführt, dass die Auftraggeberin Bauleistungen im Zusammenhang mit dem Umbau der X-brücke auf der Strecke X-X von einer Eisenbahnbrücke in eine Geh- und Radwegbrücke ausgeschrieben habe. Die gegenständlichen Leistungen seien von der Auftraggeberin bereits zum zweiten Mal ausgeschrieben worden. Die Erstausschreibung sei im Mai 2017 erfolgt und habe der Abgabetermin am 31. Mai 2017 stattgefunden. Bei dieser Angebotsabgabe sei lediglich ein Angebot, nämlich jenes der Antragstellerin abgegeben worden. Auf damalige Nachfrage sei der Antragstellerin erklärt worden, dass ihr Angebot mit einem Angebotspreis von netto 1,625.000 Euro beim Doppelten der Kostenschätzung gelegen sei und daher der Auftrag nicht vergeben werden könne. Das Angebot der Antragstellerin, in einem persönlichen Gespräch mit der Fachabteilung der Auftraggeberin das Angebot näher zu erörtern und eventuelle Sparpotenziale zu erörtern, sei ignoriert worden. Es erfolgte die (erste) Widerrufsentscheidung mit 9. Juni 2017.

Unmittelbar nach dem ersten Widerruf sei die gegenständliche Neuausschreibung mit Abgabetermin 5. Juli 2017 erfolgt. Dieses Mal seien drei Angebote abgegeben worden und wies das Angebot der Antragstellerin den günstigsten Preis auf. Am 6. Juli 2017 sei die gegenständliche Ausschreibung von der Auftraggeberin gemäß § 139 Abs. 1 bzw. 2 BVergG wieder widerrufen worden mit der Begründung, dass beim gegenständlichen Vergabeverfahren trotz sorgfältiger Auftragsschätzung die budgetäre Deckung durch die Gemeinde durch das heurige Jahr nicht gegeben sei.

Zum Interesse am Vertragsabschluss brachte die Antragstellerin vor, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und durch die zweimalige Teilnahme am Vergabeverfahren und Legung der Angebote sowie mit Einbringung des Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht habe. Sie sei jedenfalls befähigt und hinreichend wirtschaftlich und technisch

leistungsfähig, um den Auftrag auszuführen und habe sie ein erhebliches wirtschaftliches Interesse, den Auftrag zu erhalten.

Aufgrund der rechtswidrigen Entscheidung der Auftraggeberin drohe der Antragstellerin zumindest ein Schaden in Höhe des kalkulierten Gewinns sowie der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot und wären auch Gemeinkosten inkl. Gerätemiete, Zentralregie etc. nicht gedeckt. Weiters wären auch noch Kosten für die Rechtsberatung frustriert. Darüber hinaus drohe auch der Verlust eines Referenzprojekts.

Nach Zitierung des § 139 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 führte die Antragstellerin weiters aus, dass aufgrund des konkreten Sachverhalts keiner der genannten Widerrufsgründe vorliege. Das Bauvorhaben sei bereits zum zweiten Mal ausgeschrieben worden und sei nach der ersten Ausschreibung der Auftraggeberin bekannt gewesen, dass ihre interne Kostenschätzung offensichtlich falsch sei. Trotz dieser Kenntnis habe die Auftraggeberin die Ausschreibung nochmals unverändert veröffentlicht. Die Begründung der gegenständlichen Widerrufsentscheidung, wonach trotz sorgfältiger Auftragsschätzung die budgetäre Deckung durch die Gemeinde für das heurige Jahr bei weitem nicht gegeben sei, stelle daher keinen berechtigten Grund für den Widerruf des Vergabeverfahrens dar.

Durch das nunmehrige Angebotsergebnis seien weder Umstände bekannt geworden, die vor Einleitung des Vergabeverfahrens nicht bekannt waren, noch seien Umstände bekannt geworden, die zu einer inhaltlich wesentlich anderen Ausschreibung geführt hätten. Ein sachlicher Grund bestehe ebenfalls nicht, da der Auftraggeberin spätestens nach der ersten Ausschreibung bekannt gewesen sei, wie hoch die tatsächlichen Baukosten circa sein werden. Damit habe der Auftraggeberin bewusst sein müssen, welche finanziellen Mittel für das Jahr 2017 vorhanden sein müssen. Die Auftraggeberin hätte daher, da ihr bereits bekannt gewesen sei, dass sie angeblich nicht über die finanziellen Mittel im Jahr 2017 verfügt, die gegenständlichen Leistungen gar nicht ausschreiben dürfen. Es sei einem öffentlichen Auftraggeber untersagt, neuerliche Ausschreibungen nur deshalb zu ermöglichen, um den Angebotspreis zu reduzieren. Ein Widerruf zum Zweck des „Preisstechens“ sei als Verstoß gegen den Grundsatz des lauteren Wettbewerbs nicht zulässig.

Der behauptete Umstand, dass im Jahr 2017 keine ausreichenden finanziellen Mittel vorhanden sind, sei per se auch kein zulässiger Widerrufsgrund, da nach den Ausführungen der Auftraggeberin in der Widerrufsentscheidung offensichtlich im Jahr 2018 ausreichend Mittel zur Verfügung stehen. Der Auftraggeberin sei es daher jedenfalls zumutbar, anstatt des Widerrufs die Leistungsfristen so weit nach hinten zu verschieben, dass die finanziellen Mittel zur Verfügung stehen. Zusammengefasst sei festzuhalten, dass kein berechtigter Grund für den Widerruf der Ausschreibung bestehe.

Die Antragstellerin erachte sich durch die rechtswidrige Widerrufsentscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 sowie auf eine vergaberechtskonforme Zuschlagsentscheidung verletzt, insbesondere auch in ihrem Recht auf Zuschlagsentscheidung sowie auf Durchführung eines fairen und lauteren Wettbewerbs, auf Zuschlagserteilung sowie auf sachverständig durchgeführte Kostenschätzung durch die Auftraggeberin verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen im Hauptantrag und bringt zur Interessensabwägung vor, dass einem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung für das betreffende Vergabeverfahren zukomme und darin lediglich die Aufhebung der Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin beantragt werden könne. Da die Widerrufsentscheidung bereits getroffen worden sei und die Stillhaltefrist am 13. Juli 2017 endet, habe die Auftraggeberin ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Möglichkeit, durch die Widerrufsentscheidung Tatsachen zu schaffen, die nicht mehr geändert werden können. Demzufolge müsse als nötige und geeignete Maßnahme die zeitlich befristete Untersagung des Widerrufs ausgesprochen werden. Der Antragstellerin drohe durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Widerrufsentscheidung abgewendet werden könne. Die Untersagung der Erklärung des Widerrufs sei nach einschlägiger Rechtsprechung auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme im Sinne des § 329 Abs. 2 BVergG 2006.

Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn die nachteiligen Folgen gegenüber den Vorteilen überwiegen. Nach ständiger Rechtsprechung sei eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern.

Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung werden beim gegenständlichen Vergabeverfahren keinerlei öffentliche Interessen oder Interessen der Auftraggeberin wesentlich beeinträchtigt oder gar verletzt. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Gefahr für Leib und Leben Dritter bestünde infolge der einstweiligen Verfügung nicht.

Vielmehr sei die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, wonach auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Billigstbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse liege. Im Rahmen der Interessensabwägung sei

auch auf gemeinschaftsrechtliche Aspekte, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen sei, Bedacht zu nehmen.

Es sei daher das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung im konkreten Fall als überwiegend anzusehen. Die zeitlich befristete Untersagung der Erklärung des Widerrufs sei jedenfalls die einzige und die gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Gemeinde X als Auftraggeberin sowie die vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

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 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 Bauauftrages 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 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. 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 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 sei 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 Antrages, zu entscheiden.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit die Möglichkeit besteht, die Aussetzung der Erklärung des Widerrufs 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