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-840146/6/JS/Rd**

Datum: **Linz, 7. November 2017**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der x G.M.B.H., x, x, vertreten durch x Rechtsanwälte GmbH, x, x, vom 31. Oktober 2017 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde x betreffend das Vorhaben „Wasserversorgung 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, insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin Stadtgemeinde x die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 31. Dezember 2017, untersagt wird.

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 31. Oktober 2017 hat die x G.M.B.H. (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung bzw. der sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase „die Firma x G.M.B.H im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen" sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagsentscheidung und die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde eine Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und der Ersatz der für den Nachprüfungsantrag entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hierzu aus, dass die Auftraggeberin mittels eines zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich die Herstellung einer 10.100 m langen Trinkwassertransportleitung ausgeschrieben habe. In der ersten Verfahrensstufe sei von den interessierten Unternehmen ein Teilnahmeantrag abzugeben gewesen. Die von der Auftraggeberin hierzu bereitgestellten Teilnahmeantragsunterlagen hätten lediglich aus einem Schreiben des beauftragten Planungsbüros x-GmbH und einem darin enthaltenen Verweis auf Punkt III. 2) des ebenfalls beigeschlossenen Bekanntmachungsformulars bestanden. In Punkt III. 2) dieses Bekanntmachungsformulars mit dem Titel „Teilnahmebedingungen" seien Eignungsnachweise festgelegt worden, und zwar ausschließlich in Form von Eigenerklärungen. Außerdem sei eine einzige Mindestanforderung festgelegt worden, nämlich die „Angabe von mindestens einem vergleichbaren Referenzprojekt". Weitergehende Anforderungen seien nicht enthalten, insbesondere keine weiteren Mindestanforderungen. Weiters würden diese Unterlagen keine Auswahlkriterien und auch keine Anzahl von einzuladenden Unternehmen enthalten. Vielmehr sei in dem dafür vorgesehenen Feld des Bekanntmachungsformulars lediglich Folgendes vermerkt: „Erfüllung der Teilnahmebedingungen sowie Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit durch ein Referenzprojekt".

Die Antragstellerin habe fristgerecht einen Teilnahmeantrag abgegeben und freiwillig über die geforderten Eigenerklärungen hinausgehend auch eine Vielzahl weiterer Eignungsnachweise vorgelegt, wie insbesondere Bescheinigung der GKK, Finanzamt, Bonitätsauskunft, Umsatzerklärung, Referenzen, uvm. In der Folge seien ihr von der Auftraggeberin Angebotsunterlagen für die zweite Verfahrensstufe übermittelt worden. Darin werde hinsichtlich Eignungsnachweisen lediglich auf gesetzliche Bestimmungen verwiesen. Weitere Eignungskriterien im Sinne von Mindestanforderungen seien darin nicht festgelegt worden. Zum Ablauf des Verfahrens sei in dieser Unterlage außerdem festgelegt, dass das „Verhandlungsverfahren mit den fünf Bestbietern in der ersten Verhandlungsrunde (25. Oktober 2017) und die zweite und letzte Verhandlungsrunde

(30. Oktober 2017) mit den verbleibenden drei Bestbietern" geführt werden würde.

In keiner einzigen Unterlage des Vergabeverfahrens - weder in der Bekanntmachung, noch in den „Teilnahmeantragsunterlagen" (inhaltsgleich mit der Bekanntmachung) noch in den Angebotsunterlagen - sei eine Mindestforderung dahingehend enthalten, dass die Bewerber oder Bieter über ein bestimmtes Rating oder eine bestimmte Bonitätsbewertung einer Rating-Agentur verfügen müssen.

Aufgrund der übermittelten Angebotsunterlagen habe die Antragstellerin ein fristgerechtes und ausschreibungskonformes Erstangebot gelegt und sei sie für den 25. Oktober 2017 zum „1. Verhandlungsgespräch" eingeladen worden. Darin sei ihr die angefochtene Entscheidung, nämlich ihre Nicht-Berücksichtigung bzw. das Ausscheiden ihres Angebotes, wie folgt mitgeteilt worden:
„Im Zuge der aktuellen vertieften Überprüfung im Rahmen des Verhandlungsverfahrens wurde festgestellt, dass keine ausreichende Bonität vorliegt. Dazu wird auf den Auszug der C W vom 25.10.2017 verwiesen. Aus diesem Grund hat sich der Auftraggeber entschieden, die Fa. x GmbH im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr zu berücksichtigen und dies dem Bieter im Rahmen des 1. Verhandlungsgesprächs mitzuteilen."

Diese Entscheidung sei für die Antragstellerin völlig überraschend gewesen, zumal ihr die Auftraggeberin keinerlei Möglichkeit eingeräumt habe, der Entscheidung entgegen zu treten bzw. weitere Nachweise, insbesondere hinsichtlich ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, vorzulegen oder bereits vorgelegte Nachweise zu erläutern. Auch die kurzfristig teilweise bereits in der Verhandlung vorgetragenen Argumente habe die Auftraggeberin letztlich ignoriert. Die angefochtene Entscheidung entspreche inhaltlich im Ergebnis einer Ausscheidensentscheidung, zumindest aber einer sonstigen Festlegung während der Verhandlungsphase, sodass diese Entscheidung jedenfalls gesondert anfechtbar sei. Die Auftraggeberin begründe diese angefochtene Entscheidung im Wesentlichen mit einem Verweis auf eine angeblich nicht ausreichende Bonität unter Hinweis auf die Auskunft der C. Zur Erläuterung sei anzumerken, dass die dem Verhandlungsprotokoll angeschlossene Auskunft der C hinsichtlich des Unternehmens der Antragstellerin ein Rating (Bonitätsindex) von 500 aufweise. Hintergrund für diese schlechte (subjektive) Einschätzung sei der Umstand, dass das Unternehmen nach jahrelang gutem Geschäftsverlauf im Jahr 2016 aufgrund unerwarteter Mehrkosten bei einer Großbaustelle in X in wirtschaftliche Schieflage geraten sei und Insolvenz anmelden musste. Im darauffolgenden Insolvenzverfahren sei allerdings der Sanierungsplan angenommen, vom Gericht rechtskräftig bestätigt und das Sanierungsverfahren am 27. März 2017 aufgehoben worden. Die Annahme des Sanierungsplans sei u.a. durch eine erhebliche Ausweitung der Haftungen der Gesellschafter und entsprechende Restrukturierungsmaßnahmen gelungen und sei die zu leistende erste Rate bereits bezahlt worden. Die zweite und letzte Rate sei zwar noch offen, zumal diese erst bis 3. März 2019 zu leisten sei. Nach der Bewertungspraxis von Rating-Agenturen sei es jedoch so, dass die durch das

Insolvenzverfahren bedingte negative Bewertung erst dann überarbeitet werde, wenn die Quote des Sanierungsplans zur Gänze geleistet sei, und zwar unabhängig davon, ob die entsprechenden Teilbeträge überhaupt schon fällig sind. Nach dieser Bewertungspraxis sei frühestens nach Fälligkeit der zweiten Rate im Jahr 2019 mit einer neuerlichen Bewertung durch Rating-Agenturen zu rechnen. Bis dahin bleibe die tatsächliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit völlig unberücksichtigt. Ausgehend vom Standpunkt der Auftraggeberin wäre im Ergebnis jedes Unternehmen, das im Geschäftsbereich Tiefbau vorzugsweise auf öffentliche Aufträge angewiesen sei und einen Sanierungsplan erwirke, von vornherein zum Scheitern verurteilt, weil bis zur vollständigen Erfüllung des Sanierungsplans keine Überarbeitung negativer Bewertungen der Rating-Agenturen zu erwarten sei. Genau dieses Ergebnis widerspreche aber den offenkundigen Zielsetzungen des Gesetzgebers der Insolvenzordnung, nämlich eine Erfüllung des bestätigten Sanierungsplans und einen Fortbestand des Unternehmens zu erreichen.

Unabhängig von den geschilderten Hintergründen zu der von der Auftraggeberin angesprochenen Auskunft der C erweise sich die angefochtene Entscheidung aus mehreren Gründen als rechtswidrig:
- Keine Mindestanforderung betreffend Rating (Eignungskriterium):
Im vorliegenden Fall werde die Ausschreibung im Sektorenbereich durchgeführt. Auch dafür gelte, dass der Sektorenauftraggeber objektive Eignungskriterien festzulegen habe, die allen interessierten Unternehmern zugänglich sind. Ein Ausschluss sei nach der Rechtsprechung nur dann zulässig, wenn diese vorab festgelegten Eignungskriterien nicht erfüllt werden. Soweit erkennbar, stütze sich die angefochtene Entscheidung bloß auf die Bewertung der C W. Es sei allerdings auch im vorliegenden Fall kein Eignungskriterium dahingehend festgelegt worden, dass die Bieter über ein bestimmtes Mindest-Rating bei einer Rating-Agentur verfügen müssen. Schon aus diesem Grund sei die gegenständliche Entscheidung rechtswidrig, weil sie sich im Ergebnis auf ein vorab nicht festgelegtes Eignungskriterium stütze (wobei dieses nicht einmal nachträglich konkretisiert werde, weil lediglich auf die C verwiesen werde, ohne dabei eine konkrete Anforderung anzusprechen).
- Rating keine Aussagekraft:
Dazu komme, dass die Bonitätsbewertungen von Rating-Agenturen immer auch subjektive Betrachtungen enthalten und darüber hinaus häufig nicht auf aktuellen Daten beruhen bzw. trotz geänderter wirtschaftlicher Verhältnisse schlicht nicht überarbeitet werden würden. Selbst wenn man es zulassen wolle, dass die Auftraggeberin entgegen der eigenen bestandsfesten Ausschreibung nachträglich Eignungskriterien zu Grunde lege, dürfe ein solches Eignungskriterium jedenfalls nicht allein in einem bestimmten Rating-Wert einer Rating-Agentur bestehen, weil derartige Werte nicht allein nach objektiven Gesichtspunkten zustande kommen würden, sondern auch subjektive Einschätzungen der jeweiligen Bewerter umfassen würden oder schlicht und einfach mangels Überarbeitung unrichtig seien.
- Kein Aufklärungsverfahren:

Schließlich sei der Auftraggeberin auch vorzuwerfen, dass die angefochtene Entscheidung für die Antragstellerin völlig überraschend getroffen worden sei. Gerade bei Zweifeln an der Eignung eines Unternehmens wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, zunächst Aufklärung zu verlangen und eine endgültige Beurteilung und Entscheidung aufgrund der Erläuterungen der Antragstellerin vorzunehmen. Die Auftraggeberin habe zunächst zur Angebotslegung eingeladen, was eine bereits erfolgte positive Prüfung der Eignung voraussetze und damit logisch auch die Erwartung des Bieters auslöse, dass alles in Ordnung sei. Die der Antragstellerin in der ersten Verhandlung mitgeteilte Entscheidung sei umso mehr völlig überraschend, zumal weder vorgewarnt noch Gelegenheit zu einer vorherigen Entgegnung geboten worden sei.

Der Zuschlag sei noch nicht erteilt worden.

Zum Interesse am Vertragsabschluss und den drohenden oder bereits eingetretenen Schäden wurde von der Antragstellerin vorgebracht, dass ihr Geschäftsgegenstand insbesondere in der Erbringung der in der vorliegenden Ausschreibung nachgefragten Leistungen bestehe. Sie habe sich am Vergabeverfahren beteiligt, um den Auftrag zu erhalten. Durch die rechtswidrige Entscheidung seien die bisherigen erheblichen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren frustriert und entgehe durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin die Chance auf Erhalt des Auftrages, sodass ihr insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn und Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Vergabeverfahren entstehe.

Durch die rechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin erachte sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf Berücksichtigung ihres Angebotes, auf Nichtausscheiden des Angebotes, auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, auf Gleichbehandlung und auf Teilnahme am Vergabeverfahren, das den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen entspricht, verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen im Hauptantrag und bringt weiters vor, dass die Auftraggeberin durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die von ihr nicht beseitigt werden können. Damit drohe der Entgang des Auftrages, sohin entgangener Gewinn und Frustration der Kosten für die Verfahrensbeteiligung sowie der Verlust eines Referenzprojektes.
Demgegenüber seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Im Hinblick auf eine allenfalls relevierte Verzögerung der Leistungsbeschaffung sei darauf hinzuweisen, dass nach der Rechtsprechung jeder umsichtige Auftraggeber bei der Gestaltung des Zeitplans Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einplanen müsse.

Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Festzuhalten sei hingegen, dass ein besonderes öffentliches Interesse vielmehr dafür spreche, die einstweilige Verfügung zu erlassen.

Im Hinblick darauf, dass u.a. die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung begehrt werde, sei anzumerken, dass der bisherige Verfahrensablauf (z.B. keine Auswahlkriterien, Abgabe von Teilnahmeanträgen per E-Mail, völlig überraschende und intransparente Entscheidungen, etc.) die erhöhte Gefahr impliziere, dass die Auftraggeberin auch andere gesetzliche Vorschriften ignoriere und deshalb insbesondere ohne vorangehende Zuschlagsentscheidung den Zuschlag erteilt. Ein derart ohne Zuschlagsentscheidung erteilter Zuschlag wäre zwar rechtswidrig aber nicht ex lege nichtig, sondern würde die Antragstellerin zu einem zusätzlichen und kostenintensiven Feststellungsantrag nötigen. Dazu komme, dass ein solcher Feststellungsantrag nicht notwendigerweise zur Aufhebung des Zuschlags führe. Die Untersagung des Zuschlags sei daher jedenfalls eine notwendige Maßnahme. Ebenso notwendig sei die beantragte Untersagung der Zuschlagsentscheidung, da die Auftraggeberin ohne eine derartige Untersagung jederzeit die Zuschlagsentscheidung treffen könnte, was die Antragstellerin zu einem prozessökonomisch überflüssigen - jedoch ebenfalls kostenintensiven - zusätzlichen Nachprüfungsantrag nötigen würde. Bei den begehrten Maßnahmen handle es sich jedenfalls um die einzigen und gleichzeitig gelindesten noch zum Ziel führenden vorläufigen Maßnahmen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Stadtgemeinde x als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. In ihrer Stellungnahme beantragte die Auftraggeberin die Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:
Der Sachverhalt sei von der Antragstellerin nicht richtig wiedergegeben worden. Die Auftraggeberin sei Wasserversorger für ca. 17.000 BewohnerInnen; die Gewährleistung der Versorgungssicherheit sei daher von zentraler Bedeutung für die Auftraggeberin und sei somit jedenfalls ein großes öffentliches Interesse gegeben. Derzeit erfolge die Wasserversorgung über zwei Brunnen, welche sich beide im selben Grundwassereinzugsgebiet befinden würden. Zur Ausfallsbedarfsdeckung sowie zur Notwasserversorgung sei die Errichtung einer weiteren Brunnenanlage mit einem von den bestehenden Brunnen unterschiedlichen Grundwassereinzugsgebiet notwendig. Die erforderlichen Bewilligungen für die Errichtung dieses Brunnens seien bereits erwirkt und sei mit der Umsetzung des Projektes begonnen worden. Die ausgeschriebenen Leistungen zur Transportleitung seien nun ein wesentlicher Teil in der Projektabwicklung.

Eine rasche Umsetzung dieses Wasserversorgungsprojektes innerhalb des in der Ausschreibung definierten Leistungszeitraumes durch einen kompetenten, zuverlässigen und leistungsfähigen Auftragspartner sei im besonderen öffentlichen

Interesse gelegen. Eine Verzögerung durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung habe daher aus Sicht der Auftraggeberin durchaus negative Folgen für sie und ihre 17.000 BürgerInnen. Sinn der neu zu errichtenden Trinkwasserversorgung sei die Deckung des Bedarfs bei einem Ausfall der bestehenden Brunnen. Das Eintreten einer derartigen Notsituation könne zu keinem Zeitpunkt ausgeschlossen werden und sei für einen solchen jederzeit möglichen Ernstfall Vorsorge zu treffen.

Die Antragstellerin begründe ihre Vorgehensweise mit einem eventuellen Entgang des Auftrages, sohin entgangenen Gewinn und Frustration der Kosten für die Verfahrensbeteiligung und dem Verlust eines Referenzprojektes. Es würden daher rein persönliche wirtschaftliche Interessen verfolgt. Diese stünden in keiner Relation zu einer verzögerten Umsetzung eines so wichtigen Projektes, zumal dies die weitere Sicherung der Wasserversorgung für 17.000 BürgerInnen verzögern würde. Es sei gerade in diesem Fall die Pflicht als öffentlicher Auftraggeber, Risikofaktoren bei der Umsetzung von Projekten zu minimieren. Eine wesentliche Rolle spiele insbesondere hierbei die Wahl eines zuverlässigen und leistungsfähigen Auftragspartners; dabei könnten rein wirtschaftliche Interessen Privater nur von untergeordneter Bedeutung sein.

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.

3.2. Gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG iVm § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber bzw. Auftraggeberinnen im Sinne des § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagserteilung 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. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

3.3. Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Nach dem - unwidersprochen gebliebenen - Vorbringen der Antragstellerin ist im Provisorialverfahren davon auszugehen, dass die Bestimmungen des Sektorenbereichs für den Unterschwellenbereich anzuwenden sind.

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Ausscheidung bzw. Nichtberücksichtigung ihres Angebotes im weiteren Vergabeverfahren. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Antragstellerin sehen die Angebotsunterlagen ein sog. „short-listing" in der Verhandlungsphase im Sinne des § 254 Abs. 2 BVergG vor: Das Verhandlungsverfahren wird mit den fünf Bestbietern in der ersten Verhandlungsrunde und mit den verbleibenden drei Bestbietern in der zweiten und letzten Verhandlungsrunde geführt. Die gegenständlich angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin, die Antragstellerin im weiteren Vergabeverfahren nicht mehr weiter zu berücksichtigen, stellt eine „sonstige Festlegung während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist" und somit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 163 iVm § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006 dar (vgl. *J. Schramm/M. Öhler* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* (Hrsg), § 254 Rz 28).

3.4. 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. Andernfalls ist nach dem 2. Absatz dieser Bestimmung die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen. 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.

3.5. Um im Hinblick auf die Dringlichkeit von einstweiligen Verfügungen (vgl. § 20 Abs. 2 Oö. VergRSG 2016) umfangreiche Erhebungen zu vermeiden, soll lediglich eine Grobprüfung der Voraussetzungen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattfinden (vgl. *G. Gruber/T. Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), § 328 Rz 14; *R. Madl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 2216 unter Hinweis auf die europarechtliche Judikatur). Aufgrund der vorgelegten Urkunden und des Vorbringens der Parteien geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren weder bereits ein Zuschlag erteilt noch eine Widerrufserklärung mitgeteilt wurde. Die Antragstellerin konnte im Rahmen ihres Antrages auch - von der Auftraggeberin unwidersprochen - darlegen, dass die Antragstellerin als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Interesse am Abschluss des ausgeschriebenen Bauauftrages, insbesondere zur Erlangung eines wesentlichen Referenzprojektes, hat.

3.6. 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 (vgl. BVA 17.9.2002, N-46/02-11; *R. Madl* aaO, Rz 2216). Auch der EuGH hat in seinem Urteil vom 9. April 2003, Rs C-424/01, *CS*, festgehalten, dass die Erfolgsaussichten in der Hauptsache nicht zu den Kriterien gehören, die eine Vergabekontrollinstanz berücksichtigen muss oder darf, wenn sie über einen Antrag auf vorläufige Maßnahme entscheidet.

3.7. Mit einer einstweiligen Verfügung können vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nur solche vorläufigen Maßnahmen angeordnet werden, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die einstweilige Verfügung soll lediglich verhindern, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige Handlungen des Auftraggebers unterlaufen wird (vgl. *R. Madl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 2208 unter Hinweis auf die Gesetzesmaterialien EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 141).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung der Entgang des Auftrages droht, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, ist nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende „genaueste" Darlegungen sind jedoch nicht geboten (vgl. VwGH 20.04.2016, Ra 2015/04/0018; VwGH 22.06.2011, 2009/04/0128; VwGH 24.02.2006, 2004/04/ 0127; u.a.). Unter dem Schadensbegriff ist dabei nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa

auch - wie von der Antragstellerin plausibel behauptet - der Verlust eines Referenzprojektes im Falle einer rechtswidrigen Vergabe.

3.8. Bereits zu der vorausgegangenen sinngemäßen Regelung des Bundesvergabegesetzes 1997 führte Elsner, Vergaberecht (1999), auf Seite 86 aus: Die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 (so auch *G. Gruber/T. Gruber* aaO, § 329 Rz 7f; *R. Madl* aaO, Rz 2223).

Art. 2 Abs. 4 Satz 1 (entspricht nunmehr Art. 2 Abs. 5) der Rechtsmittelrichtlinie (Richtlinie 89/665/EWG nunmehr in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG) 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.

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. Diese hat im Verfahren keine - mit der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohenden - derart massiven Nachteile

vorgebracht, sodass schon aus diesem Grund 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).

Darüber hinaus ist auch ein Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden verpflichtet, bei der Erstellung des Projektzeitplans seines Vorhabens die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen (vgl. BVA 29.10.2013, N/0103-BVA/10/2013-EV11, u.v.a.; vgl. auch etwa *R. Madl* aaO, Rz 2222 mwH; *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006[2], Rz 3 zu § 329 (Stand: 1.1.2015, rdb.at)). Dies umso mehr bei einer Auftragsvergabe in der behaupteten Wichtigkeit des gegenständlichen Bauauftrages. Dass auch Interessen von sonstigen Bietern des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung geschädigt werden würden, wurde von der Auftraggeberin nicht behauptet. Vielmehr ist auch von deren Interesse an der Teilnahme an einem im Sinne der Entscheidung über den Hauptantrag rechtskonformen Wettbewerb und Verhandlungsverfahren auszugehen.

Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages ist sohin bei Abwägung der Interessen ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens weder durch die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. So hat die Auftraggeberin im Rahmen ihrer Stellungnahme etwa auch nicht behauptet, dass die Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Trinkwasser schon jetzt beeinträchtigt wäre. Ziel der Auftragsvergabe ist nach dem Vorbringen der Auftraggeberin vielmehr eine zukünftige verbesserte Absicherung dieser wichtigen kommunalen Aufgabe der Daseinsvorsorge. Diese Zielerreichung ist nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich durch die nachprüfungsbedingte Verzögerung der Beendigung des Vergabeverfahrens nicht evident gefährdet, zumal zu erwarten ist, dass die Errichtung des weiteren Standbeins der Trinkwasserversorgung selbst ohnedies noch geraume Zeit in Anspruch nehmen wird. Für den Fall eines allfälligen unvorhersehbaren Notstands sieht das Vergaberecht ohnedies Möglichkeiten eines beschleunigten Vergabeverfahrens für vorübergehende Versorgungsmaßnahmen - unabhängig vom gegenständlichen Nachprüfungsverfahren - vor (vgl. etwa § 195 Z 4 BVergG 2006). Es ist weiters bei der Interessensabwägung im Sinne der zitierten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass auch die Auftraggeberin ein Interesse an einem rechtmäßigen Vergabeverfahren haben muss. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung der Leistungsbeschaffung ergeben könnte, liegt - wie auch die Antragstellerin darauf hinweist - in der Natur der Sache, die jedoch durch die entsprechende Berücksichtigung im Projektzeitplan der Auftraggeberin einkalkuliert werden kann.

Zumal die vorgenommene Interessensabwägung im Hinblick auf das vorgebrachte Vertragsinteresse der Antragstellerin und ihre Schadensbehauptungen einerseits und das Interesse der Auftraggeberin an der Vermeidung von Verzögerungen andererseits zumindest kein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Hauptverfahren ergab (§ 11 Abs. 1 2. Satz Oö. VergRSG 2006), war dem Antrag im Umfang der Untersagung der Zuschlagserteilung stattzugeben. Damit kann sichergestellt werden, dass eine dem Ausgang des Hauptverfahrens entsprechend angepasste Zuschlagserteilung erfolgen kann, wodurch die drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin während des Nachprüfungsverfahrens durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung hintan gehalten werden kann.

3.9. Bei der Untersagung der Zuschlagserteilung handelt es sich im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Da aus Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin zutreffen, droht ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrages mit den von ihr dargelegten vermögensrechtlichen Nachteilen. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung mussten daher vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Maßnahmen getroffen werden, die eine (behauptete) sodann rechtskonforme Zuschlagserteilung ermöglichen.

Zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war daher die Zuschlagserteilung zu untersagen. Hingegen steht der nicht rechtskräftig ausgeschiedenen Antragstellerin - als im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin im Sinne des § 272 Abs. 1 BVergG 2006 (vgl. VwGH 02.12.2016, Ra 2016/04/0132) - die Möglichkeit offen, sich gegen eine allenfalls rechtswidrige Zuschlagsentscheidung - die ihr durch die Auftraggeberin auch mitzuteilen ist - gerichtlich zur Wehr zu setzen, sodass die von der Antragstellerin dargetane Schädigung ihrer Interessen infolge eines Auftragentgangs bereits durch die Untersagung der Zuschlagserteilung hintan gehalten werden kann. Es bedurfte daher im konkreten Einzelfall auch unter Berücksichtigung der Interessen der Auftraggeberin an einer zeitnahen Verbesserung der gesicherten Trinkwasserversorgung der Bevölkerung nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit keiner darüber hinausgehenden Untersagung der Zuschlagsentscheidung, weshalb dem Provisorialantrag nur eingeschränkt stattzugeben war.

3.10. Die Dauer der Untersagung der Zuschlagserteilung ergibt sich aus § 11 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 20 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006. Nach der zuletzt genannten Bestimmung 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 Untersagung der Zuschlagserteilung für zwei Monate auszusprechen.

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

3.11. Der Abspruch über den Ersatz der nachweislich entrichteten Pauschalgebühren erfolgt im Sinne des § 23 Abs. 2 und 3 Oö. VergRSG 2006 mit der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren über den Hauptantrag.

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 (siehe die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes). 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 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.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack