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-840148/4/KLi/Rd**

Datum: **Linz, 24. 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 seine Richterin Dr. Lidauer über den Antrag der X „X", vertreten durch die X Rechtsanwälte OG, X, X, vom 20. November 2017 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren des Auftraggebers X, vertreten durch die X Rechtsanwälte GmbH, X, X, betreffend das Vorhaben „Ausführung der Bodenmarkierungsarbeiten auf Landesstraßen B und L im Bundesland Oberösterreich",

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 dem Auftraggeber X die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 20. Jänner 2018, 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 20. November 2017 hat die X „X" (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem Auftraggeber die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 9.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hierzu aus, dass es sich gegenständlich um ein Verfahren zur Beschaffung von Bauleistungen im Oberschwellenbereich handelt, welches am 28. Juni 2017 zu X EU-weit bekannt gemacht wurde. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war der 11. August 2017 vorgesehen. Von der Antragstellerin wurde am 10. August 2017 fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Die Angebotsöffnung erfolgte am 11. August 2017 und sind laut Angebotsöffnungsprotokoll vier Angebote eingelangt. Das erstgereihte Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beträgt 3.804.395,45 Euro (inkl. 6% Nachlass, exkl. USt), das zweitgereihte Angebot der Antragstellerin beträgt 4.945.830,80 Euro (kein Nachlass, exkl. USt). Die weiteren Angebote liegen bei 5.172.863,80 Euro und 5.456.916,30 Euro (jeweils kein Nachlass und exkl. USt). Mit Fax vom 9. November 2017 wurde der Antragstellerin die Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben und darin mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, den Auftrag für die gegenständlichen Lieferungen und Leistungen der X GmbH/S zu erteilen.

Unter der Überschrift „Angaben über das Interesse und einen drohenden Schaden" brachte die Antragstellerin vor, dass sich ihr Interesse daraus ergebe, dass die Ausführungen der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liegen und durch die Rechtswidrigkeit im Zuge der Auftragsvergabe ein Schaden entstand bzw. zu entstehen drohe. Sie habe an der Erbringung der nachgefragten Leistungen ein großes Interesse. Aufgrund der bisherigen Anstrengungen (Angebotserstellung) seien der Antragstellerin erhebliche Aufwände sowie Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung und Pauschalgebühren in Höhe von 9.000 Euro angefallen. Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit der Zuschlagserteilung und die Erzielung eines angemessenen branchenüblichen Gewinns. Zudem drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Rechte der Antragstellerin könnten nur durch den vorliegenden Antrag gewahrt werden und sei bei vergabekonformer Vorgangsweise des Auftraggebers das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden und der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen.

Durch die vergaberechtswidrige Vorgangsweise erachte sich die Antragstellerin in ihren Rechten auf

- rechtkonforme Durchführung eines Vergabeverfahrens
- ordnungsgemäße Prüfung der Angebote in Übereinstimmung mit den Ausschreibungsunterlagen
- Ausscheiden eines ungeeigneten und/oder unbefugten Bieters
- Ausscheiden von Angeboten, die den Ausschreibungsbedingungen widersprechen
- Ausscheiden von Angeboten, welche eine nicht plausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen
- eine materiell rechtsrichtige Auftraggeberentscheidung
- Zuschlagserteilung
- Vergabe an geeignete, insbesondere zuverlässige und befugte Bieter
- Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen und lauteren Wettbewerbs
- transparente, nicht diskriminierende und nachvollziehbare Angebotsbewertung
- Widerruf einer rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung

verletzt.

Von der Antragstellerin wurden im Nachprüfungsantrag umfangreiche Ausführungen zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Zuschlagsentscheidung dargelegt. So sei das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund eines den kalkulierten Gewinn übersteigenden Nachlasses von 6% nicht kostendeckend und seien die im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthaltenen Preise betriebswirtschaftlich nicht erklär- und nachvollziehbar. Weiters sei die Zuverlässigkeit und Eignung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls bei folgenden Punkten nicht gegeben: So sei zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung keine Dienstleistungsanzeige der S (X) für das reglementierte Gewerbe X vorgelegen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin besitze nicht die erforderliche Erlaubnis als Abfallsammler und -behandler nach § 24a AWG und verfüge sie nicht über die für die Eignung erforderliche Anzahl von Facharbeitern (ein Facharbeiter pro Partie) mit der entsprechenden Fachausbildung und hinreichenden Sprachkenntnissen. Weiters sei die technische Leistungsfähigkeit nicht gegeben, da das Material „X" keine Einsatzfreigabe des BMVIT habe und könne die präsumtive Zuschlagsempfängerin in den letzten fünf Jahren keine vergleichbaren Referenzprojekte nachweisen. Da der Gesamtjahresumsatz der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest im Jahr 2014 unter 10 Millionen Euro liege, sei die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Weiters besitze die P GmbH nicht die technische, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit, um im Jahr 2018 alle im X und X gewonnenen Aufträge durchzuführen.

Im Ergebnis lasse sich daher festhalten, dass die Zuschlagsentscheidung an die präsumtive Zuschlagsempfängerin rechtswidrig sei und das Angebot aufgrund der

aufgezeigten Gründe zwingend auszuscheiden gewesen wäre und der Antragstellerin der Zuschlag zu erteilen wäre.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin auf die Ausführungen im Hauptantrag und bringt weiters vor, dass die Untersagung zwingend erforderlich sei, da der Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlags unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Oö. VergRSG 2006 nicht mehr beseitigt werden können.

Gegenständlich überwiege darüber hinaus das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im konkreten Verfahren vom Auftraggeber zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für den Auftraggeber.

Der Antragstellerin drohe im Fall der Erteilung des Zuschlags zugunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin der Entgang des Auftrags, sohin entgangener Gewinn und Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren. Im Fall der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits. Dazu komme, dass schon allein aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und den damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre.

Es seien keine besonderen Interessen des Auftraggebers ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Zudem müsse jeder umsichtige Auftraggeber bei der Planung der Ausschreibung bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren.

Überdies sei zu berücksichtigen, dass nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen sei. Die vorliegenden Rechtsverstöße würden aber gerade dazu führen, dass eine Auftragserteilung an den tatsächlichen Billigst- bzw. Bestbieter ausgeschlossen werde.

Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Derartige zwingende öffentliche Gründe können grundsätzlich nur geltend gemacht werden, wenn diese vom Auftraggeber nicht vorhergesehen werden konnten und diese nicht zulassen, Fristen gemäß dem BVergG einzuhalten. Verzögerungen, die durch

die Rechtsschutzmöglichkeiten des BVergG entstehen können, wären vom Auftraggeber jedenfalls vorhersehbar gewesen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das X als Auftraggeber am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Eingabe vom 22. November 2017 teilte der Rechtsvertreter des Auftraggebers mit, dass hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme abgegeben werde.

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 und Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch das Land. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs. 1 leg.cit.

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

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Bauauftrags sind die Bestimmungen für Bauaufträge im Oberschwellenbereich anzuwenden.

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

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

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

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

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

Auch der Verfassungsgerichtshof hat insbesondere in seiner Entscheidung zu 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 den Auftraggeber 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. Der Auftraggeber 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 den Auftraggeber vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Vielmehr ist bei der Interessensabwägung im Sinn der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass der Auftraggeber 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 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 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. Lidauer