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-840151/3/JS/Rd

Datum:
Linz, 1. März 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der X, X, P, vertreten durch X Rechtsanwälte GmbH, X, W, vom 23. Februar 2018 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde X betreffend das Vorhaben „Wasserversorgung Brunnen III; 10.100 m Transportleitung DN 250“

zu Recht:

I. Dem Antrag wird gemäß §§ 1, 2, 8 und 11 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 idF LGBl. Nr. 90/2013, stattgegeben und der Auftraggeberin Stadtgemeinde X die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 23. April 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 23. Februar 2018 stellte die X (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 19. Februar 2018 sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.600 Euro beantragt.

Vorweg verwies die Antragstellerin darauf, dass das gegenständliche Vergabeverfahren bereits einmal Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens zur hg. GZ: LVwG-840145 gewesen sei (im Folgenden „vorangegangene Nachprüfungsverfahren“).

Weiters führte sie begründend fort, dass die Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Auftrags über die Herstellung einer Trinkwassertransportleitung durchführe. In den Ausschreibungsunterlagen (AU) seien neben dem Preis die Zuschlagskriterien „Dauer der Gewährleistung“ und „Verkehrswirksame Bauzeit auf der Landesstraße“ festgelegt worden. Die Bewertung dieser Kriterien erfolge in der Weise, dass die Anzahl der angebotenen zusätzlichen Jahre der Gewährleistung mit 10.000 Euro und die angebotene Bauzeitverkürzung in Wochen mit 5.000 Euro multipliziert und die beiden Multiplikationsergebnisse vom Gesamtpreis abgezogen werden, woraus sich die für die Bestbieterermittlung maßgebliche „Wertungssumme" ergebe (Punkt B 13.1 der Angebotsbestimmungen). Zum Ablauf des Verfahrens sei in den AU festgelegt worden, dass das Verhandlungsverfahren mit den fünf Bestbietern in der ersten Verhandlungsrunde (25. Oktober 2017) und in der zweiten und letzten Verhandlungsrunde (30. Oktober 2017) mit den verbleibenden drei Bestbietern geführt werde. Entsprechend dieser Festlegung dürfe jedem Bieter in maximal zwei Verhandlungsrunden Gelegenheit zur Verbesserung des Angebotes gegeben werden bzw. müsste die Bewertung auf Grundlage der in der zweiten und letzten Verhandlungsrunde abgegebenen letztgültigen Angebote erfolgen.

Die Antragstellerin habe aufgrund der Einladung der Auftraggeberin ein schriftliches Erstangebot mit einem Gesamtpreis von 3.523.290,37 Euro gelegt und sei mit E-Mail vom 19. Oktober 2017 zum ersten Verhandlungsgespräch am 25. Oktober 2017 eingeladen worden. Bei diesem Termin seien mit der Antragstellerin keine Verhandlungen über das Angebot geführt worden. Es sei ihr unter Hinweis auf ein Rating der C lediglich mitgeteilt worden, dass sie im weiteren Verfahren nicht mehr berücksichtigt werde. Im Protokoll vom 25. Oktober 2017 sei daher ausdrücklich vermerkt, dass über das Angebot keine weiteren Gespräche geführt worden seien.

Die Entscheidung, das Angebot nicht weiter zu berücksichtigen, sei im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren erfolgreich angefochten worden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich habe die für die Erstellung der Ausschreibung verantwortliche Auskunftsperson der Auftraggeberin angegeben, dass das Ergebnis der ersten Verhandlungsrunde in einem Protokoll festgehalten worden sei und sei auch die zweite Verhandlungsrunde bereits gemacht worden. Demnach habe die Auftraggeberin zu diesem Zeitpunkt hinsichtlich der übrigen Bieter bereits die erste und auch die zweite und letzte Verhandlungsrunde durchgeführt. Außerdem habe diese Auskunftsperson angegeben, dass es üblich sei, mit dem Letztgereihten zu beginnen und zum Schluss dann mit dem Bestgereihten zu sprechen.

Die Auftraggeberin habe sie nach dem Erkenntnis im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren am 23. Jänner 2018 zu einem Verhandlungsgespräch eingeladen. Im Rahmen dessen sei erstmals mit der Antragstellerin über ihr Angebot verhandelt worden. Es habe sich dabei auch um die erste geführte Verhandlungsrunde gehandelt. Mit Schreiben vom 24. Jänner 2018 sei die Antragstellerin zu einem zweiten und letzten Verhandlungsgespräch am 30. Jänner 2018 eingeladen worden. Die Antragstellerin habe im Rahmen des zweiten und letzten Verhandlungsgesprächs eine Verlängerung der Gewährleistung um 2 Jahre und einen Nachlass auf den bisher angebotenen Gesamtpreis von 3 % angeboten, woraus sich ein neuer Gesamtpreis von 3.417.591,66 Euro (3.523.290,37 Euro - 3 % Nachlass) und ein „Wertungspreis“ von 3.397.591,66 Euro ergebe (3.417.561,66 Euro - 2 Jahre Gewährleistungsverlängerung x 10.000 Euro). Eine schriftliche Abgabe des letztgültigen Angebotes gleichzeitig durch alle Bieter - wie sonst bei Verhandlungsverfahren üblich - sei von der Auftraggeberin nicht vorgesehen gewesen.

Erst 3 Wochen später sei der Antragstellerin am 19. Februar 2018 die nunmehr angefochtene Zuschlagsentscheidung zugunsten der BIEGE X AG mitgeteilt worden, wobei darin begründend ausgeführt werde, dass der Gesamtpreis („Vergabesumme“) dieser BIEGE 3.491.139,94 Euro betrage und deren „Wertungssumme“ 3.391.139,94 Euro. Demnach liege die Wertungssumme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin um lediglich 6.451,72 Euro, also rund 0,2 %, unter der Wertungssumme der Antragstellerin. Der Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei sogar höher als jener der Antragstellerin.

Aufgrund verschiedener Indizien gehe die Antragstellerin davon aus, dass die in der Zuschlagsentscheidung mitgeteilte Wertungssumme der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. die zugrunde liegenden Angebotsinhalte (Gesamtpreis, Verlängerung Gewährleistung, Verkürzung Bauzeit) von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht bereits in der zweiten und letzten Verhandlungsrunde angeboten worden seien, sondern erst zu einem späteren Zeitpunkt nach

mündlicher Abgabe des letztgültigen Angebotes der Antragstellerin am 30. Jänner 2018, sohin nach mehr als zwei Verhandlungsrunden und zu einem Zeitpunkt, zu welchem zumindest der Auftraggeberin die Wertungssumme der Antragstellerin bekannt gewesen sei. Ergänzend werde angemerkt, dass die Antragstellerin bereits ein sehr günstiges Erstangebot gelegt habe, das nach ihrer Einschätzung auch besser zu bewerten sei (bessere „Wertungssumme“) als das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gelegte Erstangebot und es laut Aussage der Auskunftsperson der Auftraggeberin üblich sei, „zum Schluss dann mit dem Bestgereihten zu sprechen“. Es sei für die Antragstellerin erstaunlich, dass die Auftraggeberin am Schluss nicht mit ihr, sondern nach mündlicher Abgabe ihres eigenen letztgültigen Angebotes nochmals mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gesprochen habe.

Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führte die Antragstellerin aus, dass ein Verhandlungsverfahren nach der Konzeption des Gesetzgebers kein Regelverfahren sei, sondern grundsätzlich nur in Ausnahmefällen zulässig sei. Hintergrund für diesen Ausnahmecharakter sei, dass gerade das Verhandlungsverfahren einen geringeren Grad an Transparenz aufweise und überdies eine erhöhte Manipulationsgefahr mit sich bringe. Beispielhaft sei erwähnt, dass der Gesetzgeber offenbar in Kenntnis dieser Gefahr ausdrücklich für das Verhandlungsverfahren vorschreibe, dass Informationen nicht diskriminierend in solcher Weise weitergegeben werden dürfen, dass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden.

Unabhängig von diesen abstrakten Gefahren erweise sich die gegenständliche Zuschlagsentscheidung in mehrfacher Hinsicht als rechtswidrig:
- Selbstverständlich gelte gerade auch für das Verhandlungsverfahren der Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter. Daraus ergebe sich insbesondere, dass den Bietern in einem Verhandlungsverfahren in gleicher Weise die Chance zur Verbesserung ihres Angebotes eingeräumt werden müsse und sohin grundsätzlich auch mit allen Bietern dieselbe Anzahl von Verhandlungen zu führen sei. Würde man es dem Auftraggeber demgegenüber gestatten, mit den Bietern unterschiedlich oft zu verhandeln, hätte es der Auftraggeber in der Hand, die Verhandlungen willkürlich so lange fortzusetzen, bis der ihm genehme Bieter das beste Angebot lege. Gegen diesen Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter sei nach den Vermutungen der Antragstellerin zumindest insofern verstoßen worden, als mit ihr lediglich zweimal Verhandlungen geführt worden seien und demgegenüber mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zumindest dreimal, möglicherweise auch viermal. Die Auftraggeberin habe also dem Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufend mit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin wesentlich öfter verhandelt und nach Vermutung der Antragstellerin zuletzt erst nach der letzten Verhandlung mit ihr der präsumtiven Zuschlagsempfängerin Gelegenheit zur Verbesserung ihres Angebotes eingeräumt.

- Zudem sei die Vorgehensweise der Auftraggeberin und die auf dieser Grundlage getroffene Zuschlagsentscheidung auch deshalb rechtswidrig, da die Auftraggeberin damit gegen die eigene bestandfest und im Einklang mit § 254 Abs. 3 BVergG stehende Ausschreibungsregelung verstoßen habe. Nach § 254 Abs. 3 BVergG habe der Auftraggeber den Bietern den Abschluss der Verhandlungen vorab bekannt zu geben. Dies habe die Auftraggeberin insofern getan, als sie bereits in der AU festgelegt habe, dass die zweite Verhandlungsrunde zugleich die letzte Verhandlungsrunde sei. Wenn nun die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu einer dritten oder allenfalls auch vierten Verhandlungsrunde eingeladen worden sei, verstoße dies gegen die eigenen bestandfesten Ausschreibungsregeln. In diesem Zusammenhang werde auch auf die Rechtsprechung verwiesen, wonach eine mehrmalige Aufforderung zur Abgabe eines letzten Angebotes rechtswidrig sei (BVA 26.1.2007, N/0105-BVA/07/2006-42). Richtigerweise hätte die Auftraggeberin der Angebotsbewertung daher jenes vorangehende Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zugrunde legen müssen, das diese im Rahmen der mit ihr vermutlich am 30. Oktober 2017 geführten zweiten und letzten Verhandlungsrunde gelegt habe. Ausgehend davon, dass das in dieser damaligen Verhandlungsrunde gelegte Angebot eine höhere Wertungssumme aufweise als das von der Antragstellerin in der zweiten Verhandlungsrunde gelegte Angebot, sei die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin zu treffen.

Bezüglich der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts und der Zulässigkeit des Antrages wurde vorgebracht, dass die Auftraggeberin eine in den Vollziehungsbereich des Landes Oberösterreich fallende Auftraggeberin sei, der Zuschlag noch nicht erteilt worden sei und dass ihr die angefochtene Zuschlagsentscheidung am 19. Februar 2018 bekannt gegeben worden sei.

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

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung des Verhandlungsverfahrens nach den bestandfesten Ausschreibungsregeln, Zuschlagserteilung, Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten, Gleichbehandlung und auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren, das den vergaberechtlichen Vorschriften und Grundsätzen entspricht, verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung brachte die Antragstellerin noch weiters vor, dass die Auftraggeberin durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die von ihr nicht beseitigt werden könnten. Damit drohe der Entgang des Auftrags, 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 spricht, die einstweilige Verfügung zu erlassen. Bei der begehrten Maßnahme handle es sich jedenfalls um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Stadtgemeinde X als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt und die Möglichkeit eingeräumt, sich bis zum 27. Februar 2018 dazu zu äußern. Eine Stellungnahme zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfolgte nicht.

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 Zuschlagsentscheidung vom 19. Februar 2018 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 163 iVm § 2 Z 16 lit. a sublit. dd BVergG 2006.

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 Bauauftrags, 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 C*, 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 Auftrags 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 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 (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. Die Auftraggeberin hat - auch im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren - 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 - im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren - behaupteten Wichtigkeit des gegenständlichen Bauauftrags. Dass auch Interessen von sonstigen Bietern des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung geschädigt werden würden, wurde von der Auftraggeberin - auch im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren - 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 Auftrags 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 etwa die Auftraggeberin - auch im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren - nicht behauptet, dass die Versorgungssicherheit der Bevölkerung mit Trinkwasser schon jetzt beeinträchtigt wäre. Ziel der Auftragsvergabe ist nach dem Vorbringen der Auftraggeberin im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren 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 stattzugeben. Damit kann sicher-

gestellt 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 Auftrags 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.

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 Eingabegebühr von je 240.- Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack