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

Geschäftszeichen:
LVwG-840156/4/HW/TO

Datum:
Linz, 26. Juli 2018

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Wiesinger über den Antrag der M Gesellschaft mbH & Co KG, xstraße 2, L, vertreten durch S Ö Rechtsanwälte OG, xgasse 2, W, vom 20.07.2018 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Auftraggeberin K U GmbH betreffend das Vorhaben „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 K U GmbH die Erteilung des Zuschlags bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 20.09.2018, untersagt.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine 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 20.07.2018 hat die M Gesellschaft mbH & Co KG (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung des Ausscheidens der Antragstellerin sowie auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Begründend führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die Auftraggeberin im Jänner 2018 ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages eingeleitet habe. Gegenstand dieses Verfahrens sei die Herstellung einer Fassadenhülle „M" am Büro-, Labor- und Lehrgebäude beim Neubau der xgebäude der x.

Zu gegenständlicher Ausschreibung habe die Auftraggeberin im Juni 2017 bereits eine Direktvergabe nach § 41 BVergG mit dem Titel „x“ eingeleitet und durchgeführt. Ziel dieses vorherigen Verfahrens sei die Vorbereitung, Entwicklung und Erstellung eines Fassadenmusters für die hier gegenständliche Ausschreibung gewesen. Dieses damalige Verfahren habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin S AG gewonnen. Sie habe darauffolgend den Auftrag ausgeführt und habe das Fassadenmuster im Einvernehmen mit der Antragsgegnerin entwickelt und erstellt.

Wie aus dem Leistungsverzeichnistext ersichtlich sei, sei der Hauptzweck dieser Mock-Up Fassaden dem Bauherrn und den Architekten in optischer, funktioneller und haptischer Hinsicht eine realitätsnahe Vorschau auf die geplanten Fassadenkonstruktionen zu geben. Insbesondere sei auch abverlangt und beauftragt worden, dass zusätzlich zu den im Leistungsverzeichnis beschriebenen Mindestanforderungen, wie Funktionen, Öffnungsflügel, bewegliche außenliegende Sonnenschutzlamellen vom Auftragnehmer auch die zur Funktionstüchtigkeit notwendige Ausführung mit den erforderlichen Bestandteilen festzulegen und in den jeweiligen Positionen zu berücksichtigen wären. Teil dieser Direktvergabe sei auch die Erstellung von Ausführungsplänen und Werkplänen sowie statischen Berechnungen der Fassade gewesen. Das Fassadenmuster sei in Kooperation mit der Auftraggeberin bereits durch die S AG erstellt worden. Nach der Errichtung dieses ersten Fassadenmusters sei von der S AG, insbesondere auch nach Angebotsabgabe zum gegenständlichen Hauptauftrag, dahinter noch ein zweites Fassadenmuster erstellt worden. Im Zuge der Leistungserbringung dieser Fassadenmuster stehe die S AG in ständigem Austausch mit der Auftraggeberin. Die S AG habe daher auch im Zeitraum der Angebotsabgabe regen Kontakt mit der Auftraggeberin gehabt. Es liege daher auf der Hand, dass die S AG wesentlich an den Planungs- und Ausführungsentscheidungen der Auftraggeberin mitgewirkt habe oder zumindest über diese aus erster Hand informiert gewesen sei.

Gegenstand des hier gegenständlichen Verfahrens sei demgegenüber die Umsetzung dieses Fassadenmusters gewesen. Es handle sich hierbei um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich zur Herstellung einer Metallfassade für den Neubau der xgebäude der M. Der Auftrag umfasse die Errichtung jener Metallfassade, für die sich die Auftraggeberin innerhalb der vorherigen Direktvergabe auf Basis des Mock-Up Fassadenmusters entschieden habe. In den gesamten Ausschreibungsunterlagen sei jedoch kein Hinweis auf die ausgeführten Mock-Up Fassaden gegeben. Im Gegenteil, es seien Planungs- und großflächige Musterleistungen beschrieben und gefordert worden, diese kostenmäßig zu bewerten und einzurechnen, wobei auch ausdrücklich angeführt wurde, dass die damit verbundenen Kosten nicht eigens vergütet werden. Die Positionsbeschreibungen und Ausschreibungspläne seien teilweise deckungsgleich mit den Positionstexten der Mock-Up Fassade. Dies bedeute, dass die S AG als Hersteller der Mock-Up-Fassaden hier wesentlich bevorteilt sei, da diese im Zuge der Mock-Up-Fassadenherstellung die Fertigungs- und Montagezeichnungen in Zusammenarbeit mit Architekt und Bauherrn bereits gegen Kostenvergütung erstellt und somit schon vorliegen habe. Weiters seien der S AG auch sämtliche weiterführenden Überlegungen des Architekten und Bauherrn z.B. auch hinsichtlich der ausgeschriebenen Oberflächenvarianten bekannt.

Es habe die Auftraggeberin keine geeigneten Maßnahmen, wie z.B. die Offenlegung aller Unterlagen und Erkenntnisse aus der Erstellung der Musterfassade oder überhaupt die Offenlegung, dass es bereits eine Musterfassade gebe und diese auch im Zuge einer örtlichen Begehung besichtigt hätte werden können, unterlassen, um diesen Wissensvorsprung gegenüber allen anderen Bietern auszugleichen. Die S AG hatte dadurch einen wesentlichen Wissensvorsprung im Vergleich zu den anderen Bietern. Beispielsweise sei im Leistungsverzeichnis der Hauptfassade die Pos. „x“ der Metalllamellen erwähnt, die eine Lamellendicke von 2-4mm vorsehe. Im Gegensatz dazu sei die Lamellendicke im Leistungsverzeichnistext der Mock-Up-Fassade mit 4 mm vorgegeben. Die S AG habe das Fassadenmuster tatsächlich aber mit einer Lamellendicke von 2 mm erstellt. Aufgrund dessen, dass die Auftraggeberin die Lamellendicke in der Ausschreibung der Hauptfassade nicht präzisiert habe, der S AG aber bereits statische Berechnungen der Mock-Up-Fassade vorgelegen seien, die den anderen Bietern nicht weiter gegeben wurden, habe die S AG bereits zu diesem Zeitpunkt gewusst, dass eine Lamellendicke von 2 mm ausreichend sei.

Am 9.3.2018 sei die Angebotsöffnung erfolgt. Bei diesem Anlass habe die Antragstellerin Kenntnis davon erlangt, dass neben der Antragstellerin selbst (mit einem Angebotspreis von EUR 10.519.527,25) auch die S AG ein Angebot mit einem Angebotspreis von EUR 9.181.604,26 abgegeben habe. Das Angebot der S AG habe einen Preisvorsprung von EUR 1.337.922,99 und somit von 15 % aufgewiesen.

Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin unmittelbar nach Angebotsöffnung davon in Kenntnis gesetzt, dass die S AG aufgrund der Vorarbeiten aus dem Verfahren auszuscheiden sei. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin in der Folge mehrfach zur Vorlage verschiedener Unterlagen aufgefordert. Die Antragstellerin sei diesen Ersuchen jeweils fristgerecht und vollständig nachgekommen. Konkrete Zweifel oder Fragen betreffend das Angebot der Antragstellerin habe die Auftraggeberin zu keinem Zeitpunkt gestellt, auch sei die Antragstellerin niemals zu einem Aufklärungsgespräch eingeladen worden. Die Auftraggeberin habe somit keine, zumindest keine (rechtskonforme) vertiefte Angebotsprüfung durchgeführt.

Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin mit Schreiben vom 10.7.2018 die Zuschlagsentscheidung zugunsten der S AG und – überraschend, weil niemals konkrete Zweifel an der Ausschreibungskonformität des Angebotes der Antragstellerin geäußert worden wären – zeitgleich die Ausscheidensentscheidung übermittelt. Die Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig, weil die S AG insbesondere wegen Verzerrung des Wettbewerbs ausgeschlossen hätte werden müssen. Die Ausscheidensentscheidung sei rechtswidrig, weil keine Ausscheidungsgründe vorliegen würden.

Der Nachprüfungsantrag richte sich gegen die Zuschlagsentscheidung und die Ausscheidensentscheidung vom 10.7.2018.

Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen und in diesem Bereich seit Jahren gewerblich tätig, weshalb ihr ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss schon deshalb nicht abzusprechen sei. Das Interesse ergebe sich auch schon daraus, dass die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe. Im Falle einer Zuschlagsentscheidung zugunsten eines anderen Bieters drohe der Antragstellerin ein beträchtlicher Schaden. Dieser bestehe im Verlust einer Chance auf Abschluss eines Vertrages in einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und Beteiligung an einem fairen und lauteren Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin auch ein finanzieller Schaden zumindest in Höhe des entgangenen Gewinns. Bei Abschluss des Vertrages mit einem anderen Bieter, würde der Antragstellerin auch ein Schaden in der Höhe der bisher angelaufenen frustrierten Kosten für das Studium der Ausschreibungsunterlagen und die Angebotserstellung drohen. Darüber hinaus wären wegen der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung Beratungsgespräche mit den ausgewiesenen Rechtsvertretern erforderlich, sodass auch bereits ein Rechtsanwaltshonorar angefallen sei. Weiters drohe der Antragstellerin ein Schaden in Form des Verlustes eines Referenzprojektes. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung würde für die Antragstellerin ein wichtiges Referenzprojekt darstellen. Ein durchgeführter Auftrag dieser Größenordnung würde daher eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen. Aus den genannten Gründen komme der

Antragstellerin ein Interesse am Vertragsabschluss zu und sei ihr durch die rechtswidrige Vorgehensweise ein Schaden entstanden bzw. drohe bei Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Ausscheidensentscheidung und rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung ein weiterer Schaden.

Die Antragstellerin erachtet sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 19 Abs. 1 BVergG 2006 verletzt. Die Antragstellerin führt dazu weiters aus, dass dabei die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Nichtausscheidung ihres Angebots und Berücksichtigung in der Bestbieterbewertung eines gesetzes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebots und auf Zuschlagsentscheidung zu ihren Gunsten verletzt werde. Ferner werde das Recht der Antragstellerin auf Durchführung eines transparenten und dem fairen und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, das Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, das Recht auf Nichtberücksichtigung eines nicht geeigneten Unternehmens verletzt. Die Antragstellerin begehre daher die Nachprüfung der Entscheidung der Antragsgegnerin zur Ausscheidung des Angebots der Antragstellerin und der Entscheidung, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag zu erteilen, zugestellt am 10.7.2018.

Für den Fall, dass ein Bieter bereits an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt gewesen war, habe der öffentliche Auftraggeber gemäß Art. 41 der RL 2014/24/EU angemessene Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass der Wettbewerb durch die Teilnahme des Bieters nicht verzerrt werde und es sohin nicht zu einer Wettbewerbsverzerrung zulasten anderer Bieter komme. Die Auftraggeberin habe keinerlei Maßnahmen ergriffen, um einen fairen und lauteren Wettbewerb sicherzustellen. Die Auftraggeberin habe die Bieter im gegenständlichen Verfahren weder umfassend darüber informiert, dass es eine vorherige Ausschreibung zur Erstellung eines Fassadenmusters gab, noch, dass es für die Bieter möglich sei, diese Musterfassade vor Ort zu besichtigen. Noch wurden sonst irgendwelche Informationen über den Erkenntnisgewinn aus der Entwicklung und Erstellung der Musterfassade an die Bieter des gegenständlichen Vergabeverfahrens aufbereitet und weitergegeben. Hätte die Antragstellerin nicht selbst an der vorhergehenden Direktvergabe teilgenommen, hätte sie keinerlei Kenntnis darüber gehabt, dass es möglicherweise eine Musterfassade geben könnte. Die Auftraggeberin habe auch keine Fotos der bereits vorhandenen Musterfassade zur Veranschaulichung der Ausschreibungsunterlage beigelegt. Die S AG habe daher einen wesentlichen Wissensvorsprung gegenüber den anderen Bietern gehabt. Die S AG habe in Kooperation mit der Auftraggeberin bereits ein Fassadenmuster erstellt und sei für diese Musterfassade auch bezahlt worden. Im Zuge der Leistungserbringung habe die S AG bei Erstellung ihres Musters daher genau gewusst, welche Ausgestaltung sich die Auftraggeberin dabei vorstelle. Diese konkrete Information hätten andere Bieter im Verfahren allerdings nicht, sodass sie auch Aufwände, die über die aufwendige Erstellung eines einmaligen

Musters hinausgehen, in ihre Kalkulation mit einberechnen hätten müssen. Die S AG habe daher einen wesentlichen Wissensvorsprung gegenüber den anderen Bietern.

Darüber hinaus habe die S AG einen wesentlichen Zeitvorsprung zur Erstellung ihres Angebotes im Vergleich zu den anderen Bietern gehabt. Die Auftraggeberin habe den Bietern keine angemessene, längere, Angebotsfrist zugestanden, um den Zeitvorsprung der S AG gegenüber den anderen Bietern auszugleichen.

Der Angebotspreis der S AG weise einen Preisvorsprung von EUR 1.337.922,99 und somit von 15 % auf. Es sei der Antragstellerin nicht bekannt, ob bzw. inwieweit das Angebot der S AG in Ansehung dieses Gesamtpreises oder einzelner Positionspreise im Rahmen einer vertieften Angebotsprüfung geprüft worden sei. Die Auftraggeberin wäre jedoch aufgrund dieser Preisdifferenz jedenfalls zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet gewesen. Es sei daher zu prüfen, ob die Auftraggeberin daher in rechtswidriger Weise eine vertiefte Angebotsprüfung nach § 125 BVergG 2006 unterlassen habe.

Unter der Überschrift „Nichtigerklärung der Ausscheidungsentscheidung“ brachte die Antragstellerin vor, dass das Ausscheiden des Angebotes der Antragstellerin im Wesentlichen damit begründet werde, dass die Preiskalkulation der Antragstellerin nicht der angeführten Norm und den Erfordernissen der betriebswirtschaftlichen Erklärbarkeit und Nachvollziehbarkeit der Angebotspreise entspreche und daher Ausscheidensgründe nach § 129 Abs. 1 Z 7 BVergG 2006 und § 129 Abs. 1 Z 3 BVergG vorliegen würden.

Nachdem die Antragstellerin zu einzelnen Punkten der Ausscheidensentscheidung ein ausführliches Vorbringen erstattet habe, wird ergänzend ausgeführt, dass sich die Auftraggeberin in ihrer Ausscheidensentscheidung auf „beispielhafte Punkte“ der Preiskalkulation der Antragstellerin beziehe. Konkrete Fragen zu Themen der Kalkulation habe die Auftraggeberin nicht gestellt, auch ein Aufklärungsgespräch sei nicht durchgeführt worden. Eine vertiefte Angebotsprüfung habe die Auftraggeberin nicht durchgerührt. Die Auftraggeberin habe keine ausreichende Begründung der „bespielhaften Punkte“ angegeben, sodass der Antragstellerin nicht klar sei, welche Punkte genau zu ihrem eventuellen Ausscheiden geführt haben.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen im Hauptantrag und bringt weiters vor, dass die Stillhaltefrist am 20.7.2018 ende. Die Auftraggeberin könne nach dem Ende der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich der unmittelbar drohende Schaden. Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein besonderes Interesse der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Nach ständiger Rechtsprechung

sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung der Auftraggeberin zu berücksichtigen.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die K U GmbH als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt und die Möglichkeit einer Stellungnahme bis zum 24.7.2018 beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einlangend eingeräumt. Von Seiten der Auftraggeberin wurde mitgeteilt, dass keine Stellungnahme abgegeben werde.

I.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. Aufgrund des Art. 14b Abs. 2 lit. c B-VG unterliegt das gegenständliche Nachprüfungsverfahren betreffend die Auftraggeberin Kepler Universitätsklinikum GmbH 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 des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig.

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

Gemäß § 11 Abs. 1 leg.cit. hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu

treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bieter bzw. Bewerberinnen oder Bieterinnen und des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf ihre Erlassung abzuweisen.

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

3.4. Die Antragstellerin legte im Rahmen ihres Antrages – von der Auftraggeberin unwidersprochen – dar, dass die Antragstellerin als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Interesse am Abschluss des ausgeschriebenen Auftrags hat.

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.

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 die Behauptungslast betreffend die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Die Auftraggeberin hat im Verfahren konkrete, mit der Erlassung der beantragten

einstweiligen Verfügung drohende Nachteile nicht dargelegt, sodass davon auszugehen ist, dass die nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbotes nicht überwiegen und daher dem Antrag stattzugeben ist (vgl. BVA 1.12.2000, N-56/00-9).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des 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 die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Vielmehr ist bei der Interessensabwägung im Sinn der Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin ein Interesse an einem rechtmäßigen Vergabeverfahren haben muss. Darüber hinaus ist auf die Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes für eine Auftragsvergabe die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hat, zu verweisen. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung der Bedarfsdeckung und ein organisatorischer und finanzieller Mehraufwand ergeben können, liegt in der Natur der Sache. Da – wie bereits erwähnt – kein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an einem möglichst raschen Vertragsabschluss geltend gemacht wurde und auch nicht auf der Hand liegt, ist dem Antrag stattzugeben.

Die im Vorbringen der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind zumindest denkmöglich. Eine umfassende Überprüfung und abschließende Beurteilung, ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten auch tatsächlich vorliegen, war im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht durchzuführen.

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 (vgl. *R. Madl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 2208). Bei der Untersagung der Zuschlagserteilung handelt es sich im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Eine gänzliche Untersagung der Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens erscheint hingegen nicht notwendig. 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 Nachteilen.

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 Entscheidung steht im Einklang mit der Rsp des VwGH, 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 bzw. 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.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision sind unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Wiesinger