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-840165/4/Kl/Rd

Datum:
Linz, 21. Mai 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der S AG, x, x, vertreten durch M G L G Rechtsanwälte GmbH, x, x, vom 16. Mai 2019, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren des Landes Oberösterreich betreffend das Vorhaben „Lieferung von Auftausalz für Landesstraßen B und L im Bundesland Oberösterreich – Straßenbezirk S“

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. 77/2018, insofern stattgegeben, als bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis 16. Juli 2019, die Frist für die Einreichung von Angeboten ausgesetzt und dem Auftraggeber Land Oberösterreich die Angebotsöffnung untersagt wird.

II. Gegen dieses Erkenntnis ist eine Revision 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 16.5.2019 hat die S AG (im Folgenden: Antragstellerin)
1. einen Antrag auf Einleitung eines Verfahrens zur Nichtigerklärung der Ausschreibung,
2. einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung, wobei auch die Nichtigerklärung sämtlicher Punkte der Ausschreibungsunterlagen einzeln, dh., dass die Nichtigerklärung sämtlicher Punkte der Ausschreibung jeweils gesondert für jeden Punkt beantragt wird,
in eventu, die nachstehenden Bestimmungen der Ausschreibung einzeln, dh., dass die Nichtigerklärung der nachfolgenden Punkte der Ausschreibung jeweils gesondert beantragt wird – für nichtig zu erklären: Ende der Angebotsfrist (Seite 2), Punkt 5., 20., 23. und 24. des Teils A) der Ausschreibungsunterlagen (Angebotsbestimmungen); Punkt 2.1., 2.2., 2.3., 2.4., 4., 5., 6.1., 9., 14., 17. des Teils B) der Ausschreibungsunterlagen (Vertragsbestimmungen), Teil C) der Ausschreibungsunterlagen (Angebotsformular), Teil D) der Ausschreibungsunterlagen (Leistungsbeschreibung), Anlage 2 der Ausschreibungsunterlagen (MUSTER Bankgarantie), Anlage 4 der Ausschreibungsunterlagen (Liefer-/Mengenplan)
sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung,
1. dem Auftraggeber bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, in eventu für die Dauer von zwei Monaten, die Fortführung des Vergabeverfahrens zu untersagen,
2. dem Auftraggeber bis zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag, in eventu für die Dauer von zwei Monaten, die Aufrechterhaltung der Angebotsfrist (derzeitiges Ende 24.5.2019, 9.00 Uhr), somit die Aussetzung der Angebotsfrist, in eventu die Öffnung der Angebote, in eventu die Zuschlagsentscheidung, in eventu die Zuschlagserteilung, zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass der Auftraggeber am 24.4.2019 die Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht habe. Leistungsgegenstand sei die Lieferung von Auftausalz und erfolge die Auftragsvergabe in einem offenen Verfahren. Der Leistungszeitraum erstrecke sich zunächst vom 1.9.2019 bis zum 31.8.2020, wobei der Auftraggeber eine zweifache Option auf Verlängerung um jeweils ein Jahr bis zum 31.8.2022 habe. Die Angebotsfrist ende am 24.5.2019 um 9.00 Uhr, wobei die Angebotsabgabe elektronisch über das Vergabeportal des Auftraggebers zu erfolgen habe. Von der Antragstellerin seien bislang keine Fragen an den Auftraggeber gerichtet worden.

Als Rechtswidrigkeit der Ausschreibung führt die Antragstellerin unkalkulierbare Risiken für Bieter, mangelnde Vergleichbarkeit der Angebote und fehlende Vergabeabsicht des Auftraggebers ins Treffen.

Von der Antragstellerin wurden die rechtswidrigen Bestimmungen der Ausschreibungsunterlagen (kurz: AU), und zwar Teil B) Vertragsbestimmungen, Pkt. 2.2. (Liefermengen), Pkt. 2.4. (Mindestabnahmemenge) und Pkt. 5 (Auftausalzreserve mit Unterpunkten), im Antrag zitiert.

Die in Pkt. 4.1.1. wiedergegebenen Vertragsbestimmungen der AU seien zusammengefasst so zu verstehen, dass sich der Auftraggeber im ersten Vertragsjahr – nach Wunsch des Auftraggebers offenbar eine Art „Probejahr“ – lediglich verpflichte, 2.500 t abzunehmen. Erst in den kommenden Jahren könne, nach allfälliger Wahrnehmung der Optionen durch den Auftraggeber, die Mindestabnahmemenge auf 5.000 t steigen. Da es sich bei den Optionen um ein einseitiges Gestaltungsrecht des Auftraggebers handle, verpflichte sich der Auftraggeber im Ergebnis ausschließlich zur Abnahme von 2.500 t Auftausalz innerhalb eines Vertragsjahres (im Zeitraum vom 1.9.2019 bis zum 31.8.2020).

Der Auftraggeber gebe in seinem Liefer-/Mengenplan (Anlage 4 der AU) einen im Vergleich zur Mindestabnahmemenge deutlich höheren jährlichen Bedarf an Auftausalz an, den er mit 12.500 t beziffere. Die Mindestabnahmemenge betrage hingegen bloß 2.500 t. Sohin betrage der jährliche Auftausalzbedarf des Auftraggebers das 5-fache der Mindestabnahmemenge. Eine Abweichung in diesem Ausmaß könne nicht mit den witterungsbedingten Bedarfsschwankungen beim Auftraggeber erklärt werden. Offenbar werde sich die Möglichkeit offengelassen, auch während der Vertragslaufzeit nach Willkür einen wesentlichen Teil des Auftausalzbedarfes anderweitig zu beschaffen. Der Auftraggeber möchte augenscheinlich sicherstellen, dass in dem Fall, dass der diesmal nicht präferierte Bieter zum Zug käme, er seinen Auftausalzbedarf gleich wieder neu ausschreiben könne. Sohin habe der Auftraggeber nicht die ernsthafte und verbindliche Absicht, die Höchstabnahmemenge während der Vertragslaufzeit tatsächlich vom (Best-)Bieter zu beziehen, sodass es dem Auftraggeber an der Vergabeabsicht mangle.

Obwohl sich die Bieter selbst nach der Zuschlagserteilung keineswegs darauf verlassen können, dass der Auftraggeber seinen wesentlichen Auftausalzbedarf bei ihnen decken werde, will der Auftraggeber den Bietern im Gegenzug die Herstellung einer äußerst kostspieligen, exklusiven Lieferbereitschaft abverlangen:

So müssen die Bieter gewährleisten, bis zu einer Höchstmenge von 18.500 t Auftausalz an den Auftraggeber zu liefern und darüber hinaus eine 48-Stunden-Lieferbereitschaft für täglich abrufbare 755 t (ca. 1/3 der Mindestabnahmemenge) bereitstellen (vgl. Pkt. 17 der Vertragsbestimmungen). Zusätzlich haben die Bieter

eine sog. Auftausalzreserve von im Winter 4.000 t „on demand“ exklusiv für den Auftraggeber bereitzuhalten, aus der der Auftraggeber 200 t Auftausalz/Tag innerhalb einer streng pönalisierten Lieferfrist von 72 Stunden abrufen könne, aber nicht müsse.

Die Zurverfügungstellung einer derart umfangreichen Lieferbereitschaft sei für die Bieter mit erheblichen Kosten verbunden: Aufgrund der besonderen Situation des Auftausalzmarktes – nämlich das naturgemäße Vorhandensein jährlicher beschränkter Salzfördermengen – haben die in Frage kommenden Bieter (Salzhandel- und Salzabbauunternehmen) auch nicht die Möglichkeit, sich flexibel an Abrufe des Auftraggebers anzupassen. So sei es den Bietern aufgrund der Marktgegebenheiten nicht möglich, im Winter erhebliche Salzmengen „einfach spontan“ einzukaufen oder nicht abgerufenes Auftausalz anderweitig gewinnbringend abzusetzen. So gut wie sämtliche Bezieher vergleichbarer Mengen von Auftausalz seien nämlich öffentliche Auftraggeber (öffentliche Straßenerhalter), welche große Menge an Auftausalz nur unter Einhaltung von Vergabeverfahren beschaffen können. Dementsprechend haben im Winter auch die anderen öffentlichen Straßenerhalter die Vergabeverfahren für ihren eigenen Winterbedarf in der Regel bereits abgeschlossen. Daher bestehe für die Bieter zur Sicherstellung ihrer Erfüllungsbereitschaft keine andere Möglichkeit, als die gesamte Höchstliefermenge von 18.500 t für den Auftraggeber zur Verfügung halten und dafür sämtliche Kosten für Beschaffung, Lagerung und Aufrechterhaltung der Logistikkapazitäten zu tragen. Angesichts dieser erheblichen Vorleistungen würde der Abruf lediglich der Mindestabnahmemenge von 2.500 t zu Marktpreisen für Auftausalz ein erhebliches Verlustgeschäft für jeden Bieter bedeuten.

Als Folge derart missbräuchlicher und für die Bieter grob benachteiligender Vertragsbestimmungen müsse davon ausgegangen werden, dass Bieter kompetitive Angebote (über Auftausalz zu Marktpreisen) nur dann abgeben können, wenn sie darauf spekulieren, dass der Auftraggeber anstelle der Höchstmenge von 18.500 t eine wesentlich niedrigere Menge an Auftausalz abrufen werde.

Sohin sei den Bietern eine kompetitive Angebotslegung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken nicht möglich, sodass auch eine Vergleichbarkeit der Angebote gemäß § 88 Abs. 2 BVergG 2018 nicht gewährleistet sei. Da die garantierte Mindestabnahmemenge von 2.500 t nur ein Fünftel des vom Auftraggeber selbst angegebenen Bedarfs von 12.500 t bzw weniger als ein Siebentel der Höchstabnahmemenge von 18.500 t betrage, mangle es dem Auftraggeber offensichtlich auch an der von § 20 Abs. 4 BVergG 2018 geforderten Vergabeabsicht.

Nach Zitierung der Vertragsbestimmungen Teil B) Pkt. 2.1. (Lieferverpflichtung) sowie Pkt.4 samt den Unterpunkten 4.1. und 4.2.a. und b. (Lieferzeiten, Lieferfristen) wurde darauf verwiesen, dass auf Seite 2 der Angebotsunterlagen zu

entnehmen sei, dass die Angebotsfrist am 24.5.2019, 9.00 Uhr ende. Gemäß Pkt. 21 des Teils A) Angebotsbestimmungen der AU betrage die Zuschlagsfrist fünf Monate.

Aufgrund der fünfmonatigen Zuschlagsfrist (vgl. Pkt. 5 der Angebotsbestimmungen) wäre es möglich und denkbar, dass selbst bei Aufrechterhaltung der Angebotsfrist am 14.5.2019 der Auftraggeber den Zuschlag erst am 24.10.2019 erteile. Gleichzeitig solle jedoch gemäß Pkt. 2. und 4. der Vertragsbestimmungen die Leistungsfrist für die Bieter nahezu zwei Monate früher, nämlich am 1.9.2019 beginnen. Die AU enthalten keine Bestimmungen, wonach der Beginn der Leistungsfrist infolge einer späteren Zuschlagserteilung hinausgeschoben bzw gehemmt werde. Ebenso fehlen Bestimmungen über eine ausreichende Vorbereitungszeit für die Bieter im Falle einer späten bzw etwa infolge von Nachprüfungsverfahren verspäteten Zuschlagserteilung. Es bleibe daher im Ergebnis völlig unklar, was in einem solchen Fall gelten solle bzw wie dann die Erfüllungszeiten zu berechnen seien. Daher könne bei Zuschlagserteilung im Hinblick auf die Erfüllungszeiten kein eindeutiger und hinreichend bestimmter Leistungsvertrag zustande kommen.

Von der Antragstellerin wurde weiters Teil A) Angebotsunterlagen, Pkt. 24 (Bewertung der Angebote) zitiert und bemerkt, dass die entsprechenden Werte für das Auftausalz von den Bietern in das Angebotsformular (Teil C; vgl. Pkt. 11.4.3.) einzutragen seien.

Anschließend wurde ausgeführt, dass öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung des Leistungsgegenstandes nur insofern frei seien, als das Diskriminierungsverbot sowie die Grundsätze des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs beachtet werden. Um einen allfälligen Missbrauch bei der Erstellung des Anforderungsprofils durch die Auftraggeber soweit wie möglich zu verhindern, beschränke das BVergG die Leistungsbeschreibung in zweifacher Weise: Einerseits seien zum Schutz der Bieter die in den Leistungsverzeichnissen enthaltenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben (§ 104 Abs. 1 BVergG 2018), was auch der besseren Vergleichbarkeit der Angebote diene. Andererseits dürfe eine Leistung nicht so genau beschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (H/P, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 1187). Technische Spezifikationen müssen darüber hinaus sachlich rechtfertigbar sein. Dies gelte vor allem für Spezifikationen, die von einer größeren Anzahl von Herstellern nicht angeboten werden, sodass eine drastische Einschränkung des Bieterkreises erfolge (BVA 30.9.2002, N-41/02-27).
Darüber hinaus beschränken Normen im technischen Bereich, und zwar sowohl europäische, internationale als auch nationale Normen (§ 2 Z 25 BVergG 2018), die Freiheit des Auftraggebers weiter. So darf der Auftraggeber gemäß § 106 Abs. 2 BVergG im europäisch genormten Bereich nur jene technischen Anforderungen verlangen, die in der Europäischen Norm (EN) enthalten sind

(Zwang zur Norm; H/P, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 1190). Europäische Normen haben dabei Vorrang vor internationalen Normen und diese wiederum vor nationalen Normen (Grundsatz der Normenhierarchie; Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht, 4. Auflage, Rz 1190, weiters EuGH 17.11.1993, C-71/92, Kommission/Spanien).

§ 2 Z 25 BVergG 2018 definiere Normen als technische Spezifikationen, die von einem anerkannten Normungsgremium zur wiederholten oder ständigen Anwendung angenommen wurden, deren Einhaltung jedoch nicht zwingend vorgeschrieben sei. Je nach Annahme durch ein europäisches, internationales oder nationales Normungsgremium unterscheide § 2 Z 25 BVergG 2018 zwischen europäischen, internationalen oder nationalen Normen. Voraussetzung für die Erfüllung des Normenbegriffs des § 2 Z 25 leg. cit. sei auch, dass die Normen der Öffentlichkeit zugänglich seien.

Zu Auftaustreusalz bestehe seit 2016 eine Europäische Norm, nämlich die EN 16811-1, „Winterdienstausrüstung – Enteisungsmittel – Teil 1: Natriumchlorid – Anforderungen und Prüfmethoden“. Diese Norm wurde vom Europäischen Komitee für Normung (CEN) in Brüssel am 16.4.2017 angenommen und im August 2016 veröffentlicht. Die vom CEN herausgegebene EN 16811-1 sei überdies durch das Austrian Standards Institute/Österreichisches Normungsinstitut durch ein Nationales Vorwort als ÖNORM EN 16811-1 ergänzt und veröffentlicht worden.
Weiters bestehe in Österreich eine nationale Norm für Auftaustreumittel, nämlich die von der Österreichischen Forschungsgesellschaft S V herausgegebene RVS 12.04.16 „Streumittel“. An der Erstellung dieser nationalen Norm seien Vertreter sämtlicher großer österreichischer Straßenerhalter beteiligt gewesen, darunter auch der Auftraggeber (vertreten durch Ing. H).
Die genannten Normen zu Auftaustreumittel seien durchwegs von anerkannten Normungsgremien erarbeitet, angenommen und veröffentlicht worden und fallen sohin unter den Normenbegriff des § 2 Z 25 BVergG 2018. Aufgrund der Normenhierarchie des § 106 Abs. 2 leg. cit. komme dabei der Europäischen Norm EN 16811-1 Vorrang vor der nationalen österreichischen Norm RVS 12.04.16 zu und sei sohin die ÖNORM EN 16811-1 vom Auftraggeber bei den technischen Spezifikationen in Auftausalz-Ausschreibungen zwingend einzuhalten.

In der Vergangenheit sei es in Österreich häufig der Fall gewesen, dass Auftraggeber die technischen Spezifikationen zu Auftaustreusalz so gestaltet haben, dass Siedesalz gegenüber Steinsalz bevorzugt wurde, dies obwohl außerhalb Österreichs in der EU Steinsalz flächendeckend im Winterdienst eingesetzt werde und Steinsalz im Winterdienst zumindest gleichwertig sei. Deshalb unterscheide auch die ÖNORM EN 16811-1 nicht nach bestimmten Salzarten und empfehle nicht den Einsatz von Siedesalz (oder einer anderen bestimmten Salzart). Augenscheinlicher Grund für die Bevorzugung von Siedesalz

durch österreichische Auftraggeber sei in den meisten Fällen gewesen, dass der heimische Anbieter S AG (mit Sitz im Bundesland OÖ) ausschließlich Siedesalz als Auftaustreumittel anbiete.

Die zwingende Anwendbarkeit der ÖNORM EN 16811-1 für Auftausalz-Ausschreibungen sei bereits durch das Erkenntnis des LVwG Salzburg vom 4.9.2017, GZ: 405-5/33/1/12-2017, bestätigt worden. Darin habe das LVwG Salzburg explizit festgehalten, dass die ÖNORM EN 16811-1 keine Salzarten unterscheide, sodass eine (bevorzugte) Ausschreibung von Siedesalz unzulässig sei. Ebenso habe der UVS OÖ in seinem Erkenntnis vom 14.9.2012, VwSen-550096/33/Wim/Bu, dem das Gutachten eines international renommierten Winterdienst-Sachverständigen zugrunde liegt, festgestellt, dass keine sachliche Rechtfertigung für die Bevorzugung von Siedesalz im Winterdienst gegeben sei. Dabei gelangte der UVS OÖ zum Schluss, dass eine Bevorzugung von Siedesalz zu einer massiven Wettbewerbsbeschränkung zugunsten der S AG führe.

Selbstverständlich dürfe die normwidrige Bevorzugung von Siedesalz auch nicht im Wege der Zuschlagskriterien erfolgen und so der „Zwang zur Norm“ umgangen werden:
Von der Antragstellerin wurde auf die Bedeutung und den Zweck der Zuschlagskriterien im Detail hingewiesen und weiters dazu ausgeführt, dass der Auftraggeber in Pkt. 24 der Angebotsbestimmungen die Umgehung des Zwangs der Norm versuche, in dem er zwingend geltende Werte der ÖNORM EN 16811-1 zu Feuchtigkeitsgehalt, NaCl-Gehalt, Sulfatgehalt, Kornverteilung und Anteil wasserunlöslicher Stoffe lediglich als Mindestwerte festlege. Gleichzeitig werde ohne sachlichen Grund die Überschreitung der Werte der ÖNORM EN 16811-1 durch stark gewichtete Zuschlagskriterien massiv belohnt (22 % der Gewichtungsprozentpunkte). Das führe dazu, dass Angeboten über Siedesalz rechtswidrig ein erheblicher Wettbewerbsvorteil gegenüber anderen normkonformen Salzarten eingeräumt werde.
Der Auftraggeber könne jedoch den „Zwang zur Norm“ nicht rechtens dadurch „aushebeln“, dass er bloß formal die technischen Spezifikationen der Leistungsbeschreibung nach der ÖNORM EN 16811-1 ausrichte, gleichzeitig aber Zuschlagskriterien einführe, welche wiederum Siedesalz bevorzugen.

Zur angefochtenen Bestimmung Teil A) Angebotsbestimmungen, Pkt. 20 (Vadium), Teil B) Vertragsbestimmungen Pkt. 14, Unterpunkte 14.1. (Bankgarantie) und 14.2. (Aufstockungsverpflichtung) sowie nach Zitierung des § 99 Abs. 1 BVergG 2018 wurde ausgeführt, dass die zwingende Festlegung des Auftraggebers auf eine abstrakte Bankgarantie sowohl für das Vadium als auch die Sicherstellung das Wahlrecht der Bieter verletze. Dazu wurde zur zulässigen Höhe des Vadiums auf die ErlRV zu § 99 BVergG 2018 verwiesen.

In der gegenständlichen Ausschreibung sei die Höhe des Vadiums von 50.000 Euro und insbesondere die Sicherstellung in Höhe von 200.000 Euro in Form einer abstrakten Bankgarantie im Verhältnis zum Auftragswert völlig unsachlich, was insbesondere dann gelte, wenn der Auftraggeber lediglich die Mindestliefermenge von 2.500 t (der Marktpreis für eine Tonne Auftausalz liege derzeit bei ca. 100 Euro) abrufe. Sohin betrage das Vadium ca. 20 % und die Sicherstellung ca. 80 % des voraussichtlichen Werts der Mindestabnahmemenge.

Zum drohenden Schaden und Interesse am Vertragsabschluss wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin eines der größten europäischen Salzbauunternehmen mit einer Kapazität von ca. 4 Mio t pro Jahr sei und rund die Hälfte davon auf Auftausalz falle. Das Auftausalz sei im Wesentlichen hochwertiges Steinsalz, das in Heilbronn abgebaut werde und durchwegs sowohl den österreichischen Winterdienst-standards RVS 12.04.16 als auch der dem österreichischen und europäischen Standard ÖNORM EN 16811-1, entspreche. Bei der Antragstellerin handle es sich um eine befugte, zuverlässige und leistungsfähige Unternehmerin, die über alle technischen, finanziellen und wirtschaftlichen Voraussetzungen für die Teilnahme an einem gesetzes- und unionrechtskonformen Vergabeverfahren über Auftausalz in Österreich verfüge. Die Antragstellerin beliefere auch namhafte österreichische Straßenerhalter mit Auftausalz (Steinsalz) und müsse bei gesetzes- und unions-rechtskonformer Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens den Zuschlag für das von ihr angebotene Steinsalz erhalten bzw zumindest hervor-ragende Chancen dazu haben. Ein erheblicher Teil des Umsatzes würde mit öffent-lichen Auftraggebern erzielt werden. Die Durchführung der ausgeschriebenen Leistungen liege im Interesse der Antragstellerin und würden Referenzprojekte darstellen. Durch die rechtswidrige Vorgehensweise des Auftraggebers drohe der Verlust eines wichtigen Referenzauftrages sowie ein Schaden in Höhe des entgangenen Gewinns. Der Schaden sei sowohl für den Fall zu befürchten, dass sie aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten von der Abgabe eines Angebots Abstand nehmen müsse, als auch für den Fall, dass aufgrund der genannten Rechtswidrigkeiten der Auftraggeber in rechtswidriger Weise einem anderen Unternehmen den Zuschlag erteile. Der exakte Schadensbetrag lasse sich derzeit noch nicht feststellen, da das Angebot bislang noch nicht kalkuliert werden könne, sodass eine genaue Angabe des entgangenen Gewinns derzeit noch nicht möglich sei.

Könne die Antragstellerin aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten kein Angebot abgeben bzw ergehe der Rahmenvereinbarungsabschluss und in weiterer Folge die Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter, so würde der Antragstellerin zusätzlich ein Schaden in Höhe der bisher aufgelaufenen Kosten für das Studium der AU drohen. Hinzu komme der Beratungs- und Vertretungsaufwand durch die Rechtsvertreter der Antragstellerin, sodass ein Schaden für die frustrierten Kosten mit ca. 30.000 Euro beziffert werde.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen und den Grundsätzen der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, des freien und lauteren Wettbewerbs, der Gleichbehandlung aller Bieter und des Diskriminierungsverbots entsprechenden Vergabeverfahren, Durchführung eines transparenten Vergabeverfahrens und rechtskonforme Ausgestaltung der AU, verletzt.

Hinsichtlich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen zum Hauptantrag und führt zur Interessensabwägung aus, dass diese jedenfalls ein klares Überwiegen der bei Nichtgewährung des einstweiligen Rechtsschutzes geschädigten Interessen der Antragstellerin ergebe. Ein höherwertiges öffentliches Interesse an der (sofortigen) Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe nicht. Nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden sowie auch der Höchstgerichte habe grundsätzlich jeder öffentliche Auftraggeber mit der Möglichkeit eines Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Verzögerung des Vergabeverfahrens durch einstweilige Verfügungen zu rechnen. Dies sei von vornherein bei der Zeitplanung der Ausschreibung entsprechend zu berücksichtigen. Auch sei die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse gelegen. Dass die Möglichkeit eines Nachprüfungsantrages samt Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom Auftraggeber bei seiner Beschaffungsplanung unter Umständen dennoch nicht beachtet wurde, könne nicht zu Lasten eines Bieters oder Bewerbers gehen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das Land Oberösterreich als Auftraggeber am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Von diesem wurde zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit Eingabe vom 20. Mai 2019 mitgeteilt, dass keine Stellungnahme erfolge.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Gemäß § 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 Auftragswesen (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 das Land. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

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

3.2. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht 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 15 lit. a BVergG 2018) 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 Lieferauftrages sind die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden.

3.3. Gemäß § 8 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers bzw einer Unternehmerin, dem bzw der die Antragsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, 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. sind vor der 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. 2 leg. cit. können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin bis zur Entscheidung über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonst geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist 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.

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

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

Auch der Verfassungsgerichtshof hat insbesondere in seiner Entscheidung zu Zl. B 1369/01 vom 15.10.2001 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 der vorläufigen Aussetzung der Frist für die Einreichung von Angeboten bzw des vorläufigen Angebotsöffnungsverbotes 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 Auftrages droht, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Öffnung der Angebote abgewendet werden kann. Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages 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 iSd 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.

Bei der Aussetzung der Angebotsfrist iVm der Untersagung der Öffnung der Angebote durch den Auftraggeber handelt es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme.

Die Dauer der Aussetzung/Untersagung 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. eine 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 Frist für die Einreichung von Angeboten bzw die Untersagung der Angebotsöffnung 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 diese Entscheidung 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. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt