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-840175/4/JS/TO

Datum:
Linz, 23. Juli 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der S GmbH, H, A, vertreten durch M P Rechtsanwälte GmbH, R, W, vom 18.07.2019, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde Vöcklabruck betreffend das Vorhaben „N S Vöcklabruck, Gewerk Elektrotechnik“

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, stattgegeben und der Auftraggeberin Stadtgemeinde Vöcklabruck die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 18.09.2019, untersagt.

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 18.07.2019 hat die S GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Auftraggeberin durch die ausschreibende Stelle, Gemeinnützige Wohnungs- und Siedlungsgenossenschaft reg. Gen.m.b.H, ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Leistungen im Zusammenhang mit dem N vom S Vöcklabruck, Gewerk Elektrotechnik, ausgeschrieben habe. Es handle sich um die Vergabe eines Bauauftrages nach dem Bestbieterprinzip. Das gegenständliche Vergabeverfahren falle in den sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG. Gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG seien im offenen Verfahren die Ausschreibung; sonstige Festlegungen während der Angebotsfrist; das Ausscheiden eines Angebotes; die Widerrufsentscheidung; die Zuschlagsentscheidung jeweils gesondert anfechtbare Entscheidungen. In § 1 Abs. 1 OÖ VergRSG regele das OÖ VergRSG den Rechtsschutz gegen Entscheidungen des Auftraggebers in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14b Abs. 2 B-VG in den Vollziehungsbereich des Landes fallen. Gemäß § 3 Abs. 1 OÖ VergRSG könne ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Bestimmungen auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Art. 14b Abs. 1 und 5 B-VG) unterliegenden Vertrages behauptet, die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beantragen.

Die Frist gemäß § 4 Abs. 1 OÖ VergRSG sei durch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag gewahrt, da die ausschreibende Stelle mit Schreiben vom 18.07.2019 bekannt gegeben habe, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag der M GmbH (im Folgenden kurz: „präsumtive Zuschlagsempfängerin“) zu erteilen.

Der gegenständliche Antrag beziehe sich lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert für den Oberschwellenbereich nicht erreiche, weshalb gemäß § 22 Abs. 2 OÖ VergRSG lediglich die Pauschalgebühr für das dem Los entsprechende Vergabeverfahren im

Unterschwellenbereich zu entrichten sei. Die Pauschalgebühr sei von der Antragstellerin bezahlt worden.

Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und nicht zuletzt durch ihre Teilnahme am Vergabeverfahren und Legung des Angebotes sowie mit Einbringung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht.

Das Angebot der Antragstellerin sei laut Angebotsöffnungsprotokoll an 2. Stelle gereiht worden. Wenn die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden hätte – wozu sie verpflichtet gewesen wäre – hätte sie den Zuschlag der Antragstellerin erteilen müssen.

Die Antragstellerin sei jedenfalls befähigt und hinreichend wirtschaftlich und technisch leistungsfähig, um den gegenständlichen Auftrag auszuführen. Die Antragstellerin habe ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den verfahrensgegenständlichen Auftrag zu erhalten.

Aufgrund der rechtswidrigen Entscheidung der Auftraggeberin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und nicht der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, drohe der Antragstellerin aufgrund des Entgangs des Zuschlags zumindest ein Schaden in Höhe des kalkulierten Gewinns. Darüber hinaus sei gegenständliches Bauvorhaben essentiell für die Auslastung der Antragstellerin, der endgültige Schaden für den Fall des Nichterhalts des Auftrags hänge somit auch davon ab, ob es der Antragstellerin gelinge, neue Projekte zu akquirieren.

Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot. Wenn die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhält, seien auch die Gemeinkosten inklusive Gerätemiete, Zentralregie, etc. nicht gedeckt. Weiters drohe der Antragstellerin ein Schaden infolge der bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Rechtsberatungskosten.

Die Antragstellerin beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Ausschreibungen zu beteiligen und bei Auftragserteilung das gegenständliche Projekt als Referenzprojekt heranzuziehen. Unter Bezug auf die ständige Rechtsprechung könne auch in dem drohenden Verlust eines wichtigen Referenzprojektes für zukünftige Bewerbungen ein wesentlicher Schaden für die Antragstellerin erblickt werden. Es sei davon auszugehen, dass auch in naher Zukunft ähnliche Projekte und Ausschreibungen gleichwertiger Leistungen zu erwarten seien, an denen sich die Antragstellerin als Bieterin beteiligen wird. Umso wichtiger sei die Bedeutung des gegenständlichen Projekts als Referenzprojekt.

Zusammengefasst sei festzuhalten, dass

- die Auftraggeberin es unterlassen habe, eine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung nach § 137 Abs. 3 BVergG vorzunehmen;
- nach Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises und spekulativer Preise gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuscheiden gewesen wäre;
- die Antragstellerin davon ausgehe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin unzulässige Mischpreiskalkulationen vorgenommen habe, um so einen niedrigen Angebotspreis zu erzielen und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin daher gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend auszuscheiden gewesen wäre;
- die Antragstellerin davon ausgehe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin ausschreibungswidrig günstigere Alternativprodukte angeboten habe;
- bei korrekter Angebotsprüfung die Antragstellerin den Zuschlag erhalten hätte müssen.

Die Auftraggeberin beabsichtige, den gegenständlichen Bauauftrag an die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu vergeben, da deren Angebot aufgrund des angebotenen Gesamtpreises und der vorgenommenen Bewertung als Bestbieter aus dem Vergabeverfahren hervorgegangen sei.

Vergabeverfahren seien nach einem im BVergG vorgesehenen Verfahren unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe habe an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen. Weiters bestimme § 137 BVergG, dass Auftraggeber Aufklärung über einzelne Positionen des Angebotes verlangen müssen, wenn Angebote im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrige Gesamtpreise aufweisen oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Dabei sei insbesondere zu klären, ob die Preise betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar seien. Dabei könne etwa geprüft werden, ob im Preis alle wesentlichen Positionen, das heißt, alle direkt zuordenbaren Personal-, Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten seien und ob die Aufwands- und Verbrauchsansätze nachvollziehbar seien. Nicht erklär- und nachvollziehbar seien Preise, wenn sie den Grundsätzen eines ordentlichen Unternehmers widersprechen würden. Entscheidend sei ein objektiver Maßstab.

Im Hinblick auf die Preisuntergrenze sei das Preisangemessenheitskonzept des BVergG bemerkenswerterweise strenger als das allgemeine Wettbewerbsrecht. So bedürfe es bei Preisen, die die durchschnittlichen variablen Kosten decken, aber unterhalb der durchschnittlichen Gesamtkosten liegen, zusätzlich noch des Nachweises einer Verdrängungsabsicht. Aus § 137 Abs. 4 Z 1 BVergG ergebe sich, dass Preisunangemessenheit in rechtlicher Hinsicht bereits dann vorliege, wenn das Unternehmen seine Vollkosten nicht angemessen verrechne.

Nach § 137 Abs. 1 BVergG sei der Auftraggeber verpflichtet, die Preise der Angebote auf ihre Angemessenheit zu prüfen. Die Prüfung habe auf zwei Ebenen zu erfolgen;

- Prüfung des Gesamtpreises
- Prüfung der Einzelpreise

Und in zwei Intensitätsstufen:

- „Allgemeine" Preisangemessenheitsprüfung
- „Vertiefte" Preisangemessenheitsprüfung.

Gemäß § 137 BVergG müsse der Auftraggeber die Aufklärung über die Positionen des Angebots verlangen und vertieft prüfen, wenn Angebote einen im Verhältnis zur Leistung ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis aufweisen oder begründete Zweifel an der Angemessenheit von Preisen bestehen. Der Zugang zur vertieften Angebotsprüfung erfolge über die Beurteilung des Gesamtpreises. Dieser sei dabei im Verhältnis zur Leistung zu beurteilen. Es sei also zu prüfen, ob im Verhältnis zum angemessenen Preis der Leistung ein Angebot mit einem ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis vorliege. Ob ein ungewöhnlich niedriger Gesamtpreis vorliege, ergebe sich im Vergleich mit der Kostenermittlung des Auftraggebers sowie aus dem Vergleich der Gesamtpreise aller Angebote.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin weise im Verhältnis zur Leistung jedenfalls einen ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreis auf. Darüber hinaus müssten für die Auftraggeberin aufgrund des niedrigen Angebotspreises im Vergleich zu den anderen angebotenen Preisen begründete Zweifel an der Angemessenheit des Preises allein schon auf Grundlage von vergleichbaren Erfahrungswerten, sowie den relevanten Marktverhältnissen bestehen. Die Auftraggeberin wäre jedenfalls zu einer vertieften Angebotsprüfung verpflichtet.

Aus Sicht der Antragstellerin lasse sich der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gesamtpreis betriebswirtschaftlich nicht erklären. Der von der Antragstellerin abgegebene Preis sei bereits sehr niedrig, sodass ein noch niedrigerer Preis nicht erklärbar sei. Es sei davon auszugehen, dass mit dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Preis keine Deckung der variablen und der ausgabewirksamen fixen Herstellkosten gegeben

sei und daher ein nicht angemessener Gesamtpreis vorliege, der zwingend zum Ausscheiden des Angebots führe.

Bei spekulativer Preisgestaltung, dem in § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG ausdrücklich genannten Fall eines nicht plausibel zusammengesetzten Gesamtpreises, seien typischerweise nicht der Gesamtpreis, sondern bestimmte Einheitspreise ungewöhnlich niedrig. Zweck der Bestimmung des § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG sei es, den Auftraggeber vor unvorhergesehen Mehrkosten aufgrund spekulativer Angebote zu schützen. Die Lehre subsumiere darunter Angebotslegungen, die auf Gewinne aus zukünftigen Veränderungen der ausgeschriebenen Mengen oder der sonstigen Vertragsgrundlagen abzielen. Nach § 137 Abs. 3 Z 3 BVergG seien daher offensichtliche Spekulationsangebote einer vertieften Angebotsprüfung zu unterziehen.

Führe die Angebotsprüfung zum Ergebnis, dass in einer oder mehreren Positionen ungewöhnlich hohe oder niedrige Preise angeboten seien, so müsse untersucht werden, ob sie aus Gründen einer Spekulation so angeboten seien. Eine Spekulation liege unter anderem dann vor, wenn die Möglichkeit einer gravierenden Abweichung zwischen ausgeschriebener und voraussichtlich abgerechneter Menge bestehen könne.

Aufgrund des niedrigen und für die Antragstellerin nicht erklärbaren Angebotspreises der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gehe die Antragstellerin davon aus, dass von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ungewöhnliche niedrige Preise oder sogar Null-Preise angeboten wurden, die sich betriebswirtschaftlich nicht erklären lassen. Diese ungewöhnlich niedrigen Preise hätten der Auftraggeberin im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung auffallen müssen. Offensichtlich spekuliere die präsumtive Zuschlagsempfängerin mit Massenverschiebungen oder Massenentfall, was zum zwingenden Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG führen hätte müssen.

Verlangt eine Ausschreibung die Auspreisung konkreter Leistungspositionen, dann dürfe der Bieter keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Leistungspositionen vornehmen (Mischkalkulation), andernfalls das Angebot gemäß der ständigen Judikatur der Nachprüfungsbehörden ausschreibungswidrig sei. Die Einrechnung einzelner Positionen in andere Leistungspositionen sei laut herrschender Rechtsprechung unzulässig und führe daher zwingend zum Ausscheiden eines derartigen Angebotes.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin derartige unzulässige Mischpreiskalkulationen vorgenommen habe, um so einen

niedrigen Angebotspreis zu erzielen. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin bei einzelnen Positionen einen verhältnismäßig geringen Preis oder sogar einen Null-Preis angeboten habe und die tatsächlichen Kosten dieser Position in andere Positionen des Leistungsverzeichnisses eingerechnet habe. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher wegen eines Verstoßes gegen die Kalkulationsvorschriften gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend auszuscheiden.

Der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene günstige Preis lasse sich für die Antragstellerin nur so erklären, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin wider der Ausschreibung Alternativprodukte angeboten habe. Aus dem Leistungsverzeichnis ergebe sich, dass für die LG 05.11 Beleuchtung keine Alternativprodukte zulässig seien. Die jeweiligen Positionstexte der Positionen der LG 05.11 sehe zwar in der Positionsbeschreibung Mindestanforderungen für Alternativprodukte vor, beim anzubietenden Preis finde sich aber entgegen z.B. der Leistungsgruppe 05.15 keine Möglichkeit, ein gleichwertiges Alternativprodukt anzubieten. Mangels Bieterlücken sei es bei dieser Leistungsgruppe unzulässig, Alternativprodukte anzubieten.

Ein objektiver Erklärungsempfänger könne die vorliegende Ausschreibung nur so verstehen, dass bei der LG 05.11 keine Alternativprodukte zulässig seien. Sollte die präsumtive Zuschlagsempfängerin in dieser Leistungsgruppe alternative Produkte angeboten haben, wäre das Angebot gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG zwingend auszuscheiden gewesen, da das Angebot in diesem Fall der Ausschreibung widersprechen würde.

Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf Durchführungen eines rechtskonformen und diskriminierungsfreien Verfahrens, insbesondere in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung, verletzt. Die Auftraggeberin wäre verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach einer vertieften Angebotsprüfung aufgrund einer nicht plausiblen Zusammensetzung des Gesamtpreises, aufgrund einer spekulativen Preisgestaltung bzw. aufgrund einer unzulässigen Mischpreiskalkulation auszuscheiden. Insbesondere aufgrund des zu niedrigen Angebotspreises hätten Zweifel an der Angemessenheit des Angebotspreises aufkommen müssen. Es bestehe die Vermutung, dass die Auftraggeberin keine verpflichtende vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen habe.

Die Auftraggeberin habe es offenbar auch unterlassen, ordnungsgemäß zu prüfen, ob auf Grundlage des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin eine ausschreibungs- bzw. vertragskonforme Leistungserbringung sichergestellt sei und nicht ein der Ausschreibung widersprechendes Angebot abgegeben wurde. Es

sei davon auszugehen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Ausschreibungsanforderungen nicht entspreche. Bei entsprechender Prüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 3 BVergG bzw. gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG auszuscheiden gewesen.

Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise wäre die Auftraggeberin verpflichtet gewesen, das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden. In diesem Fall hätte die Auftraggeberin der Antragstellerin den Zuschlag im gegenständlichen Verfahren erteilen müssen. Die nicht erfolgte oder vergaberechtswidrig erfolgte Überprüfung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin, die zur rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung führte, habe jedenfalls wesentlichen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens.

Durch die nach Ansicht der Antragstellerin vergaberechtswidrige Zuschlagsentscheidung sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 20 Abs. 1 BVergG sowie in ihrem Recht auf einen fairen und lauteren Wettbewerb und auf Gleichbehandlung aller Bieter verletzt. Die Antragstellerin sei auch in ihrem Recht auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote und letztendlich in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie korrekte Bestbieterermittlung verletzt.

Aufgrund der Entscheidung der Auftraggeberin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilen zu wollen, würde die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalten. Der Anspruch der Antragstellerin auf den Zuschlag könne nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich in der Hauptsache in einem Stand gehalten wird, der eine spätere Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermögliche.

Durch die beabsichtigte vergaberechtswidrige Entscheidung, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilen zu wollen, würde die Antragstellerin den Auftrag jedenfalls nicht erhalten. Dadurch würde die Antragstellerin insbesondere aufgrund des Gewinnentgangs und der frustrierten Angebotsbearbeitungskosten ein erheblicher Schaden entstehen. Darüber hinaus drohe der Antragstellerin der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot. Wenn die Antragstellerin nicht den Zuschlag erhalte, seien auch die Gemeinkosten inkl. Gerätemieten, Zentralregie etc., nicht gedeckt. Weiters drohe der Antragstellerin ein Verlust infolge der bereits aufgelaufenen und noch auflaufenden Rechtsberatungskosten.

Darüber hinaus wäre es der Antragstellerin auch nicht mehr möglich, diesen Auftrag als Referenz im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gewinnbringend

heranzuziehen. Dabei handle es sich nach ständiger Rechtsprechung um einen im Rahmen der Interessensabbildung zu berücksichtigenden (Vermögens)Nachteil.

Die Untersagung der Erteilung des Zuschlags zugunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nach einschlägiger Rechtsprechung auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn die nachteiligen Folgen gegenüber den Vorteilen überwiegen. Nach ständiger Rechtsprechung sei eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern.
Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung werden beim gegenständlichen Vergabeverfahren keinerlei öffentliche Interessen oder Interessen der Auftraggeberin wesentlich beeinträchtigt oder gar verletzt. In diesem Zusammenhang sei auf die ständige Rechtsprechung hinzuweisen, wonach ein Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und daraus folgenden möglichen zeitlichen Verzögerungen Bedacht zu nehmen habe. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Gefahr für Leib und Leben Dritter bestehe infolge der Einstweiligen Verfügung nicht.

Vielmehr sei die Judikatur des VfGH zu berücksichtigen, wonach auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Billigstbieter bei der Interessensabwägung in Zusammenhang mit dem Vergaberechtschutz im öffentlichen Interesse liege. Im Rahmen der Interessensabwägung sei auch auf gemeinschaftsrechtliche Aspekte, wonach im Zweifel dem provisorischem Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen ist, Bedacht zu nehmen.

Es sei daher das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung im konkreten Fall als überwiegend anzusehen. Die zeitlich befristete Untersagung der Erteilung des Zuschlags zugunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei jedenfalls die einzige und die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Stadtgemeinde Vöcklabruck als Auftraggeberin am Provisorialverfahren beteiligt und die Möglichkeit eingeräumt, sich bis zum 22.07.2019 dazu zu äußern. Eine Stellungnahme wurde nicht abgegeben.

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 15 lit. a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

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

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Zuschlagsentscheidung vom 08.07.2019 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018.

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. 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.

3.4. Um im Hinblick auf die Dringlichkeit von einstweiligen Verfügungen (vgl. § 20 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006) 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 Loses, insbesondere zur Erlangung eines wesentlichen Referenzprojektes, hat.

3.5. 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).

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 29.01.2018, Ra 2016/04/0005; 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.

3.6. 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.

3.7. 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 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).

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]). Dass auch Interessen von sonstigen Bietern des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung geschädigt werden würden, wurde von der Auftraggeberin nicht behauptet. Vielmehr ist auch von deren Interesse an der Teilnahme an einem im Sinne der Entscheidung über den Hauptantrag rechtskonformen Wettbewerb und Verhandlungsverfahren auszugehen.

Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen 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. 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 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 sichergestellt werden, dass eine dem Ausgang des Hauptverfahrens entsprechend angepasste Zuschlagserteilung erfolgen kann, wodurch die drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin während des Nachprüfungsverfahrens durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung hintan gehalten werden kann.

3.8. 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.

3.9. 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.

3.10. 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 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder

aussichtslos erscheint; das gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack