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-840180/5/Kl/TO

Datum:
Linz, 13. August 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der I GmbH & Co KG, vertreten durch S Ö Rechtsanwälte OG, x, W, vom 08.08.2019, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung der Auftraggeberin Land Oberrösterreich betreffend das Vorhaben „Offenes Verfahren: „Sicherheitsequipment“, Geschäftszahl der AG: GBM-2019-40238/1-ES“

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 Land Oberösterreich die Fortsetzung des Vergabeverfahrens zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung betreffend das Los B für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 08.10.2019, 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 08.08.2019 hat die I GmbH & Co KG (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Fortsetzung des Vergabeverfahrens 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 ein offenes Verfahren nach den Bestimmungen des BVergG 2018 im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Vergabe von Sicherheitsequipment durchführe. Vergebende Stelle sei das Amt der Oö. Landesregierung, Direktion Präsidium, Abteilung Gebäude- und Beschaffungs-Management. Die europaweite Bekanntmachung im Amtsblatt der EU sei am 25.04.2019 zu 2019/S 081 -193192 erfolgt. Am 21.05.2019 sei mit europaweiter Bekanntmachung im Amtsblatt der EU zu 2019/S 097-234509 die Berichtigung zur Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 07.06.2019 erfolgt.
Die Auftraggeberin habe zwei Lose ausgeschrieben, in denen jeweils eine Rahmenvereinbarung mit einem Unternehmer abgeschlossen werden sollte: Los A zur Beschaffung von Metalldetektorbögen für Personenkontrollen im Bundesland Oberösterreich und Los B zur Beschaffung von Gepäckröntgengeräten für Personenkontrollen in den Bundesländern Oberösterreich und Vorarlberg. Der Zuschlag solle in Los A nach dem „Billigstbieterprinzip“, in Los B nach dem „Bestbieterprinzip“ erteilt werden.
Im Laufe des Verfahrens habe die Auftraggeberin weitere Festlegungen zu den Angebotsunterlagen getroffen auf deren Basis die Angebote zu erstellen waren.
Wie die Auftraggeberin der Antragstellerin mit Schreiben vom 29.07.2019 mitgeteilt habe, sei das Verfahren zur Vergabe der Rahmenvereinbarung in Los A widerrufen worden. Gegenstand dieses Nachprüfungsantrages sei daher ausschließlich das Los B dieser Ausschreibung zur Beschaffung von Gepäckröntgengeräten für Personenkontrollen in den Bundesländern Oberösterreich und Vorarlberg.

Die Antragstellerin habe sich ordnungsgemäß an diesem Vergabeverfahren beteiligt und habe am 07.06.2019 rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt.
Am 07.06.2019 sei die Angebotsöffnung ohne Beteiligung der Bieter erfolgt. Das Protokoll über die Öffnung der Angebote sei den Bietern in der Folge von der Auftraggeberin zur Einsicht bereitgestellt worden. Laut Öffnungsprotokoll vom 07.06.2019 haben drei Bieter, nämlich die Antragstellerin, die S Gesellschaft

m.b.H. und die Dr. H GmbH (Letztere als nunmehr präsumtive Zuschlagsempfängerin) ein Angebot abgegeben.

Am 29.07.2019 habe die Auftraggeberin der Antragstellerin die Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich Los B übermittelt, und habe mitgeteilt, dass beabsichtigt sei, die Rahmenvereinbarung zur Beschaffung von Gepäckröntgengeräten in Los B nach Ablauf der Stillhaltefrist mit der Dr. H GmbH abzuschließen. Die Auftraggeberin habe mitgeteilt, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin im Zuschlagskriterium „Niedrigster Preis“ 96 Punkte und im Zuschlagskriterium „Verkürzung der Frist über die Lieferung und Inbetriebnahme" mit 4 Punkten, also insgesamt mit 100 Punkten bewertet worden wäre.
Im Vergleich dazu habe das Angebot der Antragstellerin insgesamt 83,3 Punkte erhalten, wobei es im Zuschlagskriterium „Niedrigster Preis“ 79,30 Punkte und im Zuschlagskriterium „Verkürzung der Frist über die Lieferung und Inbetriebnahme“, ebenfalls 4 Punkte erhalten habe. Das Angebot der Antragstellerin sei sohin hinter das Angebot der Dr. H GmbH gereiht worden.
Die Stillhaltefrist habe laut der Mitteilung der Auftraggeberin am Donnerstag, 08.08.2019 geendet.

Die Antragstellerin bezweifele jedoch die Zulässigkeit der Mitteilung über den beabsichtigten Abschluss der Rahmenvereinbarung hinsichtlich Los B und habe die Auftraggeberin bzw. die vergebende Stelle daher mit Schreiben vom 01.08.2019 darauf hingewiesen, dass das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegen die bestandfesten Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin verstoße und sohin auszuscheiden wäre. Die Antragstellerin habe die Auftraggeberin daher um Aufklärung in Hinblick auf die ordnungsgemäße Prüfung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ersucht.

Mit Schreiben vom 05.08.2019 teilte die Auftraggeberin Folgendes mit:
„Es ist korrekt, dass das Datenblatt des von der Dr. H GmbH angebotenen Gerätes x eine Leistungsaufnahme von 1kVA ausweist. Da es laut Aussage unseres Sachverständigen Herrn Ing. R nicht ungewöhnlich ist, dass bei diesen Werten von ‚Zirkawerten‘ ausgegangen wird, richteten wir ein entsprechendes Aufklärungsersuchen an die Dr. H GmbH.
Daraufhin wurde uns eine Erklärung des Geräteherstellers G vorgelegt, der zu entnehmen ist, dass die Leistungsaufnahme des Gerätes x weniger als 900 VA beträgt. Da wir uns nicht ausschließlich auf die Aussage des Produzenten verlassen wollten, haben wir zusätzlich im Rahmen einer Teststellung die Leistungsaufnahme auch durch unseren Sachverständigen messen lassen. Es wurden dabei mehrere Prüfdurchgänge durchgeführt und lagen sämtliche Messergebnisse (eindeutig) unter dem geforderten Maximalwert.
Da somit die Angaben in der Herstellererklärung auch durch die Messergebnisse des Sachverständigen vollinhaltlich bestätigt wurden, erfüllt das angebotene Gerät x die festgelegten Anforderungen und ist als ausschreibungskonform anzusehen.
Hinsichtlich des Angebots der S Gesellschaft m.b.H. teilen wir weiters mit, dass dieses tatsächlich auszuscheiden war".

Da ein Zuschlag auf das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Los B nicht zulässig sei, richte sich der gegenständliche Nachprüfungsantrag gegen die gesondert anfechtbare „Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll“.

Gemäß § 3 Abs. 1 OÖ VergRSG 2006 könne ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Bundesvergabegesetz 2018 unterliegenden Vertrages behaupte, bis zur Zuschlagserteilung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen drohe.

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. Die Antragstellerin habe fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot im gegenständlichen Vergabeverfahren gelegt. Das grundsätzliche Interesse am Vertragsabschluss ergebe sich auch schon daraus, dass die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe.

Würde die rechtswidrige Zuschlagentscheidung der Auftraggeberin aufrechterhalten werden, so hätte die Antragstellerin keine Chance mehr im gegenständlichen Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten und würde der Antragstellerin dadurch ein großer Schaden drohen. Dieser bestehe neben dem Verlust einer Chance auf Abschluss eines Vertrages unter anderem im Verlust der Chance, sich an einem fairen und lauteren Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistungen zu beteiligen.

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 Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll Beratungsgespräche mit den ausgewiesenen Rechtsvertretern erforderlich, sodass auch bereits ein Rechtsanwaltshonorar und somit ein weiterer Schaden für die Antragstellerin 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 zur Zufriedenheit der Auftraggeberin durchgeführter Auftrag dieser Größenordnung würde daher eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit darstellen.

Der Antragstellerin wäre bei rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberin der Zuschlag zu erteilen, da das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden wäre.

Aus den genannten Gründen komme der Antragstellerin ein Interesse am Vertragsabschluss zu und sei ihr durch die rechtswidrige Vorgehensweise der Auftraggeberin ein Schaden entstanden bzw. drohe bei Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll ein weiterer Schaden.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens unter anderem gemäß § 20 Abs 1 BVergG 2018 verletzt. Dabei wird die Antragstellerin insbesondere in ihren Rechten

- auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, und darin implizierter Möglichkeit anschließender Zuschlagserteilung,
- auf gesetzmäßige Prüfung der Angebote,
- auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung bzw. Durchführung eines fairen und lauteren Wettbewerbs,
- auf Nichtberücksichtigung eines nicht geeigneten Unternehmens und
- auf Zuschlagserteilung verletzt.

Aus all diesen Gründen werde das gegenständliche Nachprüfungsverfahren eingeleitet. Diese Entscheidung sei für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil die Antragstellerin die Auftragserteilung der hier ausgeschriebenen Leistung anstrebe.

Der gegenständliche Antrag richte sich daher gegen die gesondert anfechtbare „Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll“ der Auftraggeberin vom 29.07.2019, betreffend das Vergabeverfahren „Sicherheitsequipment“ für das Los B.

Gemäß § 2 Z 15 lit a sublit jj BVergG 2018 stelle die Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll eine gesondert anfechtbare Entscheidung dar.

Das Land Oberösterreich, die L-Immobilien GmbH und das Land Vorarlberg seien öffentliche Auftraggeberinnen im Sinne des § 2 Abs 1 Z 5 BVergG 2018.

Gemäß Pkt. 1. in Teil I. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der Auftraggeberin sei das Land Oberösterreich von der L-Immobilien GmbH und dem Land Vorarlberg mit der Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens beauftragt und bevollmächtigt worden, insbesondere auch zum Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Das Amt der Oö. Landesregierung werde gemäß Pkt. 1. in Teil I. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen als vergebende Stelle angeführt.

Die antragsgegenständliche Entscheidung der Auftraggeberin falle in den Zuständigkeitsbereich des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sei in den Ausschreibungsunterlagen als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren genannt.

Nach der Bestimmung des § 4 Abs. 1 OÖ VergRSG 2006 sei ein Antrag auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei Übermittlung der Entscheidung auf elektronischen Weg oder per Telefax binnen 10 Tagen einzubringen. Die Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll sei der Antragstellerin am 29.07.2019 mitgeteilt worden. Der gegenständliche Antrag auf Nachprüfung sei daher jedenfalls binnen offener Frist und daher rechtzeitig eingebracht worden.

Die Pauschalgebühr in Höhe von EUR 2.000,- für den Antrag auf Nichtigerklärung und EUR 1.000,- für den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung sei einbezahlt worden.
Die Gebühr nach dem Gebührengesetz (BuLVwG-EGebV) in Höhe von EUR 60,00 sei ebenfalls bereits entrichtet worden.

Da im Verfahren nur mehr zwei Bieter vorhanden seien, und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwingend auszuscheiden sei, komme das Angebot der Antragstellerin jedenfalls für den Zuschlag in Betracht. Der Antragstellerin komme daher jedenfalls die Antragslegitimation zu.

Naturgemäß kenne die Antragstellerin die konkreten Details des Angebotes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei aber insbesondere aus folgenden - der Antragstellerin bekannten - Gründen auszuscheiden:
§ 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 lautet:
„Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden: den Ausschreibungsbestimmungen widersprechende Angebote, Teil-, Alternativ-, Varianten- und Abänderungsangebote, wenn sie nicht zugelassen wurden, nicht gleichwertige Alternativ- oder Abänderungsangebote und Alternativangebote, die die Mindestanforderungen nicht erfüllen, sowie fehlerhafte oder unvollständige Angebote, wenn deren Mängel nicht behoben wurden oder nicht behebbar sind, ...“

§ 141 Abs 1 BVergG 2018 normiere - anders als Abs 2 leg. cit. - zwingende Ausscheidungsgründe. Liege ein derartiger Ausscheidungsgrund vor, habe der

Auftraggeber hinsichtlich der Ausscheidung kein Ermessen, sondern müsse (arg „hat“) der Auftraggeber das Angebot ausscheiden.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei aus den nachfolgenden Gründen zwingend auszuscheiden, weshalb die Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zugunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rechtswidrig sei:
In der bestandfesten technischen Leistungsbeschreibung der Auftraggeberin werde in Punkt „II. Los B - Gepäckröntgengerät“ unter Pkt 1. zunächst ausdrücklich betont, dass jegliche Abweichungen von den technischen Spezifikationen in der Leistungsbeschreibung zur Ausscheidung des Angebotes führe:
„Es wird darauf hingewiesen, dass es sich bei den in dieser Leistungsbeschreibung enthaltenen Spezifikationen und Vorgaben um Muss-Kriterien handelt, die von den Bietern genauestens einzuhalten und zu erfüllen sind. Nicht ausschreibungskonforme Angebote werden ausgeschieden.“
In der bestandfesten technischen Leistungsbeschreibung der Auftraggeberin sei zu Punkt „II. Los B — Gepäckröntgengerät“ unter Pkt. 2. als technische Spezifikation sodann unter anderem vorgegeben: *„Spannungsversorgung: 230VAC/50Hz bei maximaler Leistungsaufnahme <900VAu.“*
Diese bestandfeste Vorgabe stelle eindeutig klar, dass die maximale Leistungsaufnahme des anzubietenden Gepäckröntgengeräts als von der Auftraggeberin festgelegtes Mindesterfordernis jedenfalls kleiner als 900VA sein müsse. Dies habe die Auftraggeberin auch in Ihrem Schreiben vom 05.08.2019 bestätigt, wenn sie in diesem Zusammenhang vom „geforderten Maximalwert' spreche.
Gemäß Pkt. 9. in Teil I. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen würden *„mit der Teilnahme an der Ausschreibung und der Abgabe eines Angebotes die in der Ausschreibung angeführten Bedingungen als vom Bieter uneingeschränkt akzeptiert. Jeglicher Irrtum von Seiten des Bieters gilt als ausgeschlossen“* gelten. Gemäß Pkt. 1. in Teil II. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen würden *„mit Abgabe des Angebotes sämtliche Ausschreibungsunterlagen (einschließlich anfälliger während der Angebotsfrist erfolgter Berichtigungen, Anfragebeantwortungen und Klarstellungen) als vom Bieter in allen Teilen anerkannt und rechtsverbindlich”* gelten. Mit Legung eines Angebots akzeptiere ein Bieter die Ausschreibungsbedingungen und insbesondere jene der technischen Leistungsbeschreibung daher voll.
Fakt sei also: Verstoße ein Bieter in seinem Angebot gegen die Vorgaben der technischen Leistungsbeschreibung, verstoße er gegen die bestandfesten Ausschreibungsbestimmungen und sei sein Angebot zwingend auszuscheiden.

Nach der ständigen Rechtsprechung des VwGH sei der Auftraggeber an seine bestandfesten Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen gebunden und habe hinsichtlich aller Bieter den gleichen Maßstab zugrunde zu legen (zB VwGH 15.3.2017, Ra 2014/04/0052). Darüber hinaus sei auch ständige Rechtsprechung des VwGH, dass die Ausschreibungsbestimmungen nach dem objektiven

Erklärungswert für einen durchschnittlichen fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen seien (zB VwGH 15.3.2017, Ra 2014/04/0052). Im Zweifel seien Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen. Auf den vermuteten Sinn und Zweck der Ausschreibungsbestimmungen komme es nicht an. Maßgeblich sei vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibungsbestimmungen. Dass der objektive Erklärungswert maßgeblich sei, gelte auch für die Auslegung der Willenserklärung eines Bieters (zB VwGH 22.03.2019, 2018/04/0176).
Die Ausschreibungsbestimmungen seien im gegenständlichen Fall nicht fristgerecht angefochten worden und seien daher bestandfest. Es sei dabei von einer strengen Bindung für alle Verfahrensbeteiligten (somit insbesondere auch der Auftraggeberin) auszugehen.

Dem der Antragstellerin vorliegenden Angebotsöffnungsprotokoll vom 07.06.2019 sei zu entnehmen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter anderem folgende Angebotsbestandteile mit ihrem Angebot abgegeben hat:
- Nr. 14: „Bedienungsanleitung RÖ"
- Nr. 16: „Technisches Datenblatt RÖ“
- Nr. 23: „Bauartschein x“

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe demnach ein Gepäckröntgengerät mit der Bezeichnung „x“ des Herstellers G S.p.A. angeboten.
Aus dem auf der offiziellen Website des Herstellers öffentlich einsehbaren offiziellen technischen Datenblatt für das Gepäckröntgengerät „x" des Herstellers G S.p.A. gehe klar hervor, dass die maximale Leistungsaufnahme für das Gepäckröntgengerät „x“ 1kVA betrage - also eindeutig mehr als die von der Auftraggeberin maximal erlaubten und als Mindesterfordernis festgelegten 900VA. Diese Angabe sei eindeutig und lasse keinerlei Auslegungs- oder Beurteilungsspielraum offen.
Die Auftraggeberin habe dies jeweils unzweifelhaft auch in ihrem Schreiben vom 05.08.2019 bestätigt, indem sie mitteilte, dass es korrekt sei, dass das *„Datenblatt des von der Dr. H GmbH angebotenen Gerätes x eine Leistungsaufnahme von 1kVA ausweist.“* Die Auftraggeberin habe damit selbst die Abweichung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von den technischen Spezifikationen der Ausschreibungsunterlagen bestätigt.
Das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin in Los B angebotene Gepäckröntgengerät „FEP ME 536" entspreche daher nicht den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen der Auftraggeberin. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher verpflichtend nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Die Auftraggeberin habe unter Pkt. 11. in Teil II. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen und unter Pkt. 1. in Teil II. der technischen

Leistungsbeschreibung selbst bestandfest festgelegt, dass sie „*um die Prüfung der Ausschreibungskonformität zu ermöglichen*“ Bedienungs- /Installations-anleitungen, Produktbeschreibungen bzw. technische Datenblätter heranziehen werde *„denen insbesondere die Daten entnommen werden können, hinsichtlich derer in der technischen Leistungsbeschreibung ausdrückliche Mindesterfordernisse festgelegt wurden“*.

Die Auftraggeberin habe damit bestandfest festgelegt, dass sie die Ausschreibungskonformität an Hand der Angaben in Bedienungs-/Installationsanleitungen, Produktbeschreibungen bzw. technischen Datenblättern prüfen werde. Die Auftraggeberin gehe daher selbst davon aus, dass die Angaben in Bedienungs-/Installationsanleitungen, Produktbeschreibungen bzw. technischen Datenblättern eines Gepäckröntgengerätes den von der Auftraggeberin geforderten Mindeststandards entsprechen müssen.
Wenn die Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 05.08.2019 behaupte, die Angabe der maximalen Leistungsaufnahme auf dem Datenblatt sei ein „Zirkawert", sei dies nicht nachvollziehbar und die Behauptung nicht korrekt.
Vielmehr sei im Gegenteil davon auszugehen, dass es sich dabei um einen verbindlich festgelegten Standardwert handle, da alle „Zirkawerte“ oder Werte mit Toleranzen im technischen Datenblatt für das Gepäckröntgengerät „FEP ME 536“ klar definiert seien, wobei die Leistungsaufnahme nicht in diese Kategorie falle, sondern zu den Fix-Werten gehöre.
Die Angaben in den der Auftraggeberin mit dem Angebot von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zur Verfügung gestellten Unterlagen (technisches Datenblatt, Bedienungs-/Installationsanleitungen und Produktbeschreibungen) seien sohin jedenfalls als bindende Vorgaben (insbes. in Hinblick auf die Angebotsprüfung) für den Bieter und auch die Auftraggeberin anzusehen. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe daher ein Gepäckröntgengerät angeboten, dass den Angaben bzw. Eigenschaften im technischen Datenblatt entspreche, und somit den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen widerspreche. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch aus diesem Grund verpflichtend nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Zu Aufklärungen und Erörterungen definiert § 139 Abs 1 BVergG 2018:
„Während eines offenen oder eines nicht offenen Verfahrens sind nur Aufklärungen zum Einholen von Auskünften über die Eignung sowie von Auskünften, die zur Prüfung der Preisangemessenheit, der Erfüllung der Mindestanforderungen und der Gleichwertigkeit von Alternativ- oder Abänderungsangeboten erforderlich sind, zulässig“
Aufklärungen dürfen jedoch nicht die Konsequenz haben, ein Angebot inhaltlich zu ändern (siehe die Materialien zum BVergG 2018 mit Verweis auf EuGH C-599/10, SAG ELV Slovensko u.a.; Rs C-324/14, Partner).

Der oben näher dargelegte Mangel im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch nicht - wie zB von der Auftraggeberin

argumentiert durch eine Teststellung - verbesserbar. Die fehlende Ausschreibungskonformität eines Angebots könne nachträglich - das heißt nach Ende der Angebotsfrist- nicht mehr behoben werden.
Im offenen Verfahren seien nachträgliche Angebotsänderungen jedenfalls unzulässig.

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln sei insbesondere darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert werden würde (VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030).
Gegenständlich komme es zweifellos zu einer materiellen Verbesserung der Wettbewerbsposition der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegenüber den anderen Bietern. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch aus diesem Grund verpflichtend nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Die Auftraggeberin habe sich zwar gemäß Pkt. 11. in Teil II. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen vorbehalten Teststellungen mit den angebotenen Geräten durchzuführen, allerdings habe sie auch festgelegt, dass im Falle einer Teststellung für ein Röntgengerät nur die „geforderte Durchdringung“ und die „Darstellung der AWG" getestet und „die differenzierte Darstellung der Materialgruppen“ überprüft werde; eine Verbesserung des Angebots könne also auch durch die von der Auftraggeberin durchgeführte Teststellung jedenfalls nicht erfolgen.

Abgesehen davon, dass die Auftraggeberin nicht bekannt gegeben habe, wie die Messung der Leistungsaufnahme bei der durchgeführten Teststellung erfolgt sei (Teststellungen seien, damit sie aussagekräftig seien, grundsätzlich unter Regelbedingungen abzuhalten), bestätige die Auftraggeberin damit zudem selbst die Abweichung des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin von den technischen Spezifikationen der Ausschreibungsunterlagen:
Der von der Auftraggeberin in den Ausschreibungsunterlagen mit <900VA festgelegte Wert für die maximale Leistungsaufnahme stelle eine Mindestanforderung dar, die verbindlich einzuhalten sei. Die Argumentation der Auftraggeberin, wonach der Wert im Zuge eine Teststellung angeblich mit unter 900VA gemessen worden wäre, ändere nichts an der Tatsache, dass die Leistungsaufnahme bei dem von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotenen Gepäckröntgengerät „x“ bei 1kVA und somit über der Mindestanforderung der Auftraggeberin liege. Abgesehen davon, dass Teststellungen immer auch abhängig von zB Ausführung, Konfiguration und Anzahl der im Gepäckröntgengerät integrierten Optionen (besonders solche, die die Leistungsaufnahme beeinflussen), der Betriebsart (zB alle Subsysteme und Funktionen voll im Betrieb oder nur teilweise), Leerlauf des Gepäckröntgengeräts oder entsprechend der realen Betriebsumgebung (zB mit Gepäckstücken und

Objekten im Scanning Tunnel vom Gepäckröntgengerät), Temperatur, Luftfeuchtigkeit, Betriebszeit usw. sein können, werde - selbst wenn die Teststellung unter geeigneten Umständen stattgefunden habe - damit jedenfalls nicht gewährleistet, dass die Leistungsaufnahme des Gepäckröntgengerät „x“ durchgehend (also zB auch im Regelbetrieb) unter den von der Auftraggeberin geforderten 900VA liege.
Anders gesagt: Die Leistungsaufnahme beim angebotenen Gepäckröntgengerät „x“ könne auch über 900VA liegen. Ein Nachweis, über die Einhaltung der von der AG geforderten Mindestanforderungen könne also auch durch einen nachträgliche Teststellung nicht erbracht werden. Eine Änderung der angebotenen Produkteigenschaften im Zuge der Teststellung stelle daher eine nicht zulässige nachträgliche Angebotsänderung dar.
Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch aus diesem Grund verpflichtend nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Die Prüfung der Angebote habe gemäß § 135 BVergG 2018 in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht nach den in der Ausschreibung festgelegten Kriterien zu erfolgen. Öffentliche Auftraggeber seien daher verpflichtet, die Prüfung der Angebote auf Grundlage der (bestandfesten) Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen vorzunehmen. Ein Abgehen von bestandfesten Ausschreibungsunterlagen durch den Auftraggeber verstoße gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter (zB EuGH 18.10,2001, Rs C-19/99, SIAC).
Die Berücksichtigung einer (nicht zulässigen) nachträglichen Angebotsänderung - hier durch die Teststellung - würde gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter verstoßen. Die Grenze der Verbesserungsfähigkeit sei nämlich dann erreicht, wenn dadurch ein neues Angebot eingereicht werden würde. Eine Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers an einen Bieter *„[..] kann demnach einem Bieter nicht allgemein erlauben, Erklärungen und Unterlagen vorzulegen, deren Übermittlung nach den Verdingungsunterlagen gefordert war und die nicht innerhalb der Frist zur Einreichung der Angebote vorgelegt worden sind.“* Und sie *„kann auch nicht zur Vorlage von Dokumenten durch einen Bieter führen, die derartige Änderungen enthalten, dass sie in Wirklichkeit ein neues Angebot darstellen“* (EuGH 11.05.2017, C-131/16, *Archus*, Rn 36). Die Auftraggeberin hat sicherzustellen, dass eine Verbesserung bzw. Aufklärung zu einem Angebot - auch im Zuge einer Teststellung - nicht dazu führt, dass ein neues Angebot vorgelegt werde.

Aus der Rechtsprechung des EuGH ergebe sich zudem, dass die Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung sowie das Transparenzgebot jeglicher Verhandlung zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und einem Bieter entgegenstehen, was bedeutet, dass ein eingereichtes Angebot grundsätzlich nicht mehr geändert werden könne, weder auf Betreiben des öffentlichen Auftraggebers noch auf Betreiben des Bieters. Daraus folge, dass Verbesserungen eines Angebots, das nicht den in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen technischen

Spezifikationen entspreche, nicht zulässig seien (zB EuGH 14.9.2017, C-223/16, *Casertana Costruzioni*).

Es bestehe kein Zweifel daran, dass das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gepäckröntgengerät „x“ des Herstellers G S.p.A. den bestandfesten Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen der Auftraggeberin widerspreche. Es wäre daher unter Einhaltung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, da es sich um einen nicht behebbaren Mangel handelt, ohne Durchführung eines Verbesserungsverfahrens im Zuge einer Teststellung auszuscheiden gewesen (vgl. VwGH 4.9.2002, 200/04/0181).
Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei daher auch aus diesem Grund verpflichtend nach § 141 Abs 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden.

Darüber hinaus hat die Auftraggeberin in Pkt. 5. in Teil II. der Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen festgelegt, dass Alternativ- und Abänderungsangebote nicht zulässig seien und ausgeschlossen werden würden.
Würde die Auftraggeberin argumentieren, dass die Antragstellerin im gegenständlichen Sachverhalt ein Alternativ- bzw Abänderungsangebot vorgelegt habe, wäre auch dies einerseits unzutreffend und andererseits unzulässig.

Auch aus diesem Grund wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verpflichtend auszuscheiden.

§ 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 laute:
„Vor der Wahl des Angebotes für die Zuschlagsentscheidung hat der öffentliche Auftraggeber aufgrund des Ergebnisses der Prüfung folgende Angebote auszuscheiden: Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben ist, ..“
§ 141 Abs 1 BVergG 2018 normiere - anders als Abs 2 leg cit - zwingende Ausscheidungsgründe. Liege ein derartiger Ausscheidungsgrund vor, habe der Auftraggeber hinsichtlich der Ausscheidung kein Ermessen, sondern müsse (arg „habe“) der Auftraggeber das Angebot auszuscheiden.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei aus den nachfolgenden Gründen zwingend auszuscheiden, weshalb die Entscheidung mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, zugunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin rechtswidrig sei:

Aufgrund der Tatsache, dass die maximale Leistungsaufnahme für das von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin angebotene Gepäckröntgengerät „x“ des Herstellers G S.p.A. aus dem technischen Datenblatt mit 1 kVA hervorgehe, sei davon auszugehen, dass es sich bei den Angaben der präsumtiven Zuschlagsempfängerin bzw. ihres Lieferanten in der laut AG durchgeführten „Aufklärung“, dass die Leistungsaufnahme des Gerätes x weniger als 900VA betragen würde, zumindest um fahrlässig unrichtige Angaben handle.

Gemäß § 78 Abs 1 Z 11 lit c BVergG 2018 habe der öffentliche Auftraggeber einen Unternehmer jederzeit von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn er fahrlässig irreführende Informationen an den öffentlichen Auftraggeber übermittle, die die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers über den Ausschluss oder die Auswahl von Unternehmern oder die Zuschlagserteilung erheblich beeinflussen könnten, oder versucht habe, solche Informationen zu übermitteln.
Gemäß § 141 Abs 1 Z 2 BVergG 2018 seien Angebote von Bietern, deren Eignung nicht gegeben sei, auszuscheiden. Auch aus diesem Grund wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin verpflichtend auszuscheiden.

Aus diesen Gründen beantrage die Antragstellerin

1. nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung, der Dr. H GmbH den Zuschlag zu erteilen, für nichtig erklären;
2. der Antragstellerin die Pauschalgebühr zu ersetzen;
3. das Angebot der Antragstellerin von der Akteneinsicht der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausnehmen; sowie
4. der Antragstellerin Akteneinsicht in den Vergabeakt gewähren.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin eingangs auf die Ausführungen zum Hauptantrag. Weiters wurde ausgeführt, dass die Stillhaltefrist am 8.8.2019 geendet habe. Die Auftraggeberin könnte nach dem Ende der Stillhaltefrist den Zuschlag erteilen. Aus der Möglichkeit der Zuschlagserteilung ergebe sich der unmittelbar drohende Schaden. Zum Interesse der Antragstellerin an der Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich über diesen Nachprüfungsantrag verweise die Antragstellerin auf die obigen Ausführungen zum der Antragstellerin drohenden Schaden.
Würde die Auftraggeberin die angefochtene Entscheidung aufrecht erhalten und den Zuschlag einem anderen Bieter erteilen und den verfahrensgegenständlichen Vertrag abschließen, würde sie das Recht der Antragstellerin auf Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren und damit ihre Chance auf Zuschlagserteilung und Abschluss des verfahrensgegenständlichen Vertrages verletzen. In diesem Fall entstünde der Antragstellerin ein bedeutender Schaden.

Einer einstweiligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens stehe kein besonderes Interesse der AG oder der Öffentlichkeit entgegen.
Nach ständiger Rechtsprechung (vgl. unter anderem VfGH 1.8.2002, B 1194/02; BVA 15.9.2003, 14N-91/03-10) sei eine Verzögerung des Vergabeverfahrens durch ein mögliches Nachprüfungsverfahren bei der zeitlichen Planung der Auftraggeberin zu berücksichtigen. Nach Sichtweise des Verfassungsgerichtshofes sei auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter bei der Interessensabwägung im Zusammenhang mit dem Vergaberechtsschutz

im öffentlichen Interesse gelegen (vgl. VfGH 25.10.2002, B1369/01 ua). Wenn diese Möglichkeiten von der Auftraggeberin bei seiner Beschaffungsplanung nicht beachtet worden sei, so kann es nicht zu Lasten eines Bieters gehen.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat das Land Oberösterreich als Auftraggeberin am Provisorialverfahren beteiligt und die Möglichkeit eingeräumt, sich bis zum 12.08.2019 dazu zu äußern. Auf die Abgabe einer Stellungnahme wurde verzichtet, allerdings darauf hingewiesen, dass das Nachprüfungsverfahren nur das Los B betreffe.

II. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

II.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.

Das Land Oberösterreich ist öffentlicher Auftraggeber iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG, sodass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006 unterliegt. Das Land Oberrösterreich wurde von der L-Immobilien GmbH und dem Land Vorarlberg mit der Durchführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens beauftragt und bevollmächtigt.

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

II.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 Auftrages sind die Bestimmungen für Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Wettbewerbe im Oberschwellenbereich anzuwenden.

II.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 das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bzw der Auftraggeberin bis zur Entscheidung über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige 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.

II.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 (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 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.

II.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 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).

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 Zuschlagserteilung 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 die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Vielmehr ist bei der Interessensabwägung iSd 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, war dem Antrag stattzugeben.

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

Die Dauer der Aussetzung der Zuschlagserteilung ergibt sich aus § 11 Abs 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 20 Abs 1 Oö. VergRSG 2006.
Gemäß § 20 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 ist über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit die Möglichkeit besteht, die Aussetzung der Zuschlagserteilung für zwei Monate auszusprechen.

Die einstweilige Verfügung ist gemäß § 11 Abs 4 Oö. VergRSG 2006 sofort vollstreckbar.

III. 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