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-840184/8/KLi/Rd

Datum:
Linz, 17. September 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Antrag der B GmbH, x 6, W, vom 13. September 2019, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Auftraggeberin Marktgemeinde S, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. D H, x 6, W, betreffend das Vorhaben „Errichtung des Gemeindezentrums S als Generalunternehmer“

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 Marktgemeinde S die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 13. November 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.

1.1. Mit Eingabe vom 13. September 2019 hat die B GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung 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 in Höhe von insgesamt 9.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Auftraggeberin die Errichtung eines Gemeindezentrums in S beabsichtige, weswegen die Beauftragung eines Generalübernehmers ausgeschrieben worden sei. Von der Auftraggeberin sei die Wahl des Vergabeverfahrens auf ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung gefallen, wobei es sich um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich handle. Es werde die Bekanntmachung der Ausscheidensentscheidung bekämpft, welche am 4. September 2019, im Wege der Vergabeplattform, sohin auf elektronischem Wege, der Antragstellerin übermittelt worden sei.

1.2. Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführung der gegenständlichen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge des Ausscheidens des Angebots ein Schaden entstanden sei bzw. in weiterer Folge zu entstehen drohe, und zwar zumindest in der Höhe eines kalkulierten Gewinns. Sie habe an der Erbringung der nachgefragten Leistungen überdies ein essentielles Interesse und drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Aufgrund der bisherigen Anstrengungen seien der Antragstellerin Kosten in Höhe von ca. 15.000 Euro (Kosten für Pauschalgebühren, Rechtsverfolgung und sonstigen Kosten) entstanden.

1.3. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere auf

- Einhaltung der Festlegungen in den gesamten Ausschreibungsunterlagen;
- Einhaltung der Festlegungen der Mindestkriterien in den gesamten Ausschreibungsunterlagen, sowie der zwingend geforderten Präzisierung;
- Durchführung einer rechtskonformen, widerspruchsfreien sowie ausschreibungskonformen Angebotsprüfung;
- rechtskonforme Dokumentation der Angebotsprüfung;
- Wahrung der Vergabegrundsätze, Unveränderlichkeit bzw. Präzisierung der Mindestkriterien bzw. Mindestanforderungen (einhergehend Verbot der

Erweiterung der Mindestanforderungen); insbesondere des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Rahmen der Angebotsprüfung, der Einhaltung zwingender verfahrensrechtlicher Erfordernisse, sowie zwingender formeller Erfordernisse (Fristen – Fristenverkürzung);
- Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung lautend auf ihr Angebot;
- Widerruf eines Vergabeverfahrens, das beispielsweise auf mehrdeutigen, unpräzisen Ausschreibungsfestlegungen beruht, sowie
- Durchführung eines Vergabeverfahrens im Einklang mit den vergaberechtlichen Bestimmungen,

verletzt.

1.4. Der Sachverhalt wurde dahingehend geschildert, dass der Auftrag die eigenverantwortliche technische und kommerzielle Abwicklung des Bauvorhabens einschließlich der baulichen Umsetzung durch einen Generalübernehmer umfasse. Der Auftrag umfasse die Koordination und Überwachung der Planung sowie der bauausführenden Leistungen durch den Auftragnehmer jeweils in dessen eigenem Namen. Optional gehöre zum Auftragsgegenstand auch die Zwischenfinanzierung des Projekts bis zur Fertigstellung und Übergabe des neuerrichteten Gemeindezentrums. Der Auftragnehmer schulde als Leistungserfolg die zeitgerechte und ordnungsgemäße Errichtung und im Fall, dass die Auftraggeberin die entsprechende Option ziehe, auch die Errichtung von Parkplätzen sowie die Errichtung einer Grünfläche/Parkanlage, wobei die Bauausführung nicht durch den Auftragnehmer selbst, sondern durch von ihm beauftragte Dritte erfolge. Der Auftragnehmer schließe in eigenem Namen die erforderlichen Verträge mit den bauausführenden Unternehmen ab.

Leistungen der Bauausführung seien nicht Gegenstand des Auftrages und der Auftragnehmer sei nicht berechtigt, Leistungen der Bauausführung selbst zu erbringen.

1.5. In weiterer Folge wurden von der Antragstellerin die Punkte 4.1., 5., 5.1., 5.4.1., 5.4.2., 5.5., 5.5.1., 5.5.2., und 5.5.3. der Ausschreibungsunterlage im Detail angeführt.

1.6. Von der Antragstellerin wurde am 6. Juni 2019 der Antrag über die „eTenderin“ Plattform hochgeladen und fristgerecht übermittelt. Mit 11. Juni 2019 wurden von der vergebenden Stelle Fragen zum Teilnahmeantrag übermittelt und um entsprechende Ergänzungen ersucht. Mit 12. Juni 2019 sei der Anfrage entsprochen und die geforderten Unterlagen übermittelt worden.

Am gleichen Tag um 13:31 Uhr wurde die Antragstellerin von der vergebenden Stelle ersucht, die noch ausstehende Bankauskunft einzuholen und bis spätestens 19. Juni 2019, 14:00 Uhr, einlangend, zu übermitteln. Festzustellen sei, dass trotz

aufrechter Fristsetzung in der ersten Anfrage, die Übermittlungsfrist auf 14:00 Uhr verkürzt wurde.

Per E-Mail vom 14. Juni 2019 wurde die Antragstellerin von der ersten Prüfung der Teilnahmeanträge informiert und festgehalten, dass die Unterlagen vollständig seien. Weiters wurde die Antragstellerin zur Teilnahme an der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens und zur Angebotslegung eingeladen. Das Angebot werde vorbehaltlich des positiven Ergebnisses der Eignungsprüfung geprüft und im weiteren Verfahren berücksichtigt.

Mit E-Mail vom 1. Juli 2019 wurde die Antragstellerin für 3. Juli 2019 zu einem Bietergespräch eingeladen.

In der Folge wurde die Antragstellerin von der vergebenden Stelle mit Schreiben vom 18. Juli 2019 um Aufklärung und mit Schreiben vom 6. August 2019 um ergänzende Aufklärung in verschiedenen Punkten, jeweils unter Fristsetzung, ersucht.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 13. August 2019 erging eine abschließende Stellungnahme, in welcher – zusammengefasst – darauf verwiesen wurde, dass die technische Leistungsfähigkeit zum Nachweis die Mindestanforderung, die Referenzprojekte in geforderter Qualität und Mindestinformationen laut Bewerberinformationen zu nennen hat. Wie sich aus der Rechtslage bestimmt, sind einerseits die Mindestanforderungen im Zuge des Vergabeverfahrens unveränderlich, andererseits müssen diese bereits in der Bekanntmachung oder den Ausschreibungsunterlagen abschließend angegeben werden (dies in Entsprechung des abschließenden Kriterienkataloges des Anhanges XI BVergG 2018), für welche Nachweise oder für welchen Nachweis sich der öffentliche Auftraggeber entschieden hat, die zu erbringen sind.

Eine nunmehrige Erweiterung der geforderten Mindestinformationen bzw. Mindestanforderungen laut Bewerberinformation, mittels weiterer Ersuchen um Aufklärung, stellt in dem geforderten Ausmaß eine potentielle Erweiterung der Mindestanforderungen bzw. der zu erbringenden Nachweise dar. Eine Erweiterung der Mindestanforderungen ist dem BVergG 2018 fremd und ausdrücklich nicht statthaft, da Mindestanforderungen ausführlich abschließend in den Vergabeunterlagen anzuführen sind und eine nunmehrige Abkehr hiervon zur Folge hätte, das gegenständliche Verfahren einzustellen und gemäß den nunmehrigen erweiterten Mindestanforderungen neu auszuschreiben.

Des Weiteren unterliege das BVergG 2018 den Grundsätzen der Sachlichkeit und der Verhältnismäßigkeit, dies im Speziellen im Verlangen der Nachweise durch den öffentlichen Auftraggeber. Ein bereits durch den Antragsteller ausreichend und zielführend, gemäß den Bewerberunterlagen zum Nachweis gefordertes Nennen

iSd Mindestanforderungen, sei in qualifizierter Form durch Übermittlung der ARGE-Verträge sowie ARGE-Bilanzen erfüllt worden, dies mangels eines entsprechenden Erfordernisses gemäß den Unterlagen (Bewerberinformation, Formblatt ./3) bzw. eines hierfür vorgesehenen Hinweises eines beizufügenden geforderten Anhangs.

In beiden Aufklärungsersuchen seien bereits potentiell die Grundsätze der Sachlichkeit sowie der Verhältnismäßigkeit verletzt, sowie der bereits oa. spezifischen Ausformung der vergaberechtlichen Grundsätze für das Verhandlungsverfahren, der zwingenden Unveränderlichkeit der abschließend festgelegten Mindestanforderungen.

Die Auftraggeberin wäre angehalten gewesen, die Antragsunterlagen in entsprechender qualifizierter Form sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig aufzubereiten, um eine transparente abschließende Form der Eignungsprüfung zu gewährleisten.

Weiterführende überbordende Ersuchen um Aufklärung, zumal diese bereits im ersten Ersuchen, in Abkehr der Mindestanforderungen in ausreichender qualifizierter Form vom Antragsteller mit Übermittlung der ARGE-Verträge sowie der ARGE-Bilanzen erfüllt wurden, sind nicht in Einklang mit dem BVergG 2018 zu bringen und sind diese potentiell geeignet, dass das gegenständliche Verfahren einzustellen und iSd ergänzenden Mindestanforderungen neu auszuschreiben sei.

In der Folge wurde der Antragstellerin mit Bekanntmachung vom 4. September 2019 die Ausscheidensentscheidung mitgeteilt.

1.6.1. Zu den Vergabeverstößen wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin angesichts der eigenen qualifizierten sowie einschlägigen Eignung die intransparente sowie differenzierte mehrdeutige Auslegung der Mindestkriterien in keinster Weise auch nur annähernd nachvollziehen könne. Die vergebende Stelle habe es infolge durch Fragerecht und Verständigung ausreichend belegt, dass diese keine eindeutige, präzisierte, widerspruchsfreie Festlegung der Mindestkriterien geschaffen habe, um ein rechtskonformes Vergabeverfahren zu gewährleisten. Die Vermutung, dass gegen zwingende Ausschreibungsvorgaben verstoßen worden sei, liege nahe. Jedenfalls werde durch das Vergabeverfahren bzw. die Ausschreibungsunterlagen und Verfahren, gegen das BVergG 2018, insbesondere gegen § 114 BVergG 2018 verstoßen. Es sei angesichts der Aktenlage davon auszugehen, dass eine derartige Einhaltung der zwingenden vergaberechtlichen Erfordernisse nicht vorliege. Die Bieter dürfen auf die Einhaltung des objektiven Erklärungswerts der Ausschreibungsvorgaben vertrauen.

Nach ständiger Rechtsprechung der Vergabekontrolle seien für die Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen die allgemeinen, für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen maßgeblichen Regelungen der §§ 914f ABGB zu berücksichtigen. Ausschreibungsunterlagen seien demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert zu interpretieren. Es sei daher zunächst vom Wortlaut in seiner üblichen Bedeutung auszugehen. Dabei sei die Absicht der Parteien zu erforschen und seien rechtsgeschäftliche Erklärungen so zu verstehen, wie es der Übung des redlichen Verkehrs entspreche. Die aus der Erklärung abzuleitenden Rechtsfolgen seien danach zu beurteilen, wie die Erklärung bei objektiver Beurteilung der Sachlage zu verstehen gewesen sei und somit, wie diese ein redlicher Erklärungsempfänger zu verstehen hatte. Dabei komme es nicht auf den von einer Partei vermuteten Zweck der Ausschreibungsbestimmungen an, sondern sei vielmehr der objektive Erklärungswert der Ausschreibung maßgeblich.

Lasse sich aufgrund der skizzierten „Vertrauenstheorie“ der objektive Erklärungswert einer Ausschreibungspassage nicht ermitteln, so gelange die „Unklarheitenregelung“ des § 915 ABGB zur Anwendung. Demnach werde bei zweiseitig verbindlichen Verträgen eine undeutliche Äußerung zum Nachteil desjenigen erklärt, der sich derselben bedient hat. Die gegenständliche Ausschreibung ziele unbestritten auf den Abschluss eines zweiseitig verbindlichen Vertrages ab. Sofern sich also der objektive Erklärungswert, der gerade nicht in der ausschließlichen Sichtweise des Auftraggebers besteht, nicht zweifelsfrei ermitteln lässt, sei somit eine Ausschreibungsbestimmung zu Lasten des Auftraggebers, der allein die Ausschreibungsbestimmungen vorgibt, auszulegen.

Somit wäre zu hinterfragen, inwieweit der Begriff des „Auftragswertes“ im Rahmen einer Leistungsabgrenzung einer ARGE (entgegen der z.B. eindeutigen Umfassung des gesamten Leistungsumfanges ohne Bezug auf eigenen Aufwand, interne Abrechnungen udgl. in den Bestimmungen des § 14 BVergG 2018) der Interpretation der vergebenden Stelle zugänglich wäre. Würde man dieser Herangehensweise folgen, so wäre es wohl nicht mehr möglich, Referenzen anhand von eindeutigen Leistungsabgrenzungen einer Bewertung zuzuführen; vielmehr wäre es notwendig, jede solche Referenz unter Offenlegung aller Geschäftsgeheimnisse und Vorgänge der internen Abwicklung „zu zerlegen“. Neben dieser Problemstellung verbleibe die Frage iSd obigen Ausführungen, ob ein Anbieter auf eine Zuordnung iSd (bestandfesten) Ausschreibungsunterlagen und deren Anwendung vertrauen kann oder in weiterer Folge zusätzliche Interpretationen der vergebenden Stelle zulässig sein sollten; dies wäre vor dem rechtlichen Hintergrund von Vergabeverfahren wohl aufs Äußerste zu verneinen.

1.6.2. Die bestandsfesten Ausschreibungsvorgaben haben zunächst in der Bewerberinformation vorgesehen, dass dann, wenn, „[ein] Bewerber in einem Referenzprojekt im Rahmen einer ARGE mitgewirkt [hat], das Referenzprojekt nur berücksichtigt wird, wenn der Anteil des Bewerbers zumindest 50 % des

Auftragswertes umfasst. Der Anteil des Bewerbers ist beim jeweiligen Referenzprojekt zu nennen“.

Dem sei die Antragstellerin vollumfänglich nachgekommen. Infolge habe die vergebende Stelle erweiternde Fragen gestellt, welche nicht in Einklang mit den Mindestanforderungen und den diesbezüglichen Formblättern stehen. Die vergebende Stelle habe infolge mit der Verständigung vom Ausscheiden des Angebots in fortführender Unklarheit weiter ausgeführt und versucht, die Begriffe Anteil sowie Auftragswert näher zu spezifizieren. Diese Spezifikation sei einerseits untauglich und nicht eindeutig nachvollziehbar, des Weiteren verstoße dies gegen zwingende Erfordernisse des BVergG 2018. Exemplarisch seien hier die erweiternden Auslegungen zu Abrechnung, Abrechnungsbelege, Leistung, erbrachte Leistungen bezogene Vergütung, Höhe Vergütung/Zuwendung, Gesamtauftragswert des Projekts, erwähnt.

Dies würde nahelegen, dass die Spezifizierungen der Mindesterfordernisse unzureichend seien und die vergebende Stelle es verabsäumt habe, transparente und widerspruchsfreie Mindestkriterien zu definieren und diese in ausreichender Form in den Ausschreibungsunterlagen einzufordern. Es liege eine unzulässige Form der Erweiterung der Nachweise vor, wie dies auch in der Stellungnahme zur erweiternden Frage erörtert worden sei. Die vergebende Stelle habe mit ihren Ausführungen im Zuge der Verständigung des Ausscheidens des Angebots die Unklarheit der Mindestanforderungen ausreichend verdeutlicht und belegt.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin zur Vorlage von unzulässigen erweiterten Nachweisen aufgefordert worden sei, dies gleichheitswidrig sei und ein daraus resultierendes Ausscheiden nicht in Einklang mit dem BVergG 2018 stehe.

1.6.3. In Unkenntnis der Aktenlage sei der Nachweis zur Erbringung iSv Anteil bzw. Auftragswert, der allfälligen übrigen Bieter und deren Dokumentation, auf Einhaltung des Gleichheitsgebots zu prüfen.

Durch das Vorliegen der dargestellten Ausschreibungswidrigkeit sei das Angebot bzw. die Nachweispflicht der Antragstellerin iSd unpräzisen Mindestkriterien nicht objektiv nachzuvollziehen und legen die weiterführenden Ausführungen der vergebenden Stelle keine taugliche Auslegung nahe, dass eine nach objektivem Erklärungswert zu erkennende Auslegung von Beginn an möglich gewesen wäre. Die Antragstellerin vermute diesbezüglich das Vorliegen einer Rechtswidrigkeit.

1.6.4. In Punkt 2 der Verständigung des Ausscheidens des Angebots der Antragstellerin wurde von der vergebenden Stelle darauf verwiesen, dass die Gesamtjahresumsätze der B GmbH für die Geschäftsjahre 2016 bis 2018, auch unter Einbeziehung der angegebenen ARGE-Zuwendungen (Betriebsleistung),

jeweils erheblich unter dem vergabegegenständlichen Auftragswert liegen würden, sodass ein grobes Missverhältnis zwischen Umsatzleistung und Auftragswert bestehe. Es sei auch die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit für den konkreten Auftrag nicht gegeben.

Die geforderten Mindestanforderungen betreffend die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit führen gemäß den gegenständlichen Vergabeunterlagen unter den Punkten 5.4., 5.4.1. und 5.4.2. aus, dass sich der Bewerber in einer solventen wirtschaftlichen Lage befinden müsse, sodass er in der Lage sei, die Zwischenfinanzierung der Errichtung zu gewährleisten und die Herstellungskosten selbst oder durch entsprechende Darlehensaufnahmen zwischen zu finanzieren. Der Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit sei durch Beilage der Bankauskunft (Bonitätsauskunft), der Vorlage der Bilanzen und der Gewinn- und Verlustrechnungen der letzten drei Jahre, des Nachweises einer Betriebshaftpflichtversicherung sowie der Erklärung über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren (Formblatt ./4), zu führen.

Auch hier sei gegen die Gebote der Nachvollziehbarkeit sowie der Transparenz verstoßen worden. Eine mangelnde (hier: finanzielle) Eignung eines Bieters könne sich nur aufgrund des Nichterreichens von klar und eindeutig in den Ausschreibungsunterlagen enthaltenen Anforderungen ergeben, denn nur so hätte der Bieter bereits in der Verfahrensbeteiligung die Möglichkeit, ggf. eine mangelnde Eignung durch Beiziehung von z.B. BIEGE-Partnern oder Subunternehmen auf die er sich stützt, auszugleichen. Solche eindeutigen Schwellen der Eignung, was hier z.B. den Umsatz betreffe, haben in den Unterlagen der vergebenden Stelle nicht bestanden. Die mangelnde Präzisierung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit eröffne der Auftraggeberin bzw. der vergebenden Stelle nicht die Möglichkeit, eine Ausscheidensentscheidung gemäß Punkt 2 der Verständigung zu begründen. Eventuell wäre dies als weitere „ergänzende Anmerkung“ anzuführen.

Zusammenfassend sei davon auszugehen, dass die Antragstellerin mehrfach zur Vorlage von unzulässigen erweiterten Nachweisen aufgefordert worden sei, dies gleichheitswidrig sei und ein daraus resultierendes Ausscheiden, welches auch in der Begründung der vergebenden Stelle angeführt worden sei, nicht im Einklang mit dem BVergG 2018 stehen würde.

In Unkenntnis der Aktenlage werde beantragt zu prüfen, ob von der vergebenden Stelle zwischenzeitlich weitere Verfahrensschritte etwa iSd Bekanntgabe der Absicht den Zuschlag zu erteilen, erfolgt seien. Da mangels rechtskräftigem Ausscheiden die Antragstellerin noch im Verfahren verblieben sei und ihr keine

solche Verständigung vorliege, wäre ein solcher Schritt in dieser Konstellation als weiterer Verstoß anzusehen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag. Die Untersagung sei zwingend erforderlich, weil die Auftraggeberin mit dem Abschluss der Vereinbarung unumkehrbare Tatsachen schaffen könne, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG 2018 nicht mehr beseitigt werden können. Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Gegenständlich überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im konkreten Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Der Antragstellerin drohe im Fall des Abschlusses der Vereinbarung mit einem Mitbieter der Entgang des Auftrages. Dies gehe mit einem Gewinnentgang sowie der Frustration der eigenen Aufwendungen und der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren einher. Die Antragstellerin wäre zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Dies widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits. Dazu komme, dass schon allein aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und den damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre. Eine einstweilige Verfügung sei nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung fordern. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Jeder umsichtige Auftraggeber müsse bei der Planung der Ausschreibung bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren. Die Auftraggeberin habe im Beschaffungsprozess keine besondere Dringlichkeit erkennen lassen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Sichtweise des VfGH auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen sei. Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das LVwG sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Derartige zwingende öffentliche Gründe können grundsätzlich nur geltend gemacht werden, wenn diese vom Auftraggeber nicht vorhergesehen werden konnten und diese nicht zulassen, Fristen gemäß dem BVergG 2018 einzuhalten. Verzögerungen, die durch die Rechtsschutzmöglichkeiten entstehen können, wären für die Auftraggeberin jedenfalls vorhersehbar gewesen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Marktgemeinde S als Auftraggeberin sowie die legis – Kooperation selbständiger Anwälte Mag. D H LL.M., als vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

Mit Eingabe der Auftraggeberin vom 16. September 2019 wurde zunächst die rechtsfreundliche Vertretung durch Rechtsanwalt Mag. D H (vormals als vergebende Stelle fungierend) bekanntgegeben und weiters zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern Stellung genommen, als mitgeteilt wurde, dass bislang weder eine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben noch der Zuschlag erteilt worden sei.

Weiters wurde ausgeführt, dass, wenn lediglich die Ausscheidensentscheidung bekämpft werde und eine Zuschlagsentscheidung noch nicht bekannt gegeben worden sei, der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach der Lehre und Rechtsprechung abzuweisen sei, zumal dem noch nicht bestandfest ausgeschiedenen Antragsteller, als im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, die Zuschlagsentscheidung bekannt zu geben sei. Diese sei gesondert anfechtbar. Dem Antragsteller könne daher durch die Ausscheidensentscheidung mangels Gefahr der Zuschlagserteilung noch kein Schaden entstanden sein oder unmittelbar drohen. Der Antragstellerin sei es als verbliebener Bieterin unbenommen, gegen eine während des Nachprüfungsverfahrens allenfalls erfolgende Zuschlagsentscheidung binnen der Stillhaltefrist einen neuerlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen. Die von der Antragstellerin beantragte einstweilige Verfügung sei somit entgegen den Ausführungen der Antragstellerin in Punkt II.5. des Nachprüfungsantrages weder zwingend erforderlich noch würden durch die Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen geschaffen, die mit den Mitteln des BVergG 2018 nicht mehr beseitigt werden können. Der Antragstellerin drohe somit keine unmittelbare Schädigung ihrer Interessen, die durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beseitigt oder verhindert werden könnten. Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei demnach nicht erforderlich.

Die Antragstellerin habe die begehrte vorläufige Maßnahme gemäß § 8 Abs. 2 Z 5 Oö. VergRSG 2006 genau zu bezeichnen. Der Wortlaut des Antrages sei jedoch völlig unklar und scheine auf den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zu referenzieren. Gegenstand des konkreten Vergabeverfahrens sei auch nach dem Vorbringen der Antragstellerin die Vergabe eines einzigen Bauauftrages gemäß § 5 Abs. 3 BVergG 2018 an einen Bieter, nicht jedoch der Abschluss einer Vereinbarung aufgrund derer mehrere Leistungen abgerufen werden sollen. Der Antrag sei daher schon aufgrund der unklaren Bezeichnung der von ihr begehrten vorläufigen Maßnahme zurück- bzw. abzuweisen.

Es werde daher beantragt, den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Abschluss der Vereinbarung und – hilfsweise – darauf

basierend die Zuschlagserteilung (iSv Leistungsabrufen) untersagt wird, zurück-, in eventu als unbegründet abzuweisen.

3. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

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 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.

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 Bauauftrages 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 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.

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 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.

Der in der Stellungnahme der Auftraggeberin vom 16. September 2019 verfassten Rechtsmeinung, wonach es der Antragstellerin – als im Verfahren verbliebene Bieterin - unbenommen sei, gegen eine während des Nachprüfungsverfahrens allenfalls erfolgende Zuschlagsentscheidung binnen der Stillhaltefrist einen neuerlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen, konnte sich das erkennende Verwaltungsgericht nicht anschließen, würde doch ein weiteres Nachprüfungsverfahren (mit weiteren Gebühren) erforderlich sein, was aus prozessökonomischen Gründen aber untunlich ist. Womöglich würde die Antragstellerin auch gar nicht von der Zuschlagsentscheidung (oder einer Widerrufsentscheidung) Kenntnis erlangen und müsste in der Folge ihre Rechte in einem Feststellungsverfahren geltend machen (also wäre auch in diesem Fall ein weiteres Verfahren mit weiteren Gebühren zu führen).

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. 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 Zuschlagserteilung für zwei Monate, auszusprechen.

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

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die 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

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

Dr. Lidauer