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-840191/4/Kl/Rd

Datum:
Linz, 5. Dezember 2019

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der M I G GmbH, vertreten durch W T Rechtsanwälte GmbH & Co KG, S, W, vom 2. Dezember 2019, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der O G GmbH betreffend das Vorhaben „Untersuchungshandschuhe Nitril“

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 O G GmbH der Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 2. Februar 2020, 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. Mit Eingabe vom 2. Dezember 2019 hat die M I G GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der „Zuschlagsentscheidung“ (gemeint wohl: Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin den Abschluss der Rahmenvereinbarung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. August 2019, 2019/S 156-384703 ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages (Abschluss einer Rahmenvereinbarung) im Oberschwellenbereich betreffend „Untersuchungshandschuhe Nitril“ eingeleitet worden sei. Das Verfahren werde elektronisch über die VEMAP-Plattform der Auftraggeberin abgewickelt (Nr. 2019/15).
Das Verfahren werde im Wesentlichen in den Ausschreibungsunterlagen Angebot, elektronische Formblätter auf der VEMAP-Plattform und im Leistungsverzeichnis geregelt.

Das Zuschlagskriterium „Preis“ sei mit 60%, das Zuschlagskriterium „Qualität“ mit 40% gewichtet worden. Das Zuschlagskriterium „Qualität“ sei entsprechend den Festlegungen in Pkt. 4.4. der Ausschreibungsunterlage (AU) anhand von neun Subkriterien bewertet worden, wobei hinsichtlich dieser Subkriterien eine Bewertung einerseits für Handschuhe mit einem Standardschaft und andererseits für Handschuhe mit einem langen Schaft erfolgt sei. Insgesamt seien daher im Zuschlagskriterium „Qualität“ 18 Subkriterien bewertet worden. Die Bewertung dieser Subkriterien sei entsprechend den Festlegungen der Ausschreibung anhand der von den Bietern übermittelten Musterartikel durch „ausgewählte Vertreter der Anwender“ erfolgt.

Die Öffnung der Angebote sei am 19. September 2019 um 12.00 Uhr, sohin unmittelbar nach Ende der Angebotsfrist erfolgt. Am 21. November 2019 habe die Auftraggeberin eine „Zuschlagsentscheidung“ (gemeint wohl: Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, in weiterer Folge als „Entscheidung vom 21.11.2019“ bezeichnet) an die Antragstellerin übermittelt. Darin sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass sie insgesamt 86,56 von 100 möglichen Punkten erreicht habe und der Zuschlag an die h p GmbH, welche insgesamt 86,85 von 100 möglichen Punkten erreicht habe, erteilt werden soll (gemeint wohl: die Rahmenvereinbarung mit der h p GmbH abgeschlossen werden soll).

Die Antragstellerin vertreibe medizinische Produkte für alle Institutionen des Gesundheitsbereichs, sowohl für den öffentlichen als auch privaten Sektor. Zu den angebotenen Produkten zählen ua OP-Sets, OP-Abdeckungsmaterialien, Absaugsysteme, OP-Mäntel, Masken, Schutzbekleidung und weitere Textilien, Critical-Care-Produkte sowie OP-Handschuhe und auch Untersuchungshandschuhe. Der Auftrag stelle daher in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar.

Zum drohenden Schaden wurde seitens der Antragstellerin ausgeführt, dass ihr im Falle einer mangelnden Nichtigerklärung frustrierte Kosten der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren, insbesondere die Kosten der Angebotslegung sowie die entrichteten Pauschalgebühren und die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung, entstehen würden. Zudem entgehe der Antragstellerin der zu lukrierende Gewinn sowie der Deckungsbeitrag zu den Fixkosten. Darüber hinaus drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin generell im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf

- Durchführung eines transparenten und dem freien und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,
- Gleichbehandlung aller Bieter,
- Nicht-Diskriminierung,
- vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,
- transparente und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung,
- Ausscheiden von Angeboten nicht geeigneter Bieter,
- rechtskonforme Entscheidung, mit welchem Unternehmer die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll sowie
- Abschluss der Rahmenvereinbarung mit dem tatsächlichen Bestbieter,

verletzt.

Die O G GmbH wurde in der Bekanntmachung als Auftraggeberin angeführt. Ihre Aufgabe liege im Betrieb von öffentlichen Krankenanstalten und somit in der Erfüllung von im Allgemeininteresse liegenden Aufgaben nicht gewerblicher Art. Das Land Oberösterreich (ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG) halte außerdem mittelbar 100 % der Anteile der Auftraggeberin. Diese sei daher als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG zu qualifizieren. Die allgemeine Zuständigkeit des LVwG OÖ zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 1 Oö. VergRSG 2006 iVm Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG sei folglich gegeben.

Der geschätzte Auftragswert des konkreten Lieferauftrages liege über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs. 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliege.

Zur rechtswidrigen Bewertung im Subkriterium „Rutschfestigkeit/Griffigkeit bei trockenen Handschuhen“ wurde ausgeführt, dass der Entscheidung vom 21.11.2019 zu entnehmen sei, dass die Antragstellerin im Zuschlagskriterium „Qualität“ mit 31,73 (von 40 möglichen) Punkten bewertet worden sei. Die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin sei im Zuschlagskriterium „Qualität“ demnach mit 28 Punkten bewertet worden. Im Zuschlagskriterium „Preis“ sei die Antragstellerin mit 54,83 (von 60 möglichen) Punkten, die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin mit 58,85 Punkten bewertet worden. Insgesamt ergebe sich daraus ein Rückstand der Antragstellerin auf die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin von lediglich 0,29 Punkten.

Aufgrund einer rechtswidrigen Bewertung, insbesondere des Subkriteriums „Rutschfestigkeit/Griffigkeit bei trockenen Handschuhen“ sowohl betreffend die Handschuhe mit Standardschaft als auch die Handschuhe mit langem Schaft sei die Antragstellerin jedoch mit insgesamt 0,39 Punkten zu gering bewertet worden. Aufgrund des äußerst geringen Abstands der Antragstellerin zur präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin wäre die Antragstellerin allein bei rechtskonformer Bewertung nur dieses Subkriteriums an die erste Stelle zu reihen und mit ihr die Rahmenvereinbarung abzuschließen gewesen.

Die Bewertung dieses Subkriteriums sei durch einen Versuch erfolgt, bei dem das Verhalten beim Heben eines mit Wasser befüllten Glases (250 ml) mittels Daumen und Zeigefinger mit vollständig trockenen Handschuhen beurteilt worden sei. 10 Punkte hätten vergeben werden sollen, wenn das Glas nicht aus der Hand rutscht, 0 Punkte hingegen, wenn das Glas aus der Hand rutscht.

Der angefochtenen Entscheidung vom 21.11.2019 sei zu entnehmen, dass dieses Subkriterium von insgesamt 13 Anwendern bewertet worden sei. Dabei habe die Antragstellerin sowohl hinsichtlich der Handschuhe mit Standardschaft als auch hinsichtlich der Handschuhe mit langem Schaft in diesem Subkriterium 9,23 Punkte erhalten. Dieser Wert ergebe sich aus dem Durchschnitt der von den Anwendern vergebenen Punkte. Aus der detaillierten Begründung der Entscheidung vom 21.11.2019 gehe hervor, dass ein einzelner Anwender sowohl hinsichtlich der Handschuhe mit Standardschaft als auch hinsichtlich der Handschuhe mit langem Schaft in diesem Subkriterium 0 Punkte vergeben habe. Dieser Anwender habe also – entgegen allen anderen Anwendern – angegeben, dass ihm das Glas in beiden Fällen aus der Hand gerutscht sei.

Aus Sicht der Antragstellerin sei es vollkommen unglaubwürdig und nicht nachvollziehbar, dass es in diesem Subkriterium hinsichtlich ein und desselben Produkts, das von insgesamt 13 Anwendern verwendet worden sei, zu einer solchen Abweichung nur hinsichtlich einer einzigen Person komme. Zum einen liege es außerhalb jeder Lebenserfahrung, dass in insgesamt 24 von 26 Versuchen das Glas nicht aus der Hand rutscht, in zwei Versuchen hingegen schon, wobei diese zwei Versuche noch dazu von derselben Person durchgeführt worden seien. Es würde einen geradezu unvorstellbaren Zufall darstellen, wenn gerade diese Person in beiden Versuchen einen entsprechend minderwertigen/nicht geeigneten Handschuh verwendet hätte. Dies sei insbesondere aus dem Grund auszuschließen, da sämtliche Handschuhe einer Box aus der gleichen Produktionsstätte und auch der exakt selben Charge (Lot) entstammen. Ein Fehler einzelner Handschuhe innerhalb einer Box sei daher auszuschließen. Wenn, dann müssten sämtliche Handschuhe einer Box fehlerhaft sein, was – aufgrund der positiven Bewertung aller anderen Anwender – gegenständlich auszuschließen sei.

Es sei auch nicht davon auszugehen, dass diese Person besonders „ungeschickt“ sei, da die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin in diesem Subkriterium vom selben Anwender offensichtlich mit jeweils 10 Punkten bewertet worden sei. Dort sei das Glas ausgehend von der vergebenen Gesamtpunkteanzahl nämlich keinem der Anwender (somit auch nicht Anwender 01) aus der Hand gerutscht.

Zum anderen sei es ganz allgemein so gut wie ausgeschlossen, dass bei einem solchen Versuch das Glas aus der Hand rutschen kann, völlig unabhängig von dem verwendeten Produkt. Unter normalen Umständen müsste nämlich jedes Produkt, das die technischen Anforderungen der Ausschreibung erfüllt, auch diesen Versuch bestehen. Eine Bewertung dieses Subkriteriums mit 0 Punkten sei daher nicht vorstellbar. Es sei dieses Subkriterium in Wahrheit zur Beurteilung der Qualität der angebotenen Produkte daher nur sehr eingeschränkt geeignet.

Die Antragstellerin setze voraus, dass der Anwender 01 das Glas bei den Versuchen mit den von der Antragstellerin angebotenen Produkten nicht bewusst fallen gelassen habe. Daher sei aber davon auszugehen, dass dieser – wohl aufgrund mangelnder Konzentration – den Versuch nicht ordnungsgemäß – also nicht entsprechend den Festlegungen der Ausschreibung – durchgeführt habe.

So habe bereits das BVwG explizit ausgesprochen, dass im Hinblick auf die Vorgehensweise einer Bewertungskommission ua die Grundsätze der Gleichbehandlung sowie der Transparenz einzuhalten seien (vgl. BVwG 17.6.2014, W 139 2005967-1). Auch habe der VwGH bereits entschieden, dass Kommissionsbewertungen zumindest nachvollziehbar sein müssen (vgl. VwGH 20.1.2019, Ra 2018/04/0001). Zwar sei das konkret relevante Subkriterium nicht von einer Bewertungskommission, sondern von mehreren Anwendern bewertet worden. Die Rechtsprechung sei aber auf einen Fall der Bewertung durch Anwender (die im

Ergebnis mit der Bewertung durch eine Bewertungskommission zumindest vergleichbar ist) zu übertragen.

Entgegen diesen Vorgaben seien bei der Bewertung des Subkriteriums „Rutschfestigkeit/Griffigkeit bei trockenen Handschuhen“ aber offensichtlich weder die eigenen Festlegungen der Auftraggeberin noch die genannten Grundsätze eingehalten worden. Dies ergebe sich daraus, dass es bei einer ordnungsgemäßen Durchführung des Versuchs ausgeschlossen sei, dass das Glas aus der Hand rutscht. Aus der Tatsache, dass der Anwender 01 in diesen beiden Subkriterien jeweils 0 Punkte vergeben habe, sei also zwingend der Schluss zu ziehen, dass dieser – bewusst oder unbewusst – die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung aller Bieter nicht eingehalten habe.

Aus diesen Gründen sei die Bewertung dieses Subkriteriums rechtswidrig erfolgt, was auch die Rechtswidrigkeit der Entscheidung vom 21.11.2019 nach sich ziehe. Bei korrekter Vorgangsweise wäre die Antragstellerin im Zuschlagskriterium „Qualität“ – schon allein bei richtiger Bewertung nur dieses einen Subkriteriums – mit 32,12 Punkten (anstelle von 31,73 Punkten) zu bewerten und damit an die erste Stelle zu reihen gewesen. Die geltend gemachte Rechtswidrigkeit sei daher von wesentlichem Einfluss für den Ausgang des Vergabeverfahrens iSv § 7 Abs. 1 Z 2 Oö. VergRSG 2006. Die Entscheidung vom 21.11.2019 sei daher zwingend für nichtig zu erklären.

Die oben dargestellte Bewertung durch den Anwender 01 stehe exemplarisch für dessen ganz allgemein nicht nachvollziehbare Punktevergabe. Der Anwender 01 weiche in beinahe allen Kategorien zu Ungunsten der Antragstellerin vom Durchschnitt ab. Exemplarisch hiefür sei auch das Subkriterium „Tastgefühl mit getragenen Handschuhen“ (sowohl hinsichtlich des Ertastens einer Vene als auch eines Pulses). Dort habe der Anwender 01 – ebenfalls als einziger Anwender – jeweils einen Punkt vergeben, während beinahe alle anderen Anwender fünf Punkte (die höchste zu vergebenden Punktezahl) vergeben haben.

Die nicht nachvollziehbare Bewertung des Anwenders 01 zeige sich auch daran, dass man, würde man seine Bewertung in sämtlichen Subkriterien außer Acht lassen, die Antragstellerin im Zuschlagskriterium „Qualität“ 0,77 Punkte mehr erhalten hätte. Diese Differenz schwanke bei den anderen Anwendern lediglich zwischen -0,48 und +0,44 Punkten. Mit anderen Worten: Die Bewertung des Anwenders 01 führe im Ergebnis zu einer Abweichung von 75% bis zu 260% von der Bewertung der anderen Anwender.
Allem Anschein nach habe der Anwender 01 die relevanten Subkriterien bzw die nach dem Bewertungsschema zu erledigenden Aufgaben nicht zur Gänze verstanden. Anders lasse sich eine solche hohe Abweichung zu den anderen Anwendern schlicht nicht erklären. Auch daraus folge aber eine Verletzung der Grundsätze des Vergabeverfahrens, da eine – wenn auch unbewusste –

inkonsistente und nicht nachvollziehbare Bewertung eines Anwenders zu einer Bieterungleichbehandlung führe. Die nicht nachvollziehbare Bewertung des Anwenders 01 führe damit auch zu einer nicht nachvollziehbaren Bewertung des Zuschlagskriteriums „Qualität“ an sich.

Aus der Sicht der Antragstellerin aufgrund ihrer Marktkenntnisse sei es durchaus fraglich, ob die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin die Eignungskriterien erfülle.
Gemäß Punkt 3.2.2. der AU haben Bieter zum Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit über Umsatzerlöse (netto) im Bereich „Untersuchungshandschuhe“ von mindestens 200.000 Euro in jedem der letzten drei Geschäftsjahre zu verfügen. Relevant für die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sei daher nicht der Gesamtumsatz der Bieter, sondern ausschließlich der Umsatz im Bereich „Untersuchungshandschuhe“.
Die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin könne dieses Eignungskriterium nicht erfüllen, da deren Haupttätigkeit nicht im Handel mit Untersuchungshandschuhen liege. Es sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberin eine abschließende Prüfung der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin unterlassen habe. Voraussetzung einer Zuschlagsentscheidung (und damit auch einer Entscheidung, mit welchem Unternehmer, die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll) sei jedoch eine abgeschlossene vergaberechtskonforme Angebotsprüfung. Auch aus diesem Grund sei die Entscheidung vom 21.11.2019 rechtswidrig und sohin für nichtig zu erklären.

Hätte die Auftraggeberin eine ordnungsgemäße und rechtskonforme Angebotsprüfung durchgeführt, wäre sie zum Ergebnis gelangt, dass die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin nicht gegeben sei. Das Angebot der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin sei daher gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuscheiden.

Da aufgrund des geringen Punkteabstandes zur präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin davon auszugehen sei, dass die Antragstellerin vor dem Ausscheiden des Angebots der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin an zweiter Stelle gereiht sei, wäre bei rechtskonformem Vorgehen die Rahmenvereinbarung mit der Antragstellerin abzuschließen.

Weiters müssen Bieter zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit gemäß Punkt 3.3.2.2. der AU mindestens zwei Referenzprojekte im Bereich „Untersuchungshandschuhe“ mit dort näher ausgeführten Merkmalen vorweisen können. Insbesondere müssen die beiden Referenzprojekte jeweils einen jährlichen Umsatz von zumindest 100.000 Euro aufweisen. Da diese Anforderungen im Wesentlichen dem Kriterium der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechen, gehe die Antragstellerin schon aus diesem Grund davon aus, dass

die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin auch diese Anforderung nicht erfülle.

Darüber hinaus müsse es sich bei der angeführten „Referenzstelle“ aber zusätzlich um „eine Gesundheitseinrichtung wie bspw ein Krankenhaus, einen Krankenhausverbund/einen Krankenanstaltenträger oder eine Pflegeanstalt oder einen Sozialversicherungsträger“ handeln. Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die präsumtive Rahmenvereinbarungspartnerin nicht über entsprechende Referenzaufträge verfüge, da diese hauptsächlich Industrie- und Handelsunternehmen sowie niedergelassene Ärzte beliefere.

Auch bezüglich der technischen Leistungsfähigkeit sei daher davon auszugehen, dass die Auftraggeberin eine Prüfung der Eignung der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin unterlassen habe.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag verwiesen und weiters ausgeführt, dass ein großes öffentliches Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung bestehe, besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens demgegenüber nicht gegeben seien. Interessen der Auftraggeberin sowie allfällige Interessen von Mitbietern bzw der präsumtiven Rahmenvereinbarungspartnerin, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich bzw zumindest unbeachtlich. Ein besonderes Dringlichkeitsinteresse an einem raschen Abschluss der Rahmenvereinbarung sei jedenfalls nicht gegeben.
Die Interessensabwägung habe daher zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen, da ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens wesentlich bedroht seien. Zudem stelle die begehrte einstweilige Verfügung auch die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die O G GmbH als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Schreiben vom 4. Dezember 2019 wurde von der zwischenzeitlich rechtsfreundlich vertretenen Auftraggeberin mitgeteilt, dass bezüglich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung keine Stellungnahme erfolge.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Gemäß § 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art 14b Abs 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Die O G GmbH ist öffentliche Auftraggeberin iSd des § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG und liegt im Vollziehungsbereich des Landes iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG, sodass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006 unterliegt.

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

3.2. Gemäß § 2 Abs 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Lieferauftrages sind die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden.

3.3. Gemäß § 8 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers bzw. einer Unternehmerin, dem bzw. der die Antragsvoraussetzungen nach § 3 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet scheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 11 Abs 1 leg.cit. sind vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bieter bzw. Bewerberinnen oder Bieterinnen und des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf ihre Erlassung abzuweisen.

Gemäß § 11 Abs 2 leg.cit. können 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 des Abschlusses der Rahmenvereinbarung 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 des Abschlusses der Rahmenvereinbarung, 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 des Abschlusses der Rahmenvereinbarung für zwei Monate, auszusprechen.

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

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art 133 Abs 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Abwägung der Interessen war anhand der Umstände des vorliegenden Einzelfalls vorzunehmen, sodass dieser Abwägung keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

H i n w e i s

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

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Klempt