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-840194/4/Kl/Rd

Datum:
Linz, 27. Dezember 2019

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der E T E GmbH, E, W, vertreten durch M Partner Rechtsanwälte GmbH, R, W, vom 18. Dezember 2019, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der E AG O T S GmbH betreffend das Vorhaben „Montagearbeiten inkl. Lieferung der Stahlgittermaste für den Neubau der 110-kV Freileitung R – R zur Stromversorgung P Süd (SPS)“

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 E AG O T S GmbH die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 19. 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.1. Mit Eingabe vom 18. Dezember 2019, beim Landesverwaltungsgericht eingelangt am 19. Dezember 2019, hat die E T E GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 9.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Auftraggeberin durch die vergebende Stelle ein Verhandlungsverfahren nach dem BVergG im Oberschwellenbereich zur Vergabe von Leistungen iZm der Neumontage einer zweisystemigen 110-kV Freileitung von R bis R in einer Länge von 17,778 km inkl. Lieferung der 79 Stahlgittermaste in feuerverzinkter und beschichteter Ausführung, mit einem Gewicht von ca. 616 to, ausgeschrieben habe. Dabei handle es sich um einen Bauauftrag nach dem Bestbieterprinzip.

Mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 9. Dezember 2019 sei bekannt gegeben worden, dass die Auftraggeberin beabsichtige, der C L Ö GmbH den Zuschlag mit einer Vergabesumme von netto 7.342.515,67 Euro, zu erteilen.

Zum Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss wurde ausgeführt, dass sie ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe und durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und Legung eines Angebots sowie mit Einbringung des Nachprüfungsantrages ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht habe. Das Angebot der Antragstellerin sei an zweiter Stelle gereiht. Wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgeschieden worden, hätte der Antragstellerin der Zuschlag erteilt werden müssen. Die Antragstellerin sei befähigt, hinreichend wirtschaftlich und technisch leistungsfähig, um den konkreten Auftrag zu erfüllen. Sie habe auch ein erhebliches wirtschaftliches Interesse daran, den Auftrag zu erhalten.

Aufgrund der rechtswidrigen Entscheidung der Auftraggeberin drohe der Antragstellerin zumindest ein Schaden aufgrund des Entgang des Zuschlags. Darüber hinaus sei das Bauvorhaben essentiell für die Auslastung der Antragstellerin und hänge der endgültige Schaden für den Fall des Nichterhalts des Auftrags davon ab, ob es ihr gelinge neue Projekte zu akquirieren. Darüber hinaus drohe der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot und wären die Gemeinkosten inkl. Gerätemiete, Zentralregie etc. nicht gedeckt und drohe auch

ein Schaden infolge der bereits angelaufenen und noch anlaufenden Rechtsberatungskosten. Weiters drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts.

Bezüglich der Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung sei zusammengefasst festzuhalten, dass nach Vornahme einer ordnungsgemäßen Angebotsprüfung das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund der nicht vorhandenen Eignung, konkret mangels Befugnis zur Ausführung der ausgeschriebenen Elektroleistungen, gemäß § 302 Abs. 1 Z 2 BVergG auszuscheiden gewesen wäre. Weiters habe es die Auftraggeberin unterlassen, eine ordnungsgemäße vertiefte Angebotsprüfung nach § 300 Abs. 2 BVergG vorzunehmen. Nach Vornahme einer vertieften Angebotsprüfung wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aufgrund des ungewöhnlich niedrigen Gesamtpreises und spekulativer Preise gemäß § 302 Abs. 1 Z 3 BVergG auszuscheiden gewesen und hätte bei korrekter Angebotsprüfung die Antragstellerin den Zuschlag erhalten müssen.
Von der Antragstellerin wurde im Antrag zu den aufgezählten Punkten im Detail ausgeführt.

Durch die nach Ansicht der Antragstellerin vergaberechtswidrige Zuschlagsentscheidung erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens gemäß § 193 Abs. 1 BVergG sowie in ihrem Recht auf einen fairen und lauteren Wettbewerb und auf Gleichbehandlung aller Bieter, aber auch auf vergaberechtskonforme Prüfung der Angebote und letztendlich auf Zuschlagserteilung sowie korrekte Bestbieterermittlung, verletzt.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag und bringt weiters vor, dass aufgrund der Entscheidung der Auftraggeberin, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin den Zuschlag erteilen zu wollen, sie den Auftrag nicht erhalten werde. Der Anspruch der Antragstellerin auf den Zuschlag könne nur wirksam gesichert werden, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts in einem Stand gehalten werde, der eine spätere Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und Zuschlagserteilung an die Antragstellerin ermögliche. Durch die beabsichtigte vergaberechtswidrige Entscheidung der Auftraggeberin würde die Antragstellerin den Auftrag jedenfalls nicht erhalten, wodurch der Antragstellerin insbesondere aufgrund des Gewinnentgangs und der frustrierten Angebotsbearbeitungskosten ein erheblicher Schaden entstehen würde und auch der Verlust der bisher aufgewendeten Bearbeitungskosten für das Angebot drohe. Erhalte die Antragstellerin nicht den Zuschlag, wären auch die Gemeinkosten inkl. Gerätemieten, Zentralregie etc. nicht gedeckt und drohe auch ein Verlust infolge der bereits angelaufenen und anlaufenden Rechtsberatungskosten. Darüber hinaus wäre es ihr auch nicht mehr möglich, diesen Auftrag als Referenz im Rahmen ihrer Geschäftstätigkeit gewinnbringend heranzuziehen.

Zur Interessensabwägung wurde vorgebracht, dass einem Nachprüfungsverfahren keine aufschiebende Wirkung zukomme. Mit dem eingebrachten Nachprüfungsantrag könne lediglich beantragt werden, die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin aufzuheben. Da bereits eine Zuschlagsentscheidung getroffen worden sei, könne die Antragstellerin nach erfolgter Zuschlagserteilung den Zuschlag nicht erhalten. Es drohe durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Entgang des Auftrages, sohin ein Schaden, der nur durch vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden könne. Die Untersagung der Erteilung des Zuschlags zugunsten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei nach einschlägiger Rechtsprechung auch die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

Durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung würden gegenständlich keinerlei öffentliche Interessen oder Interessen der Auftraggeberin wesentlich beeinträchtigt oder gar verletzt werden. Diesbezüglich sei auf die ständige Rechtsprechung hinzuweisen, wonach ein Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes auf die Möglichkeit der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens und daraus folgenden möglichen zeitlichen Verzögerung Bedacht zu nehmen habe. Besondere öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Auch bestehe keine Gefahr für Leib und Leben Dritter infolge der einstweiligen Verfügung.

Vielmehr sei die Judikatur des VfGH zu berücksichtigen, wonach auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Billigstbieter bei der Interessenabwägung iZm dem Vergaberechtsschutz im öffentlichen Interesse liege. Im Rahmen der Interessensabwägung sei auch auf gemeinschaftsrechtliche Aspekte, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz der Vorrang einzuräumen sei, Bedacht zu nehmen.

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

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die E AG O T S GmbH als Auftraggeberin sowie die E AG O B S GmbH als vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

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 E AG O T S GmbH ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 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 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.

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.

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