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-840197/4/KLi/Rd

Datum:
Linz, 18. Februar 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Lidauer über den Antrag der S O, S GmbH, x, x, vertreten durch S R GmbH, x, x, vom 14. Februar 2020, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der O G GmbH betreffend das Vorhaben „G M R S K G“

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 die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 14. April 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 14. Februar 2020 hat die S O, S GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, das Vergabeverfahren bzw die Zuschlagserteilung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Landesverwaltungsgerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren bei sonstiger Exekution iSe Fortlaufshemmung auszusetzen, in eventu die Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, in eventu die Untersagung der Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 1.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass aufgrund einer Ausschreibung im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung für Bauaufträge im Unterschwellenbereich die Antragstellerin am 2. Dezember 2019 durch die E T E GmbH, welche 100%ige Gesellschafterin der T E GmbH ist, über das gegenständliche Vergabeverfahren informiert und zur Abgabe eines Angebotes eingeladen worden sei. Für die Projektsteuerung sei die T E GmbH zuständig gewesen. Auftraggeberin ist die O G GmbH. Als Frist für die Abgabe eines gültigen Angebots wurde der 9. Jänner 2020, 9.00 Uhr, festgelegt. Zudem wurde die ÖNORM B2110 als Vertragsgrundlage festgehalten; ausschließliches Zuschlagskriterium war der Angebotspreis. Die weiteren Kriterien für die Abgabe eines gültigen bzw vollständigen Angebots haben sich aus dem Leistungsverzeichnis (kurz: LV) ergeben.

Unter Pkt. 4 des LV sei festgehalten worden, dass die in den Bieterlücken angebotenen Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme mindestens den in der Ausschreibung bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen entsprechen. Angebotene Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme würden für den Fall des Zuschlags als Vertragsbestandteil gelten. Änderungen seien nur mit ausdrücklicher Zustimmung des Auftraggebers zulässig. Auf Verlangen des Auftraggebers weise der Bieter die im LV bedungenen oder gewöhnlich vorausgesetzten technischen Anforderungen vollständig nach (Erfüllung der Mindestqualität).
Pkt. 5 des LV gebe unter dem Punkt „beispielhaft genannte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme“ an, dass, wenn im LV zu einzelnen Positionen zusätzlich beispielhafte Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme angeführt sind, in der Bieterlücke gleichwertige Materialien/Erzeugnisse/Typen/Systeme angeboten werden.

Von der Antragstellerin seien sämtliche aus den Ausschreibungsunterlagen ersichtlichen Kriterien erfüllt worden und habe diese fristgerecht ein vollständiges Angebot gelegt.

Am 14. Jänner 2020, sowie am 15. Jänner 2020 sei die Antragstellerin vom zuständigen Mitarbeiter der T E GmbH aufgefordert worden, bis 17. Jänner 2020 (8.00 Uhr) die Komponentenliste laut LV 840001H, 850001H und 860001H sowie den Nachweis der Ersatzteilgarantie laut LV 001115E einzureichen. Der Aufforderung wurde mit 15. Jänner 2020 per E-Mail nachgekommen. In weiterer Folge sei die Antragstellerin durch die Projektleiterin neuerlich aufgefordert worden, die Komponentenliste nochmalig bis 29. Jänner 2020 zu übersenden. Dieser Aufforderung wurde seitens der Antragstellerin fristgerecht nachgekommen.

Mit Schreiben vom 30. Jänner 2020 wurde von der Auftraggeberin bekannt gegeben, dass beabsichtigt sei, der Antragstellerin den Zuschlag zu erteilen, zumal diese die Billigstbieterin sei. Mit Schreiben vom 6. Februar 2020 wurde nunmehr der Antragstellerin die Ausscheidensentscheidung gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 durch die T E GmbH bekannt gegeben. Begründet wurde diese dahingehend, dass das Angebot der Antragstellerin nicht die im LV geforderte Komponentenliste für die Positionen bzw Leistungsgruppen LG84, LG85, LG86 beinhaltet habe. Das LV beinhalte daher bei den angeführten Positionen und Leistungsgruppen echte Bieterlücken mit der Besonderheit, dass die jeweils vom Bieter angebotenen Produkte nicht im LV, sondern in einer eigenen dem Angebot beizuschließenden Auflistung auszuweisen seien. Nach Ansicht der T E GmbH seien nach ständiger Rechtsprechung fehlende Angaben der Bieter in echten Bieterlücken, also fehlende Angaben zu den jeweils angebotenen Fabrikaten bzw Typen, unbehebbare Mängel, welche zum Ausscheiden des betroffenen Angebots führen müssten.

Die im LV vorhandenen Bieterlücken hätten jedoch nach den Informationen zur Standardisierten Leistungsbeschreibung Haustechnik (StLB-HT) Version 12 (2018-12-31) gemäß Pkt. 1.1.6. nicht angewendet werden dürfen und zeige sich sowohl die Ausschreibung als auch die Ausscheidensentscheidung der Antragstellerin als rechtswidrig, zumal die Antragstellerin Billigstbieterin gewesen sei und sämtliche der Ausschreibung geforderten Unterlagen eingereicht habe. Darüber hinaus sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung vom 30. Jänner 2020 unangefochten geblieben, sodass diese bestandsfest geworden sei. Vielmehr hätte das Angebot der Antragstellerin den Zuschlag erhalten müssen.

Zum Interesse am Vertragsabschluss wurde ausgeführt, dass es sich beim Unternehmen der Antragstellerin, welches ua die ausschreibungsgegenständliche Leistung in Form von Neuerrichtung sowie Service, Wartung und Renovation von MSR-Anlagen; Großhandel mit Regeltechnik-Geräten für den Bereich Haustechnik anbiete, handle. Durch Studium der Ausschreibungsunterlagen und Legung eines

Angebots sowie durch Einbringung des Nachprüfungsantrages habe die Antragstellerin ihr Interesse am Vertragsabschluss dargetan. Sie sei auch weiterhin am Vertragsabschluss interessiert, zumal die Zuschlagsentscheidung für sie – wirtschaftlich gesehen – von sehr großer Bedeutung sei, da sie offenbar das günstigste Angebot gelegt habe.
Die Antragstellerin sei ein zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung befugtes Unternehmen, einer der führenden Anbieter österreichweit und seit Jahren in diesem Bereich tätig, weshalb ihr ein grundsätzliches Interesse am Vertragsabschluss schon deshalb nicht abzusprechen sei.
Nachdem das Vergabeverfahren bzw die Ausscheidung rechtswidrig erfolgt sei, drohe der Antragstellerin ein erheblicher Schaden, da sie an Umsatz und Gewinn verlieren würde. Dieser werde durch die Angebotssumme der Antragstellerin im Betrag von 475.406,77 Euro brutto ersichtlich. Im Ergebnis entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit auf die Zuschlagserteilung und Erzielung eines angemessenen Gewinns. Darüber hinaus seien aufgrund der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren Kosten für die Erstellung der Angebotsunterlagen und Einreichung des Nachprüfungsantrages entstanden. Zudem seien eine Vielzahl von Stunden und Mühen in das Vergabeverfahren investiert worden. Aufgrund der Nichterteilung des Auftrags seien Einsparungen vorzunehmen und könne sich die Antragstellerin nicht an einem fairen und lauteren Wettbewerb beteiligen. Ferner habe die Antragstellerin ein vollständiges und vorbildliches Angebot erstellt und das gesamte LV samt Beilagen der Auftraggeberin geprüft. Auch dadurch seien frustrierte Kosten entstanden. Darüber hinaus drohe auch der Verlust eines Referenzprojekts.

Die Antragstellerin erachte sich durch Ausscheiden ihres Angebots, in ihrem Recht auf

- Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens
- Nichtausscheidung trotz Abgabe eines ausschreibungskonformen Angebots
- Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung
- konkrete Ausschreibungs- und vergaberechtskonforme Eignungsprüfung
- korrekte Überprüfung und Ausscheidung von Angeboten
- Bietergleichbehandlung und Nichtdiskriminierung
- Einhaltung der Auswahlkriterien gemäß der Ausschreibungsunterlagen
- Einräumung einer angemessenen Frist zur Übermittlung, Ergänzung oder Erläuterung der Ausschreibungsunterlagen,

verletzt. Sie habe das subjektiv öffentliche Recht, dass das Vergabeverfahren entsprechend den Grundsätzen des freien und lauteren Wettbewerbs und unter Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchgeführt werde. Die rechtswidrige Ausscheidung der Antragstellerin verletze dieses subjektiv öffentliche Recht.

Die Antragstellerin habe ein gerechtfertigtes wirtschaftliches Interesse an einem ordnungsgemäßen Vergabeverfahren teilzunehmen und den Zuschlag aufgrund

der Abgabe eines vollständigen und den Kriterien der Ausschreibungsunterlagen entsprechendes Angebot zu erhalten, zumal das günstigste Angebot gelegt worden sei. Da sie offensichtlich das günstigste Angebot gelegt und das Angebot dem LV entsprochen habe, wäre das Angebot nicht auszuscheiden, sondern ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Darüber hinaus sei am 30. Jänner 2020 bekannt gegeben worden, dass der Zuschlag dem Unternehmen der Antragstellerin erteilt werden soll und sei die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung unangefochten geblieben, sohin bestandsfest geworden und seien alle am Vergabeverfahren Beteiligten, inklusive der Auftraggeberin, daran gebunden.

Die Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin am 30. Jänner 2020 übermittelt worden und sei während der Frist des § 4 Oö. VergRSG 2006 kein Antrag auf Nachprüfung gestellt worden. Darüber hinaus sehe § 141 Abs. 3 BVergG 2018 vor, dass der öffentliche Auftraggeber den Bieter vom Ausscheiden seines Angebots unter Angabe des Grundes zu verständigen habe. Gegenständlich sei die Ausscheidensentscheidung nicht durch die Auftraggeberin, sondern durch die Planerin T E GmbH erfolgt, sodass hier ein Verstoß gegen das Vergaberecht gegeben sei.
Abgesehen davon habe die Auftraggeberin ein rechtswidriges LV erstellt, da in diesem Bieterlücken vorhanden waren, welche aber nach den Informationen des BM Digitalisierung und Wirtschaftsstandort zur Standardisierten Leistungsbeschreibung Version 012 (2018-12-31) nicht verwendet hätte werden dürfen. Tatsächlich sei die Antragstellerin vor Erhalt der Zuschlagsentscheidung um Nachreichung der Komponentenliste laut LV 840001H, 850001H, 860001H und um Nachweis der Ersatzteilgarantie laut LV 001115E ersucht worden und handle es sich hierbei um behebbare Mängel, welche durch die Antragstellerin nach Aufforderung fristgerecht behoben worden seien.

Als Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, wurden von der Antragstellerin

- unzulässige Wettbewerbsvorteile bestimmter Bieter
- Verhinderung eines fairen und lauteren Wettbewerbs und Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durch die Ausscheidung der Antragstellerin
- Nichteinhaltung der Bestimmungen des BVergG bzw Nichteinhaltung der eigenen Ausschreibungsunterlagen
- Nichtbefolgung des Anspruchs auf behebbare Mängel der Antragstellerin
- Nichtbefolgung des Anspruchs auf Einräumung einer Frist zur Ergänzung bzw Erläuterung der Ausschreibungsunterlagen,

genannt.

Zu den Rechtswidrigkeiten wurde ausgeführt, dass die Zuschlagsentscheidung vom 30. Jänner 2020 unangefochten geblieben sei, sodass die von der T E GmbH erfolgte Ausscheidensentscheidung vom 6. Februar 2020 rechtswidrig sei. Die

Ausscheidensentscheidung sei auch deshalb rechtswidrig, zumal diese gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2018 durch die öffentliche Auftraggeberin selbst erfolgen müsse. Außerdem sei die Ausscheidensentscheidung nicht zureichend begründet, zumal im Falle der Ausscheidung nach § 141 Abs. 7 BVergG 2018 jedenfalls auch die Angabe der Gründe für die Entscheidung des Auftraggebers, dass die Bauleistung den Leistungs- und Funktionsanforderungen nicht entsprechen oder keine Gleichwertigkeit vorliege, erforderlich sei.

Die Auftraggeberin übersehe jedoch, dass, entgegen ihrer Annahme das Angebot der Antragstellerin nicht gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden war, weil dieses Angebot weder eine Abänderung noch eine Alternative oder sonstige unzulässige Abweichung vom LV der Auftraggeberin dargestellt habe und durch die nachgereichten Komponentenlisten sowie der Ersatzteilgarantie allfällige Mängel behoben worden seien.

Nach ständiger Judikatur sei im Vergabeverfahren zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln zu unterscheiden.

Abgesehen davon, dass die Antragstellerin gegenständlich entgegen den StLB-HT Version 012 vorgesehenen Informationen in ihrem Ausschreibungsverzeichnis die Anwendung von Bieterlücken vorsah, sei die Antragstellerin der Aufforderung der Auftraggeberin zur Nachreichung der Komponentenlisten nachgekommen und handle es sich hierbei um einen behebbaren Mangel, welcher keinesfalls zu einer Ausscheidung des Angebots hätte führen dürfen.

Nach ständiger Rechtsprechung liege im Nichtausfüllen bzw in unzureichendem Ausfüllen von Bieterlücken ein unbehebbarer Mangel nur dann vor, wenn durch eine Mängelbehebung eine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern eintreten würde. Dies sei gegenständlich nicht der Fall, zumal sich aus dem vorgelegten LV der Antragstellerin zu den Pos. LG 84, LG 85 und LG 86 ergebe, dass diese ausreichend befüllt waren und die diesbezügliche Nachforderung der Unterlagen keine materielle Verbesserung der Wettbewerbsstellung gegenüber den Mitbietern darstelle.

Wenn es sich beim Fehlen des Nachweises der – rechtzeitig erfolgten – Antragstellung gemäß § 373c GewO 1994 um einen behebbaren Mangel handle, so sei auch das Nachreichen der gegenständlichen Komponentenlisten sowie der Ersatzteilgarantie jedenfalls als behebbarer Mangel anzusehen, zumal dies lediglich einen fehlenden Nachweis darstelle, durch welchen sich aber das rechtzeitig abgegebene Angebot nicht ändere.

Gemäß § 69 BVergG 2018 habe der öffentliche Auftraggeber, sofern es sich nicht um einen unbehebbaren Mangel handle, diesen unter Einräumung einer angemessenen Frist zur Übermittlung, Ergänzung oder Erläuterung aufzufordern.

Dies sei gegenständlich mit den E-Mails vom 15. sowie 28. Jänner 2020 geschehen, sodass auch die Auftraggeberin von einem behebbaren Mangel ausgegangen sei und in weiterer Folge den Zuschlag am 30. Jänner 2020 an die Antragstellerin erteilt habe.

Die Antragstellerin habe das günstigste Angebot, entsprechend den technischen und wirtschaftlichen Anforderung bzw den Kriterien der Ausschreibungsunterlagen gelegt.

Da das Angebot der Antragstellerin nicht vom LV der Auftraggeberin abweiche und weder eine relevante Änderung noch ein unbehebbarer Mangel vorliege, liege kein Ausscheidensgrund gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 vor und seien nur den Ausschreibungsbestimmungen tatsächlich widersprechende Angebote auszuscheiden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag.

Zur Interessenabwägung wurde vorgebracht, dass der Antragstellerin im Fall der Zuschlagserteilung an einen Mitbieter der Entgang des Auftrages, ein entgangener Gewinn sowie Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung drohen würde. Sollte dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht stattgegeben werden, wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits. Dazu komme, dass schon aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines allenfalls zivilgerichtlichen Verfahrens aufgrund dessen Dauer und der damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre.

Einer einstweiligen Aussetzung des Verfahrens stehe kein besonderes Interesse der Auftraggeberin oder der Öffentlichkeit entgegen. Ganz im Gegenteil sollen doch durch die Nachprüfung des Verfahrens etwaige Unregelmäßigkeiten im Vergabeverfahren aufgedeckt und eine Ungleichbehandlung durch Ausscheidens- und infolge Zuschlagsentscheidungen an ein, zwar vielleicht gleichwertiges, aber teureres Angebot verhindert werden. Darüber hinaus müsse jeder umsichtige Auftraggeber bei der Planung der Ausschreibung ein ausreichendes Zeitfenster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die O G GmbH als Auftraggeberin, die T E GmbH als deren Vertreterin sowie die T L S K G als vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit E-Mail vom 17. Februar 2020 wurde von der Auftraggeberin bekannt gegeben, dass von der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme hinsichtlich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht Gebrauch gemacht werde.

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 § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 und liegt im Vollziehungsbereich des Landes Oberösterreich 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 Oberösterreich 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 Unterschwellenbereich 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 Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung 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, war dem Antrag stattzugeben.

Der Rechtsmeinung, wonach es der Antragstellerin – als (derzeit noch) 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.

3.6. 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