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-840199/4/Kl/Rd

Datum:
Linz, 17. März 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der S B GmbH, O, F, vertreten durch Rechtsanwalt Mag. A S, D, L, vom 11. März 2020, eingelangt am 13. März 2020, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde Grein betreffend das Vorhaben „Generalplaner/-manager Stadttheater Grein 2019“

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 Stadtgemeinde Grein die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 13. Mai 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 postalischer Eingabe vom 11. März 2020 hat die S B GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Fortsetzung des gesamten Vergabeverfahrens, in eventu die Zuschlagserteilung, in eventu die Erteilung des Zuschlags, 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 es sich gegenständlich laut Ausschreibungsunterlagen um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich handle, welcher als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung geführt werde und das Bestbieterprinzip gelte. Der Antrag iSd § 343 BVergG 2018 bzw § 4 Oö. VergRSG 2006 sei rechtzeitig, da mit 2. März 2020 die Entscheidung der Antragstellerin elektronisch zugegangen sei. Der Antrag sei innerhalb der 10-Tage-Frist gestellt worden. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Nichtausscheiden ihres Angebots, auf Teilnahme an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren und vergaberechtskonformer Bestbieterermittlung und Zuschlagserteilung verletzt.

Das Vergabeverfahren werde elektronisch über die Ausschreibungsplattform www.ausschreibung.at abgewickelt und sei im Supplement des Amtsblattes der EU 2019/S 238-584025 am 10. Dezember 2019 bekanntgemacht worden. Ausschreibungsgegenstand sei die Beauftragung eines Generalplaners/-managers zur Umsetzung der Sanierung des Stadttheaters Grein, wobei der Auftrag der Kategorie CPV 71000000 zugeordnet werde.

In Pkt. A.1. der Ausschreibung seien die Bieter verpflichtet worden, dass für ein ausschreibungsgemäßes Angebot der vorgegebene Text der Ausschreibungsunterlagen weder geändert noch ergänzt werden dürfe. Vom Bieter seien nur die grau unterlegten Felder mit Eintragungen zu versehen und die allenfalls erforderlichen Beilagen anzuschließen. Als obligatorische Beilageformulare seien Angebot, Annex A.1.1. Umsatzentwicklung, Annex A.1.2. Referenzliste, Annex A.1.3. Subunternehmer, Annex A.1.4. Schlüsselpersonal, zur Verfügung gestellt worden.
In Pkt. A.2. der Ausschreibung sei bestimmt worden, dass Unterlagen, und zwar Begleitschreiben zum Angebot, Angaben zu den Zuschlagskriterien, Maßnahmenkonzept, vorzulegen seien.
Gemäß Pkt. D. der Ausschreibung erhalte der nach den folgenden Kriterien ermittelte Bestbieter den Zuschlag, wobei als Grundvoraussetzung die Angebote den Bedingungen der Ausschreibung entsprechen müssen. Es wurde eine Gewichtung der Kriterien festgelegt, und zwar Preis (52%), Maßnahmenkonzept

(28%), Schlüsselpersonal (18%), Service (2%). Das mit höchstens 2% bewertete Kriterium „Service“ sei unter Pkt. D.1.4. der Ausschreibung damit umschrieben worden, dass die Einsatzzeit des Anbieters miteinfließe. Dabei sei die Einsatzzeit die Zeit, die vom Anbieter ab der telefonischen Alarmierung durch die Ansprechperson der AG bis zum Eintreffen vor Ort benötigt werde. Die Prozentverteilung innerhalb dieses Kriteriums sei dahingehend definiert worden, dass der Auftragnehmer, dessen angegebene Einsatzzeit unter einer Stunde liege 2 Prozent, zwischen ein und zwei Stunden 1 Prozent und alle anderen 0 Prozent erhalte. Für die Angabe dieser Einsatzzeit habe die Ausschreibung weder eine Beilage noch ein grau unterlegtes Feld vorgesehen.

Die Antragstellerin habe in der 2. Stufe der Ausschreibung mit 24. Februar 2020 fristgerecht ein der Ausschreibung entsprechendes Angebot gelegt. Mit E-Mail vom 2. März 2020 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass ihr Angebot ausgeschieden werde, da keine Angaben zum Zuschlagskriterium Service gefunden worden seien und es sich hierbei um einen unbehebbaren Mangel handle. Am Tag der Ausscheidensentscheidung sowie mit Schreiben des Rechtsvertreters vom 6. März 2020 sei die Auftraggeberin nochmals davon informiert worden, dass das Angebot der Antragstellerin derart zu verstehen sei, dass die Einsatzzeit mehr als 2 Stunden betrage. Dabei sei der Antragstellerin voll bewusst, damit 0 Punkte für dieses Zuschlagskriterium zu erzielen.

Die bekämpfte Ausscheidensentscheidung vom 2. März 2020 sei aus den folgenden Gründen mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit und wesentlichen Verfahrensmängeln belastet und daher für nichtig zu erklären und aufzuheben.
Zunächst sei aus den Ausschreibungsunterlagen offensichtlich doch unklar, in welcher Art und Weise bzw. wie die von der Auftraggeberin geforderte Angabe der Einsatzzeit überhaupt bedingungsgemäß erfolgen soll.

Wie bereits beschrieben, habe die Auftraggeberin die Bieter dazu verpflichtet, keinesfalls vom vorgegebenen Text der Ausschreibungsunterlagen – also nicht nur des Leistungsverzeichnisses, sondern aller Unterlagen – abzuweichen. In der Ausschreibung selbst durften Angaben ausschließlich in den grau unterlegten Feldern erfolgen. Es durften nur die von der Auftraggeberin vorgegebenen Beilagen verwendet werden.

Wie aus der Auflistung in Pkt. A.2. der Ausschreibung hervorgehe, bestehe das Angebot aus den dort angeführten Unterlagen, wobei die Angaben zu den Zuschlagskriterien augenscheinlich durch Ausfüllung der grau unterlegten Felder der Ausschreibung selbst erfolgen mussten. Für die Angabe der Einsatzzeit sei der Antragstellerin aber weder eine entsprechende Beilage noch ein solches grau unterlegte Feld zur Verfügung gestellt worden. Mangels Abänderungsbefugnis, sei der Antragstellerin auch nicht erlaubt worden, selbst entsprechende Hinzufügungen vorzunehmen, ohne sich fürchten zu müssen, dann wegen Verletzung

des Pkt. A.1. ausgeschieden zu werden. Durch diese von der Auftraggeberin verursachte Unklarheit dürfe nun aber nicht die Antragstellerin mit dem Ausscheiden aus dem Vergabeprozess sanktioniert werden.

Dessen ungeachtet habe die Antragstellerin aber tatsächlich eine Angabe zur Einsatzzeit vorgenommen. Wie aus Pkt. D.1.4. der Ausschreibung ersichtlich sei, seien Einsatzzeiten unter einer Stunde für die Erlangung von 2% und Einsatzzeiten zwischen ein und zwei Stunden für die Erlangung von 1% anzugeben gewesen. Alle anderen erhalten 0% bzw. null Punkt. Die von der Auftraggeberin gewählte Formulierung dieses Kriteriums sei objektiv als „entweder-oder-sonst-Bedingung“ zu verstehen.
Die Antragstellerin habe in ihrem Angebot das zu „Angaben zu den Zuschlagskriterien“ zugeordnete grau unterlegte und damit befüllbare Feld in Pkt. A.2. klar mit „Ja“ markiert. Damit sei, soweit keine weitergehenden Angaben mehr erforderlich waren, eine Angabe zu den Zuschlagskriterien gemacht worden. Dadurch, dass sie nicht weiter angegeben habe, Einsatzzeiten von unter einer Stunde bzw. zwischen ein und zwei Stunden einzuhalten, beinhalte ihr Angebot somit Einsatzzeiten von mehr als zwei Stunden. Vor dem Hintergrund der von der Auftraggeberin verfassten Definition falle die Antragstellerin damit unter „alle anderen“, wofür ihr 0% bzw. null Punkte zuzurechnen seien.

In Anbetracht der festgesetzten Pönalezahlung basiert diese Entscheidung der Antragstellerin auch darauf, dass die „nackte“ Anfahrtszeit vom Sitz der Antragstellerin zur künftigen Baustelle jedenfalls und nur bei besten Verkehrs- und Witterungsverhältnissen zumindest 1 Stunde und 20 Minuten betrage. Unter Einrechnung einer Vorbereitungszeit, des Umstandes, auch andere Termine wahrnehmen zu müssen, und insbesondere der üblichen Verkehrsverhältnisse von F. über P, L und S hätte von der Antragstellerin eine Einsatzzeit von weniger als 2 Stunden über die gesamte Projektdauer von rd. 2 Jahren auch nicht eingehalten werden können. Dieses Risiko einzugehen, sei der Antragstellerin schlicht nicht die zwei bzw. den einen dafür vergebenen Prozentpunkt/e wert gewesen.

Keinesfalls sei aber das Angebot der Antragstellerin deswegen unvollständig gewesen, weil sie sich hier mit 0 % begnügt habe, zumal es vor dem Hintergrund der Kriteriendefinition auch keinen Unterschied und somit für das Wettbewerbsverhältnis irrelevant sei, ob die Einsatzzeit 2 Stunden und 1 Minute oder deutlich mehr betrage. Dass die Antragstellerin eine Einsatzzeit von weniger als 2 Stunden einzuhalten gedenke, werde und sei seitens der Antragstellerin nie behauptet worden.

Selbst wenn in dieser Angabe eine Unklarheit gesehen werden würde – eine solche liege tatsächlich jedoch nicht vor – würde es sich hiebei um einen gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 behebbaren Mangel handeln. Denn schon zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe und somit jedenfalls auch im Zeitpunkt der Angebotsöffnung

habe die Einsatzzeit nicht weniger als 2 Stunden betragen, sodass jedenfalls 0 Punkte zu vergeben gewesen seien. Es werde dadurch also das Angebot nicht abgeändert.

Bei der Abgrenzung zwischen behebbaren und unbehebbaren Mängeln sei darauf abzustellen, ob durch eine Mängelbehebung die Wettbewerbsstellung des Bieters gegenüber seinen Mitbietern materiell verbessert werden würde (vgl. VwGH 16.02.2005, 2004/04/0030). Wie bereits ausgeführt, komme es aber nicht einmal zu einer Abänderung, geschweige denn zu einer Verbesserung des Angebots, sodass jedenfalls von einem behebbaren Mangel auszugehen sei.

Nur der guten Ordnung halber sei - wie bereits am Tag der Ausscheidensentscheidung und der E-Mail vom 6. März 2020 der Auftraggeberin bekanntgegeben – auch hier nochmals klar zum Ausdruck gebracht worden, dass die Einsatzzeiten der Antragstellerin mehr als 2 Stunden betragen würden.

Ein Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin sei aus all diesen Gründen jedenfalls rechtlich unzulässig, weshalb auch die bekämpfte Ausscheidensentscheidung mit Nichtigkeit belastet sei, zumal bei der Einhaltung der vergaberechtlichen Bestimmungen die Antragstellerin nicht rechtswidrig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden wäre.

Zum Interesse am Vertragsabschluss und drohenden Schaden wurde von der Antragstellerin vorgebracht, dass sie befugt und in der Lage sei, die ausgeschriebenen Leistungen zu erbringen. Sie habe sich am Vergabeverfahren als Bieterin bestimmungsgemäß beteiligt und sei noch bis einschließlich der zweiten Stufe des Vergabeverfahrens miteinbezogen worden. Erst mit der hier bekämpften Entscheidung sei die Antragstellerin nicht bestandsfest ausgeschieden worden. Diese Ausscheidung habe die Antragstellerin vor Einleitung des konkreten Nachprüfungsverfahrens mehrfach versucht, zu bekämpfen. Schon daraus ergebe sich das Interesse der Antragstellerin am Vertragsabschluss. Durch die bekämpfte Ausscheidensentscheidung werde die Antragstellerin an der Möglichkeit der Teilnahme an einem fairen und lauteren Wettbewerb zur Vergabe der ausgeschriebenen Leistung gehindert. Sie verliere dadurch auch die Chance, den Zuschlag als Bestbieterin zu erhalten.

Der Vertrauensschaden umfasse die Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere des Studiums der mit den der Ausschreibung beigelegten Gutachten und sonstigen Unterlagen mehrere hundert Seiten umfassenden Ausschreibungsunterlagen sowie die Ausarbeitung des Angebots in der Höhe von 11.000 Euro netto. Hinzu kommen die bisherigen Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten in der Höhe von zumindest 3.000 Euro. Dieser Aufwand sei frustriert, wenn die bekämpfte Ausscheidensentscheidung bestehen bliebe. Das Erfüllungsinteresse (Gewinn- und Deckungsbeitrag) am gegenständlichen Auftrag

betrage zumindest 65.000 Euro. Dieser Betrag sei bereits aus dem Angebot bzw. dem Leistungsverzeichnis der Antragstellerin ableitbar und entspreche auch der branchenüblichen Umsatzrentabilität bei einem Angebotspreis von netto 456.648 Euro.
Zudem entstehe der Antragstellerin durch den Verlust der Chance auf den gegenständlichen Auftrag ein zusätzlicher Schaden. Die Antragstellerin bzw. deren Schlüsselpersonal sei seit mehr als 5 Jahren als Generalplaner/-manager, Örtliche Bauaufsicht (ÖBA) und Architekturbüro auch für öffentliche Auftraggeber tätig. Sie habe daher ein rechtliches und wirtschaftliches Interesse an der tatsächlichen Durchführung öffentlicher Aufträge auch deshalb, um die notwendigen Referenzprojekte zu erlangen, die von zahlreichen öffentlichen und privaten Auftraggebern gefordert werden.
So habe etwa die Auftraggeberin auch im gegenständlichen Vergabeverfahren unter dem Kriterium „Qualifikation – Schlüsselpersonal“ entsprechende Anforderungen an Erfahrungen gestellt. Insbesondere würde die Durchführung des konkreten Auftrages in dieser Größenordnung eine herausragende Bestätigung der eigenen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin darstellen. Dieser Schaden sei nur durch die Aufhebung der gegenständlich bekämpften Ausscheidensentscheidung zu verhindern.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zunächst einleitend ausgeführt, dass die Angebotsfrist bereits mit 24. Februar 2020, 12.00 Uhr, abgelaufen sei, sodass die Auftraggeberin seither die Möglichkeit zur Zuschlagserteilung hätte, woraus sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe, zumal der Beginn der Leistungserbringung durch den zum Zug kommenden Bieter gemäß Pkt. D.2. der Ausschreibung „sofort nach Beauftragung“ beginnen soll. Zum Zeitpunkt der Antragstellung sei der Zuschlag noch nicht erfolgt und sei der Widerruf nicht erklärt worden.

Eine bloße Feststellung eines rechtswidrigen Vergabeverfahrens bzw. einer fehlerhaften Zuschlagserteilung und allenfalls zustehende Schadenersatzforderungen könne die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen. Nach dem Grundgedanken der Rechtsmittelrichtlinie soll eine einstweilige Verfügung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisoralen Rechtsschutzes vor der Zuschlagserteilung erfolgen.

Des Weiteren verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen zum Hauptantrag.

Einer vorläufigen Untersagung der Zuschlagserteilung stehe kein besonderes öffentliches Interesse entgegen. Tatsächlich habe der VfGH etwa 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 Schutz dieses öffentlichen Interesses diene letztlich auch das mit gegenständlichem Antrag eingeleitete Nachprüfungsverfahren.
Im Übrigen habe ein gewissenhafter Auftraggeber mit der Möglichkeit allfälliger Rechtsschutzverfahren grundsätzlich zu rechnen und die mit einem Nachprüfungsverfahren einhergehende Zeitverzögerung bei seiner Planung zu berücksichtigen. Denn nach der Beschlusspraxis des EuGH komme es in der Interessensabwägung maßgeblich darauf an, wer durch sein Verhalten die besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe verursacht habe. Darüber hinaus handle es sich gegenständlich auch nicht um eine vordringliche Angelegenheit, weil eine Gefährdung von Leib und Leben durch allenfalls spätere Beauftragung eines Generalplaners für das Stadttheater Grein nicht einmal denkbar oder naheliegend sei.
Es überwiegen auch keine Interessen der beteiligten Bieter gegenüber der Auftraggeberin. Im Gegenteil liege es auch im Interesse der übrigen Bieter, die unter Umständen im Hinblick auf eine vermeintlich erfolgte Zuschlagserteilung ihre Personal-/Ressourcenplanung und sonstige Verfügungen treffen, die nicht mehr reversibel seien bzw. einen noch wesentlich höheren Schaden erzeugen (Kündigung von eingestelltem Personal, Ausschlagen von anderen Aufträgen bzw. Nichtteilnahme an anderen Vergabeverfahren etc.).
Da primär die Interessen der Antragstellerin bei einer Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keine beachtlichen Interessen der Auftraggeberin und sonstiger Mitbieter beeinträchtigt und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, habe die Interessensabwägung zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Wegen der dargelegten Erforderlichkeit dieser Maßnahme, deren Eignung, sowie der Tatsache, dass es sich im gegenständlichen Fall um das gelindeste Mittel handle, seien die gesetzlichen Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfüllt.

Nach Informationsstand der Antragstellerin sei die Angebotsöffnung, nicht jedoch die Zuschlagsentscheidung erfolgt. Um die obgenannten Schäden und Nachteile für die beteiligten Parteien und insbesondere für die Antragstellerin hintanzuhalten, stelle die beantragte Maßnahme das gelindeste zur Verfügung stehende Mittel dar.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Stadtgemeinde Grein als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Es wurde die Zurückweisung als verspätet bzw. Abweisung beantragt.

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.

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 vom 11.3.2020, eingelangt am 13.3.2020, wurde laut Poststempel am 11.3.2020 zur Post gegeben und ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrages 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 angeordnete Maßnahme ist die gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme. Eine gänzliche Aussetzung des Vergabeverfahrens ist hingegen überschießend und nicht erforderlich.

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