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-840200/11/HW

Datum:
Linz, 8. Juni 2020

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der B GmbH, x, x, vertreten durch die W T Rechtsanwälte GmbH & Co KG, x, x, auf Feststellung betreffend das Vergabeverfahren betreffend das Vorhaben „B 140 x, km x bis km x, Baulos ‚Umlegung O' (BauNE-2017-299563/75)" vom 16.3.2020 den

B E S C H L U S S

I. Der Feststellungsantrag vom 16.3.2020 wird als unzulässig zurückgewiesen.

II. Der Antrag, dem Auftraggeber aufzutragen, die entrichteten Pauschalgebühren für diesen Feststellungsantrag zu bezahlen, wird als unbegründet abgewiesen.

III. Gegen diese Entscheidung 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. Das Land Oberösterreich hat als Auftraggeber Bauarbeiten zur Umlegung bzw. zum Neubau der B140 x, km x bis km x, Baulos „Umlegung O“, als offenes Verfahren ausgeschrieben. Die Antragstellerin (in der Folge kurz „ASt“) legte in diesem Vergabeverfahren rechtzeitig ein Angebot. Am 30.7.2019 übermittelte der Auftraggeber eine Ausscheidensentscheidung an die ASt. Am 9.8.2019 beantragte die ASt die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung. Nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 16.9.2019 vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde der Antrag der ASt auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung mit Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 8.10.2019, LVwG-840181/16/HW, abgewiesen. Gleichzeitig wurde die ordentliche Revision gegen dieses Erkenntnis zugelassen. Die ASt hat zwischenzeitlich die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof erhoben, dieses Verfahren ist zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch anhängig. Mittlerweile wurde der Zuschlag im Vergabeverfahren an einen anderen Bieter erteilt.

I.2. Mit dem verfahrensgegenständlichen Antrag begehrt die ASt die Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Begründend wird im Wesentlichen ausgeführt, dass nach den Informationen der ASt der Auftraggeber nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens den Zuschlag an das im Vergabeverfahren ursprünglich zweitgereihte Unternehmen erteilt habe, deren Angebotspreis über jenem der ASt liege. Dieser Zuschlag sei jedoch wegen eines Verstoßes gegen vergaberechtliche Vorschriften nicht dem tatsächlich technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden. Der gegenständliche Auftrag stelle für die ASt in Anbetracht der Markt- und Wettbewerbsverhältnisse in Österreich sowie der mit einer Auftragserteilung verbundenen Publizitätswirkung ein wesentliches Referenzprojekt dar. Das Interesse der ASt am Erhalt des gegenständlichen Auftrages zeige sich bereits in der Beteiligung an der vorausgegangenen Ausschreibung durch Bezug der Ausschreibungsunterlagen, die Legung eines Angebots und die Bekämpfung der Ausscheidensentscheidung. Daraus ergibt sich unzweifelhaft das Interesse der ASt am Vertragsabschluss. Durch die Rechtswidrigkeiten werde der ASt die Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren unmöglich gemacht. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise der Auftraggeberin wäre das Angebot der nunmehrigen Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen, was – aufgrund des preislich deutlich überhöhten Angebots der einzigen dann noch verbleibenden Bieterin – einen Widerruf des Vergabeverfahrens zur Folge gehabt hätte (selbst wenn dieses

Angebot keinen Ausscheidenstatbestand erfüllen sollte). Die ASt wäre in einem erneuten Vergabeverfahren in der Lage, ein kompetitives Angebot abzugeben, das nach den vergaberechtlichen Grundsätzen des fairen und lauteren Wettbewerbs von der Auftraggeberin nicht übergangen werden könnte. Der ASt entgehe durch den rechtswidrigen Zuschlag außerdem der aus dem neu auszuschreibenden Auftrag zu lukrierende Gewinn sowie der Deckungsbeitrag zu den Fixkosten. Hinzu würden die für den gegenständlichen Antrag entrichteten Pauschalgebühren sowie die Kosten der rechtsfreundlichen Beratung und Vertretung kommen. Daneben drohe der ASt auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojektes. Schließlich drohe der ASt mangels unterlassener Feststellung auch ein Schaden daraus, dass ihr ohne die entsprechende Feststellung die Erhebung einer Schadenersatzklage nicht möglich sei. Die ASt erachtet sich generell durch den rechtswidrigen Zuschlag an die Zuschlagsempfängerin und wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens bzw die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht sowie insbesondere im Recht auf Durchführung eines transparenten und dem freien und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens, im Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, im Recht auf Gleichbehandlung aller Bieter, im Recht auf Nicht-Diskriminierung, im Recht auf vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung, im Recht auf transparente und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung, im Recht auf vergaberechtskonforme vertiefte Angebotsprüfung, im Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und im Recht auf Zuschlagserteilung an den tatsächlichen Bestbieter verletzt. Aufgrund der bereits erfolgten Zuschlagserteilung sei das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Behandlung des Feststellungsantrags auch zuständig. Weiters werden im Antrag die nach Ansicht der ASt vorliegenden Rechtswidrigkeiten näher begründet.

I.3. Von Seiten des Auftraggebers wurde unter anderem die Zurückweisung des Feststellungantrages begehrt. Die mitbeteiligte Partei (vgl. § 15 Oö. VergRSG) H & B m.b.H. hat keine Stellungnahme abgegeben.

II. Der unter Punkt I.1. festgestellte Sachverhalt ergibt sich widerspruchsfrei aus den vorliegenden Akten und es steht dieser Sachverhalt auch mit dem Vorbringen der Verfahrensparteien im Einklang.

Ein ausdrücklicher Antrag auf Durchführung einer mündlichen Verhandlung wurde nicht gestellt, eine mündliche Verhandlung war auch nicht erforderlich, zumal der entscheidungswesentliche Sachverhalt unstrittig feststeht und zur gegenständliche relevanten Rechtsfrage der Antragslegitimation bereits eine Rsp des VwGH vorliegt. Zudem konnte jedenfalls gemäß § 19 Abs. 3 Z 1 Oö. VergRSG von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung abgesehen werden, da der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist.

III. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

Gemäß § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines den bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens unterliegenden Vertrags hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen bundesgesetzliche Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde. Gemäß § 12 Abs. 1 Oö. VergRSG ist für einen Feststellungsantrag daher Voraussetzung, dass durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Nach der Rsp des VwGH und des EuGH kann einem Bieter, der durch eine rechtkräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von einem Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, der Zugang zu einer Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung für den betreffenden öffentlichen Auftrag und des Vertragsschlusses verwehrt werden, selbst wenn nur er und der Zuschlagsempfänger Angebote abgegeben haben und der ausgeschlossene Bieter vorbringt, dass auch das Angebot des Zuschlagsempfängers hätte ausgeschlossen werden müssen (VwGH 7.3.2017, Ro 2014/04/0067; 1.2.2017, Ro 2014/04/0069; EuGH 21.12.2016, C-355/15). Die von der ASt zitierte Entscheidung des EuGH C-333/18 behandelt hingegen eine vom vorliegenden Fall abweichende Konstellation, da in dem dieser Entscheidung des EuGH zugrundeliegenden Ausgangsverfahren keiner der Bieter, die die Klagen auf Feststellung des Ausschlusses des jeweils anderen eingereicht haben, endgültig vom Vergabeverfahren ausgeschlossen worden war. Im gegenständlichen Fall wurde das Angebot der ASt aus dem Vergabeverfahren hingegen bereits ausgeschieden. Der gegen diese Ausscheidensentscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag wurde vom Landesverwaltungsgericht abgewiesen. Da das Angebot der ASt somit rechtkräftig aus dem Vergabeverfahren ausgeschieden worden ist, die ASt also durch eine rechtskräftig gewordene Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers von dem gegenständlichen Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wurde, kommt der ASt nach der Rsp des VwGH keine Antragslegitimation hinsichtlich der nachfolgenden Zuschlagserteilung zu. Mit dem gegenständlichen Antrag wird aber gerade die Feststellung begehrt, dass der Zuschlag nicht dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden wäre. Der gegenständliche Feststellungsantrag ist sohin als unzulässig zurückzuweisen (VwGH 1.2.2017, Ro 2014/04/0069; vgl. auch VGW 19. 2. 2019, VGW-123/061/1340/2019). Die von der ASt beantragten

Beweisaufnahmen waren somit nicht erforderlich, zumal der Feststellungsantrag bereits aus den angeführten Gründen zurückzuweisen ist.

Gemäß § 23 Oö. VergRSG hat der Antragsteller, der vor dem Landesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegt, Anspruch auf Ersatz der gemäß § 22 Oö. VergRSG entrichteten Gebühren. Da die ASt nicht obsiegte, ist der Antrag auf Gebührenersatz als unbegründet abzuweisen.

IV. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision: Die ordentliche Revision ist unzulässig, da die gegenständliche Entscheidung der Rsp des VwGH folgt (vgl. vor allem die zitierte Rsp).

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. Wiesinger