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-840204/4/Kl/TO

Datum:
Linz, 23. Juli 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der x GmbH, vertreten durch x Rechtsanwälte GmbH, x, x, vom 20.07.2020, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Gemeinde x betreffend das Vorhaben „Umbau und Sanierung Feuerwehr, Musikverein und Gemeindeamt x“

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 Gemeinde x die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 20.09.2020, 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 20.07.2020 hat die x 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 1.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass sich der Nachprüfungsantrag auf das Vergabeverfahren „Umbau und Sanierung Feuerwehr, Musikverein und Gemeindeamt x“ beziehe. Auftraggeberin der betroffenen Vergabe sei die Gemeinde x (in der Folge „Auftraggeberin“). Die Kommunikation im Vergabeverfahren sei weitgehend über die x GmbH (x, x, E-Mail: x) erfolgt.

Die Auftraggeberin habe das Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 31 Abs. 4 Bundesvergabegesetz 2018, BGBl. I Nr. 65/2018 idgF (in der Folge „BVergG 2018“) im Unterschwellenbereich durchgeführt. Die Auftragsart sei ein Bauauftrag.

Bei der Auftraggeberin handle es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006, LGBl 130/2006 idgF (in der Folge „Oö. VergRSG 2006“). Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liege somit im sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergG 2018.

Gemäß § 1 iVm § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 unterlägen Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), das gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a Bundes-Verfassungsgesetz, BGBl. Nr. 1/1930 idgF (in der Folge „B-VG“) in den Vollziehungsbereich des Landes fällt, der Nachprüfung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Art. 14b Abs. 2 lit. a B-VG bestimme, dass die Vergabe von Aufträgen durch das Land, die Gemeinden und die Gemeindeverbände Landessache sei.

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sei daher gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 als zuständige Vergabekontrollbehörde für Vergaben von Gemeinden bis zur Zuschlagserteilung zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2018 und die hierzu ergangenen Verordnungen zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte zuständig.

Die Antragstellerin bekämpfe die Zuschlagsentscheidung, die ihr am 10.7.2020 per E- Mail von der x GmbH übermittelt wurde und mit welcher bekannt gegeben wurde, dass die Auftraggeberin beabsichtige, den Zuschlag im gegenständlichen Vergabeverfahren der „Firma x“ (in der Folge „präsumtiver Zuschlagsempfänger“) zu erteilen.

Bei der Zuschlagsentscheidung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit cc BVergG 2018. Gemäß § 4 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 sind Anträge auf Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg binnen zehn Tagen einzubringen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei daher fristgerecht eingebracht.

Die Auftraggeberin führe ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 31 Abs. 4 BVergG 2018 im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrags durch.

Gemäß § 22 Oö. VergRSG 2006 in Verbindung mit § 1 Abs. 1 und 2 der Verordnung der Oberösterreichischen Landesregierung, mit der die Höhe der Gebühren in Vergabenachprüfungsverfahren festgelegt wird, LGBI Nr. 94/2013 idgF, unterliege der vorliegende Nachprüfungsantrag und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung einer Gesamtpauschalgebühr in Höhe von insgesamt EUR 1.500,- (EUR 1.000,-- für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und EUR 500,-- für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung). Ein Einzahlungsnachweis sei dem Schriftsatz beigelegt.

Darüber hinaus sei die Eingabegebühr in Höhe von EUR 60,- gemäß der BuLVwG-EGebV entrichtet worden.

Das Interesse der Antragstellerin ergebe sich daraus, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Leistungen in ihrer zentralen Geschäftstätigkeit liege und ihr durch die Rechtswidrigkeit im Zuge dieser Auftragsvergabe ein Schaden entstanden sei bzw. zu entstehen drohe. Die Antragstellerin habe an der Erbringung der verfahrensgegenständlich nachgefragten Leistungen großes Interesse.

Nach der einschlägigen Judikatur sei ein der Antragstellerin drohender Schaden iSd § 14 Abs. 1 Z 5 Oö. VergRSG 2006 bereits dann gegeben, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren (erfolgreich) teilzunehmen, durch die behauptete Rechtsverletzung beeinträchtigt werden könne. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, werde im Nachprüfungsantrag bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel sei (VwGH 22.6.2011, 2009/04/0128).

Aufgrund der bisherigen Anstrengungen der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien Kosten in Höhe von zumindest EUR 5.000,- angefallen (Kosten für die Rechtsverfolgung und sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten) und werden vom Vertreter der Antragstellerin mit der Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt. Durch die im Folgenden näher ausgeführten Rechtswidrigkeiten sei daher zumindest ein Schaden in dieser Höhe entstanden. Bestandteil des Schadens seien auch die für diesen Antrag entrichteten Pauschal- und Eingabegebühren in der Höhe von insgesamt EUR 1.500,-.

Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinnes. Schließlich entgehe der Antragstellerin durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung (bzw. deren „Vollzug“) die Chance auf die Erlangung eines entsprechenden Referenzauftrages für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens verletzt. Insbesondere sei die Antragstellerin verletzt in ihrem Recht

- auf Gleichbehandlung aller Bieter;
- auf gesetzmäßige Prüfung des Angebots des präsumtiven Zuschlagsempfängers;
- auf gesetzmäßige Zuschlagsentscheidung;
- auf Erlassung einer Zuschlagsentscheidung zu ihrem eigenen Angebot.

Die Auftraggeberin führe das gegenständliche Vergabeverfahren als nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durch. Die Einladung zur Angebotslegung sei per E-Mail am 21.5.2020 erfolgt.

Das Deckblatt der Ausschreibung enthält folgende Tabelle:

	ungeprüft	geprüft
Gesamtpreis		
Nachlass		
Nettoangebotssumme		
Umsatzsteuer 20,00%		
Gesamtangebotssumme		

Weitere, insbesondere qualitative Zuschlagskriterien, seien nicht festgelegt worden. Die Vergabe erfolge demnach nach dem Billigstbieterprinzip.

Die Angebotsfrist habe am 16.6.2020 um 12:00 Uhr geendet. Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot zu einem Angebotspreis von EUR 298.231,10 (exkl. USt) für das Gewerk Baumeisterarbeiten abgegeben. Die öffentliche Angebotsöffnung sei am 17.6.2020 ab 7:30 Uhr im Gemeindeamt der Auftraggeberin erfolgt. Die Antragstellerin habe an der Angebotsöffnung teilgenommen. Es seien insgesamt neun Angebote abgegeben worden. Beim Angebot der Antragstellerin handle es sich um das günstigste der neun Angebote und somit um das gemäß dem gewählten Zuschlagsprinzip an erster Stelle zu reihende Angebot.

Mit E-Mail vom 3.7.2020 sei ein ergänzter Datenträger zum geplanten Bauvorhaben über das geänderte Leistungsverzeichnis der Baumeisterarbeiten ausgeschickt worden und die Antragstellerin aufgefordert, den m^2-Preis beim Estrichabbruch richtig einzusetzen. Darüber hinaus sei angemerkt worden, dass aus Kostengründen mehr gemauert werde und bei den Fertigteilen die meisten Positionen entfielen. Die Antragstellerin habe den ergänzten Datenträger mit den Einheitspreisen am 6.7.2020.

Mit E-Mail vom 10.7.2020 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass „*nach Abschluss der Abklärungsgespräche für die Baumeisterarbeiten am Projekt Umbau und Sanierung Gemeindeamt, Feuerwehr und Musikverein [...] unter Einhaltung der Stillhaltefrist von 10 Tagen bis 24.7.2020 [...] beabsichtigt [ist], den Auftrag an den Bestbieter Firma Kern zum Nettogesamtpreis von € 322.185,74 zu vergeben.*“
Den weiteren Ausführungen sei vorwegzunehmen, dass - wie aus dem Angebotsöffnungsprotokoll der Antragstellerin hervorgehe - der Zuschlag einem Bieter erteilt werden soll, der nach dem festgelegten Zuschlagssystem „Billigstbieter“ nicht das wirtschaftlich günstigste Angebot gelegt habe. Weiters sei festzuhalten, dass der Nettogesamtpreis von EUR 322.185,74 nicht dem im Angebotsöffnungsprotokoll enthaltenen Gesamtpreis der präsumtiven Zuschlagsempfängerin entspreche. Der Zuschlag solle somit auch auf einen nicht im Öffnungsprotokoll enthaltenen Preis erteilt werden.

Die am 21.5.2020 übermittelten Ausschreibungsunterlagen, insbesondere das „Deckblatt ZM“ würden als Zuschlagskriterium lediglich den Gesamtpreis enthalten, allenfalls unter Berücksichtigung eines Nachlasses. Weitere, insbesondere qualitative, Zuschlagskriterien, seien in den Ausschreibungs-unterlagen nicht festgelegt worden.
Ausschreibungsunterlagen seien der ständigen Rechtsprechung zufolge gemäß §§ 914 ff Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr 946/1811 idgF nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen. Dies bedeute, dass im Rahmen der Auslegung von Ausschreibungsbestimmungen darauf abgestellt werden müsse, wie ein redlicher Erklärungsempfänger eine Erklärung zu verstehen habe (VwGH 29.3.2006, Zlen 2004/04/0144; BVwG 8.4.2014, W139 2001924-1; OGH

20.1.2000, 6 Ob 69/99m; BVA 5.6.2003, 09N-37/0). Unter einem redlichen Erklärungsempfänger verstehe man dabei einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt (vgl. VwGH 1.2.2017, Ro 2016/04/0054).
Die Ausschreibungsunterlagen seien nicht angefochten worden und seien somit bestandsfest geworden. Aus diesem Grund könne ein redlicher Erklärungsempfänger davon ausgehen, dass gegenständlich das Billigstbieterprinzip als Zuschlagsprinzip zur Anwendung gelangt sei und somit jenes Angebot den Zuschlag erhalte, das in Summe den niedrigsten Gesamtpreis aufweise.

Bei der Mitteilung vom 10.7.2020 handle es sich offenbar um die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin. Wenn die Auftraggeberin darin mitteile, dass sie den Auftrag „an den Bestbieter“ zu vergeben beabsichtige, dann widerspreche dies den Festlegungen in der Ausschreibung. Schon aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung mit Rechtswidrigkeit behaftet.

Gemäß den verlesenen Angebotspreisen bei der Angebotsöffnung am 17.6.2020 habe das Angebot der Antragstellerin mit einem Angebotspreis von EUR 298.231,10 (exkl. USt) an erster Stelle gelegen. Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin habe zum Zeitpunkt der Angebotsöffnung einen Angebotspreis von EUR 299.000,36 (exkl. USt) aufgewiesen und sei somit hinter dem Angebot der Antragstellerin gelegen.
Die Zuschlagsentscheidung laute somit nicht auf das billigste Angebot gemäß dem ausschreibungsgegenständlich festgelegten Zuschlagsprinzip und sei somit rechtswidrig.

Darüber hinaus sei festzuhalten, dass der Zuschlag in einem nicht offenen Verfahren ohne Bekanntmachung nach der Rechtsprechung zwingend an einen im Angebotsöffnungsprotokoll angeführten Preis erteilt werden müsse. Ein Nachverhandeln oder nachträgliches Abändern der Preise des Öffnungsprotokolls sei nicht zulässig.

§ 143 Abs. 1 BVergG 2018 lege die Mindestanforderungen an die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung fest:
„*Der öffentliche Auftraggeber hat den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. In dieser Mitteilung sind den verbliebenen Bietern das jeweilige Ende der Stillhaltefrist, die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben, sofern nicht die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde.*"

Im Zusammenhang mit den mit der Zuschlagsentscheidung bekannt zu gebenden Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes, habe der VwGH in seiner Entscheidung vom 22.4.2009 (GZ: 2009/04/0081) festgehalten, dass der nicht erfolgreiche Bieter die „für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags notwendigen Informationen“ erhalten müsse.
Die gegenständliche Zuschlagsentscheidung entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen. Zunächst wurde die Stillhaltefrist nicht bzw. nicht richtig angegeben. Gemäß § 144 Abs. 1 BVergG 2018 betrage die Stillhaltefrist bei der Übermittlung bzw. Bereitstellung auf elektronischem Weg 10 Tage. Die Zuschlagsentscheidung wurde der Antragstellerin am 10.7.2020 übermittelt. Die Stillhaltefrist würde daher am 20.7.2020, 24:00 Uhr, enden. Im Schreiben sei zwar eine Stillhaltefrist von 10 Tagen vorgesehen worden, das Ende der Stillhaltefrist wurde jedoch nicht bzw. fälschlicherweise mit 24.7.2020 festgelegt. Schon aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.

Zu den bekannt zu gebenden Merkmalen gehöre zweifelsohne auch die Person des Bieters, dem der Zuschlag erteilt werden soll, um verlässlich beurteilen zu können, ob er geeignet ist oder nicht. Demnach kann aber eine in der Zuschlagsentscheidung enthaltene Bezeichnung des Bieters jedenfalls dann nicht ausreichend sein, wenn Verwechslungen nicht auszuschließen sind bzw. wenn der Bieter nicht genau bezeichnet werde (vgl. Anm R. Mac//, VKS Wien: Zur Befugnis der Bietergemeinschaft bei Ausschreibung einer homogenen Leistung, RPA 2013, 180).
Im gegenständlichen Fall sei eine eindeutige Bezeichnung des für die Zuschlagserteilung in Aussicht genommenen Unternehmens schlichtweg unterblieben, da aus der Mitteilung, dass der „Firma x“ der Zuschlag erteilt werden solle, unklar sei, welches Unternehmen hinter dieser Bezeichnung stehe. Darüber hinaus wurde die Anschrift des präsumtiven Zuschlagsempfängers nicht bekannt gegeben. Die genaue Bezeichnung des präsumtiven Zuschlagsempfängers sowie die Angabe der Adresse seien für eine eindeutige Identifikation des präsumtiven Zuschlagsempfängers jedenfalls notwendig, um Verwechslungen auszuschließen. Alleine im Baumeistergewerbe gebe es - wie dem Gewerbeinformationssystem Austria vom 20.7.2020 zu entnehmen ist - mehrere „x“ wie zB.

- x GmbH, x;
- x Baugesellschaft mbH, x;
- x Sanierungs GmbH, x;
- Bauunternehmen Ing. H K Gesellschaft m.b.H, x;
- Dip. Ing. K GmbH, x;
- x Gesellschaft m.b.H., x;

Der Antragstellerin würden zur Identifikation des präsumtiven Zuschlagsempfängers lediglich jene Informationen zur Verfügung stehen, die in der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben wären. Die Zuschlagsentscheidung

laute auf „Firma x“, die Geschäftsanschrift sei der Zuschlagsentscheidung nicht zu entnehmen. Auch aus diesem Grund sei wegen der mangelhaften Bezeichnung des präsumtiven Zuschlagsempfängers die Zuschlagsentscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.

Sollte entgegen dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibungsunterlagen gegenständlich das Bestbieterprinzip zur Anwendung gelangt sein, erfülle die am 10.7.2020 übermittelte Zuschlagsentscheidung jedenfalls nicht die gesetzlichen Anforderungen. Neben der fehlenden bzw. unrichtigen Stillhaltefrist fehlen die Angaben zu den Merkmalen und Vorteilen des erfolgreichen Angebotes im Hinblick auf allfällige qualitative Zuschlagskriterien sowie die genaue Bezeichnung des präsumtiven Zuschlagsempfängers. Auch aus diesem Grund sei die Zuschlagsentscheidung mit inhaltlicher Rechtswidrigkeit behaftet.

Die Leistungen seien gemäß den Ausschreibungsunterlagen im Rahmen eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nach § 43 BVergG 2018 vergeben worden.
Während des offenen und nicht offenen Verfahrens sei es unzulässig, das Angebot nachzuverhandeln oder den Angebotsinhalt zu verändern (vgl. § 112 Abs. 3 BVergG 2018 bzw. § 139 Abs. 1 BVergG 2018). Demnach sei es unzulässig, nach Abgabe der Angebote die Leistungsbeschreibung zu verändern (zB. Streichungen von Positionen im Leistungsverzeichnis oder Veränderung von Positionen im Leistungsverzeichnis oder in den technischen Spezifikationen etc). Eine Änderung des Leistungsumfangs nach Angebotsabgabe bzw. -öffnung widerspreche darüber hinaus den vergaberechtlichen Grundsätzen, insbesondere jenen der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung sowie der Transparenz gemäß § 20 BVergG 2018.

Nach dem Ende der Angebotsfrist und nach Durchführung der öffentlichen Angebotsöffnung seien jedoch das Leistungsverzeichnis geändert worden. Mit dem übermittelten ergänzten Datenträger am 3.7.2020 seien nach Angebotsabgabe und -öffnung der Leistungsumfang rechtswidrigerweise geändert worden. Eine Zuschlagsentscheidung lautend auf ein offensichtlich nach Ablauf der Angebotsfrist geändertes Angebot (vgl. die Angebotssumme von EUR 299.000,36 [exkl. USt] bei Angebotsöffnung am 17.6.2020 und die präsumtive Zuschlagssumme von EUR 322.185,74 [exkl. USt]) sei jedoch unzulässig. Auch aus diesem Grund hätte die Zuschlagsentscheidung zugunsten des gemäß dem Angebotsöffnungsprotokoll billigsten Angebots der Antragstellerin lauten müssen.

Darüber hinaus sei die Auftraggeberin dahingehend von den bestandsfesten Ausschreibungsbestimmungen abgewichen, weil sie nach Abgabe der Angebote und Angebotsöffnung das Leistungsverzeichnis geändert habe und im

Zusammenhang mit einer allenfalls „weiteren“ bzw. geänderten Angebotseinholung keine öffentliche Angebotsöffnung durchgeführt worden wäre.

Aus all diesen Gründen stellt die Antragstellerin nachstehende Anträge:

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich möge

- ein Nachprüfungsverfahren einleiten und die angefochtene Zuschlagsentscheidung für nichtig erklären;
- in eventu das Vergabeverfahren widerrufen;
- der Antragstellerin - soweit gesetzlich zulässig - Einsicht in den Vergabeakt sowie in den Akt des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich gewähren;
- das Angebot der Antragstellerin sowie jegliche sonstigen mit dem Angebot der Antragstellerin im Zusammenhang stehenden Teile des Vergabeakts (Korrespondenz, Prüfunterlagen der Auftraggeberin, etc.) von der Akteneinsicht durch allfällige sonstige Unternehmer ausnehmen, um die Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Antragstellerin zu schützen;
- eine öffentliche mündliche Verhandlung durchführen; sowie
- die Auftraggeberin dazu verpflichten, der Antragstellerin die für den Nachprüfungsantrag entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zuhanden des Rechtsvertreters der Antragstellerin zu ersetzen.

Darüber hinaus stellt die Antragstellerin gemäß § 8 Oö. VergRSG 2006 den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der im antragsgegenständlichen Vergabeverfahren - „Umbau und Sanierung Feuerwehr, Musikverein und Gemeindeamt H““ - der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung untersagt wird.
Die einstweilige Verfügung werde für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens begehrt.
Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kann gemäß § 8 Oö. VergRSG 2006 gleichzeitig mit einem Antrag auf Nichtigerklärung gestellt werden. Der Antrag zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher jedenfalls rechtzeitig.
Als Begründung für die einstweilige Verfügung wird der gesamte oben angeführte Sachverhalt zur Bescheinigung vorgebracht. Darüber hinaus werden auch die oben angeführten rechtlichen Ausführungen zum Inhalt des gegenständlichen Provisorialbegehrens erhoben.
Die Zuschlagsentscheidung sei aus den oben genannten Gründen rechtswidrig.
Die Untersagung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin mit der Erteilung des Zuschlages unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des Oö. VergRSG 2006 nicht mehr beseitigt werden können. Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folgt, dass eine einstweilige Verfügung in der Regel zu erlassen ist (Madl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 2220ff mwN).

Im gegenständlichen Fall überwiegt darüber hinaus das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin.

Der Antragstellerin drohe im Fall der Zuschlagserteilung an einen Mitbieter der Entgang des Auftrages, sohin entgangener Gewinn, und Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren. Zur Höhe und Bescheinigung wird auf die obigen Ausführungen in diesem Schriftsatz verwiesen. Im Fall der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreitet dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits. Dazu kommt, dass schon allein auf Grund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und den damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre (siehe dazu OGH 27.6.2001, 7 Ob 148/01 t und 7 Ob 200/00 p). Eine einstweilige Verfügung ist nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung fordern (siehe dazu zB. BVA 20.2.2007, N/0011-BVA/03/2007-6 und BVA 1.10.2002, N-51/02-02).

Es sind keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen. Jeder umsichtige Auftraggeber muss bei der Planung der Ausschreibung bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren (vgl zB BVA 21.5.2008, N/0054- BVA/13/2008-9; BVA 11.12.2006, N/0100-BVA/02/2006-10; BVA 29.12.2006, 16N- 133/05-9; BVA 27.1.2006, 16N-8/06-6, und BVA 9.1.2004, 10N-3/04-4). Zudem ist zu berücksichtigen, dass nach Sichtweise des VfGH auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Best- bzw. Billigstbieter im öffentlichen Interesse gelegen ist (VfGH 25.10.2002, B1369/01). Die vorliegenden Rechtsverstöße führen aber gerade dazu, dass eine Auftragserteilung an den tatsächlichen Best- bzw. Billigstbieter ausgeschlossen wird.

Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sprechen könnten, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Derartige zwingende öffentliche Gründe können grundsätzlich nur geltend gemacht werden, wenn diese von der Auftraggeberin nicht vorhergesehen werden konnten und diese nicht zulassen, Fristen gemäß dem Oö. VergRSG 2006 (bzw. BVergG 2018) einzuhalten. Verzögerungen, die durch die Rechtsschutzmöglichkeiten des Oö. VergRSG 2006 entstehen können, wären für die Auftraggeberin jedenfalls vorhersehbar gewesen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Gemeinde H als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt und ihr die Möglichkeit eingeräumt sich bis zum 22.07.2020 dazu zu äußern. In der per E-Mail am 22.07.2020 eingebrachten Eingabe wird auf die Abgabe einer Stellungnahme verzichtet.

II. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

II.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.

II.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 nicht offensichtlich unzulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Bauauftrages sind die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden.

II.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.

II.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.

II.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. 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.

III. 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 Eingabegebühr 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