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-840213/6/Kl/Rd

Datum:
Linz, 12. November 2020

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der R GmbH, K, W, vertreten durch B Rechtsanwalt GmbH, W, W, vom 6. November 2020, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadtgemeinde G betreffend das Vorhaben „S“ – Konzession zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts

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, insofern stattgegeben, als bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren betreffend Konzession zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts, längstens aber bis 6. Jänner 2021, der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin Stadtgemeinde G die Angebotsöffnung untersagt wird.

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

Zu I.:

1. Mit Eingabe vom 6. November 2020 hat die R GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu die Nichtigerklärung der angefochtenen Bestimmungen sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote und die Fortführung des Vergabeverfahrens sowie die Unterbrechung des Laufes der Angebotsfrist ab dem Zeitpunkt der Erlassung der einstweiligen Verfügung, bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 9.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass mit EU-weiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 5.8.2020, zur Zahl x, ein Konzessionsverfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Baukonzession für die Errichtung und den Betrieb eines Hotels aufgrund eines Baurechts in G bekannt gemacht worden sei. Die nationale Bekanntmachung der Kerndaten sei am 2.8.2020 im Unternehmensservice unter https://ausschreibungen.usp.gv.at erfolgt. Als CPV-Code sei in der Bekanntmachung der Code 45000000 (für Bauarbeiten) angegeben worden. Ein CPV-Code für den Betrieb des Hotels finde sich nicht in der Bekanntmachung.
Das Vergabeverfahren werde inhaltlich durch ein Dokument geregelt, welches im Dokumentennamen mit „0 Ausschreibung.pdf“ bezeichnet worden sei, dabei handle es sich offenkundig um die Ausschreibungsbestimmungen, weshalb in weiterer Folge auf dieses Dokument mit der Bezeichnung Ausschreibungsbestimmungen verwiesen werde.
Gemäß den Ausschreibungsbestimmungen bestehe die gegenständliche Ausschreibung nicht nur aus einem Konzessionsvergabeverfahren, sondern umfasse darüber hinaus auch zwei beihilferechtliche Bietverfahren für die Entwicklung des Stadtquartiers „S“ in G.

Folgende Leistungen sind integraler Bestandteil der Ausschreibung:

- Liegenschaft A: Baukonzession für die Errichtung und den Betrieb des Hotels gemäß den Bestimmungen des BVergGKonz;
- Liegenschaft B: Veräußerung einer Liegenschaft im Zuge eines Bietverfahrens zur Errichtung von Wohnungen und Dienstleistungseinheiten zum Zweck der Verwertung durch Verkauf oder Vermietung;
- Liegenschaft C: Veräußerung einer Liegenschaft im Zuge eines Bietverfahrens zur Errichtung einer Tiefgarage, welche von den Liegenschaften A und B benützt wird.

Gemäß den Ausführungen in den Ausschreibungsbestimmungen (S. 30) finde das BVergGKonz nur auf die Verwertung der Liegenschaft A (Hotelliegenschaft)

Anwendung. Bestbieter sei jedoch, „wer in Summe für seine Angebote für die Hotelliegenschaft und die Wohnbauliegenschaft samt Liegenschaft Tiefgarage die meisten Punkte erhält“. Auf Seite 33 der Angebotsbestimmungen finde sich noch eine Einschränkung, wonach eine Annahme eines Angebots im Bietverfahren nicht obligatorisch sein solle.

In der Bewertung finde folglich eine Vermischung von vergaberechtlichem Konzessionsverfahren und den beihilferechtlichen Bietverfahren statt. Eine vergaberechtliche Nachprüfung durch das LVwG OÖ solle entsprechend den Festlegungen der Auftraggeberin in Pkt. 11 auf S. 42 der Ausschreibungsbedingungen allerdings nur hinsichtlich des Konzessionsvergabeverfahrens zulässig sein.

Zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen (S. 79) die Festlegung, wonach „als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit der Bieter Referenzen über die von ihm in den letzten fünf Jahren errichteten Hotels vorzulegen“ habe.
Weitere Ausführungen an die inhaltlichen Anforderungen der einzelnen Referenzen und/oder die geforderte Anzahl der Referenzen finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen nicht.
Hinsichtlich der Zusammensetzung der Bewertungskommission (auch als vergebende Stelle bezeichnet) finde sich folgende Ausführung auf S. 37f der Ausschreibungsbestimmungen: “Die Bewertung der Angebote erfolgt durch eine Kommission (gleichzeitig ‚vergebende Stelle‘ iSd BVergGKonz), deren Mitglieder vom Gemeinderat der Stadtgemeinde G hinsichtlich der aus dem Kreis der Personen, die dem Gemeinderat als Mitglieder oder Ersatzmitglieder angehören, von der jeweiligen Faktion des Gemeinderats und deren fachkundige Mitglieder mit Beschlüssen des Gemeinderates mit einfacher Mehrheit bestellt werden. Der Gemeinderatsfraktion der ÖVP kommt die Bestellung von vier Mitgliedern und den Gemeinderatsfraktionen der FPÖ, SPÖ, Bürgerinitiative G und der Grünen kommt die Bestellung von je einem Mitglied zu. […] Die Anzahl der fachkundigen Mitglieder der Kommission wird auf drei Personen beschränkt. Die tatsächliche Anzahl, die Auswahl der Personen und die durch diese abgedeckten Fachgebiete (Tourismus, Betriebswirtschaft udgl.) bleibt dem Gemeinderat vorbehalten. Den fachkundigen Mitgliedern der Kommission kommt betreffend die Punktevergabe zu den einzelnen Zuschlagskriterien kein Stimmrecht zu“.

In den Ausschreibungsbestimmungen (S. 38f) finde sich folgender Ausscheidensgrund: „Wenn entsprechend den oben genannten Bestimmungen die Eignung des Bieters oder, im Fall der Weitergabe von Leistungen an den vom Bieter namhaft gemachten Subunternehmer, die Eignung des Subunternehmers nicht gegeben ist, werden die Angebote dieses Bieters aus dem weiteren Verfahren ausgeschieden.“ Ferner finde sich in den Ausschreibungsbestimmungen (S. 42) folgender

Ausscheidensgrund: „Wenn ein Angebot solche Mängel aufweist, dass eine Bearbeitung überhaupt nicht zumutbar ist, so wird es ausgeschieden“.

Die Bewertungskommission habe nach den Festlegungen in den Ausschreibungsbestimmungen die Angebote des Konzessionsverfahrens auf Basis der folgenden Zuschlags- und Subkriterien zu bewerten:

Kriterium	Punkte
Betriebskonzept für Hotel und Betreiber	
- Marktpositionierung - Kategorisierung laut Kriterien des WKO - Marketing und Vertriebskonzept - Raumfunktionsplan - Personalstellenplan und HR-Strategie - Nutzungsmöglichkeit bestimmter Bereiche (Restaurant, Sauna, Wellness-Bereich oder dgl) für Nicht-Hotelgäste - Betriebswirtschaftliche Nachhaltigkeit - Referenzprojekte des Bieters betreffend Hotel - Referenzprojekte des Betreibers - Ausmaß der Risikobeteiligung des Betreibers am Investment des Bieters - Stärke der Marke des Betreibers - Qualität der rechtlichen Verpflichtung des Betreibers gegenüber dem Bieter	33
Einbindung des Betriebskonzeptes in die Region - Kompatibilität zu Zielsetzungen der Gesamtdestination G/Salzkammergut - Leitbetriebsfunktion - (Über)-regionale Vermarktungs-Synergien - Regionale Wertschöpfung	9
Höhe des Bauzinses (mindestens EUR 50.000,00 pro Jahr)	15
Ökologie - Ökologisches Konzept - Referenzen des Bieters für ökologisches Bauen	3
Summe	60

Nähere Ausführungen zu den Subkriterien finde sich in der Beilage ./B (S. 71ff) der Ausschreibungsbestimmungen, wobei aber nur vereinzelt erläutert werde, welche Gesichtspunkte positiv bewertet werden.

Die Frist zur Legung von Angeboten ende gemäß der Bekanntmachung am 16.11.2020, 0:00 Uhr. Abweichend davon ende die Frist zur Legung von Angeboten gemäß den Ausführungen der Ausschreibungsbestimmungen (S. 33), am 15.11.2020 (einem Sonntag) ohne nähere Angabe zur Uhrzeit.

Betreffend den Errichtungszeitplan habe die Auftraggeberin in der Ausschreibungsbestimmung (S. 28) festgelegt, „Baueinreichung – Genehmigungsverfahren bis August 2021, Ausführungsplanung und Ausschreibungsphase 01/2021“. Die Ausführungsplanung solle demnach vor der Baueinreichung fertig sein.

Arbeits- und Bietergemeinschaften würden von der Auftraggeberin (S. 31 der Ausschreibungsbestimmungen) ausgeschlossen werden. Eine vergaberechtliche

Begründung für den Ausschluss sei in den Ausschreibungsbestimmungen nicht ersichtlich.

Alternativangebote würden von der Auftraggeberin (S. 32 der Ausschreibungsbestimmung) ausdrücklich zugelassen werden. Mindestanforderungen an die Alternativangebote würden sich in den Ausschreibungsbestimmungen nicht finden.

Gemäß Pkt. I.3) der Bekanntmachung bestehe die Möglichkeit, Angebote elektronisch einzureichen. Abweichend davon werde auf S. 32 der Ausschreibungsbestimmungen ausgeführt, dass die Abgabe der Angebote […] ausschließlich im Postweg zu Handen des mit der Durchführung des Bieter- und Konzessionsvergabeverfahrens beauftragten Rechtsanwalts Dr. K B, M, A, erfolgen könne.

Die Antragstellerin erachte sich durch die gegenständliche Ausschreibung im Recht auf Durchführung eines vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens sowie insbesondere im Recht auf

- Durchführung eines transparenten und dem freien und lauteren Wettbewerb entsprechenden Vergabeverfahrens,
- rechtskonforme Ausgestaltung der Ausschreibungsbedingungen,
- effektiven Rechtsschutz,
- Gleichbehandlung aller Bieter,
- Nicht-Diskriminierung,
- vergaberechts- und ausschreibungskonforme Angebotsprüfung und Bestbieterermittlung,
- transparente und vergaberechtskonforme Angebotsbewertung,
- rechtskonforme Entscheidung, mit welchem Unternehmer der Vertrag abgeschlossen werden soll sowie
- Abschluss des Vertrages mit dem tatsächlichen Bestbieter,

verletzt.

Die Antragstellerin, eine österreichische Gesellschaft mit Schwerpunkt auf Immobilienentwicklungsprojekten, ist eine integrative Dienstleisterin, die gemeinsam mit ihren jeweiligen Partnern regelmäßig Bauprojekte aller Art kooperativ umsetzt. Das umfasse insbesondere auch die gemeinsame Realisierung von Hotelprojekten. Das Interesse am Erhalt des gegenständlichen Auftrags – allenfalls in Kooperation mit weiteren Unternehmen – zeige sich durch die Stellung des konkreten Nachprüfungsantrages.

Zum drohenden Schaden wurde vorgebracht, dass – würde dem Antrag auf Nichtigerklärung nicht stattgegeben werden – der Antragstellerin die Möglichkeit entgehen würde, in einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren den Zuschlag zu erhalten. Zudem würden frustrierte Kosten von ca. 29.000 Euro der Antragstellerin drohen. Darüber hinaus drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts.

Weiters wurde im Antrag auf die Rechtswidrigkeiten (unbestimmte Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, unzulässige Vermischung von vergaberechtlichem Konzessionsverfahren und beihilferechtlichem Bietverfahren, unwirksame Verfahrensbekanntmachung – Verwendung falscher bzw. unvollständiger CPV-Codes, Besetzung der Bewertungskommission, unzulässige Ausscheidensgründe, keine Mindestanforderungen an Alternativangebote) bzw. sonstige Rechtswidrigkeiten/untaugliche Festlegungen, ausführlich und im Detail eingegangen.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen im Hauptantrag verwiesen. Zur Interessenabwägung wurde vorgebracht, dass die Vergabekontrollbehörden wiederholt ausgesprochen haben, dass nach dem Grundgedanken der Rechtsmittelrichtlinie dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen und eine einstweilige Verfügung nur dann nicht zu erlassen ist, wenn besondere Gründe eine solche Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung erfordern. Solche Gründe seien im gegenständlichen Fall nicht gegeben.

Zur unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin sei ergänzend zu den obigen Ausführungen festzuhalten, dass die einstweilige Verfügung schon deshalb zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin ansonsten durch die Fortführung des Verfahrens, insbesondere durch die Zuschlagserteilung, unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte.
Bei einer Nicht-Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohe der Antragstellerin insbesondere ein Schaden aus entgangenem Gewinn; auch hinsichtlich der sonstigen unmittelbar drohenden Schäden werde auf den Nachprüfungsantrag verwiesen. Der Antragstellerin würden sohin erhebliche Schäden und Nachteile drohen.

Einer Untersagung der Angebotsöffnung und der Aussetzung der Angebotsfrist würden keine vergleichbaren Interessen der Auftraggeberin und etwaiger sonstiger Verfahrensbeteiligter entgegenstehen. Zudem seien öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Verfahrensverzögerungen aufgrund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen.
Darüber hinaus sei ein dem Auftraggeber allfällig entstehender Schaden schon deswegen weniger stark zu gewichten, weil er durch seine rechtswidrige Entscheidung die Situation geschaffen habe, welche diesen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erst notwendig gemacht habe. Dieser Umstand werde auch vom EuGH in seiner Rechtsprechung zur Erlassung einstweiliger Anordnungen gemäß Art. 279 AEUV berücksichtigt. Eine einstweilige Verfügung stelle daher weder für den Auftraggeber noch für sonstige Verfahrensbeteiligte eine unverhältnismäßige Belastung dar.

Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden würden zu den besonderen öffentlichen Interessen, die der Erlassung einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden, grundsätzlich nur die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, zählen. Eine Gefährdung von Leib und Leben sei durch eine für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verzögerte Zuschlagserteilung nicht gegeben. Besondere öffentliche Interessen seien nicht ersichtlich. Vielmehr bestehe an einer vergaberechtskonformen Erteilung des Zuschlags an den Ersteller des tatsächlichen wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebots ein öffentliches Interesse. Eine solche sei aber nur bei Stattgabe der einstweiligen Verfügung gewährleistet.

Zusammenfassend bestehe daher ein großes öffentliches Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Besondere öffentliche Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens seien demgegenüber nicht gegeben. Der Zweck des einstweiligen Rechtsschutzes sei nämlich die Ermöglichung der Teilnahme an einem rechtskonformen Vergabeverfahren.
Auftraggeberinteressen sowie allfällige Interessen von sonstigen Verfahrensbeteiligten, die durch die Verzögerung des Vergabeverfahrens geschädigt werden könnten, seien nicht ersichtlich bzw. zumindest unbeachtlich. Ein besonderes Dringlichkeitsinteresse an einer raschen Zuschlagserteilung sei jedenfalls nicht gegeben. Die Interessensabwägung habe daher zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen, da ihre Interessen bei der Fortführung des Vergabeverfahrens, insbesondere durch die Zuschlagserteilung, wesentlich bedroht seien. Zudem stelle die begehrte einstweilige Verfügung die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme dar.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Stadtgemeinde G als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt.

2.1. Die Auftraggeberin äußerte sich in der Stellungnahme vom 10. November 2020 im Wesentlichen dahingehend, dass von einer Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz ausgegangen werde und somit die Unzuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts vorliegen würde. Als Gründe hiefür wurden vorgebracht, dass das Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses an der Bauleistung nicht verwirklicht werde. Die Stadtgemeinde G habe Interesse an einem Hotelbetrieb in G aufgrund der damit erzielbaren Förderung des Tourismus und der damit verbundenen indirekten Stärkung der übrigen Wirtschaftsbetriebe sowie ein eigenes wirtschaftliches Interesse allenfalls in Form erhöhter Gemeindeabgaben. Ein unmittelbares Interesse an der Bauleistung liege aber nicht vor. Das angestrebte Hotel stelle keine von der öffentlichen Hand zur Verfügung zu stellende oder für die Leistungserbringung durch die Stadtgemeinde G erforderliche „Infrastruktur“ dar. Wenn der Bund bei einem privaten Investor gegen Überlassung der Nutzung durch Bemautung eine Autobahn oder eine

Gemeinde ein Rathaus auf öffentlichem Grund gegen Bezahlung eines Nutzungsentgelts für die Lebensdauer des Gebäudes beauftrage, sei das Merkmal des unmittelbaren wirtschaftlichen Interesses des öffentlichen Auftraggebers an der Bauleistung im Sinn des BVergGKonz zu bejahen. Beim gegenständlichen Hotel sei die Situation demgegenüber qualitativ anders. Das Interesse der Stadtgemeinde G bestehe nicht vorrangig an der „Bauleistung“, nämlich wie diese im Detail ausgestaltet sei, sondern die Errichtung des Hotels sei nur die faktische Voraussetzung, dass ein Hotel betrieben werden kann, an welchem Hotelbetrieb das eigentliche Interesse der Stadtgemeinde G bestehe, wie auch immer dieses Hotel sowohl in baulicher als auch in konzeptioneller Hinsicht gestaltet sei.
Für die Anwendbarkeit des BVergGKonz fehle es am maßgeblichen Einfluss der Stadtgemeinde G auf die Bauleistung. Da es ihr letztlich nur darauf ankomme, dass überhaupt ein Hotel betrieben werde und das Zuschlagskriterium „Betriebskonzept für Hotel und Betreiber“ nur dazu diene, um sicherzustellen bzw. beurteilen zu können, dass das vom Bieter vorgelegte Projekt betriebswirtschaftlich langfristig lebensfähig sei und insofern ein Hotelbetrieb über die gesamte Baurechtsdauer bestehe, habe die Stadtgemeinde G sowohl in baulicher als auch in konzeptioneller Hinsicht für das Hotel praktisch keine Vorgaben gemacht. Insbesondere die baulichen Festlegungen gehen nicht über die hoheitlichen Planungsmaßnahmen hinaus, die die Stadtgemeinde G für eine Bebauung in einer derart exponierten Lage am See jedenfalls getroffen hätte. Vorgegeben werde betreffend das Hotel durch den Bebauungsplan dessen Situierung und die maximale „Außenhaut“. Eine bestimmte Mindestgröße des Hotels in Form einer Kubatur oder Nutzfläche werde jedoch nicht gefordert. Die übrigen bautechnischen Festlegungen betreffend Fassade, Dach und Freiraumgestaltung seien vernachlässigbar. Soweit die Errichtung einer Marina gefordert werde, sei dies damit zu erklären, dass der Platz für die Errichtung des Hotels erst teilweise durch Aufschüttung von Seefläche geschaffen werden müsse und die wasserrechtliche Genehmigung hiefür nur erteilt werde, wenn auch eine gleich große Ausgleichsfläche hergestellt werde. Die Marina entspringe damit nicht einem speziellen baulichen Wunsch der Stadtgemeinde G, sondern sei ein rechtlich zwingender Bestandteil des Gesamtprojekts Hotel. Im Ergebnis erschöpfen sich daher die Einflussnahmen der Stadtgemeinde auf die Bauleistungen in ihren hoheitlichen Planungsmaßnahmen, während privatrechtliche Vorgaben für die Bauleistung fehlen. Auch das Merkmal der maßgeblichen Einflussnahme auf die Bauleistung sei insofern nicht erfüllt. Als Gegenleistung für die Erbringung der Bauleistung durch den Erwerber des Baurechts stehe diesem die Nutzung des Hotels für die Baurechtsdauer zu. Ein zusätzliches Entgelt seitens der Stadtgemeinde erhalte der Erwerber nicht. Insgesamt seien damit die nach dem BVergGKonz und die nach der Rechtsprechung geforderten Voraussetzungen für dessen Anwendbarkeit bei würdigender Gesamtbetrachtung nicht erfüllt.
Wenn das BVergGKonz auf die Verwertung der Hotelliegenschaft nicht anwendbar sei, bestehe auch der Rechtsschutz nach dem Oö. VergRSG 2006 nicht und könne von der Antragstellerin nicht vor dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

die Nichtigerklärung der Ausschreibung in einem Nachprüfungsverfahren begehrt werden. Dass sich trotz Nichtanwendbarkeit des BVergGKonz die Stadtgemeinde „freiwillig“ aus den oa. Gründen dem Regime des BVergGKonz unterstellt habe, begründe allenfalls eine privatrechtliche Selbstbindung, könne aber nicht zur öffentlich-rechtlichen Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts im Rahmen der diesem nach dem Oö. VergRSG 2006 eingeräumten Kompetenz führen. Es stehe nicht im Belieben eines Rechtsunterworfenen, eine nach dem Gesetz nicht gegebene Zuständigkeit einer Behörde/eines Gerichts „freiwillig“ zu begründen, sofern diese Möglichkeit nicht ausdrücklich durch Gesetz eingeräumt werde. Letzteres sei im konkreten Fall nicht gegeben. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher als unzulässig zurückzuweisen. Zudem fehle es der Antragstellerin an der Aktivlegitimation, weshalb der Antrag auch deshalb zurückzuweisen sei.

Wenn nicht ohnehin eine Zurückweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erfolge, so sei noch zu berücksichtigen, dass die Region Salzkammergut im November 2019 den Zuschlag als „Kulturhauptstadt 2024“ erhalten habe. Die Stadtgemeinde G als Bezirkshauptstadt sei an diesem Kulturprojekt ganz wesentlich beteiligt. In zeitlicher Hinsicht seien die Ausschreibungsbestimmungen dahingehend getroffen worden, dass für das Jahr 2024 das Hotel bereits als solches zur Verfügung stehe und in diesem Jahr auch keine Bauarbeiten mehr an dieser prominenten Stelle mitten in der Stadt am See, nämlich weder für das Hotel noch für die Wohngebäude, stattfinden. Eine Baustelle mitten in der Stadt sei mit der Durchführung von diversen Kulturprojekten mit einer Vielzahl von Besuchern unvereinbar. Die rechtzeitige Fertigstellung dieses Bauprojekts bedinge nach der Zeitplanung von Baufachleuten eine Baugenehmigung für das Hotel im August 2021. Dementsprechend habe die Stadtgemeinde die Zuschlagsentscheidung für das Hotel in einer Sondergemeinderatssitzung am 22. Dezember 2020 geplant, damit in der knappen aber vermutlich gerade ausreichenden Zeit bis August 2021 alle vom Erwerber einzuholenden verwaltungsrechtlichen Genehmigungen für das Hotel eingeholt werden können. Unter Berücksichtigung der Entscheidungsfrist von zwei Monaten sei vor diesem Hintergrund eine einstweilige Verfügung gerade noch hinzunehmen, wenn die Zuschlagsentscheidung dann unmittelbar nach der Entscheidung des LVwG erfolgen könne. Dies sei jedoch nur möglich, wenn die Kommission die Angebote der Bieter für die Hotel- und Wohnbauliegenschaft öffnen dürfe, um sie inhaltlich prüfen und bewerten zu können.

Dabei sei auf folgende Besonderheit aufmerksam zu machen: Entsprechend der für die Bewertung der Angebote festgelegten Vorgangsweise sei das Angebot für den Abschluss des Baurechtsvertrages gleichzeitig Baukonzessionsvertrages betreffend die Hotelliegenschaft in einem (1) Kuvert und betreffend den Abschluss des Kauf- und Dienstbarkeitsvertrages für die Wohnbauliegenschaft und die Liegenschaft Tiefgarage in weiteren zwei (2) verschlossenen Kuverts, nämlich ein Kuvert beinhaltend das Angebot ausschließlich hinsichtlich des Kaufpreises und einem weiteren Kuvert mit dem Angebot betreffend die Konzepte für ein ganzjährig

belebendes Stadtviertel sowie für Ökologie abzugeben. Vorgesehen sei, dass von diesen drei Angeboten betreffend alle Bieter die Kuverts mit den Kaufpreisen für die Wohnbauliegenschaft erst dann geöffnet werden, wenn zuvor die inhaltliche Prüfung und Bewertung der Angebote für das Hotel und der Angebote für die Wohnbauliegenschaft abgeschlossen sei, damit diese Bewertung unbeeinflusst von der Höhe des für die Wohnbauliegenschaft gebotenen Kaufpreises erfolgt. Die inhaltliche Prüfung und Bewertung der Angebote sowohl für die Hotelliegenschaft als auch die Wohnbauliegenschaft nach den Zuschlagskriterien sei offenkundig mit erheblichem Zeitaufwand verbunden. Wenn die Angebote erst nach der Entscheidung über den Antrag auf Nachprüfung geöffnet werden dürften und erst danach mit der Sichtung und Bewertung begonnen werden könnte, wäre damit ein Zeitverlust von mehr als einem Monat verbunden. Nach derzeitigem Zeitplan habe die Stadtgemeinde die Zeit von 15.11. bis 22.12.2020, die ohnehin kurz bemessen sei, vorgesehen. Der Zweck der einstweiligen Verfügung, keine unumkehrbaren Tatsachen zu schaffen, könne auch erreicht werden, wenn mit dieser nur das Öffnen der Kuverts mit den Kaufpreisen für die Wohnbauliegenschaft und die Zuschlagserteilung untersagt werde. Die Feststellung der zu vergebenden Punkte aufgrund der gebotenen Kaufpreise für die Wohnbauliegenschaft sei letztlich eine reine Rechenoperation, sodass damit kein zusätzlicher relevanter Zeitaufwand verbunden sei. Insofern könnte nach Entscheidung in der Hauptsache, wenn diese nicht in einer Nichtigerklärung der Ausschreibung stehe, die Zuschlagsentscheidung innerhalb kurzer Zeit erfolgen und das oben dargestellte besondere öffentliche Interesse an einer raschen Zuschlagsentscheidung gewahrt werden.
Auch wenn das Bieterverfahren betreffend die Wohnbauliegenschaft nicht dem BVergGKonz unterliege, sei die Stadtgemeinde ausdrücklich bereit, im Fall einer bloß eingeschränkten einstweiligen Verfügung im oben genannten Sinn die Öffnung der Angebote für den Kaufpreis für die Wohnbauliegenschaft zu unterlassen, zumal eine derartige Vorgangsweise das gelindere Mittel darstelle, um den von der Antragstellerin angestrebten Rechtsschutz durch die vorläufige Maßnahme zu erreichen. Weiters sei anzumerken, dass die oben dargestellte Bearbeitungsmöglichkeit der Angebote für die Stadtgemeinde nur erreicht werde, wenn über die einstweilige Verfügung (genau) am 16.11.2020 entschieden werde. Dies wäre einerseits der letzte Tag der zehntägigen Frist gemäß § 20 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006. Andererseits sei am 16.11.2020 die Angebotsfrist bereits abgelaufen, die an diesem Tag (bereits) um 00:00 Uhr ende, sodass die Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht zu einer Unterbrechung der Angebotsfrist führe. Bei einer früheren Entscheidung über die einstweilige Verfügung könnten die Angebote der Bieter von der Stadtgemeinde dennoch nicht bearbeitet werden, weil dann die Verpflichtung zur Nichtöffnung der Angebote zwar nicht aufgrund der einstweiligen Verfügung, sondern aufgrund der noch nicht bzw. gerade noch nicht abgelaufenen Angebotsfrist bestehe.
Es werde daher beantragt, den Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückzuweisen, in eventu die einstweilige Verfügung nur mit der Einschränkung zu erlassen, dass der Auftraggeberin Stadtgemeinde G für

die Dauer des Nachprüfungsverfahrens bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Gerichts im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren lediglich die Öffnung der Angebote für die Kaufpreise betreffend die Wohnbauliegenschaft, nicht jedoch das Öffnen der Angebote für die Hotelliegenschaft, und die Zuschlagsentscheidung untersagt werde.

2.2. Der Antragstellerin wurde mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich vom 11. November 2020 die Stellungnahme der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht und die Möglichkeit zur Abgabe einer Äußerung eingeräumt. In der dazu ergangenen Entgegnung wurde im Wesentlichen ausgeführt, dass kein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen vorliege und das BVergGKonz jedenfalls anwendbar sei, da es sich gegenständlich nicht um eine Bau-, sondern um eine Dienstleistungskonzession handle. Im gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren seien sämtliche Voraussetzungen für eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz gegeben, da es sich um einen entgeltlichen Vertrag zwischen der Auftraggeberin und dem Auftragnehmer handle, der Auftragnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen betraut (=Betrieb des Hotels für 80 Jahre) werde und die Gegenleistung der Auftraggeberin in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung auf Basis eines Baurechts bestehe. Ein zusätzliches Entgelt, wie von der Auftraggeberin erwähnt, sei hingegen keine zwingende Voraussetzung. Das gesamte Betriebsrisiko sei vom Auftragnehmer zu tragen. Darüber hinaus bestehe an der gegenständlichen Konzession ein unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Auftraggeberin. Sie erhält für die Dauer des Konzessionsvertrages ein laufendes Entgelt (mind. 50.000 Euro pro Jahr). Dieses Entgelt lasse sich vom verpflichtenden Betrieb des Hotels rechtlich nicht entkoppeln, weshalb auch kein Zweifel an der Unmittelbarkeit des wirtschaftlichen Interesses der Auftraggeberin bestehen könne. Aufgrund des Vorliegens sämtlicher Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des BVergGKonz sei die Zuständigkeit des angerufenen Gerichts, das von der Auftraggeberin in der Bekanntmachung der Ausschreibung auch zutreffend benannt werde, unzweifelhaft gegeben.
Bezüglich der Aktivlegitimation bringt die Antragstellerin vor, dass, die Auftraggeberin offenbar aus dem Umstand, dass die Antragstellerin eine „Ein-Mann-GmbH“ sei, eine mangelnde Aktivlegitimation ableiten möchte, mit der Begründung, dass die Antragstellerin allein gar nicht die notwendige Eignung gemäß den Ausschreibungsbestimmungen erfüllen könne. Diese Argumentation sei schon deshalb nicht haltbar, da die Ausschreibungsbestimmungen rechtswidriger Weise gerade keine konkreten Mindestanforderungen an die Eignung enthalten würden. Die Auftraggeberin könne, selbst wenn noch eine Konkretisierung der Eignungsanforderungen möglich wäre, zum jetzigen Zeitpunkt unmöglich wissen, ob die Antragstellerin die Eignungsanforderungen (allenfalls sogar alleine) erfülle. Dies unabhängig davon, dass keinerlei Verpflichtung bestehe, die Eignungsanforderung ohne die Beiziehung Dritter zu erfüllen. Nach der jüngsten Berichtigung der Ausschreibung durch die Auftraggeberin wäre

inzwischen sogar die Bildung von Bietergemeinschaften zulässig. Schon davor wäre jedenfalls die Beiziehung von (auch eignungsrelevanten) Subunternehmern möglich gewesen und sei dies weiterhin möglich. Eine Verpflichtung, gegenüber der Auftraggeberin bereits vor Abgabe des Angebots allfällige Kooperationspartner offenzulegen, bestehe jedenfalls nicht und sei insbesondere keine Voraussetzung für die Darlegung der Antragslegitimation. Im Übrigen diene das vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren – insbesondere im Falle der Anfechtung von Ausschreibungsbestimmungen – nicht der Vorwegnahme der Eignungsprüfung. Entsprechend der Judikatur des EuGH sei die Antragslegitimation lediglich bei einem rechtskräftigen Ausschluss aus einem Vergabeverfahren zu verneinen.
Wolle man der Argumentation der Auftraggeberin folgen, könne sie durch Festlegung von diskriminierenden Eignungsanforderungen den vergaberechtlichen Rechtsschutz mangels Erfüllung dieser komplett abschneiden. Weiters sei der Umstand, dass seitens der Antragstellerin noch kein Angebot abgegeben worden sei irrelevant, da diskriminierende Ausschreibungsbestimmungen sowie Fehler in der Bekanntmachung oder bei der Verfahrenswahl auch ohne vorherige Angebotslegung bekämpft werden können. Unternehmer seien in diesen Fällen nicht gezwungen, zuvor aussichtslose Angebote bzw. aussichtslose Teilnahmeanträge zu stellen, um überhaupt erst die Antragslegitimation zu erhalten. Auch könne der Antragstellerin nicht zugemutet werden, in einem Konzessionsvergabeverfahren mit einer Vielzahl diskriminierender Bestimmungen, ein Angebot abzugeben. Die Angebotsfrist sei noch gar nicht abgelaufen und sei nach Angaben der Auftraggeberin auch noch von keinem anderen Bieter ein Angebot abgegeben worden. Zudem könne die Auftraggeberin selbst bei bereits abgegebenen Angeboten gar nicht wissen, ob sich die Antragstellerin bei ggf. bereits abgegebenen Angeboten beteiligt habe.

Zum besonderen öffentlichen Interesse wird ausgeführt, dass die Auftraggeberin in ihrer Stellungnahme nichts vorbringe, was als besonderes öffentliches Interesse qualifiziert werden könne und der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung entgegenstehen würde. Nach der Judikatur der Vergabekontrollbehörden zähle zu den besonderen öffentlichen Interessen grundsätzlich nur die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum. Eine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum sei durch eine für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens verzögerte Zuschlagserteilung eindeutig nicht gegeben und werde von der Auftraggeberin auch nicht behauptet. Darüber hinaus sei die Auftraggeberin verpflichtet, Verfahrensverzögerungen aufgrund von Nachprüfungsverfahren in ihrem Zeitplan zu berücksichtigen. Besondere öffentliche Interessen seien daher nicht ersichtlich. Vielmehr bestehe an einer vergaberechtskonformen Erteilung des Zuschlags an den Ersteller des tatsächlichen wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebotes ein öffentliches Interesse. Eine solche sei aber nur bei Stattgabe der einstweiligen Verfügung gewährleistet. Des Weiteren hätte der Eventualantrag der Auftraggeberin, dass ausschließlich die Öffnung der Angebote für die Wohnbauliegenschaft untersagt werden soll, nicht jedoch die Öffnung der

Angebote für die Hotelliegenschaft, eine vollkommene Aushebelung des provisorialen Rechtsschutzes zum Ergebnis. Einerseits sei nicht verständlich, weshalb gerade die Öffnung der Angebote im Konzessionsvergabeverfahren betreffend die Hotelliegenschaft nicht untersagt werden soll. Selbst nach den Festlegungen der Auftraggeberin würde zumindest dieser Bereich ja jedenfalls dem Rechtsschutz unterliegen. Auch für den Fall, dass es sich hier aber um ein Versehen in der Formulierung des Antrages handeln sollte, wäre dem Eventualantrag aber keinesfalls näher zu treten. Gerade die Frage, ob die Festlegung der Auftraggeberin, wonach ganze Teile der Ausschreibung nicht dem Vergaberechtsschutz unterworfen sein sollen, für nichtig zu erklären seien, werde im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu behandeln sein. Diese Nachprüfung durch das LVwG würde aber ausgehebelt werden, würde der Auftraggeberin die Fortsetzung auch nur dieses „Teilverfahrens“ gestattet werden. Ein wirksamer Rechtsschutz im Konzessionsvergabeverfahren sei nur bei Erlassung der einstweiligen Verfügung im beantragten Ausmaß gewährleistet. Auch der Eventualantrag der Auftraggeberin sei daher jedenfalls abzuweisen.

3. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

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 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 ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes sind die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden.

Gemäß § 1 Z. 1 BVergGKonz 2018 regelt dieses Bundesgesetz insbesondere die Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) durch Auftraggeber (Konzessionsvergabe-verfahren).

Gemäß § 5 Abs. 1 leg.cit. sind Baukonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung von Bauleistungen beauftragen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerkes oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Gemäß Abs. 2 sind Bauleistungen gemäß Abs. 1
1. die Ausführung oder die gleichzeitige Ausführung und Planung von Bauleistungen im Zusammenhang mit einer der in Anhang III genannten Tätigkeiten oder
2. die Erbringung einer Bauleistung durch Dritte gemäß den vom Auftraggeber genannten Erfordernissen, gleichgültig mit welchen Mitteln die Erbringung erfolgt, sofern der Auftraggeber einen entscheidenden Einfluss auf die Art und die Planung des Vorhabens hat.

Gemäß Abs. 3 muss mit der Vergabe einer Baukonzession auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerkes übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des vertragsgegenständlichen Bauwerkes wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

Gemäß § 6 Abs. 1 leg.cit. sind Dienstleistungskonzessionen entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Gemäß § 7 Abs. 1 leg.cit. sind Konzessionen, die sowohl Bau- als auch Dienstleistungen umfassen, nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben, die den Hauptgegenstand des Konzessionsvertrages bildet.

Zur Frage des Vorliegens einer Konzessionvergabe wird auf die Materialien, RV 69 der Beilagen XXVI. GP, hingewiesen, wonach der Begriff Konzessions-vergabeverfahren funktional und in seiner Gesamtheit zu prüfen ist.... Dient er dem Erwerb einer Bauleistung und besteht die Gegenleistung entweder in einem Nutzungsrecht am Bauwerk (oder in einem derartigen Recht kombiniert mit einer Zahlung), so handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang, der der Richtlinie 2014/13/EU und dem BVerkGKonz unterliegt. In Verbindung mit den Bestimmungen der §§ 5 und 6 folgt daraus, dass im Kontext der „Konzessionsvergabe“ nur synallagmatische Vertragsverhältnisse den Regelungsgegenstand des Gesetzes bilden. …….
„Für die Abgrenzung eines Konzessionsvertrages von einem (öffentlichen) Auftrag ist zum einen die Art der Gegenleistung relevant. So besteht die Gegenleistung bei einer Konzession entweder allein in dem Recht zur Nutzung des vertragsgegenständlichen Bauwerks bzw. der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises durch den Auftraggeber. Zum anderen muss bei einem Konzessionsvertrag das Betriebsrisiko auf den Konzessionär übertragen werden.“ Dazu halten die EG 18-20 der RL. 2014/23/EU Folgendes fest:
„….Das Hauptmerkmal einer Konzession, nämlich das Recht, die betreffenden Bauwerke oder Dienstleistungen zu nutzen, schließt stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer ein, einschließlich der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern bleibt. ….
Ein Betriebsrisiko sollte sich aus Faktoren ergeben, die sich dem Einfluss der Vertragsparteien entziehen. …. Ein Betriebsrisiko sollte als das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein, verstanden werden, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko oder um beides zugleich handeln kann. ….
Zur Einschätzung des Betriebsrisikos sollte der Nettogegenwartswert aller Investitionen, Kosten und Einkünfte des Konzessionsnehmers in kohärenter und einheitlicher Weise herangezogen werden.“

Aus den der Antragstellung beigeschlossenen Unterlagen ist schon aus der „Grundlageninformation für Investoren“ ersichtlich, dass hinsichtlich Hotelliegenschaft ein Baurecht zur Errichtung und zum Betrieb eines Hotels samt Außenanlagen zu erwerben ist. Es gilt eine Sonderwidmung Tourismus. Es wird eine rechtliche Verpflichtung zur Errichtung und zum Betrieb des Hotels begründet. Auch dem den Unterlagen angeschlossenen Baurechtsvertrag gleichzeitig

Baukonzessionsvertrag ist jedenfalls die Beschaffung des Bauwerkes Hotel und Einräumung des Rechts der Nutzung des Bauwerkes samt Festlegung einer Betriebspflicht für das Hotel zu entnehmen. Im Hinblick auf die obigen Ausführungen ist jedenfalls die Anwendbarkeit des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018 nicht von vornherein ausgeschlossen.

Gleichfalls hat die Antragstellerin ihr Interesse an dem Auftrag dargelegt. Eine offenkundig fehlende Antragslegitimation liegt nicht vor.

Es war daher der Antrag als nicht offenkundig unzulässig zu betrachten.

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 der vorläufigen Aussetzung der Frist für die Einreichung von Angeboten bzw. des vorläufigen Angebotsöffnungsverbotes 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 ein Schaden entsteht, der nur durch die vorläufige Untersagung

der Öffnung der Angebote bzw. Aussetzung der Angebotsfrist 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.

Bei der Aussetzung der Angebotsfrist in Verbindung mit der Untersagung der Öffnung der Angebote durch die Auftraggeberin handelt es sich um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Da bei der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens der Auftraggeberin jede Möglichkeit der weiteren Handlung im Vergabeverfahren, also etwa auch die Berichtigung der Ausschreibung verunmöglicht wird, war dieses Mehrbegehren als „überschießend“ abzuweisen (vgl. BVA 9.12.2009, N/0117-BVA/02/2009-EV8).

Die Dauer der Aussetzung/Untersagung 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 des Laufs der Angebotsfrist (Fortlaufhemmung) bzw. die Untersagung der Angebotsöffnung für zwei Monate auszusprechen.

Die einstweilige Verfügung ist gemäß § 11 Abs. 4 Oö. VergRSG 2006 sofort vollstreckbar.

Zu 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