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-840217/6/Kl/Rd

Datum:
Linz, 1. Dezember 2020

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seine Richterin Dr. Klempt über den Antrag der L G m.b.H., S, S, vertreten durch D K Rechtsanwälte GmbH & Co KG, S, L, vom 26. November 2020, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Gemeinde S betreffend das Vorhaben „I H“

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, längstens aber bis 26. Jänner 2021, der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin Gemeinde S die Angebotsöffnung untersagt wird. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

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 26. November 2020 hat die L G m.b.H. (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung, in eventu die Bestimmungen des Angebotsschreibens für Bauleistungen, und zwar

- in Punkt B 5 Unterpunkt 2 („Wirtschaftliche Leistungsfähigkeit“) die Bestimmung: „KSV-Rating (z.B. Alpenländischer Kreditschutzverband 1870) maximal 399“
- in Punkt B 5 Unterpunkt 3 („Technische Leistungsfähigkeit“) die Bestimmung: „Mindestens eine Unternehmensreferenz, mit folgendem Mindestleistungsinhalt:

  d) Errichtung Misch-, Schmutz- oder Regenwasserkanalisation > 1.000 lfm
  e) Straßenbau > 8.000 m²
  f) Rückhaltebecken mit Rückhaltevolumen > 3.000 m³

  und nicht vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden.

  Die jeweiligen Projektsumfänge der Punkte a), b) oder c) müssen nicht in einem Auftrag erfüllt werden, sind aber innerhalb der jeweiligen Kategorie nicht aus einzelnen Aufträgen addierbar. Es ist möglich alle Kriterien mit einer Referenz nachzuweisen“.
- in Punkt B 6 (Zuschlagskriterium/Zuschlagskriterien) die Bestimmung:

  „Dabei werden folgende Zuschlagskriterien herangezogen:
  - Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 90);
  - Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Maximalpunkteanzahl von 10);

  In Summe können bei den 2 Zuschlagskriterien maximal 100 Punkte erreicht werden. Bestbieter ist jener Bieter, dessen (nicht auszuscheidendes) Angebot die meisten Punkte erzielt. Die Punkteermittlung erfolgt mathematisch gerundet auf ganze Punkte. Bei Punktegleichstand entscheidet der günstigere Preis.

  […]

  Die Bewertung der angebotenen Verlängerung der Gewährleistungsfrist erfolgt gemäß folgender Tabelle:

Verlängerung der Gewährleistungsfrist in Jahren:	Erzielbare Zusatzpunkte:
Verlängerung um ein (1) Jahr;	3,0 Punkte
Verlängerung um zwei (2) Jahre;	6,0 Punkte
Verlängerung um drei (3) Jahre;	10,0 Punkte“

für nichtig zu erklären (bzw iSd § 7 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 zu streichen), sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Öffnung der Angebote zu untersagen und das gesamte Vergabeverfahren „I H“ für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens, respektive bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, vorübergehend auszusetzen, gestellt. Im Übrigen

wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 4.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass Gegenstand des Vergabeverfahrens Erdbau- und Baumeisterarbeiten zur Errichtung von Infrastruktur zur Erschließung des Siedlungsgebietes H in S sei. Dabei handle es sich um einen Bauauftrag im offenen Verfahren im Unterschwellenbereich. Angefochten werde die am 12.11.2020 elektronisch über das ANKÖ-Vergabeportal zur Verfügung gestellte Ausschreibung (einschließlich Angebotsschreiben für Bauleistungen als Teil derselben).

Zum Sachverhalt wurde vorgebracht, dass das erste Vergabeverfahren, eingeleitet am 17.8.2020, am 11.11.2020 von der Auftraggeberin widerrufen worden sei.
Von der Antragstellerin wurden die Eignungs- und Zuschlagskriterien im ersten Vergabeverfahren dahingehend geschildert, dass
Punkt B 5 auf Seite 5/45 des Angebotsschreibens (Ausschreibung) vom 17.8.2020 bezüglich der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit ua ein KSV-Rating von maximal 299 vorsah. Die technische Leistungsfähigkeit war dahingehend geregelt, dass „Mindestens zwei Unternehmensreferenzen, mit folgendem Mindest-leistungsinhalt:

a) Errichtung Misch-, Schmutz- oder Regenwasserkanalisation > 1.000 lfm
b) Straßenbau > 8.000 m²
c) Rückhaltebecken mit Rückhaltevolumen > 3.000 m³

und nicht vor mehr als fünf Jahren (gerechnet ab dem Ende der Angebotsfrist) abgeschlossen wurden. Die jeweiligen Projektsumfänge der Punkte a), b) oder c) sind nicht aus einzelnen Aufträgen addierbar“. Gemäß Punkt B 6 der Ausschreibung vom 17.8.2020 sollte der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden, wobei folgende Zuschlagskriterien vorgesehen waren:
„[…]

- Gesamtangebotspreis (Maximalpunkteanzahl von 85);
- Verlängerung der Gewährleistungsfrist (Maximalpunkteanzahl von 10);
- Preisliche Ausgewogenheit der Kalkulation (Maximalpunkteanzahl von 5).

In Summe können bei den 3 Zuschlagskriterien maximal 100 Punkte erreicht werden. Bestbieter ist jener Bieter, dessen (nicht auszuscheidendes) Angebot die meisten Punkte erzielt“. Daran anschließend seien Bewertungsschemen für die einzelnen Zuschlagskriterien angeführt gewesen.

Die Antragstellerin habe in diesem ersten Vergabeverfahren ein ausschreibungs-konformes Angebot zu einem Angebotspreis (inkl. USt) iHv 2,338.706,66 Euro gelegt und habe sämtliche in der Ausschreibung geforderten Voraussetzungen erfüllt.
Die Angebotsöffnung habe am 14.9.2020 stattgefunden. Insgesamt seien 9 Angebote eingereicht worden. Das Angebot der Antragstellerin sei preislich an

zweiter Stelle gelegen. Darüber hinaus habe sie im Begleitschreiben zum Angebot unter ausdrücklicher Bezugnahme auf Punkt B 6 des Anbotsschreibens die Gewährleistung um 3 Jahre verlängert, sodass davon auszugehen sei, dass das Angebot der Antragstellerin auch qualitativ an zweiter Stelle gelegen sei. Das Angebot der Baumeister K F Hoch- und TiefbauG mbH mit einem Angebotspreis (inkl USt) iHv 2,014.232,52 Euro sei vor jenem der Antragstellerin gelegen.
Weder die Fa. F noch die von ihr in diesem ersten Verfahren benannten Subunternehmer erfüllten jedoch die geforderten (unter Pkt. 3.1.1. angeführten) Eignungskriterien (Referenzen und KSV-Rating), sodass ihr Angebot ua gemäß § 141 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 zwingend auszuscheiden gewesen wäre und für die Zuschlagsentscheidung nicht in Betracht gekommen sei. Die anderen Angebote seien preislich hinter dem Angebot der Antragstellerin gelegen. Die Antragstellerin wäre somit in diesem ersten Verfahren Bestbieterin und präsumtive Zuschlagsempfängerin gewesen.
Am 11.11.2020 sei das erste Vergabeverfahren von der Auftraggeberin gemäß § 150 Abs. 7 BVergG 2018 widerrufen worden. Dagegen sei von der Antragstellerin ein Feststellungsantrag eingebracht worden.

Am 12.11.2020 sei der gegenständliche Auftrag neuerlich ausgeschrieben und bekannt gemacht worden. Ein Vergleich der den Ausschreibungen vom 17.8.2020 einerseits und vom 12.11.2020 andererseits zugrundeliegenden Leistungsverzeichnisse einschließlich Mengen und Massen ergebe keinerlei Unterschiede. Der gegenständliche Auftrag sei daher in leistungsinhaltlicher Hinsicht unverändert geblieben. Geändert worden seien nur die (ursprünglich von der Antragstellerin erfüllten!) Eignungs- und Zuschlagskriterien. So sei bei den Eignungskriterien im Vergleich zur ursprünglichen Ausschreibung das KSV-Rating von maximal 299 auf weniger strenge 399 geändert, die Referenzen von zwei auf eine herabgesetzt und abgeschwächt und bei den Zuschlagskriterien (bei Entfall eines der ursprünglich 3 Kriterien) die Gewichtung des Preises von 85 auf 90 Punkten hinaufgesetzt worden. Diese Änderungen seien nur deswegen vorgenommen worden, um der Fa. F im neuen Verfahren die Legung eines neuen (diesmal ausschreibungskonformen) Angebots zu ermöglichen und (über die Aufwertung des Preiskriteriums) ihre Chancen noch weiter zu erhöhen. Dementsprechend sei auch das Formblatt „Erklärung über Referenzen“ des Angebotsschreibens vom 12.11.2020 angepasst worden.

Die Antragstellerin sei ein Bauunternehmen und errichte insbesondere auch öffentliche Infrastruktureinrichtungen bzw. –anlagen (Straßen, Kanäle, Wasserleitungen etc.) für öffentliche Auftraggeber, v.a. Gemeinden. Sie sei ein geeignetes Unternehmen, habe bereits beim ersten Vergabeverfahren ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und habe ein großes Interesse daran, auch im nunmehrigen Verfahren anzubieten bzw. ein Angebot zu legen und den Zuschlag bzw. Auftrag zu erhalten. Sie erfülle alle Voraussetzungen für eine Angebotslegung.

Von der Antragstellerin wurde ausführlich ihr Interesse am Vergabeverfahren dargestellt und ein erheblicher, unwiederbringlicher materieller und immaterieller Schaden geltend gemacht. Darüber hinaus drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts und seien ihr gegenständlich bislang Sach- und Personalkosten iZm der Erstellung des Angebots und der Zusammenstellung der Angebotsunterlagen erwachsen, zudem drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen branchenüblichen Verdienstes bzw. Gewinns sowie seien Kosten der rechtsfreundlichen Beratung frustriert.

Die Antragstellerin erachte sich in ihren Rechten auf

- eine rechtskonforme (Gestaltung bzw. Formulierung der) Ausschreibung, einschließlich der Eignungs- und Zuschlagskriterien;
- Unterlassung einer rechtswidrigen Ausschreibung, insbesondere einer solchen, deren darin enthaltenen Kriterien so gestaltet sind, dass sie ein bestimmtes (vom Auftraggeber gewünschtes) Unternehmen bevorzugen, insbesondere indem sie es in die Lage versetzen, überhaupt anbieten zu können, und ihm eine höhere Chance auf den Zuschlags- bzw. Auftragserhalt einräumen;
- Angebotslegung auf Basis einer rechtskonformen Ausschreibung;
- Durchführung eines gesetzes- und ausschreibungskonformen Vergabeverfahrens bzw. auf Unterlassung der Durchführung eines nicht rechtskonformen Vergabeverfahrens, um als geeignetes Unternehmen im gegenständlichen Verfahren die Möglichkeit zu haben, ein Angebot zu legen und den Zuschlag / Auftrag zu erhalten;
- Einhaltung der in § 20 Abs. 1 und 9 BVergG 2018 demonstrativ angeführten Grundsätze des Vergabeverfahrens (wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes);
- Einhaltung der Grundrechte, insbesondere des Gleichheitssatzes (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG, Art. 20 GRC);
- Unterlassung einer Auftragsvergabe über eine mehrere gesonderte Schritte umfassende künstliche Konstruktion, konkret durch Widerruf und Neuausschreibung des gegenständlichen Auftrages, um den Zuschlag / Auftrag einem bestimmten (vom Auftraggeber gewünschten) Unternehmen (konkret: der Fa. F) erteilen zu können,

verletzt.

Zu den Gründen für die Rechtswidrigkeit wurde seitens der Antragstellerin ausgeführt, dass die angefochtene Ausschreibung gar nicht oder zumindest nicht mit den unter Pkt. 3.2. des Antrages angeführten Bestimmungen erfolgen hätte dürfen, weil die im Vergleich zur Ausschreibung im ersten Vergabeverfahren leistungsinhaltlich unveränderte (neue) Ausschreibung als solche bzw. in ihrer Gesamtheit und die unter Pkt. 3.2. angeführten Eignungs- und Zuschlagskriterien in der Ausschreibung rechtswidrig seien.

Die von der Antragstellerin geltend gemachten Rechtswidrigkeiten bzw. –verletzungen seien für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil sich bereits im ersten Vergabeverfahren gezeigt habe, dass einerseits die (in diesem ersten Verfahren nicht geeignete) Fa. F bereit sei, einen (betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbaren) Preis anzubieten, der weitaus günstiger sei als der ihrer Mitbewerber (und zwar um nahezu 14 % im Vergleich zum Angebot der Antragstellerin und noch weiter im Vergleich zu den preislich nachgereihten Angeboten), und andererseits die Auftraggeberin nicht gewillt sei, anderen (geeigneten, aber teureren) Unternehmen den Zuschlag bzw. Auftrag zu erteilen, sodass davon auszugehen sei, dass die Fa. F auf Grundlage der rechtswidrigen Ausschreibung im gegenständlichen Vergabeverfahren nunmehr den Zuschlag erhalten werde. Weiters ermögliche die gegenständlich angefochtene – gegenüber der Ausschreibung im ersten Vergabeverfahren leistungsinhaltlich unveränderte – Ausschreibung, dass potentielle Bieter im gegenständlichen Verfahren zu Dumping-Preisen anbieten oder sich untereinander absprechen, da ihnen ihre Mitbewerber sowie die von diesen für die ausgeschriebene Leistung gebotenen Preise ja bekannt seien. Der Ausgang des Vergabeverfahrens werde durch die angefochtene rechtswidrige Ausschreibung daher wesentlich beeinflusst. Würde die konkrete Ausschreibung für nichtig erklärt werden, könnte der gegenständlich inhaltlich unverändert neu ausgeschriebene Auftrag nicht an die Fa. F oder an ein Unternehmen, welches Dumping-Preise anbiete oder sich mit seinen Mitbewerbern abspreche, vergeben werden. Selbst die Nichtigerklärung der einzelnen inkriminierten Bestimmungen in der Ausschreibung wäre für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss, weil in diesem Fall zumindest jene Kriterien wegfallen würden, welche vor dem Hintergrund des ersten Vergabeverfahrens in zumindest mittelbar diskriminierender Weise ein bestimmtes Unternehmen, bevorzuge.

Von der Antragstellerin wurde der Widerspruch der angefochtenen Ausschreibung zu den vergaberechtlichen Grundsätzen im Antrag ausführlich aufgezeigt, ebenso die Rechtswidrigkeit einzelner Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin auf die Ausführungen zum Hauptantrag verwiesen. Weiters wurde vorgebracht, dass der Antragstellerin bei Fortsetzung des Verfahrens ein erheblicher, unwiederbringlicher materieller und immaterieller Schaden und insbesondere auch in Gestalt des Verlusts des gegenständlichen Auftrages drohe. Weiters wurde auf den drohenden Verlust eines Referenzprojektes hingewiesen. Diese Nachteile würden nur durch ein vorübergehendes Aussetzen des gesamten Verfahrens abgewendet werden, da die geltend gemachten Rechte und Ansprüche der Antragstellerin nur wirksam gesichert werden können, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand gehalten werde, der eine Angebotslegung auf Grundlage einer rechtskonformen Ausschreibung und

wiederum auf dieser Basis eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an die Antragsteller ermögliche. Das Interesse der Antragstellerin werde daher nur gewahrt, wenn durch eine einstweilige Verfügung sichergestellt sei, dass während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens das gegenständliche Verfahren ausgesetzt und die auf Grundlage einer rechtswidrigen Ausschreibung einlangenden Angebote nicht geöffnet und letztlich der Zuschlag bzw. Auftrag nicht vergeben werden dürfe. Anderenfalls würde die Entscheidung des Gerichts in der Hauptsache ins Leere gehen.
Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stehe kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Verfahrens, an der Öffnung der Angebote und letztlich an der Zuschlagserteilung entgegen, welches über die bei jedem Vergabeverfahren bestehenden öffentlichen Interessen hinausgehe. Eine Gefahr für Leib und Leben oder eine besondere Dringlichkeit an der Durchführung des gegenständlichen Auftrages seien nicht ersichtlich. Auch die zeitliche Verzögerung begründe für sich allein kein überwiegendes Interesse des Auftraggebers, da dieser die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen habe. Weiters wäre der Auftraggeberin auch eine Aufhebung der gegenständlichen Ausschreibung (bzw. ein Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens) sowie der Widerrufserklärung im ersten Vergabeverfahren und in diesem eine Zuschlagsentscheidung zugunsten der Antragstellerin und damit eine Vergabe des gegenständlichen Auftrages ohne Zeitverzögerung möglich.
Unter Berücksichtigung der Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorrangs des primären – durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden – Rechtsschutzes und des VfGH, wonach bei der Interessen-abwägung iZm dem Vergaberechtsschutz auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Best- bzw. Billigstbieter zu berücksichtigen ist, sei ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegenüber allfälligen Interessen an der Fortführung des Verfahrens eindeutig nicht gegeben.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Gemeinde S als Auftraggeberin sowie die vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Stellungnahme vom 30. November 2020 teilte die Auftraggeberin mit, dass das Begehren der Antragstellerin überschießend sei. Es werde kein Einwand dahingehend erhoben, dass durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich eine einstweilige Verfügung dahingehend erlassen werde, dass für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist im Vergabeverfahren ausgesetzt werde. Eine einstweilige Verfügung mit diesem Inhalt sei ausreichend, um den Rechtsschutz für die Antragstellerin im konkreten Vergabeverfahren zu gewährleisten.
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 B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch die Gemeinden. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 leg.cit.

3.2. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagsentscheidung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 15 lit a BVergG 2018) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Bauauftrages sind die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden.

3.3. Gemäß § 8 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers bzw. einer Unternehmerin, dem bzw. der die Antragsvoraussetzungen nach § 3 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet scheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 11 Abs. 1 leg.cit. sind vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bieter bzw. Bewerberinnen oder Bieterinnen und des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese

Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf ihre Erlassung abzuweisen.

Gemäß § 11 Abs. 2 leg.cit. können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin bis zur Entscheidung über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Gemäß § 11 Abs. 3 leg.cit. ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wird, außer Kraft.

3.4. Bereits zu der vorausgegangenen sinngemäßen Regelung des Bundesvergabegesetzes 1997 führte Elsner, Vergaberecht (1999), auf Seite 86 aus: Die Entscheidung hängt von einer Abwägung der möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers und einem allfälligen besonderen öffentlichen Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens ab. Dabei muss es sich um ein "besonderes" öffentliches Interesse handeln. Es wird nämlich (hoffentlich) bei jeder öffentlichen Auftragsvergabe ein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens und Vergabe eines Auftrages bestehen. Aber auch daran, dass Vergabeverfahren fehlerfrei ablaufen, besteht öffentliches Interesse. Eine Nichterlassung einstweiliger Verfügungen wird daher nur bei sonstiger Gefahr für Leib und Leben und besonderer Dringlichkeit zulässig sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn besondere Interessen der Daseinsvorsorge gefährdet würden.

Art 2 Abs. 4 Satz 1 (entspricht nunmehr Art 2 Abs. 5) der Rechtsmittelrichtlinie darf nicht fälschlicherweise so ausgelegt werden, dass der vorläufige Rechtsschutz regelmäßig leerläuft. Mit diesem Interesse ist nicht das bei jeder Auftragsvergabe bestehende öffentliche Interesse an der zügigen Abwicklung gemeint. Nach der Beschlusspraxis des EuGH kommt es in der Interessensabwägung maßgeblich darauf an, wer durch sein Verhalten die besondere Dringlichkeit der Auftragsvergabe verursacht hat. Für die öffentlichen Auftraggeber ergibt sich daraus eine echte Obliegenheit zu rechtzeitig geplanten und durchgeführten Beschaffungsvorgängen. Das Rechtsschutzinteresse des diskriminierten Bieters kann insoweit nur vom vorrangigen Schutz überragend wichtiger Rechtsgüter der Allgemeinheit zurückgedrängt werden (vgl. Schenk, Das neue Vergaberecht, 1. Auflage 2001, S. 172f).

Auch der Verfassungsgerichtshof hat insbesondere in seiner Entscheidung zu Zl. B 1369/01 vom 15.10.2001 ein öffentliches Interesse im Hinblick auf das

Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel in der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter gesehen, dem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens letztlich dienen soll.

3.5. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich beim gegenständlichen Vorhaben nicht um eine vordringliche Leistungserbringung handelt, kann daraus geschlossen werden, dass eine Gefährdung von Leib und Leben nicht aktuell ist. Auch trifft die Auftraggeberin im Hinblick auf die Rechtsnatur des Provisorialverfahrens und auf die allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren die Behauptungslast betreffend die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Die Auftraggeberin hat im Verfahren konkrete, mit der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohende Nachteile nicht dargelegt, sodass davon auszugehen ist, dass die nachteiligen Folgen 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 des Vergabeverfahrens 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 auf Untersagung der Angebotsöffnung stattzugeben. Da gemäß § 11 Abs. 2 leg.cit. die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen ist, war aber nicht das gesamte Vergabeverfahren auszusetzen, sondern lediglich der Lauf der Angebotsfrist.
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 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/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. einer Auftraggeberin unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit die Möglichkeit besteht, die Aussetzung 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