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-840223/4/Kl/Rd

Datum:
Linz, 18. Februar 2021

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 W T B GmbH, U, P, vertreten durch KWR K W Rechtsanwälte GmbH, F, W, vom 15. Februar 2021, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der x Betriebsgesellschaft mbH, betreffend das Vorhaben „K – N - B“

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 x Betriebsgesellschaft mbH die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 15. April 2021, 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

1. Mit Eingabe vom 15. Februar 2021 hat die W T B GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) Anträge auf Nichtigerklärung der Ausscheidens- sowie 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 insgesamt 13.800 Euro, beantragt. Zudem wurde, für den Fall, dass aufgrund der Loseregelung von einem Bauauftrag im Unterschwellenbereich auszugehen ist, die Rückerstattung der zu viel einbezahlten Pauschalgebühren beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass nach Angabe der Auftraggeberin das gegenständliche Beschaffungsvorhaben gemäß § 5 BVergG 2018 als Bauauftrag im Oberschwellenbereich zu qualifizieren sei. Der Zuschlag soll nach dem Bestbieterprinzip erteilt werden. Neben dem Preis seien die Verlängerung der Gewährleistungsfrist, die Berufserfahrung des Bauleiters und die Referenzprojekte des Bauleiters als Zuschlagskriterien definiert worden. Die Legung von Alternativ- und Variantenangeboten sei unzulässig. Die Bekanntmachung erfolgte am 18. Dezember 2020 im Supplement S des Amtsblattes der Europäischen Union (ABl. Nr. 2020/S 247-609732) sowie über die Vergabeplattform des ANKÖ. Im Zuge der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens sei auch ein entsprechender Datensatz der Ausschreibungsunterlagen verfügbar gemacht worden und endete die Frist zur Abgabe der Angebote am 26. Jänner 2021, 12:00 Uhr.

Die Antragstellerin habe die Ausschreibungsunterlagen behoben und fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot über die vorgesehene Vergabeplattform abgegeben. Das Angebot sei rechtzeitig eingelangt und habe den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen entsprochen. Die Angebotsöffnung habe am 26. Jänner 2021 mit dem Ergebnis stattgefunden, dass das Angebot der Antragstellerin anhand der festgelegten Zuschlagskriterien an erster Stelle mit 100 Punkten von 100 möglichen Punkten zu reihen gewesen sei.

Am 29. Jänner 2021 sei der Antragstellerin in einem schriftlichen Aufklärungsersuchen mitgeteilt worden, dass ihrem rechtzeitig eingelangten Angebot keine entsprechende Bestätigung über die erfolgte Besichtigung beigelegt worden sei. Die Antragstellerin sei aufgefordert worden, bis längstens 2. Februar 2021 eine entsprechende Bestätigung über die erfolgte Besichtigung nachzureichen. Dem Ersuchen sei die Antragstellerin mit 1. Februar 2021 nachgekommen und habe bestätigt, dass eine Besichtigung der örtlichen Gegebenheiten am 13. Jänner 2021 stattgefunden habe. Ein entsprechender Fotonachweis sei beigelegt worden.

Am 5. Februar 2021 seien der Antragstellerin die nunmehr angefochtene Ausscheidensentscheidung und gleichzeitig auch die ebenfalls angefochtene Zuschlagsentscheidung über die Vergabeplattform übermittelt worden. Die Ausscheidensentscheidung sei damit begründet worden, dass das Angebot der Antragstellerin mit zwingenden Ausscheidensgründen (nicht eindeutig befüllte Bieterlücke und nicht erfolgte Besichtigung bzw. fehlender Nachweis) behaftet sei. Darüber hinaus hätte auf eine vertiefte Prüfung der aufgetretenen Preisauffälligkeiten verzichtet werden können. Die übermittelte Zuschlagsentscheidung sei aufgrund dieses (rechtswidrigen) Ausscheidens zugunsten des ursprünglich zweitgereihten Bieters ausgefallen. Dieses Ausscheiden vom 5. Februar 2021 sei im Ergebnis jedoch rechtswidrig und widerspreche den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen. Auch sei die gleichzeitig übermittelte Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, da die Antragstellerin als im Verfahren verbliebener und im Ergebnis erstgereihter Bieter (und somit als Zuschlagsempfänger) zu qualifizieren sei.

Auf die evidente Rechtswidrigkeit sowohl der Ausscheidens- als auch Zuschlagsentscheidung habe die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin die vergebende Stelle in einem entsprechenden Schreiben vom 9. Februar 2021 hingewiesen. Die Rechtswidrigkeit sei jedoch von der vergebenden Stelle nicht behoben worden, weshalb für die Antragstellerin keine andere Möglichkeit bestehe, als diese im Rahmen des gegenständlichen Nachprüfungsantrages aufzugreifen und die Nichtigerklärung der Ausscheidens- wie auch der Zuschlagsentscheidung zu beantragen.

Bezüglich der Zuständigkeit wurde ausgeführt, dass die Auftraggeberin öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 sei und sich die Zuständigkeit des LVwG Oberösterreich aus Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG ergebe, da die Auftraggeberin in den Vollziehungsbereich der Länder falle.

Die bekämpfte Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung sei jeweils mit 5. Februar 2021 datiert und ende die Frist zur Einbringung eines Antrages auf Nachprüfung und der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am 15. Februar 2021.

Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich laut Ausschreibungsunterlagen um einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich. Eine losweise Vergabe, infolge der Aufgliederung des Vorhabens in mehrere Gewerke wurde in den Ausschreibungsunterlagen nicht vorgesehen bzw. festgehalten. Die Antragstellerin gehe daher derzeit davon aus, dass es sich bei dem ausgeschriebenen Bauauftrag um einen solchen im Oberschwellenbereich handle, weshalb aus anwaltlicher Vorsicht (zunächst) die höhere Pauschalgebühr für Bauaufträge im Oberschwellenbereich entrichtet worden sei. Festzuhalten sei jedoch auch, dass

der geschätzte Auftragswert der hier konkret ausgeschriebenen Leistungen jedenfalls im Unterschwellenbereich liege.
Sofern es sich bei gegenständlichem Vergabeverfahren gemäß § 22 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 im Ergebnis dennoch um die Vergabe eines Loses (Baumeisterarbeiten) eines Gesamtvorhabens handeln sollte (dessen geschätzter Auftragswert den Schwellenwert für den Oberschwellenbereich deutlich nicht erreicht) werde die Rückerstattung der zu viel entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Zur Rechtswidrigkeit des Ausscheidens wurde vorgebracht, dass die Ausscheidensentscheidung insgesamt nicht mit dem BVergG 2018 im Einklang stehe, da das Ausscheiden rechtswidrig sei und den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen widerspreche. Ohne dieses rechtswidrige Ausscheiden sei die Antragstellerin jedenfalls als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln und ihr der Zuschlag zu erteilen gewesen. Der sich hieraus ergebende Schaden sei evident.

Die Ausscheidensentscheidung vom 5. Februar 2021 werde zunächst damit begründet, dass die ausgefüllte Bieterlücke zur Pos. 06 14 00 A „Material zu 06.14n.W.An“, „nicht die Anforderungen eines eindeutig identifizierbaren und damit prüfbaren Positionsinhaltes“ erfülle. Dabei handle es sich nach Ansicht der Auftraggeberin um einen unbehebbaren Mangel. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei daher zwingend gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen. Der monierte Ausscheidenstatbestand liege jedoch nicht vor und sei das Ausscheiden der Antragstellerin sohin rechtswidrig.

Der seitens der Antragstellerin in die betroffene Bieterlücke eingetragene Inhalt (Angabe in Betracht kommender Materialien/Hersteller) entspreche eben gerade den (wenn auch ggf. unklaren) Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen. Wie aus Positionstext zu 06 14 00 A selbst hervorgehe, sei seitens der Bieter das zu verwendende Material zu den Positionen der ULG 06.14 anzugeben gewesen. Weitere Festlegungen oder Anforderungen an die einzusetzenden Materialien seien der Bieterlücke nicht zu entnehmen gewesen. Insbesondere seien keine Details hinsichtlich der konkret geforderten und letztendlich anzubietenden Qualitäten normiert gewesen.

Die Angabe eines konkreten Produkts oder Artikels sei nicht gefordert worden. Dies wäre mit den in der Position sehr kurz gehaltenen und oberflächlichen Angaben (bloße Angabe eines „Kunststoffkanalrohrs“ ohne weitere Angabe der Steifigkeitsklasse, allfällig erhöhte Anforderungen im Falle von Überschüttungen oder der Einbautiefe, PVC-Freiheit oä.) auch gar nicht möglich gewesen. Es sei lediglich die Dimensionierung vorgegeben worden. Somit seien von der Antragstellerin Kunststoffkanalrohre mit dem Durchmesser DN100 und DN150

vom Hersteller R oder P angeboten worden. Insbesondere fehlen in den Ausschreibungsunterlagen auch weitere Details zur Verbauung selbst.

Auf Grundlage dieser sehr oberflächlichen Festlegungen in der betroffenen Position wie auch der Bezugnahme auf „Materialien“ habe die Antragstellerin die Bieterlücke nur derart verstehen können, dass hier die Materialien entsprechender Hersteller einzutragen seien und eingetragen werden können. Unklare Festlegungen gehen zu Lasten der Auftraggeberin; dies schon vor dem Hintergrund, dass es sich um „Z-Positionen“ handle und damit von der Auftraggeberin selbst formuliert worden seien. Aufgrund der Festlegung „Wahl des Auftragnehmers“ sei dabei auch das Anführen mehrerer Materialien zulässig gewesen. Bereits aus diesem Grund sei die Bieterlücke ausschreibungskonform ausgefüllt worden. Die Bekanntgabe konkreter Produkte oder Artikel sei in den Ausschreibungsunterlagen nicht verlangt und auch mangels näherer Vorgaben der Auftraggeberin nicht möglich gewesen.

Sollte tatsächlich der Ansicht der Auftraggeberin zu folgen sein, dass die betroffene Bieterlücke die Angabe eines konkreten Einzelprodukts erfordere, so sei das konkrete Vergabeverfahren mangels Vergleichbarkeit der Angebote zu widerrufen. Das Fehlen jeglicher Vorgaben betreffend die technische Ausführung, Material oder Qualität der einzutragenden „Materialien“ würde dazu führen, dass seitens der Bieter gänzlich unterschiedliche Produkte angeboten würden (und dies nach dem Verständnis der Auftraggeberin sogar ausschreibungskonform wäre). Die Angebote wären dann aufgrund des Anbietens gänzlich unterschiedlicher Produkte nicht vergleichbar und das Vergabeverfahren im Ergebnis zwingend zu widerrufen.

Der Umstand, dass im Leistungsverzeichnis keine detaillierten Angaben und Qualitätsanforderungen an die anzubietenden Rohre festgelegt wurden (wodurch ausschließlich ein Hersteller/Material, nicht hingegen ein konkretes Produkt/Artikel eingetragen werden konnte), könne auch nicht zum Nachteil der Antragstellerin ins Treffen geführt werden.

Den Ausführungen in der Ausscheidensentscheidung folgend sei das Angebot der Antragstellerin auch deshalb auszuscheiden gewesen, da eine Besichtigung iSd Festlegungen der Ausschreibung nicht nachgewiesen werden konnte und ein vermeintlich formal festgelegter Nachweis nicht beigebracht worden wäre. Das Angebot der Antragstellerin widerspreche den Ausschreibungsbestimmungen und sei daher zwingend gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen. Auch dieser zweite vermeintliche Ausscheidensgrund liege jedoch nicht vor.

Bereits mit Schreiben vom 1. Februar 2021 habe die Antragstellerin in Beantwortung des Aufklärungsersuchens der vergebenden Stelle umfassend dargelegt, dass eine Besichtigung stattgefunden habe und diese auch iSd Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen nachgewiesen worden sei.

Entgegen den Ausführungen in der Ausscheidensentscheidung werde in den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen nicht verlangt, dass ein Nachweis der Besichtigung zwingend in Form einer Bestätigung durch die vergebende Stelle zu erbringen sei. Insbesondere finden sich auch keine Ausführungen hinsichtlich eines vermeintlich „formal festgelegten Nachweises“. Ein derartiger Nachweis existiere nicht. Vielmehr sei in den Ausschreibungsbestimmungen (Pkt. 1.5 der Ausschreibungsunterlage) festgelegt, dass der Zugang zum Areal jederzeit möglich sei und der Zugang zu den Gebäuden nach Voranmeldung gestattet sei. Es habe jedenfalls eine verpflichtende Besichtigung zu erfolgen. Die vergebende Stelle werde eine entsprechende Bestätigung über die erfolgte Besichtigung ausstellen. Angebote von Bietern die keine Besichtigung nachweisen können, werden nicht berücksichtigt und ausgeschieden.
Besichtigungen seien im Zeitraum von 11. bis 15. Jänner 2021 möglich. Terminanfragen seien über die Vergabeplattform ANKÖ oder direkt an den Ausschreiber zu richten (Herr O B, +43 (0) x)

Festgelegt werde somit ausschließlich, dass jene Bieter ausgeschieden werden, die keine Besichtigung nachweisen können. Die Form des letztendlichen Nachweises (bspw. zwingend in Form einer Bestätigung ausschließlich durch die vergebende Stelle) werde gerade nicht vorgegeben. Darüber hinaus sei nicht festgelegt worden, in welchem konkreten Ausmaß oder Umfang die Besichtigung zu erfolgen habe. Diese Unklarheit könne nicht zu Lasten der Antragstellerin ausgelegt werden. Dass eine Besichtigung seitens der Antragstellerin stattgefunden habe, sei der Auftraggeberin umfassend nachgewiesen worden.

Hieran ändere auch die Festlegung in Pos. 02 87 des Leistungsverzeichnisses nichts. Ein Unterbleiben des darin festgelegten, gemeinsamen Besichtigungstermins mit dem Bauherrenvertreter Herrn B betreffe ausschließlich Sanktionen im Bereich der Nachforderungen, sohin die Geltendmachung von Mehrkosten im Zuge der Abwicklung des Bauauftrags. Eine Ausscheidenssanktion werde hier gerade nicht normiert. Eine Ausscheidenssanktion sei in der Ausschreibungsunterlage lediglich für Angebote jener Bieter vorgesehen, die keine Besichtigung nachweisen können. Eine konkrete Form des Nachweises werde gerade nicht festgelegt (ein vermeintlich „formal festgelegter Nachweis“ existiere sohin nicht). Der seitens der Antragstellerin bereits erbrachte umfassende Nachweis der erfolgten Besichtigung entspreche somit den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen. Auch aus diesem Grund sei die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig und somit für nichtig zu erklären.

Bezüglich der unvollständigen Angebotsprüfung wurde von der Antragstellerin angemerkt, dass im Vergabeverfahren eine vollständige und abgeschlossene Angebotsprüfung offenbar nicht erfolgt sei. Dies sei bereits daraus ableitbar, dass in der Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung ein pauschaler „Vorbehalt“ angeführt werde, demzufolge die Auftraggeberin auf eine vertiefte Prüfung, der

(aus ihrer Sicht) aufgetretenen Preisauffälligkeit, verzichtet habe, da das Angebot der Antragstellerin bereits aus den genannten Gründen jedenfalls auszuscheiden gewesen sei.
Die ergangene Ausscheidensentscheidung sei offenbar versandt worden, bevor das Angebot der Antragstellerin vollständig geprüft worden sei. Vor dem Hintergrund des knappen Preisabstandes zwischen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin sei der Hinweis auf angebliche Auffälligkeiten weder nachvollziehbar noch objektiv begründbar gewesen. Bezweifelt werden müsse, dass sohin auch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin abschließend geprüft worden sei. Die ergangene Ausscheidensentscheidung aber auch Zuschlagsentscheidung seien daher auch aufgrund der unvollständigen und nicht abgeschlossenen Angebotsprüfung rechtswidrig und für nichtig zu erklären gewesen.

Wenn im Schreiben vom 11. Februar 2021 darauf hingewiesen werde, dass bei Vorliegen eines Ausscheidensgrundes eine weitergehende Prüfung unterbleiben könne, so könne dies nur für rechtskonform herangezogene Gründe gelten.

Das rechtswidrige Ausscheiden des Angebots der Antragstellerin führe dazu, dass dieser in rechtswidriger Weise die Möglichkeit genommen werde, als Zuschlagsempfängerin des konkreten Vergabeverfahrens ermittelt zu werden. Dies auch vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin sämtliche Anforderungen der Ausschreibungsunterlagen erfülle.

Die Antragstellerin erachte sich daher aus all diesen Gründen durch die angefochtene Ausscheidensentscheidung in ihren Rechten auf Durchführung eines dem BVergG 2018 entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Zuschlagsempfängers, auf Nicht-Ausscheiden ihres Angebots sowie in eventu in ihrem Recht auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens verletzt.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung wurde ausgeführt, dass die Ausscheidensentscheidung rechtswidrig und für nichtig zu erklären sei. Das Angebot der Antragstellerin entspreche den Ausschreibungsbestimmungen. Wie bereits aus dem Öffnungsprotokoll und auch der Zuschlagsentscheidung entnommen werden könne, habe das Angebot der Antragstellerin anhand der Zuschlagskriterien 100 von 100 Punkten erreicht. Die Antragstellerin sei als erstgereihte Bieterin und somit als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln, nicht hingegen die ursprünglich zweitgereihte Bieterin.

Aufgrund des rechtswidrigen Ausscheidens der Antragstellerin sei die Zuschlagsentscheidung aber zugunsten des zweitgereihten Bieters getroffen worden. Infolge der Rechtswidrigkeit der Ausscheidensentscheidung sei auch die gleichzeitig übermittelte Zuschlagsentscheidung rechtswidrig, da die

Antragstellerin als im Verfahren verbliebener und im Ergebnis erstgereihter Bieter zu qualifizieren sei. Die Zuschlagsentscheidung sei somit rechtswidrig und für nichtig zu erklären.

Sollte das Angebot der Antragstellerin – wider Erwarten – doch auszuscheiden sein, seien die Angebote hinsichtlich der Pos. 06.14n.W.AN keinesfalls vergleichbar; Angaben zu näheren Qualitäten oder Verbauungsart fehlen. Das Verfahren könne diesfalls nicht durch Zuschlag beendet werden, sondern wäre vielmehr zu widerrufen.

Wie bereits angeführt, müsse aufgrund des „Vorbehalts“ zur Preisprüfung und dem marginalen Preisunterschied zwischen den Angeboten der Antragstellerin und jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin davon ausgegangen werden, dass auch das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht abschließend geprüft worden sein könne. Es werde um amtswegige Prüfung der Vollständigkeit der Angebotsprüfung ersucht.

Die Antragstellerin erachte sich daher aus all diesen Gründen durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung in ihren Rechten auf Durchführung eines dem BVergG 2018 entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter, auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Zuschlagsempfängers, auf Zuschlagerteilung sowie in eventu in ihrem Recht auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens verletzt.

Zum Interesse am Vertragsabschluss und Schaden brachte die Antragstellerin vor, dass sie sich am Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt habe. Bei rechtskonformem Vorgehen hätte die vergebende Stelle die Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebene Bieterin behandeln und in Folge zwingend als Zuschlagsempfängerin ermitteln müssen. Der Antragstellerin sei der Zuschlag zu erteilen.
Die Antragstellerin erleide einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbetrages samt entgangenem Gewinn. Weiters seien ihr Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und Rechtsberatungskosten erwachsen. Zudem drohe der Antragstellerin der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts. Dieser Schaden sei nur durch die Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen des Vergabeverfahrens abzuwenden.

Im Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag. Weiters wurde vorgebracht, dass einer einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung kein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegenstehe. In den Ausschreibungsunterlagen würde sich kein Hinweis finden, wonach mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Zudem würde die einstweilige Aussetzung für die Auftraggeberin keine

unverhältnismäßige Belastung darstellen. Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, vermögen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu verhindern, da im konkreten Fall keine und überdies keine aktuelle Gefährdung vorliege. Die Schädigung des Interesses der Antragstellerin durch die bevorstehende Zuschlagserteilung drohe unmittelbar. Auch stelle eine allfällige Verzögerung der Auftragsdurchführung, die aus der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens resultiere, keinen tauglichen Hinderungsgrund dar, möchte man die Wirksamkeit dieses Rechtsinstitutes nicht völlig aushöhlen. Zudem habe die Auftraggeberin kein beschleunigtes Verfahren durchgeführt, sodass selbst die Auftraggeberin nicht von einer besonderen Dringlichkeit der Leistungsdurchführung ausgegangen sei. Öffentliche Auftraggeber haben nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehenden Verzögerungen ins Kalkül zu ziehen.
Da wesentliche Interessen der Antragstellerin bei Zuschlagserteilung an die Mitbewerberin gefährdet seien, eine vorläufige Maßnahme keinerlei (berücksichtigungswürdigen) Interessen der Auftraggeberin schädige und auch sonst keine öffentlichen Interessen an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehen, habe die Interessensabwägung zugunsten der Antragstellerin auszufallen. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei im Hinblick darauf, dass die (rechtswidrige) Zuschlagserteilung zugunsten der Mitbewerberin zu verhindern sei, geeignet und auch nicht überschießend, da zum einen die Interessen der Antragstellerin durch eine Zuschlagserteilung zugunsten der Mitbewerberin geschädigt werden und zum anderen die Auftraggeberin alle übrigen Entscheidungen (z.B. die Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung) in einem Vergabeverfahren treffen könne.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die x Betriebsgesellschaft mbH als Auftraggeberin sowie D P GmbH als vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt. In der Stellungnahme vom 17. Februar 2021 wurde die anwaltliche Vertretung bekannt gegeben und bezüglich der Losregelung angemerkt, dass die gegenständlichen Baumeisterleistungen von der Auftraggeberin aufgrund der Zusammenrechnungsregeln des § 14 Abs. 1 iVm Abs. 2 BVergG 2018 für Bauvorhaben im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden seien. Eine Anwendung der Loseregelung gemäß § 14 Abs. 3 BVergG 2018 sei gegenständlich aufgrund der Auftragswertschätzung des Gewerks, welche 1 Mio Euro überschritten habe, nicht in Betracht gekommen. Unabhängig davon überschreite die Auftragswertschätzung des gegenständlichen Gewerks den Schwellenwert für die Oberschwelle bei Bauleistungen nicht.
Auf die Abgabe einer Stellungnahme bezüglich des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung werde verzichtet.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Gemäß § 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gesellschafter der x Betriebsgesellschaft mbH ist zu 100 % die V G K- und Management GmbH, deren 100 % Gesellschafterin die x Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Deren Eigentümerin ist zu 100 % die St. V. Die Vergabe fällt daher in den Vollzugsbereich des Landes iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. e sublit. aa B-VG und unterliegt daher das gegenständliche Verfahren 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 Oberschwellenbereich anzuwenden.

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

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

der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf ihre Erlassung abzuweisen.

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

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

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

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

Auch der Verfassungsgerichtshof hat insbesondere in seiner Entscheidung zu Zl. B 1369/01 vom 15.10.2001 ein öffentliches Interesse im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel in der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter gesehen, dem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens letztlich dienen soll.

3.5. In Anbetracht der Tatsache, dass es sich beim gegenständlichen Vorhaben nicht um eine vordringliche Leistungserbringung handelt, kann daraus geschlossen werden, dass eine Gefährdung von Leib und Leben nicht aktuell ist. Auch trifft die Auftraggeberin im Hinblick auf die Rechtsnatur des Provisorialverfahrens und auf die allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren die Behauptungslast betreffend die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Die Auftraggeberin hat im Verfahren konkrete, mit der Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung drohende Nachteile nicht dargelegt, sodass davon auszugehen ist, dass die nachteiligen Folgen des vorläufigen Zuschlagsverbotes nicht überwiegen und daher dem Antrag stattzugeben ist (vgl. BVA 1.12.2000, N-56/00-9).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages droht, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages ist aber ein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens weder durch die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Vielmehr ist bei der Interessensabwägung iSd Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin ein Interesse an einem rechtmäßigen Vergabeverfahren haben muss. Darüber hinaus ist auf die Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes für eine Auftragsvergabe die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hat, zu verweisen. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung der Bedarfsdeckung und ein organisatorischer und finanzieller Mehraufwand ergeben können, liegt in der Natur der Sache. Da – wie bereits erwähnt – kein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an einem möglichst raschen Vertragsabschluss geltend gemacht wurde und auch nicht auf der Hand liegt, war dem Antrag stattzugeben.

Die im Vorbringen der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind zumindest denkmöglich. Eine Überprüfung, ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten auch tatsächlich vorliegen, war im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht durchzuführen.

Die Dauer der Aussetzung der Zuschlagserteilung ergibt sich aus § 11 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 20 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006.
Gemäß § 20 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 ist über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit die Möglichkeit besteht, die Aussetzung der Zuschlagserteilung für zwei Monate, auszusprechen.

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

II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Abwägung der Interessen war anhand der Umstände des vorliegenden Einzelfalls vorzunehmen, sodass dieser Abwägung keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine 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