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-840225/5/Kl/Rd

Datum:
Linz, 1. März 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 & Co KG, Z, W, vertreten durch Prof. H & Partner Rechtsanwälte, Z, L, vom 23. Februar 2021, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der L L betreffend das Vorhaben „G“

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 wird der Lauf der Angebotsfrist im Vergabeverfahren „G“ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 23. April 2021, ausgesetzt.

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 23. Februar 2021 hat die W GmbH & Co KG (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung zur Gänze, in eventu die Ausschreibung im Umfang der Anfechtung der Ausschreibungsunterlage gemäß Pkt. 6. dieses Schriftsatzes, sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, in welcher für die Dauer des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist im vergabegegenständlichen Vergabeverfahren ausgesetzt wird, gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass das gegenständliche Vergabeverfahren im Supplement der EU zur Zahl x am 1. Februar 2021 bekannt gemacht worden sei. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handle es sich um einen Dienstleistungsauftrag im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin bekämpfe die Ausschreibung (= Festlegungen in Ausschreibungsunterlage). Das gegenständliche Vergabeverfahren sei am 1. Februar 2021 bekannt gemacht worden und sei der 4. März 2021, 10:00 Uhr, als Schlusstermin für den Eingang der Angebote festgelegt worden. Die Bekanntmachung sei über das Vergabeportal der L L erfolgt und sei festgelegt worden, dass die Kommunikation zwischen Auftraggeberin und Bietern im elektronischen Weg über das Vergabeportal zu erfolgen habe. Gemäß § 4 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ende die Frist für einen Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungsunterlage 7 Tage vor Ablauf der Angebotsfrist. Entsprechend der einschlägigen Rechtsprechung ergebe sich damit ein rechnerisches Ende der Anfechtungsfrist mit 24. Februar 2021. Der Nachprüfungsantrag sei daher rechtzeitig.

Das Interesse der Antragstellerin an der beantragten Nichtigerklärung ergebe sich daraus, dass die Ausführung der ausgeschriebenen Dienstleistung die zentrale Geschäftstätigkeit der Antragstellerin betreffe. Durch die nachstehend näher darzustellenden Rechtswidrigkeiten der Ausschreibungsunterlage sei der Antragstellerin bereits ein Schaden entstanden bzw drohe ein noch höherer zu entstehen. Die Antragstellerin habe an der Erbringung der verfahrensgegenständlichen Dienstleistung ein hohes wirtschaftliches Interesse. Aufgrund der bisherigen Anstrengung der Antragstellerin zur Wahrung ihrer Rechtsposition seien bereits Kosten in der Höhe von zumindest 3.000 Euro angefallen (Kosten für die Rechtsverfolgung, Rechtsberatung, Aufarbeitung und sonstige mit der Verfahrensteilnahme verbundene Kosten). Hinzu komme noch der Schaden, welcher durch die Entrichtung der erforderlichen Pauschal- und Eingabegebühr in Höhe von 3.060 Euro entstanden sei. Darüber hinaus entgehe der Antragstellerin die Möglichkeit an der Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren und der

Erlangung einer Zuschlagserteilung. Die Erzielung einer entsprechenden Deckung ihrer Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinns sei dadurch verhindert. Zudem drohe der Verlust eines entsprechenden Referenzprojekts.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens durch den Inhalt der bekämpften Ausschreibungsunterlage verletzt. Insbesondere erachte sich die Antragstellerin in ihrem Recht auf

- die Ermittlung des für den Zuschlag in Frage kommenden Angebotes entsprechend transparenter, nachvollziehbarer und gewichteter Zuschlagskriterien nach dem Bestangebotsprinzip (§ 91 Abs. 4 BVergG 2018)
- Unterbreitung einer Ausschreibungsunterlage, welche ihr als Bieter ermöglicht, die Preise ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken zu ermitteln (§ 88 Abs. 2 BVergG 2018)
- eindeutige, vollständige und neutrale Beschreibung der Leistung unter Berücksichtigung qualitätsbezogener Aspekte, damit die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist (§ 91 Abs. 6 Z 4 iVm § 104 Abs. 1 BVergG 2018),

verletzt.

Zum Sachverhalt wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin über das Vergabeportal der S L die bereitgestellte Ausschreibungsunterlage bezogen habe. Diese weise folgende Festlegungen auf, welche den Bestimmungen des BVergG 2018 jedenfalls materiell widersprechen:

In Pkt. 7 (S.23) der Ausschreibungsunterlage sei das Bestbieterprinzip festgehalten und werden der Preis (Gewichtung 60) und Arbeitskräfteeinsatz (Gewichtung 40) als Zuschlagskriterien genannt.

Die Festlegung zur Bewertung der Angebote laute, dass der Preis punktemäßig bewertet werde, und zwar erhalte das billigste Angebot 60 Punkte, bei den sonstigen Angeboten erfolge ein prozentueller Abschlag. Der Arbeitskräfteeinsatz erhalte 40 Punkte, bei den sonstigen Angeboten erfolge ein prozentueller Abschlag. Bestbieter sei das Angebot mit der höchsten Punktezahl auf 2 Kommastellen gerundet.

Mit dieser Festlegung verstoße die Auftraggeberin eindeutig gegen das Konkretisierungsgebot betreffend Zuschlagskriterien. Dieses gebiete eine objektive und transparente Bestbieterermittlung. Der Auftraggeber habe die Zuschlagskriterien inhaltlich ausreichend zu konkretisieren, andernfalls eine willkürliche Vorgehensweise bei der Bestbieterermittlung ermöglicht werden würde. Nach der einschlägigen Judikatur der Vergabekontrollbehörden und des EuGH müssen Zuschlagskriterien so exakt gefasst werden, dass alle durchschnittlich fachkundigen Bieter sie bei der üblichen Sorgfalt in gleicher Weise auslegen können

(EuGH 18.10.2001, C-19/00, SIAC Construction ltd. ua.). Entscheidend sei dabei, dass den Bietern eine Einschätzung ihrer Erfolgsaussichten (ex ante) ermöglicht werde. Deswegen sei es notwendig, dass den Bietern klar sei, worauf es dem Auftraggeber bei den jeweiligen Zuschlagskriterien ankomme und wie sich die Angebotsausgestaltung tatsächlich in der Bewertung auswirken könnte (VwGH 22.04.2009, 2007/04/0065, uva). Die Konkretisierung von Zuschlagskriterien sei daher im Hinblick auf die (ex post) sicherzustellende Nachvollziehbarkeit der Ermittlung des Bestbieters unerlässlich.

Der Festlegung in der Ausschreibungsunterlage sei nun in Anbetracht der Bewertung des Zuschlagskriteriums Preis nur zu entnehmen, dass das billigste Angebot 60 Punkte erhalte. Wie sich die Bepunktung der übrigen Angebote in Anbetracht des Preises darstellen soll, werde nicht näher dargelegt. Bekanntlich gebe es mehrere mathematische Methoden, die Relation zwischen unterschiedlichen Preisangaben darzustellen. Selbst einem Nichtmathematiker sei Folgendes bewusst:

Die Bepunktung der Preisangabe falle unterschiedlich aus, wenn man zwischen dem günstigsten und teuersten Angebot linear interpoliere (das teuerste Angebot erhalte in diesem Fall 0 Punkte) oder wenn man die Angebotspreise jeweils in ihrer Abweichung voneinander relativ bewerte. Der Ausschreibungsunterlage fehle schlicht eine nachvollziehbare Bewertungsformel. Zudem bleibe es im Dunkeln, welche Preisangaben auf dem Preisblatt nun für die Bewertung überhaupt herangezogen werden.

Gleiches gelte für die Bewertung des Zuschlagskriteriums „Arbeitskräfteeinsatz“. Auch hier werde nicht näher erläutert, wie der prozentuelle Abschlag errechnet werden soll. Es sei auch nicht nachvollziehbar, welche Beurteilung die Auftraggeberin mit diesem Zuschlagskriterium vornehmen möchte. Allein die verbale Beschreibung in der Ausschreibungsunterlage dazu („Wochenarbeitsstunden in der Unterhaltsreinigung und ggF. Auspreisung“) belege, dass dieses Kriterium unbestimmt und damit intransparent sei. Zunächst schon unklar sei, ob nun ein möglichst hoher oder ein möglichst niedriger Arbeitseinsatz bepunktet werde. Nachvollziehbar sei nur, dass bei einem niedrigen Angebotspreis der Bieter auch einen geringeren Arbeitskräfteeinsatz kalkuliere, was sich nur in geringen Wochenarbeitsstunden in der Unterhaltsreinigung auswirken könne. In welcher Weise dieses Zuschlagskriterium sich vom Wirtschaftlichkeitskriterium „Preis“ abheben soll, bleibe vollkommen im Dunkeln. Unter diesen Gesichtspunkten sei die Festlegung des Zuschlagskriteriums unsachlich und intransparent, als damit offenkundig verschleiert werde, dass in Wahrheit nur der Preis das einzige Kriterium für den Zuschlag sein könne.

Im Falle der Nichtigerklärung eines Zuschlagskriteriums durch die Nachprüfungsinstanz könne der öffentliche Auftraggeber das Vergabeverfahren nicht unter

Außerachtlassung dieses Kriteriums fortsetzen. Der Auftraggeber sei diesfalls verpflichtet, das Vergabeverfahren zu widerrufen. Die aufgezeigten Rechtswidrigkeiten bewirken daher das Erfordernis einer gänzlichen Nichtigerklärung der Ausschreibungsunterlage.

Auch weitere Festlegungen im Rahmen der Ausschreibungsunterlage würden den Grundsätzen des BVergG 2018 widersprechen und die Rechte der Antragstellerin verletzen.

Einerseits definiere die Ausschreibung für die jeweils zu reinigenden Schulen im Rahmen eines textlich abgefassten Leistungsverzeichnisses die zu erbringenden Reinigungsleistungen. Andererseits finde sich für jede Schule ein sogenanntes „Raumbuch“, in welchem die Reinigungsleistung in Tabellenform dargestellt sei.

Am Ende dieses „Raumbuches“ finde sich die Festlegung „Sichtreinigung und Vollreinigung laut ÖNORM D2050:2017 Teilreinigung laut Leistungsverzeichnis“.
Nun falle auf, dass nur wenige Bereiche der jeweiligen Schulen zur Sichtreinigung bzw Vollreinigung im Raumbuch vorgesehen seien. Sichtreinigung und Vollreinigung seien Begriffe, welche in der ÖNORM D 2050:2017 genau definiert sind, ebenso wie der Begriff der Teilreinigung (sh Pkt 4.1.2. der ÖNORM D 2050:2017). Die Ausschreibung definiere jedoch die Teilreinigung explizit nicht im Sinne der besagten ÖNORM, sondern verweise dazu auf die verbale Leistungsbeschreibung. Betrachte man dieses nun im Detail, so werde klar, dass die Reinigung der Fußböden, der Einrichtungsgegenstände, der Schmutz auffangenden Einrichtungen, der Innenverglasungen und der Abfall- und Trennsysteme durchgehend täglich zu erfolgen habe. Dies entspreche auch qualitativ einer Vollreinigung laut ÖNORM D 2050:2017.

Mit anderen Worten: Dort wo die Vollreinigung und Sichtreinigung im Raumbuch vorgegeben sei, werde auf die Definition der ÖNORM D 2050:2017 verwiesen. Dort wo eine Teilreinigung vorgesehen sei, werde eine Sonderdefinition im Wege einer textlichen Leistungsbeschreibung gefunden, welche materiell nichts anderes als eine Vollreinigung iSd ÖNORM D 2050:2017 sei.

Dieser Verstoß gegen § 105 Abs. 3 BVergG 2018 sei sachlich nicht gerechtfertigt. Er diene vielmehr dazu, den sich interessierenden Bieter bei der Preiskalkulation in die Irre zu führen. Das Ergebnis derartiger Vorgangsweisen führe regelmäßig zu Schwankungsbreiten im Angebotsergebnis bis zu mehr als 100 %. Dies belegen die bisherigen Ausschreibungen der Auftraggeberin im Segment der Gebäudereinigung, an welchen sich die Antragstellerin auch beteiligt habe.

Im Rahmen der zivilrechtlichen Vertragsbestimmungen (Pkt. III.3. der Ausschreibungsunterlage, S.25) werde festgelegt, dass die Bezahlung der Unterhaltsreinigung bzw Auspreisung monatlich im Nachhinein in gleichbleibenden Teilbeträgen (Pauschale 12 x jährlich) erfolge.

Diese Festlegung bewirke die Übernahme eines nicht kalkulierbaren Risikos. Grundsätzlich werde die Gebäudereinigung vom Auftragnehmer nur während des Präsenz-Betriebs an den Schulen durchgeführt. In den Ferienzeiten bzw den schulautonomen Tagen erfolge keine Reinigungsleistung, zumal eine solche auch nicht notwendig sei.
Indem nun die Auftraggeberin die Bezahlung der Gebäudereinigung in 12 gleich großen Teilzahlungen pro Jahr vornehme, erfolge zu Beginn des Jahres eine Unterdeckung der Vertragsleistung beim Auftragnehmer.

Die Ausschreibungsunterlage lege zudem fest, dass die Auftraggeberin das einseitige Recht habe, den auf unbestimmte Zeit abgeschlossenen Vertrag unter Einhaltung einer 3monatigen Frist aufkündigen zu können. Dies bewirke nun bei einer Vertragsbeendigung im ersten Kalenderhalbjahr, dass die eingetretene Unterdeckung nicht kompensiert werden könne. Das wiederum bewirke ein nicht kalkulierbares Risiko für den Bieter/Auftragnehmer.

Aus den vorstehenden Gründen seien auch die Festlegungen in der Ausschreibungsunterlage unter Pkt. III.3. und 4. der Ausschreibungsunterlage wegen Verstoßes gegen die allgemeinen Grundsätze der Transparenz und Bietergleichbehandlung jedenfalls für nichtig zu erklären.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag verwiesen. Weiters wurde vorgebracht, dass die Aussetzung der Angebotsfrist zwingend erforderlich sei, damit der Antragstellerin die Erhebung eines rechtzeitigen Angebots nach Abschluss des Nachprüfungsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren unter sodann allenfalls rechtskonformen Rahmenbedingungen möglich sei.
Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Gegenständlich überwiegen die Interessen der Antragstellerin auf Beseitigung der im gegenständlichen Antrag aufgezeigten Vergabeverstöße. Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Jeder umsichtige Auftraggeber müsse bei der Planung der Ausschreibung bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren. Nach der Auffassung des VfGH sei die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Best- bzw. Billigstbieter im übergeordneten öffentlichen Interesse gelegen. Weitere besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des Vergabeverfahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das

Landesverwaltungsgericht sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Derartige öffentliche Gründe können nur dann geltend gemacht werden, wenn diese von der Auftraggeberin nicht vorhergesehen werden konnten und diese nicht zulassen, die Entscheidungsfrist für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich einzuhalten. Verzögerungen, die durch das Ergreifen von Rechtsschutzmöglichkeiten entstehen können, wären allerdings für die Auftraggeberin jedenfalls vorhersehbar.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die L L als Auftraggeberin sowie die vergebende Stelle am Nachprüfungsverfahren beteiligt.
Mit Schreiben vom 26. Februar 2021 teilte die Auftraggeberin durch ihren Rechtsvertreter mit, dass sie über das Vergabeportal verpflichtend die Verlängerung der Angebotsfrist auf vorerst 1. April 2021, 10:00 Uhr, vorgenommen habe. Diese Stellungnahme sei der Antragstellerin übermittelt worden, um dieser die Gelegenheit einzuräumen, den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung zurückzuziehen. Hinsichtlich des Nachprüfungsantrages werde eine gesonderte Stellungnahme seitens der Auftraggeberin ergehen.

2.1. Der Antragstellerin wurde die Stellungnahme der Auftraggeberin am 26. Februar 2021 per E-Mail zur Kenntnis gebracht. Bis zum Entscheidungszeitpunkt erfolgte keine Äußerung seitens der Antragstellerin.

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 Dienstleistungsauftrages 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 der vorläufigen Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist 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 Aussetzung des Laufs 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.

Die Dauer der Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist 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 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