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-840230/5/JS/Rd

Datum:
Linz, 16. April 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der s B GmbH, vertreten durch x, vom 8.4.2021 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Oö. V-O GmbH Nfg. & Co KG, vertreten durch x, betreffend das Vorhaben „Linienbündel L-S – D – G (‚Linienbündel LDG'), Lose 6 und 10"

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 Oö. V-O GmbH Nfg. & Co KG die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 8. Juni 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

Zu Punkt I.:

1. Mit Eingabe vom 8.4.2021 stellte die s B GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung der Oö. V-O GmbH Nfg. & Co KG (im Folgenden: Auftraggeberin) vom 29.3.2021 im Vergabeverfahren „Linienbündel L-S – D – G (‚Linienbündel LDG'), Lose 6 und 10". Weiters begehrte die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung für die Lose 6 und 10 bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Die Antragstellerin brachte (zusammengefasst) vor:

Die Auftraggeberin führe als öffentliche Auftraggeberin durch die vergebende Stelle unter der Ausschreibungsbezeichnung Vergabeverfahren „Linienbündel L-S – D – G (‚Linienbündel LDG')" ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger europaweiter Bekanntmachung gemäß § 31 Abs. 5 iVm § 34 Z 3 BVergG 2018 für 16 Lose durch. Auftragsgegenstand sei gemäß Pkt. 3 der Ausschreibungsunterlagen (AU) der Abschluss eines Dienstleistungsvertrages in jedem der 16 Lose über die Durchführung eines Kraftfahrlinienbetriebes in den Regionen L-S – D – G sowie in der Gemeinde B S und in der Stadt B nach den Vorgaben der Auftraggeberin in Umsetzung des Linienbündelplans des Landes Oberösterreich. Angefochten werden die Entscheidungen der Auftraggeberin, den Zuschlag für die Lose 6 und 10 der Ö P Aktiengesellschaft (in der Folge: präsumtive Zuschlagsempfängerin) zu erteilen. Diese Entscheidungen seien der Antragstellerin mit Schreiben der vergebenden Stelle vom 29.3.2021 zur Kenntnis gebracht worden.

Die Vergabe der 16 Lose sei getrennt nach dem Bestbieterprinzip erfolgt. Die Leistung sei im Los 6 mit 390.259,53 Jahreskilometern und im Los 10 mit 368.616,17 Jahreskilometern als Basisleistung ausgeschrieben worden. Bei den Zuschlagskriterien sei der Preis mit 80 Punkten und die Qualität mit 20 Punkten, Gesamtpunktezahl 100 Punkte, bewertet worden. Hinsichtlich der Qualität seien das Fahrzeugalter, die Personaleinsatzplanung, das Fahrgastservice, die Fahrzeugwerbung, das Medienpaket und die Kundenbefragung bewertet worden.

Eine Preisprüfung der Letztangebote weise die präsumtive Zuschlagsempfängerin als Bestbieterin aus: Bei der Bewertung der Zuschlagskriterien habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin sowohl beim Los 6 als auch beim Los 10 für die Qualitätskriterien die max. Punktezahl von 20 Punkte, die Antragstellerin beim Los 6 18 Punkte und beim Los 10 18 Punkte erhalten. Beim Kriterium Preis habe die präsumtive Zuschlagsempfängerin die max. Punktezahl von 80 Punkten, die Antragstellerin hingegen 66,87 Punkte beim Los 6 und 69,76 Punkte beim Los 10

erhalten. Aufgrund des Preisunterschiedes der Angebote sei bei den beiden Angeboten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nach Angabe durch die vergebende Stelle eine vertiefte Angebotsprüfung vorgenommen worden. Auch die Angebote der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für die Lose 1, 11, 14 und 15 seien einer vertieften Angebotsprüfung unterzogen worden. Die vergebende Stelle habe mitgeteilt, dass der jeweils vom Bestbieter angebotene Gesamtpreis in sämtlichen Losen betriebswirtschaftlich erklär- und nachvollziehbar sowie angemessen sei.

Aufgrund der Tatsache, dass sich die Antragstellerin am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt, an den Verhandlungen teilgenommen und aufgrund des Verhandlungsergebnisses Letztangebote gelegt habe, sei das Interesse am Vertragsabschluss evident und auch weiterhin aufrecht. Die gegenständlich angefochtenen Entscheidungen seien rechtswidrig. Bei einem rechtskonformen Vorgehen hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin jedenfalls ausscheiden müssen. Die Antragstellerin sei zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistungen geeignet und bereit, an die Stelle der präsumtiven Bestbieterin zu treten, um Geschäftspartnerin der Auftraggeberin zu werden. Darin würde jedenfalls ein hinreichend begründetes Interesse am Vertragsabschluss liegen.

Der Antragstellerin werde unzulässiger Weise durch eine Zuschlagserteilung an die auszuscheidende präsumtive Zuschlagsempfängerin die Möglichkeit genommen, den Zuschlag zu erhalten. Der Schaden der Antragstellerin umfasse das Erfüllungsinteresse und die Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren, insbesondere die Ausarbeitung des Angebots sowie der bisherigen Rechtsberatungs- und Rechtsverfolgungskosten zzgl. der angefallenen Pauschalgebühr. Letztlich sei ua Grundlage der wirtschaftlichen Existenz der Antragstellerin, dass sie Aufträge, bei denen sie ihre Leistungen zu konkurrenzfähigen Konditionen und Preisen anzubieten imstande sei, auch erhalte. Die Antragstellerin habe bisher die Linien, die nunmehr mit den Losen 6 und 10 ausgeschrieben worden seien, (großteils) selbst als Bestbieterin eines Ausschreibungsverfahrens im Jahr 2013 bedient und drohe nun, dieses Geschäft an die präsumtive Zuschlagsempfängerin zu verlieren. Zudem drohe der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts und würde ein Imageschaden entstehen.

Die Antragstellerin erachtete sich in ihrem Recht auf

- Durchführung des Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG 2018, insbesondere auf Durchführung einer gesetzeskonformen (vertieften) Angebotsprüfung
- Einhaltung der Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere des Grundsatzes der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Vergabe zu angemessenen Preisen und dem Schutz des freien und lauteren Wettbewerbs

- Ausscheiden eines Angebotes, das eine nicht plausible Zusammensetzung eines Gesamtpreises aufweist (§ 141 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018)
- Ausscheiden eines Angebotes, das den Ausschreibungsbestimmungen widerspricht (§ 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018)
- Ausschluss eines unzuverlässigen Bieters gem. § 78 Abs. 2 Z 5 BVergG, der gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen verstößt
- Ausscheiden eines Angebotes, das wegen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung § 5 Abs. 1 Satz 1 KartG widerspricht (§ 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018),

verletzt.

Die Auftraggeberin habe die – im Hinblick auf die Preisunterscheide – vertiefend vorzunehmende Angebotsprüfung nicht gesetzeskonform durchgeführt, da sie sonst die nachfolgend aufgezählten Rechtswidrigkeiten des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin feststellen und deren Angebot ausscheiden bzw. ausschließen hätte müssen:

a) Miteinbeziehung unangemessen niedriger Personalkosten im Angebot

Die im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin enthaltenen Personalkosten in der (von der Antragstellerin aufgrund des Gesamtpreises angenommenen) Höhe für das Los 6 von 580.000 Euro seien weder betriebswirtschaftlich erklär- noch nachvollziehbar.

Der unter Berücksichtigung des Kollektivvertrages für Dienstnehmer in den privaten Autobusbetrieben sich errechnende kalkulatorische Bruttostundenlohn betrage mindestens 27 Euro. Ein geringerer kalkulatorischer Stundenlohn würde schon per se ein nicht kostendeckendes, unterpreisiges Angebot darstellen.

Ausgehend von (angenommenen) jährlichen Personalkosten von 580.000 Euro und einem kalkulatorischen Bruttostundenlohn von mindestens 27 Euro errechnen sich jährliche Personaleinsatzstunden von lediglich 21.500 Stunden. Die Erbringung der ausgeschriebenen Verkehrsdienste mit solchen geringen Einsatzstunden sei aber nur möglich, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin entweder gegen den Kollektivvertrag verstößt oder aber bewusst eine erhebliche Kostenunterdeckung (keine Erwirtschaftung eines Deckungsbeitrages) in Kauf nimmt.

Dies gelte auch für die Kostenstruktur des jährlichen Preises im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin für das Los 10:

Die (von der Antragstellerin aufgrund des Gesamtpreises angenommene) Höhe der Personalkosten von 501.000 Euro sei ebenfalls weder betriebswirtschaftlich erklär- noch nachvollziehbar. Ausgehend von diesen (angenommenen) jährlichen Personalkosten und einem kalkulatorischen Bruttostundenlohn von mindestens 27 Euro würden sich jährliche Personaleinsatzstunden von lediglich 18.555 Stunden errechnen. Die Erbringung der ausgeschriebenen Verkehrsdienste mit solchen geringen Einsatzstunden sei aber auch hinsichtlich des Loses 10 nur möglich, wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin entweder gegen den

Kollektivvertrag verstößt oder aber bewusst eine erhebliche Kostenunterdeckung (keine Erwirtschaftung eines Deckungsbeitrages) in Kauf nimmt.

b) Verstoß gegen den einschlägigen Kollektivvertrag

Eine Erbringung der ausgeschriebenen Verkehrsdienste mit jährlichen Personal-Einsatzstunden unter 24.000 Einsatzstunden (Los 6) bzw. 19.500 Einsatzstunden (Los 10), wie dies die präsumtive Zuschlagsempfängerin in ihren Angeboten vermutlich vorgesehen habe, sei nur möglich, wenn die Bezahlung von Steh- und Wartezeiten (Pkt. IV.1. des Kollektivvertrages) sowie die Bezahlung von Ruhepausen (> 1,5 Stunden tägliche unbezahlte Ruhepause) möglichst vermieden bzw. erheblich reduziert werden. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin ihrem Angebot (angenommene) jährliche Personal-Einsatzstunden von ca. 21.500 Stunden (Los 6) bzw. 18.555 Stunden (Los 10) zugrunde legt, dann sei dies nur möglich, wenn sie

- entweder gegen ihre Zusage gegenüber der Auftraggeberin verstößt, keine geteilten Ruhezeiten für die eingesetzten Fahrer im Dienstplan vorzusehen; oder
- Stehzeiten (insbesondere Ruhepausen, die über die unbezahlten 1,5 Stunden hinausgehen) entgegen Pkt. IV.1. lit. a und b des Kollektivvertrages nicht entlohnt.

Im Rahmen einer ordnungsgemäßen vertieften Angebotsprüfung hätte die Auftraggeberin feststellen können, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zahlreiche, als Arbeitszeit zu entlohnende Stunden an fahrplanbedingter Stehzeit fälschlicherweise nicht berücksichtigt habe und deren Kalkulation gegen den Kollektivvertrag verstoße. Eine kollektivvertragswidrige Kalkulation stelle auch eine schwere berufliche Verfehlung gemäß § 78 Abs. 2 Z 5 BVergG 2018 dar. Damit sei auch die Zuverlässigkeit der präsumtiven Zuschlagsempfängerin nicht mehr gegeben.

c) Mangelnde betriebswirtschaftliche Nachvollziehbarkeit des jährlichen Gesamtpreises

Die Auftraggeberin hätte im Rahmen der vertieften Angebotsprüfung feststellen müssen, dass entgegen § 137 Abs. 3 Z 1 BVergG 2018 in den in den Angeboten ausgewiesenen Personalkosten nicht alle direkt zuordenbaren Personalkosten und auch in den Fahrzeugkosten sowie unter den sonstigen Kosten nicht sämtliche direkt zuordenbaren Material-, Geräte-, Fremdleistungs- und Kapitalkosten enthalten sind:

- In Bezug auf die Personalkosten hätte die Auftraggeberin nicht nur die betriebswirtschaftliche Nachvollzieh- und Erklärbarkeit der Einsatzstunden, sondern auch die Kalkulation der Jahreslohnkosten überprüfen müssen, insbesondere ob die angenommenen Krankenstände und die Dienstverhinderungen einem realistischen Durchschnittswert entsprechen.
- Die Kostenunterdeckung sei so groß, dass die angebotenen Gesamtpreise nicht einmal einen Deckungsbeitrag zu den Fixkosten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin beinhalten. Es wurden in den Gesamtpreisen weder

Deckungsbeiträge zu den Kosten etwa der Standortabsicherung noch zu Overhead-Kosten berücksichtigt.

- Es mag zwar sein, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin unter der Kostenkomponente „Anteil sonstige Kosten“ in beiden Preisblättern Kosten (und damit möglicherweise einen Deckungsbeitrag zu Fixkosten) ausgewiesen hat; allerdings dürfte es sich dabei in Wahrheit um (variable) Kosten handeln, die richtigerweise einer der anderen der auszuweisenden Kostenkomponenten zuzuweisen gewesen wären. Wenn aber eine Ausschreibung die Auspreisung verschiedener konkreter Kostenpositionen verlangt, dürfe der Bieter nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen grundsätzlich keine Verschiebung von verlangten Kosten zwischen den Kostenpositionen vornehmen, andernfalls das Angebot ausschreibungswidrig ist.

d) Vorliegen einer Kampfpreisunterbietung

Bei jeder vertieften Angebotsprüfung seien die individuellen Gegebenheiten des jeweiligen Bieters zu berücksichtigen. Ob eine nicht plausible Zusammensetzung eines Gesamtpreises vorliege, hänge immer auch von den Umständen des Einzelfalls ab, insbesondere auch dem Schutz der Mitbieter (insbesondere von KMU) vor unlauterem Wettbewerb (Schutz vor Vernichtungswettbewerb). Die präsumtive Zuschlagsempfängerin sei ein marktbeherrschendes Unternehmen iSv § 4 Abs. 2 Z 1 KartG. Mit der Bekanntgabe der gegenständlichen (zweiten) Zuschlagsentscheidung seien 90% aller Verkehrsdienstleistungen an die präsumtive Zuschlagsempfängerin vergeben worden, wobei diese bei sämtlichen Losen, die nunmehr nach vertiefter Angebotsprüfung vergeben wurden, keine kostendeckenden Angebote abgegeben habe, sondern die von ihr angebotenen Preise immer um ca. 10 bis 15 % unter den angemessenen, betriebswirtschaftlich nachvollziehbaren und (oft gerade noch kostendeckenden) Angeboten der Mitbewerber lagen. Der im Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin ausgewiesene Gesamtpreis decke nicht einmal die (durchschnittlichen) „losbezogenen“, variablen Kosten ab, weshalb der angebotene Gesamtpreis missbräuchlich sei und gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 KartG verstoße. Selbst wenn der angebotene Gesamtpreis über den durchschnittlichen variablen Kosten, aber unter den durchschnittlichen Gesamtkosten (Fixkosten plus variable Kosten) liege, sei der angebotene Gesamtpreis missbräuchlich und verstoße gegen § 5 Abs. 1 Satz 1 KartG. Angesichts der gezielten, auf Verdrängung der privaten Verkehrsunternehmen ausgelegten Preis- und Angebotsstrategie in Bezug auf alle wirtschaftlich bedeutsamen Lose (1, 6, 10, 11, 14 und 15), liege die Verdrängungs-absicht durch „Dumping-Preise“ auf der Hand.

Ergänzend werde auf die Beweislastumkehr des § 5 Abs. 2 KartG verwiesen, der zufolge das marktbeherrschende Unternehmen den Nachweis zu erbringen habe, dass die Preise entweder kostendeckend sind oder eine sachliche Rechtfertigung bestehe, die eine Verdrängungsabsicht ausschließe. Diese Beweislastumkehr greife bereits dann, wenn – wie gegenständlich (Durchführung einer vertieften

Angebotsprüfung) - ein begründeter Verdacht auf nicht kostendeckende Preise bestehe.

Zu den Voraussetzungen für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung verwies die Antragstellerin weiters noch darauf, dass die Abweisung des Antrages für die Antragstellerin einen unmittelbaren Schaden bedeuten würde. Ohne die Erlassung wäre es der Auftraggeberin möglich, während des laufenden Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung an die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin vorzunehmen. Damit wäre der Antragstellerin endgültig und unwiderruflich die Chance auf die angestrebten Vertragsabschlüsse unwiederbringlich genommen und die angeführten Schäden verwirklicht. Diese Schäden könnten nur durch Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden. Die Interessensabwägung müsse zugunsten der Antragstellerin ausfallen, zumal der zu erwartende Schaden der Antragstellerin erheblich sei und diesem kein schützenswertes Interesse von besonderer Bedeutung entgegenstehe. Es liege auch keine Dringlichkeit für die Auftragsvergabe vor. Als voraussichtlicher Leistungsbeginn sei Dezember 2021 festgelegt worden. Insgesamt überwiege daher bei Weitem das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung über etwaige andere Interessen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat von Amts wegen in das Firmenbuch Einsicht genommen und die Auftraggeberin am Provisorialverfahren beteiligt. In ihrer Stellungnahme vom 9.4.2021 teilte die Auftraggeberin mit, dass von der Bekanntgabe entgegenstehender Interessen gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgesehen werde, um eine rasche Entscheidungsfindung über den Nachprüfungsantrag in der Sache zu ermöglichen.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

3.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen von Auftraggebern bzw. Auftraggeberinnen 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.

Die Auftraggeberin steht im (wirtschaftlichen) Alleineigentum des Landes Oberösterreich: Komplementärin der Auftraggeberin ist die OÖ V GmbH, deren Alleingesellschafterin die OÖ L GmbH ist. Gleichzeitig ist die OÖ L GmbH, deren Alleingesellschafterin das Land Oberösterreich ist, die Kommanditistin der Auftraggeberin. Die Auftraggeberin stellt sohin ein Unternehmen iSd Art. 127 Abs. 3 B-VG dar. Sie ist damit öffentliche Auftraggeberin iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2

lit. c B-VG und unterliegt das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

3.2. Gemäß Art. 14b Abs. 3 B-VG iVm § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber bzw. Auftraggeberinnen im Sinne des § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich bis zur Zuschlagserteilung 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. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Nach dem - unwidersprochen gebliebenen - Vorbringen der Antragstellerin ist aufgrund der Höhe des Auftragswertes im Provisorialverfahren davon auszugehen, dass die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden sind.

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Zuschlagsentscheidung vom 29.3.2021 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin iSd des § 2 Z 15 lit. a sublit. dd BVergG 2018.

3.3. Gemäß § 8 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich auf Antrag 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. hat das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich vor 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. Andernfalls ist nach dem 2. Absatz dieser Bestimmung 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. Um im Hinblick auf die Dringlichkeit von einstweiligen Verfügungen (vgl. § 20 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006) umfangreiche Erhebungen zu vermeiden, soll lediglich eine Grobprüfung der Voraussetzungen der Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattfinden (vgl. hiezu die Erläuterungen zu den §§ 350 bis 352 BVergG 2018 [RV 69 BlgNR 26. GP 203]; *R. Madl* in *Heid/Preslmayr* [Hrsg.], Handbuch Vergaberecht[4] [2015], Rz 2216 unter Hinweis auf die europarechtliche Judikatur). Aufgrund der vorgelegten Urkunden und des Vorbringens der Parteien geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren weder bereits ein Zuschlag für die verfahrensgegenständlichen Lose 6 und 10 erteilt noch das Vergabeverfahren widerrufen wurde. Die Antragstellerin konnte im Rahmen ihres Antrages auch - von der Auftraggeberin unwidersprochen - darlegen, dass die Antragstellerin als Betreiberin von Kraftfahrlinien und Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Interesse am Vertragsabschluss hinsichtlich der beiden Lose hat.

3.5. Mit einer einstweiligen Verfügung können vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nur solche vorläufigen Maßnahmen angeordnet werden, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern. Die einstweilige Verfügung soll lediglich verhindern, dass der Zweck des Nachprüfungsverfahrens durch zwischenzeitige Handlungen des Auftraggebers unterlaufen wird (vgl. *R. Madl* aaO, Rz 2208).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung der Entgang des Auftrags droht, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, ist nach der Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende „genaueste“ Darlegungen sind jedoch nicht geboten (vgl. VwGH 29.01.2018, Ra 2016/04/0005; u.a.). Unter dem Schadensbegriff ist dabei nicht nur der reine Vermögensschaden zu verstehen, sondern etwa auch - wie von der Antragstellerin plausibel behauptet - der Verlust eines Referenzprojektes im Falle einer rechtswidrigen Vergabe.

3.6. Bereits zu der vorausgegangenen sinngemäßen Regelung des Bundesvergabegesetzes 1997 führte Elsner, Vergaberecht (1999), auf Seite 86 aus: Die Entscheidung über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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 Auftrags 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 [so auch *G. Gruber/T. Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), BVergG³ (2020), § 351 Rz 9; *R. Madl* aaO, Rz 2223].

Art. 2 Abs. 4 Satz 1 [entspricht nunmehr Art. 2 Abs. 5] der Rechtsmittelrichtlinie [Richtlinie 89/665/EWG nunmehr in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG] 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. Oktober 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.

3.7. 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).

Darüber hinaus ist auch ein Auftraggeber nach der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden verpflichtet, bei der Erstellung des Projektzeitplans seines Vorhabens die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen (vgl. BVA 29.10.2013, N/0103-BVA/10/2013-EV11, u.v.a.; vgl. auch etwa *R. Madl* aaO, Rz 2222 mwH; *G. Gruber/T. Gruber,* aaO, Rz 6). Dass auch Interessen von sonstigen Bietern des gegenständlichen Vergabeverfahrens durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung geschädigt werden würden, wurde von der Auftraggeberin nicht behauptet. Vielmehr ist auch von deren Interesse an der Teilnahme an einem im Sinne der Entscheidung über den Hauptantrag rechtskonformen Wettbewerb und Verhandlungsverfahren auszugehen.

Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrags ist sohin bei Abwägung der Interessen ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens weder durch die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Es ist weiters bei der Interessensabwägung im Sinne der zitierten Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass auch die Auftraggeberin ein Interesse an einem rechtmäßigen Vergabeverfahren haben muss. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung der Leistungsbeschaffung ergeben könnte, liegt in der Natur der Sache, die jedoch durch die entsprechende Berücksichtigung im Projektzeitplan der Auftraggeberin einkalkuliert werden kann.

Zumal die vorgenommene Interessensabwägung im Hinblick auf das vorgebrachte Vertragsinteresse der Antragstellerin und ihre Schadensbehauptungen einerseits und das Interesse der Auftraggeberin an der Vermeidung von Verzögerungen andererseits zumindest kein Überwiegen der nachteiligen Folgen der Untersagung der Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Hauptverfahren ergab (§ 11 Abs. 1 2. Satz Oö. VergRSG 2006), war dem Antrag stattzugeben. Damit kann sichergestellt werden, dass eine dem Ausgang des Hauptverfahrens entsprechend angepasste Zuschlagserteilung erfolgen kann, wodurch die drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin während des Nachprüfungsverfahrens durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung hintan gehalten werden kann.

3.8. Bei der Untersagung der Zuschlagserteilung handelt es sich im vorliegenden Fall im Hinblick auf den derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens auch um die gelindeste noch zum Ziel führende Maßnahme. Da aus Sicht des Provisorialverfahrens nicht ausgeschlossen werden kann, dass die von der Antragstellerin relevierten Rechtswidrigkeiten der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin zutreffen, droht ihr aufgrund der behaupteten Rechtswidrigkeiten der Entgang des Auftrags mit den von ihr dargelegten vermögensrechtlichen Nach-

teilen. Mit der vorliegenden einstweiligen Verfügung mussten daher vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich Maßnahmen getroffen werden, die eine (behauptete) sodann rechtskonforme Zuschlagserteilung ermöglichen. Zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war daher die Zuschlagserteilung zu untersagen.

3.9. Die Dauer der Untersagung der Zuschlagserteilung ergibt sich aus § 11 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 20 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006. Nach der zuletzt genannten Bestimmung 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 Untersagung der Zuschlagserteilung für zwei Monate auszusprechen.

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

3.10. Der Abspruch über den Ersatz der nachweislich entrichteten Pauschalgebühren erfolgt im Sinne des § 23 Abs. 2 und 3 Oö. VergRSG 2006 mit der Entscheidung im Nachprüfungsverfahren über den Hauptantrag.

Zu Punkt II.:
Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung (siehe die in dieser Entscheidung zitierte Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes). Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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

Mag. Steinschnack