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-840233/5/JS

Datum:
Linz, 30. April 2021

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der S AG, p.A. x, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren des Amtes der Oberösterreichischen Landesregierung, vertreten durch x, als Auftraggeberin betreffend den Bauauftrag „Planung, Herstellung und Lieferung von zwei 800 m³ Salzsilos aus Stahl sowie einer Solemischanlage bestehend aus einem 20 m³ Soleaufbereiter und 50 m³ Silo und 50 m³ Solelagertank fix und fertig aufgebaut“

zu Recht:

I. Die Anträge, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu für die Dauer von zwei Monaten)
   a) die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und die Erteilung des Zuschlags,
   b) in eventu die Erteilung des Zuschlags,
   zu untersagen, werden abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung 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. Aufgrund des durchgeführten Ermittlungsverfahrens stellt das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich folgenden entscheidungswesentlichen Sachverhalt fest:

1.1. Das Amt der Oö. Landesregierung gab am 1.2.2021 als Auftraggeberin die beabsichtigte Vergabe des Bauauftrages „Planung, Herstellung und Lieferung von zwei 800 m^3 Salzsilos sowie einer Solemischanlage bestehend aus einem 20 m^3 Soleaufbereiter und 50 m^3 Silo und 50 m^3 Solelagertank fix und fertig aufgebaut“ in einem offenen Verfahren mit einem geschätzten Wert von 1.200.000 Euro nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2018 (BVergG 2018) bekannt.

1.2. Neben einer weiteren Bieterin übermittelte auch die Antragstellerin rechtzeitig ein Angebot, das am 5.3.2021 von der Auftraggeberin geöffnet wurde.

1.3. Mit Schreiben vom 12.3.2021 verlangte die Auftraggeberin von der Antragstellerin Aufklärung zur technischen Leistungsfähigkeit und weitere Urkunden. Die Antragstellerin nahm dazu mit Schreiben vom 19.3.2021 Stellung.

1.4. Mit Schreiben vom 13.4.2021 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot zwingend auszuscheiden ist.

1.5. Dagegen richtet sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 23.4.2021 samt den (verfahrensgegenständlichen) Anträgen, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens (in eventu für die Dauer von zwei Monaten)

a) die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und die Erteilung des Zuschlags,

b) in eventu die Erteilung des Zuschlags,

zu untersagen. Gleichzeitig beantragte sie, die Auftraggeberin zur Bezahlung der entrichteten Pauschalgebühren zu verpflichten. Die Antragstellerin begründete ihren Provisorialantrag (zusammengefasst) wie folgt:

Da dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, könne die Auftraggeberin das Vergabeverfahren durch Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung und Erteilung des Zuschlags fortsetzen. Dadurch würde der Auftrag, an dessen Erteilung die Antragstellerin ein hohes Interesse habe, unwiederbringlich verloren gehen. Für den Fall, dass die Antragstellerin den Auftrag nicht bekommen würde, entgingen ihr ein Gewinn, ein Referenzprojekt für zukünftige Auftragsvergaben und eine Möglichkeit der Auslastung an Personal und Geräte. Die bislang aufgelaufenen Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren wären in diesem Fall frustriert. Dieser Schaden könne nur durch die vorläufige Untersagung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung und der Zuschlagserteilung, in eventu der Zuschlagserteilung, wirksam abgewendet werden.

1.6. Es wurde von der Auftraggeberin bislang noch keine Zuschlagsentscheidung getroffen und noch kein Zuschlag erteilt.

2. Beweiswürdigung:

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). Das Ermittlungsverfahren des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich beschränkte sich daher auf eine Einsichtnahme in die von der Antragstellerin vorgelegten Urkunden. Die unstrittigen Feststellungen gründen auf diesen unbedenklichen Urkunden. Die Feststellung zu Punkt I. 5. basiert auf dem Schreiben der Auftraggeberin vom 21.4.2021 an die Antragstellerin und der gleichlautenden Mitteilung der Auftraggeberin zum Provisorialantrag an das Landesverwaltungsgericht.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:

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.

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.

3.2. Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich das Ausscheiden ihres Angebotes am 13.4.2021 durch die Auftraggeberin und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin iSd des § 2 Z 15 lit. a sublit. aa 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.

Mit einer einstweiligen Verfügung können vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich demnach 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).

3.4. Nach der Bestimmung des § 143 Abs. 1 BVergG 2018 hat die Auftraggeberin den im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll. Die Verständigungspflicht bezieht sich demgemäß auf die noch im Vergabeverfahren „verbliebenen" Bieter. „Verbliebene" Bieter sind nach den Gesetzesmaterialien zum BVergG 2018 jene Bieter, die nicht ausgeschlossen wurden, deren Angebote nicht ausgeschieden wurden bzw. deren Angebote zwar ausgeschieden wurden, jedoch die Ausscheidensentscheidung noch nicht rechtskräftig (bestandsfest) geworden ist (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 156).

3.5. Die Rechtsposition der Antragstellerin ist sohin die eines verbliebenen Bieters im Sinne des § 143 Abs. 1 BVergG 2018. Dass der Antragstellerin durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Untersagung der Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung und/oder die Erteilung des Zuschlags untersagt werde, eine bessere Rechtsposition eingeräumt werden soll als der weiteren im Verfahren verbliebenen Bieterin, ist nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht begründet (vgl. VwGH 23.11.2016, Ra 2015/04/0029; vgl. auch VwGH 8.8.2019, Ro 2018/04/0020, wonach auch ein allenfalls rechtswidriges Vorgehen eines Auftraggebers an der eindeutigen Rechtslage nichts zu ändern vermag). Die Provisorialanträge sind daher als unbegründet abzuweisen.

4. 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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack