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-840237/3/JS/TO**

Datum: **Linz, 12. August 2021**

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

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der E GmbH, vertreten durch K Rechtsanwälte GmbH, W, vom 09.08.2021 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Gemeinde S betreffend das Vorhaben „Zu- und Umbau Musikverein und Sanierung Amtshaus S" (Gewerk Baumeisterarbeiten)

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 Gemeinde S die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 09.10.2021, 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

I. Mit Eingabe vom 09.08.2021 hat die E GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2021 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 1.500 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin aus, dass die Auftraggeberin beabsichtige, ua einen Bauauftrag betreffend Baumeisterarbeiten für das Vorhaben „Zu- und Umbau Musikverein und Sanierung Amtshaus S" zu vergeben. Nach Angabe der Auftraggeberin sei das gegenständliche Beschaffungsvorhaben gemäß § 5 BVergG 2018 als Bauauftrag im Unterschwellenbereich zu qualifizieren. Durchgeführt werde ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß den Vorgaben des BVergG 2018.

Der Zuschlag solle dabei auf das billigste Angebot erteilt werden („Billigstangebotsprinzip"), wobei die Ausschreibung anhand einer konstruktiven Leistungsbeschreibung (Einheitspreise gem. Leistungsverzeichnis) erfolge. Mit E- Mail vom 31.5.2021 sei die Antragstellerin im Rahmen dieses nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zur Angebotslegung (ua) für das Gewerk Baumeister eingeladen und ihr im Zuge dessen ein „Begleitschreiben" mit den Eckdaten des Vergabeverfahrens übermittelt worden. Im Zuge dessen seien weiters Ausschreibungsunterlagen verfügbar gemacht worden. Die Frist zur Abgabe der Angebote habe am 25.6.2021, 12:00 Uhr, geendet.

Die Antragstellerin habe ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Das Angebot sei rechtzeitig eingelangt und entspreche den Vorgaben der Ausschreibungsunterlagen. Die Angebotsöffnung habe am 28.6.2021 stattgefunden. Ergebnis der Angebotsöffnung sei dabei gewesen, dass das Angebot der Antragstellerin für das Gewerk Baumeister mit einem Angebotspreis iHv EUR 495.304,36 (netto) anhand des festgelegten Billigstangebotsprinzips an die erste Stelle zu reihen und diese somit als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln gewesen sei. Das Angebot der Antragstellerin sei ferner durch die Auftraggeberin geprüft (auch habe es entsprechende Aufklärungskorrespondenz gegeben) und dessen Ausschreibungskonformität festgestellt worden. Das Angebot der nunmehrigen präsumtiven Zuschlagsempfängerin sei hingegen mit einem Angebotspreis iHv EUR 525.266,44 (netto) an die zweite Stelle zu reihen gewesen.

Am 30.7.2021 sei der Antragstellerin die hier angefochtene Zuschlagsentscheidung übermittelt worden. Begründet sei dies in der Zuschlagsentscheidung lediglich damit geworden, dass sich der Zuschlagsempfänger (bzw. dessen Vergabesumme) offenbar aufgrund einer Reduzierung vom Leistungsverzeichnis (Entfall Pos. 44 61 03 C Sohlbänke bis 300 mm, 44 61 50 O RAL-Anschluss Fenster und LG 11 Estricharbeiten) ergebe. Diese Reduzierung würde aufgrund der Vergabe von Einzelgewerken betreffend diese entfallenen Positionen erfolgen. Gleichzeitig

werde in der Zuschlagsentscheidung angeführt, dass die erfolgte Reduzierung keinen Einfluss auf die Reihung der Angebote habe.
Der Hinweis, eine Änderung der Reihung der Angebote sei durch die erfolgte Reduzierung nicht erfolgt, könne nicht nachvollzogen werden. Auf die erhebliche Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung habe die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin die vergebende Stelle im Vorfeld hingewiesen. So sei am 5.8.2021 ein entsprechendes Schreiben an die vergebende Stelle gerichtet worden, in welchem die Rechtswidrigkeiten aufgezeigt worden seien. Mit Antwortschreiben der vergebenden Stelle vom 6.8.2021 sei der rechtsfreundlichen Vertretung der Antragstellerin daraufhin mitgeteilt worden, dass sich die Änderungen der Vergabesummen nicht aus dem Entfall der Positionen, sondern einer nachträglichen Korrektur der Angebotspreise der übrigen Bieter (inkl. jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) ergeben würden. Durch diesen Umstand, welcher der Antragstellerin im Vorfeld nicht bekannt war, würden somit noch weitere Rechtswidrigkeiten zu Tage getragen. Eine Rücknahme der rechtswidrigen Zuschlagsentscheidung sei jedoch nicht erfolgt. Bereits an dieser Stelle sei festzuhalten, dass hinsichtlich des Angebots der Antragstellerin keine „Korrekturen" erforderlich waren und deren Angebot vollinhaltlich der Ausschreibung entsprochen habe.
Beim gegenständlichen Auftrag handle es sich um einen Bauauftrag gemäß § 5 BVergG 2018. Nach den Festlegungen der Auftraggeberin handle es sich um eine Beschaffung im Unterschwellenbereich. Die Auftraggeberin sei öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018. Die Zuständigkeit des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich ergebe sich aus Art. 14b Abs. 2 Z 2 B- VG, da die Auftraggeberin in den Vollziehungsbereich der Länder falle. Eine Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung sei nicht erfolgt. Die Antragstellerin sei als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln. Bei der bekämpften Entscheidung „Zuschlagsentscheidung" handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 15 lit a sublit cc BVergG 2018.
Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich sei bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung gemäß § 2 Abs. 3 Oö Vergaberechtsschutzgesetz 2006 für die Nachprüfung gesondert anfechtbarer Entscheidungen sowie zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.
Die hier bekämpfte Zuschlagsentscheidung sei mit 30.7.2021 datiert. Die Frist zur Einbringung eines Antrags auf Nachprüfung der gesondert anfechtbaren Entscheidung „Zuschlagsentscheidung" (sowie jene zur Einbringung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) ende somit gemäß § 4 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 am 9.8.2021. Der Antrag sei daher jedenfalls fristgerecht gestellt worden.
Durchgeführt werde ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung. Die mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag angefochtene, gesondert anfechtbare Entscheidung (Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2021) stehe insgesamt mit dem BVergG 2018 nicht im Einklang, da diese rechtswidrig sei und den Festlegungen in den Ausschreibungsunterlagen widerspreche. Bei rechts- und

ausschreibungskonformem Vorgehen sei die Antragstellerin jedenfalls als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln und ihr der Zuschlag zu erteilen. Der sich hieraus ergebende Schaden sei evident.
Mit Erhalt der Zuschlagsentscheidung habe die Antragstellerin zunächst davon ausgehen müssen, dass es aufgrund des angeführten Entfalls von Positionen zu einem Bietersturz und in Folge zu einem „neuen" Zuschlagsempfänger gekommen wäre. Erst nach Erhalt des Schreibens der vergebenden Stelle vom 6.8.2021 sei jedoch das gesamthaft rechtswidrige Vorgehen der Auftraggeberin abschließend erkennbar gewesen.
Wie diesem Schreiben entnommen werden könne, sei von mehreren Bietern (offenbar auch von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) Bewehrungsstahl sowohl in Stahlbetonpositionen als auch in Bewehrungsstahlpositionen (somit doppelt) einkalkuliert worden. Hierauf folgend sei der Angebotsvergleich dahingehend korrigiert worden, dass bei allen Bietern der Bewehrungsstahl genau einmal im LV-Volumen enthalten ist. Darüber hinaus sei offengelegt worden, dass das Leistungsverzeichnis in Position 07 50 05 B irrtümlich die Einheitsbezeichnung m^3 statt m^2 enthalten habe. Dieser „Irrtum" sei jedoch nicht von allen Bietern erkannt worden, weshalb auch hier eine Anpassung der betroffenen Angebote erfolgt sei. Ergebnis dieser Korrekturen und Anpassungen sei letztendlich die neue Bieterreihung wie auch die Vorreihung der präsumtiven Zuschlagsempfängerin.
Das Angebot der Antragstellerin habe keine „Korrektur" iSd Ausführungen der vergebenden Stelle erfordert (jenes der präsumtiven Zuschlagsempfängerin aber offenbar sehr wohl). Die seitens der vergebenden Stelle geäußerte Unklarheit, in welche Position Bewehrungsstahl einzupreisen sei, sei aus Sicht der Antragstellerin nicht nachvollziehbar. So würden bereits die Vorbemerkungen gem. Pos. 07.00.080 Z „Schalung und Bewehrung" des Leistungsverzeichnisses festlegen, wie die Bewehrung einzukalkulieren sei. Bei allfälligen Widersprüchen zu einzelnen Leistungspositionen würden die Vorbemerkungen entsprechend vorgehen. Unklarheiten im Hinblick auf die diesbezügliche Kalkulation würden somit nicht vorliegen. Eben aus diesem Grund habe die Antragstellerin ihr Angebot auch ausschreibungskonform kalkuliert. Eine nachträgliche Angebotsänderung der Antragstellerin sei daher nicht erforderlich gewesen und sei diese auch nicht erfolgt.
Ungeachtet dessen handle es sich bei den seitens der Auftraggeberin vorgenommenen „Korrekturen" und „Anpassungen" nicht um die Behebung bloßer Rechenfehler (vgl. bspw. § 138 Abs. 7 BVergG 2018). Vielmehr liege eine nachträgliche, inhaltliche und wettbewerbsrelevante Änderung der betroffenen Angebote vor. Die Auftraggeberin lasse nachträglich regelrecht bestimmte Bestandteile einzelner Leistungspositionen „entfallen". Dies offenbar ausschließlich auf Grundlage der Rückmeldungen der betroffenen Bieter im Zuge des „Aufklärungsprozesses". Im Rahmen der Angebotsabgabe müssten zudem keinerlei Kalkulationsformblätter vorgelegt werden. Die Rückmeldungen der betroffenen Bieter, auf deren Grundlage die Auftraggeberin die Korrekturen (tatsächlich Änderungen) vorgenommen habe, seien daher für diese nicht einmal nachprüfbar.

Hinzu komme, dass das betroffene Leistungsverzeichnis bestandsfest sei und durch die Auftraggeberin nachträglich nicht mehr abgeändert werden dürfe.
Im Ergebnis seien somit die Angebote einzelner Bieter (inkl. jenem der präsumtiven Zuschlagsempfängerin) nachträglich geändert worden. Dies sei im nicht offenen Verfahren jedoch absolut unzulässig. Es gelte das strenge Verhandlungsverbot. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Änderungen im Zuge des Aufklärungsprozesses erfolgt seien. Aufgrund von derartigen Aufforderungen dürfe kein (faktisch) neues Angebot eingereicht werden, da der Grundsatz der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot jeglicher Verhandlung zwischen Auftraggeber und Bieter entgegenstehe. Der Angebotspreis und Angebotsinhalt müsse vielmehr, wie im Zeitpunkt der Angebotsöffnung offen gelegt, unverändert bleiben und der Angebotsbewertung zugrunde gelegt werden. Der Billigstbieter stehe daher mit Ablauf der Angebotsfrist abschließend fest.
Vielmehr seien die Angebote der betroffenen Bieter zwingend gem. § 141 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG 2018 auszuscheiden, da diese eine unplausible Zusammensetzung des Gesamtpreises aufweisen (insb. doppelte Einpreisung von Bewehrungsstahl) und den Vorgaben der Ausschreibungsbestimmungen widersprechen. Folglich sei nicht bloß das „Vorreihen" des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin (aufgrund einer unzulässigen, nachträglichen Angebotsänderung) selbst rechtswidrig. Vielmehr wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin zwingend gem. § 141 Abs. 1 Z 3 und 7 BVergG 2018 auszuscheiden gewesen.
Die Zuschlagsentscheidung sei somit evident rechtswidrig, da eine unzulässige Angebotsänderung vorliege und das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden sei. Die Antragstellerin, deren Angebot der Ausschreibung entspreche und auch nicht geändert wurde, sei als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln.
Gem. § 20 Abs. 1 BVergG 2018 seien Vergabeverfahren insb. unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Bieter sowie des Transparenzgebots durchzuführen. Gegen diesen fundamentalen Grundsatz des Vergaberechts habe die Auftraggeberin jedoch durch ihre Vorgehensweise gleich mehrfach verstoßen. So würde der Ausschreibung eine konstruktive Leistungsbeschreibung (inkl. entsprechendem Leistungsverzeichnis) zugrunde gelegt und gleichzeitig das Billigstangebotsprinzip für anwendbar erklärt. Eine Aufteilung des Verfahrens „Gewerk Baumeister" in Lose sei nicht erfolgt. Vielmehr sei ein gesamtheitliches Leistungsverzeichnis verfügbar gemacht worden, welches auch zwingend zu verwenden wäre.
Das Billigstangebotsprinzip sei dadurch gekennzeichnet, dass der nach Angebotsprüfung im Vergabeverfahren verbleibende Bieter mit dem niedrigsten Angebotspreis (auf Grundlage des ausgeschriebenen Leistungsgegenstands) als Zuschlagsempfänger zu ermitteln sei. Grundlage sei dabei das (bestandsfeste) gesamte Leistungsverzeichnis.
Die Auftraggeberin habe sich jedoch bereits an diesen simplen Grundsatz gerade nicht gehalten. Vielmehr habe sie - durch ein „Entfallen lassen" einzelner

Positionen - eine gänzlich neue, im Vorfeld nicht definierte Preisgrundlage (Vergabesumme) herangezogen, welche - in Zusammenschau mit der unzulässigen, nachträglichen Änderung von Angeboten - zudem einen Bietersturz (sogar einen Wechsel des Zuschlagsempfängers) nach sich gezogen habe. Der darin liegende Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz wie auch die Gleichbehandlung aller Bieter sei evident. Zudem gelte auch im nicht offenen Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ein strenges und absolutes Verhandlungsverbot.
Die Vorgehensweise der Auftraggeberin finde somit weder in den Ausschreibungsunterlagen noch im Gesetz Deckung. Darüber hinaus wäre der nunmehr gewählte Ansatz für die Bieter im Zuge der Angebotserstellung keinesfalls erkennbar, worin ebenfalls ein Verstoß gegen das Transparenzgebot gem. § 20 Abs .1 BVergG 2018 liege.
Bereits aus den oben genannten Gründen sei die Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin vom 30.7.2021 evident rechtswidrig und für nichtig zu erklären. Bei rechts- und ausschreibungskonformem Vorgehen wäre die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln gewesen.
Seitens der Auftraggeberin werde in der Zuschlagsentscheidung erklärt, dass einzelne Positionen (bzw. Leistungsgruppen) entfallen würden, woraus sich abweichende Vergabesummen (sowie letztendlich auch durch die erfolgten Angebotsänderungen ein „neuer" Zuschlagsempfänger) ergeben würden. Eine vorherige Ankündigung dieser Vorgehensweise sei dabei nicht erfolgt. Die Antragstellerin könne daher bloß vermuten, dass die Auftraggeberin dieses Prozedere auf Pos. 00.50.160 Z „Vergabe in Teilen" des Leistungsverzeichnisses stütze. Obige Position des Leistungsverzeichnisses sei jedoch nicht einmal im Ansatz geeignet, das intransparente Vorgehen der Auftraggeberin zu begründen oder zu rechtfertigen. Dabei sei zunächst hervorzuheben, dass das übermittelte „Begleitschreiben" als relevante Verfahrensbestimmungen inkl. Festlegung der wesentlichen Informationen des Vergabeverfahrens keinerlei Angaben enthalte, dass eine Teilvergabe in Losen avisiert sei. Auch sonst würden sich keine diesbezüglichen Anhaltspunkte in verfahrensrelevanten Unterlagen ergeben. Als einzig denkbare Bestimmung sei somit obige Position des Leistungsverzeichnisses heranzuziehen. Hierbei handle es sich jedoch um eine Festlegung für die Ausführungsphase (und nicht für das Vergabeverfahren). Die betroffene Position befinde sich im Leistungsverzeichnis (welches erst mit Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil werde); dies noch dazu zwischen weiteren „klassischen" Ausführungspositionen (zB Führung von Bautagesberichten; Deutschkenntnisse entscheidungsbefugter Personen des Auftragnehmers, etc.). Bereits aus diesem Grund müssten die Bieter im Rahmen der Angebotserstellung davon ausgehen, dass sich bezeichneter Vorbehalt auf das Ausführungsstadium beziehe, nicht hingegen auf das Vergabeverfahren selbst. Auch würden sich im Leistungsverzeichnis keinerlei Hinweise finden, dass es sich hierbei um eine „verfahrensrelevante Position" handeln soll.

Eine gegenteilige Auslegung (konkret eine Auslegung, die im Zuge der Ermittlung des Zuschlagsempfängers einen beliebigen Entfall von Positionen zulassen würde), finde im Wortlaut obiger Position wie auch deren Eingliederung in die gesamthaften Ausschreibungsunterlagen keine Deckung. Insbesondere könnten die Bieter des Verfahrens obigen Vorbehalt ausschließlich als vertragsrelevante Ausführungsbestimmung im Leistungsverzeichnis verstehen.
Würde man dem (offenbar angestrengten) Ansatz der Auftraggeberin folgen, würden sich schwerwiegende Rechtswidrigkeiten gleich in mehreren Bereichen ergeben. Zunächst würde ein „beliebiger" Entfall von Positionen des Leistungsverzeichnisses dazu führen, dass aufgrund der Vielzahl an LV-Positionen nahezu „unendlich" viele Beauftragungsszenarien (Kombination an dann tatsächlich beauftragten Positionen) denkbar wären. Dass ein derartiges Verständnis jedoch für die Bieter gänzlich unkalkulierbar sei und § 28 Abs. 2 BVergG 2018 glatt widerspreche, müsse nicht erst hervorgehoben werden. Bieter hätten im Zuge der Angebotserstellung Kapazitätsplanungen insb. im Hinblick auf Personal, Material, Geräte und auch Subunternehmer anzustrengen. Diese Planungen müssten gerade auch im Hinblick auf den avisierten Ausführungszeitraum vorgenommen werden. Durch eine „unendliche" und gänzlich unvorhersehbare Kombination von Einzelpositionen seien derartige Überlegungen jedoch unmöglich. Die Bieter müssten in diesem Fall ein unkalkulierbares Risiko übernehmen. Dies sei jedoch gem. § 88 Abs. 2 BVergG 2018 selbstverständlich unzulässig. Bereits auf Grundlage dieser Unkalkulierbarkeit sei die von der Auftraggeberin offenbar zugrunde gelegte Auslegung der angeführten LV-Position ungeeignet, rechtswidrig und daher ausgeschlossen.
Hinzu komme, dass gem. § 28 Abs. 2 BVergG 2018 „ein bloßer Vorbehalt einer allfälligen Losvergabe unzulässig" sei. Hierdurch werde das zwingende Verständnis, dass es sich bei obigem Vorbehalt um eine Ausführungsbestimmung handle, noch untermauert. Schließlich sei dieser Bestimmung der Auftraggeberin im Vergabeverfahren kein rechtswidriger Inhalt zu unterstellen gewesen. Auch sei wesentlich, dass allenfalls unklare Festlegungen in der Ausschreibung gesetzeskonform zu interpretieren seien und zudem unklare oder undeutliche Festlegungen zulasten des Auftraggebers auszulegen wären.
Ungeachtet dessen müsse abschließend darauf hingewiesen werden, dass das rechtliche Schicksal der gemäß Zuschlagsentscheidung entfallenden Leistungspositionen gänzlich unklar sei. Ein (Teil-)Widerruf betreffend eben diese Positionen sei der Antragstellerin nicht zur Kenntnis gebracht worden.
Die Vorgehensweise der Auftraggeberin, dh der Entfall einzelner Positionen, sei ausschreibungs- und rechtswidrig, weshalb auch die Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2021 selbst rechtswidrig sei. Diese sei daher für nichtig zu erklären und die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln.
Würde man tatsächlich der Auslegung der Auftraggeberin folgen, so würde hierdurch eine wesentlich andere Ausschreibung vorliegen, welche den zwingenden Widerruf des Vergabeverfahrens gern § 149 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 nach sich ziehe. Eine wesentlich andere Ausschreibung bestehe zunächst vor dem

Hintergrund, dass nunmehr ein Wechsel von Gesamt- zu Teilvergabe erfolge. War diese Intention des Auftraggebers bereits im Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens veranlagt, so handle es sich zudem um ursprünglich bereits vorliegende, jedoch nachträglich erst hervorgekommene Gründe („nova reperta"), welche für einen zwingenden Widerruf gem. § 149 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 grundsätzlich erforderlich seien. Ein zwingender Widerruf des Vergabeverfahrens sei zudem dann erforderlich, wenn eine ordnungsgemäße Verfahrensfortführung (insb. im Hinblick auf die vergaberechtlichen Grundsätze) nicht möglich sei. Dies sei gerade dann der Fall, wenn es zu einem erheblichen Einfluss auf das Vergabeverfahren, insbesondere auf die Reihung der Bieter sowie auf den Bieterkreis, kommen könne. Genau dieses Szenario liege hier vor. Durch die nunmehr zugrunde gelegte, in den Ausschreibungsunterlagen jedoch nicht ableitbare Auslegung des bezeichneten Vorbehalts, sei es (in Zusammenschau mit den nachträglich vorgenommenen „Korrekturen") zu einem Bietersturz und sogar zu einem abweichenden Vergabeergebnis (Vorreihung des ursprünglich zweitgereihten Bieters) gekommen. Hierin liege ein massiver Eingriff in die bisherige Systematik der Ausschreibung, welche eine wesentlich andere Ausschreibung darstelle und auch eine ordnungsgemäße Fortführung des Vergabeverfahrens nicht zulasse. Die ordnungsgemäße Verfahrensfortführung sei dabei vor dem Hintergrund bereits ausgeschlossen, dass eine Gleichbehandlung der Bieter wie auch des Transparenzgebots nicht gewährleistet werden könne.
Würde man somit der (unzutreffenden) Auslegung und Vorgehensweise der Auftraggeberin folgen, so hätte dies einen zwingenden Widerruf des Vergabeverfahrens zur Folge. Die Zuschlagsentscheidung sei auch in diesem Fall rechtswidrig und für nichtig zu erklären.
Die Antragstellerin erachtet sich daher aus all diesen Gründen durch die angefochtene Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2021 in ihren Rechten auf Durchführung eines dem BVergG 2018 entsprechenden Vergabeverfahrens, auf Gleichbehandlung der Bieter, in ihrem Recht auf ausschreibungs- und gesetzeskonforme Ermittlung des Zuschlagsempfängers, in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung sowie in ihrem Recht auf Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens verletzt.
Die Antragstellerin habe sich am gegenständlichen Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein ausschreibungskonformes Angebot abgegeben. Wie in obigen Ausführungen näher dargelegt, sei die von der vergebenden Stelle erfolgte Zuschlagsentscheidung evident rechtswidrig. Die Antragstellerin erleide durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung einen Schaden durch die Nichtabdeckung des projektgegenständlichen Deckungsbeitrages samt entgangenem Gewinn. Es seien Kosten für die Teilnahme am Vergabeverfahren und Rechtsberatungskosten angefallen. Bei rechtskonformem Vorgehen wäre die Antragstellerin als Zuschlagsempfängerin zu ermitteln gewesen.
Da die Antragstellerin beabsichtige, sich auch in Zukunft an öffentlichen Vergabeverfahren zu beteiligen, liege der Zuschlag auch deshalb in ihrem Interesse, da sie zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit Referenzprojekte, die von

der öffentlichen Hand beauftragt worden sind, vorweisen müsse. Dieser Schaden sei nur durch die Aufhebung der angefochtenen Entscheidung des Vergabeverfahrens abzuwenden.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag verwiesen. Weiters wurde vorgebracht, dass einer einstweiligen Untersagung der Zuschlagserteilung ein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin nicht entgegenstehe. In den Ausschreibungsunterlagen finde sich auch kein Hinweis, dass mit dem Vorhaben nicht bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden könne. Eine einstweilige Aussetzung stelle daher für die Auftraggeberin keine unverhältnismäßige Belastung dar. Öffentliche Interessen, etwa die Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum, vermögen in diesem Fall nicht die Erlassung einer einstweiligen Verfügung 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. Eine allfällige Verzögerung der Auftragsdurchführung, die aus der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens resultiere, stelle somit keinen tauglichen Hinderungsgrund dar, wolle 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 hätten nach der Spruchpraxis der Vergabekontrollbehörden bei der Erstellung des Zeitplans die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehenden Verzögerungen ins Kalkül zu ziehen.
Wegen der Erforderlichkeit der Maßnahme, deren Eignung sowie der Tatsache, dass es sich im gegebenen Fall um das gelindeste Mittel handle, seien die gesetzlichen Voraussetzungen der §§ 8 ff Oö. Vergaberechtsschutzgesetz gegeben. Die Untersagung der Zuschlagserteilung sei im Hinblick darauf, dass die (rechtswidrige) Zuschlagserteilung zugunsten der Mitbewerberin zu verhindern ist, 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 (zB die Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung) in einem Vergabeverfahren treffen könne.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Gemeinde S als Auftraggeberin am Provisorialverfahren beteiligt und die Möglichkeit eingeräumt, sich bis zum 11.8.2021 dazu zu äußern. Eine Stellungnahme wurde nicht abgegeben.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat erwogen:

II.1. Gemäß § 1 Abs. 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.

II.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 im Provisorialverfahren davon auszugehen, dass die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden sind.

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Zuschlagsentscheidung vom 30.7.2021 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 15 lit. a sublit. cc BVergG 2018.

II.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.

II.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. *G. Gruber/T. Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* (Hrsg), § 328 Rz 14; *R. Madl* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4], Rz 2216 unter Hinweis auf die europarechtliche Judikatur). Aufgrund der vorgelegten Urkunden und des (unwidersprochen gebliebenen) Vorbringens der Antragstellerin geht das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich davon aus, dass im gegenständlichen Vergabeverfahren weder bereits ein Zuschlag erteilt noch eine Widerrufserklärung mitgeteilt wurde. Die Antragstellerin konnte im Rahmen ihres Antrages auch - von der Auftraggeberin ebenfalls unwidersprochen - darlegen, dass die Antragstellerin als Bieterin im gegenständlichen Vergabeverfahren ein Interesse am Abschluss des ausgeschriebenen Gewerks, insbesondere zur Erlangung eines wesentlichen Referenzprojektes, hat.

II.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* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4], 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.

II.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* aaO, § 329 Rz 7f; *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.

II.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 die allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren die Behauptungslast betreffend die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung

sprechenden Interessen. Die Auftraggeberin hat sich im Verfahren nicht geäußert, insbesondere 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; *Mandl* in *Schwartz*, BVergG 2006[2], Rz 3 zu § 329 [Stand: 1.1.2015, rdb.at]). 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.

II.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 Nachteilen. 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.

II.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.

II.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.

III. 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 Rechtsmittelfris unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack