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-840264/5/JS

Datum:
Linz, 8. Juli 2022

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der P. D Gesellschaft m.b.H., vertreten durch x, x, vom 4.7.2022 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Auftraggeberin Land Oberösterreich, vertreten durch x, x, x, betreffend den Dienstleistungsauftrag „Gebäudereinigung 2022“ (Los A – L und Los B – S)

zu Recht:

I. Die Anträge, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Bieter, in eventu die Zuschlagserteilung 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 Land Oberösterreich führt als öffentliche Auftraggeberin ein offenes, in Lose gegliedertes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich betreffend einen Dienstleistungsauftrag („Gebäudereinigung 2022“) nach dem Bestbieterprinzip durch.

1.2. Die Antragstellerin legte zu den Losen A (L) und B (S) jeweils ein Angebot. Mit Schreiben vom 24.6.2022 teilte die Auftraggeberin der Antragstellerin mit, dass die beiden Angebote gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018) ausgeschieden werden müssten, da sie den Ausschreibungsbestimmungen widersprechen würden.

1.3. Dagegen richtet sich der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 4.7.2022 samt den (verfahrensgegenständlichen) Anträgen, der Auftraggeberin mittels einstweiliger Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Bieter, in eventu die Zuschlagserteilung zu untersagen. Gleichzeitig beantragte sie, die Auftraggeberin zur Bezahlung der entrichteten Pauschalgebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verpflichten. Die Antragstellerin begründete ihren Provisorialantrag (zusammengefasst) wie folgt:

1.3.1. Die beantragte Maßnahme sei das gelindeste Mittel, weil nur auf diese Weise das der Antragstellerin eingeräumte Recht auf Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sichergestellt werden könne. Ohne einstweilige Verfügung sei es der Antragsgegnerin möglich, im gegenständlichen Vergabeverfahren fortzufahren und eine Zuschlagsentscheidung zu treffen und diese mitzuteilen oder aber den Zuschlag zu erteilen. In letzterem Fall bestehe für die Antragstellerin keine Möglichkeit mehr, an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren teilzunehmen und den gegenständlichen Auftrag zu vergaberechtskonformen Bedingungen zu erhalten. In ersterem Fall müsse sie zusätzliche Aufwendungen auf sich nehmen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des gegenständlichen Rechtsstreits.

1.3.2. Die Antragstellerin sei ein am Markt etabliertes Unternehmen im Bereich Facilitymanagement/Reinigungsdienstleistungen und eines der größten Anbieter dieser Dienstleistungen. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am gegenständlichen Vergabeverfahren nicht zuletzt durch die Abgabe ihrer beiden Angebote kundgetan. Der Dienstleistungsauftrag stelle ein nicht zu unterschätzendes Referenzprojekt für die Antragstellerin hinsichtlich der Erbringung ähnlicher Leistungen in anderen Marktgemeinden und auch Bundesländern dar. Die Antragstellerin habe bereits für die Teilnahme am

gegenständlichen Vergabeverfahren sowie die Erstellung der Angebote Aufwendungen getätigt. Hinzu kämen die Aufwendungen für die Ausarbeitung des Nachprüfungsantrages samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Durch die vorliegenden Rechtswidrigkeiten sei eine Situation geschaffen, die den Grundsätzen des Vergaberechts widerspreche. Die Antragstellerin sei in beiden Losen preislich an erster Stelle gereiht und vermutlich daher auch Bestbieterin.
1.3.3. Stelle man im vorliegenden Fall die Interessen der Antragstellerin den öffentlichen Interessen der Antragsgegnerin gegenüber, ergebe sich, dass im gegenständlichen Fall vom grundsätzlichen Überwiegen der für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen auszugehen sei.
1.4. 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. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 - 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 1.4 basiert auf der ergänzenden Mitteilung der Auftraggeberin vom 6.7.2022 zum Provisorialantrag an das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich.

3. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beurteilt den festgestellten Sachverhalt rechtlich wie folgt:
3.1. Gemäß § 1 Abs. 1 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 ihrer Angebote zu den Losen A und B 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. 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 der öffentliche Auftraggeber 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, weshalb das Vorbringen der Antragstellerin, nur durch die begehrte einstweilige Verfügung sei ihre Teilnahme an einem vergaberechtskonformen Vergabeverfahren sichergestellt, nicht verfängt. Auch die Antragstellerin hat – gleich den übrigen verbliebenen Bietern – zur Wahrung ihrer Interessen die Möglichkeit, verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutz gegen allfällige weitere gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinn des § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018, etwa gegen eine Zuschlags- oder Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin, in Anspruch zu nehmen.

3.6. Durch die gesondert anfechtbaren Entscheidungen (des Auftraggebers) wird ein Vergabeverfahren in verschiedene Abschnitte unterteilt, wodurch eine Strukturierung des Vergabeverfahrens und eine effiziente Abwicklung von Rechtsschutzverfahren erreicht werden (vgl. RV 69 BlgNR 26. GP 9). Eine allfällige Notwendigkeit der Antragstellerin, die Nachprüfung weiterer gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin zu beantragen, ist diesem Rechtsschutzsystem dabei immanent. Eine solche Notwendigkeit stellt damit auch keine zu berücksichtigende Interessensschädigung im Sinn des § 8 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 dar, die durch die behauptete Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung entstand oder unmittelbar droht, da die Antragstellerin etwa auch dann eine allenfalls (nicht zu ihren Gunsten) ergangene

Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin anfechten müsste, wäre die bekämpfte Ausscheidensentscheidung vom 24.6.2022 nicht erfolgt.

3.7. Dass der Antragstellerin durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Untersagung der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Bieter oder die Erteilung des Zuschlags untersagt werde, eine bessere Rechtsposition eingeräumt werden soll als den weiteren im Verfahren verbliebenen Bietern, denen im Entscheidungszeitpunkt keine derartige Untersagungsmöglichkeit zukommen würde, 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). Hinzu kommt, dass im Falle der Erlassung der begehrten einstweiligen Verfügung der Auftraggeberin selbst dann die Möglichkeit einer Zuschlagsentscheidung bzw. –erteilung (für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens) genommen wäre, wenn die ausschreibungskonformen Angebote der weiteren im Verfahren verbliebenen Bieter technisch und wirtschaftlich günstiger wären als die Angebote der Antragstellerin (vgl. dazu auch VwGH 30.1.2019, Ra 2018/04/0001, wonach ein Mangel der Zuschlagsentscheidung, der nicht geeignet ist, zu einer - den ersten Platz betreffenden - Änderung in der Bieterreihung zu führen, die Nachprüfungsbehörde nicht ermächtigt, diese Entscheidung für nichtig zu erklären). Die Antragstellerin bringt dazu selbst nicht vor, Bestbieterin zu sein, sie vermutet es lediglich.

3.8. Die Provisorialanträge sind daher als unbegründet abzuweisen.

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

Zu Punkt II.:

5. 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