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-840276/5/JS/Rd

Datum:
Linz, 6. Juni 2023

# IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der s gmbh, vertreten durch B Rechtsanwälte GmbH & Co KG, X, vom 1. Juni 2023, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der G GmbH, vertreten durch S Rechtsanwälte GmbH, X, betreffend das Vorhaben „M inkl. Garantieverlängerung und Vollwartungsvertrag von 24 Monaten für das X Klinikum S“

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 G GmbH die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 1. August 2023, 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 I.:

1.1. Mit Eingabe vom 1. Juni 2023 beantragte die s gmbh (im Folgenden: Antragstellerin) die „Nichtigerklärung der mit ex ante-Transparenzbekanntmachung vom 17.05.2023 zu ABl. 2023/S 097-304512 (erstmalig verfügbar am 22.5.2023) bekannt gemachten Zuschlagsentscheidung“ sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen. Im Übrigen wurde u. a. die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zu ABl. 2023/S 097-304512 eine freiwillige ex ante-Transparenzbekanntmachung betreffend das Vergabeverfahren „M inkl. Garantieverlängerung und Vollwartungsvertrag von 24 Monaten für das X Klinikum S“ veröffentlicht habe.
Die Bekanntmachung sei im Anwendungsbereich der RL 2014/24/EU erfolgt und sei am 22.5.2023 erstmalig verfügbar gewesen. Die Absendung der Bekanntmachung sei laut den Angaben in der Bekanntmachung am 17.5.2023 erfolgt.

Gegenstand der Beschaffung sei ein Massenspektrometer für das Klinikum S. Es handle sich um einen Lieferauftrag und belaufe sich der Gesamtwert der Beschaffung laut Bekanntmachung auf 229.286,00 Euro (exkl. USt). Er liege dementsprechend im Oberschwellenbereich.
Die Beschaffung sei laut Bekanntmachung in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 36 Abs. 1 Z 3 lit. a BVergG 2018 erfolgt.

Entsprechend der bekannt gemachten Zuschlagsentscheidung beabsichtige die Auftraggeberin den Zuschlag der B GmbH & Co KG zu einem Gesamtauftragswert von 229.286,00 Euro (exkl. USt) erteilen zu wollen.

1.2. Als Begründung für die Wahl des Vergabeverfahrens sei in der Bekanntmachung angeführt worden:

„IV.1.1) Verfahrensart Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung

- Die Bauleistungen/Lieferungen/Dienstleistungen können aus folgenden Gründen nur von einem bestimmten Wirtschaftsteilnehmer ausgeführt werden:
- nicht vorhandener Wettbewerb aus technischen Gründen

Erläuterung:

Im Wesentlichen wird das technische Alleinstellungsmerkmal wie folgt begründet:

1. Auswertung eines Targets mit 95 Patientenproben inkl. Standardmessung innerhalb von 5 Minuten
2. Sehr große Referenzdatenbank mit 4194 Referenzspektren bei Bakterien und Pilzen und 182 Einträge bei Mykobakterien mit einem garantierten jährlichen Update

3. Rasche Identifikation von Keimen aus positiven Blutkulturflaschen inklusive direkte Identifikation des KPCPlasmids bei K. pneumoniae und E. coli (20 Minuten)
4. Wegen dem beschränkten Platzangebot in unserem Institut ist auch die Größe des Geräts von Belang. Größe und Gewicht: 500x710x1070 mit 75 kg
5. Wiederverwertbare Targets (Kostenersparnis bei hohem Probendurchsatz)
6. Qualitätsgesicherter ready-to-use Bakterien-Teststandard (BTS) für die rasche und IVDR-konforme Kalibrierung über den kompletten Messbereich von 2000-20000 Dalton“.

1.3. Die Antragstellerin sei ein Unternehmen mit Sitz in G und biete (unter anderem) auch Massenspektrometer an, die den Gegenstand der oben angeführten Beschaffung bilden würden.

1.4. Die G GmbH sei öffentlicher Auftraggeber im Sinne des BVergG 2018.
Mangels bisheriger Zuschlagserteilung bzw. Widerruf sei das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Durchführung des Nachprüfungsverfahrens zuständig.
Angefochten werde die mit ex ante-Transparenzbekanntmachung vom 17.5.2023 zu ABl. 2023/S 097-304512 (erstmalig verfügbar am 22.5.2023) bekannt gemachte Zuschlagsentscheidung. Dabei handle es sich nach Maßgabe des § 2 Z 15 lit. a) sublit. ee) BVergG 2018 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Die angefochtene Entscheidung stamme vom 17.5.2023 und sei im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zu ABl. 2023/S 097-304512 am 22.5.2023 erstmalig verfügbar gewesen. Der gegenständliche Nachprüfungsantrag sei daher nach Maßgabe des § 4 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 jedenfalls fristgerecht.

Die Antragstellerin habe für den gegenständlichen Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Gebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro entrichtet. Festgehalten werde, dass die Antragstellerin aufgrund der Angaben in der Bekanntmachung vorderhand davon ausgehe, dass der geschätzte Auftragswert gegenständlich im Oberschwellenbereich liege, weshalb die entrichteten Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorerst nach Maßgabe des § 1 Abs. 1 Z 10, Abs. 2 Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung bemessen worden seien. Unter einem werde aber beantragt, einen allenfalls zu viel entrichteten Betrag rückzuerstatten.

Die Antragstellerin habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein evidentes und rechtliches Interesse am Vertragsabschluss. Der Unternehmensgegenstand der Antragstellerin umfasse insbesondere auch die gegenständlich zu vergebenden Leistungen. Bei vergaberechtskonformer Vorgehensweise der Auftraggeberin und Ausschreibung der Leistungen in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung hätte die Antragstellerin beabsichtigt, an einem solchen Verfahren teilzunehmen und ein entsprechendes Angebot zu legen. Die Antragstellerin habe daher

unzweifelhaft ein Interesse am Vertragsabschluss. Dieses Interesse am Vertragsabschluss werde auch durch den gegenständlichen Nachprüfungsantrag bestätigt.

Aufgrund der angefochtenen Entscheidung drohe der Antragstellerin ein Schaden in der Höhe des entgangenen Gewinns. Bestandteil des Schadens seien auch die Kosten der rechtsfreundlichen Vertretung im Nachprüfungsverfahren, die derzeit ca. 2.000 Euro (exkl. USt) betragen und von den Vertretern der Antragstellerin mit Unterfertigung der gegenständlichen Eingabe bescheinigt werden würden. Der entgangene Gewinn und die vorgenannten frustrierten Aufwendungen würden jedenfalls einen Schaden darstellen. Darüber hinaus würde der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojektes für künftige Vergabeverfahren entgehen.

Die Antragstellerin werde durch die angefochtene Entscheidung und die rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin in ihrem Recht auf
- Durchführung eines ordnungsgemäßen vergaberechtskonformen Vergabeverfahrens
- Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung
- Nichtdurchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bei Fehlen der gesetzlichen Voraussetzungen sowie
- Zuschlagserteilung an die Antragstellerin

verletzt.

1.5. Zu den Vergabeverstößen wurde vorgebracht:

1.5.1. Beschaffungsvorgang:
Die G GmbH sei öffentliche Auftraggeberin iSd BVergG 2018.
Bei der Lieferung von Massenspektrometern samt Wartung handle es sich unzweifelhaft um grundsätzlich ausschreibungspflichtige Leistungen iSd BVergG 2018, nämlich (wie auch in der Bekanntmachung angeführt) insbesondere CPV-Code 38433100 Massenspektrometer.

1.5.2. Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung nach § 36 Abs. 1 Z 3 lit. a) BVergG 2018:
Ausnahmetatbestände seien nach der Rechtsprechung eng auszulegen. Die Beweislast in Bezug auf die Erfüllung der Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes treffe den Auftraggeber.

Voraussetzung für die Anwendbarkeit des von der Auftraggeberin gegenständlich behaupteten Ausnahmetatbestands sei grundsätzlich, dass ein Auftrag wegen seiner technischen Besonderheit nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden könne.

Nach der Rechtsprechung dürfen öffentliche Auftraggeber dabei nicht völlig willkürlich die Rahmenbedingungen für die konkret zu beschaffende Leistung derart gestalten, dass tatsächlich nur ein Unternehmen die Anforderung erfülle. Vielmehr sei dabei das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot zu beachten. Dies bedeute, dass es zur zu beschaffenden Leistung bzw. zu den diesbezüglich festgelegten technischen Anforderungen – aus sachlich gerechtfertigten Gründen - keine vernünftige Alternative geben dürfe.

Maßgeblich für die Anwendbarkeit des Tatbestandsmerkmals „technische Gründe“ sei einerseits, dass die Leistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, eine technische Besonderheit aufweisen müssen und andererseits, dass es aufgrund dieser Besonderheiten unbedingt erforderlich sein müsse, den Auftrag an einen bestimmten Unternehmer zu vergeben.

Nach der Rechtsprechung des EuGH seien etwa bloße Zweckmäßigkeitsgründe keine technischen Gründe, die die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Bieter rechtfertigen würden. Ebenso wenig würden nach Ansicht des EuGH technische Gründe vorliegen, wenn bestimmte Umstände auch als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden hätten können.

Zu beachten sei schließlich, dass zur Leistungserbringung aufgrund der Anforderungen nur ein einziges Unternehmen in der Lage sein darf. Wenn die zu beschaffende Leistung von zwei oder mehreren Unternehmen erbracht werden könne, komme der Ausnahmetatbestand nicht zum Tragen. Die fehlende Erkennbarkeit eines anderen, potentiellen Bieters sei nicht ausreichend. Maßgeblich sei, ob zumindest ein weiterer Bieter hätte mitbieten können oder wollen.

Die Auftraggeberin habe die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Wesentlichen mit bestimmten – in der Bekanntmachung näher angeführten – technischen „Alleinstellungsmerkmalen“ begründet.
Dem könne nicht gefolgt werden bzw. vermöge dies jedenfalls nicht die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung zu tragen.
Am Markt seien Geräte unterschiedlicher Hersteller verfügbar, darunter auch solche, die dem in der Bekanntmachung genannten Gerät in den dort angeführten Parametern jedenfalls vergleichbar seien. Dies gelte insbesondere auch für das von der Antragstellerin angebotene Massenspektrometer.
Das wäre aber jedenfalls eine technisch mögliche und sachlich in Betracht kommende Alternative.

Zu den von der Auftraggeberin in der Bekanntmachung angeführten „Alleinstellungsmerkmalen“ sei festzuhalten, dass es sich dabei um rein produktionsspezifische technische Parameter des Geräts der präsumtiven Zuschlags-

empfängerin handle, die offenkundig undifferenziert deren Produktdatenblättern entnommen worden seien.

Diese Umschreibung des Beschaffungsgegenstands mit exakt den technischen Spezifikationen des Geräts der präsumtiven Zuschlagsempfängerin stelle eine im Sinne des § 36 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 „künstliche Einschränkung“ der Anforderungen bzw. auch des Wettbewerbs dar. Dafür bestehe in klinischer Hinsicht keine Notwendigkeit bzw. werde auch in der Bekanntmachung gar nicht angeführt, warum genau diese Spezifikationen zwingend erforderlich sein sollen. Wie erörtert, seien am Markt jedenfalls Geräte mit vergleichbaren Parametern verfügbar, die eine iSd § 36 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018 vernünftige Alternative bzw. Ersatzlösung darstellen.

Gemäß § 106 BVergG 2018 müssen technische Spezifikationen allen Bewerbern und Bietern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern. Auch nach dieser Maßgabe seien die in der Bekanntmachung angeführten Parameter in dieser Form jedenfalls vergaberechtswidrig. Insbesondere würden sich die in der Bekanntmachung angeführten Spezifikationen in dieser Form auch aus keiner technischen Norm odgl. ableiten lassen.

Bei einer vergaberechtskonformen und diskriminierungsfreien Umschreibung des Beschaffungsgegenstandes könne jedenfalls nicht ausgeschlossen werden, dass sich das Gerät eines anderen Herstellers (insbesondere auch das von der Antragstellerin angebotene Gerät) in einem wettbewerblichen Verfahren als die technisch und wirtschaftlich günstigere Alternative herausstellen würde. Allfällige qualitative Aspekte hätten sich bei Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ohne weiteres im Rahmen der Zuschlagskriterien abbilden lassen.

Die von der Auftraggeberin in der Bekanntmachung angeführte Begründung für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung sei daher nicht nachvollziehbar und rechtfertige es jedenfalls nicht, die gegenständliche Beschaffung einem Wettbewerb zu entziehen.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass die Auftraggeberin offenbar auch keine hinreichende Markterkundung durchgeführt habe, ansonsten hätte sie ohne weiteres erkennen können, dass auch sachlich in Betracht kommende Alternativen zu dem in der Bekanntmachung angeführten Gerät bestehen würden. Jedenfalls sei bei der Antragstellerin keine diesbezügliche Anfrage erfolgt. Die Antragstellerin gehe vorderhand davon aus, dass dies bei anderen in Betracht kommenden Herstellern ebenso wenig erfolgt sei.

Die angefochtene Entscheidung bzw. die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung seien daher jedenfalls vergaberechtswidrig gewesen.

1.6. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde von der Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen zum Hauptantrag verwiesen.
Weiters wurde vorgebracht, dass die einstweilige Verfügung zwingend erforderlich sei, da die Auftraggeberin durch eine Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen würde, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG 2018 nicht mehr beseitigt werden könnten.
Von der Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei nur dann abzusehen, wenn deren nachteilige Folgen die damit verbundenen Vorteile überwiegen könnten. Daraus folge, dass eine einstweilige Verfügung nach den Grundsätzen des BVergG 2018 in der Regel zu erlassen sei.
Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung gründe sich insbesondere darauf, dass die Auftraggeberin aufgrund der angefochtenen Entscheidung beabsichtige, den Zuschlag rechtswidrig in einem Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung zu erteilen. Dies, obwohl das konkrete Vergabeverfahren aufgrund der geschilderten Vergabeverstöße mit gravierenden Mängeln behaftet sei, die im Ergebnis den Anspruch der Antragstellerin auf ein vergaberechtskonformes Vergabeverfahren und letztlich den Anspruch der Antragstellerin auf Zuschlagserteilung umgehen würde. Im Falle der Abweisung des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf ein Feststellungsverfahren bzw. auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einem effektiven Rechtsschutz und einer raschen Bereinigung des konkreten Rechtsstreits.
Dazu komme, dass schon allein aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und der damit verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden wäre. Im gegenständlichen Fall überwiege darüber hinaus das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im konkreten Verfahren von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin. Das Interesse der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung gründe sich auch darauf, dass ihr der Entgang des Auftrages, sohin der Entgang von Gewinn und die Frustration der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Nachprüfungsverfahren drohen würden. Darüber entginge ihr auch ein Referenzprojekt, das weitere Folgeaufträge für den (österreichischen und europäischen) Markt sichergestellt hätte.
Besondere Interessen seitens der Auftraggeberin seien nicht ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. In diesem Zusammenhang sei weiters darauf hinzuweisen, dass jeder umsichtige Auftraggeber bei der Gestaltung des Zeitplans Zeitpolster für Nachprüfungs- und Provisorialverfahren einplanen müsse. Besondere öffentliche Interessen, die gegen

die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Damit handle es sich bei der begehrten einstweiligen Verfügung jedenfalls um die einzige und gleichzeitig gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die G GmbH als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Eingabe vom 6.6.2023 teilte die rechtsfreundliche Vertretung der Auftraggeberin mit, dass von der Abgabe einer Stellungnahme bezüglich der Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgesehen wird.

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 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.
Die G GmbH ist öffentliche Auftraggeberin iSd § 1 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 und liegt im Vollziehungsbereich des Landes Oberösterreich iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG, sodass das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006 unterliegt.

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.

3.2.1. Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Nach dem - unwidersprochen gebliebenen - Vorbringen der Antragstellerin ist im Provisorialverfahren davon auszugehen, dass die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden sind.
3.2.2. Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die (am 22.5.2023 bekannt gemachte) Zuschlagsentscheidung vom 17.5.2023 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 15 lit. a sublit. ee 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. *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 Lieferauftrages, insbesondere zur Erlangung eines wesentlichen Referenzprojektes, 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 Nach-

prüfungsverfahrens 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.

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* 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 15.10.2001 ein öffentliches Interesse im Hinblick auf das Postulat effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel in der Sicherstellung einer

Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter gesehen, dem die Nachprüfung des Vergabeverfahrens letztlich dienen soll.

3.7. Die Auftraggeberin trifft 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).

3.8. 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.

3.9. 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.

3.10. 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 hintangehalten werden kann.

3.11. 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.

3.12. 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.

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

3.14. 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 II. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:
Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Abwägung der Interessen war anhand der Umstände des vorliegenden Einzelfalls vorzunehmen, sodass dieser Abwägung keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

## R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

## H i n w e i s

Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.
Anträge auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Abfassung und Einbringung einer außerordentlichen Revision an den Verwaltungsgerichtshof sind innerhalb der Rechtsmittelfrist unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Steinschnack