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-840277/11/HW

Datum:
Linz, 27. Juni 2023

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der S GmbH, T O P, x, x, x, vertreten durch T Rechtsanwälte & Partner Rechtsanwälte GmbH, x, x, vom 5. Juni 2023 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 26. Mai 2023 im Vergabeverfahren der O GmbH, vertreten durch S Rechtsanwälte GmbH, x, x, betreffend das Vorhaben „Betrieb der Spülküche und der Warenversorgung, -transport, -entsorgung im Salzkammergut-Klinikum Vöcklabruck“ den

B E S C H L U S S

I. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wird gemäß §§ 1, 2 und 3 Oö. VergRSG 2006 zurückgewiesen und es wird das diesbezügliche Nachprüfungsverfahren eingestellt.

II. Die Auftraggeberin O GmbH wird gemäß § 23 Oö. VergRSG 2006 verpflichtet, der Antragstellerin die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 3.000 Euro (für Nachprüfungsverfahren und einstweilige Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

III. 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

I.1. Mit Eingabe vom 5. Juni 2023 hat die S GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 26. Mai 2023 sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung jeweils betreffend das Vergabeverfahren „Betrieb der Spülküche und der Warenversorgung, -transport, -entsorgung im S“ gestellt. Im Übrigen wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt 3.000 Euro beantragt.

I.2. Vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und der Auftraggeberin O GmbH die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 5. August 2023, untersagt.

I.3. Mit Eingabe ON 7 gab die Auftraggeberin bekannt, dass die angefochtene Zuschlagsentscheidung zurückgezogen wurde.

I.4. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich geht in Ergänzung zu den Punkten I.1. bis I.3. von folgendem Sachverhalt aus:
Die Zuschlagsentscheidung vom 26. Mai 2023 wurde zurückgezogen.

I.5. Der unter den Punkten I.1. bis I.4. dargestellte Sachverhalt/Verfahrensablauf ergibt sich widerspruchsfrei aus den vorliegenden Unterlagen, insbesondere aus den Eingaben der Parteien und der Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die beantragte mündliche Verhandlung konnte entfallen, da der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist (vgl. § 19 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006).

II. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
Die Auftraggeberin kann eine einmal getroffene und bekannt gegebene Entscheidung grundsätzlich jederzeit zurücknehmen bzw. beseitigen (*Walther* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4] Rz 2117 mwN), insbesondere kann die Auftraggeberin auch die Zuschlagsentscheidung, solange sie den Zuschlag noch nicht erteilt hat, ändern oder zurücknehmen (vgl. *Walther* aaO). Die gegenständlich von der Antragstellerin angefochtene Entscheidung wurde - zulässiger Weise - zurückgenommen. Die Zurücknahme bewirkt, dass im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren die angefochtene Zuschlagsentscheidung weggefallen ist und daher keinen Anfechtungsgegenstand mehr bildet. Der gegenständliche Antrag auf Nichtigerklärung ist im Laufe des Nachprüfungsverfahrens durch die Zurücknahme der Entscheidungen unzulässig geworden, weshalb dieser zurückzuweisen (vgl. *Walther* aaO; *Thienel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel* Bundesvergabegesetz 2006 § 312 Rz 123; LVwG Oö. 23.8.2019, LVwG-840179/9/KLi/Rd) und das

Nachprüfungsverfahren einzustellen (vgl. LVwG Oö. 23.8.2019, LVwG-840179/9/KLi/Rd; 23.3.2020, LVwG-840198/7/Kl/Rd) ist.

Durch die Zurücknahme der angefochtenen Entscheidung wurde die Antragstellerin während des anhängigen Nachprüfungsverfahrens im Sinne des § 23 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 klaglos gestellt, die Antragstellerin hat daher Anspruch auf Ersatz der entrichteten Gebühren (vgl. auch *Reisner* in *Gölles,* BVergG 2018 § 341 Rz 11). Dies gilt gemäß § 23 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 auch betreffend den Antrag auf einstweilige Verfügung, welchem vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich stattgegeben wurde.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

Es wird darauf hingewiesen, dass gemäß § 11 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 eine einstweilige Verfügung 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 tritt.

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.

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

Dr. Wiesinger