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-840278/4/HW/Rd

Datum:
Linz, 14. Juni 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der S GmbH, x, vertreten durch T Rechtsanwälte GmbH, x, vom 5. Juni 2023, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der O GmbH, vertreten durch S Rechtsanwälte GmbH, x, betreffend das Vorhaben „x“

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 O GmbH die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 5. 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

1. Mit Eingabe vom 5. Juni 2023 hat die S GmbH (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung 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 insgesamt 3.000 Euro beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass von der Auftraggeberin der Leistungsgegenstand „x“ in einem offenen Verfahren im Oberschwellenbereich gemäß § 31 Abs. 2 BVergG 2018 ausgeschrieben worden sei. Die Antragstellerin habe am Vergabeverfahren (Ende der Angebotsfrist: 24.4.2023, 10.00 Uhr) durch fristgerechte Abgabe eines Angebots teilgenommen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26. Mai 2023 sei der Antragstellerin bekannt gemacht worden, dass beabsichtigt sei, den Zuschlag an die B GmbH und G GmbH zu erteilen. Die Vergabesumme betrage 1.164.603,81 Euro und sei das erfolgreiche Angebot aufgrund folgender Merkmale bzw Vorteile entsprechend den festgelegten Zuschlagskriterien besser bewertet worden: Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe insgesamt 100 Punkte (nach Gewichtung und gerundet) erreicht (60 Preis, 40 Betriebskonzept). Das Angebot der Antragstellerin habe insgesamt 56,34 Punkte (nach Gewichtung und gerundet: 23,34 Preis, 33 Betriebskonzept) erreicht. Die Antragstellerin sei daher im konkreten Vergabeverfahren mit einer Angebotssumme von 1.876.299,47 Euro zweitgereiht.

Zum Interesse am Vertragsabschluss bzw drohenden Schaden wurde von der Antragstellerin ausgeführt, dass der Leistungsgegenstand in das zentrale Geschäftsfeld der Antragstellerin falle und sie im Bereich Spülküche von 2004 bis 2022 beauftragt und aktuell noch mit verschiedenen Logistikaufgaben beauftragt sei.
Sollte die Antragstellerin aufgrund und infolge des rechtswidrigen Verhaltens der Auftraggeberin im vorliegenden Vergabeverfahren nicht den Zuschlag erhalten, würde ihr durch den Entgang des konkreten Auftrags ein Schaden entstehen, der jedenfalls mit dem branchenüblichen Gewinn vor Steuern von zumindest 10% des Auftragsvolumens, hier zumindest 187.629,47 Euro jährlich (Vertragsdauer unbestimmt), zu beziffern sei. Zudem würde der Antragstellerin der bisherige frustrierte Aufwand für die Teilnahme am ggst. Vergabeverfahren sowie die Anwaltskosten für das ggst. Nachprüfungsverfahren zuzüglich der geleisteten Pauschalgebühren, drohen. Darüber hinaus drohe auch der Verlust eines wichtigen Referenzprojekts.

Die Antragstellerin erachtet sich in ihrem Recht auf Durchführung eines gesetzeskonformen Vergabeverfahrens, vor allem in ihrem Recht auf transparente und faire Gleichbehandlung aller Bewerber verletzt.

Zu den Gründen der behaupteten Rechtswidrigkeit wurde von der Antragstellerin vorgebracht, dass gemäß Pkt. 1.24 der Ausschreibungsunterlagen bei der Erstellung des Angebots zu berücksichtigen sei, dass für in Österreich zu erbringende Leistungen die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften einzuhalten seien. Im Auftragsfall habe der Bieter diese Vorschriften, soweit die Leistungen in Österreich erbracht werden, einzuhalten.

Gemäß Pkt. 4.1. und 11.1. (Arbeitsrecht) des Leistungsverzeichnisses sei (vom Auftragnehmer) die Einhaltung der jeweils gültigen Kollektivverträge zu gewährleisten. Vom Auftragnehmer sei bei Abgabe des Angebots bekannt zu geben, welche Kollektivverträge im jeweiligen Bereich zur Anwendung kommen.

Weiters wurde von der Antragstellerin § 4 AÜG zitiert und dazu festgehalten, dass, wenn bloß eines dieser Kriterien erfüllt sei, zwingend das AÜG anzuwenden sei. Damit sei zwingend auch der „Überlassungslohn“ gemäß § 10 (insbesondere Abs. 1 und Abs. 4) AÜG anzuwenden.

Überdies sei für das gewerbliche Überlassen von Arbeitskräften ein entsprechendes Gewerbe (§ 94 Z 72 GewO) notwendig, welches die Antragstellerin inne habe, sodass über § 9 ArbVG zwingend der entsprechende Kollektivvertrag bzw bei solchen, die das Gewerbe (rechtswidrig) nicht angemeldet haben, dennoch zwingend über § 2 Abs. 13 GewO dieser (richtige) Kollektivvertrag (trotz fehlender Gewerbeberechtigung) anzuwenden sei.

Von der Antragstellerin wurde unter Punkt 7.3. des Nachprüfungsantrages die Punkte 2.2., 2.3., 3., 3.2.7., 3.4.2., 3.5.1., 3.6.1., 4.1., 4.3., 4.6., 7.1., 7.2., 7.3., 8.1., 8.2., 9.2., 9.3., 10., 10.4.6., 10.6.1., 10.7.1., 11.1., 11.9., 11.10., 14.1., 14.2., 16.1. sowie 16.2. des Leistungsverzeichnisses detailliert dargelegt.
Sodann bringt die Antragstellerin vor, dass (wie die Ausführungen unter Pkt. 7.3. des Antrages zeigen würden) die Arbeitskräfte der Auftragnehmerin ihre Arbeitsleistungen iSd § 4 Abs. 2 Z 2 AÜG im Betrieb der Auftraggeberin ausschließlich unter Verwendung von Anlagen, Maschinen, Reinigungs- und Betriebsmitteln erbringen würden, die von der Auftraggeberin bereits bzw zur Verfügung gestellt werden.

Außerdem werde in den jeweiligen Prozessbeschreibungen (Spülküche [3.] und Warenversorgung, -transport, -entsorgung [10.]) des Leistungsverzeichnisses (LV) jede einzelne, von den Mitarbeitern der Auftragnehmerin auszuführende Tätigkeit – unter Verweis auf weitere Beilagen – bis ins kleinste Detail beschrieben und als Mindest- bzw Muss-Kriterium verbindlich vorgegeben, sodass die Auftrag-

nehmerin der Auftraggeberin im Wesentlichen nur Personal zur Verrichtung von fix vorgegebenen Leistungen bereitstelle bzw überlasse. Dies erfülle zweifelsohne auch das Tatbestandsmerkmal des § 4 Abs. 2 Z 3 AÜG.

Der Kalkulation der Angebotspreise gemäß Pkt. 8. und Pkt. 16 des LV hätte daher der Kollektivvertrag Arbeitskräfteüberlassung zugrunde gelegt werden müssen.

Die Antragstellerin habe dies – im Gegensatz zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin – auch tatsächlich getan und dem entsprechend in Pkt. 4.1. und 11.1. des LV den Kollektivvertrag Arbeitskräfteüberlassung als zur Anwendung kommend bekannt gegeben.

Nachdem die präsumtive Zuschlagsempfängerin kein Gewerbe gemäß § 94 Z 72 GewO (Überlassung von Arbeitskräften) inne habe, gehe die Antragstellerin davon aus, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin in Pkt. 4.1. und 11.1. des LV den (hier nicht anzuwendenden) Kollektivvertrag Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung bekannt gegeben habe. Dadurch habe sich die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht nur einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Antragstellerin verschafft, weil die nach Kollektivvertrag Arbeitskräfteüberlassung zu bezahlenden Löhne und Gehälter durchgehend höher als jene nach Kollektivvertrag Denkmal-, Fassaden- und Gebäudereinigung seien. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe dadurch auch gegen § 93 Abs. 2 BVergG und die bestandfesten Vorgaben in der Ausschreibung verstoßen, was einen Ausscheidensgrund nach § 141 BVergG darstelle.

Nach Zitierung der §§ 20, 135 Abs. 2 Z 5, 137 Abs. 1, 2 und 3 BVergG wurde weiters ausgeführt, dass der öffentliche Auftraggeber ein Angebot ausscheiden müsse, wenn er festgestellt habe, dass das Angebot deswegen ungewöhnlich niedrig sei, weil der Bieter die geltenden umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtlichen Bestimmungen nicht einhält.
Es verweise Abs. 3 Z 1 [§ 137 BVergG] im Kontext der Prüfung der Nachvollziehbarkeit der Personalkosten demonstrativ auf die dem Angebot zugrunde gelegten Kollektivverträge. Es komme aber nicht darauf an, welchen Kollektivvertrag der Bieter seinem Angebot zugrunde gelegt habe, sondern nach welchem Kollektivvertrag der Bieter seine Mitarbeiter für die konkret zu erbringenden Leistungen zu entlohnen habe. Daher stehe neben der Frage der Entlohnung auch die Frage der Befugnis im Raum.

Vor dem Hintergrund der Vorgaben in den Pkt. 4.1. und 11.1. des LV, wonach vom Auftragnehmer bei Abgabe des Angebots bekannt zu geben sei, welche Kollektivverträge im jeweiligen Bereich zur Anwendung, der Fragebeantwortung vom 3. April 2023 um 10:35 Uhr, wo die Wahl des maßgeblichen Kollektivvertrages ebenfalls thematisiert worden sei und der beträchtlichen Differenz zwischen den Angebotssummen der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Antragstellerin

von mehr als 700.000 Euro jährlich (Abweichung rd. 61 %) hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gemäß § 137 BVergG vertieft prüfen müssen. Dies sei zum Nachteil der Antragstellerin nicht erfolgt.

Hätte die Auftraggeberin das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gesetzeskonform geprüft, wäre zwingend hervorgekommen, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin zur Arbeitskräfteüberlassung nicht befugt sei und ihren Angebotspreisen gemäß Pkt. 8. und 16. des LV nicht den hier anzuwendenden Kollektivvertrag für Arbeitskräfteüberlassung zugrunde gelegt habe.

Das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin hätte daher gemäß § 141 BVergG, weil mit einem unbehebbaren Mangel behaftet, zwingend ausgeschieden werden müssen. Der Zuschlag wäre infolgedessen der Antragstellerin zu erteilen gewesen, was (vergabe-)rechtswidrig nicht erfolgt sei.

Es werde darauf hingewiesen, dass nach ständiger Rechtsprechung Rechtswidrigkeitsgründe im Laufe eines Vergabekontrollverfahrens nachgereicht werden können. Die Antragstellerin behalte sich dies daher ausdrücklich vor.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin zunächst auf die Ausführungen im Hauptantrag und führt weiters aus, dass die Untersagung zwingend erforderlich sei, weil die Auftraggeberin mit der Fortsetzung des Verfahrens durch Erteilung des Zuschlags an die präsumtive Zuschlagsempfängerin unumkehrbare Tatsachen schaffen könnten, die von der Antragstellerin mit den Mitteln des BVergG nicht mehr beseitigt werden können. 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 in der Regel zu erlassen sei.

Im ggst. Fall überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der im ggst. Fall von der Auftraggeberin zu verantwortenden Vergabeverstöße bei weitem gegenüber allfälligen nachteiligen Folgen einer derartigen Maßnahme für die Auftraggeberin.
Der Antragstellerin drohe im Falle der rechtswidrigen Zuschlagserteilung der Entgang des ggst. Auftrags. Dies gehe mit einem Verlust des entsprechenden Deckungsbeitrags sowie der Frustration der eigenen Aufwendungen und der Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung im vorliegenden Verfahren einher. Im Fall der Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wäre die Antragstellerin zur Durchsetzung ihrer Ansprüche auf den ordentlichen Rechtsweg verwiesen. Diese Alternative widerstreite dem Interesse der Antragstellerin an einer raschen Bereinigung des ggst. Rechtsstreits.
Dazu komme, dass schon allein aufgrund der Notwendigkeit der Durchführung eines zivilrechtlichen Gerichtsverfahrens wegen dessen Dauer und den damit

verbundenen Kosten eine ungebührliche Erschwerung der Rechtsdurchsetzung für die Antragstellerin verbunden sei. Eine einstweilige Verfügung sei nur dann nicht zu erlassen, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des vergaberechtlichen Rechtsschutzes vor Zuschlagserteilung fordern würden.

Es seien keine besonderen Interessen der Auftraggeberin ersichtlich, die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechen würden. Jeder umsichtige Auftraggeber müsse bei der Planung der Ausschreibung bereits ausreichende Zeitpolster für allfällige Verzögerungen durch Kontrollverfahren einkalkulieren. Im Übrigen habe die Auftraggeberin im Zuge des ggst. Vergabeverfahrens keine besondere Dringlichkeit erkennen lassen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass nach Sichtweise des VfGH auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den Bestbieter im öffentlichen Interesse gelegen sei. Die vorliegenden Rechtsverstöße würden aber gerade dazu führen, dass bestmöglicher, fairer und transparenter Wettbewerb verhindert werde.

Besondere öffentliche Interessen, die für eine Fortführung des ggst. Vergabe-fahrens vor der rechtskräftigen Sachentscheidung durch das Landesverwaltungs-gericht Oberösterreich sprechen könnten, seien ebenfalls nicht ersichtlich. Derartige zwingende öffentliche Gründe können grundsätzlich nur geltend gemacht werden, wenn diese vom Auftraggeber nicht vorhergesehen werden konnten und diese nicht zulassen, Fristen gemäß dem BVergG einzuhalten. Verzögerungen, die durch die Rechtsschutzmöglichkeiten des Oö. VergRSG (immer) entstehen können, wären für die Auftraggeberin jedenfalls vorhersehbar gewesen.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die O GmbH als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Mit Eingabe vom 7. Juni 2023 teilte die rechtsfreundliche Vertretung der Auftraggeberin mit, dass sie sich nicht gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausspreche.

3. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

3.1. Gemäß § 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 O GmbH ist öffentliche Auftraggeberin 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.

Gemäß § 2 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 leg.cit.

3.2. Gemäß § 2 Abs 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagsentscheidung 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. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig und zulässig. Aufgrund der Höhe des Auftragswertes des ausgeschriebenen Dienstleistungsauftrages sind die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden.

3.3. Gemäß § 8 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 hat das Landesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers bzw. einer Unternehmerin, dem bzw. der die Antragsvoraussetzungen nach § 3 Abs 1 nicht offensichtlich fehlen, 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. sind vor der 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.

Gemäß § 11 Abs 2 leg.cit. können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin bis zur Entscheidung über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist 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. Bereits zu der vorausgegangenen sinngemäßen Regelung des Bundesvergabegesetzes 1997 führte Elsner, Vergaberecht (1999), auf Seite 86 aus: Die Entscheidung 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 Auftrages 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.

Art 2 Abs 4 Satz 1 (entspricht nunmehr Art 2 Abs 5) der Rechtsmittelrichtlinie 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.

3.5. 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 auf die allgemeine Mitwirkungspflicht der Parteien im Verwaltungsverfahren die Behauptungslast betreffend die gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung sprechenden Interessen. Die Auftraggeberin hat im Verfahren konkrete, 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).

Die Antragstellerin hat denkmöglich ausgeführt, dass ihr durch die behauptete Rechtswidrigkeit der Entgang des Auftrages droht, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann. Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages ist aber ein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens weder durch die Auftraggeberin vorgebracht worden noch dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich zur Kenntnis gelangt. Vielmehr ist bei der Interessensabwägung iSd Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin ein Interesse an einem rechtmäßigen Vergabeverfahren haben muss. Darüber hinaus ist auf die Rechtsprechung der Vergabekontrollinstanzen, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Erstellung des Zeitplanes für eine Auftragsvergabe die Möglichkeit von Nachprüfungsverfahren und die damit einhergehende Verzögerung ins Kalkül zu ziehen hat, zu verweisen. Dass sich durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung eine Verzögerung der Bedarfsdeckung und ein organisatorischer und finanzieller Mehraufwand ergeben können, liegt in der Natur der Sache. Da – wie bereits erwähnt – kein darüber hinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an einem möglichst raschen Vertragsabschluss geltend gemacht wurde und auch nicht auf der Hand liegt, war dem Antrag stattzugeben.

Die im Vorbringen der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind zumindest denkmöglich. Eine Überprüfung, ob die behaupteten Rechtswidrigkeiten auch tatsächlich vorliegen, war im Rahmen des Provisorialverfahrens nicht durchzuführen.

Die Dauer der Aussetzung der Zuschlagserteilung ergibt sich aus § 11 Abs 3 Oö. VergRSG 2006 iVm § 20 Abs 1 Oö. VergRSG 2006.
Gemäß § 20 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 ist über Anträge auf Nichtigerklärung von Entscheidungen eines Auftraggebers bzw. eine Auftraggeberin unverzüglich, spätestens aber zwei Monate nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

Für den gegenständlichen Fall bedeutet dies, dass für das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich somit derzeit die Möglichkeit besteht, die Aussetzung der Zuschlagserteilung für zwei Monate, auszusprechen.

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

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

Dr. Wiesinger