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-840284/5/JS/TO

Datum:
Linz, 26. Juli 2023

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Steinschnack über den Antrag der Bietergemeinschaft P B GmbH, G H, B Gesellschaft m.b.H. und I GmbH, vertreten durch x, vom 20.07.2023 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Stadt Steyr, vertreten durch x, betreffend das Vorhaben „Errichtung der Oberflächenabdeckung der Deponie Steyr – Intensivbautätigkeit – Los 1“

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 Stadt Steyr die Erteilung des Zuschlags für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens, längstens aber bis 20.09.2023, 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

I. Mit Eingabe vom 20.07.2023 hat die Bietergemeinschaft P B GmbH, G H, B Gesellschaft m.b.H. und I 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 x1 Euro beantragt.

I.1. Begründend führte die Antragstellerin hiezu (zusammengefasst auf das Entscheidungswesentliche) aus:
Der Magistrat der Stadt Steyr (allenfalls in Vertretung der Stadt Steyr) sei gemäß der Ausschreibungsunterlage Auftraggeberin.

Die Vergabe sei im Wege des offenen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich erfolgt. Das Ausschreibungsziel bestehe im Abschluss eines Vertrages über den „Bauauftrag“ - Errichtung der Oberflächenabdeckung der Deponie Steyr - Intensivbautätigkeit Los 1 (AN-BAU).

Die Vergabe erfolge nach dem „Bestbieterprinzip“ (technisch günstigstes Angebot). Neben dem Angebotspreis gemäß dem Preisblatt (40/100 Punkte) würden die „technische Ausführung (Referenzen)“ (30/100 Punkte) und die Ausarbeitung eines „Baustellenkonzept und Qualität“ (30/100 Punkte) bewertet. Die im jeweiligen Zuschlagskriterium vergebenen Punkte würden in der Folge gesondert addiert werden.

Aus den Ausschreibungsunterlagen ergebe sich, dass die Auftraggeberin vergaberechtlich unzulässigerweise Unternehmensreferenzen als Zuschlagskriterien (anstatt als Eignungskriterien) festgelegt habe. Selbst wenn man von der Bestandfestigkeit dieses Zuschlagskriteriums ausgehe, sei eine objektive vergabegemäße Bewertung des vorliegenden Angebots auf dieser Grundlage nicht möglich. Referenzen über die von den Bietern anderen Kunden erbrachten Leistungen würden nämlich gegebenenfalls eine Beurteilung des Bieters und seiner Eignung zur Besorgung von Aufträgen wie den gegenständlichen, nicht aber eine - nach objektiven Gesichtspunkten vorzunehmende - Beurteilung des vorgelegten Angebotes zulassen.

Die Fachkommission und ihre Bewertungsmethode müssten in den Ausschreibungsunterlagen festgelegt sein oder spätestens mit der Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben werden. Dies sei nicht erfolgt, was einen weiteren Grund zur Nichtigerklärung der angefochtenen Entscheidung darstelle.

Die Antragstellerin habe rechtzeitig ein Angebot für Los 1 abgegeben. Mit Schreiben vom 10.07.2023 sei der Antragstellerin die nun angefochtene Zuschlagsentscheidung übermittelt worden, in welcher ihr mitgeteilt worden sei, dass ihr Angebot drittgereiht sei und der Zuschlag an die B GmbH (im Folgenden: präsumtive Zuschlagsempfängerin) erteilt werden solle.

Da die Begründung in der Zuschlagsentscheidung nicht ausreichend und nicht nachvollziehbar gewesen sei, habe die Antragstellerin mit Schreiben vom 12.07.2023 „weitere Erläuterungen“ zur Zuschlagsentscheidung erhalten. Unabhängig davon, dass auch diese Erläuterungen nicht ausreichend gewesen wären, seien diese nicht bereits mit der Zuschlagsentscheidung mitgeliefert worden, sodass der Antragstellerin hier nicht die gesamte Anfechtungsfrist von 10 Tagen zur Erstattung eines ausreichenden Nachprüfungsantrags zur Verfügung gestanden wären. Aus diesem Grund sei die vorliegende Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsabschluss bereits durch Legung eines ordnungsgemäßen Angebots sowie durch die gegenständliche Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung hinreichend dargetan. Da die Antragstellerin bei vergaberechtskonformer Bewertung ihres Angebots und des Angebots der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erstgereiht wäre und den Zuschlag erhalten müsste, drohe ihr als Schaden, dass sie durch die behauptete Vergaberechtsverletzung keinen Vertrag abschließen und in weiterer Folge keinen Auftrag erhalten und keinen entsprechenden Gewinn aus dem verfahrensgegen-ständlich ausgeschriebenen Auftrag lukrieren könne. Bei dem gegenständlichen Projekt handle es sich zudem um ein Referenzprojekt, das - im Falle der Zuschlagserteilung an die Antragstellerin - eine enorme positive und marketingmäßige Außenwirkung mit sich bringe. Ferner seien der Antragstellerin erhebliche Kosten aufgrund der bisherigen Anstrengungen zur Wahrung ihrer Rechtsposition iHv ca. x2 (Rechtsanwaltskosten) und x1 (an Pauschalgebühr) sowie Angebotserstellungskosten iHv ca. x3 angefallen. Als zusätzlicher Schaden drohe, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin einen Referenzauftrag erwerben und in Zukunft mit einem zu Unrecht erhaltenen Referenzauftrag mit der Antragstellerin bei vergleichbaren Ausschreibungen in Wettbewerb treten würde. Der drohende Schaden könne folglich durch die Aufhebung bzw. Nichtigerklärung der in diesem Nachprüfungsantrag bekämpften Zuschlagsentscheidung und durch die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung verhindert werden.

Die Antragstellerin erachte sich durch die angefochtene Entscheidung in folgenden Rechten verletzt:

- Im Recht auf Durchführung eines gesetzmäßigen Vergabeverfahrens.

- Im Recht auf klare und nachvollziehbare Durchführung des Vergabeverfahrens und Transparenz sowie auf Bietergleichbehandlung.
- Im Recht auf Durchführung eines den Grundsätzen des § 20 BVergG 2018 und § 193 BVergG entsprechenden Vergabeverfahrens.
- Im Recht auf einen effektiven Rechtsschutz.
- Im Recht auf fairen, freien und lauteren Wettbewerb.
- Im Recht auf sachlich nachvollziehbare Bestbieterermittlung und Bestbieterentscheidung.
- Im Recht auf Bietergleichbehandlung auf Grundlage der Vorgaben in den bestandfesten Ausschreibungsunterlagen.
- Im Recht auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung und auf nachprüfende Beurteilung der Angebote anhand der Ausschreibungsunterlagen.
- Im Recht auf Abgabe und Bewertung eines gesetztes-, ausschreibungs- und vergabekonformen sowie chancenreichen Angebotes, auf gesetzmäßige Prüfung und Bewertung der Angebote, auf Gleichbehandlung der Bieter und Einhaltung eines fairen Wettbewerbs sowie auf Zuschlagserteilung.

Die massiv schlechtere Bewertung der Antragstellerin im Zuschlagskriterium „Baustellenkonzept und Qualität“ sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Die nachträgliche Erläuterung zeige beispielsweise auch einen gravierenden Bewertungsmangel bei einem Punkteabzug durch einen bloßen „Vergleich zu Mitbietern“ ohne weitere Begründung.

Der Auftraggeberin sei ein wesentlicher Verfahrensfehler unterlaufen, da keine Gewichtung der Subkriterien angegeben worden wäre.

Ein weiterer Mangel finde sich im Zuschlagskriterium „Baustellenkonzept und Qualität“, insbesondere im Zuschlagskriterium „Materialqualität und Materialmenge“. Unverständlich in diesem Zusammenhang sei, warum bei einer benötigten Menge iHv x t ein Angebot, dass weit über die benötigte Menge angebe, die höchste Punkteanzahl erreiche. Es sei von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin damit spekuliert worden, dass die tatsächlich anfallenden Mengen nicht höher sein werden als die von der Auftraggeberin ermittelte Grundmenge. Ein solches Angebot sei auch wegen spekulativer Preisgestaltung auszuscheiden. Das Landesverwaltungsgericht habe überdies eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn der Bewertungskommission Ermessensfehler unterlaufen seien.

Die bekämpfte Zuschlagsentscheidung erfülle nicht die Anforderungen des § 143 Abs. 1 BVergG 2018. Die Zuschlagsentscheidung sei ausschließlich an ein Mitglied der Antragstellerin alleine adressiert und nicht an die Antragstellerin als Bietergemeinschaft.

In Zusammenhang mit der Judikatur des EuGH zu Begründungsmängeln führe auch ein grober Begründungsmangel (wie vorliegend: gar keine werthaltige inhaltliche Begründung) zur absoluten Nichtigkeit und damit zum Nichtvorliegen einer Zuschlagsentscheidung, weil der Bieter jedenfalls einen Rechtsanspruch darauf habe, dass die für ihn im Verfahren letzte Entscheidung ausreichend begründet sei. Zum Kriterium Transportkilometer würden Angaben der vorgereihten Bieter fehlen, die dieses Kriterium und die allenfalls willkürlichen Angaben des Mitbewerbers ausreichend nachvollziehbar machen würden. Die Begründung verschweige einen allenfalls zweitgereihten Bieter völlig und ergehe sich in allgemeinen Begründungsfloskeln.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde weiters (zusammengefasst auf das Entscheidungswesentliche) vorgebracht, dass der Auftraggeber nach Ablauf der Stillhaltefrist die Möglichkeit hätte, den Zuschlag zu erteilen, wodurch sich für die Antragstellerin eine unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen ergebe. Die Abweisung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung würde für die Antragstellerin (gefährdete Partei) einen unmittelbaren Schaden bedeuten, der nur durch die vorläufige Untersagung der Fortsetzung des Verqabeverfahrens abgewendet werden könne. Der der Antragstellerin im Fall der Fortsetzung des Vergabeverfahrens und der anschließend (ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung) drohenden Zuschlagserteilung entstehende Schaden liege in den durch die Beteiligung am Vergabeverfahren entstandenen Kosten, den Kosten für die rechtsfreundliche Vertretung, im entgangenen Gewinn und im Verlust eines Referenzprojektes.

Eine einstweilige Verfügung könne nach ständiger Rechtsprechung nur dann nicht erlassen werden, wenn besondere Gründe eine Ausnahme vom Prinzip des Vorrangs des provisorischen Rechtschutzes erfordern. Eine Gefährdung von Leib und Leben oder Eigentum und die Einhaltung gemeinschaftsrechtlicher Verpflichtungen sei durch die Untersagung der Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens nicht ersichtlich. Auch besondere öffentliche Interessen, welche einer einstweiligen Verfügung entgegenstehen würden, würden nicht vorliegen. Vielmehr liege in der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse, welches jedoch nur durch die Stattgabe einer einstweiligen Verfügung gewahrt werde.

In Bezug auf die Abwägung der Interessen werde vorgebracht, dass die vom Gesetz geforderte Interessensabwägung zugunsten der Antragstellerin ausfallen müsse. Ohne eine einstweilige Verfügung könne die Auftraggeberin das Verga-beverfahren fortsetzen und anderen Bietern den Zuschlag erteilen. Nach Zuschlagserteilung könne die im vorliegenden Verfahren geltend gemachte Rechtswidrigkeit nur mehr zu Schadenersatzansprüchen führen, eine Zuschlagserteilung auf das Angebot der Antragstellerin wäre jedoch

ausgeschlossen. Schon daraus sei evident, dass nur durch die Erlassung der hier beantragten einstweiligen Verfügung ein wirksamer (effizienter) Rechtsschutz auch im Sinne der Rechtsmittelrichtlinie zu gewährleisten sei. Zudem sei der Aspekt des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen, wonach im Zweifel dem provisorischen Rechtsschutz Vorrang einzuräumen sei.

Die Erlassung einer einstweiligen Verfügung stelle zudem das gelindeste noch zum Ziel führende Mittel der Sicherstellung dieser Interessen dar.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat die Auftraggeberin am Provisorialverfahren beteiligt. Diese nahm mit Schriftsatz vom 25.7.2023 mit Blick auf die ständige Judikatur der Verwaltungsgerichte, wonach dem provisorischen Rechtsschutz grundsätzlich Vorrang einzuräumen sei, von einer inhaltlichen Stellungnahme in Bezug auf die beantragte einstweilige Verfügung Abstand.

II. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich stellt für das Provisorialverfahren fest, dass die Stadt Steyr Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren im Sinn des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist.

III. Diese Feststellung basiert auf dem Beschluss des Gemeinderats der Stadt Steyr vom 6.7.2023[1] über die „Auftragserteilung für das Los 1“ im gegenständlichen Vergabeverfahren nach § 46 Statut der Stadt Steyr 1992 betreffend eine R der Stadt Steyr. Auch die Auftraggeberin selbst benennt in ihrer Stellungnahme vom 25.7.2023 die Stadt Steyr als Auftraggeberin.

IV. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:
IV.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.

[1] abrufbar unter: https://www.steyr.at/POLITIK/INFORMATIONEN/Mediathek_GR-Sitzung/Mediathek_2023/GR-Sitzung_06_07_2023

IV.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 Bauaufträge im Oberschwellenbereich anzuwenden sind.

Mit dem gegenständlichen Nachprüfungsantrag bekämpft die Antragstellerin inhaltlich die Zuschlagsentscheidung vom 10.7.2023 und damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018.

IV.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.

IV.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.

IV.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.

IV.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 Antrag-

stellers 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.

IV.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 inhaltlich 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 hintangehalten werden kann.

IV.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 Landes-

verwaltungsgericht Oberösterreich Maßnahmen getroffen werden, die eine (behauptete) sodann rechtskonforme Zuschlagserteilung ermöglichen. Zur Vermeidung unumkehrbarer Tatsachen war daher die Zuschlagserteilung zu untersagen.

IV.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.

IV.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.

V. 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