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-840295/8/KPe

Datum:
Linz, 2. Mai 2024

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Mag. Dr. Pernsteiner im vergaberechtlichen Provisorialverfahren der Antragstellerin R B__, vertreten durch Rechtsanwalt Dr. C__, und der Antragsgegnerin Stadtgemeinde E__, vertreten durch A__ GmbH, betreffend das Vorhaben „Lieferung und Montage von provisorischen bzw. mobilen Raumlösungen im Ausmaß von ca. 3.000 m² zum Zweck der Betreibung einer digitalen AHS als Provisorium“ den

B E S C H L U S S

I. Der Antrag der Antragsgegnerin auf Aufhebung der hg. einstweiligen Verfügung vom 18.04.2024 zu GZ: LVwG-840295/3/HW/Rd wird als unbegründet abgewiesen.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Verfahrensgang:

I.1. Mit Eingabe vom 12.04.2024 hat die R B__ (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hierzu aus, dass von der Auftraggeberin am 22.02.2024 die gegenständliche Ausschreibung für die Lieferung und Montage von provisorischen bzw. mobilen Raumlösungen im Ausmaß von ca. 3.000 m² zum Zweck der Betreibung einer digitalen AHS als Provisorium veröffentlicht worden sei. Dabei wurde von einem Lieferauftrag im Oberschwellenbereich ausgegangen und sei ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich gewählt worden. Das Ende der Angebotsfrist sei mit 25.03.2024, 08.00 Uhr, festgelegt worden, die Zuschlagsfrist betrage fünf Monate ab dem Ende der Angebotsfrist. Die Antragstellerin habe sich am Vergabeverfahren beteiligt und ein entsprechendes Angebot gelegt. Mit Schreiben vom 05.04.2024 sei der Antragstellerin mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, der F__ den Zuschlag zu erteilen. Das Ende der Stillhaltefrist sei mit 14.04.2024, 23.59 Uhr, bestimmt worden. Diese Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig und es würden gravierende Verstöße gegen Grundsätze des Vergaberechts vorliegen, weshalb diese von der Antragstellerin mit gegenständlichem Antrag bekämpft würden.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Abschluss des konkreten Liefervertrages und sei weiterhin bestrebt, an der Ausschreibung teilzunehmen und den Lieferauftrag auszuführen. Weiters habe die Antragstellerin ein starkes Interesse am Auftrag, dessen Auftragssumme nicht unbedeutend sei. Im Falle der ordentlichen Durchführung eines Vergabeverfahrens gemäß den Bestimmungen des BVergG 2018 würde die Antragstellerin als Bestbieterin den Zuschlag erhalten. Dadurch würde ein entsprechender Verdienst lukriert werden. Durch die rechtswidrige Zuschlagsentscheidung sei der Antragstellerin sohin ein finanzieller Schaden entstanden. Durch den Entgang des gegenständlichen Auftrags drohe auch der Verlust eines Referenzprojekts.

Die Antragstellerin erachte sich durch die vorliegenden Verstöße gegen Grundsätze des Vergaberechts sowie durch weitere Rechtswidrigkeiten in ihrem Recht auf

- Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren,
- objektive, nichtdiskriminierende Abwicklung des Vergabeverfahrens, insbesondere objektive, nichtdiskriminierende Angebotsprüfung,
- Ausscheidung des Angebots der präsumtiven Bestbieterin,
- Verbleib im gegenständlichen Vergabeverfahren,

- Zuschlagsentscheidung und Zuschlagserteilung zu Gunsten ihres Angebots und Abschluss eines entsprechenden Lieferauftrags bzw. jedenfalls auch
- Widerruf des gegenständlichen Vergabeverfahrens und Neuausschreibung des Liefergegenstandes sowie in ihrem verfassungsmäßig geschützten Grundrecht auf Erwerbsfreiheit

verletzt.

Bei vergaberechtskonformer Vorgangsweise der Auftraggeberin wäre das Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin auszuscheiden gewesen, sodass für diesen Fall die Antragstellerin als Bestbieterin hervorgekommen wäre. Die Antragstellerin habe bei Durchdringen ihrer gegenständlichen Anträge eine echte Chance auf Zuschlagsentscheidung und in weiterer Folge auf Zuschlagserteilung zu ihren Gunsten, weshalb sie auch zu den konkreten Anträgen jedenfalls aktiv legitimiert sei.

Zur Rechtswidrigkeit der Zuschlagsentscheidung wurde vorgebracht, dass es sich bei der auszuführenden mobilen Raumlösung um ein baugenehmigungspflichtiges Gebäude handle, wobei zum Zeitpunkt des Vergabeverfahrens noch kein rechtskräftiger Baubescheid vorgelegen sei. Um die baugenehmigungsrelevanten Ausführungskriterien, insbesondere die Brandschutzanforderung, gegenüber den interessierten Bietern trotz des fehlenden Baubescheides definieren zu können, seien daher seitens der Auftraggeberin diverse Beilagen bzw. Unterlagen als Vorgaben für die Angebotslegung herangezogen worden. Unter anderem sei als Beilage 10.11 ein Klassifizierungsbericht des Anbieters G__ für dessen Produktlinie „Plus Line“ vorgelegen und weitere Unterlagen als „Konzept für den Brandschutz“, welche auch als „Konzept BS Info IBS“ gekennzeichnet gewesen seien und ebenfalls auf die Produktlinie „Plus Line“ des bereits erwähnten Anbieters Bezug nehmen.
Da aus den vorliegenden Unterlagen nicht ausreichend aussagekräftig abzuleiten gewesen sei, welche Brandschutzqualifikationen das modulare Gebäude tatsächlich zu erfüllen habe, sei seitens der Antragstellerin im Rahmen von Bieterfragen genauer hinterfragt und von der Auftraggeberin ausdrücklich bestätigt worden, dass die Brandschutzqualifikation REI30 nach ÖNORM EN 13501-2 (Fassung 2016 und/oder Fassung 2023) zu erfüllen sei. In weiterer Folge habe die Antragstellerin ein Angebot gelegt, in welchem die oben angeführten Brandschutzqualifikationen entsprechend eingehalten worden seien. Das Angebot der Antragstellerin habe alle notwendigen baulichen Zusatzmaßnahmen enthalten, um die geforderte Brandschutzqualifikation REI30 nach ÖNORM EN 13501-2:2016 zu erfüllen. Die von der Antragstellerin angebotene und im Auftragsfall zum Einsatz kommende Modulbauweise sei im Verbund mit allen Lasteinwirkungen eines dreigeschossigen Modulgebäudes im Rahmen eines Naturbrandversuches durch eine akkreditierte Prüfstelle geprüft worden. Ein Auszug aus dem Prüfbericht sei der Auftraggeberin vorgelegt worden. Zusätzlich sei auch die Ausführung einer brandschutzqualifizierten Vorsatzfassade für den Schutz der äußeren Gebäudehülle bzw. der außen-

liegenden tragenden Konstruktion für den Fall eines äußeren Schadensfeuers im Angebot enthalten gewesen. Diese baulichen Zusatzmaßnahmen, welche zur Erfüllung der geforderten Brandschutzqualifikation unabdingbar seien, würden auch den höheren Angebotspreis im Vergleich zur präsumtiven Zuschlagsempfängerin begründen. Die Zuschlagsentscheidung sei jedoch zu Gunsten der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gefallen, wiewohl diese die geforderten Brandschutzqualifikationen nicht erfüllen würde. Die präsumtive Zuschlagsempfängerin verfüge nicht über die geforderte technische Leistungsfähigkeit, weshalb deren Angebot jedenfalls aufgrund fehlender technischer Leistungsfähigkeit zwingend auszuscheiden sei.

Über einen Klassifizierungsbericht sei es nicht möglich, den Feuerwiderstand eines Modulgebäudes nach REI30 nach ÖNORM EN 13501-2:2016 nachzuweisen bzw. sei der von der präsumtiven Zuschlagsempfängerin und der Auftraggeberin herangezogene Klassifizierungsbericht in dieser Form nicht zulässig und erfülle nicht die ÖNORM EN 13501-2:2016.

Die präsumtive Zuschlagsempfängerin könne die Erfüllung der vorgegebenen Brandschutzqualifikation REI30 nach ÖNORM EN 13501-2:2016 für das Gesamtgebäude mit dem beschriebenen Fabrikat laut Klassifizierungsbericht nicht nachweisen.

Die Normenbezeichnung [R]EI 30 nach ÖNORM EN 13501-2:2016, welche in den Unterlagen des Vergabeverfahrens teilweise angeführt worden sei, gebe es in dieser Form nicht und sei auch in den OIB-Richtlinien nicht vorhanden.

Die Erfüllung der Brandschutzqualifikation REI30 nach ÖNORM EN 13501-2:2016 bedeute, dass die Standsicherheit der tragenden Konstruktion eines Gesamtgebäudes bei einem inneren oder äußeren Schadensfeuer über mindestens 30 Minuten gewährleistet sein müsse bzw. nachzuweisen sei.
Der Klassifizierungsbericht für die Bauweise C Plus Line bestätige jedoch ausschließlich die Qualifikation des Bauteils Dach. Die tragende Konstruktion von Boden und Wand der Einzelmodule sei jedoch nicht klassifiziert, auch nicht die innenliegenden Modulstoßverbindungen und die außenliegenden tragenden Elemente mit deren kraftschlüssigen Verbindungen für das zu errichtende Gesamtgebäude, bestehend aus einem Verbund von insgesamt 196 Einzelmodulen.

Nur der Vollständigkeit halber werde darauf hingewiesen, dass sich die Verwendung des Klassifizierungsberichts der G__ durch die Auftraggeberin im Rahmen der Ausschreibung als diskriminierend, den Grundsatz der neutralen Leistungsbeschreibung verletzend und einen bestimmten Bieter begünstigend erweise. Alleine schon aufgrund dieses Umstandes ergebe sich, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin gegenüber den übrigen Mitbewerbern, welche die geforderte Leistung jedenfalls erbringen können, begünstigt werden solle.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung verweist die Antragstellerin auf die Ausführungen im Hauptantrag und führt weiters aus, dass sie ohne Erlassung einer einstweiligen Verfügung um ihre Chance auf den Zuschlag gebracht werde. Dies sei jedoch im Hinblick auf die dargestellten Vergaberechtswidrigkeiten im bisher abgeführten Vergabeverfahren unzumutbar. Einer allfälligen Aussetzung der Fortführung des Vergabeverfahrens / einer allfälligen Hemmung des Fortlaufes von Fristen stehe kein allfälliges besonderes Interesse der Auftraggeberin entgegen. Mit der Fortführung des gegenständlichen Vergabeverfahrens könne ohne weiteres bis zum Ende des Nachprüfungsverfahrens zugewartet werden und es stelle dies für die Auftraggeberin keine unverhältnismäßige Belastung dar. Die mögliche, durch das Nachprüfungsverfahren bewirkte, Verzögerung der Durchführung sei so gering, dass die beantragte einstweilige Verfügung bei der Interessensabwägung zu erlassen sei. Darüber hinaus sei eine allfällige Verzögerung des weiteren Vergabeverfahrens, die aus der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens resultiere, vom jeweiligen Auftraggeber jeweils einzukalkulieren und zu tragen, sie stelle keinen tauglichen Hinderungsgrund dar, wolle man die Wirksamkeit dieses Rechtsinstituts der einstweiligen Verfügung nicht völlig aushöhlen.
Zu den Interessen der Antragstellerin an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung und zu den sonstigen Voraussetzungen des § 8ff Oö. VergRSG 2006 werde auf die detaillierten Ausführungen in der Eingabe verwiesen. Da nur Interessen der Antragstellerin bei der Fortführung des Vergabeverfahrens bedroht seien, eine vorläufige Maßnahme aber keinerlei berücksichtigungswürdige Interessen der Auftraggeberin schädige und auch sonst kein öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens bestehe, habe die Interessensabwägung zu Gunsten der Antragstellerin auszufallen.

I.2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich beabsichtigte, die (zu diesem Zeitpunkt noch unvertretene) Stadtgemeinde E__ als Auftraggeberin am Nachprüfungsverfahren zu beteiligen: Mittels hg. Schreiben vom 12.04.2024, ON 2, sollte der Antragsgegnerin der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung übermittelt und gleichzeitig bis 17.04.2024 die Gelegenheit gegeben werden, sich im Rahmen des Parteiengehörs zu diesem Antrag zu äußern. Aufgrund eines hg. Versehens wurde der Antragsgegnerin aber nicht dieses Schriftstück, sondern ein im Nachprüfungsverfahren (Hauptakt: LVwG-840894) geführtes Schreiben mit einer Stellungnahmefrist bis zum 19.04.2024 übermittelt. Das hg. Schreiben vom 12.04.2024, ON 2 (mit der Äußerungsfrist bis 17.04.2024) wurde der Antragsgegnerin aufgrund des beschriebenen Versehens nicht zugestellt.

I.3. Mit 18.04.2024 wurde die einstweilige Verfügung erlassen (ON 3).

I.4. Mit Schriftsatz vom 19.04.2024 (ON 4) nahm die Antragsgegnerin durch ihren rechtsfreundlichen Vertreter Stellung zur mittlerweile erlassenen einstweiligen Verfügung. Zusammengefasst wurde vorgebracht, die Antragstellerin sei lediglich an vierter Stelle gereiht und würde daher selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden entstehen, sodass auch keine Antragslegitimation gegeben sei. Weiters bestehe ein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Verfahrens, welches durch die vorzeitige Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht berücksichtigt worden sei. Das besondere öffentliche Interesse wurde damit begründet, dass die Antragsgegnerin gemeinsam mit dem Land Oberösterreich (Bildungsdirektion für Oberösterreich) den Antrag für eine neue Allgemeinbildende höhere Schule (AHS) mit dem Schwerpunkt Digitalisierung gestellt habe. Mit Schreiben vom 04.01.2024 (eingelangt am 08.01.2024) sei die Gründung und Führung einer privaten AHS durch die Antragsgegnerin mit Beginn des Schuljahres 2024/2025 vom Bundesministerium für Bildung, Wissenschaft und Forschung zur Kenntnis genommen worden. Gleichzeitig wurde der Antragsgegnerin seitens des Bundesministeriums die Grundsatzvereinbarung über Bundesleistungen, welche die spätere Verbundlichung dieser Schule regelt, vorgelegt. Am 08.02.2024 sei in einer Pressekonferenz über den geplanten Schulstart im September 2024 in der eigens dafür vorgesehenen „Containerschule“ öffentlich informiert worden. Die Antragsgegnerin habe sodann ohne schuldhafte Verzögerung mit der Erstellung der streitgegenständlichen Ausschreibung begonnen. Die Auftragsbekanntmachung sei am 22.02.2024 via der elektronischen Beschaffungsplattform ANKÖ Services Ges.m.b.H. (ANKÖ) an das Amtsblatt der Europäischen Union versandt worden. Die Bekanntmachung sei auf nationaler Ebene am 24.02.2024 erfolgt. Im Februar 2024 hätten 109 Schülerinnen und Schüler durch Voranmeldung ihr Interesse am Besuch der zu errichtenden „Digital-AHS“ bekundet. Bis zum jetzigen Zeitpunkt (Stichtag: 17.04.2024) seien bereits 51 Schülerinnen und Schüler fix für den Schulstart im Herbst 2024 angemeldet und wurde der Aufnahmevertrag zwischen den jeweiligen Eltern und der Antragsgegnerin rechtsverbindlich abgeschlossen. Laut den Ausschreibungsunterlagen habe der Leistungszeitraum bereits am 16.04.2024 begonnen, da die mobilen Raumlösungen für den Schulstart am 09.09.2024 bereits im August 2024 geliefert und aufgestellt sein müssten, sodass selbige bis zum Schulstart durch die anderen Gewerke (Elektro, HKLS, technische Einrichtung etc.) fertig ausgestattet werden können. Auch die präsumtive Zuschlagsempfängerin habe auf den straffen Zeitplan hingewiesen. Die erlassene einstweilige Verfügung stelle eine gravierende zeitliche Verzögerung dar, sodass eine fristgerechte Lieferung und Montage der Container im August 2024 und damit der Schulstart 2024/2025 im Provisorium unmöglich gemacht werden würde.

Die Interessen der viertgereihten Antragstellerin wiegen hingegen nicht so schwer. Die Situation der Antragstellerin würde selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit nicht verbessert. Die einstweilige Verfügung sei daher aufgrund des Überwiegens des öffentlichen Interesses aufzuheben.

Die Antragsgegnerin beantragte die Aufhebung der erlassenen einstweiligen Verfügung.

II. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

II.1. Gemäß § 11 Abs. 1 Oö. VergRSG 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.

Durch das hg. Versehen wurde der Antragsgegnerin die Möglichkeit genommen, sich zur beantragten Erlassung der einstweiligen Verfügung vorab zu äußern. Dies stellt zweifellos einen Verfahrensfehler dar.

Der Gesetzgeber hat allerdings der Antragsgegnerin die Möglichkeit eingeräumt, den Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung darzutun und deren Aufhebung zu beantragen. Auch ohne entsprechenden Antrag wäre das Gericht verpflichtet, die einstweilige Verfügung bei Wegfall der Voraussetzungen unverzüglich aufzuheben (§ 11 Abs. 3 3. Satz Oö. VergRSG).

Die einstweilige Verfügung ist daher dann aufzuheben, wenn sich unter Beachtung des Vorbringens der Antragsgegnerin ergibt, dass die Voraussetzungen, die zur Erlassung der einstweiligen Verfügung geführt haben, weggefallen sind. Nachdem die Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung bereits geprüft und deren Vorliegen bereits bejaht wurden, ist gegenständlich zu prüfen, ob durch die von der Antragsgegnerin vorgebrachten Argumente die Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung weggefallen sind.

II.2. Zum Vorbringen der mangelnden Antragslegitimation/mangelnden Kausalität der behaupteten Rechtswidrigkeit:

Die Antragsgegnerin bringt vor, die Antragstellerin sei an vierter Stelle gereiht und würde selbst bei Vermeidung der behaupteten Rechtswidrigkeit keinen Schaden erleiden bzw. sich ihre Situation nicht verbessern, sodass schon ihre Antragslegitimation fehle.

Die Vergabekontrollbehörde hat im Nachhinein zu überprüfen, ob die vom Auftraggeber getroffene Entscheidung rechtmäßig war bzw. die Antragstellerin in ihren subjektiven Rechten verletzt wurde. Ob die Verletzung von subjektiven Rechten

der Antragstellerin stattgefunden hat, ist daher keine Frage der Antragslegitimation, sondern Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens selbst (vgl. VwGH 16.10.2013, 2012/04/0027).

Die Antragstellerin behauptet die Rechtswidrigkeit der gegenständlichen Zuschlagsentscheidung und, dass sie im Fall der ordentlichen Durchführung des Vergabeverfahrens als Bestbieterin hervorgehen würde. Damit wird auch ein Kausalzusammenhang zwischen der Rechtsverletzung und dem Eintritt eines Schadens (Erfüllungsinteresse, Verlust Referenzprojekt) dargetan. Diese Behauptung erscheint zumindest nicht denkunmöglich.

Über die inhaltliche Begründetheit ist im Provisorialverfahren schon angesichts der kurzen Entscheidungsfrist nicht abzusprechen (siehe etwa VwGH 04.11.2013, AW 2013/04/0045). Erst mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag wird klar sein, ob die Antragstellerin tatsächlich eine Geschäfts- und Referenzauftragschance hatte, was aber nicht im Provisorialverfahren zu klären ist (vgl. BVwG 01.03.2019, W131 2214957-1).

II.3. Interessensabwägung/Überwiegen des öffentlichen Interesses:

Nach Maßgabe des § 11 Abs. 1 Oö. VergRSG 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.

Nach der Judikatur des Europäischen Gerichtshofs ist dem primären – durch Nichtigerklärung rechtswidriger Auftraggeberentscheidungen zu gewährleistenden – Rechtsschutz Vorrang einzuräumen (EuGH 28.10.1999, Rs C-81/98, H__ u.a.; EuGH 18.06.2002, Rs C-92/00, I__). Nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs liegt in der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter ein öffentliches Interesse (VfGH 25.10.2002, B1369/01; siehe insbesondere bereits BVA 25.01.2002, N-128/01-45, u.v.m.).

Da bei Zutreffen der Behauptung der Antragstellerin eine Zuschlagserteilung an einen anderen Bieter rechtswidrig sein könnte und der Antragstellerin bei Fortführung des Vergabeverfahrens die Vereitelung einer Zuschlagschance mit allen daraus erwachsenden Nachteilen droht, ist es erforderlich, das Vergabeverfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache in einem Stand zu halten, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts nicht ins Leere laufen lässt und der die grundsätzliche Möglichkeit der Auftragserteilung an die Antragstellerin im Rahmen

eines vergaberechtskonformen Verfahrens wahrt (siehe zum Zweck einer einstweiligen Verfügung auch EBRV 69 BlgNr XXVI. GP 203).

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).

Nach ständiger Rechtsprechung besteht die Verpflichtung des Auftraggebers, die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei der Ablaufplanung einzukalkulieren und zu berücksichtigen (u.a. BVwG 16.11.2018, W139 2209121-1/9E; BVwG 30.05.2014, W139 2008219-1/10E; bereits BVA 09.01.2004, 10N-3/04-4; BVA 14.06.2010, N/0047-BVA/09/2010-14, u.v.a.).

Die Antragsgegnerin führt zum Überwiegen des öffentlichen Interesses an der raschen Fortführung des Vergabeverfahrens im Wesentlichen aus, dass die Aufnahme des (privaten) Schulbetriebs im Herbst 2024 geplant sei und 51 Schüler und Schülerinnen sich bereits verbindlich angemeldet hätten, die Rückmeldung der Ministerien erst Anfang 2024 erfolgt, mit der Ausschreibung unverzüglich begonnen worden und die Öffentlichkeit bereits informiert worden sei. Die Aufstellung der verfahrensgegenständlichen Container sei bis längstens August 2024 zur

Absicherung eines fristgerechten Schulstarts unabdingbar; ein sofortiger Beginn des Leistungszeitraums sei daher notwendig.

Der Wunsch nach schneller Umsetzung eines solchen Projekts ist für das erkennende Gericht nachvollziehbar. Das Risiko eines zeitlichen Verzugs durch Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wurde im konkreten Fall von der Auftraggeberin bewusst eingegangen, nachdem ihr der Beginn des Leistungszeitraums von vornherein bekannt war. Eine äußerst ambitionierte Zeitplanung kann – aufgrund der dann entstehenden „Dringlichkeit“ – nach Maßgabe der o.a. Rechtsprechung nicht dazu führen, dass ein effektiver Vergaberechtsschutz leerläuft und die nicht zum Zug gekommenen Bieter allenfalls auf ein Feststellungsverfahren verwiesen werden.

Überdies ist anzumerken, dass die Angebotsfrist gemäß den Ausschreibungsunterlagen am 25.03.2024 geendet hat und die Zuschlagsfrist gemäß Punkt 2.10 der Ausschreibungsunterlagen 5 Monate nach der Angebotsfrist endet. Insofern ist ersichtlich, dass die Antragsgegnerin in diesem Zusammenhang sehr wohl Zeitreserven – mitunter ein Nachprüfungsverfahren – einkalkuliert hat. Nachdem die einstweilige Verfügung bis 12.06.2024 – sohin vor Ablauf der Zuschlagsfrist – befristet ist, ist nicht ersichtlich, warum der Leistungszeitraum – entgegen der Ausschreibung – bereits Mitte April beginnen muss.

Unter Zugrundelegung obiger Überlegungen ist somit mangels sonstiger vorgebrachter oder erkennbarer gegenteiliger Interessen ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung gemäß § 11 Abs. 2 Oö. VergRSG nicht anzunehmen, sondern vielmehr das Interesse der Antragstellerin an der Prüfung der angefochtenen Entscheidung der Auftraggeberin als überwiegend anzusehen, weswegen die einstweilige Verfügung (ON 3) zu erlassen war, als damit die Schaffung von unumkehrbaren Tatsachen zum Nachteil der Wettbewerbsposition der Antragstellerin im gegenständlichen Vergabeverfahren vermieden wird.

Durch das Vorbringen der Antragsgegnerin sind sohin keine Umstände hervorgekommen, die einen Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung bewirken. Der Antrag der Antragsgegnerin auf Aufhebung der einstweiligen Verfügung war daher spruchgemäß abzuweisen.

III. Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:

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

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr/ihm noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können, und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit

zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Mag. Dr. Pernsteiner