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-840298/6/HW/Rd

Datum:
Linz, 30. September 2024

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der B__, vom 19.09.2024 und vom 20.09.2024 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der C__ betreffend das Vorhaben „Optische Kanalinspektionen – Haltungs- und Schachtauswertung durch KI, (VA-Nr. 2024/67)“

zu Recht:

I. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren der Auftraggeberin C__ betreffend das Vorhaben „Optische Kanalinspektionen – Haltungs- und Schachtauswertung durch KI, (VA-Nr. 2024/67)“ wird nicht stattgegeben.

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.

1.1. Mit Eingaben vom 19.09.2024 und vom 20.09.2024 hat die B__ (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, „um zu verhindern, dass der Auftrag während der Nachprüfungsverfahren an einen anderen Bieter vergeben wird“, gestellt. Im Übrigen wurde die Erstattung der Kosten, die durch das Nachprüfungsverfahren entstehen, beantragt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass ihr Angebot mit Schreiben vom 10.09.2024 unter Bezugnahme auf die Vergabeakt-Nr.: 2024/67 ausgeschlossen worden sei, obwohl alle geforderten Anforderungen gemäß den Ausschreibungsunterlagen und dem Leistungsverzeichnis erfüllt worden seien. Die Gründe für den Ausschluss seien nicht ausreichend begründet worden und würden rechtswidrig erscheinen. Der Sachverhalt wurde dahingehend von der Antragstellerin geschildert, dass laut dem Schreiben „D__“ ihr Angebot ohne hinreichende Begründung ausgeschlossen worden sei. Es sei lediglich mitgeteilt worden, dass das Angebot nicht weiter berücksichtigt werde, obwohl alle Mindestanforderungen, insbesondere jene im Leistungsverzeichnis erfüllt worden seien. Das Unternehmen habe sämtliche technische und administrative Anforderungen erfüllt, die in den Ausschreibungsunterlagen und dem Leistungsverzeichnis spezifiziert worden seien. Gemäß § 138 BVergG 2018 sei die Auftraggeberin verpflichtet, den Ausschluss nachvollziehbar und detailliert zu begründen. Dies sei im vorliegenden Fall nicht erfolgt. Die Auftraggeberin habe die Antragstellerin aktiv eingeladen, an diesem Vergabeverfahren teilzunehmen. Dabei sei der Auftraggeberin bekannt gewesen, dass die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt noch nicht alle kleineren Anforderungen erfüllt habe. Die Antragstellerin habe jedoch die Zusicherung erhalten, dass sie diese Punkte rechtzeitig zur Teilnahme am Ausschreibungsverfahren beheben könne, was auch erfolgt sei. Die nunmehrigen Ausschlussgründe seien ohne eine erneute Überprüfung der Plattform während des Ausschreibungsverfahrens geschrieben worden, was nach Ansicht der Antragstellerin rechtswidrig sei. Zusätzlich werde durch eine System-E-Mail belegt, dass der Zugang der Auftraggeberin zur Plattform der Antragstellerin am 27.07.2024 deaktiviert worden sei. Ab diesem Zeitpunkt sei es der Auftraggeberin nicht mehr möglich gewesen, auf das System der Antragstellerin zuzugreifen und die Einhaltung des Leistungsverzeichnisses zu überprüfen. Das Angebot der Antragstellerin sei am 31.07.2024 fristgerecht eingereicht worden, sodass die Entscheidung über den Ausschluss ohne eine aktuelle Prüfung der Plattform der Antragstellerin getroffen worden sei. Der Ausschluss ohne nachvollziehbare Begründung und trotz der Erfüllung aller Anforderungen verstoße gegen die Grundsätze des § 20 BVergG 2018 (Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung). Dies beeinträchtige die Antragstellerin erheblich in ihren

Rechten als Bieterin. Es werde daher beantragt, die Ausschlussentscheidung aufzuheben und das Angebot der Antragstellerin im weiteren Vergabeverfahren zu berücksichtigen. Zudem werde die Erlassung einer einstweiligen Verfügung beantragt, um (bis eine endgültige Entscheidung getroffen worden sei) zu verhindern, dass der Auftrag während des Nachprüfungsverfahrens an einen anderen Bieter vergeben wird.

1.2. Mit Schreiben des Landesverwaltungsgerichts Oberösterreich vom 19.09.2024 wurde die Eingabe an die Antragstellerin zur inhaltlichen Verbesserung und zur Nachreichung der Einzahlungsbestätigung der zu entrichtenden Pauschalgebühren rückgestellt. Dem wurde seitens der Antragstellerin mit Eingabe vom 20.09.2024 (fristgerecht) nachgekommen.

2. Die vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am Verfahren beteiligte C__ teilte mit Eingabe vom 24.09.2024 bezugnehmend auf den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mit, dass sich die Auftraggeberin nicht gegen die beantragte vorläufige Maßnahme ausspreche.

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

Gemäß § 2 Abs 3 Oö. VergRSG 2006 ist das Landesverwaltungsgericht 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 des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. von der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

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 Oö. VergRSG 2006 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.

3.2. Im vorliegenden Fall beantragt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, um zu verhindern, dass der Auftrag während des Nachprüfungsverfahrens an einen anderen Bieter vergeben wird. Daraus geht in Verbindung mit dem sonstigen Inhalt der Eingaben der Antragstellerin (ausreichend) erkennbar (vgl. in diesem Zusammenhang § 8 Abs 2 Z 5 Oö. VergRSG 2006) hervor, dass als vorläufige Maßnahme die Untersagung der Erteilung des Zuschlags bzw. die Untersagung des Abschlusses der Rahmenvereinbarung begehrt wird.

3.3. Nach § 8 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 sind durch einstweilige Verfügung (nur) vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet scheinen, um eine entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern. Die Schädigung muss eingetreten sein oder unmittelbar drohen, weshalb eine drohende Schädigung, die denkmöglich ohne weitere Schritte im Vergabeverfahren, die sich in weiteren gesondert anfechtbaren Entscheidungen ausdrücken, nicht eintreten kann, außer Betracht zu bleiben hat (*Reisner* in *Gölles/Casati*, BVergG 2018 § 350 Rz 13). Bei Anfechtung einer Ausscheidensentscheidung droht im Allgemeinen noch keine Schädigung durch eine Zuschlagserteilung, weil der Bieter zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens ein „im Vergabeverfahren verbliebener Bieter“ ist (*Reisner* in *Gölles/Casati*, BVergG 2018 § 350 Rz 19; vgl. auch VwGH 02.12.2016, Ra 2016/04/0132; VwGH 02.02.2023, Ra 2023/04/0009; LVwG Oö. 02.11.2023, LVwG-840288/5/KPe/Rd). Dies gilt sinngemäß auch bei Rahmenvereinbarungen, zumal ein Bieter, dessen Ausscheiden noch nicht bestandsfest geworden ist, als „nicht berücksichtigter Bieter“ im Sinne des § 154 bzw. § 315 BVergG 2018 zu qualifizieren ist (vgl. *Höfler-Petrusi* in *Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer,* Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018*,* § 154 Rz 12; BVwG 17.08.2017, W123 2167014-1; BVwG 05.07.2021, W139 2234548-2). Die Rechtsposition der Antragstellerin entspricht im gegenwärtigen Verfahrensstadium jenem eines verbliebenen Bieters (im Sinne des § 143 Abs 1 BVergG 2018) bzw. eines nicht berücksichtigten Bieters im Sinne von §§ 154, § 315 BVergG 2018. Für den Fall, dass die Auftraggeberin in der Folge tatsächlich eine Zuschlagsentscheidung bekannt geben bzw. Auswahlentscheidung mitteilen sollte, wäre die Antragstellerin von dieser Entscheidung zu verständigen und steht ihr in weiterer Folge die Möglichkeit offen, diese Entscheidung zu bekämpfen und in diesem Zusammenhang einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu stellen (vgl. LVwG Oö. 02.11.2023, LVwG-840288/5/KPe/Rd).
Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, dass durch die behauptete Rechtswidrigkeit der hier bekämpften Ausscheidensentscheidung eine unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin im Sinne des § 8 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 bewirkt wird. Die Antragstellerin hat – gleich den übrigen noch nicht rechtskräftig ausgeschiedenen Bietern – die Möglichkeit, zur Wahrung ihrer Interessen, verwaltungsgerichtlichen Rechtschutz gegen ergehende gesondert

anfechtbare Entscheidungen der Auftraggeberin in Anspruch zu nehmen: Sollte noch vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens betreffend die gegenständliche Ausscheidensentscheidung eine Zuschlagsentscheidung bzw. Auswahlentscheidung getroffen werden, kann die Antragstellerin diese im Zuge eines weiteren Nachprüfungsverfahrens überprüfen lassen.

Dem Antrag auf einstweiligen Rechtschutz ist daher nicht stattzugeben.

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 vorliegende Entscheidung steht mit der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes im Einklang (vgl. etwa die zitierten Entscheidungen), auch liegen keine sonstigen Hinweise auf das Vorliegen einer Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor.

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