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-840302/5/HW/Rd**

Datum: **Linz, 20. Dezember 2024**

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung der A__, B-Straße , vom 16.12.2024 im Vergabeverfahren der C__ für Infrastruktur und Kommunale Dienste betreffend das Vorhaben „Optische Kanalinspektionen – Haltungs- und Schachtauswertung durch KI, (VA-Nr. 2024/67)“ den

B E S C H L U S S

I. Dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16.12.2024 im Vergabeverfahren der Auftraggeberin C__ für Infrastruktur und Kommunale Dienste wird nicht stattgegeben.

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.

1. Mit Eingabe per E-Mail vom 16.12.2024, 23:15 Uhr (somit außerhalb der Amtsstunden eingelangt beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich) stellte die A__ (im Folgenden: Antragstellerin) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Widerrufsentscheidung im Vergabeverfahren der C__ für Infrastruktur und Kommunale Dienste betreffend das Vorhaben „Optische Kanalinspektionen – Haltungs- und Schachtauswertung durch KI, (VA-Nr. 2024/67)" und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, „wonach bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Nachprüfungsantrag keine neuen Vergabeverfahren für den identischen Beschaffungsgegenstand von der Auftraggeberin eingeleitet oder abgeschlossen werden dürfen". Darüber hinaus wurde ein Kostenersatz für „die entrichteten Pauschalgebühren für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren sowie die nachweisbaren zusätzlichen Aufwände (Personalkosten, Rechtsberatungskosten etc.)" begehrt.

Begründend führte die Antragstellerin eingangs hiezu aus, dass sie einen Nachprüfungsantrag gegen die von der Auftraggeberin angekündigte Widerrufsentscheidung stelle. Nach Abschluss ihres erfolgreichen ersten Nachprüfungsverfahrens bezüglich des rechtswidrigen Ausschlusses ihres Angebots habe die Auftraggeberin nun entschieden, das gesamte Vergabeverfahren zu widerrufen. Dieser Widerruf sei sachlich nicht gerechtfertigt und widerspreche wesentlichen Grundsätzen des Vergaberechts (Gleichbehandlung, Transparenz, Verhältnismäßigkeit) und schädige die Antragstellerin in unangemessener Weise. Zudem sei unklar, ob die Antragstellerin überhaupt die Möglichkeit haben werde, am angekündigten nächsten Verfahren teilzunehmen. Es sei auch möglich, dass wenn der Antragstellerin die Teilnahme am nächsten Verfahren gestattet werde, die technischen Anforderungen zum Nachteil der Antragstellerin geändert werden, wodurch die Antragstellerin erneut benachteiligt werden würde. Die Auftraggeberin habe den Widerruf damit begründet, dass die Ausschreibungsunterlagen aus vergaberechtlicher Perspektive in mehrfacher Hinsicht kritisiert worden seien und eine Berichtigung im laufenden Verfahren nicht möglich sei. Diese Argumentation sei nicht schlüssig. Eine Berichtigung der Ausschreibungsunterlagen oder eine entsprechende Anpassung unter Wahrung des Wettbewerbs und der Gleichbehandlung wäre aus Sicht der Antragstellerin die mildere und verhältnismäßigere Maßnahme gewesen. Der Widerruf sei ein äußerst einschneidendes Instrument, das nur bei Vorliegen triftiger, sachlicher Gründe angewendet werden dürfe. Die Auftraggeberin argumentiere, dass eine Fortsetzung des Verfahrens den anderen Bietern, die bereits zur Abgabe von Letzt-Angeboten eingeladen worden seien, einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Antragstellerin verschaffen würde. Dieses Argument sei in mehrfacher Hinsicht fragwürdig, da es die Auftraggeberin selbst in der Hand habe, durch geeignete Maßnahmen etwaige Wettbewerbs-

nachteile auszugleichen. Es wäre jederzeit möglich gewesen, den Informationsstand der Antragstellerin anzupassen und gleiche Bedingungen herzustellen. Stattdessen habe die Auftraggeberin den für die Antragstellerin nachteiligsten Weg gewählt, nämlich den Widerruf des gesamten Verfahrens. Dies sei ein klarer Verstoß gegen die Gleichbehandlung und das Transparenzgebot, da keinerlei objektiv zwingende Notwendigkeit für diese Maßnahme bestehen würde. Laut § 310 BVergG sei ein sachlicher Grund für den Widerruf erforderlich. Die Auftraggeberin führe als Begründung im Wesentlichen an, dass die Ausschreibungsunterlagen kritisiert worden seien und dass eine Fortsetzung zu Wettbewerbsverzerrungen führen würde. Diese Begründung reiche nicht aus. Sachliche Gründe seien etwa massive Veränderungen der Marktsituation, unvorhersehbare wirtschaftliche Ereignisse oder grundlegende Änderungen des Bedarfs. Derartige Gründe seien nicht vorgebracht worden. Es dränge sich der Verdacht auf, dass die Auftraggeberin durch den Widerruf die rechtskräftige Entscheidung des Gerichts, welche den Ausschluss der Antragstellerin als rechtswidrig angesehen habe, faktisch unterlaufe. Anstatt sich mit der Mängelbehebung auseinanderzusetzen und die Antragstellerin unter fairen Bedingungen weiter am Verfahren teilnehmen zu lassen, habe die Auftraggeberin das Verfahren gänzlich beendet, um es danach neu auszuschreiben. Diese Vorgangsweise könne nur als Umgehung des effektiven Rechtsschutzes interpretiert werden. Durch den Widerruf erleide die Antragstellerin einen erheblichen finanziellen und unternehmerischen Schaden, da bereits ein beträchtlicher Zeit- und Kostenaufwand in das Vergabeverfahren investiert worden sei. Die Personalkosten für die Erstellung des Angebots sowie die Vorbereitung des ersten Nachprüfungsantrages würden sich auf ca. 2.000 Euro, zuzüglich weiterer zeitlicher Ressourcen für interne Anpassungen, Rechtsberatung und strategische Planung, belaufen. Insgesamt seien der Antragstellerin bereits Kosten von über 8.000 Euro entstanden. Mit dem Widerruf gehe der gesamte bisherige Aufwand verloren und würde die Antragstellerin wieder am Anfang stehen und müsse – sofern sie überhaupt erneut eingeladen werden würde – die Teilnahme an einem zukünftigen Vergabeverfahren wieder von Grund auf vorbereiten, was zu weiteren erheblichen Kosten führen würde. Zusätzlich würde ein Reputationsschaden drohen, da für Außenstehende der Eindruck entstehe, die Antragstellerin habe sich in einem aussichtslosen Verfahren engagiert. Die Marktposition in der DACH-Region werde durch die Verzögerungen und das unnötige Hin und Her weiter geschwächt werden. Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf faire und transparente Behandlung gemäß den Grundsätzen des BVergG 2018, insbesondere auf Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz, verletzt. Die Auftraggeberin habe diese Grundsätze missachtet, indem sie nicht den Weg der verhältnismäßigen Berichtigung gewählt habe, sondern das gesamte Verfahren widerrufe. Zudem bestehe das Recht der Bieter auf Fortführung eines laufenden Vergabeverfahrens in Einklang mit dem geltenden Vergaberecht. Die Auftraggeberin habe dieses berechtigte Vertrauen durch den Widerruf gebrochen, ohne einen angemessenen sachlichen Grund zu liefern. Vielmehr habe sie die

Situation genutzt, um ein ihr missliebiges Ergebnis zu umgehen und gegebenenfalls neue, für die Antragstellerin ungünstigere Teilnahmebedingungen zu schaffen. Es bestehe der Verdacht, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin aus dem Verfahren drängen wolle, ohne dafür eine sachliche, vergaberechtlich haltbare Begründung vorzulegen. Die Antragstellerin beantragt, die Widerrufsentscheidung der Auftraggeberin gemäß §§ 1, 2 und 7 Oö. VergRSG 2006 für nichtig zu erklären und es solle die Auftraggeberin verpflichtet werden, das Vergabeverfahren fortzuführen und dabei die Grundsätze des BVergG 2018 sowie die durch das Landesverwaltungsgericht festgestellten Rechtspositionen zu wahren. Weiters beantragt die Antragstellerin „eine einstweilige Verfügung gemäß § 329 BVergG 2018, wonach bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Nachprüfungsantrag keine neuen Vergabeverfahren für den identischen Beschaffungsgegenstand von der Auftraggeberin eingeleitet oder abgeschlossen werden dürfen." Damit solle verhindert werden, dass die Auftraggeberin vollendete Tatsachen schaffe, bevor über den Antrag der Antragstellerin entschieden wurde. Weiters wurde von der Antragstellerin die Erstattung der entstandenen Kosten, insbesondere die entrichteten Pauschalgebühren für das gegenständliche Nachprüfungsverfahren, sowie die nachweisbaren zusätzlichen Aufwände (Personalkosten, Rechtsberatungskosten, etc.), beantragt.

2. Die C__ für Infrastruktur und Kommunale Dienste als Auftraggeberin wurde am Verfahren beteiligt. Mit Eingabe vom 18.12.2024 teilte die Auftraggeberin mit, dass ihr der Nachprüfungsantrag vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich am 17.12.2024 (vormittags) zugestellt worden wäre, eine Widerrufserklärung den Bietern bereits vor diesem Zeitpunkt übermittelt worden wäre und der Nachprüfungsantrag im Übrigen verfristet sein würde.

3.1. Gemäß § 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 (Oö. VergRSG 2006) regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber bzw. Auftraggeberinnen in Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Artikel 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen. Gemäß § 2 Abs 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem Landesverwaltungsgericht Oberösterreich die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 leg.cit.

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 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.

Gemäß § 8 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006 hat der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unter anderem die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen des Antragstellers bzw. der Antragstellerin (Z 4) und die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme (Z 5) zu enthalten.

3.2. § 8 Abs. 2 Z 5 Oö. VergRSG 2006 verlangt, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme zu enthalten hat. Im vorliegenden Fall beantragt die Antragstellerin die Erlassung einer einstweiligen Verfügung „gemäß § 329 BVergG 2018, wonach bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Nachprüfungsantrag keine neuen Vergabeverfahren für den identischen Beschaffungsgegenstand von der Auftraggeberin eingeleitet oder abgeschlossen werden dürfen". Die von der Antragstellerin begehrte Maßnahme bezieht sich daher nicht auf das nachprüfungsgegenständliche Vergabeverfahren, in welchem die angefochtene Widerrufsentscheidung getroffen wurde, sondern es soll der Auftraggeberin vielmehr die Einleitung und der Abschluss von anderen „neuen" Vergabeverfahren untersagt werden. Die Anordnung einer solchen nicht unmittelbar auf das nachprüfungsgegenständliche Vergabeverfahren bezogenen Maßnahme kommt – zumindest in der vorliegenden Fallkonstellation – nach Ansicht des Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht in Betracht.

Selbst wenn man aber davon ausgehen würde, dass die Untersagung der Einleitung und des Abschlusses von anderen „neuen" Vergabeverfahren mittels einstweiliger Verfügung in der vorliegenden Fallkonstellation grundsätzlich möglich sein könnte, so erscheint diese Maßnahme im konkreten Fall nicht geeignet, um die von der Antragstellerin behaupteten (entstandenen oder unmittelbar drohenden) Schädigungen zu beseitigen oder zu verhindern: Die von der Antragstellerin behaupteten Schäden wären nach dem Antragsvorbringen (vgl.: „Durch den Widerruf erleiden wir erheblichen finanziellen und unternehmerischen Schaden: […]") nämlich Folge des Widerrufs des nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahrens. Es ist unter Berücksichtigung des Vorbringens der Antragstellerin hingegen nicht ersichtlich, dass die von der Antragstellerin behaupteten Schädigungen (erst) aufgrund der Einleitung oder des Abschlusses von anderen („neuen") Vergabeverfahren eintreten würden.

Selbst wenn man aber davon ausgehen würde, dass die von der Antragstellerin begehrte vorläufige Maßnahme im gegenständlichen Verfahren grundsätzlich möglich und auch geeignet wäre, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern, so handelt es sich bei der von der Antragstellern beantragten Maßnahme nicht um das gelindeste Mittel (vgl. dazu § 11 Abs. 2 Oö. VergRSG 2006). Anstelle der Auftraggeberin die Einleitung von künftigen neuen Vergabeverfahren zu untersagen, würde es im Hinblick auf das Antragsvorbringen (zur Beseitigung bzw. Verhinderung einer durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder unmittelbar drohenden Schädigung) ausreichen, die Erklärung des Widerrufs im nachprüfungsgegenständlichen Vergabeverfahren zu untersagen.

Im Ergebnis kommt nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes Oberösterreich daher die Anordnung der von der Antragstellerin begehrten Maßnahme (Anordnung, dass keine neuen Vergabeverfahren für den identischen Beschaffungsgegenstand von der Auftraggeberin eingeleitet oder abgeschlossen werden dürfen) nicht in Betracht. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich ist an die von der Antragstellerin begehrte vorläufige Maßnahme gebunden, sodass das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich keine über die begehrte vorläufige Maßnahme hinausgehenden Maßnahmen ergreifen darf (vgl. *G. Gruber/T. Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG 2018, § 350 Rz 48; *Reisner* in *Gölles/Casati*, BVergG 2018 § 350 Rz 20; vgl. in diesem Zusammenhang auch VwGH 27.01.2020, Ra 2020/04/0005). Ein (amtswegiges) Umdeuten des (klar formulierten) Begehrens der Antragstellerin kommt verfahrensgegenständlich nicht in Betracht (vgl. VwGH 27.01.2020, Ra 2020/04/0005). Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich kann daher im vorliegenden Fall aufgrund des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 16.12.2024 keine über die in diesem Antrag begehrte vorläufige Maßnahme hinausgehenden Maßnahmen anordnen. Insbesondere kann vom Landesverwaltungsgericht Oberösterreich nicht die Untersagung der Erklärung des Widerrufs verfügt werden, da die Maßnahme „Untersagung der Erklärung des Widerrufs" von der Antragstellerin nicht begehrt wurde (und die Untersagung des Widerrufs im Übrigen im Verhältnis zur von der Antragstellerin begehrten Maßnahme auch nicht bloß ein „Minus" darstellt).

Dem Antrag der Antragstellerin vom 16.12.2024 auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung („wonach bis zur rechtskräftigen Entscheidung über diesen Nachprüfungsantrag keine neuen Vergabeverfahren für den identischen Beschaffungsgegenstand von der Auftraggeberin eingeleitet oder abgeschlossen werden dürfen") ist daher schon insofern nicht stattzugeben. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass im vorliegenden Vergabeverfahren nach den Angaben der Auftraggeberin eine Widerrufserklärung ohnedies bereits (vor Zustellung der Verständigung vom gegenständlichen Antrag durch das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich) erfolgt ist.

Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 erfolgte unter Berücksichtigung der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. etwa VwGH 27.01.2020, Ra 2020/04/0005) anhand der konkreten Umstände des vorliegenden Einzelfalls, sodass dieser Entscheidung 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

Dr. Wiesinger