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-840309/6/KPe/Rd

Datum:
Linz, 15. Mai 2025

I M N A M E N D E R R E P U B L I K

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich erkennt durch seinen Richter Mag. Dr. Pernsteiner über den Antrag der A__, vertreten durch B__, vom 8. Mai 2025, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Vergabeverfahren des Bezirksabfallverbandes C__ betreffend das Vorhaben „Altpapiersammlung im Gebiet des Bezirksabfallverbandes C__, GZ: BAV Urfahr/Altpapier"

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, insofern stattgegeben, als bis zur Entscheidung in diesem Nachprüfungsverfahren, längstens aber bis zum 8. Juli 2025, der Lauf der Angebotsfrist ausgesetzt und der Auftraggeberin Bezirksabfallverband C__ die Angebotsöffnung untersagt wird.

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

Zu I.:

1. Mit Eingabe vom 8. Mai 2025 hat die A__ (im Folgenden: Antragstellerin) Anträge auf Nichtigerklärung der Ausschreibung, in eventu (nur für den Fall, dass die Ausschreibung nicht als Ganzes für nichtig erklärt werden können sollte) die einzelnen unter Pkt. 6.3. bis 6.5. zitierten Bestimmungen für nichtig zu erklären, sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, der Auftraggeberin die Angebotsöffnung bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren, zu untersagen, bzw. die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist beantragt, 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 Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens das von der Auftraggeberin zu GZ: BAV Urfahr/Altpapier geführte offene Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages in 3 Losen mit der Bezeichnung „Altpapiersammlung im Gebiet des Bezirksabfallverbandes C__" sei und seitens der Antragstellerin die allen Losen zugrundeliegende Ausschreibung angefochten werde. Die Ausschreibung sei von der Auftraggeberin am 11. April 2025 im Supplement zum EU-Amtsblatt unter der Veröffentlichungsnummer 236996-2025 veröffentlicht worden und sei elektronisch über die Vergabeplattform des ANKÖ zum Download bereitgestellt worden. Bei der Ausschreibung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit. a sublit. aa und jj BVergG 2018.

Auftraggeber sei der Bezirksabfallverband C__, wobei es sich um einen öffentlichen Auftraggeber iSd Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG handelt. Als vergebende Stelle fungiere die D__.

Zum Sachverhalt wurde vorgebracht, dass die Antragstellerin vor der Einleitung des gegenständlichen Vergabeverfahrens Auftragnehmerin des ursprünglichen Altpapiersammlungsauftrages der Auftraggeberin gewesen und in einer Vertragsbeziehung zu dieser gestanden sei. Die Antragstellerin sei aus wirtschaftlichen Gründen gezwungen gewesen, den ursprünglichen Auftrag bzw Vertrag aufzukündigen, sodass der Auftrag seitens der Auftraggeberin neu ausgeschrieben werden musste. Die dem konkreten Vergabeverfahren zugrundeliegende Ausschreibung sei rechtswidrig. Abgesehen davon, dass einzelne Bestimmungen rechtswidrig seien, könne auf Basis der Ausschreibung als Ganzes die Preise von den Bietern nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßigen Ausarbeitungen ermittelt werden, sodass sie gegen das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken verstoße und sei auch eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet. Das Verfahren werde elektronisch

abgewickelt und können die Angebote über die Vergabeplattform bis zum Ende der Angebotsfrist am 19. Mai 2025, 11.00 Uhr, eingereicht werden.

Zum Interesse am Vertragsabschluss und des drohenden bzw eingetretenen Schadens brachte die Antragstellerin vor, dass sie ein regionales Unternehmen im Bereich der Abfallwirtschaft und insbesondere der Altpapiersammlung, -entsorgung, -verwertung und -vermarktung sei. Der Markt für Altpapier sei beschränkt, und zwar sowohl anbieter- als auch abnehmerseitig. Anbieterseitig komme im Bezirk C__ praktisch nur der Bezirksabfallverband C__ in Betracht; abnehmerseitig gebe es regional nur wenige Unternehmen, die für die Altpapiersammlung in Betracht kommen. Das Interesse der Antragstellerin sei daher entsprechend groß, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen und den Auftrag zu erhalten. Voraussetzung bzw für eine reale Chance hierfür sei, dass es der Antragstellerin ermöglicht werde, auf Basis der Ausschreibung ein Angebot zu legen, ohne nicht kalkulierbare Risiken zu übernehmen und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen durchführen zu müssen. Eine solche Angebotslegung werde der Antragstellerin aber auf Basis der gegenständlichen Ausschreibung verwehrt und von vornherein die Möglichkeit genommen, ein wirtschaftlich kalkulierbares Angebot zu legen und für die Zuschlagsentscheidung und -erteilung bzw für den Vertragsabschluss in Betracht zu kommen.
Auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibung drohe der Antragstellerin ein erheblicher, unwiederbringlicher materieller und immaterieller Schaden und wären von einem möglichen unwirtschaftlichen bzw risikobehafteten Auftrag oder einem Auftragsverlust die im Zuge des Verfahrens aufgewendeten Sach-, Personal- und Rechtsberatungskosten frustriert und drohe ein Schaden in Höhe des entgangenen branchenüblichen Verdienstes bzw. Gewinnes. Darüber hinaus drohe auch der Verlust eines Referenzprojektes.

Die Antragstellerin erachte sich in ihrem Recht auf

- Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens;
- rechtskonforme Gestaltung der Ausschreibung einschließlich Festlegung nichtdiskriminierender und sachlich gerechtfertigter Eignungs- und Zuschlagskriterien;
- Einhaltung der in § 20 Abs. 1 und 9 BVergG 2018 festgeschriebenen Grundsätze des Vergabeverfahrens, wie insbesondere der Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung aller Bieter, der Transparenz und des freien und lauteren Wettbewerbs;
- Einhaltung der Grundsätze der Ausschreibung (§ 88 BVergG 2018), insbesondere auf eine Preisermittlung ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen sowie auf Gewährleistung vergleichbarer Angebote;
- Einhaltung der Grundsätze der Leistungsbeschreibung (§§ 104 f BVergG 2018);

- Einhaltung der Vorgaben betreffend technische Spezifikationen (§ 106 BVergG 2018);
- zwingenden Widerruf des Verfahrens gemäß § 149 Abs. 1 Z 1 und 2 BVergG 2018;
- Einhaltung des Gleichheitssatzes (Art. 7 B-VG, Art. 2 StGG, Art. 20 GRC),

als verletzt.

Zu den Gründen, auf welche sich die Rechtswidrigkeit stützt, wurden zunächst die §§ 20 Abs. 1, 88 Abs. 2, 91 Abs. 2, 104 Abs. 1 bis 3 sowie 105 Abs. 1 und 2 BVergG 2018, zitiert. Weiters wurde dargelegt, dass aufgrund von Erfahrungen mit vergangenen Aufträgen die Auftraggeberin alle möglichen Risiken auf den Auftragnehmer überwälzen möchte. Damit überschreite sie aber ihre vergabe- und zivilrechtlichen Grenzen. Auf Basis der dem konkreten Verfahren zugrundeliegenden Ausschreibung können die Preise nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen von den Bietern ermittelt werden, sodass gegen das Verbot der Übertragung nicht kalkulierbarer Risiken verstoßen werde, und sei eine Vergleichbarkeit der Angebote nicht gewährleistet.
Dies einerseits aufgrund einer Vielzahl an rechtswidrigen einzelnen Bestimmungen in den Ausschreibungsunterlagen, wobei die aus Sicht der Antragstellerin „rechtswidrigsten" Bestimmungen nachfolgend demonstrativ angeführt werden, andererseits aufgrund einer Gesamtschau bzw. Gesamtbeurteilung der Ausschreibung, wobei die Antragstellerin – wegen Unmöglichkeit bzw. Unzumutbarkeit – nicht isoliert einzelne Bestimmungen anfechte, sondern die Ausschreibung als Ganzes (weil sowohl die Vielzahl an rechtswidrigen Einzelbestimmungen als auch die Gesamtbeurteilung zur Rechtswidrigkeit als Ganzes führen). Es werde daher die gesamte Ausschreibung wegen folgender Rechtswidrigkeiten angefochten, wobei Hervorhebungen in den zitierten Bestimmungen der Ausschreibung von der Antragstellerin vorgenommen wurden:

Bezüglich Pkt. 2.1. Abs. 1 des Teiles C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung wurde vorgebracht, dass dieser Punkt nicht darlege, welche Privatstraßen befahren werden sollen, müssen oder dürfen und unter welchen Umständen und wie lange das zulässig sei und erlege dem Bieter die Verpflichtung auf, selbst „genaue Auskünfte hinsichtlich der Privatstraßen" einzuholen und das „Einvernehmen mit dem jeweiligen Eigentümer herzustellen". Davon ausgehend, dass bei nahezu jeder bebauten Liegenschaft im Bezirk C__ zu entsorgendes Altpapier anfalle, sei davon auszugehen, dass es sich dabei um mehrere Tausend Eigentümer handle. Abgesehen davon, dass die Herstellung eines Einvernehmens mit allen Eigentümern einem Bieter bzw. Auftragnehmer völlig unzumutbar wäre, wäre dies praktisch unmöglich, da diese ihre Objekte (Häuser und Wohnungen) oftmals anderen Personen überlassen haben (zB Bestandnehmern etc), welche für die Altpapierentsorgung zuständig seien und auch laufend Eigentümer wechseln und versterben. Eine wirtschaftliche (insbesondere preisliche) Kalkulierbarkeit sei aus

Bietersicht daher nicht möglich und schließe dieser Punkt auch eine Vergleichbarkeit der Angebote völlig aus und führe nicht alle Umstände an (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebotes von Bedeutung sind (insbesondere die dargestellten besonderen Erschwernisse).
Hinsichtlich der Vermischung der Sammelmengen sei nicht klar, wann ein Ausnahmefall laut diesem Punkt vorliege und unter welchen Voraussetzungen der Auftraggeber eine Zustimmung erteilen würde.

Zu Punkt 2.1. Abs. 3 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung, wurde vorgebracht, dass dieser praktisch nicht umsetzbar sei; eine wirtschaftliche (insbesondere preisliche) Kalkulierbarkeit aus Bietersicht sei nicht möglich, da dieser Punkt eine Vergleichbarkeit der Angebote völlig ausschließe und nicht alle Umstände anführe (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung seien.

Zu Punkt 2.1. Abs. 9 und 11 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung, wurde vorgebracht, dass dieser Punkt praktisch nicht umsetzbar sei, eine wirtschaftliche (insbesondere preisliche) Kalkulierbarkeit aus Bietersicht nicht möglich sei, da dieser Punkt eine Vergleichbarkeit der Angebote völlig ausschließe und nicht alle Umstände anführe (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung seien.
Die Verpflichtung, „die Sammelbehälter auch zu entleeren, wenn diese nicht am Straßenrand oder der Grundstücksgrenze bereitgestellt wurden, der Auftragnehmer den Sammelbehälter aber sichten und ohne großen zusätzlichen Aufwand entleeren kann", sei überschießend und wirtschaftlich (insbesondere preislich) nicht kalkulierbar, da nicht auf ein bestimmtes räumliches Umfeld, sondern auf die bloße Sichtbarkeit der Behälter und auf einen „großen zusätzlichen Aufwand" abgestellt werde, welcher nicht definiert sei und nur etwa in Fällen der Unmöglichkeit angenommen werde, in denen ohnedies „keine Verpflichtung des Auftragnehmers zur Entleerung dieser Behälter" bestehe. Dies bedeute, dass auch ein sichtbarer und ohne Hindernisse erreichbarer Behälter, welcher allerdings in einer Entfernung von mehreren hundert Metern vom Straßenrand abgestellt wurde, zu entleeren wäre. Das sei völlig überschießend und der damit verbundene Mehraufwand wirtschaftlich (insbesondere preislich) nicht kalkulierbar.

Die Altpapiersammlung funktioniere – wie die allgemeine Abfall- bzw Müllsammlung auch – üblicherweise mittels Straßenfahrzeugen, welche eine genau definierte Sammelroute abfahren und die am Straßenrand bereitgestellten Altpapier- bzw.

Abfallbehälter (Anm: wofür idR der jeweilige Grundeigentümer bzw Besitzer der Abfallbehälter verantwortlich ist) entleeren. Die Entleerung der Behälter erfolge durch Personen, die mit dem Straßenfahrzeug mitfahren und von diesem auf- und absteigen. Wenn nun die einsammelnden Personen auch nicht am Straßenrand abgestellte, aber sichtbare Behälter einsammeln müssen, verzögere sich damit der Sammlungsvorgang beträchtlich, was wiederum mit einem erheblichen und nicht kalkulierbaren Mehraufwand verbunden ist. Weiters würde eine Entleerung auch nicht am Straßenrand bereitgestellter Behälter dazu führen, dass sich künftig niemand mehr daran halten würde, die Behälter am Straßenrand bereitzustellen, sodass sich der Mehraufwand ins Unermessliche steigern würde, und würde dies auch zu Verkehrsbeeinträchtigungen und Staus führen.

Bezüglich Punkt 2.1. Abs. 12 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung wurde vorgebracht, dass die entsprechenden Leistungen dem Auftragnehmer zwar mit dem Regiestundensatz abgegolten werden, doch beinhaltet dieser Punkt keine sachliche Begrenzung bzw. kein Korrektiv vor unwirtschaftlichen Entleerungen. So wäre der Auftragnehmer aufgrund dieser Punkte in solchen Fällen auch verpflichtet, wegen eines einzigen Behälters ein Sammelfahrzeug auch in abgelegenste Gebiete des Bezirkes fahren zu lassen.

Bezüglich Punkt 2.1. Abs. 15 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung wurde vorgebracht, dass die uneingeschränkte Verpflichtung „Sammelbehälter von den Liegenschaften, die durch die Baustelle mit dem Sammelfahrzeug nicht erreichbar sind, zu holen" – und das noch dazu bei bloß eingeschränkter Vergütung – sei überschießend, intransparent und wirtschaftlich (insbesondere preislich) nicht kalkulierbar. Es verstehe sich von selbst, dass ein händisches Holen (und wohl auch Zurückstellen) solcher Behälter durch das mit dem Sammelfahrzeug mitfahrende Personal mit einem erheblichen (nicht kalkulierbaren) Mehraufwand verbunden sei. Dass dieser dann nur unter den vorangeführten, sachlich nicht gerechtfertigten Umständen vergütet werden soll, mache diesen Punkt einerseits sittenwidrig und andererseits praktisch undurchführbar, weil der Auftragnehmer, um eine Vergütung dafür zu erhalten, nachweisen müsse, dass die Baustelle länger als einen Arbeitstag andauere, wozu er Personal abstellen oder einen Detektiv engagieren müsse, um dies zu kontrollieren und nachzuweisen und die Entfernung von mindestens 100 m ab der Grundstücksgrenze nachweisen müsse, wobei weder ein bestimmter Punkt der Grundstücksgrenze definiert sei noch berücksichtigt worden sei, dass das Sammelfahrzeug – abgesehen von kurzfristigen Ladestopps – ständig in Bewegung sei und daher nicht klar sei, von welchem Standort des Fahrzeuges jeweils auszugehen sei.
Auch dieser Punkt sei praktisch nicht umsetzbar; eine wirtschaftliche (insbesondere preisliche) Kalkulierbarkeit aus Bietersicht sei nicht möglich, da dieser Punkt eine Vergleichbarkeit der Angebote völlig ausschließe und nicht alle Umstände anführe (zB örtliche oder zeitliche Umstände oder besondere Anforderungen hinsichtlich der Art und Weise der Leistungserbringung), die für die

Ausführung der Leistung und damit für die Erstellung des Angebots von Bedeutung sind.

Zu Punkt 2.1. Abs. 16 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung wurde ausgeführt, dass zur grundsätzlichen Verpflichtung „Sammelbehälter mit angefrorenem Inhalt […] zu entleeren" seien, werde darauf hingewiesen, dass aus technischer Sicht ein Sammelbehälter mit angefrorenem Inhalt bei der Entleerung idR sofort bricht; die Entleerung eines solchen Behälters sei ohne Beschädigung desselben praktisch kaum möglich. Die Nachweisverpflichtung und der damit verbundene Dokumentationsaufwand hinsichtlich jedes einzelnen nicht entleerbaren Behälters (zB Anschaffung von Smartphones für die Mitarbeitenden zur Anfertigung von Fotos) führe zu einem unkalkulierbaren Mehraufwand. Darüber hinaus sei es praktisch üblich, überfüllte Behälter von einer Entleerungspflicht auszunehmen bzw. dem Grundeigentümer oder den Besitzer der Behälter die Verpflichtung aufzuerlegen, eine Überfüllung zu vermeiden und für eine ordentliche Aufbewahrung zu sorgen. Die Vergütung des Auftragnehmers sei behälterabhängig, wobei die Ausmaße bzw Füllmenge der Behälter in der Ausschreibung geregelt sind. Die Verpflichtung „Sammelbehälter […] auch im Fall der Überfüllung zu entleeren" führe zweifellos zu einem vom Ausmaß der Überfüllung abhängigen Mehraufwand, welcher jedoch nicht kalkulierbar sei (da ausmaßabhängig). Da Kartons bzw. Kartonagen immer mehr geworden seien, sodass diese häufig – gerade zur Weihnachtszeit – nicht mehr in die Behälter passen, bedeute diese Verpflichtung in Zusammenschau mit der grundsätzlichen Verpflichtung, „neben den Behältern gelagerte Kartonagen […] ebenfalls zu sammeln" einen weiteren nicht kalkulierbaren und in der Ausschreibung auch nicht beschränkten Mehraufwand, welcher entgegen den bereits mehrfach zitierten vergaberechtlichen Vorschriften auf den Auftragnehmer überwälzt werde.

Bezüglich Punkt 2.1. Abs. 18 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung wurde vorgebracht, dass die Ausschreibung fordere, dass die eingesetzten Sammelfahrzeuge dem aktuellen Stand der Technik entsprechen. Dies zwinge den Auftragnehmer, neue Fahrzeuge anzuschaffen, da ältere Fahrzeuge nicht mehr dem aktuellen Stand der Technik entsprechen. Weiters sei zu berücksichtigen, dass der „aktuelle Stand der Technik" bei Sammelfahrzeugen derzeit unklar sei. So bestehe für den Auftragnehmer insbesondere das Risiko, dass der „aktuelle Stand der Technik" bestimmte (Fahrzeug-)Techniken (zB autonome Sammeltechniken wie AMCS) erfordere, mit denen die bisherigen Sammelfahrzeuge des Auftragnehmers nicht ausgestattet seien und welche mit den neuen Programmen auch nicht kompatibel seien. Sofern eine Aufrüstung bestehender Sammelfahrzeug auf den „aktuellen Stand der Technik" überhaupt möglich sei, wäre dies mit einem unkalkulierbaren preislichen Risiko verbunden und würde eine Neuanschaffung von Fahrzeugen bis zur Verfügbarkeit Jahre dauern. Der in diesem Punkt geforderte „aktuelle Stand der Technik" der Sammelfahrzeuge ergebe nur dann einen Sinn, wenn auch die Umgebung darauf ausgelegt werde. Konkret bedeute das, dass

Sammelfahrzeuge auf dem „aktuellen Stand der Technik" mit den entsprechenden (Fahrzeug-)Techniken und Programmen nur dann eingesetzt werden können, wenn die autonom zu entleerenden Behälter auch auf ganz bestimmten vordefinierten Plätzen am Straßenrand aufgestellt werden. Genau das werde in der Ausschreibung aber gerade nicht gefordert. Die Forderung eines „aktuellen Standes der Technik" für die Sammelfahrzeuge sei daher nicht nur sachlich nicht gerechtfertigt und für die Bieter mit einem unkalkulierbaren preislichen Risiko verbunden, sondern aufgrund der übrigen Bestimmungen auch faktisch sinnlos.

Bezüglich Punkt 2.1. Abs. 21 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung sei der darin festgelegte Umkreis von 21 km sachlich nicht gerechtfertigt, intransparent und führe zu einer Unkalkulierbarkeit der Preise. Weiters gebe die „kürzeste Strecke gemäß Google-Maps" nicht Aufschluss darüber, ob diese Strecke von den Sammelfahrzeugen überhaupt befahren werden könne, sodass dies ebenso unsachlich sei. Schließlich gehe es hier um ein angemessenes Entgelt des Auftragnehmers und nicht um irgendwelche Schäden des Auftraggebers, sodass den Auftragnehmer auch keine wie immer geartete „Schadensminderungspflicht" treffen könne.

Bezüglich Punkt 2.1. Abs. 24 des Teils C Leistungsbeschreibung wurde vorgebracht, dass auch dieser Punkt intransparent und unkalkulierbar sei, zumal der vom Auftraggeber in seinen Aufzeichnungen vermerkte Behälterstand den Bietern bzw. Auftragnehmern nicht bekannt und unklar sei, woraus sich der „vermerkte Behälterstand" objektiv ergeben sollte, sodass eine Kalkulation ohne diesen „vermerkten Behälterstand" nicht möglich sei und der Bieter bzw. Auftragnehmer ein wirtschaftlich (preislich) völlig unkalkulierbares Risiko übernehmen würden.
In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass in Punkt 2.4. der Leistungsbeschreibung Los 3 bzw. in Teil D Angebotsunterlage der Ausschreibung die Berechnung bei der Gemeinde Puchenau nicht nachvollzogen werden könne. Multipliziere man die Behälter mit den angegebenen Intervallen, dann komme man bei den 770 l und 1.100l-Behältern auf 8.151 Entleerungen pro Jahr. In Teil D Angebotsunterlage der Ausschreibung seien bei Los 3 für diese Behälter aber 7.293 Entleerungen pro Jahr angegeben.

Weiters wurde zu Punkt 2. Vertragsgrundlagen des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung dargetan, dass dieser intransparent sei und damit den vergaberechtlichen Grundsätzen widerspreche, da eine Reihung der Ausschreibungsunterlagen nicht erkennbar und auch nicht klar sei, ob die ÖNORM A 2060 nun in der Fassung 2013 oder 2023 gelte. Sollte die ÖNORM idF 2023 gelten, dann würde die subsidiäre Anwendung der ÖNORM idF 2013 keinen Sinn ergeben.

Zu Punkt 4.3. Mitarbeiter des Auftragnehmers des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung wurde vorgebracht, dass dieser sachlich nicht gerechtfertigt,

diskriminierend sei und den vergaberechtlichen Grundsätzen widerspreche, da nicht ersichtlich sei, aus welchen Gründen bei der Aus- bzw. Durchführung des Auftrages nur Mitarbeitende eingesetzt werden dürfen, welche die deutsche Sprache beherrschen. Gerade in der Abfall- und Altpapierentsorgung und -sammlung werden Mitarbeitende eingesetzt, welche die deutsche Sprache noch nicht oder nicht ausreichend beherrschen und sei dies eines der wenigen Tätigkeitsfelder, in denen solche Personen in der Praxis eingesetzt werden können. Die obige Anforderung halte die Bieter bzw. Auftragnehmer in sachlich nicht gerechtfertigter Weise davon ab, bei der Auftragsdurchführung solche Mitarbeitende einzusetzen. Dieser Punkt sei auch diskriminierend, weil er Bieter und Personen aus anderen EU-Mitgliedstaaten benachteilige.

Bezüglich Punkt 4.6. Genehmigungen des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung wurde vorgebracht, dass dieser Punkt – sofern davon behördliche Genehmigungen erfasst werden - § 91 Abs. 2 BVergG 2018 widerspreche, wonach in den Ausschreibungsunterlagen auf das allfällige Erfordernis einer behördlichen Entscheidung für die Zulässigkeit der Ausübung einer Tätigkeit in Österreich ausdrücklich hinzuweisen sei, und überwälze unkalkulierbare Risiken auf den Bieter bzw. Auftragnehmer. Dies va auch deswegen, weil dieser Punkt nicht auf „behördliche" Genehmigungen beschränkt sei, sondern auf „alle für die Auftragsdurchführung erforderlichen Genehmigungen (zB transaktionsspezifische Genehmigungen" abstelle, worunter etwa auch (Privatstraßen-Befahrungs-)Genehmigungen der unter Punkt 2.1. des Teils C Leistungsbeschreibung angeführten Eigentümer der Privatstraßen zu subsumieren seien. Es sei völlig unmöglich und nicht einmal ansatzweise kalkulierbar, „alle für die Auftragsdurchführung erforderlichen Genehmigungen (zB transaktionsspezifische Genehmigungen)" einzuholen und aufrecht zu erhalten. Es werde ein völlig unkalkulierbares Risiko auf den Bieter überwälzt.

Bezüglich Punkt 4.7. Informationspflichten und Kontrollrechte des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung, Abs. 2, wurde vorgebracht, dass dieser – trotz der Einschränkung in den letzten beiden Sätzen – sachlich nicht gerechtfertigt, überschießend sei und dem Bieter bzw Auftragnehmer nicht kalkulierbare Risiken auferlege. Sachlich nicht gerechtfertigt deshalb, weil gemäß Punkt 2.1. Abs. 24 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung der Auftragnehmer „als Vergütung für die vertragsgemäß erbrachten Leistungen den angebotenen und zugeschlagenen Preis pro Behälter erhalte, wobei der vom Auftraggeber in seinen Aufzeichnungen vermerkte Behälterstand (und nicht die tatsächlich entleerten Behälter) ausschlaggebend sei." Auf dieser Basis sei die Abrechnungsgrundlage klar, sodass kein Grund dafür bestehe, beim Auftragnehmer umfassende Kontrollen iSe Hausdurchsuchung durchzuführen. Darüber hinaus sei die Kostentragung nicht klar geregelt. Aufgrund der Formulierung „auf Kosten des Auftragnehmers Kopien zu machen" sei nicht auszuschließen, dass dem Auftragnehmer auch

andere Kosten für derartige Kontrollen auferlegt werden, sodass dem Auftragnehmer im Ergebnis nicht kalkulierbare wirtschaftliche Risiken auferlegt werden.

Zu Punkt 5.1. Vergütung des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung, werde auf die Ausführungen bezüglich Punkt 2.1. Abs. 24 des Teils C Leistungsbeschreibung der Ausschreibung verwiesen.

Bezüglich Punkt 5.2. Zahlungsbedingungen des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung könne gemäß § 111 Abs. 3 BVergG 2018 der Leistungsvertrag Bestimmungen über die maximale Dauer eines gesetzlich oder vertraglich vorgesehenen Überprüfungsverfahrens zur Feststellung der vertragsgemäßen Leistungserbringung enthalten. Die Dauer dieses Überprüfungsverfahrens darf bei sonstiger Nichtigkeit grundsätzlich 30 Tage ab Erbringung der Leistung nicht übersteigen. Davon abweichende Vereinbarungen seien nur zulässig, wenn diese ausdrücklich in allfälligen Ausschreibungsunterlagen festgelegt und für den Unternehmer nicht grob nachteilig seien. Für die Beurteilung der groben Nachteiligkeit sei insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit die Dauer des vorgesehenen Überprüfungsverfahrens von der Übung des redlichen Verkehrs abweiche, ob es einen sachlichen Grund für diese Abweichung gebe und um welche Vertragsleistung es sich handle. Insbesondere entspreche die in Punkt 5.2. Zahlungsbedingungen festgelegte zweimonatige Prüffrist nicht dem BVergG und sei auch nicht sachlich gerechtfertigt. Darüber hinaus ermögliche sie dem Auftraggeber, die Zahlung an den Auftragnehmer um ca. 6 Monate hinauszuschieben, was für den Auftragnehmer grob nachteilig sei.

Betreffend Punkt 5.3. Preisanpassung des Teils B Vertragsbestimmungen der Ausschreibung könne auf Basis der gegenständlichen Ausschreibung (unklare Preisberechnung auf Basis eines nicht offengelegten und unklaren „Behälterstandes des Auftraggebers", nicht offengelegte und unklare örtliche Verhältnisse und Rahmenbedingungen) die Preise von den Bietern nicht ohne Übernahme nicht kalkulierbarer Risiken und ohne unverhältnismäßiger Ausarbeitungen ermittelt werden, sodass der Bieter die in diesem Punkt geforderte Erklärung gerade nicht abgeben könne.

Punkt 2.2. des Teils A Vertragsbestimmungen widerspreche dem BVergG 2018, weil Subunternehmer im Vergabeverfahren gar keine (ausscheidbaren bzw. ausscheidensfähigen) Angebote abgeben.

Zu Punkt 2.6. des Teils A Verfahrensbestimmungen wurde vorgebracht, dass gemäß Anhang X Abs. 2 BVergG 2018 der beim Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit verlangte Mindestgesamtjahresumsatz grundsätzlich nicht das Zweifache des geschätzten Auftragswertes überschreiten dürfe. Der in Punkt. 2.6. geforderte Wert sei nicht objektiv, sondern (bieter-)subjektiv

und widerspreche Anhang X Abs. 2 sowie den Grundsätzen der Gleichbehandlung und der Transparenz.

Gemäß Punkt 4.1. des Teils A Verfahrensbestimmungen werde der Zuschlag dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot je Los erteilt, womit das Bestbieterprinzip gelte. Die Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebotes je Los erfolge anhand der darin festgelegten Zuschlagskriterien:

Wert	Zuschlagskriterium	Gewichtung und Punkte
1	Gesamtpreis gemäß Pkt. 4.2.	90% und max 90 Punkte
2	Reaktionszeit im Störungsfall gemäß Pkt. 4.3.	5% und max 5 Punkte
3	Einsatz sauberer Straßenfahrzeuge gemäß Pkt. 4.4.	5% und max 5 Punkte
	Gesamt	100% und 100 Punkte

Gemäß Punkt 4.2. werden „für die Gewichtung der Preise pro Behälter […] 6,5 Entleerungen der 240 l-Behälter und 13 Entleerungen der 70l und 1.100 l-Behälter herangezogen".

Unklar sei, in welchem Zeitraum, pro Woche, pro zwei Wochen? Die Teile C Leistungsbeschreibung und D Angebotsunterlage geben darüber nur bedingt Aufschluss, weil auch dort unterschiedliche Zeiträume (zB 2 Wochen bei Los 3 – Gemeinde Puchenau) zugrunde gelegt worden seien.

Zuschlagskriterien müssen nach der Judikatur

i. deutlich erkennbar in der Bekanntmachung oder in der Ausschreibung festgelegt werden (Transparenz);
ii. im Verhältnis oder ausnahmsweise in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegt werden (Gewichtung);
iii. die vergaberechtlichen Grundsätze wahren (insb. Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz, Objektivität);
iv. mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (Auftragsbezogenheit);
v. der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (Qualitätsbezogenheit); und
vi. einen Vergleich und eine eindeutige und neutrale Bewertung der Angebote ermöglichen (Bewertbarkeit)

Das Zuschlagskriterium „Gesamtpreis" erfülle diese Kriterien, va die Transparenz, nicht.

Weiters seien nach den Gesetzesmaterialien Ausschreibungen bekämpfbar, die formal zwar mehrere Zuschlagskriterien („Feigenblattkriterien") beinhalten, de facto aber allein der Preis ausschlaggebend sei. Nach dem BVergG liege nämlich nur dann ein gesetzeskonformes Zuschlagsmodell auf der Basis des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses vor, wenn mehrere Kriterien festgelegt worden seien, die eine vergleichende Bewertung des Leistungsniveaus jedes einzelnen Angebotes (gemessen am Auftragsgegenstand) ermöglichen und diese Zuschlagskriterien

tatsächlich Relevanz bei der Ermittlung des besten Angebotes haben könnten (da es sich um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers bei der Festlegung der Zuschlagskriterien handelt, könne nicht verlangt werden, dass sich diese Relevanz jedenfalls verwirklichen müsse).

Diesen Vorgaben entsprechen die weiteren Sub-Zuschlagskriterien „Reaktionszeit" und „Einsatz sauberer Straßenfahrzeuge" nicht. Dies deshalb, weil die Nichteinhaltung angebotener kürzerer Reaktionszeiten sowie angebotener höherer prozentualer Anteile der mit sauberen Straßenfahrzeugen gefahrenen Kilometern (im Vergleich zu den geforderten Mindestwerten) in Punkt 4.3. derart hoch pönalisiert sei, dass die Bieter faktisch davon abgeschreckt werden, über die geforderten Mindestwerte hinausgehende „bessere" Werte anzubieten und diese Sub-Zuschlagskriterien gemäß der angefochtenen Ausschreibung ohnedies nur mit jeweils 5 % und insgesamt 10 % (gegenüber dem Preis mit 90 %) bewertet werden.
So ermächtige „jede Überschreitung der verbindlich angegebenen maximalen Reaktionszeit […] die Auftraggeber zum Fälligstellen einer Pönale in Höhe von 5.000 Euro maximal jedoch 20 % des jährlichen Auftragswertes je Los" und beim Einsatz sauberer Straßenfahrzeuge dann, wenn „der tatsächliche Einsatz vom verbindlich angegebenen Einsatz abweicht, eine Pönale in Höhe von 2 % des jährlichen Auftragswertes in Abzug bringen".
Aufgrund der hohen drohenden Pönalen werden die Bieter faktisch wenig geneigt sein, die Erlangung derart geringer Punktezahlen für derart hohe Pönalen zu riskieren, sodass diese hohen Pönaldrohungen faktisch dazu führen, dass keine über die geforderten Mindestwerte hinausgehende „Bessere" Werte iSd Sub-Zuschlagskriterien „Reaktionszeit" und „Einsatz sauberer Straßenfahrzeuge" angeboten werden und faktisch nur der Preis zähle. Diese Sub-Zuschlagskriterien seien daher als unzulässige „Feigenblattkriterien" zu qualifizieren.

Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurde zunächst auf die Angaben im Hauptantrag verwiesen und betreffend dem unmittelbar drohenden Schaden für die Antragstellerin ausgeführt, dass dem Nachprüfungsantrag keine aufschiebende Wirkung zukomme, hindere das anhängige Nachprüfungsverfahren den Auftraggeber nicht daran, das Verfahren fortzuführen, die nach Ablauf der Angebotsfrist einlangenden Angebote zu öffnen und nach Ablauf der Stillhaltefrist den Auftrag mit dem auf Basis der (rechtswidrigen) Ausschreibung in Betracht kommenden Bieter abzuschließen. Die Antragstellerin hätte keine Chance, beim gegenständlichen Vergabeverfahren ein Angebot abzugeben, ohne nicht kalkulierbare Risiken zu übernehmen und ohne unverhältnismäßige Ausarbeitungen durchführen zu müssen, wenn diese Ausschreibung bestandfest werden würde bzw das Verfahren auf Basis der rechtswidrigen Ausschreibung fortgeführt werden würde. Aufgrund der aufgezeigten Rechtswidrigkeiten drohe der Antragstellerin bei Fortsetzen des Verfahrens, Öffnung der Angebote nach Ablauf der Angebotsfrist und allenfalls Abschluss des Vertrages mit einem Bieter, welcher bereit wäre, die unkalkulierbaren Risiken zu übernehmen, der Verlust des gegenständlichen

Auftrages mit allen darauf erwachsenden Nachteilen. Dadurch würde der Antragstellerin insbesondere ein erheblicher, unwiederbringlicher materieller und immaterieller Schaden entstehen und würden ihre Chancen auf Erhalt künftiger ähnlicher Aufträge gemindert werden.

Diese drohenden unwiederbringlichen Nachteile der Antragstellerin können nur durch ein vorläufiges Aussetzen des Laufes der Angebotsfrist und der Angebotsöffnung abgewendet werden, da die Möglichkeiten der Antragstellerin, ein Angebot abzugeben und letztlich die Chance auf den Auftragserhalt mit ihr nur wirksam gesichert werden könne, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache ausgesetzt werde. Das Interesse der Antragstellerin an einer rechtskonformen, nichtdiskriminierenden und kalkulierbaren Ausschreibung werde daher nur gewahrt, wenn durch eine einstweilige Verfügung sichergestellt sei, dass während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Lauf der Angebotsfrist und die Angebotsöffnung ausgesetzt werden. Der Erlassung der einstweiligen Verfügung stehe kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Verfahrens entgegen, welches über die bei jedem Vergabeverfahren bestehenden öffentlichen Interessen hinausgehe. Eine Gefahr für Leib und Leben oder eine besondere Dringlichkeit an der Durchführung des gegenständlichen Auftrages, welche die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der einstweiligen Verfügung überwiegen, seien nicht ersichtlich. Auch die zeitliche Verzögerung begründe für sich allein kein überwiegendes Interesse des öffentlichen Auftraggebers, da dieser nach stRsp die durch die Einleitung von Vergabekontrollverfahren allenfalls eintretenden zeitlichen Verzögerungen schon bei seiner Ablaufplanung einzukalkulieren und berücksichtigen seien.
Unter Berücksichtigung der Judikatur des EuGH hinsichtlich des Vorrangs des primären Rechtsschutzes und des VfGH, wonach bei der Interessenabwägung iZm dem Vergaberechtsschutzes auch das öffentliche Interesse an der Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Best- bzw Billigstbieter zu berücksichtigen sei, sei ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung gegenüber allfälligen Interessen an der Fortführung des Verfahrens eindeutig nicht gegeben.

2. Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich hat den Bezirksabfallverband C__ als Auftraggeberin sowie die vergebende Stelle D__ am Nachprüfungsverfahren beteiligt. In der Stellungnahme vom 13. Mai 2025 (ON 3) äußerte sich die vergebende Stelle dahingehend, dass sie verwundert über den gestellten Nachprüfungsantrag sei. Sei aus Sicht eines Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich, so habe er dies umgehend dem öffentlichen Auftraggeber mitzuteilen gehabt. Eine entsprechende Mitteilung sei jedoch zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Die damit begangene Obliegenheitsverletzung habe auch im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung Berücksichtigung zu finden. Der Nachprüfungsantrag ziele auf die Änderung bestimmter Punkte der Ausschreibung ab. Diese Änderungswünsche hätten auch im Rahmen einer Frage

an den Auftraggeber herangetragen werden können und iSd § 125 Abs. 6 BVergG 2018 auch müssen. Der Nachprüfungsantrag sei daher ohne Not gestellt worden. Selbst mit heutigem Tage gestellte Auskunftsersuchen durch die Antragstellerin wären nach § 69 BVergG 2018 durch den Auftraggeber noch zu berücksichtigen und würden allenfalls zu einer Verlängerung der Angebotsfrist führen (um allfällige Bedenken der Antragstellerin evaluieren zu können). Der Nachprüfungsantrag sei daher überhastet gewesen und bestehe iSd vorstehenden Ausführungen kein Rechtsschutzbedürfnis. Die Antragstellerin hätte ihre Bedenken problemlos außergerichtlich an den Auftraggeber herantragen können und müssen.
So sei auch in den Gesetzesmaterialien zu § 69 BVergG 2018 (69 der Beilagen XXVI. GP – Regierungsvorlage – Erläuterungen, 94) ausdrücklich festgehalten worden wie folgt: „Wurde das Ersuchen zeitgerecht gestellt, aber die Auskünfte nicht innerhalb der in Abs. 1 genannten Frist erteilt, so ist die Angebotsfrist gemäß § 72 Abs. 2 zu verlängern. Werden zusätzliche Auskünfte über die Ausschreibung kürzer als sechs Tage vor Ablauf der Angebotsfrist angefordert, so sind die Auskünfte unverzüglich zu erteilen; in diesem Fall besteht keine Verpflichtung zur Fristverlängerung. Ebenfalls keine Verpflichtung zur Verlängerung der Frist bestehe, wenn das Ersuchen zwar zeitgerecht gestellt wurde, aber die verlangten Zusatzinformationen für die Erstellung zulässiger Angebote unerheblich sind (vgl. Art. 47 Abs. 3 letzter UAbs. der RL 2014/24/EU)."
Im Rahmen der gebotenen Interessensabwägung sei diesem Umstand Rechnung zu tragen. Die Antragstellerin habe den Nachprüfungsantrag eingebracht, ohne dass der Auftraggeber dafür Anlass gegeben hätte und bestanden und bestehen für die Antragstellerin nach wie vor gelindere Mittel, um ihre Interessen zu vertreten. Entsprechende Fragestellungen über das Vergabeportal würden im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen eine Fristverlängerung und Aufarbeitung durch den Auftraggeber bedingen. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sowie der Nachprüfungsantrag seien daher aufgrund der Obliegenheitsverletzung durch die Antragstellerin als voreilig zu beurteilen und abzuweisen, zumal nach wie vor gelindere Mittel der Geltendmachung der behaupteten Rechtsverletzungen bestehen und gegen die Rechtspflicht des § 125 Abs. 6 BVergG 2018 verstoßen wurde.
Der Auftraggeber teile mit, bei Einlangen entsprechender Auskunftsersuchen am Vergabeportal im Rahmen der gesetzlichen Bestimmungen die Angebotsfrist zu verlängern, wenn dies nach § 69 BVergG 2018 geboten sei.

3. Nachdem der Antragstellerin die unter Punkt 2. dargelegte Stellungnahme der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht wurde, replizierte diese mit Äußerung vom 13. Mai 2025 (ON 5), dass die Auftraggeberin selbst Schuld sei, wenn diese die Frist für die Stellung von Anfragen am selben Tag vorsehe, an welchem die Anfechtungsfrist ende. Wenn die Antragstellerin die Anfrage gestellt hätte, dann hätte sie auch die Anfechtungsfrist versäumt. Aus § 125 Abs 6 BVergG 2018 könne nicht abgeleitet werden, dass bei Verletzung dieser Vorschrift die Unzulässigkeit des Schriftsatzes vom 08. Mai 2025 zur Folge habe. Besondere Interessen, die der

Fortführung des Verfahrens entgegen stünden, seien nicht vorgebracht worden. Die beantragte einstweilige Verfügung sei daher zu erlassen.

4. In rechtlicher Hinsicht ist Folgendes auszuführen:

4.1. 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.

Beim Bezirksabfallverband handelt es sich um einen zwangsweise zu bildenden Gemeindeverband nach Art. 116a Abs. 2 B-VG, sodass gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 lit. a B-VG die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Gemeindeverbände ist. Das gegenständliche Nachprüfungsverfahren unterliegt daher den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

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

4.2. 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.

4.3. 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.

4.4. 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.

4.5. 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 (zur insoweit vergleichsweisen Rechtslage nach dem BVergG 2018: *Gruber/Gruber* in *Schramm/Aicher/Fruhmann* [Hrsg], Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2018 [1. Lfg 2020] zu § 350 BVergG 2018 Rz 11; *Madl* in *Heid/Reisner* [Hrsg]*, Handbuch Vergaberecht* [1. Lfg 2024] Einstweilige Verfügung [eV] Rz 356); *Reisner* in *Gölles/Casati*, BVergG 2018 § 350 Rz 7 [Stand 1.1.2022, rdb.at]; vgl. dazu auch die Erläuterungen zu den §§ 350 bis 352 BVergG 2018 [RV 69 BlgNR 26. GP 203]). 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.

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 Aussetzung der Frist für die Einreichung von Angeboten bzw. des vorläufigen Angebotsöffnungsverbotes 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 bzw. ein Schaden durch unverhältnismäßige Ausarbeitungen zur Erstellung des Angebots drohen, sohin ein Schaden, der nur durch die vorläufige Untersagung der Öffnung der Angebote bzw. Hemmung des Laufs der Angebotsfrist abgewendet werden kann. Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes genügt es, wenn die Behauptung eines drohenden oder eingetretenen Schadens plausibel ist; ins Einzelne gehende

(genaueste) Darlegungen sind nicht geboten (vgl. dazu VwGH vom 23.05.2007, Zl. 2007/04/0010, mwN).

Abgesehen von dem vorausgesetzten öffentlichen Interesse an der Vergabe des gegenständlichen Auftrages ist aber ein darüberhinausgehendes 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 darüberhinausgehendes besonderes öffentliches Interesse an einem möglichst raschen Vertragsabschluss geltend gemacht wurde und auch nicht auf der Hand liegt, war dem Antrag auf Untersagung der Angebotsöffnung bzw. Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist stattzugeben.

Die Untersagung der Angebotsöffnung und die Aussetzung der Angebotsfrist stellen ein geeignetes Mittel dar, um den behaupteten unmittelbar drohenden Schaden abzuwenden (vgl VwGH vom 14.04.2011, 2008/04/0065; vgl auch: *Madl* in *Heid/Reisner (Hrsg)*, Handbuch Vergaberecht (1. Lfg 2024) Einstweilige Verfügung (eV)).

Was die vorgebrachte Verletzung der Obliegenheit der Antragstellerin (§ 125 Abs 6 BVergG 2018) betrifft, knüpft der Gesetzgeber keine weitergehenden Folgen (insb. hinsichtlich der Rechtschutzmöglichkeiten). Auch wenn im Rahmen der Interessenabwägung derartige Umstände relevant sein können, so ist im konkreten Fall dem Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin, welchem nur im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens umfassend Rechnung getragen werden kann, der Vorrang einzuräumen.

Die Dauer der Aussetzung/Untersagung 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 die Möglichkeit besteht, die Aussetzung des Laufs der Angebotsfrist (Fortlaufhemmung) bzw. die Untersagung der Angebotsöffnung für zwei Monate, auszusprechen.

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

Zu 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 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. Dr. Pernsteiner