



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-124/046/12523/2021
A. GmbH

Wien, 26.8.2021

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Mag. Schmied über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, vom 24.8.2021 auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "B." folgenden

BESCHLUSS

gefasst:

I. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag untersagt werden soll, im Vergabeverfahren "B." den Zuschlag zu erteilen, und ihr zugleich aufgetragen werden soll, das Vergabeverfahren auszusetzen, wird gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2020 abgewiesen.

II. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Begründung

Die Stadt Wien (Auftraggeberin) führt unter der Bezeichnung "B." ein offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Es handelt sich um einen Bauauftrag. Das Ende der Angebotsfrist wurde mit 11.08.2021 festgelegt. Der geschätzte Auftragswert überschreitet knapp den Schwellenwert. Die A. GmbH (Antragstellerin) hat fristgerecht ein Angebot gelegt.

Mit Schreiben vom 16.8.2021 gab die Auftraggeberin bekannt, dass das Angebot der Antragstellerin gemäß § 141 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018 ausgeschieden wird und führte begründend aus, die Antragstellerin habe entgegen den Ausschreibungsbestimmungen ein nicht zugelassenes Angebot „MD BD-SR 75“ samt Beilage „13.02 Bestbieter Zuschlagskriterium“ mit der Aktenzahl MA 34-.../2020 eingereicht.

Mit Nachprüfungsantrag vom 24.8.2021 beehrte die A. GmbH durch ihre anwaltliche Vertretung die Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung vom 16.8.2021. Begründend führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass nach der Ausschreibung in ihrer Stammfassung die Bieter ihr Angebot mit dem Formular „MD BD – SR 75“ einbringen sollten. Im Zuge der zweiten Berichtigung der Ausschreibung sei das genannte Formular leicht modifiziert und auf die Version „MD BD – SR 75B“ abgeändert worden. Die Antragstellerin habe für die Abgabe ihres Angebots irrtümlich das nicht mehr aktuelle Formular „MD BD – SR 75“ hochgeladen. Durch die Änderung des Angebotsformulars habe jedoch die Ausschreibung keine inhaltliche Änderung erfahren. Es seien lediglich Klarstellungen und Präzisierungen vorgenommen und die Zahlungsfrist zu Gunsten der Bieter verkürzt worden. Nach einer Aufforderung zur Aufklärung habe die Antragstellerin den formalen Mangel der Verwendung eines nicht aktualisierten Formulars behoben und das Angebot am aktuellen Formular „MD BD – SR 75B“ hochgeladen. Ein allfälliger Mangel sei damit behoben worden.

Zugleich stellte die A. GmbH den gegenständlichen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Auftraggeberin bis zur rechtskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag untersagt werden soll, im Vergabeverfahren "B." den Zuschlag zu erteilen, und ihr zugleich aufgetragen

werden soll, das Vergabeverfahren auszusetzen. Die Pauschalgebühren für diese Anträge wurden korrekt entrichtet.

Mit Schriftsatz vom 26.8.2021 erstattete die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und nahm zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung insofern Stellung, als sie gegen die Erlassung einer einstweiligen Verfügung keinen Einwand erhob, sofern die gesetzliche Frist für das Nachprüfungsverfahren eingehalten werde.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

Gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2020 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag einer Unternehmerin oder eines Unternehmers, der oder dem die Antragsvoraussetzungen nach § 18 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen der Antragstellerin oder des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2020 hat das Verwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung Wien die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen der Antragstellerin oder des Antragstellers, der sonstigen Bewerberinnen oder Bewerber oder Bieterinnen oder Bieter und der Auftraggeberin oder des Auftraggebers 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 Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen. In Nachprüfungsverfahren betreffend die Vergabe von Aufträgen nach dem BVergGVS 2012 sind bei der Interessenabwägung insbesondere auch Verteidigungs- und Sicherheitsinteressen zu berücksichtigen.

Der gegenständliche Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung entspricht dem § 25 WVRG 2014 und erweist sich als zulässig. Ihm ist allerdings aus den im Folgenden dargelegten Gründen kein Erfolg beschieden.

Eine unmittelbare Schädigung von Interessen der Antragstellerin droht nicht, wenn der Auftraggeber lediglich eine Ausscheidensentscheidung erlässt und der betroffene Bieter gegen diese Entscheidung einen Nachprüfungsantrag einbringt. In einem solchen Fall verbleibt nämlich die Antragstellerin zumindest für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens als Bieterin im Vergabeverfahren, weshalb ihr – wie allen anderen im Vergabeverfahren verbliebenen Bietern auch – eine etwaige Zuschlagsentscheidung mitgeteilt werden muss (vgl. Georg Gruber/Thomas Gruber in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG², § 328, Rz 33 mwN).

Tatsächlich hätte die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortführung des Vergabeverfahrens bzw. die Erteilung des Zuschlags untersagt wird, keinen Mehrwert. Gegen eine etwaige Zuschlagserteilung ohne vorangegangene Zuschlagsentscheidung ist die Antragstellerin dadurch abgesichert, dass eine solche Vorgangsweise vergaberechtlich unzulässig und ein auf diese Weise allenfalls geschlossener Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 Z 4 in Verbindung mit § 31 Abs. 2 WVRG 2020 mit Nichtigkeit bedroht ist. Gegen eine etwaige Zuschlagsentscheidung müsste die Antragstellerin hingegen, wenn sie deren Bestandsfestwerden verhindern will, ohnedies mit einem weiteren Nachprüfungsantrag vorgehen und ist kein Grund ersichtlich, warum ein etwaiger Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Untersagung der Zuschlagserteilung ausgesprochen werden soll, nicht erst mit einem Antrag auf Nachprüfung einer allfälligen Zuschlagsentscheidung eingebracht werden soll.

§ 25 Abs. 1 WVRG 2020 erfordert für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dass der abzuwendende Schaden „unmittelbar“ droht. An dieser „Unmittelbarkeit“ fehlt es, wenn - wie hier - vor dem drohenden Schadensereignis zwangsläufig noch eine Entscheidung ergehen müsste, die die Antragstellerin anfechten und zum Anlass eines Antrags auf einstweilige Verfügung nehmen kann. In diesem Fall droht der Schaden noch nicht unmittelbar, sondern allenfalls mittelbar.

Die hier vertretene Rechtsauffassung deckt sich mit der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes, der etwa in einem ähnlich gelagerten Fall mit Beschluss vom 23.11.2016, Ra 2015/04/0029, ausgesprochen hat, dass die Rechtsposition eines noch nicht rechtskräftig ausgeschiedenen Bieters keine andere als die eines verbliebenen Bieters im Sinne des § 131 Abs. 1 BVergG 2006 ist, und einem solchen Bieter durch die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Erteilung des Zuschlags untersagt werden soll, keine bessere Rechtsposition eingeräumt werden würde als den übrigen im Verfahren verbliebenen Bietern.

Aus diesen Gründen war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung spruchgemäß abzuweisen.

Zur Unzulässigkeit der Revision:

Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist die (ordentliche) Revision zulässig, wenn eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorliegt, insbesondere weil das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs nicht einheitlich beantwortet wird.

Ein Vergleich der Regelungen zum Ablehnungsmodell gemäß Art. 131 Abs. 3 B-VG aF mit dem Revisionsmodell nach Art. 133 Abs. 4 B-VG zeigt, dass diese Bestimmungen nahezu ident sind. Zur Auslegung des Begriffes „Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung“ kann somit auch auf die bisherige Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zum Ablehnungsrecht nach Art. 131 Abs. 3 B-VG aF zurückgegriffen werden (in diesem Sinne Thienel, Neuordnung der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Die Reform der Verwaltungsgerichtsbarkeit durch die Verwaltungsgerichtsbarkeits-Novelle 2012, 74). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung ist dann anzunehmen, wenn die Entscheidung des VwGH von der Lösung einer Rechtsfrage des materiellen Rechts oder des Verfahrensrechts abhängt, der zur Wahrung der Rechtseinheit, Rechtssicherheit oder Rechtsentwicklung erhebliche Bedeutung zukommt. Einer Rechtsfrage kommt grundsätzliche Bedeutung zu, wenn sie über den konkreten Einzelfall hinaus Bedeutung besitzt (VwGH 18.06.2014, Ra 2014/01/0029). Trotz fehlender

Rechtsprechung des VwGH liegt keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vor, wenn die Rechtslage eindeutig ist oder bereits durch ein Urteil des EuGH gelöst wurde (VwGH 28.05.2014, Ra 2014/07/0053; 28.02.2014, Ro 2014/16/0010). Die Rechtsfrage muss eine solche sein, durch deren Lösung im Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes ein Eingriff in subjektive Rechte des Revisionswerbers im Sinne des Art. 133 Abs. 6 Z 1 B-VG zumindest möglich ist. Für die Lösung abstrakter Rechtsfragen hingegen ist der VwGH nicht zuständig (VwGH 12.08.2014, Ra 2014/06/0015). Der VwGH ist als Rechtsinstanz tätig, zur Überprüfung der Beweiswürdigung ist er im Allgemeinen nicht berufen. Unter Beachtung dieses Grundsatzes kann der VwGH jedoch prüfen, ob das Verwaltungsgericht im Rahmen seiner Beweiswürdigung alle in Betracht kommenden Umstände vollständig berücksichtigt hat (VwGH 19.05.2014, Ra 2015/19/0091).

Da in Ansehung dieser von Judikatur und Literatur herausgearbeiteten Grundsätze im gegenständlichen Fall eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung nicht vorliegt, zumal sich das Verwaltungsgericht an der keineswegs uneinheitlichen und in den Entscheidungsgründen zitierten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs orientiert hat, war die (ordentliche) Revision nicht zuzulassen.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. 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.

Verwaltungsgericht Wien

Mag . S c h m i e d
Richter