



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38730
Telefax: (+43 1) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-124/074/10320/2022-1
A. Baugesellschaft m.b.H.

Wien, 26.8.2022

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. Baugesellschaft m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte OG, auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung betreffend Vergabeverfahren "KFN V 2022-0006_Erneuerung Kanal", der Stadt Wien, Wiener Gesundheitsverbund – ..., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, den

BESCHLUSS

gefasst:

- I. Zur Prüfung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wird ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.
- II. Der Antrag, eine einstweilige Verfügung zu erlassen, mit welcher die Fortsetzung des Verfahrens vorläufig ausgesetzt werde, wird abgewiesen.
- III. Folgende Einstweilige Verfügung wird erlassen:
Der Antragsgegnerin, Stadt Wien - Wiener Gesundheitsverbund – ..., wird im Verfahren zur Vergabe "KFN V 2022-0006_Erneuerung Kanal", für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Zuschlagserteilung untersagt.
- III. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Gemäß § 26 Abs. 5 WVRG 2020 ist dieser Beschluss sofort vollstreckbar.

Begründung

Die Stadt Wien – Wiener Gesundheitsverbund (im Folgenden Antragsgegnerin und Auftraggeberin) führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Bauauftrages im Unterschwellenbereich, nämlich die Vergabe "KFN V 2022-0006_Erneuerung Kanal".

Die Angebotsfrist war mit 27.5.2022 festgesetzt. Die Antragstellerin hat sich am Verfahren beteiligt und ein Angebot gelegt. Neben der Antragstellerin haben sich weitere 2 Bieter am Verfahren beteiligt und Angebote abgegeben.

Am 10.8.2022 ist den Bietern die Zuschlagsentscheidung zur Verfügung gestellt und mitgeteilt worden, dass beabsichtigt sei, der Bietergemeinschaft bestehend aus 1. B. Gesellschaft m.b.H. 2. C. GmbH (im Folgenden präsumtive Zuschlagsempfängerin) den Zuschlag zu erteilen. Gegen diese Entscheidung richtet sich der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und Pauschalgebührenersatz.

Begründend wurde zusammengefasst ausgeführt, dass die präsumtive Zuschlagsempfängerin nicht über die erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfüge und ein unterpreisiges Angebot der präsumtiven Zuschlagsempfängerin vorliege.

Die Antragstellerin erachte sich durch die Rechtswidrigkeit der bekämpften Entscheidung in ihrem Recht auf Durchführung eines transparenten und bietergleichbehandelnden Vergabeverfahrens, in ihrem Recht auf Durchführung einer rechtskonformen Angebotsprüfung und in ihrem Recht auf Zuschlagserteilung an die Antragstellerin verletzt.

Bei der Antragstellerin seien aufgrund der bisherigen Beteiligung am Vergabeverfahren im Antrag näher bezifferte Kosten angefallen. Diese Aufwendungen wären jedenfalls frustriert, wenn die gegenständlichen Vergaberechtswidrigkeiten bestehen blieben und die Antragstellerin den Auftrag nicht erhalte. Zu den Kosten zählten auch die Kosten der rechtsfreundlichen

Vertretung und die gesetzlichen Gebühren. Schließlich entginge der Antragstellerin durch die Aufrechterhaltung der angefochtenen Entscheidung die Chance auf die Erlangung eines wichtigen Referenzprojekts für künftige Vergabeverfahren.

Die Antragstellerin verfüge über Spezialisierungen im Bereich Minierung und habe im gegenständlichen Vergabeverfahren ein großes Interesse, ihre Leistungen für die Auftraggeberin zu erbringen, und somit ein Interesse am Vertragsabschluss. Sie habe rechtzeitig ein ausschreibungskonformes Angebot gelegt und damit ihr Interesse am Vertragsabschluss zum Ausdruck gebracht.

Die beantragte einstweilige Verfügung sei zwingend erforderlich, da die Auftraggeberin durch eine Zuschlagserteilung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte, insbesondere das Vergabeverfahren mit einer Rechtswidrigkeit belaste, womit der bisherige Aufwand der Antragstellerin frustriert wäre. Es werde auf vergaberechtliche Judikatur verwiesen. Konkret überwiege das Interesse der Antragstellerin auf Beseitigung der von der Auftraggeberin zu verantwortenden Rechtsverstöße und allfälligen nachteiligen Folgen und sei eine Ausnahme vom vergaberechtlichen Rechtsschutz nicht erkennbar.

Zur Sicherung ihrer Rechtsposition begehre die Antragstellerin daher die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit welcher die Fortsetzung des Verfahrens vorläufig ausgesetzt werde, in eventu der Antragsgegnerin für die Dauer des Nichtigerklärungsverfahrens die beabsichtigte Erteilung des Zuschlages zu untersagen.

Mit Schriftsatz vom 25.8.2022 hat die Antragsgegnerin zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen und mitgeteilt, dass angesichts der ständigen Rechtsprechung der Vergabekontrollbehörden, wonach im Regelfall eine einstweilige Verfügung zu erlassen ist, auf eine inhaltliche Stellungnahme verzichtet werde.

Ausgehend vom Vorbringen der Antragstellerin sowie nach Einsicht in die von ihr vorgelegten Urkunden hat das Verwaltungsgericht Wien zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung erwogen:

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 1 BVergG 2018. Sie führt ein offenes Verfahren im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages. Das Ende der Angebotsfrist war der 27.5.2022. Die Antragstellerin hat sich an dem Vergabeverfahren beteiligt und fristgerecht ein Angebot gelegt.

Die Antragstellerin ist eine Unternehmerin, die einen Nichtigerklärungsantrag gemäß § 18 WVRG 2020 auf Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung, einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, Durchführung einer mündlichen Verhandlung, Akteneinsicht und auf Kostenersatz am 22.8.2022 beim Verwaltungsgericht eingebracht hat.

Der Antrag auf Einleitung des Nichtigerklärungsverfahrens ist rechtzeitig (§ 19 Abs. 1 WVRG 2020) und auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 15 lit. a sublit. aa BVergG 2018 bekämpft wird. Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat ihr Interesse und den allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages plausibel dargelegt. Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht den Bestimmungen der §§ 18 Abs. 1, 20 Abs. 1 WVRG 2020. Es war daher das von der Antragstellerin begehrte Nichtigerklärungsverfahren einzuleiten.

Für die Behandlung des gegenständlichen Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien gemäß § 8 Abs. 1 und Abs. 2 Z 1 WVRG 2020 gegeben, wobei gemäß § 2 Abs. 3 WVRG 2020 Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen durch die Einzelrichterin erfolgen.

Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entspricht grundsätzlich den Bestimmungen des § 25 Abs. 2 WVRG 2020.

Gemäß § 25 WVRG 2020 hat das Verwaltungsgericht Wien, sobald ein Nichtigerklärungsverfahren eingeleitet ist, auf Antrag durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert

anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin zu beseitigen oder zu verhindern.

Die von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten sind bei ihrem Vorliegen geeignet, im Ergebnis die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung herbeizuführen. Dazu bedarf es aber einer eingehenden Prüfung der von der Antragsgegnerin vorzulegenden Vergabeakten sowie der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien vor Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahmen für alle möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers oder der Antragstellerin, der sonstigen Bewerber oder Bewerberinnen oder Bieter oder Bieterinnen und des Auftraggebers oder der Auftraggeberin sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Vergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Interessensabwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf deren Erlassung abzuweisen.

Vorliegend hat die Antragstellerin ihr Interesse an der Erlassung einer einstweiligen Verfügung dargelegt und zusammengefasst ausgeführt, dass dem Schutz ihrer Interessen entsprechend der Judikatur der Vorrang gegenüber den Interessen der Auftraggeberin an einer Fortsetzung des Vergabeverfahrens einzuräumen wäre.

Eine weitergehende Prüfung der Interessenslage konnte im Hinblick auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin in ihrem Schriftsatz vom 25.8.2022 unterbleiben.

Gemäß § 26 Abs. 3 WVRG 2020 ist im Rahmen einer einstweiligen Verfügung die jeweils gelindeste, noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Dem Eventualantrag, der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, war daher stattzugeben, während

dem Hauptbegehren auf Aussetzung des Verfahrens das Kriterium des gelindesten Mittels nicht zukommt. Nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes wird dem Sicherungszweck mit der aus dem Spruch ersichtlichen Maßnahme ausreichend Rechnung getragen.

Gemäß § 26 Abs. 4 WVRG 2020 ist in einer einstweiligen Verfügung die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Im vorliegenden Fall gilt die einstweilige Verfügung für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens.

Der Hinweis auf die sofortige Vollstreckbarkeit der einstweiligen Verfügung gründet auf § 26 Abs. 5 WVRG 2020.

Aus diesen Gründen war daher die beantragte einstweilige Verfügung wie aus dem Spruch ersichtlich zu erlassen.

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

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.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen.

Verfahrenshilfe ist einer Partei so weit zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen als sie 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. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

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.

Mag.^a Mandl