



**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-123/077/4621/2021-7
A. GmbH

Wien, 13.4.2021

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch die Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über den Antrag der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung betreffend Vergabeverfahren "Rahmenvertrag Elektroinstallationen, Diverse Objekte im gesamten Wiener Stadtgebiet", ... - Zuschlagsentscheidung (Los B.), der Stadt Wien, Magistratsabteilung 34, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, den

BESCHLUSS

gefasst

I. Das Nachprüfungsverfahren wird eingestellt.

II. Der Antragstellerin sind € 2.431,25 an bezahlten Pauschalgebühren vom Verwaltungsgericht zu refundieren.

III. Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin € 2.430,75 an bezahlten Pauschalgebühren binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu Handen ihres Rechtsvertreters zu bezahlen.

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

Begründung

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein in Lose gegliedertes offenes Verfahren zum Abschluss eines Rahmenvertrages im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages betreffend Elektroinstallationen. Der Auftragswert von Los B. liegt im Unterschwellenbereich. Die Antragsgegnerin hat am 19.3.2021 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der C. GmbH erlassen.

Die Antragstellerin hat für Los B. ein Angebot abgegeben, am 29.3.2021 um 12:59 Uhr – eine Minute vor Ende der Amtsstunden - einen Antrag auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung in Los B. und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht, den Nachprüfungsantrag am 29.3.2021 um 13:20 Uhr zurückgezogen und am 29.3.2021 um 19:51 Uhr eine Präzisierung dahingehend nachgereicht, dass auch der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zurückgezogen, der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren durch die Antragsgegnerin jedoch aufrechterhalten wird.

Die Antragsgegnerin hat am 29.3.2021 um 12:50 Uhr die Zuschlagsentscheidung, die Anlass des Nachprüfungsantrages war, zurückgezogen.

Zu beurteilen ist, ob die Zurückziehung der Zuschlagsentscheidung als Klaglosstellung der Antragstellerin zu werten ist.

Aufgrund der von der Antragstellerin und von der Antragsgegnerin eingebrachten Schriftsätze und der diesen angeschlossenen Unterlagen trifft das Verwaltungsgericht folgende Feststellungen:

Der letzte Tag der Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrages war im vorliegenden Fall der 29.3.2021, wobei die Amtsstunden um 13:00 Uhr endeten und der Nachprüfungsantrag folglich nur bis 13:00 Uhr fristwährend eingebracht werden konnte. Am 29.3.2021 waren sowohl die Antragstellerin als auch die Antragsgegnerin anwaltlich vertreten.

Am Vormittag des 29.03.2021 waren Antragstellervertreter und Antragsgegnervertreter per E-Mail zu der Frage in Kontakt, ob die Antragsgegnerin

die Zuschlagsentscheidung zurücknimmt, andernfalls die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag einbringen werde. Die Initiative ging dabei von der Antragstellerin aus, welche die Einbringung eines Nachprüfungsantrages vermeiden und die Antragsgegnerin stattdessen zur Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung veranlassen wollte. Dabei setzte die Antragstellerin der Antragsgegnerin eine Frist bis 11:45 Uhr, wobei diese Fristsetzung die Antragsgegnerin jedoch erst um 12:22 Uhr erreichte. Um 12:27 Uhr übermittelte der Antragstellervertreter dem Antragsgegnervertreter seine direkte Telefonnummer zwecks unmittelbarer Kontaktnahme. Insgesamt wartete der Antragstellervertreter mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages bis 12:40 Uhr zu. Um 12:40 Uhr startete der Antragstellervertreter die Einbringung des Nachprüfungsantrags mittels Telefax, kam aber mit der Faxübermittlung zunächst nicht durch. Schließlich brachte der Antragstellervertreter den Nachprüfungsantrag um 12:59 Uhr per E-Mail ein. Die Einbringung per Telefax erfolgte schließlich nach Freiwerden der Leitung um 13:00:21 Uhr, also 21 Sekunden nach 13:00 Uhr.

Der Antragsgegnervertreter nahm um 12:50 Uhr mittels Bekanntmachung im Vergabeportal die Zuschlagsentscheidung betreffend Los B. zurück und verständigte davon den Antragstellervertreter um 13:02 mit E-Mail unmittelbar, welcher umgehend den Antrag auf Nichtigklärung zurückzog.

In rechtlicher Hinsicht hat das Verwaltungsgericht erwogen:

Aus dem europarechtlichen Effektivitätsgrundsatz folgt, dass der Rechtsschutz nicht unmöglich gemacht und nicht übermäßig erschwert werden darf. In diesem Zusammenhang steht auch der Ersatz der Pauschalgebühren im Fall des Obsiegens sowie der Klaglosstellung.

Wenn die Antragstellerin der Antragsgegnerin vor Einbringung eines Nachprüfungsantrages die Möglichkeit einräumt, die Bedenken der Antragstellerin gegen die Zuschlagsentscheidung zu prüfen, die Zuschlagsentscheidung gegebenenfalls zurückzunehmen und die Einbringung eines Nachprüfungsantrages gegebenenfalls verzichtbar zu machen, so ist eine solche Vorgangsweise der Antragstellerin an sich nicht zu beanstanden, zumal sie dadurch der Antragsgegnerin die Möglichkeit einräumt, eine allenfalls noch

überprüfungsbedürftige Entscheidung zurückzunehmen und das Anfallen von Pauschalgebühren und sonstigen Kosten vermeiden zu können.

Eine solche Vorgangsweise der Antragstellerin bewirkt jedoch keine Fortlaufhemmung der Frist für die Einbringung eines Nachprüfungsantrags. Die Antragstellerin ist daher weiterhin darauf angewiesen, einen allfälligen Nachprüfungsantrag zeitgerecht vor Fristablauf einzubringen. Insoweit hat die Antragsgegnerin zu Recht darauf verwiesen, dass die Einbringung des Nachprüfungsantrags mittels Telefax um 13:00:21 Uhr bereits verspätet war. Allerdings erfolgte die Einbringung des Nachprüfungsantrags mittels E-Mail um 12:59 Uhr rechtzeitig, nachdem zuvor ab 12:40 ein zunächst erfolgloser Einbringungsversuch mittels Telefax unternommen wurde.

Es ist der Antragstellerin nicht zuzumuten, im Vorfeld zur Einbringung des Nachprüfungsantrages in Echtzeit zu beobachten, ob die Antragsgegnerin die antragsgegenständliche Entscheidung über das Vergabeportal gerade noch „rechtzeitig“ zurücknimmt, um eine bereits laufende Einbringung des Nachprüfungsantrags gegebenenfalls ohne zeitliche Verzögerung abbrechen zu können. Dies gilt umso mehr, wenn der Antragstellervertreter dem Antragsgegnervertreter sogar eine direkte Telefonnummer übermittelt hat und eine Verständigung des Antragstellerververtreters über die Zurücknahme der betroffenen Entscheidung weder telefonisch noch per E-Mail so zeitgerecht erfolgt, dass die Einbringung des Nachprüfungsantrags auf zumutbare Weise noch rechtzeitig abgebrochen werden kann.

Im Anlassfall war es dem Antragstellervertreter auch im Hinblick auf die in einer Anwaltskanzlei typischer Weise arbeitsteilige Vorgangsweise und die für die Einbringung des verfahrensgegenständlichen Antrags erforderlichen Manipulationen nicht zumutbar, auf die Bekanntmachung der Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung im Vergabeportal in einer Zeitspanne von weniger als zehn Minuten zu reagieren und die bereits in Gang befindliche, zu diesem Zeitpunkt jedoch noch nicht durchgegangene Übermittlung des Nachprüfungsantrags an das Verwaltungsgericht noch abzubrechen.

Gemäß § 15 Abs. 2 Ziffer 1 WVRG 2020 liegt eine Klaglosstellung erst dann vor, wenn eine solche während des anhängigen Verfahrens erfolgt. In formeller Hinsicht

liegt gegenständlich eine Klaglosstellung insoweit nicht vor, als die Zuschlagsentscheidung neun Minuten vor Einbringung des Nachprüfungsantrags zurückgenommen wurde. Im Hinblick auf das Gebot des Effektivitätsgrundsatzes, den Vergaberechtsschutz nicht übermäßig zu erschweren, ist dieser Fall jedoch gegenständlich gleich zu behandeln, wie wenn die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung erst nach Einbringung des Nachprüfungsantrages erfolgt wäre. Ausschlaggebend ist hierfür, dass die Antragstellerin aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls keine zumutbare Möglichkeit mehr hatte, die Zurücknahme der Zuschlagsentscheidung vor Einbringung des Nachprüfungsantrags noch berücksichtigen zu können, und seit 12:40 bereits eine zunächst erfolglose Übermittlung per Telefax im Gang war.

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 Entscheidung ist insoweit einzelfallbezogen, als auf die jeweils konkreten Umstände der Einbringung des Nachprüfungsantrags, der Zurücknahme der antragsgegenständlichen Entscheidung und der Kommunikation der beiden Parteienvertreter untereinander abzustellen war. Darüber hinaus liegt den bisherigen Erfahrungen des Verwaltungsgerichts Wien zufolge ein spezifischer Einzelfall 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 für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel 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.

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.

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.