



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730
Telefax: (43 01) 4000 99 38730
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/077/7322/2018-18
Bietergemeinschaft G./S.

Wien, 18.6.2018

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr.ⁱⁿ Lettner als Vorsitzende, den Richter Dr. Oppel und die Richterin Mag.^a Mandl über die Anträge der Bietergemeinschaft G./S., vertreten durch Rechtsanwältin, auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Frist für den nachfolgend genannten Antrag und auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30.5.2018 betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvertrag zu Reparaturarbeiten an Isolierung, Fernwärme- und Fernkälteleitungen, ...", der N. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, den

BESCHLUSS

gefasst:

I. Der Antrag auf Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30.5.2018 wird gemäß § 18 WVRG 2014 abgewiesen.

II. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 30.5.2018 wird gemäß § 24 Abs. 2 WVRG 2014 zurückgewiesen.

III. Die Antragstellerin hat die von ihr entrichteten Pauschalgebühren selbst zu tragen.

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

Begründung

Folgender entscheidungswesentliche Sachverhalt steht fest:

Die N. GmbH (im Folgenden: Antragsgegnerin) ist eine 100%ige Tochtergesellschaft der Wiener Stadtwerke GmbH und steht somit mittelbar im Eigentum der Stadt Wien. Sie führt als Sektorenauftraggeberin ein Verhandlungsverfahren nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Unterschwellenbereich zur Vergabe eines Bauauftrages, und zwar eines Rahmenvertrages für Reparaturarbeiten an Isolierung, Fernwärme- und Fernkälteleitungen.

In den Bewerbungsunterlagen ist auf Seite 3 unter Punkt 2. „Rechtliche Grundlagen und Vorgangsweise“ im zweiten Absatz das Verwaltungsgericht Wien mit Adresse als zuständige Vergabekontrollbehörde angegeben.

Die Antragstellerin wurde zur zweiten Stufe des Verfahrens zugelassen und hat ein Angebot abgegeben.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin am 30.5.2018 eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten der Teilnahmeberechtigten elektronisch übermittelt. Diese Zuschlagsentscheidung ist am 30.5.2018 in den Verfügungsbereich der Antragstellerin gelangt.

In dieser Zuschlagsentscheidung war als Ende der Stillhaltefrist der 6.6.2018 um 24:00 Uhr angegeben.

Die Antragstellerin hat am 6.6.2018 beim Bundesverwaltungsgericht Anträge auf Nachprüfung dieser Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht.

Das Bundesverwaltungsgericht hat diese Anträge um 16:04 Uhr an das Verwaltungsgericht Wien weitergeleitet. Die mit Verfügung des Präsidenten des Verwaltungsgerichtes Wien vom 9.1.2015, VGW-ORG 43/2015, kundgemachten Amtsstunden lauten, soweit für den Anlassfall relevant: „Montag bis Freitag von

07.30 Uhr bis 13.00 Uhr (werktags)“, wobei in dieser Verfügung auch kundgemacht ist, dass nach Ende der Amtsstunden eingebrachte Anbringen auch dann, wenn sie bereits in den Verfügungsbereich des Verwaltungsgerichtes Wien gelangt sind, erst mit Wiederbeginn der Amtsstunden als eingebracht (und eingelangt) gelten und erst ab diesem Zeitpunkt in Behandlung genommen werden.

Die Antragstellerin hat für ihre Anträge nach Aufforderung durch das Verwaltungsgericht vom 7.6.2018 Pauschalgebühren in Höhe von € 4.682,00 entrichtet.

Auf Vorhalt der Verspätung und Verbesserungsauftrag durch das Verwaltungsgericht vom 11.6.2018 hat die Antragstellerin mit Schriftsatz vom 13.6.2018 einen Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen den Ablauf der Fristen zur Einbringung des Nachprüfungsantrages und des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellt.

Ein Beweisverfahren darüber, ob der von der Antragstellerin als Wiedereinsetzungsgrund geltend gemachte Sachverhalt zutrifft, wurde nicht durchgeführt. Als Entscheidungsgrundlage wurde daher zu Gunsten der Antragstellerin davon ausgegangen, dass dieses Sachverhaltsvorbringen zutrifft. Dieses Sachverhaltsvorbringen lautet, soweit es entscheidungswesentlich ist:

Der Antragstellerin wurde am 29.5.2018 vorweg telefonisch mitgeteilt, dass eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines anderen Bieters ergehen wird, diese aber frühestens Mittwoch, den 6.6.2018, in Aussicht genommen sei.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat am 30.5.2018 einen seit längerer Zeit geplanten Urlaub angetreten und hat auf Grund dieser Information seinen Mitarbeiter, Herrn D., angewiesen, ab 6.6.2018 den Posteingang genau zu überwachen, da ab diesem Tag mit der Übermittlung der Zuschlagsentscheidung zu rechnen sei. Herr D. ist seit knapp 10 Jahren als kaufmännischer Mitarbeiter im Betrieb der Antragstellerin tätig und äußerst zuverlässig und gewissenhaft.

Die Zuschlagsentscheidung wurde am 30.5.2018 um 15:38 Uhr nicht in Papier, sondern durch Benachrichtigung im E-Mail-Programm übermittelt. Herr D. hatte am 30.5.2018 um 14:00 Uhr einen Auswärtstermin zu verrichten, der bis zum Betriebsschluss dauerte, sodass er an diesem Tag nicht mehr an seinen Arbeitsplatz zurückkehrte. Der 31.5.2018 war ein Feiertag. Am 1.6.2018 hatte sich Herr D. einen Urlaubstag genommen. Der 2.6.2018 und der 3.6.2018 fielen auf das Wochenende. Herrn D. konnte daher frühestens am Montag, den 4.6.2018, die Zustellung der Zuschlagsentscheidung auffallen.

Herr D. musste jedoch infolge des Urlaubs des Geschäftsführers neben seiner Bürotätigkeit auch mehrere Kundentermine außerhalb des Betriebs in Vertretung des Geschäftsführers wahrnehmen, sodass er infolge Arbeitsüberlastung trotz Überwachung des elektronischen Posteingangs den Hinweis auf eine Faxzustellung zunächst nicht bemerkte, da die gesamte schriftliche Kommunikation zwischen der Antragstellerin und ihren Geschäftspartnern ausschließlich per E-Mail erfolgte.

Auftragungsgemäß und im Vertrauen auf die Richtigkeit der Ankündigung durch die Antragsgegnerin kontrollierte Herr D. am Mittwoch, den 6.6.2018, sofort bei Dienstantritt um 8:00 Uhr den Posteingang. Dabei stellte er fest, dass die Zuschlagsentscheidung am 30.5.2018 um 15:38 Uhr eingelangt ist.

Die Antragstellerin nahm durch ihren Mitarbeiter Herrn D. sofort Kontakt mit der Antragstellervertreterin auf, die bereits seit über 20 Jahren die rechtlichen Interessen der Antragstellerin bzw. ihrer Rechtsvorgängerin wahrnimmt, und beauftragte diese mit der Einbringung eines Nachprüfungsantrages. Auf Grund eines Auswärtstermins der Antragstellervertreterin mit Befundaufnahme in Niederösterreich war dieses Telefongespräch erst um 10:30 Uhr möglich.

Dabei teilte Herr D. der Antragstellervertreterin mit, dass er die Bewerbungsunterlagen in der gebotenen Eile nicht übermitteln könne, weil er auf Grund einer auswärtigen Baubesprechung erst im Laufe des späteren Nachmittags im Büro sein werde. Er wies aber darauf hin, dass er aus der Erinnerung sagen könne, dass in den Bewerbungsunterlagen als zuständige Vergabekontrollbehörde das Bundesverwaltungsgericht angeführt sei. Aus diesem Grund hat die Antragstellervertreterin den Nachprüfungsantrag samt Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung am Mittwoch, den 6.6.2018 um 14:01 Uhr beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht.

Im Verfahren haben die Antragsgegnerin (Schriftsatz vom 11.6.2018) und die Teilnahmeberechtigte (Schriftsatz vom 15.6.2018) jeweils Stellungnahmen abgegeben, in denen sie – neben anderem Vorbringen – auf die Verspätung der Anträge hinwiesen. Weiters hat die Antragsgegnerin am 15.6.2018 auftragungsgemäß den Vergabeakt vorgelegt.

Rechtlich ist auszuführen:

Gemäß § 24 Abs. 2 WVRG 2014 beträgt die Frist für Anträge auf Nichtigklärung einer gesondert bei Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich sieben Tage.

Da gegenständlich ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich vorliegt und die angefochtene Zuschlagsentscheidung der Antragstellerin am Mittwoch, den 30.5.2018, zugestellt wurde, endete die Frist für den Antrag auf Nichtigklärung

der Zuschlagsentscheidung mit Ablauf von sieben Tagen am Mittwoch, den 6.6.2018.

Gemäß § 23 Abs. 3 WVRG 2014 ist die Einbringung eines Antrags bei einem nicht offenbar unzuständigen Verwaltungsgerichte dann fristwährend, wenn in den Ausschreibungsunterlagen entweder keine oder eine falsche Nachprüfungsbehörde angegeben ist. Es stellt sich daher die Rechtsfrage, ob die am 6.6.2018 erfolgte Antragseinbringung beim Bundesverwaltungsgericht fristwährend ist.

Dies ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien aus zwei Gründen nicht der Fall: Zum einen ist in den Ausschreibungsunterlagen ausdrücklich angegeben, dass das Verwaltungsgericht Wien zuständige Vergabekontrollbehörde ist. Der im § 23 Abs. 3 WVRG 2014 verwendete Begriff der Ausschreibungsunterlagen ist im weiteren Sinn zu verstehen und umfasst auch die Bewerbungsunterlagen. Die ausdrückliche Anführung des Verwaltungsgerichtes Wien als Vergabekontrollbehörde in den Bewerbungsunterlagen schloss daher eine Fristwahrung durch Einbringung des Antrags beim Bundesverwaltungsgericht aus. Darüber hinaus können die Eigentumsverhältnisse an der N. GmbH durch Blick in das Firmenbuch leicht festgestellt werden und kann bei Berücksichtigung dieser Eigentumsverhältnisse kein ernsthafter Zweifel an der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien als Nachprüfungsbehörde bestehen. Das Bundesverwaltungsgericht ist daher auch offenbar unzuständig im Sinne des § 23 Abs. 3 WVRG 2014, weshalb die Antragseinbringung beim Bundesverwaltungsgericht auch aus diesem Grund nicht fristwährend ist.

Gemäß der Kundmachung des Präsidenten des Verwaltungsgerichtes Wien vom 9.1.2015, VGW-ORG 43/2015, endeten die Amtsstunden am Mittwoch, den 6.6.2018, um 13:00 Uhr, und galt der vom Bundesverwaltungsgericht am 6.6.2018 um 16:13 Uhr weitergeleitete Antrag daher erst am 7.6.2018 um 7:30 mit Wiederbeginn der Amtsstunden als eingebracht und eingelangt.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung ist daher verspätet.

Gemäß § 18 WVRG 2014 ist einer Partei im Fall der Versäumung einer prozessualen Frist auf Antrag die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu bewilligen, wenn sie – neben der Erfüllung anderer, hier nicht entscheidungsrelevanter Voraussetzungen – glaubhaft macht, dass sie durch ein unvorhergesehenes oder unabwendbares Ereignis eine Frist versäumt und die Partei an der Versäumung der Frist kein Verschulden oder nur ein milderer Grad des Versehens trifft.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ist zunächst zu schließen, dass die Antragstellerin ihr Verhalten auf eine Vorinformation durch die Antragsgegnerin

abgestimmt hat, wonach eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten einer Mitbewerberin kommen werde, mit der jedoch erst ab 6.6.2018 zu rechnen sei. Selbst wenn man davon ausgeht, dass eine solche Vorinformation stattgefunden haben sollte, darf sich nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes eine redliche Bieterin nicht auf eine derartige Vorinformation verlassen. Die Antragstellerin hätte daher ihren Posteinlauf auch vor dem 6.6.2018 entsprechend überwachen müssen. Eine Vorgangsweise dahingehend, dass der Posteinlauf vor dem 6.6.2018 nicht entsprechend überwacht wird, weil sich die Bieterin darauf verlässt, dass die angekündigte Zuschlagsentscheidung ankündigungsgemäß erst ab dem 6.6.2018 einlangen wird, ist nicht als bloß minderer Grad des Versehens zu werten.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ist weiters zu entnehmen, dass der mit der Überwachung des Einlaufs beauftragte Herr D. ein äußerst zuverlässiger und gewissenhafter Mitarbeiter ist, auf Grund der Vielzahl seiner Aufgaben sowie eines Urlaubstages aber nicht in der Lage war, den Posteinlauf ausreichend zu überwachen. Die Antragstellerin hat damit glaubhaft gemacht, dass Herrn D. am Übersehen des Einlangens der Zuschlagsentscheidung kein Verschulden trifft, zumal er auf Grund der unternehmensinternen Gegebenheiten (Vielzahl seiner Aufgaben) nicht in der Lage war, den Posteinlauf ausreichend zu überwachen.

Dem Vorbringen der Antragstellerin ist jedoch ein nicht nur geringfügiges Organisationsverschulden zu entnehmen, das darin liegt, die Arbeitsabläufe nicht so organisiert zu haben, dass der Posteinlauf ausreichend überwacht werden kann. Die ausschließliche Überwachung des Posteinlaufs durch einen Mitarbeiter, der gleichzeitig zahlreiche Auswärtstermine wahrzunehmen hat und auf Grund der Fülle dieser Aufgaben nicht in der Lage ist, die erstgenannte Aufgabe ordnungsgemäß auszuführen, stellt eine mehr als nur leichte Fahrlässigkeit in der Organisation des Unternehmens dar. Würde man dies anders sehen, so würde damit für Unternehmen die Möglichkeit eröffnet, ihre Unternehmen so zu organisieren und personell auszustatten, dass eine ausreichende Überwachung des Posteinlaufs nicht sichergestellt ist, und sich im Fall des strukturell überlastungsbedingten Versäumens einer Frist mittels Wiedereinsetzungsantrages darauf zu berufen, dass der betreffende Mitarbeiter, obwohl eine zuverlässige und gewissenhafte Kraft, wegen Arbeitsüberlastung nicht in der Lage war, den Posteinlauf lückenlos zu überwachen. Es liegt daher ein Organisationsverschulden der Antragstellerin am Übersehen des Eingangs der Zuschlagsentscheidung vor, welches das Ausmaß der leichten Fahrlässigkeit überschreitet und daher keinen Grund für eine Wiedereinsetzung darstellt.

Dem Vorbringen der Antragstellerin ist schließlich zu entnehmen, dass die Antragstellerin am 6.6.2018 die Bewerbungsunterlagen auf Grund eines wahrzunehmenden Auswärtstermins nicht rechtzeitig zur Hand hatte und daher die zuständige Nachprüfungsbehörde aus dem Gedächtnis anführte. Dabei ist der

Antragstellerin jedoch eine Verwechslung der zuständigen Nachprüfungsbehörde unterlaufen. Die Auskunft über die zuständige Nachprüfungsbehörde hat Herr D. telefonisch aus einer Baubesprechung heraus gegeben.

Dazu ist zunächst auszuführen, dass der von der Antragstellerin dargelegte Zeitdruck im Fall der ordnungsgemäßen Überwachung des Posteinlaufs nicht entstanden wäre. Die siebentägige Antragsfrist wäre ausreichend gewesen, um die zuständige Vergabekontrollbehörde in den Bewerbungsunterlagen nachzuschlagen. Für das Entstehen des angeführten Zeitdruckes ist daher das oben behandelte nicht ordnungsgemäße Auslesen des Posteinganges auf Grund der organisationsbedingten Arbeitsüberlastung des Herrn D. ursächlich.

Darüber hinaus hätten die Eigentumsverhältnisse an der N. GmbH auch durch schlichte Nachschau im Firmenbuch festgestellt werden können und wäre es bei einer solchen Nachschau im Firmenbuch für die rechtsfreundliche Vertretung der Antragstellerin offenkundig gewesen, dass das Verwaltungsgericht Wien zuständige Vergabekontrollbehörde ist. Auch die Unterlassung der Nachschau im Firmenbuch übersteigt nach Ansicht des Verwaltungsgerichtes Wien das Ausmaß des minderen Grades eines Versehens.

Aus den genannten Gründen lagen die Voraussetzungen des § 18 Abs. 1 WVRG 2014 für eine Wiedereinsetzung gegen den Ablauf der Frist für den Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung nicht vor. Die Antragstellerin traf an der Versäumung der Frist Verschulden, welches den Grad eines minderen Versehens überstieg.

Aus diesem Grund war zunächst – im Punkt 1 des Beschlusses – der Antrag auf Wiedereinsetzung abzuweisen.

Sodann war – im Punkt 2 des Beschlusses – der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung als verspätet zurückzuweisen.

Die Pauschalgebühren wurden von der Antragstellerin in der gesetzlich vorgesehenen Höhe entrichtet und sind gemäß §§ 15 und 16 WVRG 2014, da der Nichtigerklärungsantrag nicht erfolgreich war, von der Antragstellerin selbst zu tragen.

Über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wird mit gesondertem Beschluss abgesprochen.

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.

Belehrung

Gegen diese Entscheidung 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 einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin 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, Verkehrssteuern und Glücksspiel 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.

Dr.ⁱⁿ Lettner