



# 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-124/072/13943/2022-1  
A. GesmbH

Wien, 22.11.2022

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richterin Dr. Lettner über den Antrag der A. GesmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung zum Vergabeverfahren der Stadt Wien - ..., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, betreffend „Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und grafische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins“, den

## BESCHLUSS

gefasst:

I. Dem Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung dahingehend, dass der Stadt Wien – ... für die Dauer des Nichtigerklärungsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und grafische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins“ die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung untersagt werden möge, wird Folge gegeben. Der Stadt Wien – ... wird bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens untersagt, die Entscheidung zu treffen, mit welchen Unternehmern die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll.

II. Der Antrag, der Auftraggeberin möge weiters untersagt werden, das Vergabeverfahren fortzusetzen, wird abgewiesen.

III. 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 – ... (in der Folge: Auftraggeberin) führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zur Vergabe einer Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und graphische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins (Dienstleistungsauftrag).

Die A. GesmbH (in der Folge: Antragstellerin) bringt in ihrem gegen die Ausscheidensentscheidung vom 3.11.2022 gerichteten Nachprüfungsantrag vor, sie habe sich an dem Vergabeverfahren beteiligt. Sie sei mit Schreiben vom 3.11.2022 „vom Ausscheiden ihres Angebots“ verständigt worden. Sie habe zunächst einen Entwurf der Mitteilung erhalten; ein paar Stunden danach sei ihr die finale Mitteilung über das Ausscheiden übermittelt worden.

Zu den Ausscheidensgründen sei angeführt worden, dass das Angebotsformblatt nicht mit dem Angebot übermittelt worden sei. Weiters habe die C. ges.m.b.H. im Vergabeverfahren keinen Teilnahmeantrag abgegeben. Sie sei daher von der Auftraggeberin nicht zur Angebotsabgabe aufgefordert worden. Es liege das Angebot eines nicht aufgeforderten Bieters vor. Dieses sei gemäß § 141 Abs. 1 Z 9 BVerG 2018 zwingend auszuschneiden.

In der Folge macht die Antragstellerin Ausführungen zur Rechtzeitigkeit ihres Nachprüfungsantrags, zur Entrichtung der Pauschalgebühren, zu ihrem Interesse am Vertragsabschluss und dem durch die angefochtene Entscheidung eingetretenen bzw. zu befürchtenden Schaden. Sie stellt weiters die Bestandteile der Ausschreibung und den Inhalt der Ausscheidensentscheidung dar.

In der Folge schildert die Antragstellerin, wie von ihren Vertretern, Herrn D. E. und Herrn F. G., bei der elektronischen Angebotsabgabe vorgegangen wurde und dass das Angebot am 17.10.2022 zunächst auf einer falschen Oberfläche des ANKÖ hochgeladen worden sei. Erst nach Rücksprache mit einem Vertreter der Auftraggeberin, Herrn Mag. H., und Inanspruchnahme des technischen Supports des ANKÖ sei das Hochladen des Angebots, im Wesentlichen bestehend aus dem Preisblatt mit dem vollständigen Preisangebot, dem Mustermagazin sowie den Beschreibungen für die Printausgabe und für die Social-Media-Strategie, auf der korrekten Oberfläche gelungen. Nach Abschluss des Upload-Prozesses hätten die Vertreter der Antragstellerin eine entsprechende Bestätigung des ANKÖ erhalten.

Zuvor habe die Antragstellerin am 26.7.2022 um 9 Uhr 39 das Abgabeprotokoll für die erste Runde (Teilnahmephase) im gegenständlichen Vergabeverfahren erhalten (Dokumentnummer ...9-00). Dort sei eindeutig die A. GesmbH als Antragstellerin vermerkt. Sie sei von der Auftraggeberin zur Nachreichung von Unterlagen aufgefordert worden und dieser Aufforderung auch nachgekommen. Dafür gebe es eine Bestätigung vom 5.9.2022, 17 Uhr 44 (Dokumentnummer ...9-00).

Am 9.9.2022 um 15 Uhr 49 hätten Herr E. und Herr G. elektronisch per E-Mail unter der Dokumentnummer ...9-00 die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots erhalten. Um 16 Uhr 15 desselben Tages hätten die o.a. Personen eine weitere E-Mail zur Abgabe eines Angebots unter der Dokumentnummer ...8-00 (AZ.: ...) erhalten. Um 16 Uhr 29 desselben Tages sei an die o.a. Personen eine dritte Aufforderung per E-Mail zur Abgabe eines Angebots wieder zur Dokumentnummer ...9-00 übermittelt worden.

Eine Prüfung der o.a. Personen, ob der Upload erfolgreich gewesen sei, habe ergeben, dass dies der Fall gewesen sei.

Die Antragstellerin führt sodann aus, dass die von der Auftraggeberin als Ausscheidensgründe angeführten Mangelhaftigkeiten behebbare Mängel gewesen seien. Hätte die Auftraggeberin mit der Antragstellerin Kontakt aufgenommen, so hätte sich herausgestellt, dass das Angebot von der Antragstellerin abgegeben hätte werden sollen. Wieso es dazu gekommen sei, dass das Angebot unter dem Namen eines am Vergabeverfahren gar nicht beteiligten Unternehmens aufgeschienen sei, sei für die Antragstellerin nicht nachvollziehbar. Möglicherweise habe es sich um eine technische Fehlfunktion gehandelt.

Im Übrigen verstoße die Vorgangsweise der Auftraggeberin gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens (Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit).

Beantragt werde daher die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, die Gewährung von Akteneinsicht, die Nichtigklärung der angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 3.11.2022 und der Ersatz der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren.

Weiters stellt die Antragstellerin den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung. Der Auftraggeberin möge für die Dauer des Nichtigkeitsverfahrens im gegenständlichen Vergabeverfahren „Rahmenvereinbarung über die redaktionelle und grafische Gestaltung sowie die Produktion und Zustellung des neuen B.-Magazins“ untersagt werden, das Vergabeverfahren fortzusetzen, insbesondere die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu treffen. Beantragt werde auch der Ersatz der Pauschalgebühren für die Einstweilige Verfügung.

Der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung wird im Wesentlichen damit begründet, dass die Auftraggeberin andernfalls das Vergabeverfahren fortführen und durch die Auswahlentscheidung betreffend den Abschluss der Rahmenvereinbarung unumkehrbare Tatsachen schaffen könnte. Die Einstweilige Verfügung sei daher erforderlich, um die Antragstellerin vor den daraus folgenden Rechtsnachteilen zu bewahren. Eine Interessenabwägung gehe zu Gunsten der Antragstellerin aus. Öffentliche Interessen, die gegen die Erlassung der Einstweiligen Verfügung sprächen, lägen nicht vor.

Dem Antrag sind u.a. die Zuschlagsentscheidung in Entwurf und Original sowie ein Ausdruck über übermittelte Unterlagen angeschlossen. Die Ausscheidensentscheidung richtet sich an die C. ges.m.b.H. zu Handen Herrn J. E..

Der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung wurde der Auftraggeberin zur Kenntnis gebracht und es wurde ihr Gelegenheit gegeben, dazu eine Stellungnahme abzugeben. Mit Schreiben vom 16.11.2022 bestätigte die Auftraggeberin, dass es sich bei dem verfahrensgegenständlichen Vergabeverfahren um ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung (Dienstleistungsauftrag) handelt. Sie teilte auch den geschätzten Auftragswert mit.

In der Folge wies sie darauf hin, dass Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren die A. GesmbH sei. Mit der angefochtenen Ausscheidensentscheidung vom 3.11.2022 sei jedoch ein Angebot der C. ges.m.b.H ausgeschieden worden, da diese und nicht die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe. Dies ergebe sich aus dem von der Antragstellerin vorgelegten Abgabeprotokoll der ANKÖ-Vergabepattform. Von der Antragstellerin sei kein Angebot gelegt worden,

weshalb diesbezüglich auch keine Ausscheidensentscheidung ergehen hätte können.

Der Antragstellerin komme daher keine Antragslegitimation betreffend die an die C. ges.m.b.H. ergangene Ausscheidensentscheidung zu. Nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofs sei ein Bieter, dem es nicht gelinge, aufgrund einer ordnungsgemäß zustande gekommenen Ausschreibung ein für den Zuschlag geeignetes Angebot zu legen, nicht schutzwürdig (VwGH 11.11.2009, 2009/04/0240). Die Interessen der Antragstellerin könnten daher durch die angefochtene Entscheidung der Auftraggeberin nicht bedroht bzw. geschädigt sein. Schon aus diesem Grund sei der Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung zurückzuweisen.

Im Übrigen sei der Antrag auf Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens überschießend und stelle nicht das gelindeste Mittel dar. Das Vergabeverfahren befinde sich derzeit im Stadium nach Legung der Erstangebote und vor Durchführung von Verhandlungen. Eine Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei erst nach Abschluss der Verhandlungsphase und Legung der letztgültigen Angebote möglich. Durch eine Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens wäre das gesamte Vergabeverfahren gleichsam eingefroren; die Auftraggeberin könnte keinerlei Verfahrensschritte mehr setzen, selbst solche nicht, durch die keine Tatsachen geschaffen werden könnten, die der Antragstellerin zum Nachteil gereichen könnten.

Im Übrigen sei die Auftraggeberin bis zur Bestandsfestigkeit der Ausscheidensentscheidung verpflichtet, die Antragstellerin wie jeden anderen Bieter zu behandeln. Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung aller Bieter sei die Auftraggeberin wohl auch verpflichtet, die Antragstellerin über allfällige Entscheidungen im Vergabeverfahren zu informieren. Daran ändere der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin nichts, sodass es auch kein rechtfertigbares Interesse der Antragstellerin dafür gebe, ihre Rechtsposition mittels einstweiliger Verfügung zu wahren. Etwaige Vergabeverstöße der Auftraggeberin könnten – für den Fall, dass die Ausscheidensentscheidung für nichtig erklärt werde – ohnedies mit einem Nachprüfungsantrag gegen die nächste gesondert anfechtbare Entscheidung geltend gemacht werden.

Auch der Antrag auf Untersagung, die Auswahlentscheidung zum Abschluss der Rahmenvereinbarung zu treffen, sei unzulässig. Da sich das Verfahren im Stadium nach Erstangebotslegung befinde, drohe ein Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht. Somit drohe der Antragstellerin beim derzeitigen Stand des Vergabeverfahrens auch kein unmittelbarer Schaden durch den Abschluss der Rahmenvereinbarung.

Im Übrigen müsse die Auftraggeberin der Antragstellerin als im Vergabeverfahren verbliebener bzw. nicht berücksichtigter Bieterin gemäß § 154 Abs. 3 BVergG 2018 eine allfällige Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, mitteilen. Diese hätte dann die Möglichkeit, diese Entscheidung anzufechten, solange über ihren Nachprüfungsantrag noch nicht abgesprochen sei. Ein Vertragsabschluss trotz rechtzeitiger Anfechtung wäre nichtig.

Aus den dargelegten Erwägungen liege keine unmittelbar drohende Schädigung der Antragstellerin gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2020 vor. Es fehle daher an einer Voraussetzung für die Erlassung einer Einstweiligen Verfügung. Der Antrag sei zurück- bzw. abzuweisen.

Gemäß § 25 Abs. 1 WVRG 2020 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag einer Unternehmerin oder eines Unternehmers, der oder dem die Antragsvoraussetzungen 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.

In rechtlicher Hinsicht waren im Verfahren auf Erlassung der Einstweiligen Verfügung die §§ 25 bis 27 des WVRG 2020 anzuwenden. Dabei waren die Interessen der Antragstellerin an der Erlassung der Einstweiligen Verfügung gegen die einer solchen Erlassung entgegenstehenden Interessen insbesondere der Antragsgegnerin sowie allfällige öffentliche Interessen abzuwägen.

Der Antragsgegnerin ist darin zuzustimmen, dass für die Erlassung der beantragten Einstweiligen Verfügung die Voraussetzungen des § 28 WVRG 2020 gegeben sein müssen. Insbesondere erfordert diese Bestimmung für die Erlassung

einer einstweiligen Verfügung, dass der abzuwendende Schaden „unmittelbar“ droht. An dieser „Unmittelbarkeit“ fehlt es, wenn vor dem drohenden Schadensereignis zwangsläufig noch eine Entscheidung ergehen müsste, die die Antragstellerin anfechten und zum Anlass eines Antrags auf einstweilige Verfügung nehmen könnte.

Der Antragsgegnerin ist auch darin zuzustimmen, dass eine im vorliegenden Vergabeverfahren ausgeschiedene Bieterin bis zur Bestandsfestigkeit der Ausscheidensentscheidung von einer getroffenen Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, verständigt werden müsste und die Möglichkeit hätte, diese Entscheidung anzufechten. Auch wäre eine etwaige Zuschlagserteilung ohne vorangegangene Zuschlagsentscheidung vergaberechtlich unzulässig und ein auf diese Weise geschlossener Vertrag gemäß § 8 Abs. 3 Z 4 in Verbindung mit § 31 Abs. 2 WVRG 2020 mit Nichtigkeit bedroht.

Allerdings ist, nach der dem Gericht derzeit bekannten Aktenlage, die Antragstellerin vorliegend nicht die im Vergabeverfahren ausgeschiedene Bieterin. Die Frage, ob das ausgeschiedene Angebot der Antragstellerin zuzurechnen ist, ist gerade (ein) Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens. Die Entscheidung der Auftraggeberin, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, wäre (nach der von der Auftraggeberin am Beginn ihrer Stellungnahme vom 16.11.2022 dargestellten Argumentation) somit der C. ges.m.b.H. als (noch nicht bestandsfest) ausgeschiedener Bieterin und nicht der Antragstellerin zu übermitteln. Damit hätte die Antragstellerin aber gerade keine Möglichkeit, diese Entscheidung anzufechten.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin, das Vergabeverfahren befinde sich erst im Stadium nach der Abgabe der Erstangebote, mit einer Entscheidung darüber, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, sei zeitnah noch nicht zu rechnen, ist festzuhalten, dass die Vornahme von Verhandlungen und sonstige Entscheidungen während der Verhandlungsphase bzw. während der Angebotsfrist in diesem Verfahrensstadium zwar möglich sind. Es ist aber auch nicht ausgeschlossen, dass der Zuschlag bereits vor Abschluss des Nachprüfungsverfahrens einem abgegebenen Angebot erteilt wird.

Da der Antragstellerin somit im Hinblick auf eine mögliche Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, ein unmittelbarer Schaden droht und ihr die übrigen Antragsvoraussetzungen nicht offenkundig fehlen, war die beantragte Einstweilige Verfügung, wonach diese Entscheidung bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens nicht getroffen werden darf, spruchgemäß zu erlassen.

Ein darüberhinausgehendes überwiegendes Interesse daran, dass diese Entscheidung nicht aufgeschoben werden dürfte, hat die Auftraggeberin nicht fundiert behauptet. Es ist auch kein öffentliches Interesse hervorgekommen, das der Erlassung der Einstweiligen Verfügung entgegenstünde.

Soweit der Antrag die Untersagung der Fortführung des Vergabeverfahrens betrifft, war er abzuweisen, da darin kein nötiges Mittel zur Abwendung eines der Antragstellerin unmittelbar drohenden Schadens zu erblicken ist. Im Falle ihres Obsiegens im Nachprüfungsverfahren könnte sie bis zur Entscheidung, mit welchem Unternehmen die Rahmenvereinbarung abgeschlossen werden soll, dem Vergabeverfahren beigezogen werden.

Die Einstweilige Verfügung war daher spruchgemäß 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.

Dr.<sup>in</sup> Lettner