



**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
DVR: 4011222

GZ: VGW-123/V/077/3803/2017-1
X. G.m.b.H.

Wien, 22.3.2017

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Opperl über den Antrag der X. G.m.b.H., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "GZ: 2011/070.003-Wilhelminenspital Neubau Teilprojekt 1 Objekt 3 - ZOP II + Pathologie, Gewerk 5X4012-Labor Mikroskope", der Stadt Wien, Wiener Krankenanstaltenverbund, 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 für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu erlassen, mit welcher der Antragsgegnerin die Erteilung des Zuschlags untersagt oder die „Aussetzung der Zuschlagsentscheidung aufgetragen“ wird, 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 Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrages im Oberschwellenbereich betreffend die Lieferung von medizintechnischen Geräten und Einrichtungen.

Die Antragstellerin hat fristgerecht ein Angebot abgegeben.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin am 2.3.2017 bekannt gegeben, dass ihr Angebot ausgeschieden werden muss.

Gegen diese Entscheidung richtet sich der am 13.3.2017 zur Post gegebene Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung, Erlassung einer einstweiligen Verfügung und Pauschalgebührenersatz. Der Antrag wurde am letzten Tag der Antragsfrist zur Post gegeben, weil die Antragsfrist im Hinblick auf die Tatsache, dass es sich beim 12.3.2017 um einen Sonntag handelt, am 13.3.2017 endete.

Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung enthält die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung, der Antragsgegnerin und der Antragstellerin, jeweils einschließlich Faxnummer, eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 20 Abs. 1 WVRG genannten Voraussetzungen, die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit, die genaue Darlegung der nach Ansicht der Antragstellerin unmittelbar drohenden Schädigung ihrer Interessen und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen, die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Die unmittelbar drohende Schädigung ihrer Interessen bestehe der Antragstellerin zu Folge darin, dass dem Nachprüfungsverfahren im Hinblick auf das anhängige Vergabeverfahren keine aufschiebende Wirkung zukomme und der Auftraggeber daher die Möglichkeit der Zuschlagserteilung an einen dritten Bieter ohne Berücksichtigung des Angebotes der Antragstellerin hätte. Die Antragstellerin sei in einem solchen Fall an die nachträgliche Feststellung der

möglichen Fehlerhaftigkeit der Zuschlagserteilung sowie auf mögliche Schadenersatzforderungen verwiesen, was die Chance, den Auftrag zu erhalten, nicht aufwiegen könne.

Mit Schriftsatz vom 20.3.2017 hat die Antragsgegnerin im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung sei verfristet und die Antragstellerin habe die Antragsgegnerin entgegen § 25 Abs. 1 WVRG 2014 nicht spätestens gleichzeitig mit der Einbringung des Nachprüfungsantrages von der beabsichtigten Einleitung eines Nachprüfungsantrages verständigt. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung sei daher zurück-, in eventu abzuweisen.

Im Vergabeverfahren ist eine Zuschlagsentscheidung noch nicht ergangen.

Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

§ 28 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 - WVRG 2014 lautet:

„§ 28. Das Verwaltungsgericht Wien hat auf Antrag einer Unternehmerin oder eines Unternehmers, der oder dem die Antragsvoraussetzungen nach § 20 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. Der Antrag kann gleichzeitig mit einem Antrag auf Nichtigerklärung oder nach Maßgabe des § 29 Abs. 2 vor diesem gestellt werden.“

§ 29 WVRG 2014 lautet auszugsweise:

„§ 29. (1) Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat zu enthalten:

- 1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, der gesondert anfechtbaren Entscheidung, der Auftraggeberin oder des Auftraggebers sowie der Antragstellerin oder des Antragstellers, jeweils einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse,*
- 2. eine Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes sowie des Vorliegens der in § 20 Abs. 1 genannten Voraussetzungen,*
- 3. die genaue Bezeichnung der behaupteten Rechtswidrigkeit,*
- 4. die genaue Darlegung der unmittelbar drohenden Schädigung der Interessen der Antragstellerin oder des Antragstellers und eine Glaubhaftmachung der maßgeblichen Tatsachen,*
- 5. die genaue Bezeichnung der begehrten vorläufigen Maßnahme und*

6. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.“

§ 31 WVRG 2014 lautet auszugsweise:

„§ 31. (1) Im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung muss keine öffentliche mündliche Verhandlung durchgeführt werden.

(...)

(4) Vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung hat das Verwaltungsgericht 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 Interessenabwägung 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.

(...)

(6) Mit einer einstweiligen Verfügung können das gesamte Vergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien über eine allfällige Nichtigkeitsklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

(7) In einer einstweiligen Verfügung ist die Zeit, für welche diese Verfügung getroffen wird, zu bestimmen. Die einstweilige Verfügung tritt nach Ablauf der bestimmten Zeit, spätestens jedoch mit der Entscheidung des Verwaltungsgerichtes Wien über den Antrag auf Nichtigkeitsklärung, in dem die betreffende Rechtswidrigkeit geltend gemacht wurde, außer Kraft. Das Verwaltungsgericht Wien hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen aufzuheben, sobald die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, weggefallen sind. Das Verwaltungsgericht Wien hat die einstweilige Verfügung unverzüglich auf Antrag oder von Amts wegen zu erstrecken, wenn die Voraussetzungen, die zu ihrer Erlassung geführt haben, nach Ablauf der bestimmten Zeit fortbestehen.

(8) Einstweilige Verfügungen sind sofort vollstreckbar.“

Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin und fällt gemäß § 1 Abs. 1 Z 1 WVRG in den Anwendungsbereich des WVRG. Das VGW ist daher das für den Vergaberechtsschutz zuständige Verwaltungsgericht. Sie führt ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich zur Vergabe eines Lieferauftrages.

Zur Frage der Rechtzeitigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist auszuführen, dass der Antrag – zusammen mit dem im selben

Schriftsatz enthaltenen Antrag auf Nichtigerklärung der Ausscheidensentscheidung - laut Poststempel am 13.3.2017 und somit am letzten Tag der Frist zur Post gegeben wurde. Die Antragstellerin mag damit zwar etwaige materiellrechtliche Stillhaltefristen nicht gewahrt haben. Zur Wahrung der prozessualen Fristen des WVRG war die Postaufgabe jedoch ausreichend. Der Antrag ist daher rechtzeitig. Der Antrag ist auch zulässig, da damit eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 2 Z 16 lit. a sublit. aa BVergG 2006 bekämpft wird.

Die Verständigung der Antragsgegnerin durch die Antragstellerin im Sinne des § 25 Abs. 1 WVRG 2014 ist nicht nachgewiesen. Wenn die Antragsgegnerin vorbringt, dass der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung aus diesem Grund abzuweisen wäre, so ist dem entgegen zu halten, dass es sich bei der im § 25 Abs. 1 WVRG verankerten Pflicht der Antragstellerin, die Antragsgegnerin von der Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu verständigen, in vergaberechtlicher Hinsicht insoweit um eine bloße Obliegenheit handelt, als an eine Verletzung dieser Obliegenheit keine vergaberechtlichen Sanktionen geknüpft sind.

Die Beibringung der Pauschalgebühren für ein Nachprüfungsverfahren im Oberschwellenbereich sowie für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung ist nachgewiesen. Die Antragstellerin hat den ihr allenfalls drohenden Schaden bei Nichterlangung des gegenständlichen Auftrages dargelegt.

Der Antrag auf Einleitung eines Nichtigerklärungsverfahrens entspricht den Bestimmungen der §§ 20 Abs. 1, 23 Abs. 1 WVRG 2014. 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 § 7 Abs. 1 WVRG 2014 gegeben, wobei gemäß § 2 Abs. 4 WVRG 2014 Entscheidungen über Anträge auf Erlassung einstweiliger Verfügungen durch den Einzelrichter erfolgen.

Der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung entspricht dem § 29 Abs. 1 WVRG 2014.

Es hat jedoch bereits das BVA in seinen Bescheiden vom 12.1.2009, N/0001-BVA/13/2009-6, und BVA 25.7.2012, N/0072-BVA/08/2012-EV20, die Ansicht vertreten, dass eine unmittelbare Schädigung dann nicht droht, wenn ein 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).

Das Verwaltungsgericht Wien folgt dieser Rechtsansicht in ständiger Rechtsprechung (vgl. u.a. die Beschlüsse vom 4.6.2014, VGW-123/V/077/26443/2014, vom 23.2.2015, VGW-123/V/046/1786/2015, und vom 21.5.2015, VGW-123/V/077/5748/2015).

§ 28 WVRG 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.

Dass der Antragstellerin ein Schaden entstehen könnte, wenn die Antragsgegnerin entgegen ihrer Ankündigung und rechtswidriger Weise die Antragstellerin nicht als verbleibende Bieterin behandeln würde, vermag die Erlassung einer einstweiligen Verfügung nicht zu begründen, zumal im Zuge der nach § 31 Abs. 4 vorzunehmenden Interessenabwägung WVRG 2014 den Verfahrensparteien keine ankündigungs- und rechtswidrige Vorgangsweise unterstellt werden darf, sondern vielmehr nur die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme zu berücksichtigen hat. Dass die Antragsgegnerin gegenständlich die Antragstellerin entgegen ihrer erklärten Absicht und entgegen

den Geboten der Rechtsordnung nicht als verbleibende Bieterin behandeln würde, ist keine voraussehbare Folge der von der Antragstellerin bekämpften, und noch nicht bestandsfesten Ausscheidungsentscheidung.

Der Antrag auf Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung war daher spruchgemäß abzuweisen.

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 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 des Beschlusses 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 Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren, Verkehrsteuern und Glücksspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

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 des Beschlusses dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung des Beschlusses 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. Opper