



**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-124/077/4513/2024-2  
A.

Wien, 10.04.2024

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seinen Richter Dr. Ooppel über den Antrag der A., vertreten durch Rechtsanwälte GmbH & Co KG, auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Vergabeverfahren "... Arena - Strategischer Partner", den

**BESCHLUSS**

gefasst

I. Zur Prüfung der von der Antragstellerin behaupteten Rechtswidrigkeiten wird ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet.

II. Der Antrag, der Auftraggeberin im Vergabeverfahren "... Arena - Strategischer Partner" für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen, 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 Auftraggeberin (im Folgenden: Antragsgegnerin) ist öffentliche Auftraggeberin und führt ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Oberschwellenbereich.

Die Antragstellerin hat in dem Vergabeverfahren ein Angebot gelegt.

Die Antragsgegnerin hat der Antragstellerin mit Entscheidung vom 20.03.2024 mitgeteilt, dass ihr Angebot ausgeschieden wird.

Die Antragstellerin hat gegen diese Entscheidung rechtzeitig einen Nachprüfungsantrag und einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung eingebracht. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung lautet darauf, der Auftraggeberin im gegenständlichen Vergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu untersagen, den Zuschlag zu erteilen.

Eine Zuschlagsentscheidung zu Gunsten eines Angebots eines Mitbewerbers ist nicht ergangen.

Die Antragsgegnerin hat mit Schriftsatz vom 05.04.2024 zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung Stellung genommen. In dieser Stellungnahme hat die Antragsgegnerin insbesondere unter Hinweis auf die bisherige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichts Wien ausgeführt, dass die Antragstellerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens Bieterin des Vergabeverfahrens bleibt, ihr eine allfällige Zuschlagsentscheidung daher zugestellt werden müsse und mangels Erlassung einer Zuschlagsentscheidung ein unmittelbarer Nachteil durch eine allfällige Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers noch nicht unmittelbar drohe.

Die Antragstellerin hat darauf mit Schriftsatz vom 09.04.2024 repliziert. In diesem Schriftsatz hat die Antragstellerin im Wesentlichen ausgeführt, dass ihr auf der Grundlage der Rechtsmittelrichtlinie und der im Schriftsatz zitierten Rechtsprechung des EuGH ein Anspruch auf vorläufigen Rechtsschutz zustünde. Eine Abweisung der beantragten vorläufigen Maßnahmen sei nur in Folge einer Interessenabwägung zulässig. Es sei europarechtlich unzulässig, darauf abzustellen, dass der Eintritt eines Schadens bereits „unmittelbar“ drohen müsse.

Das Verwaltungsgericht hat erwogen:

Antragstellung, Erlassung und Verfahren betreffend einstweilige Verfügung sind in den §§ 25 bis 27 WVRG 2020 geregelt. Insbesondere normiert § 25 Abs. 1 WVRG 2020, dass auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nicht offenkundig fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen sind, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch eine behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Die europarechtlichen Ausführungen der Antragstellerin in ihrer Replik vom 05.04.2024 gehen insoweit ins Leere, als nicht nur der von der Antragstellerin geltend gemachte Schaden noch nicht unmittelbar droht, sondern die von der Antragstellerin beantragte vorläufige Maßnahme auch offenkundig nicht geeignet ist, den von ihr geltend gemachten Eintritt eines drohenden Schadens abzuwenden.

Dazu ist auszuführen, dass die beantragten vorläufigen Maßnahmen in einem zeitlichen Zusammenhang stehen, zumal die vorläufigen Maßnahmen dem Antrag zufolge für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Ausscheidensentscheidung erlassen werden sollen.

Während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens besteht jedoch zunächst bereits insoweit ein zumindest gleichwertiger Schutz, als eine etwaige Zuschlagserteilung auf das Angebot eines Mitbewerbers ohne vorausgegangene Zuschlagsentscheidung (welche der Antragstellerin als zunächst weiterhin im Vergabeverfahren verbleibende Bieterin zuzustellen wäre) rechtlich unwirksam wäre. Im Fall einer etwaigen Zuschlagsentscheidung schließen zunächst die Stillhaltefrist und danach - im Fall eines Antrags der Antragstellerin auf Nachprüfung einer solchen Zuschlagsentscheidung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung - eine Sperrwirkung bis zur Entscheidung über einen solchen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung an. In der genannten Zeitspanne hätte eine allfällige Zuschlagserteilung nicht die Rechtswirkung einer Vergabe des Auftrags. Es ist daher nicht schlüssig nachvollziehbar, wieso der Antragstellerin durch eine solche unwirksame Zuschlagserteilung ein Schaden entstehen sollte.

Sollte das Nachprüfungsverfahren der Ausscheidensentscheidung so lange dauern, dass während der Dauer des Nachprüfungsverfahrens eine Zuschlagserteilung rechtswirksam möglich werden sollte, so wäre die Antragstellerin durch die Erlassung der von ihr beantragten einstweiligen Verfügung ebenfalls nicht in wirksamer Weise geschützt. Eine solche einstweilige Verfügung wäre in diesem Fall nämlich an die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Ausscheidensentscheidung gebunden und würde die Antragstellerin gerade nicht wirksam schützen, wenn die Antragstellerin gegen eine allfällige Zuschlagsentscheidung nicht mittels Antrags auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vorgehen sollte.

Die Antragstellerin hat daher in ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und in ihren Darlegungen zum drohenden Schaden die zeitliche Dimension außer Acht gelassen. Die Erlassung der beantragten einstweiligen Verfügung mag dann erforderlich sein, wenn eine Zuschlagsentscheidung und ein dagegen gerichteter Antrag der Antragstellerin auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (sowie auf Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung) vorliegen sollten. Eine Vorverlagerung dieses Schutzes in eine Zeitspanne, in der eine etwaige Zuschlagserteilung rechtlich unwirksam wäre, geht hingegen ins Leere.

Darüber hinaus geht das Verwaltungsgericht auch davon aus, dass der Wortlaut des zitierten § 25 Abs. 1 WVRG 2020 mit den europarechtlichen Anforderungen im Einklang steht und es daher auch unzulässig wäre, in einem Nachprüfungsantrag einer Ausscheidensentscheidung „vorausseilend“ eine einstweilige Verfügung zu erwirken, mit der die Zuschlagserteilung für die Dauer eines allfälligen späteren Nachprüfungsverfahrens einer allfälligen späteren Zuschlagsentscheidung untersagt werden soll. Umso mehr geht ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ins Leere, wenn er diesen vorläufigen Schutz in einen Zeitraum vorverlegen will, in dem eine Zuschlagserteilung rechtswirksam nicht möglich ist.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

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 Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

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.

Dr. Opper