



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Klima, LL.M., in der Revisionssache der B GmbH in W, vertreten durch Dr. Gregor Maderbacher, Rechtsanwalt in 1130 Wien, Schloss Schönbrunn, Kontrollorstöckl 112, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes Wien vom 12. Oktober 2020, Zl. VGW-123/072/11232/2020-20, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. W GmbH & Co KG in W, vertreten durch Estermann Pock Rechtsanwälte GmbH, 1030 Wien, Rennweg 17, Stock 5; 2. G GmbH, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), den **Beschluss** gefasst:

Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung wird wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 12. Oktober 2020 wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag der Revisionswerberin auf Nichtigterklärung der Zuschlagsentscheidung (der erstmitbeteiligten Partei als Auftraggeberin an die zweitmitbeteiligte Partei als präsumtive Zuschlagsempfängerin) im Vergabeverfahren betreffend einen näher bezeichneten Rahmenvertrag ab.
- 2 Die dagegen erhobene außerordentliche Revision war mit einem Antrag auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung verbunden. Mit Beschluss vom 4. Dezember 2020, Zl. VGW-123/V/072/14858/2020/R-1, entschied das Verwaltungsgericht Wien, dass der Revision keine aufschiebende Wirkung zuerkannt werde.
- 3 In ihrem Schriftsatz vom 22. Jänner 2021 beantragte die Revisionswerberin ua., der Verwaltungsgerichtshof möge den (in Rn. 2 zitierten) Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien gemäß § 30 Abs. 3 VwGG dahin abändern, dass der Auftraggeberin einstweilig, bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes über die Revision, untersagt werde, Einzelverträge über die Lieferung näher bezeichneter Produkte im Rahmen des mit der



zweitmitbeteiligten Partei geschlossenen Rahmenvertrages zu schließen (zur Behandlung des im Schriftsatz vom 22. Jänner 2021 ebenfalls gestellten Antrags auf Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung siehe den hg. Beschluss vom heutigen Tag, Ra 2021/04/0008-6).

- 4 Dieser - über die in § 30 Abs. 2 und 3 VwGG vorgesehene Möglichkeit, einer Revision aufschiebende Wirkung zuzuerkennen, hinausgehende - Antrag kann nicht Gegenstand eines Verfahrens nach § 30 Abs. 3 VwGG sein, sondern ist - unabhängig von der erfolgten Bezugnahme auf § 30 Abs. 3 VwGG - als eigenständiger, unmittelbar auf Unionsrecht gestützter Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung zu qualifizieren.
- 5 Der Verwaltungsgerichtshof hat - der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) folgend - bereits wiederholt ausgesprochen, es sei nicht ausgeschlossen, auf Grundlage der unmittelbaren Anwendung von Unionsrecht einstweilige Anordnungen mit der Wirkung zu treffen, dem Antragsteller eine Rechtsposition vorläufig einzuräumen, deren Einräumung mit dem angefochtenen Erkenntnis auf der Grundlage einer (möglicherweise dem Unionsrecht widersprechenden) nationalen Rechtsvorschrift verweigert wurde (vgl. VwGH 29.10.2014, Ro 2014/04/0069, Pkt. 3.2., mwN).
- 6 Wie der Verwaltungsgerichtshof im zitierten Beschluss Ro 2014/04/0069 mit näherer Begründung, auf die gemäß § 43 Abs. 2 zweiter Satz VwGG verwiesen wird, festgehalten hat, ist zur Bestimmung der Zuständigkeit zur Erlassung einstweiliger Anordnungen im Revisionsverfahren von der „sachnächsten“ Zuständigkeit auszugehen, wobei das „sachnächste“ Gericht das Verwaltungsgericht ist. Der Verwaltungsgerichtshof ist daher für die Erlassung einer einstweiligen Anordnung im Revisionsverfahren unzuständig, woran auch die Vorlage der Revision durch das Verwaltungsgericht an den Verwaltungsgerichtshof nichts zu ändern vermag (vgl. VwGH 25.2.2019, Ra 2018/19/0611, Rn. 16).
- 7 Ausgehend davon war der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Anordnung - soweit er sich an den Verwaltungsgerichtshof richtet - mangels Zuständigkeit zurückzuweisen, wobei damit keine abschließende Erledigung



dieses Antrags verbunden ist (vgl. dazu auch VwGH 20.3.2018, Ko 2018/03/0001, Rn. 40, mwN; 24.6.2015, Ra 2015/04/0035).

- 8 Darüber hinaus wird noch auf Folgendes hingewiesen:
- 9 Zweck der Erlassung unmittelbar auf Unionsrecht gegründeter einstweiliger Anordnungen ist die Sicherung der vollen Wirksamkeit der Entscheidung in der Hauptsache. Hauptsache ist jene, in der die Entscheidung ergeht, deren volle Wirksamkeit durch eine einstweilige Anordnung gesichert werden soll (vgl. erneut VwGH Ra 2018/19/0611, Rn. 14). Gemäß dem nach der ständigen Rechtsprechung des EuGH bestehenden unionsrechtlichen Grundsatz muss ein mit einem nach Unionsrecht zu beurteilenden Rechtsstreit befasstes nationales Gericht in der Lage sein, vorläufige Maßnahmen zu erlassen, um die volle Wirksamkeit der späteren Gerichtsentscheidung über das Bestehen der aus dem Unionsrecht hergeleiteten Rechte sicherzustellen (vgl. VwGH 5.9.2018, Ra 2018/03/0056, Rn. 28, mwN auch zur Judikatur des EuGH).
- 10 Hauptsache im vorliegenden Revisionsverfahren ist die Entscheidung über die von der Revisionswerberin beantragte und vom Verwaltungsgericht Wien mit Erkenntnis vom 12. Oktober 2020 abgelehnte Nichterklärung der Zuschlagsentscheidung der Auftraggeberin im zugrundeliegenden Vergabeverfahren betreffend einen Rahmenvertrag. Nach den - von der Revisionswerberin nicht bestrittenen - Ausführungen des Verwaltungsgerichtes Wien in seinem Beschluss vom 4. Dezember 2020 wurde der Zuschlag in diesem Vergabeverfahren am 20. Oktober 2020 erteilt und der Rahmenvertrag abgeschlossen.
- 11 Da eine Zuständigkeit zur Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung (wie hier der Zuschlagsentscheidung) nur bis zur Zuschlagserteilung besteht (siehe § 8 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2020 [WVRG 2020]), könnte das Verwaltungsgericht Wien auch im Fall einer Aufhebung seines Erkenntnisses vom 12. Oktober 2020 durch den Verwaltungsgerichtshof im vorliegenden Revisionsverfahren die Zuschlagsentscheidung nicht mehr für nichtig erklären, sondern lediglich - auf Antrag der Revisionswerberin - das



Verfahren als Feststellungsverfahren fortsetzen (und gegebenenfalls feststellen, dass der behauptete Rechtsverstoß vorliegt).

- 12 Vorliegend käme nur ein Antrag auf Feststellung nach § 8 Abs. 3 Z 1 WVRG 2020 (auf Feststellung, dass der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde) in Betracht, weil nach den unbestritten gebliebenen Ausführungen des Verwaltungsgerichtes sowohl eine Bekanntmachung erfolgt ist als auch eine Zuschlagsentscheidung mitgeteilt wurde. Eine derartige Feststellung hätte aber nicht die Nichtigkeitserklärung des abgeschlossenen Rahmenvertrages zur Folge (siehe § 8 Abs. 3 Z 6 sowie § 31 Abs. 2 bis 4 WVRG 2020 bzw. dazu, dass dies mit den unionsrechtlichen Grundlagen in Einklang steht, Art. 2d Abs. 1 der Richtlinie 89/665/EWG [Rechtsmittelrichtlinie]). Die Wirksamkeit einer Aufhebung durch den Verwaltungsgerichtshof im vorliegenden Revisionsverfahren wäre darauf beschränkt, die Feststellung eines Rechtsverstoßes (als Grundlage für eine allfällige Geltendmachung von Schadenersatz nach § 373 BVergG 2018) durch das Verwaltungsgericht zu ermöglichen. Der Rahmenvertrag selbst bliebe vom Ausgang des vorliegenden Revisionsverfahrens hingegen unberührt.
- 13 Somit kann aber die begehrte einstweilige Anordnung, nämlich die Untersagung des Abschlusses von Einzelverträgen auf Basis des Rahmenvertrages, nicht der Sicherstellung der Wirksamkeit der späteren Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes dienen. Schon aus diesem Grund könnte mit dem gegenständlichen Antrag die Sicherung des vorläufigen Rechtsschutzes in der Hauptsache nicht erreicht werden.

W i e n , am 12. Februar 2021

