



Der Verwaltungsgerichtshof hat über den Antrag der B SE, vertreten durch die Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Jasomirgottstraße 6/5, die der Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 9. Jänner 2023, Zl. W131 2260775-1/50Z, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung, zuerkannte aufschiebende Wirkung aufzuheben, den **Beschluss** gefasst:

Gemäß § 30 Abs. 3 VwGG wird dem Antragn i c h t s t a t t g e g e b e n .

Begründung:

- 1 **1.** Mit Erkenntnis vom 9. Jänner 2023 wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag der revisionswerbenden Partei, die ihr gegenüber ausgesprochene Ausscheidensentscheidung für nichtig zu erklären, ab.
- 2 Mit hg. Beschluss vom 2. Februar 2023, Ra 2023/04/0009-9, wurde der gegen diese Entscheidung erhobenen außerordentlichen Revision die beantragte aufschiebende Wirkung zuerkannt.
- 3 Dies wurde im Wesentlichen damit begründet, dass die revisionswerbende Partei einen unverhältnismäßigen Nachteil aufgezeigt habe, der mit dem sofortigen Vollzug des angefochtenen Erkenntnisses verbunden wäre. Der revisionswerbenden Partei ginge ohne die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung der Status eines noch nicht rechtskräftig ausgeschiedenen Bieters und damit die realistische Chance auf Erhalt des Zuschlags verloren, woraus ihr ein (näher bezeichneter) beträchtlicher vermögensrechtlicher Nachteil erwachsen würde.
- 4 **2.** Mit dem nunmehr gegenständlichen Antrag vom 2. März 2023 beantragt die Auftraggeberin, die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung aufzuheben.

Dazu wird vorgebracht, dass die Auftraggeberin dem „Auftrag“ des Verwaltungsgerichtshofes entsprochen und der revisionswerbenden Partei als verbliebene Bieterin die Zuschlagsentscheidung übermittelt habe, die auch bereits wieder Gegenstand eines weiteren Nachprüfungsverfahrens sei. Damit bestehe kein weiteres Sicherungsinteresse mehr durch die vom Verwaltungsgerichtshof zuerkannte aufschiebende Wirkung.





- 5 **3.** Die revisionswerbende Partei hält dem in ihrer Stellungnahme vom 22. März 2023 unter anderem entgegen, dass keine wesentliche Änderung bezüglich der Voraussetzungen zur Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung eingetreten sei. Die erfolgte Übermittlung der neuen Zuschlagsentscheidung an die revisionswerbende Partei könne eine Aufhebung der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung in keiner Weise begründen. Die Auftraggeberin verkenne, dass es einen wesentlichen Unterschied mache, ob der revisionswerbenden Partei lediglich die neuerliche Zuschlagsentscheidung zugestellt werde oder ob die revisionswerbende Partei bis zur Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes in der Hauptsache als nicht materiell rechtskräftig ausgeschieden und daher - vorläufig - als im Vergabeverfahren verbliebener Bieter anzusehen sei.
- 6 **4.** Nach § 30 Abs. 3 VwGG kann der Verwaltungsgerichtshof (ab Vorlage der Revision) Beschlüsse gemäß Abs. 2 von Amts wegen oder auf Antrag einer Partei aufheben oder abändern, wenn er die Voraussetzungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung anders beurteilt oder wenn sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Revision maßgebend waren, wesentlich geändert haben.
- 7 **5.** Im vorliegenden Fall wird vorgebracht, dass sich die Voraussetzungen, die für die Entscheidung über die aufschiebende Wirkung der Revision maßgebend waren, wesentlich geändert hätten.
- 8 Die Auftraggeberin zeigt mit ihrem Antrag aber nicht auf, dass die Voraussetzungen der Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung anders (als im hg. Beschluss vom 2. Februar 2023) zu beurteilen wären.
- 9 So wurde bereits im hg. Beschluss vom 2. Februar 2023 klargestellt, dass die Zuerkennung der aufschiebenden Wirkung im vorliegenden Fall (bloß) zur Folge hat, dass die revisionswerbende Partei als verbliebene Bieterin (siehe § 143 Abs. 1 BVergG 2018) anzusehen ist.

Die Auftraggeberin legt auch nicht dar, inwieweit es ihr nicht möglich sein sollte, das Vergabeverfahren abzuschließen, wenn der Revision gegen eine





Ausscheidensentscheidung aufschiebende Wirkung zuerkannt wird (vgl. in diesem Zusammenhang auch VwGH 3.8.2021, Ro 2021/04/0020-5).

- 10 Zudem übersieht die Auftraggeberin, dass sich der Provisorialrechtsschutz - wie von der revisionswerbenden Partei in ihrer Stellungnahme auch aufgezeigt - nicht darin erschöpft, dass der revisionswerbenden Partei einmalig die Zuschlagsentscheidung zuzustellen ist, weil ansonsten die Auftraggeberin die angefochtene Zuschlagsentscheidung zurücknehmen und anschließend gleichlautend wieder fassen könnte, ohne sie dann der revisionswerbenden Partei zuzustellen.
- 11 **6.** Dem Antrag der Auftraggeberin auf Aufhebung der zuerkannten aufschiebenden Wirkung war daher nicht stattzugeben.

W i e n , am 23. März 2023

