

TE Bvgw Beschluss 2021/7/2 W279 2241502-3

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.07.2021

Entscheidungsdatum

02.07.2021

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §340

BVergG 2018 §341

BVergG 2018 §344

BVergG 2018 §350

B-VG Art133 Abs4

B-VG Art133 Abs9

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W279 2241502-3/5E

Beschluss

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. KOREN als Einzelrichter im Vergabeverfahren „A08 Innkreis Autobahn, INB Ort – Suben, km 62,0 – km 74,0, Bauleistungen“ der Auftraggeberin Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG), vergebende Stelle ASFINAG Bau Management GmbH, Modecenterstraße 16, 1030 Wien, vertreten durch FSM Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Wiesingerstraße 3, 1010 Wien, aufgrund des Antrages der Antragstellerin XXXX , vertreten durch E+H Eisenberger+Herzog Rechtsanwalts GmbH, Wienerbergstraße 11, 1100 Wien, vom 15.06.2021 auf Gebührenersatz, folgenden Beschluss:

A)

Der Antrag auf „Rückerstattung der zu viel entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt € 9.318,00 (€ 6.239,00 für den Antrag auf Nachprüfung, in eventu Feststellung und € 3.079,00 für den EV-Antrag)“ wird gemäß § 341 BVergG 2018 zurückgewiesen.

B)

Die Revision ist gem. Art 133 Abs. 4 in Verbindung mit Abs. 9 B-VG nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Antrag vom 15.04.2021, beim BVwG eingebracht am selben Tag, begehrte die Antragstellerin die „Wahl der Direktvergabe der [Auftraggeberin] für die Brückensanierungsmaßnahmen im Streckennetz der A8 Innkreis Autobahn im Bereich zwischen Ort im Innkreis und Suben (km 62,0 – km 74,0) für nichtig“ zu erklären sowie in eventu festzustellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens „ohne vorherige Bekanntmachung [...] rechtswidrig war“ und dass „die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung [...] rechtswidrig war“. Beantragt wurde überdies, „der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, betreffend die bekämpfte Direktvergabe [...] den Zuschlag zu erteilen“ sowie die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die entrichtende Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu ersetzen.

Begründend wurde von der Antragstellerin – soweit gegenständlich relevant – Folgendes ausgeführt:

Mit Bekanntmachung vom 16.12.2020, Nr. 2020/S 245-606069, sei der gegenständliche Bauauftrag von der Auftraggeberin europaweit als offenes Verfahren im Oberschwellenbereich ausgeschrieben worden. Dieser Bauauftrag umfasse unter anderem die Durchführung von Instandsetzungsmaßnahmen an insgesamt sieben Autobahnbrücken sowie an elf Unterführung- und Überführungsbaudenkmälern im genannten Streckennetz. An diesem Verfahren sei die Antragstellerin nicht selbst als Bieterin beteiligt gewesen, sondern habe als Subunternehmerin für mehrere Bieter des Vergabeverfahrens für den Leistungsteil „Lieferung und Montage von Fahrbahnübergangskonstruktionen inklusive Polymerbetonbalken“ teilgenommen, nachdem der Einsatz von Subunternehmern gemäß Punkt 1.1.29, B.1 allgemeine Ausschreibungsbestimmungen ausdrücklich zulässig gewesen sei.

Im Leistungsverzeichnis der Ausschreibung seien bei den relevanten Positionen ausdrücklich zugelassene Schweißkonstruktionen ohne Verschraubungen und geschraubte Konstruktionsteile deklariert worden. Die Antragstellerin habe nach dem Zuschlag an die XXXX (im Folgenden: mitbeteiligte Partei) erfahren, dass entgegen dem Wortlaut des Leistungsverzeichnisses die gegenständlichen Fahrbahnübergangskonstruktionen offenbar nicht wie ausgeschrieben, sondern als geschraubte Konstruktionen umgesetzt werden sollen. Entsprechend werde das Gewerk auch nicht mit der Antragstellerin – wie im offenen Verfahren angeboten – durchgeführt, sondern ein anderes Unternehmen als Subunternehmer mit dem Leistungsteil „Lieferung und Montage der Fahrbahnübergangskonstruktionen“ betraut.

Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Auftraggeberin mit der mitbeteiligten Partei die abweichende Ausführung des gegenständlichen Bauauftrages ohne vorherige Bekanntmachung eines Vergabeverfahrens vereinbart habe oder vereinbaren wollen würde, ohne dass die entsprechenden gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen würden. Nachträgliche Änderungen des Vertragsinhaltes ohne neuerliche Ausschreibung seien nur in den engen Grenzen des § 365 BVergG 2018 zulässig, nämlich nur dann, wenn eine unwesentliche Vertragsänderung vorliege. In der ursprünglichen Ausschreibung sei aber laut Leistungsverzeichnis unter anderem eine wesentliche Bedingung gewesen, dass die Fahrbahnübergangskonstruktionen als „Schweißkonstruktion ohne Verschraubungen und geschraubte Konstruktionsteile“ auszuführen sein. Das Abgehen von dieser Voraussetzung sei im Lichte der gesetzlichen Bestimmungen und der Judikatur als wesentliche Vertragsänderung zu werten, weswegen eine neuerliche Ausschreibung hätte stattfinden müssen. Dies sei von der Auftraggeberin unterlassen worden. Eine solche nachträgliche freihändige Vertragsveränderung stelle nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine unzulässige Direktvergabe dar, welche von der Antragstellerin mit dem gegenständlichen Antrag bekämpft werde.

Im Rahmen der Antragstellung entrichtete die Antragstellerin eine Gebührenzahlung in Höhe von € 486,- (€ 324,- für den Antrag auf Nichterklärung der Direktvergabe sowie € 162,- für den Antrag auf einstweilige Verfügung).

2. Mit Schreiben vom 23.04.2021 nahm die Auftraggeberin Stellung.

Einleitend hielt die Auftraggeberin fest, dass die Antragstellerin – entgegen ihrer Annahme – von der mitbeteiligten Partei nicht als Subunternehmerin genannt wurde. Ebenso sei die Festlegung, dass die Fahrbahnübergangskonstruktionen als Schweißkonstruktionen ohne Verschraubungen und geschraubte Konstruktionsteile zur Ausführung gelangen, während des Vergabeverfahrens unverändert beibehalten worden. Weder das Angebot der mitbeteiligten Partei noch die Auftraggeberin in ihrer Zuschlagserteilung seien von der Vorgabe abgewichen. Auch nach Zuschlagserteilung sei keine abweichende Ausführung beauftragt worden. Der Leistungsvertrag sei vielmehr nach wie vor in der zugeschlagenen Fassung gültig.

Die Korrespondenz zwischen der Antragstellerin und der mitbeteiligten Partei sei ohne Belang für das vorliegende Verfahren. Die mitbeteiligte Partei habe die Antragstellerin nicht als Subunternehmerin herangezogen. Die Auftraggeberin habe der Antragstellerin lediglich die ausschreibungskonforme Realisierung des Vorhabens bestätigt.

3. Ebenfalls mit Schreiben vom 23.04.2021 er hob die mitbeteiligte Partei begründete Einwendungen.

Demnach gehe die Antragstellerin von einem falschen Sachverhalt aus. Die mitbeteiligte Partei habe sie nicht als Subunternehmerin genannt und es sei keine von der Ausschreibung abweichende Ausführung vereinbart worden. Ebenso sei es zu keiner Änderung des Leistungsverzeichnisses nach der Zuschlagserteilung gekommen. Der Anträge gegen die vermeintliche Direktvergabe und die behauptete Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung würden sohin ins Leere gehen, weil die Auftraggeberin dieses Vergabeverfahren nicht gewählt und keine Vertragsänderung vereinbart habe.

4. Mit hg. Schreiben vom 26.04.2021, GZ W279 2241502-2/11Z, wurde die Antragstellerin aufgefordert, die Differenz zur Pauschalgebühr hinsichtlich einer einstweiligen Verfügung bei Bauaufträgen im Oberschwellenbereich in Höhe von € 3.079,- (€ 3.241,- abzüglich der bereits eingezahlten € 162,-) zu entrichten.

Dieser Nachzahlungsaufforderung kam die Antragstellerin fristgerecht nach.

5. Mit Schreiben vom 27.04.2021 nahm die Antragstellerin erneut Stellung.

Darin führte sie aus, dass aus dem beigelegten E-Mail-Verlauf mit der mitbeteiligten Partei hervorgehe, dass die Antragstellerin mit der Ausführung des Gewerks beauftragt werden sollte. Da der mitbeteiligten Partei der Zuschlag erteilt wurde, die Antragstellerin allerdings keinen Auftrag erhalten habe, ergebe sich zwangsläufig, dass mit der Ausführung des Gewerks ein anderes Unternehmen beauftragt worden sei oder noch werden solle. Nach der Marktkenntnis der Antragstellerin verfüge aber kein anderer Mitbewerber über die im Leistungsverzeichnis geforderte Schweißkonstruktion, sodass ohne abweichende Ausführung eine Beauftragung eines anderen Unternehmens nicht möglich sein kann. Durch den nachträglichen Verzicht auf diese Voraussetzung und Gestaltung einer geänderten Ausführung mit Zustimmung des Bauherrn liege aber eindeutig eine wesentliche Änderung und damit unzulässige Direktvergabe vor.

Die Stellungnahme der Auftraggeberin sei insoweit verfehlt, als das ursprüngliche Verfahren gar nicht bekämpft werde. Vielmehr wende sich die Antragstellerin gegen die freihändige Vergabe der dem ursprünglichen Leistungsverzeichnis nicht entsprechenden Ausführung. Sofern diese Änderung der Ausführung noch nicht von der Auftraggeberin beauftragt wurde, sei das BVwG vor erfolgter Zuschlagserteilung zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung zuständig und es sei dem Antrag darauf jedenfalls stattzugeben. Nur durch Untersagung der Zuschlagserteilung betreffend die bekämpfte Direktvergabe bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das BVwG könne der Abschluss einer unzulässigen Direktvergabe zu den geänderten Konditionen verhindert und der Rechtsschutz gewahrt werden.

6. Mit Beschluss vom 29.04.2021, W279 2241502-1/2E, wies das BVwG den Antrag auf einstweilige Verfügung zurück.

Begründend verwies das BVwG darauf, dass es im Hinblick auf § 334 BVergG 2018 nicht zuständig sei, einstweilige Verfügungen nach Zuschlagserteilung zu erlassen.

7. Mit hg. Schreiben vom 06.05.2021, GZ W279 2241502-2/18Z, wurde die Antragstellerin aufgefordert, die Differenz zur Pauschalgebühr hinsichtlich eines Nachprüfungsantrages bei Bauaufträgen im Oberschwellenbereich in Höhe von € 6.158,- (€ 6.482,- abzüglich der bereits eingezahlten € 324,-) zu entrichten.

Dieser Nachzahlungsaufforderung kam die Antragstellerin fristgerecht nach.

8. Mit Schreiben vom 06.05.2021, GZ W279 2241502-2/18Z, forderte das BVwG die Antragstellerin auf, substantiiert vorzubringen, woher die Kenntnis komme, dass der Vertrag geändert worden sei oder geändert werden solle, zumal aus dem elektronisch geführten Schriftverkehr der Antragstellerin nicht ableitbar sei, welches Unternehmen an der Stelle der Antragstellerin die Schweißkonstruktionen ohne Schraubarbeiten durchführe oder ob Schraubarbeiten durchgeführt werden würden.

9. Mit Schreiben vom 06.05.2021, GZ W279 2241502-2/19Z bzw. GZ W279 2241502-2/20Z, forderte das BVwG die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei auf, darzulegen, ob die schraublose Konstruktion nur durch die Antragstellerin technisch in der ausgeschriebenen Art (geschweißt ohne Schrauben) bewerkstelligt werden kann bzw. wer diese Teile im gegenständlichen Vergabeverfahren fertigt bzw. anbietet.

10. Mit Stellungnahmen vom jeweils 11.05.2021 antworteten die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei sinngemäß u.a., dass die ausschreibungskonforme Ausführung nicht nur durch die Antragstellerin bewerkstelligt werden könne.

11. In ihrer Stellungnahme vom 28.05.2021 brachte die Antragstellerin zusammengefasst vor, dass sie mündlich von der mitbeteiligten Partei erfahren habe, dass die Konstruktion ausschreibungswidrig in nunmehr geschraubter statt geschweißter Form erfolgen solle. Überdies verfüge die an ihrer Stelle beauftragte Mitbewerberin XXXX „über keine im Leistungsverzeichnis geforderte zugelassene Schweißkonstruktion, um das Gewerk wie ausgeschrieben und technisch spezifiziert auszuführen, sodass ohne abweichende Ausführung eine Beauftragung eines anderen Unternehmens nicht möglich sein kann.“

12. Mit Schriftsatz vom 15.06.2021 zog die Antragstellerin ihren Antrag auf Nachprüfung, in eventu Antrag auf Feststellung zurück und beantragte die „Rückerstattung der zu viel entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt € 9.318,00 (€ 6.239,00 für den Antrag auf Nachprüfung, in eventu Feststellung und € 3.079,00 für den EV-Antrag)“.

13. Mit Beschluss vom 23.06.2021, GZ W279 2241502-2/40E, stellte das BVwG das zur GZ W279 2241502-2 Verfahren infolge der Antragszurückziehung ein.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen (Sachverhalt):

Die Autobahnen- und Schnellstraßen-Finanzierungs-Aktiengesellschaft (ASFINAG) schrieb unter der Bezeichnung „A08 Innkreis Autobahn, INB Ort – Suben, km 62,0 – km 74,0, Bauleistungen“ unter dem CPV-Code „45233110-3 Bauarbeiten für Autobahnen“ einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestbieterprinzip aus. Vergebende Stelle war dabei die ASFINAG Baumanagement GmbH (allgemeine Auskünfte der Auftraggeberin).

Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte in Österreich über die elektronische Vergabeplattform ProVia am 11.12.2020. Die Veröffentlichung der Ausschreibung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erfolgte am 16.12.2020 unter der ZI. 2020/S 245-606069 (allgemeine Auskünfte der Auftraggeberin; Anlage A zum Antrag der Antragstellerin; Stellungnahme der Auftraggeberin vom 23.04.2021).

Die Auftraggeberin teilte den Bieterin am 02.03.2021 über die elektronische Vergabeplattform mit, der mitbeteiligten Partei den Zuschlag erteilen zu wollen. Diese Mitteilung der Zuschlagsentscheidung blieb unbekämpft, sodass die Auftraggeberin der mitbeteiligten Partei nach Ablauf der Stillhaltefrist am 16.03.2021 durch Übermittlung der Bestellurkunde den Zuschlag erteilte (Stellungnahme der Auftraggeberin vom 23.04.2021; Beilage 2 und 3 zu den allgemeinen Auskünften; begründete Einwendungen der mitbeteiligten Partei vom 23.04.2021).

Die Antragstellerin selbst nahm nicht als Bieterin am Verfahren teil, sondern trat als Subunternehmerin auf. Sie stellte in weiterer Folge einen Nachprüfungsantrag und begehrte darin die „Wahl der Direktvergabe der [Auftraggeberin] für die Brückensanierungsmaßnahmen im Streckennetz der A8 Innkreis Autobahn im Bereich zwischen Ort im Innkreis und Suben (km 62,0 – km 74,0) für nichtig“ zu erklären sowie in eventu festzustellen, dass die Durchführung des Vergabeverfahrens „ohne vorherige Bekanntmachung [...] rechtswidrig war“ und dass „die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung [...] rechtswidrig war“. Beantragt wurde überdies, „der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagen, betreffend die bekämpfte Direktvergabe [...] den Zuschlag zu erteilen“ sowie die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die entrichtende Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu ersetzen (Antrag der Antragstellerin vom 15.04.2021).

Mit Beschluss vom 29.04.2021, GZ W279 2241502-1/2E, wies das BVwG den Antrag auf einstweilige Verfügung zurück.

Mit Schriftsatz vom 15.06.2021 zog die Antragstellerin ihren Antrag auf Nachprüfung, in eventu Antrag auf Feststellung zurück und beantragte die „Rückerstattung der zu viel entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von insgesamt € 9.318,00 (€ 6.239,00 für den Antrag auf Nachprüfung, in eventu Feststellung und € 3.079,00 für den EV-Antrag)“.

Daraufhin stellte das BVwG das zur GZ W279 2241502-2 geführte Verfahren mit Beschluss vom 23.06.2021, GZ W279 2241502-2/40E, ein.

Die Antragstellerin entrichtete nach entsprechender Aufforderung durch das BVwG fristgerecht und vollständig die Pauschalgebühr in Höhe von insgesamt € 9.723 bestehend aus € 6.482,- für den Nachprüfungsantrag sowie € 3.241,- für den Antrag auf einstweilige Verfügung (Einzahlungsbelege der Antragstellerin vom 15.04.2021, 27.04.2021 und 28.05.2021).

Es kann nicht festgestellt werden, dass es zu einer Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung an die mitbeteiligte Partei dahingehend kam, dass entgegen dem Wortlaut des Leistungsverzeichnisses die gegenständliche Fahrbahnübergangskonstruktion nunmehr als geschraubte Konstruktion erfolgen sollte bzw. dass dies beabsichtigt war; ebenso kann nicht festgestellt werden, dass allein die Antragstellerin die ausschreibungskonforme Konstruktion bewerkstelligen kann (Stellungnahme der Auftraggeberin vom 11.05.2021 sowie jene der mitbeteiligten Partei vom 11.05.2021).

Eine Direktvergabe oder eine Klaglosstellung der Antragstellerin konnte nicht festgestellt werden.

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammer genannten Quellen. Es besteht kein Anlass, an deren Richtigkeit zu zweifeln.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin behaupteten Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung ist Folgendes auszuführen:

Das BVwG forderte mit Schreiben vom 06.05.2021, GZ W279 2241502-2/18Z, die Antragstellerin auf, substantiiert vorzubringen, woher die Kenntnis komme, dass der Vertrag geändert worden sei oder geändert werden solle, zumal aus dem elektronisch geführten Schriftverkehr der Antragstellerin nicht ableitbar sei, welches Unternehmen an der Stelle der Antragstellerin die Schweißkonstruktionen ohne Schraubarbeiten durchföhre oder ob Schraubarbeiten durchgeführt werden würden.

In der Stellungnahme vom 28.05.2021 führte die Antragstellerin aus, dass sie mündlich von der mitbeteiligten Partei erfahren habe, dass die gegenständlichen Brückenobjekte nicht ausschreibungskonform und nicht entsprechend der im Leistungsverzeichnis deklarierten technischen Spezifikation als geschweißte Konstruktionen, sondern mit geschraubten Konstruktionen der Mitbewerberin XXXX ausgeführt werden solle. Am 07.04.2021 sei der Antragstellerin überdies von der Projektleitung der Auftraggeberin telefonisch mitgeteilt worden, dass die Brückensanierung mit Konstruktionen der genannten Mitbewerberin erfolgen solle. Zum Beweis dessen beantragte die Antragstellerin die Einvernahme mehrerer genannter Zeugen. Darüber hinaus verfüge die Mitbewerberin über keine im Leistungsverzeichnis geforderte zugelassene Schweißkonstruktion, um das Gewerk wie ausgeschrieben und technisch spezifiziert auszuführen, sodass ohne abweichende Ausführung eine Beauftragung eines anderen Unternehmens nicht möglich sein könne.

Diesem Vorbringen stehen allerdings die übereinstimmenden Ausführungen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei diametral entgegen (vgl. nebst den bereits in Klammer genannten Stellungnahmen auch jene vom 23.04.2021 der Auftraggeberin sowie die begründeten Einwendungen der mitbeteiligten Partei vom 23.04.2021), wonach zu keinem Zeitpunkt ein Abweichen von der in der Ausschreibung beschriebenen Ausführung vereinbart worden wäre bzw. dies beabsichtigt gewesen sei.

Zur näheren Klärung dieser divergierenden Ansichten beraumte das BVwG eine mündliche Verhandlung für den 22.06.2021 an. Zur Durchführung der mündlichen Verhandlung kam es allerdings in weiterer Folge nicht, weil die Antragstellerin bereits zuvor ihren verfahrenseinleitenden Antrag zurückzog. Damit verabsäumte sie aber zugleich auch, das übereinstimmenden Vorbringen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei zu entkräften und es

misslang ihr, geeignete Beweise für eine Vertragsänderung vorzulegen. Die pauschale Annahme, das einzige Unternehmen zu sein, welches die betreffende Leistung erbringen könne, erwies sich unter Berücksichtigung der übereinstimmenden Angaben der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei als nicht stichhaltig.

Insofern ist die von der Antragstellerin behauptete Vertragsänderung nach Zuschlagserteilung bzw. eine Beabsichtigung dessen nicht feststellbar.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A) Abweisung des Antrages

3.1. Anzuwendendes Recht:

Das Bundesvergabegesetz 2018 (BVergG 2018), BGBl. I Nr. 65/2018 idF BGBl. II Nr. 91/2019, lautet auszugsweise:

„Senatzuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

[...]

Gebühren

§ 340. (1) Für Anträge gemäß den §§ 342 Abs. 1, 350 Abs. 1 und § 353 Abs. 1 und 2 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

1. Die Pauschalgebühr ist gemäß den von der Bundesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Die Gebührensätze sind entsprechend dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzusetzen. Die Gebührensätze sind nach objektiven Merkmalen abzustufen. Als objektive Merkmale sind insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeföhrten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung oder um sonstige gesondert anfechtbare Entscheidungen bzw. ob es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.

2. Die festgesetzten Gebührensätze vermindern oder erhöhen sich jährlich in dem Maß, das sich aus der Veränderung des von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlautbarten Verbraucherpreisindex 2015 oder des an seine Stelle tretenden Index gegenüber der der letzten Festsetzung zugrunde gelegten Indexzahl ergibt. Der Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz hat nach Verlautbarung der für Juni des laufenden Jahres maßgeblichen Indexzahl die neu festgesetzten Gebührensätze im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Die neu festgesetzten Gebührensätze gelten ab dem der Kundmachung folgenden Monatsersten.

3. Die Pauschalgebühren sind durch Barzahlung, durch Einzahlung mit Erlagschein, mittels Bankomatkarde oder Kreditkarte zu entrichten. Die über die Barzahlung und Einzahlung mit Erlagschein hinausgehenden zulässigen Entrichtungsarten sind durch das Bundesverwaltungsgericht nach Maßgabe der vorhandenen technisch-organisatorischen Voraussetzungen festzulegen und entsprechend bekannt zu machen.

4. Für Anträge gemäß § 350 Abs. 1 ist eine Gebühr in der Höhe von 50% der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

5. Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 342 Abs. 1 oder gemäß § 353 Abs. 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 342 Abs. 1 oder gemäß § 353 Abs. 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80% der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

6. Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, dessen geschätzter Auftragswert den jeweiligen Schwellenwert gemäß den §§ 12 Abs. 1 oder 185 Abs. 1 nicht erreicht, so ist lediglich die Pauschalgebühr für das dem

Los entsprechende Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich zu entrichten.

7. Wird ein Antrag vor Durchführung der mündlichen Verhandlung oder, wenn keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, vor Erlassung des Erkenntnisses oder Beschlusses zurückgezogen, so ist lediglich eine Gebühr in der Höhe von 75% der für den jeweiligen Antrag festgesetzten oder gemäß Z 5 reduzierten Gebühr zu entrichten. Bereits entrichtete Mehrbeträge sind zurückzuerstatten.

8. Die Gebührensätze bzw. Gebühren gemäß Z 1 und 2 sowie 4 bis 7 sind kaufmännisch auf ganze Euro zu runden.

(2) Für Anträge gemäß Abs. 1 und die Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht fallen keine Gebühren nach dem Gebührengesetz 1957, BGBl. Nr. 267/1957, an.

Gebührenersatz

§ 341. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 340 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 340 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird oder wenn der Antragsteller während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird und

2. dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben wurde bzw. im Falle der Klaglosstellung statzugeben gewesen wäre oder der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde oder im Falle der Klaglosstellung abzuweisen gewesen wäre.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesverwaltungsgericht spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

[...]

Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 344. (1) [...]

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet, oder
2. er nicht innerhalb der in § 343 genannten Fristen gestellt wird, oder
3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

[...]

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 350. (1) [...]

(2) [...] (6) [...]

(7) Ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.“

3.2. Zur Zuständigkeit des Einzelrichters:

Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist.

Nach § 328 Abs. 1 BVergG 2018 entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327 BVergG 2018 grundsätzlich in Senaten, sieht jedoch inter alia in der Frage des Gebührenersatzes Einzelrichterzuständigkeit vor.

Im hier maßgeblichen, zur GZ 2231502-3 protokollierten Verfahren ist allein über den Gebührenersatz nach § 341 BVerG 2018 und nicht über die Höhe der bereits entrichteten Pauschalgebühr nach § 340 BVerG 2018 abzusprechen, sodass gegenständlich Einzelrichterzuständigkeit vorliegt (vgl. dahingehend auch VfGH 26.09.2019, V 64/2019, Rz 56).

3.3. Zur Höhe der Pauschalgebühr:

In ihren Schriftsätzen vertrat die Antragstellerin wiederholt den Standpunkt, dass sich ihr verfahrenseinleitender Antrag nicht gegen „das ursprüngliche Verfahren, somit die bereits erfolgte Zuschlagserteilung im offenen Verfahren, das in der Tat einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich zum Gegenstand hatte“, richtete, sondern vielmehr gegen die „freihändige Vornahme einer wesentlichen Vertragsänderung des im ursprünglichen Verfahren erteilten Auftrags ohne Neuaußschreibung (Ausführung der Brückensanierungsmaßnahmen als Schraub- statt als Schweißkonstruktion)“, was nach der Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes eine unzulässige Direktvergabe darstelle (vgl. den Schriftsatz vom 15.06.2021, S. 2).

Aufgrund dessen entrichtete die Antragstellerin zunächst nur eine Zahlung in Höhe von € 486,- (bestehend aus € 324 für den Antrag auf Nichterklärung der Direktvergabe gemäß § 1 PauschGebV sowie € 162,- für den Antrag auf einstweilige Verfügung gemäß § 340 Abs. 1 Z 5 BVerG 2018).

Die von der Antragstellerin behauptete Vertragsänderung konnte im Verfahren vor dem BVwG allerdings nicht erwiesen werden (vgl. dazu die entsprechende Feststellung unter Punkt 1. sowie die beweiswürdigenden Ausführungen unter Punkt 2.). Dementsprechend erfolgten zwei Aufforderung zur Nachzahlung im Sinne des § 344 Abs. 2 Z 3 BVerG 2018, worin ausgeführt wurde, dass die Pauschalgebühr bei Bauaufträgen im Oberschwellenbereich gemäß § 1 PauschGebV € 6.482,- und jene für den Antrag auf einstweilige Verfügung gemäß § 340 Abs. 1 Z 5 BVerG 2018 die Hälfte davon (€ 3.241,-) beträgt.

Darüber hinaus ist auf die Judikatur des Verfassungsgerichtshofes zu verweisen, wonach die ordnungsgemäße Vergebühr des verfahrenseinleitenden Antrages eine Zulässigkeitsvoraussetzung für die Erledigung des verfahrenseinleitenden Antrages darstellt (vgl. VfGH 26.09.2019, V 64/2019, Rz 38 ff mit Hinweis auf VfGH 01.03.2019, E 4474/2018, zur insoweit vergleichbaren Rechtslage nach dem BVerG 2006). Die Höhe der zu entrichtenden Pauschalgebühr wurde somit (wenn auch implizit) durch die Beschlüsse des BVwG vom 29.04.2021, GZ W279 2241502-1/2E, und vom 23.06.2021, GZ W279 2241502-2/40E festgelegt, denn bei einer Nichtentrichtung der Gebühr in der gebotenen Höhe wäre bereits in einem früheren Stadium des Verfahrens eine Zurückweisung nach § 344 Abs. 2 Z 3 (hinsichtlich des Nachprüfungsantrages) bzw. § 350 Abs. 7 BVerG 2018 (hinsichtlich des Antrages auf einstweilige Verfügung) erfolgt.

Die von der Antragstellerin behauptete niedrigere Höhe der Pauschalgebühr ist untrennbar mit der Frage verbunden, ob in casu eine Direktvorgabe vorliegt oder nicht. Diese Frage wäre im Hauptverfahren (GZ W279 2241502-2) durch das Bundesverwaltungsgericht in Senatszuständigkeit zu klären gewesen. Der dahingehende Antrag wurde allerdings zurückgezogen.

Im gegenständlichen Gebührenersatzverfahren nach § 341 BVerG 2018 ist daher nicht über die bereits feststehende Höhe der Pauschalgebühr abzusprechen, sondern vielmehr darüber, ob die Antragstellerin ihre gemäß § 340 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber ersetzt bekommt (vgl. wiederum VfGH 26.09.2019, V 64/2019, Rz 55 f). Die von der Antragstellerin ersuchte „neuerliche Prüfung der Gebührenbemessung“ kommt beim gegenständlichen Verfahren insofern nicht in Betracht und ist daher zurückzuweisen.

Im Übrigen ist auf die Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes Ra 2016/04/0048 vom 11.05.2017 hinzuweisen, wonach die bloße Behauptung einer Direktvergabe nicht zur niedrigeren Gebührenbemessung führt: „Es ist daher nicht zu beanstanden, wenn das Verwaltungsgericht vorliegend darauf verwiesen hat, dass der hier gegenständlichen Leistungsvergabe ein Aufruf zum Wettbewerb auf Basis einer Rahmenvereinbarung zugrunde lag und demnach keine Direktvergabe gegenständlich war. Das Verwaltungsgericht ist daher zutreffend davon ausgegangen, dass keine Rückerstattung (von Teilen) der entrichteten Pauschalgebühr zu erfolgen hat.“

Zur Verminderung der Gebühr infolge der Antragszurückziehung (§ 340 Abs. 1 Z 7 BVerG 2018) vgl. sogleich unter Punkt 3.4.

3.4. Zum Gebührenersatz:

Voraussetzung betreffend den Gebührenersatz für einen Nachprüfungsantrag ist nach § 341 Abs. 1 BVerG 2018 ein

Obsiegen des Antragstellers oder dessen Klagosstellung. Ein Obsiegen liegt dann vor, wenn dem Nachprüfungsantrag des den Ersatz begehrenden Antragstellers stattgegeben wurde. Unter der Klagosstellung ist das Durchdringen des Antragstellers mit seinem Rechtsstandpunkt ohne eine Entscheidung des BVwG zu verstehen (siehe zu beidem Reisner in Gölles, BVergG 2018 § 341 Rz 10 f [Stand 1.10.2019, rdb.at]).

Die Auftraggeberin bestreitet nach wie vor das Vorliegen einer Direktvergabe als auch das Vorliegen einer Klagosstellung. Wiewohl die Antragstellerin ihrem Schriftsatz vom 15.06.2021 davon spricht, „im anhängigen Verfahren klaglos gestellt“ worden zu sein, liegen für das BVwG keine Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Klagosstellung im Sinne des § 341 Abs. 1 BVergG 2018 vor, zumal die Antragstellerin ungeachtet dessen ihren verfahrenseinleitenden Antrag zurückzog und auch nicht näher präzisierte, worin sich diese Klagosstellung im gegenständlichen Verfahren manifestiere.

Die Voraussetzungen für einen Gebührenersatz nach § 341 Abs. 1 BVergG 2018 liegen daher nicht vor.

Ebenso ist auch der Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ausgeschlossen, weil hierfür ebenfalls die Stattgabe des Nachprüfungsantrages oder die Klagosstellung der Antragstellerin notwendig gewesen wären (§ 341 Abs. 2 Z 1 BVergG 2018).

Im Übrigen verweist die Antragstellerin aber zu Recht darauf, dass die grundsätzlich bereits festgelegte Höhe der Pauschalgebühr aufgrund der Antragsrückziehung (nachträglich) auf 75 % des ursprünglichen Betrages vermindert wird und sohin 25 % zurückzuerstattet sind (§ 340 Abs. 1 Z 7 BVergG 2018). Dies gilt – wie von der Antragstellerin selbst zutreffend ausgeführt – allerdings nur für jene Gebühr, welche für den Nachprüfungsantrag (€ 6.482,-) entrichtet wurde, nicht hingegen für jene Gebühr, welche für den Antrag auf einstweilige Verfügung entrichtet wurde (€ 3.241,-), weil hierbei bereits vor der Antragsrückziehung ein entsprechender Beschluss erging. Der Antragstellerin gebührt daher eine – formlose (vgl. Reisner in Gölles, BVergG 2018 § 340 Rz 17 [Stand 1.10.2019, rdb.at] – Rückerstattung in Höhe von € 1.621,- (25 % von € 6.482,- samt kaufmännischer Rundung nach § 340 Abs. 1 Z 8 BVergG 2018).

Zu Spruchpunkt B) Unzulässigkeit der Revision

Gemäß § 25a Abs. 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die Rechtslage erweist sich nämlich insoweit als eindeutig, als sich das BVwG auf die unter Punkt 3. zitierte Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes zu § 341 BVergG 2018 stützen konnte.

Schlagworte

Bauauftrag Direktvergabe einstweilige Verfügung Klagosstellung Nachprüfungsantrag Nachprüfungsverfahren
Pauschalgebührenersatz Provisorialverfahren Vergabeverfahren Wahl des Vergabeverfahrens Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2021:W279.2241502.3.00

Im RIS seit

27.10.2021

Zuletzt aktualisiert am

27.10.2021

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, <https://www.bvwg.gv.at>