

# TE Bwvg Beschluss 2021/9/15 W131 2243745-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 15.09.2021

## Entscheidungsdatum

15.09.2021

## Norm

AVG §38

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §340

BVergG 2018 §341

BVergG 2018 §342 Abs2

B-VG Art133 Abs9

VwGVG §17

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W131 2241615-3/14Z

W131 2243744-2/3Z

W131 2243745-2/3Z

W131 2243746-2/3Z

W131 2243747-2/3Z

W131 2243748-2/3Z

W131 2241627-3/18Z

W131 2241628-3/17Z

W131 2243750-2/4Z

W131 2243751-2/4Z

W131 2243752-2/4Z

W131 2243753-2/4Z

W131 2243754-2/4Z

W131 2243755-2/4Z

W131 2243756-2/4Z

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Einzelrichter betreffend die Pauschalgebührenersatzverfahren iZm den Nachprüfungsverfahren und Verfahren zur Erlassung einstweiliger Verfügungen betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung elektrischer Energie 2022-2024" (BBG-interne GZ: 2201.03485) der zentralen Beschaffungsstelle und vergebenden Bundesbeschaffung GmbH (= AG), die hier insb für etliche andere Auftraggeber gemäß einer Drittkundenliste tätig wird, aufgrund der Anträge einerseits der XXXX (ASt1) und andererseits der XXXX (ASt2) beschlossen

A)

Die zu W131 2241615-3, W131 2243744-2, W131 2243745-2, W131 2243746-1, W131 2243747-1, W131 2243748-1 für die ASt1 und die zu W131 2241627-3, W131 2241628-3, W131 2243750-2, W131 2243751-2, W131 2243752-2, W131 2243753-2, W131 2243754-2, W131 2243755-2 und W131 2243756-2 für die ASt2 protokollierten Pauschalgebührenersatzverfahren betreffend die für die jeweils je Los gestellten Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (= eV) werden für die Dauer der über die von der ASt1 und ASt2 jeweils eingeleiteten Verfahren zur teilweisen Rückforderung bezahlter Pauschalgebührenbeträge, ausgesetzt.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG jeweils nicht zulässig.

## Text

Entscheidungsgründe:

I. Verfahrensgang:

Beim BVwG wurden von der ASt1 die Auswahlentscheidungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarung bei sechs Losen angefochten, von der ASt2 bei neun Losen. Die ASt1 und ASt2 beantragten insoweit jeweils auch je Los einstweilige Verfügungen, welche auch erlassen wurden. Derart wurden die Auswahlentscheidungen bei den Losen 1, 3, 4, 5, 8, 9, 10, 11 und 16 dieser Vergabe angefochten, wobei die ASt1 und ASt2 bei den Losen 1, 3, 5, 10, 11 und 16 je für sich Anfechtungen vornahm; die ASt 2 zusätzlich bei den Losen 4, 8 und 9 Anfechtungen vornahm; und auftraggeberseitig bei den Losen 1, 3, 5, 10, 11 und 16 ursprünglich jeweils eine andere Rahmenvereinbarungspartnerin in der jeweils angefochtenen Auswahlentscheidung ausgewählt worden war als bei dem Losen 4, 8 und 9.

Die durch die ASt1 und die ASt2 beantragten Nichtigerklärungen betreffend die Auswahlentscheidungen wurden vom BVwG nochmalig stattgebend ausgesprochen.

Die ASt1 und ASt2 vertraten dabei grundsätzlich den Standpunkt, dass die Pauschalgebühren für die Nachprüfungs- und eV - Anträge nicht je Los gesondert zu bezahlen hätten.

Nach Erlassung der einstweiligen Verfügungen durch die erste Vertreterin des Leiters einer anderen Gerichtsabteilung erklärte sich der Leiter dieser anderen Gerichtsabteilung für den gegenständlichen Vergaberechtsstreit für befangen, wonach für die noch unerledigten Nichtigerklärungs- und Pauschalgebührenersatzanträge eine Neuzuweisung an den Senat bzw Einzelrichter der GAbt W131 stattfand.

Die ASt1 hatte für sechs angefochtene Auswahlentscheidungen ursprünglich 19.440 Euro Pauschalgebühren iZm begehrt Nachprüfung und beantragten einstweiligen Verfügungen entrichtet, die ASt 2 insoweit für die Anfechtung von Auswahlentscheidungen bei neun Losen (inkl jeweils beantragter einstweiliger Verfügung bis zur Neuzuweisung) einmal 19.440 Euro und einmal 15.552 Euro.

Nach gerichtlicher Erörterung, dass einerseits für die bereits erledigten eV - Anträge keine Gebühren mehr nachgefordert werden könnten, dies iSv VfGH V 64/2019, und Klarlegung, dass das BVwG je angefochtener Auswahlentscheidung je Los einen Nachprüfungsantrag sieht, dies mangels Anwendbarkeit der Sondervorschrift des § 342 Abs 2 BVergG, zahlte die ASt1 unter Anwendung der Gebührenermäßigung gemäß § 340 Abs 1 Z 5 BVergG unter Verwendung der bisher einbezahlten Gebühren für die eV - Gebührensschuld sechs Nachprüfungsantragsgebühren nach, die ASt2 gleichartig neun Nachprüfungsantragsgebühren für die von ihr angefochtenen neun Auswahlentscheidungen.

Die ASt1 und die ASt2 legten dabei ihre andere Sicht zum Umfang der geschuldeten Gebühren ausdrücklich offen und begehrten eine teilweise Gebührenrückforderung.

Die Auftraggeberseite brachte insoweit ihrerseits im Verfahrensgeschehen vor, dass sie gegenüber der ASt2 für maximal 19.440 Euro gebührenersatzpflichtig werden könnte, auch wenn die ASt2 ursprünglich die Auswahlentscheidung beim Los 16 mit der Nachprüfungseingabe zu W131 2241627-1 und die restlichen acht angefochtenen Auswahlentscheidungen mit einer weiteren Eingabe angefochten hatte.

Unstrittig haben alle neun angefochtenen Lose einen geschätzten Auftragswert, der gemäß § 2 Abs 2 der Verordnung BGBl II 212/2021 jeweils zur sechsfach erhöhten Pauschalgebühr im Vergleich zur einfachen Pauschalgebühr bei der Vergabe von Lieferaufträgen im Oberschwellenbereich führt.

Da gemäß § 341 BVergG nur die gemäß § 340 BVergG entrichteten Pauschalgebühren bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen an die Auftraggeberseite zum Ersatz auferlegt werden dürfen, ist - insb auch nach den gestellten Rückforderungsbegehren der ASt1 und ASt2 - dz noch fraglich, in welchem Umfang der für die Rückforderungsverfahren gemäß VfGH V 64/2019 zuständige Senat gemäß § 328 BVergG unter Bedachtnahme auf das Unionsrecht und das Verfassungsrecht allenfalls den Rückforderungsbegehren in einem bestimmten Ausmaß stattzugeben oder nicht stattzugeben hat.

Damit wird in den Verfahren zur Rückforderung von Gebühren vom Senat des BVwG - siehe auch insoweit VfGH 64/2019 - zu klären sein, ob Gebühren in einem bestimmten Umfang zurückzuzahlen sind.

Die Pauschalgebührenersatzanträge der ASt1 und ASt2 sind damit von der im jeweiligen antragstellerinnenspezifischen Rückforderungsverfahren zu lösenden Vorfrage abhängig, in welchem Umfang verfassungs- und unionsrechtskonform Pauschalgebühren für die Nachprüfungs- und eV - Anträge zu entrichten gewesen sind.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Der Verfahrensgang mit den darin festgehaltenen Verfahrenstatsachen wird als entscheidungsrelevanter Sachverhalt festgestellt.

Insb wird festgestellt, dass die ASt1 und ASt2 betreffend die ihrerseits entrichteten Pauschalgebühren jeweils Anträge auf (teilweise) Rückforderung gestellt haben.

Weiters wird festgestellt, dass aktuell zu den Rechtssachen des EuGH C-274/21 und C-275/21 die gemäß § 340 BVergG zu bezahlenden Pauschalgebühren hinsichtlich ihrer unionsrechtlichen Zulässigkeit unter dem Blickwinkel insb des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes hinterfragt werden.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt und Verfahrensgang ergeben sich unstrittig und eindeutig aus den Gerichtsakten mit den Aktenzahlen W131 2241615, W131 2243744, W131 2243745, W131 2243746, W131 2243747, W131 2243748, W131 2241627, W131 2241628, W131 2243750, W131 2243751, W131 2243752, W131 2243753, W131 2243754, W131 2243755 und W131 2243756, und bei diesen Aktenzahlen aus den Verfahrensakten mit der Verfahrenszahlbezeichnung -1, -2 und teilweise auch -3.

3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß § 328 Abs 1 BVergG, BGBl I 2018/65 ist der Einzellrichter zur Erledigung von Pauschalgebührenersatzbegehren gemäß § 341 BVergG zuständig.

Gemäß der Rsp des VfGH zu V 64/2019, dort mwN, ist der Senat gemäß § 328 BVerGG zur Erledigung von Anträgen auf Gebührenrückzahlung zuständig.

Gemäß § 38 AVG iVm § 333 BVerGG können auch die vom Einzelrichter zu erledigenden Pauschalgebührenersatzverfahren für die Dauer anderer präjudizieller Verfahren ausgesetzt werden.

Da in den Verfahren zur Rückforderung von Pauschalgebühren über die Vorfrage zu entscheiden ist, in welcher Höhe die Ast1 und die Ast2 definitiv Pauschalgebühren für ihre jeweiligen Nachprüfungs- und eV - Anträge gemäß § 340 BVerGG zu entrichten gehabt haben, und erst danach der entsprechende Gebührenersatzbetrag feststehen wird, erscheint es zweckmäßig, die vorliegenden Pauschalgebührenersatzverfahren für die Dauer der bezogenen Gebührenrückforderungsverfahren auszusetzen.

Dies insb vor dem Hintergrund, dass das BVwG bereits zu den Rs des EuGH C-274/21 und C-275/21 die unionsrechtliche Zulässigkeit des Pauschalgebührensystems des BVerGG insb vor dem Hintergrund des unionsrechtlichen Äquivalenzgrundsatzes hinterfragt hat und zudem nach hier vertretener Auffassung objektive Bedenken gegen die Gebührenhöhe der Pauschalgebühren aus verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten bestehen, soweit das Gebührenregime unionsrechtlich trotz der Verpflichtung zur unionsrechtskonformen Rechtsanwendung als weiterhin heranzuziehend zu betrachten ist.

Verfassungsrechtliche Bedenken insb wie nachstehend aufgezeigt (, zumal bei objektiven Bedenken insb zur Sachlichkeit einer Regelung eine Normanfechtung gemäß Muzak, B-VG6 Art 89, Rz 7, verpflichtend ist, und dies auch für Verwaltungsgerichte gemäß Art 135 Abs 4 B-VG gilt):

In den ausgesetzten Pauschalgebührenersatzverfahren ist unstrittig über die Ersatzpflicht von Pauschalgebühren bei Lieferaufträgen mit einem geschätzten Auftragswert abzusprechen, der das Zwanzigfache des Grenzwerts bei Oberschwellenbereichsvergaben bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen übersteigt.

§ 12 Abs 1 BVerGG lautet insoweit aktuell:

Verfahren von öffentlichen Auftraggebern zur Vergabe von Aufträgen erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Auftragswert

1. bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von in Anhang III genannten öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, mindestens 139 000 Euro ... beträgt; bei Lieferaufträgen, die im Bereich des Bundesministeriums für Landesverteidigung vergeben werden, gilt dies nur für Aufträge im Verteidigungsbereich betreffend Waren, die in Anhang IV genannt sind, oder
2. bei Dienstleistungsaufträgen gemäß Anhang XVI mindestens 750 000 Euro beträgt, oder
3. bei allen übrigen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen mindestens 214 000 Euro ... beträgt, oder
4. bei Bauaufträgen mindestens 5 350 000 Euro ... beträgt.

Dies führt zu folgenden als sachlich fraglichen Gebührenzahlungspflichten:

- Die aktuelle Gebührenregelung führt nunmehr iVm § 340 BVerGG und § 2 Abs 2 der VerordnungBGBl II 2018/212 bei Vergaben mit vorheriger Bekanntmachung dazu, dass bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und damit bei den diesem Streitgeschehen zu Grunde liegenden Lieferaufträgen die sechsfache Oberschwellenbereichs- Pauschalgebühr von 19.440 Euro für einen einzigen Nachprüfungs- und einen eV -Antrag ab einem geschätzten Auftragswert von 2.780.000 Euro zu bezahlen ist, wenn man auftrageberseitig von von in Anhang III zum BVerGG genannten öffentlichen Auftraggebern auszugehen hätte.

- Hätte man von sonstigen öffentlichen Auftraggebern auszugehen, ist der Betrag von 19.440 Euro für den ersten Nachprüfungs- und eV - Antrag ab einem geschätzten Auftragswert von 4.280.000 Euro zu bezahlen.

- Würden Auftraggeber gemäß Anhang III zum BVerGG gemeinsam mit anderen Auftraggebern insoweit einen Lieferauftrag vergeben, ist gebührenrechtlich nicht klar geregelt, ob insoweit der Oberschwellenbereich ab 139.000 Euro oder aber ab 214.000 Euro anzusetzen ist

- Hätte man über einen den Lieferaufträgen gebührenrechtlich sonst gleichgestellten Dienstleistungsauftrag, allerdings bei Dienstleistungen gemäß Anhang XVI zum BVerGG über einen einzigen Nachprüfungs- und eV - Antrag zu entscheiden, würden 19.440 Euro erst ab einem Auftragswert von 15.000.000 Euro zu entrichten sein.

- Vergleichend hätte man weiters bei einem Nachprüfungs- und eV - Antrag betreffend einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich bei einem Sektorenauftraggeber gemäß § 2 Abs 1 der Verordnung BGBl II 2018/212 iVm § 185 BVergG erst ab einem geschätzten Auftragswert von 8.560.000 Euro auch 19.440 Euro an Pauschalgebühren zu bezahlen.

- 19.440 Euro Gebühren bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bei Vergaben nach vorheriger Bekanntmachung je nach Auftraggeber oder Dienstleistungsart einmal bereits ab 2,78 Mio Euro Auftragswert; einmal ab 4,28 Mio Euro Auftragswert, dann ab 15 Mio Euro Auftragswert und dann wieder ab 8,56 Mio Euro Auftragswert.

- Zusätzlich vergleichend hätte man weiters bei einem einzigen Nachprüfungs- und eV - Antrag betreffend einen Bauauftrag im Oberschwellenbereich gemäß § 2 der Verordnung BGBl II 2018/212 idR bis zu einem geschätzten Auftragswert von zB 53.499.999,99 Euro nur 9.723 Euro an Pauschalgebühren zu bezahlen.

MaW 19.440 Euro Gebühr als sechsfache Oberschwellenbereichsgebühr bereits ab 2,78 Mio Euro Auftragswert, jedoch nur 9.723 Euro als einfache Oberschwellenbereichsgebühr evtl sogar bis 53.499.999,99 Euro für funktional jeweils gleiche Rechtsschutzanträge.

- Grundsätzlich ist zudem die verfahrensrechtliche Gebührenersatzregelung als sachlich fraglich, da das BVwG gemäß § 341 BVergG einen Auftraggeber zum Gebührenersatz verpflichten soll, während gemäß §§ 346 Abs 1 und 352 Abs 1 BVergG in den Nachprüfungs- und eV - Verfahren gegenständlich die BBG als zentrale Beschaffungsstelle zur (Haupt-) Partei des Nachprüfungs- und eV - Verfahrens geworden ist.

Vor dem vorstehenden tatsächlichen und rechtlichen Hintergrund waren die im Spruch bezeichneten Pauschalgebührenersatzverfahren aus Zweckmäßigkeitsgründen auszusetzen, zumal insb auch die Auftraggeberseite im Verfahrensgeschehen bereits zu Beginn vorgebracht hat, die ASt2 würde keinen Ersatzanspruch betreffend von der ASt2 auch bezahlte 15.552 Euro haben und damit auch die Auftraggeberseite - aus hier nicht näher dargelegten Aspekten - teilweise Bedenken gegen die wortlautmäßige Ersatzpflicht bei Obsiegen der ASt2 hatte.

Denn erst mit der Entscheidung in den Rückforderungsverfahren ist klar, welcher jeweilige Gebührenbetrag zur Ersatzpflicht an die ASt1 und ASt2 ansteht.

Zu 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 Rechtslage zur Möglichkeit der Verfahrensaussetzung ist gemäß § 38 AVG iVm § 333 BVergG eindeutig und damit nicht revisibel, siehe dazu zB VwGH Zlen Ra 2015/06/0062 bzw Ro 2014/07/0053.

### **Schlagworte**

Äquivalenz Aussetzung Auswahlentscheidung einstweilige Verfügung Gebührenhöhe Nachprüfungsantrag  
Nachprüfungsverfahren Nichtigerklärung Pauschalgebühren Pauschalgebührenersatz Präjudizialität  
Provisorialverfahren Rechtsfrage Rückforderung Vergabeverfahren Vorfrage

### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:BVWG:2021:W131.2243745.2.00

### **Im RIS seit**

19.01.2022

### **Zuletzt aktualisiert am**

19.01.2022

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

© 2024 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)