

# TE Verg Bescheid 2013/7/8 N/0048-BVA/10/2013-18

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 08.07.2013

## Norm

BVergG 2006 §319

1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

## Text

### Spruch

Die Auftraggeber Republik Österreich (Bund), Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle und der Auftraggeber gemäß den Teilnahmebedingungen beiliegender Kundenliste, vertreten durch die Finanzprokuratur, sind verpflichtet, der A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH die Pauschalgebühr in der Höhe von Euro 960 Binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlage: § 319 Abs 1 und 2 BVergG Rechtsgrundlage: Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG

### Begründung

Mit Schriftsatz vom 23. Mai 2013, beantragte die A\*\*\* vertreten durch X\*\*\* Rechtsanwälte GmbH die Nichtigerklärung der in der

1. Berichtigung der Ausschreibung vom 14. Mai 2013 im Teilnahmeschreiben auf Seite 1 in Punkt 5 enthaltenen Festlegung "dass für den Fall, dass wir die Ausschreibungsunterlagen nicht direkt von der BBG bezogen haben und es aus welchen Gründen auch immer zu Meinungsverschiedenheiten auf Grund unterschiedlicher Ausschreibungsunterlagen kommt, ausschließlich das im Vergabeakt der BBG aufliegende Original gelten soll" und die Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit der den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Öffnung der Teilnahmeanträge untersagt und die Teilnahmeantragsfrist ausgesetzt werden soll, in dem Vergabeverfahren "Beschaffung von Hygienepapier GZ 4805.01960" Republik Österreich (Bund), Bundesbeschaffung GmbH als zentrale Beschaffungsstelle und der Auftraggeber gemäß der den Teilnahmebedingungen beiliegenden Kundenliste, vertreten durch die Finanzprokuratur.

In Punkt 5 der dritten Berichtigung der Ausschreibung vom 24. Mai 2013 strichen die Auftraggeber Punkt 5 des Teilnahmeschreibens ersatzlos.

Am 10. Juni 2013 zog die Antragstellerin den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung "mit ausdrücklicher Ausnahme des Begehrens auf Kostenzuspruch, über das sogleich im Sinne der Ast entschieden werden möge", zurück.

Am 12. Juni 2013 nahmen die Auftraggeber dazu Stellung. Sie brachten im Wesentlichen vor, dass der gegenständliche Antrag zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung nicht erforderlich gewesen wäre, weshalb ein Kostenersatzanspruch nicht bestehe. Ein Anspruch auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung komme nicht in Frage, weil dem Rechtsschutzbedürfnis der Antragstellerin durch die einstweilige Verfügung im Verfahren N/0038-BVA/10/2013, mit der die Angebotsöffnung untersagt und der Lauf der Angebotsfrist - beides für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens - ausgesetzt worden sei, bereits vollständig Rechnung getragen worden sei.

Am 27. Juni 2013 nahm die Antragstellerin dazu Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass die "Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung" kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal sei. Es bedürfe keiner weiteren Erörterung, dass die gestellten Anträge wegen der dritten Berichtigung der Ausschreibung nicht mehr erforderlich gewesen seien. Der Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bestehe im Hinblick auf § 319 Abs 2 BVergG zu Recht. Die Klaglosstellung sei ebenso wie das tatsächliche Obsiegen der Stattgabe des Nachprüfungsantrags gleichzuhalten. Am 27. Juni 2013 nahm die Antragstellerin dazu Stellung und führte im Wesentlichen aus, dass die "Notwendigkeit zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung" kein gesetzliches Tatbestandsmerkmal sei. Es bedürfe keiner weiteren Erörterung, dass die gestellten Anträge wegen der dritten Berichtigung der Ausschreibung nicht mehr erforderlich gewesen seien. Der Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung bestehe im Hinblick auf Paragraph 319, Absatz 2, BVergG zu Recht. Die Klaglosstellung sei ebenso wie das tatsächliche Obsiegen der Stattgabe des Nachprüfungsantrags gleichzuhalten.

Die Antragstellerin brachte zu diesem Vergabeverfahren bereits zur Zahl N/0038-BVA/10/2013 einen Nachprüfungsantrag ein.

Die Antragstellerin bezahlte für diesen Antrag Pauschalgebühren in der Höhe von Euro 3.600.

Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, BGBl I 17/2006 idF BGBl II 95/2012 lauten: Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 - BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, 17 aus 2006, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, 95 aus 2012, lauten:

#### Gebühren

§ 318. (1) Für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1, 328 Abs. 1 und § 331 Abs. 1 und 2 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten: Paragraph 318, (1) Für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins, 328, Absatz eins und Paragraph 331, Absatz eins und 2 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

##### 1. 1.Ziffer eins

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 durchgeführten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages oder um sonstige gesondert anfechtbare Entscheidungen bzw. ob es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.

##### 2. 2.Ziffer 2

...

##### 3. 4.Ziffer 4

Für Anträge gemäß § 328 Abs. 1 ist eine Gebühr in der Höhe von 50 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Für Anträge gemäß Paragraph 328, Absatz eins, ist eine Gebühr in der Höhe von 50 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

##### 4. 5.Ziffer 5

Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß § 320 Abs. 1 oder gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß § 320 Abs. 1 oder gemäß § 331 Abs. 1 oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten. Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß

Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eingebracht, so ist von diesem Antragsteller für jeden weiteren Antrag gemäß Paragraph 320, Absatz eins, oder gemäß Paragraph 331, Absatz eins, oder 2 eine Gebühr in der Höhe von 80 vH der festgesetzten Gebühr zu entrichten.

5. 6.Ziffer 6

...

Gebührenersatz

§ 319. (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.Paragraph 319, (1) Der vor dem Bundesvergabeamt wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

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

1. 1.Ziffer eins

dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. 2.Ziffer 2

dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde.

(3) [...]

Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes (Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2012 - BVA-GebV 2012), BGBl II 130/2012 lauten:Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung der Bundesregierung betreffend die Gebühren für die Inanspruchnahme des Bundesvergabeamtes (Bundesvergabeamt-Gebührenverordnung 2012 - BVA-GebV 2012), Bundesgesetzblatt Teil 2, 130 aus 2012, lauten:

Gebührensätze

§ 1. Für Anträge gemäß den §§ 320 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 des BVergG 2006 und für Anträge gemäß § 135 BVergGVS 2012 in Verbindung mit den §§ 320 Abs. 1 und 331 Abs. 1 und 2 des BVergG 2006 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:Paragraph eins, Für Anträge gemäß den Paragraphen 320, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 des BVergG 2006 und für Anträge gemäß Paragraph 135, BVergGVS 2012 in Verbindung mit den Paragraphen 320, Absatz eins und 331 Absatz eins und 2 des BVergG 2006 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten:

Direktvergaben 300 Euro

...

Liefer- und Dienstleistungsaufträge 2 000 Euro

sowie Wettbewerbe im Oberschwellenbereich

Erhöhte Gebührensätze für Verfahren im Oberschwellenbereich

§ 2. (1) ...Paragraph 2, (1) ...

(2) Wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den jeweiligen in den §§ 12 Abs. 1 und 2 und 180 Abs. 1 und 2 BVergG 2006 und § 10 Abs. 1 BVergGVS 2012 genannten Schwellenwert um mehr als das 20fache übersteigt, so beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das sechsfache der jeweils gemäß § 1 festgesetzten Gebühr.(2) Wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den jeweiligen in den Paragraphen 12, Absatz eins und 2 und 180 Absatz eins und 2 BVergG 2006 und Paragraph 10, Absatz eins, BVergGVS 2012 genannten Schwellenwert um mehr als das 20fache übersteigt, so beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das sechsfache der jeweils gemäß Paragraph eins, festgesetzten Gebühr.

(3) ...

## Reduzierte Gebührensätze

§ 3. (1) Die vom Antragsteller für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Pauschalgebühr beträgt 25 vH der gemäß § 1 festgesetzten bzw. 10 vH der gemäß § 2 erhöhten Gebühr. Paragraph 3, (1) Die vom Antragsteller für Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Pauschalgebühr beträgt 25 vH der gemäß Paragraph eins, festgesetzten bzw. 10 vH der gemäß Paragraph 2, erhöhten Gebühr.

(2) Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages eingebracht, so bemisst sich die für jeden weiteren Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Gebühr gemäß § 318 Abs. 1 Z 5 nach der gemäß Abs. 1 reduzierten Gebühr. (2) Hat ein Antragsteller zum selben Vergabeverfahren bereits einen Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages eingebracht, so bemisst sich die für jeden weiteren Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen oder der Aufforderung zur Abgabe eines Teilnahmeantrages zu entrichtende Gebühr gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, nach der gemäß Absatz eins, reduzierten Gebühr.

(3) Die Gebührensätze gemäß Abs. 1 und 2 sind auf ganze Euro ab- oder aufzurunden. (3) Die Gebührensätze gemäß Absatz eins und 2 sind auf ganze Euro ab- oder aufzurunden.

Beim gegenständlichen Vergabeverfahren handelte es sich um eine Rahmenvereinbarung über Lieferungen. Das Vergabeverfahren ist ein nicht offenes Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich. Der Zuschlag soll dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt werden. Der geschätzte Auftragswert beträgt in Los 1 Euro 4 Mio pro Jahr und in Los 2 Euro 0,5 pro Jahr, insgesamt daher Euro 4,5 pro Jahr, jeweils ohne USt. Der geschätzte Auftragswert beträgt daher bei einer Laufzeit

Der Rahmenvereinbarung von drei Jahren gemäß §§ 13 Abs 1, 15 Abs 3 Und 17 BVergG sowie §§ 181 Abs 1, 183 Abs 3 und 185 BVergG insgesamt Euro 13,5 Mio ohne USt. Auch unter Zugrundelegung des höchsten in Frage kommenden Schwellenwertes gemäß § 180 Abs 1 Z 1 BVergG übersteigt der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert um das 32-fache. Die Antragstellerin schuldet daher gemäß § 318 Abs 1 Z 1 BVergG iVm §§ 1 und 2 Abs 1 BVA-GebV 2012 für einen Nachprüfungsantrag Euro 12.000. Da sich der Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung richtet, ist gemäß § 3 Abs 1 BVA-GebV 2012 eine reduzierte Pauschalgebühr von Euro 1.200 zu entrichten. Dieser Betrag reduziert sich gemäß § 318 Abs 1 Z 5 BVergG iVm § 3 Abs 2 BVA-GebV 2012 weiter auf Euro 960 für den Nachprüfungsantrag und Euro 480 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt daher Euro 1.440, da die Antragstellerin bereits den zu N/0038-BVA/10/2013 protokollierten# Nachprüfungsantrag zuvor eingebracht hatte. Der Rahmenvereinbarung von drei Jahren gemäß Paragraphen 13, Absatz eins, 15, Absatz 3, Und 17 BVergG sowie Paragraphen 181, Absatz eins, 183, Absatz 3 und 185 BVergG insgesamt Euro 13,5 Mio ohne USt. Auch unter Zugrundelegung des höchsten in Frage kommenden Schwellenwertes gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG übersteigt der geschätzte Auftragswert den Schwellenwert um das 32-fache. Die Antragstellerin schuldet daher gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG in Verbindung mit Paragraphen eins und 2 Absatz eins, BVA-GebV 2012 für einen Nachprüfungsantrag Euro 12.000. Da sich der Nachprüfungsantrag gegen die Ausschreibung richtet, ist gemäß Paragraph 3, Absatz eins, BVA-GebV 2012 eine reduzierte Pauschalgebühr von Euro 1.200 zu entrichten. Dieser Betrag reduziert sich gemäß Paragraph 318, Absatz eins, Ziffer 5, BVergG in Verbindung mit Paragraph 3, Absatz 2, BVA-GebV 2012 weiter auf Euro 960 für den Nachprüfungsantrag und Euro 480 für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, insgesamt daher Euro 1.440, da die Antragstellerin bereits den zu N/0038-BVA/10/2013 protokollierten# Nachprüfungsantrag zuvor eingebracht hatte.

Der Ersatz der Pauschalgebühr kommt nur in der gesetzlich geschuldeten Höhe in Frage (BVA 22. 12. 2008, N/0147-BVA/10/2008-39; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] § 319 Rz 22). Zu viel bezahlte Pauschalgebühr ist der Antragstellerin zurückzuerstatten (BVA 22. 12. 2010, N/0101-BVA/13/2010-19; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] § 318 Rz 24). Der Ersatz der Pauschalgebühr kommt nur in der gesetzlich geschuldeten Höhe in Frage (BVA 22. 12. 2008, N/0147-BVA/10/2008-39; Reisner in

Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] Paragraph 319, Rz 22). Zu viel bezahlte Pauschalgebühr ist der Antragstellerin zurückzuerstatten (BVA 22. 12. 2010, N/0101-BVA/13/2010-19; Reisner in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG<sup>2</sup> [2009] Paragraph 318, Rz 24).

Die Pauschalgebühren in der vorgeschriebenen Höhe wurden für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung und den Nachprüfungsantrag tatsächlich bezahlt. Der Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wurde vor Erlassung der einstweiligen Verfügung, damit rechtzeitig gestellt.

Hinsichtlich des Nachprüfungsantrages wurde die Antragstellerin klaglos gestellt, indem die Auftraggeber dem Begehren wie oben dargestellt vor der Entscheidung des Bundesvergabeamtes in Punkt 5 der dritten Berichtigung der Teilnahmeunterlagen entsprachen. Dem einzigen Begehren im Nachprüfungsantrag entsprachen die Auftraggeber, indem sie den angefochtenen Punkt 5 im Teilnahmeschreiben am 24. Mai 2013 ersatzlos strichen. Die angefochtene erste Berichtigung ersetzte das Teilnahmeschreiben zur Gänze. Es handelt sich daher um eine neue Entscheidung der Auftraggeber, die die ursprünglich zu N/0038-BVA/10/2013 angefochtene zur Gänze ersetzte. Da diese Berichtigung erst einen Tag nach Einbringung des Nachprüfungsantrags am 23. Mai 2013 erfolgte, war er zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig, auch wenn die Frist zur Einbringung eines Nachprüfungsantrags erst am 24. Mai 2013 endete. Der Anspruch auf Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag besteht daher zu Recht.

Der Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht allerdings nicht zu Recht, da ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 328 Abs 1 BVergG zur Abwendung eines drohenden Schadens notwendig sein muss. Die Notwendigkeit und die Eignung zur Abwehr des drohenden Schadens begründen das Rechtsschutzbedürfnis. Das Bundesvergabeamt erließ jedoch bereits mit Bescheid vom 22. Mai 2013, N/0038-BVA/10/2013-EV8, in dem es den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagte und den Lauf der Angebotsfrist aussetzte, die auch in diesem Verfahren begehrten Maßnahmen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Der drohende Schaden, der nur in einer Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren bestehen konnte, konnte daher bereits bei Antragstellung nicht mehr eintreten. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war daher nicht erforderlich und wäre aus anderen Gründen als der Interessenabwägung abzuweisen gewesen (BVA 11. 6. 2013, N/0049-BVA/10/2013-EV7). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kommt daher nicht in Frage. Der Anspruch auf Ersatz der Gebühren für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung besteht allerdings nicht zu Recht, da ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 328, Absatz eins, BVergG zur Abwendung eines drohenden Schadens notwendig sein muss. Die Notwendigkeit und die Eignung zur Abwehr des drohenden Schadens begründen das Rechtsschutzbedürfnis. Das Bundesvergabeamt erließ jedoch bereits mit Bescheid vom 22. Mai 2013, N/0038-BVA/10/2013-EV8, in dem es den Auftraggebern für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Angebotsöffnung untersagte und den Lauf der Angebotsfrist aussetzte, die auch in diesem Verfahren begehrten Maßnahmen für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens. Der drohende Schaden, der nur in einer Teilnahme an einem rechtswidrigen Vergabeverfahren bestehen konnte, konnte daher bereits bei Antragstellung nicht mehr eintreten. Der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung war daher nicht erforderlich und wäre aus anderen Gründen als der Interessenabwägung abzuweisen gewesen (BVA 11. 6. 2013, N/0049-BVA/10/2013-EV7). Ein Ersatz der Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung kommt daher nicht in Frage.

### **Schlagworte**

Materielles Obsiegen; Zweckentsprechende Rechtsverfolgung;

### **Zuletzt aktualisiert am**

09.09.2013

**Quelle:** Vergabekontrollbehörden Verg, <https://www.ris.bka.gv.at/Verg>