

# TE Bvwg Beschluss 2024/1/4 W134 2270201-5

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 04.01.2024

## Entscheidungsdatum

04.01.2024

## Norm

AVG §68 Abs1

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328

BVergGKonz 2018 §78

BVergGKonz 2018 §83 Abs1

BVergGKonz 2018 §84

BVergGKonz 2018 §85

BVergGKonz 2018 §97

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. AVG § 68 heute
  2. AVG § 68 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
  3. AVG § 68 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
  4. AVG § 68 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
- 
1. BVergG 2018 § 327 heute
  2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
- 
1. BVergG 2018 § 328 heute
  2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
  3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
- 
1. BVergGKonz 2018 § 78 heute
  2. BVergGKonz 2018 § 78 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
  3. BVergGKonz 2018 § 78 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
- 
1. BVergGKonz 2018 § 83 heute
  2. BVergGKonz 2018 § 83 gültig ab 21.08.2018
- 
1. BVergGKonz 2018 § 84 heute
  2. BVergGKonz 2018 § 84 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergGKonz 2018 § 84 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. BVergGKonz 2018 § 85 heute

2. BVergGKonz 2018 § 85 gültig ab 21.08.2018

1. BVergGKonz 2018 § 97 heute

2. BVergGKonz 2018 § 97 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026

3. BVergGKonz 2018 § 97 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026

1. B-VG Art. 133 heute

2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013

6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012

7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003

8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974

9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946

10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945

11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGVG § 28 heute

2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017

3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute

2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018

3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017

4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

## Spruch

,

W134 2270201-4/8E

W134 2270201-5/22E

W134 2270201-6/7E

W134 2270201-5/22E, W134 2270201-6/7E,

,

## BESCHLUSS

1)

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzenden sowie Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Konzessionsvergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Landwehrstraße 6/25b (huma eleven), 1110 Wien, Verfahrensnummer 2023.11.11100061“, der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge des XXXX , vertreten durch RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9, 1010 Wien, vom 13.11.2023 folgenden Beschluss gefasst: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzenden sowie Dr. Barbara Seelos als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite betreffend das Konzessionsvergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Landwehrstraße 6/25b (huma eleven), 1110 Wien, Verfahrensnummer 2023.11.11100061“, der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge des römisch 40 , vertreten durch RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9, 1010 Wien, vom 13.11.2023 folgenden Beschluss gefasst:

A)

I. Der Antrag „den Gebührenbeschluss vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24 E, W134 2270201-3/3, Spruchpunkt I. A. II. gemäß § 68 AVG aufheben“ wird wegen entschiedener Sache zurückgewiesen.römisch eins. Der Antrag „den Gebührenbeschluss vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24 E, W134 2270201-3/3, Spruchpunkt römisch eins. A. römisch zwei. gemäß Paragraph 68, AVG aufheben“ wird wegen entschiedener Sache zurückgewiesen.

II. Der Antrag „das Nachprüfungsverfahren gemäß § 78 Abs. 2 Z. 2 BVergGKonz 2018 zu W134 2270201-2/24 E, W134 2270201-3/3 gemäß § 87 Abs. 4 BVergGKonz 2018 (sic!) als Feststellungsverfahren weiterzuführen und gemäß § 83 BVergGKonz 2018 eine mündliche Verhandlung anzuberaumen“ wird zurückgewiesen.römisch zwei. Der Antrag „das Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 78, Absatz 2, Ziffer 2, BVergGKonz 2018 zu W134 2270201-2/24 E, W134 2270201-3/3 gemäß Paragraph 87, Absatz 4, BVergGKonz 2018 (sic!) als Feststellungsverfahren weiterzuführen und gemäß Paragraph 83, BVergGKonz 2018 eine mündliche Verhandlung anzuberaumen“ wird zurückgewiesen.

III. Der Antrag „gemäß § 97 Abs. 1 Z. 1 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“ wird zurückgewiesen.römisch drei. Der Antrag „gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer eins, BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde“ wird zurückgewiesen.

IV. Der Antrag „in eventu gemäß § 97 Abs. 1 Z. 3 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrechts rechtswidrig war“ wird zurückgewiesen.römisch vier. Der Antrag „in eventu gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 3, BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrechts rechtswidrig war“ wird zurückgewiesen.

V. Der Antragsteller hat gemäß § 84 BVergGKonz 2018 dem Bundesverwaltungsgericht Pauschalgebühren in Höhe von € 15.557,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu entrichten.römisch fünf. Der Antragsteller hat gemäß Paragraph 84, BVergGKonz 2018 dem Bundesverwaltungsgericht Pauschalgebühren in Höhe von € 15.557,-- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu entrichten.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

2)

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Konzessionsvergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Landwehrstraße 6/25b (huma eleven), 1110 Wien, Verfahrensnummer 2023.11.11100061“, der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages des XXXX , vertreten durch RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9, 1010 Wien, vom 13.11.2023 folgenden Beschluss:Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber betreffend das Konzessionsvergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Landwehrstraße 6/25b (huma eleven), 1110 Wien, Verfahrensnummer 2023.11.11100061“, der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages des römisch 40 , vertreten durch RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9, 1010 Wien, vom 13.11.2023 folgenden Beschluss:

A)

Dem Antrag gerichtet auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin wird abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

## Text

Begründung:, Begründung:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Beschluss des BVwG vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24E, W134 2270201-3/3E, erging unter anderem folgender Spruch:

1) [...]

„A) I. Die Anträge „die gesamte Ausschreibung gem. § 91 Abs 1 BVergGKonz 2018 für nichtig zu erklären“ sowie in eventu einzelne Festlegungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären werden gemäß § 88 Abs 2 Z 3 BVergGKonz 2018 zurückgewiesen.“A) römisch eins. Die Anträge „die gesamte Ausschreibung gem. Paragraph 91, Absatz eins, BVergGKonz 2018 für nichtig zu erklären“ sowie in eventu einzelne Festlegungen der Ausschreibung für nichtig zu erklären werden gemäß Paragraph 88, Absatz 2, Ziffer 3, BVergGKonz 2018 zurückgewiesen.

A) II. Der Antragsteller hat gemäß § 84 BVergGKonz 2018 dem Bundesverwaltungsgericht Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.403,75,- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu entrichten.“A) römisch zwei. Der Antragsteller hat gemäß Paragraph 84, BVergGKonz 2018 dem Bundesverwaltungsgericht Pauschalgebühren in Höhe von EUR 3.403,75,- binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu entrichten.“

Dieser Beschluss wurde im Wesentlichen damit begründet, dass der Antragsteller trotz Verbesserungsauftrages die ausstehende Pauschalgebühr für den gestellten Nachprüfungsantrag nicht entrichtet habe.

Gegen diesen Beschluss erhob der Antragsteller Beschwerde an den VfGH, welcher die Behandlung der Beschwerde ablehnte und dem VwGH zur Entscheidung abtrat.

Mit Schreiben vom 13.11.2023 erhob der Antragsteller eine außerordentliche Revision an den VwGH.

Mit Schreiben (ebenfalls) vom 13.11.2023, beim BVwG eingelangt am selben Tag, stellte der Antragsteller die im Spruch genannten Anträge. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Auftraggeberin habe im Nachprüfungsverfahren angegeben, der geschätzte Auftragswert betrage € 158.446.674,01. Mit unionsweiter Bekanntmachung habe die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bekanntgegeben, wobei der Auftragswert mit nur € 6.040.274,09, somit einen Bruchteil des vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert, bekannt gegeben worden sei. Dies habe wesentliche Auswirkungen für die Berechnung der Pauschalgebühren, die somit auf falscher Grundlage berechnet worden seien. Das BVwG möge daher den Gebührenbeschluss vom 25.05.2023 gemäß § 68 AVG aufheben sowie das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterführen sowie eine Feststellung gemäß § 97 Abs. 1 Z. 1 BVergGKonz 2018 treffen.Mit Schreiben (ebenfalls) vom 13.11.2023, beim BVwG eingelangt am selben Tag, stellte der Antragsteller die im Spruch genannten Anträge. Dies im Wesentlichen mit der Begründung, die Auftraggeberin habe im Nachprüfungsverfahren angegeben, der geschätzte Auftragswert betrage € 158.446.674,01. Mit unionsweiter Bekanntmachung habe die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bekanntgegeben, wobei der Auftragswert mit nur € 6.040.274,09, somit einen Bruchteil des vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert, bekannt gegeben worden sei. Dies habe wesentliche Auswirkungen für die Berechnung der Pauschalgebühren, die somit auf falscher Grundlage berechnet worden seien. Das BVwG möge daher den Gebührenbeschluss vom 25.05.2023 gemäß Paragraph 68, AVG aufheben sowie das Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren weiterführen sowie eine Feststellung gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer eins, BVergGKonz 2018 treffen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2023 räumte diese ein, dass aufgrund eines technischen Fehlers der endgültige Konzessionswert in der Bekanntgabe des vergebenen Auftrags nur mit ca. € 6 Millionen angegeben worden sei. Der bekannt gegebene Auftragswert betrage jedoch richtigerweise € 62.929.175,49. Die Antragsgegnerin habe bereits am 17.11.2023 eine neue Bekanntgabe veröffentlicht. Der Fortführungsantrag sei im gegenständlichen Fall

unzulässig, da im Gegenstand zwingende Voraussetzung eines Fortführungsantrages sei, dass die Entscheidung des BVwG im Nachprüfungsverfahren durch eine höchstgerichtliche Entscheidung aufgehoben worden sei, was gegenständlich nicht der Fall sei.

Mit Verbesserungsauftrag vom 27.11.2023 wurde der Antragsteller aufgefordert, bis spätestens 30.11.2023 den Betrag von € 15.557,-- an ausstehenden Pauschalgebühren für den Feststellungsantrag zu entrichten, widrigenfalls sein Antrag als unzulässig zurückzuweisen wäre. Weiters wurde der Antragsteller darauf hingewiesen, dass das BVwG vorläufig davon ausgeht, dass in der gegenständlichen Sache kein Fall des § 97 Abs. 4 BVergGKonz vorliegt. Mit Verbesserungsauftrag vom 27.11.2023 wurde der Antragsteller aufgefordert, bis spätestens 30.11.2023 den Betrag von € 15.557,-- an ausstehenden Pauschalgebühren für den Feststellungsantrag zu entrichten, widrigenfalls sein Antrag als unzulässig zurückzuweisen wäre. Weiters wurde der Antragsteller darauf hingewiesen, dass das BVwG vorläufig davon ausgeht, dass in der gegenständlichen Sache kein Fall des Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz vorliegt.

Der Antragsteller hat die ausstehende Pauschalgebühr bisher nicht entrichtet.

Mit Schreiben des Antragstellers vom 29.11.2023 brachte dieser vor, dass sich aus der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 22.11.2011, 2011/04/0143) ergebe, dass auch während eines laufenden Verfahrens vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit bestehe, einen Fortführungsantrag zu stellen. Der Fortführungsantrag sei daher zulässig.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 06.12.2023 gab diese zur Berechnung des geschätzten Auftragswert sowie zum endgültigen Auftragswert folgendes bekannt:

„Basierend auf dem von XXXX erstellten Basisgutachten für Tabaktrafik-Bewertungen wurde von XXXX (Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Trafikwesen) eine Umsatzerlöserwartung bei Tabakwaren in Höhe von EUR 3.041.676,42 und bei Nebenartikeln in Höhe von EUR 329.529,41 ermittelt. Zusammen ergibt das einen erwarteten jährlichen Umsatzerlös von EUR 3.371.205,83. „Basierend auf dem von römisch 40 erstellten Basisgutachten für Tabaktrafik-Bewertungen wurde von römisch 40 (Allgemein beeideter und gerichtlich zertifizierter Sachverständiger für Trafikwesen) eine Umsatzerlöserwartung bei Tabakwaren in Höhe von EUR 3.041.676,42 und bei Nebenartikeln in Höhe von EUR 329.529,41 ermittelt. Zusammen ergibt das einen erwarteten jährlichen Umsatzerlös von EUR 3.371.205,83.

Multipliziert man diesen Jahreswert mit der maximal möglichen Laufzeit von 47 Jahren (= maximale Konzessionslaufzeit), ergibt sich ein maximaler Konzessionswert (= geschätzter Konzessionswert) von EUR 158.446.674,01.

Bei der Berechnung des endgültigen Konzessionswerts wurde die jährliche Umsatzerwartung mit der angebotenen Laufzeit des erfolgreichen Bieters, Herrn XXXX , von 18 Jahren und 8 Monaten multipliziert. Bei der Berechnung des endgültigen Konzessionswerts wurde die jährliche Umsatzerwartung mit der angebotenen Laufzeit des erfolgreichen Bieters, Herrn römisch 40 , von 18 Jahren und 8 Monaten multipliziert.

Zunächst wurde der ermittelte erwartete jährliche Umsatzerlös von EUR 3.371.205,83 durch 12 dividiert um den entsprechenden Monatswert zu erhalten (= EUR 280.933,82). Dieser Monatswert wurde mit der Laufzeit des Bestbieters in Monaten (18 Jahre und 8 Monate = 224 Monate) multipliziert – EUR 280.933,82 multipliziert mit 224 ergibt den endgültigen Konzessionswert in Höhe von EUR 62.929.175,49.“

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH (MVG) hat die Dienstleistungskonzession „Tabakfachgeschäft Landwehrstraße 6/25b (huma eleven), 1110 Wien, Verfahrensnummer 2023.11.11100061“, im Oberschwellerbereich im Wege eines einstufigen Verfahrens mit vorheriger Bekanntmachung ohne Verhandlungen gem. BVergGKonz 2018 mit vorheriger EU weiter Bekanntmachung ausgeschrieben. Der geschätzte Auftragswert dieses Konzessionsvergabeverfahrens, welcher von einem Sachverständigen ermittelt wurde, beträgt € 158.466.674,00. (Schreiben der Auftraggeberin vom 19.04.2023; Schreiben der Auftraggeberin vom 06.12.2023)

Der Zuschlag erfolgte am 10.08.2023. (Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2023)

Mit unionsweiter Bekanntmachung vom 11.08.2023 gab die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bekannt, wobei der Auftragswert mit € 6.040.274,09, angegeben wurde. Der geschätzte Auftragswert wurde mit € 158.466.674,01 angegeben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2023; Beilage ./20 des Feststellungsantrages vom 13.11.2023; )

Mit unionsweiter Bekanntmachung vom 20.11.2023 gab die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung neuerlich bekannt, wobei der Auftragswert mit € 62.929.175,49, angegeben wurde. Der geschätzte Auftragswert wurde mit € 158.466.674,01 angegeben. (Schreiben der Auftraggeberin vom 20.11.2023, Beilage ./1; Schreiben der Auftraggeberin vom 06.12.2023)

## 2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht. Wie die Auftraggeberin in ihrem Schreiben vom 06.12.2023 darlegte, erfolgte die Ermittlung des geschätzten Auftragswertes auf sachverständiger Ebene schlüssig und nachvollziehbar; auch die darauf aufbauende Ermittlung des endgültigen Auftragswertes ist schlüssig und nachvollziehbar.

## 3. Rechtliche Beurteilung:

Die Ausschreibungsunterlagen, welche mangels rechtzeitiger Anfechtung bestandsfest wurden und an welche daher alle am Vergabeverfahren Beteiligten gebunden sind, sind nach dem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt auszulegen (VwGH 17. 6. 2014, 2013/04/0029; VwGH 14. 4. 2011, 2008/04/0065; VwGH 15. 3. 2017, Ra 2014/04/0052). Im Zweifel sind Festlegungen der Ausschreibung gesetzeskonform und sohin in Übereinstimmung mit den maßgeblichen Bestimmungen zu lesen (VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/00 17).

### 3. a) Zu Spruchpunkt 1) A) I. 3. a) Zu Spruchpunkt 1) A) römisch eins.

Der Antragsteller beantragte, den Gebührenbeschluss vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24E, W134 2270201-3/3, Spruchpunkt I. A. II. gemäß § 68 AVG aufzuheben. Die Auftraggeberin habe im Nachprüfungsverfahren angegeben, der geschätzte Auftragswert betrage € 158.446.674,01. Mit unionsweiter Bekanntmachung habe die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bekanntgegeben, wobei der Auftragswert mit nur € 6.040.274,09, somit einen Bruchteil des vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert, bekannt gegeben worden sei. Dies habe wesentliche Auswirkungen für die Berechnung der Pauschalgebühren, die somit auf falscher Grundlage berechnet worden seien. Der Gebührenbeschlüsse sei angesichts des nunmehr bekannt gewordenen Auftragswerts von ca. € 6 Millionen evident rechtswidrig und belaste den Antragsteller einseitig. Der Antragsteller beantragte, den Gebührenbeschluss vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24E, W134 2270201-3/3, Spruchpunkt römisch eins. A. römisch zwei. gemäß Paragraph 68, AVG aufzuheben. Die Auftraggeberin habe im Nachprüfungsverfahren angegeben, der geschätzte Auftragswert betrage € 158.446.674,01. Mit unionsweiter Bekanntmachung habe die Auftraggeberin die Zuschlagserteilung bekanntgegeben, wobei der Auftragswert mit nur € 6.040.274,09, somit einen Bruchteil des vom Auftraggeber geschätzten Auftragswert, bekannt gegeben worden sei. Dies habe wesentliche Auswirkungen für die Berechnung der Pauschalgebühren, die somit auf falscher Grundlage berechnet worden seien. Der Gebührenbeschlüsse sei angesichts des nunmehr bekannt gewordenen Auftragswerts von ca. € 6 Millionen evident rechtswidrig und belaste den Antragsteller einseitig.

Der Auftraggeber hat dazu schlüssig und nachvollziehbar klargestellt, dass der Auftragswert zu dem in der gegenständlichen Sache der Zuschlag erteilt wurde lediglich irrtümlich mit rund € 6 Millionen bekannt gemacht wurde. Dieser Irrtum wurde mit unionsweiter Bekanntmachung vom 20.11.2023 auf € 62.929.175,49 richtig gestellt.

Im Übrigen war für die Bemessung der zu entrichtenden Pauschalgebühren im Nachprüfungsverfahren der geschätzte Auftragswert relevant. Die Auftraggeberin hat diesen, wie in ihrem Schreiben vom 06.12.2023 schlüssig und nachvollziehbar dargelegt, berechnet. Es besteht für das Bundesverwaltungsgericht kein Grund an einer korrekten Berechnung des geschätzten und endgültigen Auftragswerts zu zweifeln. Im Übrigen steht es dem Antragsteller frei, gegebenenfalls den aus seiner Sicht falsch berechneten geschätzten Auftragswert in einer Revision an den Verwaltungsgerichtshof zu bekämpfen.

Es besteht somit kein Grund für das beantragte Vorgehen gemäß § 68 AVG. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Es besteht somit kein Grund für das beantragte Vorgehen gemäß Paragraph 68, AVG. Es war daher spruchgemäß zu entscheiden.

3. b) Zu Spruchpunkt 1) A) II. 3. b) Zu Spruchpunkt 1) A) römisch zwei.

Der Antragsteller beantragte, „das Nachprüfungsverfahren gemäß § 78 Abs. 2 Z. 2 BVergGKonz 2018 zu W134 2270201-2/24 E, W134 2270201-3/3 gemäß § 87 Abs. 4 BVergGKonz 2018 (sic!) als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Das BVwG geht aufgrund des Gesamtzusammenhanges des gestellten Antrages davon aus, dass der Antragsteller damit nicht einen Antrag gemäß § 87 Abs. 4 BVergGKonz 2018 sondern einen Antrag gemäß § 97 Abs. 4 BVergGKonz 2018 stellen wollte und es sich dabei lediglich um einen Schreibfehler handelt. Der Antragsteller beantragte, „das Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 78, Absatz 2, Ziffer 2, BVergGKonz 2018 zu W134 2270201-2/24 E, W134 2270201-3/3 gemäß Paragraph 87, Absatz 4, BVergGKonz 2018 (sic!) als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Das BVwG geht aufgrund des Gesamtzusammenhanges des gestellten Antrages davon aus, dass der Antragsteller damit nicht einen Antrag gemäß Paragraph 87, Absatz 4, BVergGKonz 2018 sondern einen Antrag gemäß Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018 stellen wollte und es sich dabei lediglich um einen Schreibfehler handelt.

Mit Beschluss des BVwG vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24E, W134 2270201-3/3E, wurde der Nachprüfungsantrag des Antragstellers zurückgewiesen, da dieser trotz Verbesserungsauftrages die ausstehende Pauschalgebühr nicht entrichtet hatte. Gegen diesen Beschluss erhob der Antragsteller Beschwerde an den VfGH, welcher die Behandlung der Beschwerde ablehnte und dem VwGH zur Entscheidung abtrat. Mit Schreiben vom 13.11.2023 erhob der Antragsteller eine außerordentliche Revision an den VwGH. Mit Schreiben vom gleichen Datum stellte der Antragsteller den gegenständlichen Weiterführungsantrag gemäß § 97 Abs. 4 BVergGKonz 2018. Mit Beschluss des BVwG vom 25.05.2023, W134 2270201-2/24E, W134 2270201-3/3E, wurde der Nachprüfungsantrag des Antragstellers zurückgewiesen, da dieser trotz Verbesserungsauftrages die ausstehende Pauschalgebühr nicht entrichtet hatte. Gegen diesen Beschluss erhob der Antragsteller Beschwerde an den VfGH, welcher die Behandlung der Beschwerde ablehnte und dem VwGH zur Entscheidung abtrat. Mit Schreiben vom 13.11.2023 erhob der Antragsteller eine außerordentliche Revision an den VwGH. Mit Schreiben vom gleichen Datum stellte der Antragsteller den gegenständlichen Weiterführungsantrag gemäß Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018.

In der gegenständlichen Sache wäre ein Weiterführungsantrag gemäß § 97 Abs. 4 BVergGKonz 2018 dann zulässig, wenn der Beschluss des BVwG vom 25.05.2013 vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden wäre. Dies ist in der gegenständlichen Sache jedoch nicht der Fall, zumal die Revision erst vor kurzem - zeitgleich mit dem gegenständlichen Weiterführungsantrag - beim VwGH eingebracht wurde. Aus diesem Grund gibt es derzeit kein Verfahren, das vom BVwG weitergeführt werden könnte. In der gegenständlichen Sache wäre ein Weiterführungsantrag gemäß Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018 dann zulässig, wenn der Beschluss des BVwG vom 25.05.2013 vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben worden wäre. Dies ist in der gegenständlichen Sache jedoch nicht der Fall, zumal die Revision erst vor kurzem - zeitgleich mit dem gegenständlichen Weiterführungsantrag - beim VwGH eingebracht wurde. Aus diesem Grund gibt es derzeit kein Verfahren, das vom BVwG weitergeführt werden könnte.

Wenn der Antragsteller vorbringt, dass sich aus der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 22.11.2011, 2011/04/0143) ergebe, dass auch während eines laufenden Verfahrens vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit bestehe, einen Fortführungsantrag zu stellen, übersieht er, dass das zitierte Erkenntnis des VwGH zu einer nicht vergleichbaren Rechtsgrundlage nämlich zu den §§ 32 Abs. 4 iVm. 33 Abs 2 S.VKG 2007 (in der Fassung LGBl Nr. 24/2009) ergangen ist. Daraus ergab sich, dass wenn der Antragsteller nicht binnen 6 Wochen ab Kenntnis des Zuschlages den Weiterführungsantrag stellte, das Recht auf Stellung des Feststellungsantrages erlosch. Diese Rechtslage ist mit der des gegenständlichen Falles nicht vergleichbar, da ein solches Erlöschen des Rechts auf Stellung des Feststellungsantrages im BVergGKonz 2018 nicht vorgesehen ist. Wenn der Antragsteller vorbringt, dass sich aus der Rechtsprechung des VwGH (VwGH 22.11.2011, 2011/04/0143) ergebe, dass auch während eines laufenden Verfahrens vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit bestehe, einen Fortführungsantrag zu stellen, übersieht er, dass das zitierte Erkenntnis des VwGH zu einer nicht vergleichbaren Rechtsgrundlage nämlich zu den Paragraphen 32, Absatz 4, in Verbindung mit 33 Absatz 2, S.VKG 2007 (in der Fassung Landesgesetzblatt Nr. 24 aus 2009,) ergangen ist. Daraus ergab sich, dass wenn der Antragsteller nicht binnen 6 Wochen ab Kenntnis des Zuschlages den Weiterführungsantrag stellte, das Recht auf Stellung des Feststellungsantrages erlosch. Diese Rechtslage ist mit der des gegenständlichen Falles nicht vergleichbar, da ein solches Erlöschen des Rechts auf Stellung des Feststellungsantrages im BVergGKonz 2018 nicht vorgesehen ist.

3. c) Zu den Spruchpunkten 1) A) III. und IV. 3. c) Zu den Spruchpunkten 1) A) römisch drei. und römisch vier.

Der Antragsteller beantragte, „gemäß § 97 Abs. 1 Z. 1 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.“ Der Antragsteller beantragte, „gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer eins, BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.“

Mit Verbesserungsauftrag vom 27.11.2023 wurde der Antragsteller aufgefordert, bis spätestens 30.11.2023 den Betrag von € 15.557,-- an ausstehenden Pauschalgebühren für den Feststellungsantrag zu entrichten, widrigenfalls sein Antrag als unzulässig zurückzuweisen wäre.

Der Antragsteller hat die geforderte Pauschalgebühr trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt, weshalb seine Anträge gemäß § 98 Abs. 5 BVergGKonz 2018 als unzulässig zurückzuweisen waren. Der Antragsteller hat die geforderte Pauschalgebühr trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt, weshalb seine Anträge gemäß Paragraph 98, Absatz 5, BVergGKonz 2018 als unzulässig zurückzuweisen waren.

Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Antragsteller den behaupteten Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend machen können, was er insofern jedenfalls nicht gemacht hat, da er (auch) den von ihm gestellten Nachprüfungsantrag nicht ordnungsgemäß vergebührt hatte, weshalb dieser zurückgewiesen wurde. Die Feststellungsanträge sind daher auch aus diesem Grund gemäß § 98 Abs. 4 BVergGKonz 2018 als unzulässig zurückzuweisen. Im Übrigen wird darauf hingewiesen, dass der Antragsteller den behaupteten Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend machen können, was er insofern jedenfalls nicht gemacht hat, da er (auch) den von ihm gestellten Nachprüfungsantrag nicht ordnungsgemäß vergebührt hatte, weshalb dieser zurückgewiesen wurde. Die Feststellungsanträge sind daher auch aus diesem Grund gemäß Paragraph 98, Absatz 4, BVergGKonz 2018 als unzulässig zurückzuweisen.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung

Gemäß § 83 Abs 1 BVergG Konz 2018 kann - soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, BGBl. Nr. 210/1958, noch Art 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist. Gemäß Paragraph 83, Absatz eins, BVergG Konz 2018 kann - soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen - die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist.

Die Voraussetzungen für den Entfall einer mündlichen Verhandlung liegen im gegenständlichen Verfahren vor. Daher konnte die Durchführung einer mündlichen Verhandlung entfallen.

3. d) Zu Spruchpunkt 1) A) V. 3. d) Zu Spruchpunkt 1) A) römisch fünf.

Der Antragsteller beantragte, „gemäß § 97 Abs. 1 Z. 1 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.“ Der Antragsteller beantragte, „gemäß Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer eins, BVergGKonz 2018 festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz 2018 und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.“

Mit Verbesserungsauftrag vom 27.11.2023 wurde der Antragsteller aufgefordert, bis spätestens 30.11.2023 den Betrag von € 15.557,-- an ausstehenden Pauschalgebühren für den Feststellungsantrag zu entrichten, widrigenfalls sein Antrag als unzulässig zurückzuweisen wäre.

Der Antragsteller hat die geforderte Pauschalgebühr trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt.

Der Antragsteller hat, wie schon dem Wortlaut seines Antrages gem. Spruchpunkten 1) A) III. und IV. entnommen werden kann, einen Antrag gemäß § 97 Abs. 1 BVergGKonz 2018 gestellt. Gemäß § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 hat der Antragsteller für Anträge gemäß § 97 Abs. 1 BVergGKonz 2018 eine in der genannten Verordnung näher bestimmte Pauschalgebühr zu entrichten. Gegenständlich beträgt der Auftragswert € 62.929.175,49, und übersteigt daher den Schwellenwert (€ 5 382 000) um das Zehnfache. Die zu entrichtende Pauschalgebühr beträgt daher gem § 2 Abs 1 Z 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 das Dreifache der festgesetzten Gebühr für Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich minus Ermäßigung für einen bereits eingebrachten Antrag ( $€ 6.482 \times 3 = € 19.446 - 20 \%$  gemäß § 84 Abs. 1 Z. 5 BVergGKonz = € 15.557). Der Antragsteller hat, wie schon dem Wortlaut seines Antrages gem. Spruchpunkten 1) A) römisch drei. und römisch vier. entnommen werden kann, einen Antrag gemäß Paragraph 97, Absatz eins, BVergGKonz 2018 gestellt. Gemäß Paragraph eins, BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 hat der Antragsteller für Anträge gemäß Paragraph 97, Absatz eins, BVergGKonz 2018 eine in der genannten Verordnung näher bestimmte Pauschalgebühr zu entrichten. Gegenständlich beträgt der Auftragswert € 62.929.175,49, und übersteigt daher den Schwellenwert (€ 5 382 000) um das Zehnfache. Die zu entrichtende Pauschalgebühr beträgt daher gem Paragraph 2, Absatz eins, Ziffer eins, BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 das Dreifache der festgesetzten Gebühr für Dienstleistungskonzessionen im Oberschwellenbereich minus Ermäßigung für einen bereits eingebrachten Antrag ( $€ 6.482 \times 3 = € 19.446 - 20 \%$  gemäß Paragraph 84, Absatz eins, Ziffer 5, BVergGKonz = € 15.557).

Das Bundesverwaltungsgericht übersieht dabei nicht, dass der Antragsteller den in Spruchpunkt Spruchpunkten 1) A) II. genannten Weiterführungsantrag gestellt hat. Weiterführungsanträge und Feststellungsanträge welche im Zuge eines solchen Weiterführungsantrages gestellt werden, sind grundsätzlich von der Gebührenpflicht ausgenommen, da sie von den §§ 84 Abs 1 BVergG Konz 2018 iVm 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 nicht umfasst sind. Im gegenständlichen Fall liegt jedoch wie oben ausgeführt, kein zulässiger Antrag gemäß § 97 Abs. 4 BVergGKonz 2018 vor. Übrig bleibt somit ein Antrag gemäß § 97 Abs. 1 BVergGKonz 2018 (über welchen auch gesondert zu entscheiden ist), welcher von den §§ 84 Abs 1 BVergG Konz 2018 iVm 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 sehr wohl umfasst ist und daher zu vergebühren ist. Das Bundesverwaltungsgericht übersieht dabei nicht, dass der Antragsteller den in Spruchpunkt Spruchpunkten 1) A) römisch zwei. genannten Weiterführungsantrag gestellt hat. Weiterführungsanträge und Feststellungsanträge welche im Zuge eines solchen Weiterführungsantrages gestellt werden, sind grundsätzlich von der Gebührenpflicht ausgenommen, da sie von den Paragraphen 84, Absatz eins, BVergG Konz 2018 in Verbindung mit 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 nicht umfasst sind. Im gegenständlichen Fall liegt jedoch wie oben ausgeführt, kein zulässiger Antrag gemäß Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018 vor. Übrig bleibt somit ein Antrag gemäß Paragraph 97, Absatz eins, BVergGKonz 2018 (über welchen auch gesondert zu entscheiden ist), welcher von den Paragraphen 84, Absatz eins, BVergG Konz 2018 in Verbindung mit 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 sehr wohl umfasst ist und daher zu vergebühren ist.

### 3.e) Zu Spruchpunkt 2) A) - Gebührenersatz:

Da der Antragsteller nicht obsiegt hat, hat er gemäß § 85 BVergGKonz 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin. Im Übrigen hat der Antragsteller gar keine Gebühren entrichtet. Da der Antragsteller nicht obsiegt hat, hat er gemäß Paragraph 85, BVergGKonz 2018 keinen Anspruch auf Gebührenersatz durch die Auftraggeberin. Im Übrigen hat der Antragsteller gar keine Gebühren entrichtet.

### 4. 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. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 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. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche

Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vergleiche dazu die im Erkenntnis genannten Erkenntnisse des VwGH) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

#### **Schlagworte**

Berechnung entschiedene Sache Feststellungsantrag Feststellungsverfahren Konzession Konzessionserteilung Nachprüfungsverfahren Pauschalgebühren Pauschalgebührenersatz Rechtswidrigkeit res iudicata Schätzung des Auftragswertes Tabaktrafik Unionsrecht Vergabeverfahren Voraussetzungen Zurückweisung Zuschlagserteilung

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

ECLI:AT:BVWG:2024:W134.2270201.5.00

#### **Im RIS seit**

08.02.2024

#### **Zuletzt aktualisiert am**

08.02.2024

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

© 2026 JUSLINE

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

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