

TE Bvwg Beschluss 2023/9/29 W131 2241627-4

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.09.2023

Entscheidungsdatum

29.09.2023

Norm

BVergG 2018 §344 Abs2 Z3

BVergG 2018 §350 Abs7

B-VG Art133 Abs9

B-VG Art135 Abs4

B-VG Art140 Abs1 Z1 lita

B-VG Art18 Abs1

B-VG Art18 Abs2

B-VG Art83 Abs2

B-VG Art89 Abs2

EMRK Art6 Abs1

VfGG §62

VwGG §25a Abs3

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 344 heute
2. BVergG 2018 § 344 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 344 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 350 heute
2. BVergG 2018 § 350 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 350 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. B-VG Art. 135 heute
2. B-VG Art. 135 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 135 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
4. B-VG Art. 135 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 135 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
6. B-VG Art. 135 gültig von 01.01.1965 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 212/1964
7. B-VG Art. 135 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1964 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
8. B-VG Art. 135 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 135 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 140 heute
2. B-VG Art. 140 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013
3. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 2/2008
5. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2008 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
6. B-VG Art. 140 gültig von 06.06.1992 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 276/1992
7. B-VG Art. 140 gültig von 01.01.1991 bis 05.06.1992 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 685/1988
8. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1988 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 341/1988
9. B-VG Art. 140 gültig von 01.07.1976 bis 30.06.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
10. B-VG Art. 140 gültig von 19.12.1945 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 140 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 18 heute
2. B-VG Art. 18 gültig ab 01.07.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
5. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
6. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
7. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
8. B-VG Art. 18 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 18 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 18 heute
2. B-VG Art. 18 gültig ab 01.07.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2004 bis 30.06.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
4. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.2002 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
5. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.2001 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
6. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1999 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/1999
7. B-VG Art. 18 gültig von 01.01.1997 bis 31.12.1998 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 121/2001
8. B-VG Art. 18 gültig von 19.12.1945 bis 31.12.1996 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
9. B-VG Art. 18 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 83 heute
2. B-VG Art. 83 gültig ab 01.02.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 14/2019
3. B-VG Art. 83 gültig von 01.01.2014 bis 31.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 83 gültig von 29.02.1968 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 73/1968
5. B-VG Art. 83 gültig von 19.12.1945 bis 28.02.1968 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
6. B-VG Art. 83 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. B-VG Art. 89 heute
2. B-VG Art. 89 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 114/2013

3. B-VG Art. 89 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
4. B-VG Art. 89 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
5. B-VG Art. 89 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 302/1975
6. B-VG Art. 89 gültig von 07.04.1964 bis 30.06.1976 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 59/1964
7. B-VG Art. 89 gültig von 19.12.1945 bis 06.04.1964 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
8. B-VG Art. 89 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. EMRK Art. 6 heute
2. EMRK Art. 6 gültig ab 01.05.2004

1. VfGG § 62 heute
2. VfGG § 62 gültig von 01.01.2015 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 92/2014
3. VfGG § 62 gültig ab 01.01.2015 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 101/2014
4. VfGG § 62 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2013
5. VfGG § 62 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
6. VfGG § 62 gültig von 01.08.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2013
7. VfGG § 62 gültig von 01.03.2013 bis 31.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
8. VfGG § 62 gültig von 01.01.2004 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
9. VfGG § 62 gültig von 01.01.1991 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 329/1990
10. VfGG § 62 gültig von 01.01.1989 bis 31.12.1990 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 732/1988
11. VfGG § 62 gültig von 01.07.1976 bis 31.12.1988 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 311/1976

1. VwGG § 25a heute
2. VwGG § 25a gültig ab 21.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 88/2023
3. VwGG § 25a gültig von 01.01.2017 bis 20.07.2023 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGG § 25a gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013

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

,

W131 2241615-4/17Z

W131 2241627-4/17Z

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin Dr.ª Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite iZm den Nachprüfungsverfahren und den 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), aufgrund der Anträge einerseits der Bietergemeinschaft XXXX (ASt1) und andererseits der Bietergemeinschaft XXXX (ASt2) beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden, durch die fachkundige Laienrichterin Dr.ª Ilse POHL als Beisitzerin der Auftraggeberseite und durch den fachkundigen Laienrichter Mag Matthias WOHLGEMUTH als Beisitzer der Auftragnehmerseite iZm den Nachprüfungsverfahren und den 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), aufgrund der Anträge einerseits der

Bietergemeinschaft römisch 40 (ASt1) und andererseits der Bietergemeinschaft römisch 40 (ASt2) beschlossen:

A) Gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG iVm Art 89 und Art 135 Abs 4 B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof ~~der~~ Gemäß Artikel 140, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, B-VG in Verbindung mit Artikel 89 und Artikel 135, Absatz 4, B-VG wird an den Verfassungsgerichtshof der

Antrag

gestellt, die §§ 344 Abs 2 Z 3 und 350 Abs 7 BVergG 2018, alle BGBl I Nr 65/2018, als verfassungswidrig aufzuheben. gestellt, die Paragraphen 344, Absatz 2, Ziffer 3 und 350 Absatz 7, BVergG 2018, alle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018,, als verfassungswidrig aufzuheben.

Eventualiter möge nur der vorbezeichnete § 350 Abs 7 B-VG aufgehoben werden Eventualiter möge nur der vorbezeichnete Paragraph 350, Absatz 7, B-VG aufgehoben werden.

B) Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 9 B-VG iVm § 25a Abs 3 VwGG nicht zulässig. B) Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 9, B-VG in Verbindung mit Paragraph 25 a, Absatz 3, VwGG nicht zulässig.

''

Text

Begründung; Begründung:

I. Sachverhalt: römisch eins. Sachverhalt:

1. Am 28.06.2021, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am selben Tag, stellte die ASt1 einen hg nunmehr zur GZ W131 2241615-4 protokollierten Antrag auf teilweise Rückerstattung der hinsichtlich der Anfechtung der Auswahlentscheidungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen bei sechs Losen zu viel entrichteten Pauschalgebühren, betragsmäßig EUR 64.800,00. Sie führte diesbezüglich aus, dass sie mit ihrem Antrag auf Nachprüfung sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich sechs angefochtener Auswahlentscheidungen Pauschalgebühren iHv EUR 19.440,00 entrichtet habe. Die Vergebüherung gesondert nach Losen widerspreche dem eindeutigen Wortlaut der [Verordnung BGBl II 2018/212], nach welcher sich die Höhe der Pauschalgebühr nach dem geschätzten Gesamtwert bzw dem Gesamtwert der angefochtenen Lose richte, wenn sich der Antrag auf die Vergabe mehrerer Lose beziehe. Das BVwG hatte zuvor bei der Gebührennachforderung nach Neuuzuweisung an die GAbt w131 vertreten, dass je losweiser Auswahlentscheidung ein eigener Nachprüfungsantrag vorliege. 1. Am 28.06.2021, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am selben Tag, stellte die ASt1 einen hg nunmehr zur GZ W131 2241615-4 protokollierten Antrag auf teilweise Rückerstattung der hinsichtlich der Anfechtung der Auswahlentscheidungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen bei sechs Losen zu viel entrichteten Pauschalgebühren, betragsmäßig EUR 64.800,00. Sie führte diesbezüglich aus, dass sie mit ihrem Antrag auf Nachprüfung sowie Erlassung einer einstweiligen Verfügung hinsichtlich sechs angefochtener Auswahlentscheidungen Pauschalgebühren iHv EUR 19.440,00 entrichtet habe. Die Vergebüherung gesondert nach Losen widerspreche dem eindeutigen Wortlaut der [Verordnung BGBl römisch zwei 2018/212], nach welcher sich die Höhe der Pauschalgebühr nach dem geschätzten Gesamtwert bzw dem Gesamtwert der angefochtenen Lose richte, wenn sich der Antrag auf die Vergabe mehrerer Lose beziehe. Das BVwG hatte zuvor bei der Gebührennachforderung nach Neuuzuweisung an die GAbt w131 vertreten, dass je losweiser Auswahlentscheidung ein eigener Nachprüfungsantrag vorliege.

2. Am 09.07.2021, beim Bundesverwaltungsgericht eingelangt am selben Tag, stellte die ASt2 ebenfalls einen hg zur GZ W131 2241627-4 protokollierten Antrag auf Rückerstattung der hinsichtlich der Anfechtung der Auswahlentscheidungen zum Abschluss der Rahmenvereinbarungen bei neun Losen zu viel entrichteten Pauschalgebühren iHv EUR 111.456,00 bzw zumindest iHv EUR 95.904,00. Die ASt2 führte dazu aus, dass sie im hg zur GZ W131 2241627-2 protokollierten Verfahren EUR 9.720,00 mit Antragstellung und EUR 9.720,00 aufgrund der Nachforderung vom 28.04.2021 (sohin insgesamt EUR 19.440,00) entrichtet habe sowie im hg zur GZ W131 2241628-2 protokollierten Verfahren Pauschalgebühren iHv EUR 15.552,00 mit Antragstellung entrichtet habe. Da sich der Antrag auf die Vergabe mehrerer Lose beziehe, richte sich die Höhe der Pauschalgebühren gemäß der BVwG PauschalGebVO

Vergabe 2018 ausdrücklich nach dem geschätzten Gesamtwert bzw dem Gesamtwert der angefochtenen Lose. Die ASt2 gehe davon aus, dass daher eine Pauschalgebühr von EUR 19.440,00 zu entrichten sei. In eventu, weil Los 16 und die Lose 01,03, 04, 05, 08, 09, 10 und 11 in zwei separaten Eingaben angefochten worden seien, für das hg zur GZ W131 2241627-2 protokollierte Verfahren eine Pauschalgebühr von EUR 19.440,00 und für das hg. zur GZ W131 2241628-2 protokollierte Verfahren eine Pauschalgebühr von EUR 15.552,00 zu bemessen sei. Das BVwG hatte zuvor bei der Gebührennachforderung nach Neuzuweisung an die GAbt W131 vertreten, dass je losweiser Auswahlentscheidung ein eigener Nachprüfungsantrag vorliege.

3. Vom Bundesverwaltungsgericht wurden im zurückliegenden Nachprüfungsgeschehen, das unstrittig dem vergaberechtlichen Oberschwellenbereich gemäß § 12 BVergG unterliegt und damit auch im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vergaberechts- (schutz-) richtlinien, im Rahmen der Vorzuständigkeit der GAbt W120 einstweilige Verfügungen erlassen und schließlich nach Neuzuweisung der Verfahrensakten an die GAbt W131 die durch die ASt1 und die ASt2 beantragten Nichtigerklärungen betreffend die Auswahlentscheidungen nachmalig (im Wesentlichen) stattgebend ausgesprochen. 3. Vom Bundesverwaltungsgericht wurden im zurückliegenden Nachprüfungsgeschehen, das unstrittig dem vergaberechtlichen Oberschwellenbereich gemäß Paragraph 12, BVergG unterliegt und damit auch im Anwendungsbereich der unionsrechtlichen Vergaberechts- (schutz-) richtlinien, im Rahmen der Vorzuständigkeit der GAbt W120 einstweilige Verfügungen erlassen und schließlich nach Neuzuweisung der Verfahrensakten an die GAbt W131 die durch die ASt1 und die ASt2 beantragten Nichtigerklärungen betreffend die Auswahlentscheidungen nachmalig (im Wesentlichen) stattgebend ausgesprochen.

Dabei wurden im BVwG je angefochtenen Vergabelos und je Antragstellerin Verfahrensakten angelegt.

Die Verfahrenszahlstruktur ergibt sich dabei gemäß Mitteilung an die ASt 1 und ASt2 gemäß Mitteilungen vom 29.06.2021 wie folgt:

3.0. Beim BVwG werden - zur grundsätzlichen Erklärung - je Nachprüfungsantrag, wenn zusätzlich ein eV-Antrag zu entscheiden ist, zu einer Aktenzahl, hier (samt noch vorangestellter Zahl der Gerichtsabteilung) zB W131 2241615 für den eV - Antrag die Verfahrenszahl -1, zB W131 2241615-1, für den Nachprüfungsantrag die Verfahrenszahl -2, hier zB W131 2241615-2 und für das Pauschalgebührenersatzverfahren die Verfahrenszahl -3, hier zB W131 2241615-3 angelegt. Liegt im Zuweisungszeitpunkt kein dem Nachprüfungsantrag korrespondierender eV - Antrag (mehr) vor, bekommt dann das zuzuweisende Nachprüfungsverfahren [grundsätzlich] die Verfahrenszahl mit der durch Bindestrich getrennten Endziffer "-1" und das Gebührenersatzverfahren die Endziffer "-2".

3.1. Im vorliegenden Verfahrenskomplex wurde insoweit vom Leiter der GAbt W131 letztlich je Antragstellerin und je von einer Antragstellerin angefochtenem Los

- zeitlich vor Ergehen des VfGH - Erkenntnisses am 01.03.2022 zu E 4194/2021-8 - 3.1. Im vorliegenden Verfahrenskomplex wurde insoweit vom Leiter der GAbt W131 letztlich je Antragstellerin und je von einer Antragstellerin angefochtenem Los, - zeitlich vor Ergehen des VfGH - Erkenntnisses am 01.03.2022 zu E 4194/2021-8 -

insb auch zur Übersichtlichkeit und Durchführung von denkmöglichen praktikablen Akteneinsichten, die nach den internen Regelungen des BVwG grundsätzlich durch Referent:innen durchzuführen sind, die Anlage eines Nachprüfungsakts je angefochtener Losentscheidung und je Antragstellerin veranlasst,

zumal im hier zu Grunde liegenden Verfahrensgeschehen mit losweisen Vergaben je Auftraggeber (- gruppen) im jeweils typischen Dreiparteienverhältnis bei der Anfechtung von Auswahlentscheidungen

"Auftraggeber (- mehrheit) - Antragsteller - je Los (- en) in Aussicht genommener Vertragspartner"

jeweils unterschiedlich Verfahrensausgänge;

sowie zB auch unterschiedliche Geheimhaltungsinteressen/Akteneinsichtszulässigkeiten bei der Verfahrensdurchführung iZm § 337 BVergG (iSv E 706/20 ua) insb iZm uU unterschiedlichen in Aussicht genommenen Vertragspartnern denkmöglich erscheinen; sowie zB auch unterschiedliche Geheimhaltungsinteressen/Akteneinsichtszulässigkeiten bei der Verfahrensdurchführung iZm Paragraph 337, BVergG (iSv E 706/20 ua) insb iZm uU unterschiedlichen in Aussicht genommenen Vertragspartnern denkmöglich erscheinen;

bei eV - und Pauschalgebührenersatzakten ausweislich der §§ 352 Abs 1 und 341 BVergG eine andere Parteistruktur als im - hier - (zumindest) dreipersonalen Nachprüfungsverfahren gemäß § 346 BVergG herrscht; bei eV - und Pauschalgebührenersatzakten ausweislich der Paragraphen 352, Absatz eins und 341 BVergG eine andere

Parteistruktur als im - hier - (zumindest) dreipersonalen Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 346, BVerGG herrscht;

und zusätzlich der Gesetzgeber zwar im eV - und Nachprüfungsbereich die zentrale Beschaffungsstelle mitunter anstelle des konkreten Auftraggebers/der konkreten Auftraggeber als Parteien vorsieht, siehe dazu §§ 346 Abs 1 und 352 Abs 1 BVerGG, der Gesetzgeber im Pauschalgebührenersatzverfahren jedoch wieder den oder die jeweiligen Auftraggeber - und gerade nicht mehr die zentrale Beschaffungsstelle - als potentiell pauschalgebührenersatzpflichtig anstelle der mitunter vergebenden zentralen Beschaffungsstelle vorsieht, insoweit maW legistisch der Parteiwechsel im Gebührenersatzverfahren rechtsschutzmäßig dann nicht mehr fortgeführt wird.und zusätzlich der Gesetzgeber zwar im eV - und Nachprüfungsbereich die zentrale Beschaffungsstelle mitunter anstelle des konkreten Auftraggebers/der konkreten Auftraggeber als Parteien vorsieht, siehe dazu Paragraphen 346, Absatz eins und 352 Absatz eins, BVerGG, der Gesetzgeber im Pauschalgebührenersatzverfahren jedoch wieder den oder die jeweiligen Auftraggeber - und gerade nicht mehr die zentrale Beschaffungsstelle - als potentiell pauschalgebührenersatzpflichtig anstelle der mitunter vergebenden zentralen Beschaffungsstelle vorsieht, insoweit maW legistisch der Parteiwechsel im Gebührenersatzverfahren rechtsschutzmäßig dann nicht mehr fortgeführt wird.

3.2. Betreffend die nach BVerGG gemäß Aufforderung des BVwG ab Zuständigkeit der GAbt W131 nachvergebührten Rechtsschutzanträge der ASt1 ist die Verfahrenszahlstruktur für das Nachprüfungs- und das Gebührenersatzverfahren nach angefochtenen losweisen Entscheidungen wie folgt:

Los 1 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2241615-2; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2241615-3

Los 3 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243744-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243744-2

Los 5 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243745-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243745-2

Los 10 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243746-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243746-2

Los 11 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243747-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243747-2

Los 16 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243748-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243748-2

3.3. Betreffend die nach BVerGG gemäß Aufforderung des BVwG ab Zuständigkeit der GAbt W131 nachvergebührten Rechtsschutzanträge der ASt2 ist die Verfahrenszahlstruktur für das Nachprüfungs- und das Gebührenersatzverfahren nach angefochtenen losweisen Entscheidungen wie folgt:

Los 1 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2241627-2; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2241627-3

Los 3 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243750-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243750-2

Los 4 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243751-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243751-2

Los 5 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243752-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243752-2

Los 8 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243753-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243753-2

Los 9 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243754-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243754-2

Los 10 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243755-1; Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl 2243755-2

Los 11 - Nachprüfungsakt mit der Verfahrenszahl W131 2243756-1, Pauschalgebührenersatzakt mit der Verfahrenszahl W131 2243756-2

[Los 16 wurde von der ASt2 bereits ursprünglich getrennt zu den anderen Losen angefochten und erhielt damit bereits ursprünglich die Aktenzahl 2241628.]

4. 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 iSd § 341 BVergG betreffend die für die jeweils je Los gestellten Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden schließlich mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.09.2021 für die Dauer der über die von der ASt1 und ASt2 jeweils eingeleiteten Verfahren zur teilweisen Rückforderung der bezahlten Pauschalgebühren ausgesetzt. 4. 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 iSd Paragraph 341, BVergG betreffend die für die jeweils je Los gestellten Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wurden schließlich mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 15.09.2021 für die Dauer der über die von der ASt1 und ASt2 jeweils eingeleiteten Verfahren zur teilweisen Rückforderung der bezahlten Pauschalgebühren ausgesetzt.

Das Pauschalgebührenrückersatzverfahren betreffend die ASt1 wird insoweit nunmehr beim BVwG zu W131 2241615-4 abgehandelt, das Pauschalgebührenrückersatzverfahren der ASt2 nunmehr zu W131 2241627-4. Aus diesen Verfahrensakten heraus wird nunmehr der vorliegende Gesetzesprüfungsantrag gestellt.

6. Beim VwGH sind derzeit Revisionsverfahren (nach dem Wissensstand des BVwG) zu den dortigen Zlen Ra 2021/04/0201 bis 0203 betreffend die angefochtenen Erkenntnisse des BVwG über die Nichtigerklärung losweiser Auswahlentscheidungen anhängig; und befinden sich die Gerichtsakten und Vergabeunterlagen insoweit gemäß dortiger Vorlagepflicht grundsätzlich beim VwGH.

II. Rechtslage:römisch zwei. Rechtslage:

Die §§ 344 Abs 2 Z 3 und 350 Abs 7 des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), StF: BGBl I Nr 65/2018 idF BGBl II Nr 91/2019 = BVergG lauten wie folgt: Die Paragraphen 344, Absatz 2, Ziffer 3 und 350 Absatz 7, des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), Stammfassung, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr 91 aus 2019, = BVergG lauten wie folgt:

„Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 344. (1) [...] Paragraph 344, (1) [...]

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

[...]

3. er trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

Einstweilige Verfügungen

Antragstellung

§ 350. (1) [...] Paragraph 350, (1) [...]

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

III. Zur Zulässigkeit des Antrags gemäß Art 140 B-VGrömisch drei. Zur Zulässigkeit des Antrags gemäß Artikel 140, B-VG:

1. Antragsbefugnis des Bundesverwaltungsgerichts:

1.1. Gemäß Art 89 Abs 2 iVm Art 135 Abs 4 B-VG hat das Verwaltungsgericht, wenn es gegen die Anwendung eines

Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hat, einen Antrag gemäß Art 140 Abs 1 Z 1 lit a B-VG auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift beim Verfassungsgerichtshof zu stellen. 1.1. Gemäß Artikel 89, Absatz 2, in Verbindung mit Artikel 135, Absatz 4, B-VG hat das Verwaltungsgericht, wenn es gegen die Anwendung eines Gesetzes aus dem Grund der Verfassungswidrigkeit Bedenken hat, einen Antrag gemäß Artikel 140, Absatz eins, Ziffer eins, Litera a, B-VG auf Aufhebung dieser Rechtsvorschrift beim Verfassungsgerichtshof zu stellen.

Anlässlich der Behandlung der eingelangten Anträge auf Rückerstattung als zu viel entrichtet beurteilter Pauschalgebühren iZm Rechtsschutzanträgen (Nachprüfungsanträgen und Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) sind beim Bundesverwaltungsgericht Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit der im Antrag angeführten Gesetzesbestimmungen aufgekommen.

1.2. Zur Antragstellung ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs jener Spruchkörper eines Gerichtes berufen, der die anzufechtende Norm bei seiner Entscheidung anzuwenden hätte (VfGH 17.06.2017, V 67/2016, G 114/2017). 1.2. Zur Antragstellung ist nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs jener Spruchkörper eines Gerichtes berufen, der die anzufechtende Norm bei seiner Entscheidung anzuwenden hätte (VfGH 17.06.2017, römisch fünf 67 aus 2016,, G 114 aus 2017,,).

Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß der Rsp des VfGH auf Basis der aktuellen Rechtslage inkl der angefochtenen Normen zur Entscheidung über die zu den Verfahren W131 2241615-4 und W131 2241627-4 protokollierten Anträge auf Pauschalgebührenrückersatz zuständig, siehe zB VfGH E4474/2018, V64/2019 und E 4194/2021 bzw VwGH Ra 2021/04/0147. [Jedenfalls in VfGH E4474/2018 und E4194/2021 sowie auch in VwGHRa 2021/04/0147 ging es jeweils immer auch um Pauschalgebühren für Nachprüfungs- und eV - Anträge.] Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß der Rsp des VfGH auf Basis der aktuellen Rechtslage inkl der angefochtenen Normen zur Entscheidung über die zu den Verfahren W131 2241615-4 und W131 2241627-4 protokollierten Anträge auf Pauschalgebührenrückersatz zuständig, siehe zB VfGH E4474/2018, V64/2019 und E 4194 aus 2021, bzw VwGHRa 2021/04/0147. [Jedenfalls in VfGH E4474/2018 und E4194/2021 sowie auch in VwGHRa 2021/04/0147 ging es jeweils immer auch um Pauschalgebühren für Nachprüfungs- und eV - Anträge.]

Zentral hat der VfGH dabei aus der im Gesetzeswortlaut jeweils zumindest grundsätzlich eindeutig ersichtlichen Pflicht zur Zurückweisung der vergabespezifischen Rechtsschutzanträge "mangels ordnungsmäßiger Gebührenverbesserung" die hier angefochtenen Zurückweisungstatbestände als alleinig zentrale Zuständigkeitsbasis des BVwG dafür gesehen, um auch all jene akzessorischen Verfahren zur Überprüfung der Pauschalgebühren (-höhe), die einen zwingenden Zusammenhang zu einem Vergabekontrollverfahren aufweisen, durch das Bundesverwaltungsgericht als Rechtsprechungsorgan durch den zuständigen Vergaberechtssenat Senat entscheiden zu lassen.

Insoweit sei hier aus der grundlegenden Entscheidung des VfGH zu E4474/2018 wiederholt:

[...] Der Verfassungsgerichtshof hat in VfSlg. 19.880/2014 nicht zur Frage Stellung genommen, ob es sich bei der Führung derartiger akzessorischer Verfahren zur Überprüfung der Pauschalgebühren, die ein Vergabekontrollverfahren zwingend voraussetzen, um eine Angelegenheit der Justizverwaltung oder der Rechtsprechung des [...] handelt. Auch aus der Entscheidung VfSlg. 19.914/2014, in der der Verfassungsgerichtshof die Höhe der Pauschalgebühren nach dem BVergG 2006 im konkreten Fall für verfassungskonform erachtete, indem er jene verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf diese Pauschalgebühren übertrug, die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes für Gerichtsgebühren entwickelt worden sind, lässt sich für die hier zu beantwortende Frage nichts gewinnen [...]. [...] Der Verfassungsgerichtshof hat in VfSlg. 19.880 aus 2014, nicht zur Frage Stellung genommen, ob es sich bei der Führung derartiger akzessorischer Verfahren zur Überprüfung der Pauschalgebühren, die ein Vergabekontrollverfahren zwingend voraussetzen, um eine Angelegenheit der Justizverwaltung oder der Rechtsprechung des [...] handelt. Auch aus der Entscheidung VfSlg. 19.914 aus 2014,, in der der Verfassungsgerichtshof die Höhe der Pauschalgebühren nach dem BVergG 2006 im konkreten Fall für verfassungskonform erachtete, indem er jene verfassungsrechtlichen Maßstäbe auf diese Pauschalgebühren übertrug, die in der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofes für Gerichtsgebühren entwickelt worden sind, lässt sich für die hier zu beantwortende Frage nichts gewinnen [...].

Die Antwort auf die hier zu entscheidende Rechtsfrage ergibt sich aber aus der dargestellten Koppelung der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Antrages auf vergaberechtliche Nachprüfung (oder eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) mit der Entscheidung, ob der Antrag trotz Aufforderung zur Verbesserung

nicht ordnungsgemäß verggebührt wurde, indem das Gesetz die ordnungsgemäße Verggebührung zur Voraussetzung der Zulässigkeit eines entsprechenden Antrages erklärt ([...] Abs 2 Z 3 [...] für den Antrag auf Nachprüfung und § [...] Abs 7 [...] für den Antrag auf einstweilige Verfügung). Da der Gesetzgeber die Entscheidung über die Zulässigkeit derartiger vergaberechtlicher Rechtsschutzbegehren der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zuordnet (siehe [...]) und dies aus verfassungsrechtlicher Sicht (vgl Art 87 iVm Art 134 Abs 7 B-VG) auch muss, ist davon auszugehen, dass auch all jene im Sinne von VfSlg. 19.880/2014 akzessorischen Verfahren zur Überprüfung der Pauschalgebühren, die einen zwingenden Zusammenhang zu einem Vergabekontrollverfahren aufweisen, weil die Ordnungsmäßigkeit der Verggebührung (mit-)beurteilt wird, durch das Bundesverwaltungsgericht als Organ der Rechtsprechung zu entscheiden sind [...]. Die Antwort auf die hier zu entscheidende Rechtsfrage ergibt sich aber aus der dargestellten Koppelung der Entscheidung über die Zulässigkeit eines Antrages auf vergaberechtliche Nachprüfung (oder eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung) mit der Entscheidung, ob der Antrag trotz Aufforderung zur Verbesserung nicht ordnungsgemäß verggebührt wurde, indem das Gesetz die ordnungsgemäße Verggebührung zur Voraussetzung der Zulässigkeit eines entsprechenden Antrages erklärt ([...] Absatz 2, Ziffer 3, [...] für den Antrag auf Nachprüfung und Paragraph [...] Abs 7 [...] für den Antrag auf einstweilige Verfügung). Da der Gesetzgeber die Entscheidung über die Zulässigkeit derartiger vergaberechtlicher Rechtsschutzbegehren der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes zuordnet (siehe [...]) und dies aus verfassungsrechtlicher Sicht vergleiche Artikel 87, in Verbindung mit Artikel 134, Absatz 7, B-VG) auch muss, ist davon auszugehen, dass auch all jene im Sinne von VfSlg. 19.880 aus 2014, akzessorischen Verfahren zur Überprüfung der Pauschalgebühren, die einen zwingenden Zusammenhang zu einem Vergabekontrollverfahren aufweisen, weil die Ordnungsmäßigkeit der Verggebührung (mit-)beurteilt wird, durch das Bundesverwaltungsgericht als Organ der Rechtsprechung zu entscheiden sind [...].

Das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Anlassverfahren, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, als Rechtsprechungsorgan durch Senat (siehe § 292 Abs. 1 BVergG 2006) zuständig, über die Anträge der beschwerdeführenden Gesellschaften auf Vorschreibung bzw Rückführung der entrichteten Pauschalgebühr zu entscheiden. [...] Das Bundesverwaltungsgericht ist daher im Anlassverfahren, bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen, als Rechtsprechungsorgan durch Senat (siehe Paragraph 292, Absatz eins, BVergG 2006) zuständig, über die Anträge der beschwerdeführenden Gesellschaften auf Vorschreibung bzw Rückführung der entrichteten Pauschalgebühr zu entscheiden. [...]

1.3. Damit ist der hier in den Rückersatzverfahren zu W131 2241615-4 und W131 2241627-4 zur Entscheidung über die Pauschalgebühren zuständige Senat befugt bzw verpflichtet (vgl. diesbezüglich Bußjäger in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 140 B-VG, Rz 7), die von ihm anzuwendenden aktuell zuständigkeitstragenden Normen aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken anzufechten. 1.3. Damit ist der hier in den Rückersatzverfahren zu W131 2241615-4 und W131 2241627-4 zur Entscheidung über die Pauschalgebühren zuständige Senat befugt bzw verpflichtet vergleiche diesbezüglich Bußjäger in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 140, B-VG, Rz 7), die von ihm anzuwendenden aktuell zuständigkeitstragenden Normen aufgrund verfassungsrechtlicher Bedenken anzufechten.

2. Präjudizialität und Auswirkungen auf die beim Bundesverwaltungsgericht anhängige Rechtssachen:

Gemäß § 62 Abs 2 VfGG ist im Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes oder von bestimmten Stellen eines Gesetzes darzulegen, inwiefern das Gericht das Gesetz anzuwenden und welche Auswirkungen die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes auf die beim Gericht anhängige Rechtssache hätte. Gemäß Paragraph 62, Absatz 2, VfGG ist im Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes oder von bestimmten Stellen eines Gesetzes darzulegen, inwiefern das Gericht das Gesetz anzuwenden und welche Auswirkungen die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes auf die beim Gericht anhängige Rechtssache hätte.

Gegenständlich hat das Bundesverwaltungsgericht vor den Entscheidungen über die Anträge auf Nachprüfung insbesondere auch durch Erteilung entsprechender Verbesserungsaufträge Pauschalgebühren eingefordert. Die ASt1 und ASt2 verneinen jedoch, dass die von ihnen entrichteten Pauschalgebühren den gesetzlich geschuldeten Betrag übersteigen und stell- (t-) en jeweils einen Antrag auf Rückerstattung zu viel entrichteter Pauschalgebühren.

Aufgrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu V 64/2019 und E 4474/2018 erscheint eindeutig, dass die beiden angefochtenen Gesetzesbestimmungen gemäß Aufhebungsbegehren, wie vorstehend durch das Zitat von

VfGH E 4474/2018 belegt, aktuell alleinig zentral zuständigkeitstragende Grundlage dafür sind, dass das BVwG nunmehr über Gebührenrückzahlungsanträge der ASt1 und der ASt2 als Organ der Rechtsprechung durch den Senat gemäß § 328 BVergG entscheiden muss [, ohne dass der Fiskus bei diesen Abgabenfragen iSd F-VG in solchen Verfahren mit evident fiskalischen Interessen in irgendeiner Form Parteistellung hätte]. Aufgrund der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zu römisch fünf 64 aus 2019, und E 4474 aus 2018, erscheint eindeutig, dass die beiden angefochtenen Gesetzesbestimmungen gemäß Aufhebungsbegehren, wie vorstehend durch das Zitat von VfGH E 4474 aus 2018, belegt, aktuell alleinig zentral zuständigkeitstragende Grundlage dafür sind, dass das BVwG nunmehr über Gebührenrückzahlungsanträge der ASt1 und der ASt2 als Organ der Rechtsprechung durch den Senat gemäß Paragraph 328, BVergG entscheiden muss [, ohne dass der Fiskus bei diesen Abgabenfragen iSd F-VG in solchen Verfahren mit evident fiskalischen Interessen in irgendeiner Form Parteistellung hätte].

Ohne Existenz dieser hier vom Senat anzuwendenden und angefochtenen Zuständigkeitsbegründungsnormen wären die Rückzahlungsanträge vom BVwG als Rechtsprechungsorgan zurückzuweisen.

Gehörten die angefochtenen Gesetzesbestimmungen nicht mehr dem Rechtsbestand an, bestünde also insoweit umgekehrt keine Zuständigkeit (-sgrundlage) des BVwG als Rechtsprechungsorgan der Verwaltungsgerichtsbarkeit mehr, über diese Rückzahlungsbegehren zu entscheiden, sondern ergäbe dann eine teleologische Rechtsanwendung im Zuständigkeitsbereich eine Justizverwaltungszuständigkeit gemäß § 3 BVwGG iVm den dann interpretativ anwendbaren Bestimmungen des GEG; zur "zwanglosen teleologischen Rechtsanwendung im Zuständigkeitsbereich" siehe zB bereits VfGH G187/91; G269/91 [iZm Analogien] mwN; bzw danach zB VfGH B 475/03 in Bestätigung von BVA 11N-72/02-84 zu den lückenhaften Übergangsbestimmungen des BVergG 2002, letztgenannter Bescheid des BVA dann auch bestätigt durch VwGH ZI 2003/04/0048. Gehörten die angefochtenen Gesetzesbestimmungen nicht mehr dem Rechtsbestand an, bestünde also insoweit umgekehrt keine Zuständigkeit (-sgrundlage) des BVwG als Rechtsprechungsorgan der Verwaltungsgerichtsbarkeit mehr, über diese Rückzahlungsbegehren zu entscheiden, sondern ergäbe dann eine teleologische Rechtsanwendung im Zuständigkeitsbereich eine Justizverwaltungszuständigkeit gemäß Paragraph 3, BVwGG in Verbindung mit den dann interpretativ anwendbaren Bestimmungen des GEG; zur "zwanglosen teleologischen Rechtsanwendung im Zuständigkeitsbereich" siehe zB bereits VfGH G187/91; G269/91 [iZm Analogien] mwN; bzw danach zB VfGH B 475/03 in Bestätigung von BVA 11N-72/02-84 zu den lückenhaften Übergangsbestimmungen des BVergG 2002, letztgenannter Bescheid des BVA dann auch bestätigt durch VwGH ZI 2003/04/0048.

[Bei Kassation der aufgehobenen Bestimmungen bestünde schließlich zudem auch keine Notwendigkeit einer judziellen Gebührenentscheidung im Lichte von Art 87 iVm Art 134 Abs 7 B-VG mehr, sondern würde gemäß § 3 BVwGG ein Verwaltungsorgan, das kein oberstes Organ iSd Art 19 B-VG ist, über vorliegende fiskalrelevante Rückzahlungsangelegenheiten erstinstanzlich entscheiden.][Bei Kassation der aufgehobenen Bestimmungen bestünde schließlich zudem auch keine Notwendigkeit einer judziellen Gebührenentscheidung im Lichte von Artikel 87, in Verbindung mit Artikel 134, Absatz 7, B-VG mehr, sondern würde gemäß Paragraph 3, BVwGG ein Verwaltungsorgan, das kein oberstes Organ iSd Artikel 19, B-VG ist, über vorliegende fiskalrelevante Rückzahlungsangelegenheiten erstinstanzlich entscheiden.]

Insoweit ist Präjudizialität der angefochtenen Normen gegeben.

IV. Darlegung der Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit römisch vier. Darlegung der Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit

Gemäß § 62 Abs 1 VfGG hat der Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes oder von bestimmten Stellen eines Gesetzes im Einzelnen darzulegen, welche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetztes sprechen. Gemäß Paragraph 62, Absatz eins, VfGG hat der Antrag auf Aufhebung eines Gesetzes oder von bestimmten Stellen eines Gesetzes im Einzelnen darzulegen, welche Bedenken gegen die Verfassungsmäßigkeit des Gesetztes sprechen.

In den gegenständlichen Verfahren sind beim Bundesverwaltungsgericht Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des § 344 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 und des § 350 Abs 7 BVergG 2018 entstanden. In den gegenständlichen Verfahren sind beim Bundesverwaltungsgericht Bedenken ob der Verfassungsmäßigkeit des Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 und des Paragraph 350, Absatz 7, BVergG 2018 entstanden.

Verstoß des partiell unionsrechtlich verdrängten § 350 Abs 7 BVergG insb gegen Art 18 Abs 1 B-VG samt daraus folgender Verfassungswidrigkeit des § 344 Abs 2 Z 3 BVergG Verstoß des partiell unionsrechtlich verdrängten

Paragraph 350, Absatz 7, BVergG insb gegen Artikel 18, Absatz eins, B-VG samt daraus folgender Verfassungswidrigkeit des Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG

Seit dem Beitritt Österreichs zur EU wurde der Gesetzesbegriff des Art 18 Abs 1 B-VG durch das Unionsrecht erweitert, so dass das Handeln der Vollziehung auch durch – unmittelbar anwendbares – Unionsrecht (insbesondere Verordnungen) bestimmt sein kann. Dieses genießt auch Vorrangwirkung vor widersprechendem nationalem Recht jedweder Stufe (vgl Muzak, B-VG6Art 18, Rz 2f; VwGH 22.04.2008, 2008/18/0129; Ranacher/Sonntag in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 18 B-VG, Rz 1 und 3; Grabenwarter/Frank, B-VG Art 18, Rz 2). Seit dem Beitritt Österreichs zur EU wurde der Gesetzesbegriff des Artikel 18, Absatz eins, B-VG durch das Unionsrecht erweitert, so dass das Handeln der Vollziehung auch durch – unmittelbar anwendbares – Unionsrecht (insbesondere Verordnungen) bestimmt sein kann. Dieses genießt auch Vorrangwirkung vor widersprechendem nationalem Recht jedweder Stufe vergleiche Muzak, B-VG6Art 18, Rz 2f; VwGH 22.04.2008, 2008/18/0129; Ranacher/Sonntag in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 18, B-VG, Rz 1 und 3; Grabenwarter/Frank, B-VG Artikel 18,, Rz 2).

Der EuGH sprach in den verbundenen Rechtssachen C-274/21 und C-275/21 insb auch zu Art Art 47 GRC aus, dass eine nationale Regelung dem Unionsrecht widerspricht, wenn eine Antragstellerin Pauschalgebühren in vorab nicht absehbarer Höhe zu entrichten hat. Ein faires Verfahren bedingt, dass eine Antragstellerin zum Zeitpunkt der Antragseinbringung eigenständig in der Lage sein muss, die anfallenden Pauschalgebühren zu berechnen, um so auch das Gebührenrisiko abschätzen zu können (vgl etwa Rdnri 99 und 103 des bezogenen Auslegungsurteils). Der EuGH sprach in den verbundenen Rechtssachen C-274/21 und C-275/21 insb auch zu Art Artikel 47, GRC aus, dass eine nationale Regelung dem Unionsrecht widerspricht, wenn eine Antragstellerin Pauschalgebühren in vorab nicht absehbarer Höhe zu entrichten hat. Ein faires Verfahren bedingt, dass eine Antragstellerin zum Zeitpunkt der Antragseinbringung eigenständig in der Lage sein muss, die anfallenden Pauschalgebühren zu berechnen, um so auch das Gebührenrisiko abschätzen zu können vergleiche etwa Rdnri 99 und 103 des bezogenen Auslegungsurteils).

Der EuGH hat insoweit im bezogenen Auslegungsurteil, das (auch) über ein Vorabentscheidungsersuchen des hier entscheidenden Senats (zur Rs C-275/21) ergangen ist, im Urteilstenor soweit hier interessierend ausgeführt:

[...]

4. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2014/23 geänderten Fassung ist im Licht von Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahinauszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es dem Rechtsuchenden obliegt, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder in seinem Nachprüfungsantrag das betreffende Vergabeverfahren und die von ihm beanstandete gesondert anfechtbare Entscheidung zu benennen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber für ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entschieden hat und die Vergabebekanntmachung noch nicht veröffentlicht worden ist. 4. Artikel eins, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2014/23 geänderten Fassung ist im Licht von Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union dahinauszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der es dem Rechtsuchenden obliegt, in seinem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder in seinem Nachprüfungsantrag das betreffende Vergabeverfahren und die von ihm beanstandete gesondert anfechtbare Entscheidung zu benennen, wenn sich der öffentliche Auftraggeber für ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entschieden hat und die Vergabebekanntmachung noch nicht veröffentlicht worden ist.

[...]

5. Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2014/23 geänderten Fassung ist im Licht von Art 47 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen, 5. Artikel 2, Absatz eins, der Richtlinie 89/665 in der durch die Richtlinie 2014/23 geänderten Fassung ist im Licht von Artikel 47, der Charta der Grundrechte dahin auszulegen,

- dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, nach der ein Gericht, das mit einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, mit dem Beschaffungen des öffentlichen Auftraggebers verhindert werden sollen, befasst ist, ausschließlich zum Zweck der Berechnung der Pauschalgebühren – die der Antragsteller insofern zwingend zu entrichten hat, als sonst sein Antrag allein aus diesem Grund zurückgewiesen werden könnte – vor der Entscheidung über diesen Antrag die Art des betreffenden Vergabeverfahrens, den (geschätzten) Wert des fraglichen Auftrags sowie die Summe der gesondert anfechtbaren Entscheidungen bzw allenfalls auch die Lose aus dem betreffenden

Vergabeverfahren ermitteln muss, wenn sich der öffentliche Auftraggeber für ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung entschieden hat und die Vergabebekanntmachung zum Zeitpunkt der Stellung des Antrags auf Aufhebung einer Entscheidung im Zusammenhang mit diesem Verfahren noch nicht veröffentlicht worden ist;

– dass er einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, nach der ein Gericht, das mit einem Nachprüfungsantrag, der auf die Nichtigkeitserklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers gerichtet ist, befasst ist, ausschließlich zum Zweck der Berechnung der Pauschalgebühren – die der Antragsteller insofern zwingend zu entrichten hat, als sonst sein Antrag allein aus diesem Grund zurückgewiesen werden könnte – vor der Entscheidung über diesen Antrag die Art des betreffenden Vergabeverfahrens, den (geschätzten) Wert des fraglichen Auftrags sowie die Summe der gesondert anfechtbaren Entscheidungen bzw. allenfalls auch die Lose aus dem betreffenden Vergabeverfahren ermitteln muss.

6. Art. 47 der Charta der Grundrechte ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Rechtsuchende, der einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder einen Nachprüfungsantrag stellt, Pauschalgebühren in nichtabsehbarer Höhe zu entrichten hat, wenn sich der öffentliche Auftraggeber für ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. gegebenenfalls ohne spätere Vergabebekanntmachung entschieden hat, so dass der Rechtsuchende möglicherweise nicht wissen kann, wie hoch der geschätzte Wert des betreffenden Auftrags ist und wie viele gesondert anfechtbare Entscheidungen, nach denen sich die Höhe der Pauschalgebühren richtet, der öffentliche Auftraggeber erlassen hat. 6. Artikel 47, der Charta der Grundrechte ist dahin auszulegen, dass er einer nationalen Regelung entgegensteht, wonach der Rechtsuchende, der einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder einen Nachprüfungsantrag stellt, Pauschalgebühren in nichtabsehbarer Höhe zu entrichten hat, wenn sich der öffentliche Auftraggeber für ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. gegebenenfalls ohne spätere Vergabebekanntmachung entschieden hat, so dass der Rechtsuchende möglicherweise nicht wissen kann, wie hoch der geschätzte Wert des betreffenden Auftrags ist und wie viele gesondert anfechtbare Entscheidungen, nach denen sich die Höhe der Pauschalgebühren richtet, der öffentliche Auftraggeber erlassen hat.

[...]

Diese Aussagen sind auch auf Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung übertragbar. Bei Einbringung eines jeden Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder eines jeden Nachprüfungsantrags muss die Antragstellerin über jene Informationen verfügen, die es ihr ermöglichen, die zu entrichtende Pauschalgebühr eigenständig zu berechnen. Betrachtet man das gegenwärtige Pauschalgebührensysteem, zeigt sich aber, dass oftmals die maßgeblichen Elemente selbst in Verfahren, in denen eine Bekanntmachung oder eine Bekanntgabe veröffentlicht wurde, den künftigen Antragstellern nicht bekannt sind, etwa, weil der geschätzte Auftragswert durch den Auftraggeber nicht verpflichtend anzugeben gewesen wäre (- vgl. insb. Thomas Ziniel, Der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß BVergG 2018 am unionsrechtlichen Prüfstand, ZVB 2023/20, Heft 2/2023, S. 70 (72)). Diese Aussagen sind auch auf Vergabeverfahren mit vorheriger Bekanntmachung übertragbar. Bei Einbringung eines jeden Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung oder eines jeden Nachprüfungsantrags muss die Antragstellerin über jene Informationen verfügen, die es ihr ermöglichen, die zu entrichtende Pauschalgebühr eigenständig zu berechnen. Betrachtet man das gegenwärtige Pauschalgebührensysteem, zeigt sich aber, dass oftmals die maßgeblichen Elemente selbst in Verfahren, in denen eine Bekanntmachung oder eine Bekanntgabe veröffentlicht wurde, den künftigen Antragstellern nicht bekannt sind, etwa, weil der geschätzte Auftragswert durch den Auftraggeber nicht verpflichtend anzugeben gewesen wäre (- vergleiche insb. Thomas Ziniel, Der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß BVergG 2018 am unionsrechtlichen Prüfstand, ZVB 2023/20, Heft 2 aus 2023, S. 70 (72)).

Das Bundesverwaltungsgericht vertritt – nach h.g. Auffassung konform mit T. Ziniel – die Ansicht, dass das gegenwärtige Pauschalgebührensysteem mit unionsrechtlichen Vorgaben nicht mehr zu vereinbaren ist. Es stellt sich nämlich im Einzelfall die Frage, welche Bestimmungen allenfalls noch anwendbar und welche durch den Anwendungsvorrang des Unionsrechts als verdrängt anzusehen sind.

Der Verwaltungsgerichtshof spricht in ständiger Rechtsprechung aus, dass im Wege der Verdrängung nur jene von mehreren unionsrechtskonformen Lösungen zur Anwendung gelangt, mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt (vgl. VwSlg. 19.330 A/2016). Der Verwaltungsgerichtshof spricht in

ständiger Rechtsprechung aus, dass im Wege der Verdrängung nur jene von mehreren unionsrechtskonformen Lösungen zur Anwendung gelangt, mit welcher die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers so weit wie möglich erhalten bleibt (vergleiche VfSlg 19.330 A/2016).

Dz ist davon auszugehen, dass die Prozessvoraussetzung der ordnungsgemäßen Vergebühung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 7 BVergG 2018 qua Anwendungsvorrang verdrängt ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher mitunter über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch dann zu entscheiden und gegebenenfalls eine einstweilige Verfügung zu erlassen, bevor die Pauschalgebühr von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtet worden ist (Thomas Ziniel, Der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß BVergG 2018 am unionsrechtlichen Prüfstand, ZVB 2023/20, Heft 2/2023, S 73).Dz ist davon auszugehen, dass die Prozessvoraussetzung der ordnungsgemäßen Vergebühung des Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 350, Absatz 7, BVergG 2018 qua Anwendungsvorrang verdrängt ist. Das Bundesverwaltungsgericht hat daher mitunter über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung auch dann zu entscheiden und gegebenenfalls eine einstweilige Verfügung zu erlassen, bevor die Pauschalgebühr von der Antragstellerin ordnungsgemäß entrichtet worden ist (Thomas Ziniel, Der vergabespezifische Rechtsschutz gemäß BVergG 2018 am unionsrechtlichen Prüfstand, ZVB 2023/20, Heft 2 aus 2023,, S 73).

Somit verbleibt hinsichtlich der Bestimmung der Gebühren insbesondere betreffend Anträge auf Einstweilige Verfügungen gemäß § 350 Abs 7 BVergG 2018 eine allenfalls partiell unionsrechtlich verdrängte Norm, die nationalgesetzlich weiterhin als Gesetz kundgemacht ist.Somit verbleibt hinsichtlich der Bestimmung der Gebühren insbesondere betreffend Anträge auf Einstweilige Verfügungen gemäß Paragraph 350, Absatz 7, BVergG 2018 eine allenfalls partiell unionsrechtlich verdrängte Norm, die nationalgesetzlich weiterhin als Gesetz kundgemacht ist.

Aus der in Art 18 Abs 1 und 2 B-VG angeordneten Bindung der Vollziehung an das Gesetz folgt insb auch das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot, inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen; dieses Gebot folgt va aus der Wendung „auf Grund der Gesetze“. Das Determinierungsgebot verlangt somit im Interesse der demokratischen Legitimation des Vollzugshandelns, seiner Vorhersehbarkeit für die Rechtsunterworfenen und seiner effektiven (verwaltungs-) gerichtlichen Kontrolle, dass alle wesentlichen Momente der beabsichtigten Regelung (VfSlg 176/1923) schon im Gesetz selbst festgelegt sind. Der Verfassungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass der durch Art 18 B-VG gebotene Determinierungsgrad dem „jeweiligen Regelungsgegenstand“ is eines differenzierten Legalitätsprinzips adäquat sein müsse, also angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ein dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquater Determinierungsgrad vorliegt (vgl VfSlg 17.348, 19.700, 20.250, 20.252). Art 18 B-VG verlange, dass jeglicher Vollzugsakt am Gesetz auf seine Rechtmäßigkeit hin gemessen werden kann (VfSlg 11.937, 12.133). Verschiedentlich wird auch gefordert, dass der Inhalt einer Regelung „soweit bestimmbar ist, dass der Rechtsunterworfene sein Verhalten danach einrichten kann“ (vgl VfSlg 13.460). Ob eine Vorschrift ausreichend bestimmt ist, hängt auch von ihren Folgen ab (vgl VfSlg 13.816; Muzak, B-VG6Art 18, Rz 8; Ranacher/Sonntag in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 18 B-VG, Rz 10; Grabenwarter/Frank, B-VG Art 18, Rz 4 und 6).Aus der in Artikel 18, Absatz eins und 2 B-VG angeordneten Bindung der Vollziehung an das Gesetz folgt insb auch das an den Gesetzgeber gerichtete Gebot, inhaltlich ausreichend bestimmte Regelungen zu schaffen; dieses Gebot folgt va aus der Wendung „auf Grund der Gesetze“. Das Determinierungsgebot verlangt somit im Interesse der demokratischen Legitimation des Vollzugshandelns, seiner Vorhersehbarkeit für die Rechtsunterworfenen und seiner effektiven (verwaltungs-) gerichtlichen Kontrolle, dass alle wesentlichen Momente der beabsichtigten Regelung (VfSlg 176 aus 1923,) schon im Gesetz selbst festgelegt sind. Der Verfassungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass der durch Artikel 18, B-VG gebotene Determinierungsgrad dem „jeweiligen Regelungsgegenstand“ is eines differenzierten Legalitätsprinzips adäquat sein müsse, also angesichts der unterschiedlichen Lebensgebiete, Sachverhalte und Rechtsfolgen, die Gegenstand und Inhalt gesetzlicher Regelungen sein können, ein dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquater Determinierungsgrad vorliegt (vergleiche VfSlg 17.348, 19.700, 20.250, 20.252). Artikel 18, B-VG verlange, dass jeglicher Vollzugsakt am Gesetz auf seine Rechtmäßigkeit hin gemessen werden kann (VfSlg 11.937, 12.133). Verschiedentlich wird auch gefordert, dass der Inhalt einer Regelung „soweit bestimmbar ist, dass der Rechtsunterworfene sein Verhalten danach einrichten kann“ (vergleiche VfSlg 13.460). Ob eine Vorschrift ausreichend

bestimmt ist, hängt auch von ihren Folgen ab vergleiche VfSlg 13.816; Muzak, B-VG6Art 18, Rz 8; Ranacher/Sonntag in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 18, B-VG, Rz 10; Grabenwarter/Frank, B-VG Artikel 18,, Rz 4 und 6).

Die VfGH - Judikatur vertritt dazu in einzelnen Bereichen eine strenge Linie. So geht diese davon aus, dass eine Abstufung nach dem Rechtsschutzbedürfnis bestehe und Art 18 Abs 1 B-VG einen, dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlange (vgl VfSlg 13.785, 17.349; Muzak, B-VG6Art 18, Rz 11). Die VfGH - Judikatur vertritt dazu in einzelnen Bereichen eine strenge Linie. So geht diese davon aus, dass eine Abstufung nach dem Rechtsschutzbedürfnis bestehe und Artikel 18, Absatz eins, B-VG einen, dem jeweiligen Regelungsgegenstand adäquaten Determinierungsgrad verlange vergleiche VfSlg 13.785, 17.349; Muzak, B-VG6Art 18, Rz 11).

Die Zuständigkeitsgrundlage des § 350 Abs 7 B-VG für die Gebührenentscheidungen des Senats gemäß § 328 BVergG 2018 betreffend Pauschalgebühren gemäß § 340 BVergG 2018 für das Verfahren über einstweilige Verfügungen ist sohin jedenfalls seit der Klarstellung durch den EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-274/21 und C-275/21 als nicht ausreichend bestimmt und daher verfassungswidrig anzusehen, weil diese Grundlage zumindest partiell unionsrechtlich verdrängt ist. Eine im nationalen Gesetz als geltend kundgemachte Gesetzesnorm, die im Einzelfall dann als unionsrechtlich verdrängt wieder nicht gilt, kann als zuständigkeitsbegründende Norm nicht hinreichend bestimmt sein, wenn sie ohnehin bislang nur im Wege verfassungsrechtlicher Interpretationsschritte abseits ihres Wortlauts als Zuständigkeitsgrundlage für judizielle Entscheidungen über Rechtsschutzgebühren gedient hat. Die Zuständigkeitsgrundlage des Paragraph 350, Absatz 7, B-VG für die Gebührenentscheidungen des Senats gemäß Paragraph 328, BVergG 2018 betreffend Pauschalgebühren gemäß Paragraph 340, BVergG 2018 für das Verfahren über einstweilige Verfügungen ist sohin jedenfalls seit der Klarstellung durch den EuGH in den verbundenen Rechtssachen C-274/21 und C-275/21 als nicht ausreichend bestimmt und daher verfassungswidrig anzusehen, weil diese Grundlage zumindest partiell unionsrechtlich verdrängt ist. Eine im nationalen Gesetz als geltend kundgemachte Gesetzesnorm, die im Einzelfall dann als unionsrechtlich verdrängt wieder nicht gilt, kann als zuständigkeitsbegründende Norm nicht hinreichend bestimmt sein, wenn sie ohnehin bislang nur im Wege verfassungsrechtlicher Interpretationsschritte abseits ihres Wortlauts als Zuständigkeitsgrundlage für judizielle Entscheidungen über Rechtsschutzgebühren gedient hat.

Der § 350 Abs 7 BVergG 2018 erscheint idZ auch als gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Art 2 StGG bzw Art 7 B-VG verstoßend, weil es unsachlich erscheint, eine Norm als im Rechtsbestand befindlich kundgemacht zu haben, die dann ausweislich des EuGH in dessen Urteil in der RS C-274/21 ua in Wahrheit zumindest teilweise nicht mehr gilt. Der Paragraph 350, Absatz 7, BVergG 2018 erscheint idZ auch als gegen den Gleichheitsgrundsatz gemäß Artikel 2, StGG bzw Artikel 7, B-VG verstoßend, weil es unsachlich erscheint, eine Norm als im Rechtsbestand befindlich kundgemacht zu haben, die dann ausweislich des EuGH in dessen Urteil in der RS C-274/21 ua in Wahrheit zumindest teilweise nicht mehr gilt.

Damit erscheint es dem Bundesverwaltungsgericht jedoch auch gegen den Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung verstoßend unsachlich und auch nicht den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechend, wenn dann eine restliche Senatszuständigkeit gemäß § 328 BVergG betreffend Pauschalgebühren- (-rückforderungs-) Entscheidungen in Verfahren betreffend die Nachprüfungsanträge anzunehmen sein soll, wenn pauschalgebührenrechtlich für die Gebühren iZm der einstweiligen Verfügung verfassungsrechtskonform keine solche Zuständigkeit eines Rechtsprechungsorgans mehr besteht. Damit erscheint es dem Bundesverwaltungsgericht jedoch auch gegen den Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung verstoßend unsachlich und auch nicht den Grundsätzen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entsprechend, wenn dann eine restliche Senatszuständigkeit gemäß Paragraph 328, BVergG betreffend Pauschalgebühren- (-rückforderungs-) Entscheidungen in Verfahren betreffend die Nachprüfungsanträge anzunehmen sein soll, wenn pauschalgebührenrechtlich für die Gebühren iZm der einstweiligen Verfügung verfassungsrechtskonform keine solche Zuständigkeit eines Rechtsprechungsorgans mehr besteht.

Auch bei § 344 Abs 2 Z 3 BVergG ist zudem gleichartig davon auszugehen, dass diese Norm gemäß dem Urteil des EuGH in den Rs C-274/21 ua partiell verdrängt und damit zu unbestimmt ist, siehe dazu die Rdnri 99 und 103 des oben bezogenen Auslegungsurteils samt dem Urteilstenor des EuGH. Auch bei Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG ist zudem gleichartig davon auszugehen, dass diese Norm gemäß dem Urteil des EuGH in den Rs C-274/21 ua partiell

verdrängt und damit zu unbestimmt ist, siehe dazu die Rdnri 99 und 103 des oben bezogenen Auslegungsurteils samt dem Urteilstenor des EuGH.

Die §§ 344 Abs 2 Z 3 und 350 Abs 7 BVergG 2018, beide BGBl I Nr 65/2018, erscheinen daher bereits unter diesen Gesichtspunkten als verfassungswidrig. Die Paragraphen 344, Absatz 2, Ziffer 3 und 350 Absatz 7, BVergG 2018, beide Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018,, erscheinen daher bereits unter diesen Gesichtspunkten als verfassungswidrig.

Verstoß gegen Art 83 Abs 2 B-VG Verstoß gegen Artikel 83, Absatz 2, B-VG

Art 83 Abs 2 B-VG normiert das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter Artikel 83, Absatz 2, B-VG normiert das Recht auf ein Verfahren vor dem gesetzlichen Richter.

Der Verfassungsgerichtshof nimmt in ständiger Judikatur an, dass Art 83 Abs 2 B-VG auch den Gesetzgeber bindet (VfSlg 6675; anders noch VfSlg 2470; vgl Muzak, B-VG6 Art 83, Rz 3). Der Gesetzgeber muss die Behördenzuständigkeit nach objektiven Kriterien (VfSlg 3156, 8349), exakt (VfSlg 9937, 10.311; VwGH 05.09.2008, 2007/12/0078), klar und eindeutig (VfSlg 11.288) festlegen. Die Klarheit bzw Präzision gesetzlicher Zuständigkeitsregeln für Verwaltungsbehörden bzw Gerichte muss strengen Prüfungsmaßstäben standhalten können (vgl Muzak, B-VG6 Art 83, Rz 3; Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 83 B-VG, Rz 14). Die Zuständigkeit darf nicht von Umständen abhängen, die vom Rechtsunterworfenen nicht vorhersehbar sind und eine willkürliche Änderung der Zuständigkeit ermöglichen (VfSlg 14.192; VwGH 04.10.2018, Ro 2018/22/0001). Die Abgrenzung muss für diese klar und eindeutig erkennbar sein, und somit nach objektiven Kriterien festgelegt sein (vgl Muzak, B-VG6 Art 83, Rz 3; Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 83 B-VG, Rz 12). Das Recht auf den gesetzlichen Richter kann von einem Vollziehungsorgan sowohl durch die rechtswidrige Inanspruchnahme als auch durch die rechtswidrige Verweigerung einer Zuständigkeit verletzt werden (zusammenfassend und mwN zB VfGH 11.6.2018, E 1660/2018; 10.10.2019, E 1025/2018; s aber auch bereits VfSlg 3212/1957, 3544/1959, 3684/1960, 3779/1960; Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 83 B-VG, Rz 17). Der Verfassungsgerichtshof nimmt in ständiger Judikatur an, dass Artikel 83, Absatz 2, B-VG auch den Gesetzgeber bindet (VfSlg 6675; anders noch VfSlg 2470; vergleiche Muzak, B-VG6 Artikel 83,, Rz 3). Der Gesetzgeber muss die Behördenzuständigkeit nach objektiven Kriterien (VfSlg 3156, 8349), exakt (VfSlg 9937, 10.311; VwGH 05.09.2008, 2007/12/0078), klar und eindeutig (VfSlg 11.288) festlegen. Die Klarheit bzw Präzision gesetzlicher Zuständigkeitsregeln für Verwaltungsbehörden bzw Gerichte muss strengen Prüfungsmaßstäben standhalten können vergleiche Muzak, B-VG6 Artikel 83,, Rz 3; Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 83, B-VG, Rz 14). Die Zuständigkeit darf nicht von Umständen abhängen, die vom Rechtsunterworfenen nicht vorhersehbar sind und eine willkürliche Änderung der Zuständigkeit ermöglichen (VfSlg 14.192; VwGH 04.10.2018, Ro 2018/22/0001). Die Abgrenzung muss für diese klar und eindeutig erkennbar sein, und somit nach objektiven Kriterien festgelegt sein vergleiche Muzak, B-VG6 Artikel 83,, Rz 3; Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 83, B-VG, Rz 12). Das Recht auf den gesetzlichen Richter kann von einem Vollziehungsorgan sowohl durch die rechtswidrige Inanspruchnahme als auch durch die rechtswidrige Verweigerung einer Zuständigkeit verletzt werden (zusammenfassend und mwN zB VfGH 11.6.2018, E 1660 aus 2018,, 10.10.2019, E 1025 aus 2018,, s aber auch bereits VfSlg 3212 aus 1957,, 3544 aus 1959,, 3684 aus 1960,, 3779 aus 1960,, Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 83, B-VG, Rz 17).

Eine innerstaatliche verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Zuständigkeit kann grundsätzlich nicht unmittelbar auf Unionsrecht gestützt werden, sodass der Gesetzgeber insoweit verpflichtet bleibt, eine solche nach Maßgabe der Determinierungserfordernisse der Art 18 Abs 1 B-VG und Art 83 Abs 2 B-VG zu schaffen (VfSlg 15.636/1999 mwN). Das soll aber nicht bedeuten, dass nicht uU bei entsprechend vergleichbarem Rechtsschutzerfordernis im Zusammenhang mit der Durchsetzung individueller Rechte, die im Unionsrecht wurzeln (Vergleichsmaßstab sind vergleichbare innerstaatliche Rechtsansprüche), wegen des primärrechtlichen Äquivalenzgebots Rechtsschutz aufgrund einer bestehenden, nämlich der sachnächsten innerstaatliche Behörden- bzw Gerichtszuständigkeit zu gewähren ist (vgl VfSlg 14.607/1996; VwSlg 16.241 A/2003). Im Ergebnis wird damit mitunter doch in gewisser Hinsicht eine an sich für die konkrete Rechtsdurchsetzung nicht vorgesehene Zuständigkeit unmittelbar aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften begründet (bzw hiezu ausgedehnt). Dass dieses Ergebnis in einem nicht glatt auflösbaren

Spannungsverhältnis zur Rechtsprechungslinie des VfGH iSv VfSlg 15.636/1999 steht, ist offensichtlich (vgl. Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Art 83 B-VG, Rz 16). Eine innerstaatliche verwaltungsbehördliche oder gerichtliche Zuständigkeit kann grundsätzlich nicht unmittelbar auf Unionsrecht gestützt werden, sodass der Gesetzgeber insoweit verpflichtet bleibt, eine solche nach Maßgabe der Determinierungserfordernisse der Artikel 18, Absatz eins, B-VG und Artikel 83, Absatz 2, B-VG zu schaffen (VfSlg 15.636 aus 1999, mwN). Das soll aber nicht bedeuten, dass nicht uU bei entsprechend vergleichbarem Rechtsschutzerfordernis im Zusammenhang mit der Durchsetzung individueller Rechte, die im Unionsrecht wurzeln (Vergleichsmaßstab sind vergleichbare innerstaatliche Rechtsansprüche), wegen des primärrechtlichen Äquivalenzgebots Rechtsschutz aufgrund einer bestehenden, nämlich der sach nächsten innerstaatliche Behörden- bzw Gerichtszuständigkeit zu gewähren ist (vergleiche VfSlg 14.607 aus 1996,; VwSlg 16.241 A/2003). Im Ergebnis wird damit mitunter doch in gewisser Hinsicht eine an sich für die konkrete Rechtsdurchsetzung nicht vorgesehene Zuständigkeit unmittelbar aufgrund unionsrechtlicher Vorschriften begründet (bzw hiezu ausgedehnt). Dass dieses Ergebnis in einem nicht glatt auflösbaren Spannungsverhältnis zur Rechtsprechungslinie des VfGH iSv VfSlg 15.636 aus 1999, steht, ist offensichtlich (vergleiche Zußner in Kahl/Khakzadeh/Schmid, Kommentar zum Bundesverfassungsrecht B-VG und Grundrechte Artikel 83, B-VG, Rz 16).

Wie bereits oben zu Art 18 Abs 1 B-VG dargelegt, geht das Bundesverwaltungsgericht gegenwärtig davon aus, dass die Prozessvoraussetzung der ordnungsgemäßen Vergebührung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß § 350 Abs 7 BVergG 2018 bzw auch der § 344 abs 2 Z 3 BVergG 2018 aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts iSv EuGH Rs C-274/21 ua verdrängt ist. Gerade die hier angefochtenen aktuell als geltend kundgemachte (-n) Bestimmung (-en) bildet (bilden) nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs jedoch die Zuständigkeitsgrundlage für Senatsentscheidungen iZm der Pauschalgebührenrückzahlung im Bereich der Pauschalgebühren für Anträge nach (§42 Abs 1 BVergG 2028 und) § 350 BVergG. Somit verbleibt bei Beachtung des Anwendungsvorrangs keine von Art 83 Abs 2 B-VG geforderte, nach objektiven Kriterien klar und eindeutig festgelegte Zuständigkeitsregelung, die eine Zuständigkeit des BvwG als Rechtssprechungsorgan tragen könnte. Wie bereits oben zu Artikel 18, Absatz eins, B-VG dargelegt, geht das Bundesverwaltungsgericht gegenwärtig davon aus, dass die Prozessvoraussetzung der ordnungsgemäßen Vergebührung eines Antrags auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung gemäß Paragraph 350, Absatz 7, BVergG 2018 bzw auch der Paragraph 344, abs 2 Ziffer 3, BVergG 2018 aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts iSv EuGH Rs C-274/21 ua verdrängt ist. Gerade die hier angefochtenen aktuell als geltend kundgemachte (-n) Bestimmung (-en) bildet (bilden) nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs jedoch die Zuständigkeitsgrundlage für Senatsentscheidungen iZm der Pauschalgebührenrückzahlung im Bereich der Pauschalgebühren für Anträge nach (§42 Absatz eins, BVergG 2028 und) Paragraph 350, BVergG. Somit verbleibt bei Beachtung des Anwendungsvorrangs keine von Artikel 83, Absatz 2, B-VG geforderte, nach objektiven Kriterien klar und eindeutig festgelegte Zuständigkeitsregelung, die eine Zuständigkeit des BvwG als Rechtssprechungsorgan tragen könnte.

Mangels einer ersichtlichen sachlichen Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung der Zuständigkeiten für Entscheidungen über Pauschalgebühren nach § 340 BVergG 2018, je nachdem ob es sich um Gebühren für Anträge nach § 342 Abs 1 BVergG oder um solche nach § 350 Abs 1 BVergG handelt Mangels einer ersichtlichen sachlichen Rechtfertigung für eine Ungleichbehandlung der Zuständigkeiten für Entscheidungen über Pauschalgebühren nach Paragraph 340, BVergG 2018, je nachdem ob es sich um Gebühren für Anträge nach Paragraph 342, Absatz eins, BVergG oder um solche nach Paragraph 350, Absatz eins, BVergG handelt

(, falls man den § 344 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 als nicht ohnehin auch partiell unionsrechtlich verdrängt betrachten möchte), (, falls man den Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 als nicht ohnehin auch partiell unionsrechtlich verdrängt betrachten möchte),

erscheint damit ein weiteres Mal auch die Zuständigkeitsgrundlage des § 344 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 jedenfalls unsachlich gleichheitswidrig. Dies, da es nicht sachlich sein kann, für eV - Gebühren - Entscheidungen eine andere Zuständigkeit als für Nachprüfungsgebührenentscheidungen annehmen zu müssen, zumal eV - Gebühren der Höhe nach gemäß § 340 Abs 1 Z 4 BVergG von den Nachprüfungsgebühren abhängen. erscheint damit ein weiteres Mal auch die Zuständigkeitsgrundlage des Paragraph 344, Absatz 2, Ziffer 3, BVergG 2018 jedenfalls unsachlich gleichheitswidrig.

Dies, da es nicht sachlich sein kann, für eV - Gebühren - Entscheidungen eine andere Zuständigkeit als für Nachprüfungsgebührenentscheidungen annehmen zu müssen, zumal eV - Gebühren der Höhe nach gemäß Paragraph 340, Absatz eins, Ziffer 4, BVergG von den Nachprüfungsgebühren abhängen.

Auch unter den Gesichtspunkten insb des Art 83 Abs 2 B-VG (und auch der Art 2 StGG und Art 7 B-VG) erscheinen die §§ 344 Abs 2 Z 3 und 350 Abs 7 BVergG 2018, beide aktuell n der Stammfassung gemäß BGBl I Nr 65/2018 kundgemacht, ein weiteres Mal als verfassungswidrig. Auch unter den Gesichtspunkten insb des Artikel 83, Absatz 2, B-VG (und auch der Artikel 2, StGG und Artikel 7, B-VG) erscheinen die Paragraphen 344, Absatz 2, Ziffer 3 und 350 Absatz 7, BVergG 2018, beide aktuell n der Stammfassung gemäß Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr 65 aus 2018, kundgemacht, ein weiteres Mal als verfassungswidrig.

Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen das Gebot des fairen Verfahrens nach Art 6 Abs 1 MRK
Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz und gegen das Gebot des fairen Verfahrens nach Artikel 6, Absatz eins, MRK

Die beiden angefochtenen Normen erscheinen auch deshalb unsachlich und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung sowie gegen das verfassungsrechtliche Gebot des fairen Verfahrens über civil rights iSv Art 6 MRK verstoßend, weil es unsachlich und unfair erscheint, über diese beiden angefochtenen Normen ein Rechtsschutzsystem zu installieren, bei dem nach einem jeweiligen Gebührenverbesserungsauftrag Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels Gebührenzahlung zurückgewiesen werden müssen, obwohl eine derartige Abhängigkeit des meritorischen Rechtsschutzes über civil rights sonst in der österreichischen Zivil- und Verwaltungsrechtspflege im Bundesvollzugsbereich nirgends derart vergleichbar normiert ist, noch dazu wo diese (grundsätzlich so erlassenen) Zurückweisungsnormen nach der aktuellen Gesetzeskundmachungslage auch dann als Gesetz zu gelten beanspruchen, auch wenn diese Zurückweisungsnormen mitunter unionsrechtlich bereits als partiell verdrängt und damit als nicht mehr als Gesetz anwendbar zu bewerten sind. Die beiden angefochtenen Normen erscheinen auch deshalb unsachlich und damit gegen den Gleichheitsgrundsatz der Bundesverfassung sowie gegen das verfassungsrechtliche Gebot des fairen Verfahrens über civil rights iSv Artikel 6, MRK verstoßend, weil es unsachlich und unfair erscheint, über diese beiden angefochtenen Normen ein Rechtsschutzsystem zu installieren, bei dem nach einem jeweiligen Gebührenverbesserungsauftrag Anträge auf Nachprüfung und auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung mangels Gebührenzahlung zurückgewiesen werden müssen, obwohl eine derartige Abhängigkeit des meritorischen Rechtsschutzes über civil rights sonst in der österreichischen Zivil- und Verwaltungsrechtspflege im Bundesvollzugsbereich nirgends derart vergleichbar normiert ist, noch dazu wo diese (grundsätzlich so erlassenen) Zurückweisungsnormen nach der aktuellen Gesetzeskundmachungslage auch dann als Gesetz zu gelten beanspruchen, auch wenn diese Zurückweisungsnormen mitunter unionsrechtlich bereits als partiell verdrängt und damit als nicht mehr als Gesetz anwendbar zu bewerten sind.

V. Unzulässigkeit der Revision
römisch fünf. Unzulässigkeit der Revision

Gemäß Art 133 Abs 9 B-VG bestimmt das die Organisation und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes regelnde besondere Bundesgesetz inwieweit gegen Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Revision erhoben werden kann. Gemäß § 25a Abs 3 VwGG ist eine abgesonderte Revision gegen verfahrensleitende Beschlüsse nicht zulässig. Gemäß Artikel 133, Absatz 9, B-VG bestimmt das die Organisation und das Verfahren des Verwaltungsgerichtshofes regelnde besondere Bundesgesetz inwieweit gegen Beschlüsse der Verwaltungsgerichte Revision erhoben werden kann. Gemäß Paragraph 25 a, Absatz 3, VwGG ist eine abgesonderte Revision gegen verfahrensleitende Beschlüsse nicht zulässig.

Schlagworte

Antragsrecht Aufhebung Auswahlentscheidung Bietergemeinschaft einstweilige Verfügung faires Verfahren
Gesetzesprüfung gesetzlicher Richter Gleichheitsgrundsatz Kassation Legalitätsprinzip Lieferauftrag
Nachprüfungsverfahren Pauschalgebühren Pauschalgebührenauflegung Pauschalgebührenersatz Präjudizialität
Provisorialverfahren Unionsrecht verfahrensleitender Beschluss verfassungswidrig Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2023:W131.2241627.4.00

Im RIS seit

08.11.2023

Zuletzt aktualisiert am

08.11.2023

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at