

# TE Bvwg Beschluss 2019/8/30 W187 2222694-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 30.08.2019

## Entscheidungsdatum

30.08.2019

## Norm

AVG §13 Abs3  
BVergG 2018 §12 Abs1  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §333  
BVergG 2018 §334 Abs2  
BVergG 2018 §340 Abs2  
BVergG 2018 §342 Abs1  
BVergG 2018 §342 Abs2  
BVergG 2018 §344 Abs1  
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2  
B-VG Art. 133 Abs4  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W187 2222694-1/6E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Mag. Lena KARASZ als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Winfried PÖCHERSTORFER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der XXXX , betreffend das Vergabeverfahren "MK-Rem-2019, Lieferung und Montage eines Rasterelektronenmikroskops kurz REM" der Auftraggeberin Montanuniversität Leoben Lehrstuhl für Funktionale Werkstoffe und Werkstoffsysteme, Franz-Josef-Straße 18, 8700 Leoben, vom 23. August 2019 beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der XXXX auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß§ 13 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG und § § 344 Abs 2 Z 3 BVergG zurück.

B)

Die XXXX ist gemäß § 340 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 verpflichtet, bei sonstiger Exekution innerhalb von 14 Tagen ab Zustellung dieses Beschlusses dem Bundesverwaltungsgericht € 2.160 an Pauschalgebühren zu bezahlen.

C)

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

## **Text**

### **BEGRÜNDUNG**

#### I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 23. August 2019 beantragte die XXXX , die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "MK-Rem-2019, Lieferung und Montage eines Rasterelektronenmikroskops kurz RE" der Auftraggeberin Montanuniversität Leoben Lehrstuhl für Funktionale Werkstoffe und Werkstoffsysteme, Franz-Josef-Straße 18, 8700 Leoben.

2. Am 23. August 2019 erteilte das Bundesverwaltungsgericht gemäß§ 13 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG einen Verbesserungsauftrag und forderte die Antragstellerin auf, die ausständige Pauschalgebühr zu bezahlen. Es setzte den 28. August 2019, 15.00 Uhr, beim Bundesverwaltungsgericht einlangend, als Frist für die Verbesserung und die Bezahlung der Pauschalgebühr. Für den Fall, dass die Antragstellerin dem Verbesserungsauftrag nicht nachkommt, drohte das Bundesverwaltungsgericht die Zurückweisung des Antrags an.

3. Am 23. August 2019 teilte die Auftraggeberin mit, dass sie die Stillhaltefrist bis zur Prüfung und Abklärung des gegenständlichen Antrags aussetze.

#### II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

##### 1. Feststellungen

1.1 Die Montanuniversität Leoben Lehrstuhl für Funktionale Werkstoffe und Werkstoffsysteme schreibt unter der Bezeichnung "MK-Rem-2019, Lieferung und Montage eines Rasterelektronenmikroskops kurz RE" einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich in einem offenen Verfahren nach dem Bestangebotsprinzip aus. (Beilagen zum Nachprüfungsantrag)

1.2 Bis zum 29. August 2019, 12.00 Uhr erfolgte keine Verbesserung des Nachprüfungsantrags. Bis zu diesem Zeitpunkt bezahlte die Antragstellerin keine Pauschalgebühren. (gegenständlicher Verfahrensakt)

1.3 Die Auftraggeberin hat weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt. (Auskunft der Auftraggeberin OZ 3 des gegenständlichen Verfahrensaktes)

##### 2. Beweiswürdigung

2. Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Auskünfte und Unterlagen der Antragstellerin betreffen ebenso ausschließlich mit der Auftraggeberin gemeinsame Dokumente. Die Echtheit und Richtigkeit von in den Schriftsätzen herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

##### 3. Rechtliche Beurteilung

###### 3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG,BGBI I 2013/10, idgF lauten:  
"Einzelrichter

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

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG,BGBI I 2013/33 idgF, lauten:

#### "Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

#### Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) ...

#### Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) An seine Beschlüsse ist das Verwaltungsgericht insoweit gebunden, als sie nicht nur verfahrensleitend sind.

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 4 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse."

3.1.3 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018), BGBI I 2018/65 idgF, lauten:

#### "Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

#### Senatzuständigkeit und -zusammensetzung

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

(2) ...

#### Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 333. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG,BGBI. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

#### Zuständigkeit

§ 334. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) ...

## Gebühren

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

1. Die Pauschalgebühr ist gemäß den von der Bundesregierung durch Verordnung festzusetzenden Gebührensätzen bei Antragstellung zu entrichten. Bieter- und Arbeitsgemeinschaften haben die Pauschalgebühr nur einmal zu entrichten. Die Gebührensätze sind entsprechend dem Verhältnis des durch den Antrag bewirkten Verfahrensaufwandes zu dem für den Antragsteller zu erzielenden Nutzen festzusetzen. Die Gebührensätze sind nach objektiven Merkmalen abzustufen. Als objektive Merkmale sind insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeföhrten Verfahrens, die Tatsache, ob es sich um Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung oder um sonstige gesondert anfechtbare Entscheidungen bzw. ob es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, heranzuziehen.
2. Die festgesetzten Gebührensätze vermindern oder erhöhen sich jährlich in dem Maß, das sich aus der Veränderung des von der Bundesanstalt Statistik Österreich verlautbarten Verbraucherpreisindex 2015 oder des an seine Stelle tretenden Index gegenüber der der letzten Festsetzung zugrunde gelegten Indexzahl ergibt. Der Bundesminister für Verfassung, Reformen, Deregulierung und Justiz hat nach Verlautbarung der für Juni des laufenden Jahres maßgeblichen Indexzahl die neu festgesetzten Gebührensätze im Bundesgesetzblatt kundzumachen. Die neu festgesetzten Gebührensätze gelten ab dem der Kundmachung folgenden Monatsersten.
3. Die Pauschalgebühren sind durch Barzahlung, durch Einzahlung mit Erlagschein, mittels Bankomatkarde oder Kreditkarte zu entrichten. Die über die Barzahlung und Einzahlung mit Erlagschein hinausgehenden zulässigen Entrichtungsarten sind durch das Bundesverwaltungsgericht nach Maßgabe der vorhandenen technisch-organisatorischen Voraussetzungen festzulegen und entsprechend bekannt zu machen.
4. ...

## Einleitung des Verfahrens

§ 342. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

## Inhalt und Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages

§ 344. (1) Ein Antrag gemäß § 342 Abs. 1 hat jedenfalls zu enthalten:

1. ...

(2) Der Antrag ist jedenfalls unzulässig, wenn

1. ...

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

(3) ..."

3.1.4 Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung der Bundesregierung betreffend die Pauschalgebühr für die Inanspruchnahme des Bundesverwaltungsgerichtes in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens (BVwG-Pauschalgebührenverordnung Vergabe 2018 - BVwG-PauschGebV Vergabe 2018) BGBl II 2018/212 lauten:

"Gebührensätze

§ 1. Für Anträge gemäß den §§ 342 Abs. 1 und 353 Abs. 1 und 2 BVergG 2018, für Anträge gemäß § 135 BVergGVS 2012 in Verbindung mit den §§ 342 Abs. 1 und 353 Abs. 1 und 2 BVergG 2018 und für Anträge gemäß den §§ 86 Abs. 1 und 97 Abs. 1 und 2 BVergGKonz 2018 hat der Antragsteller nach Maßgabe der folgenden Bestimmungen jeweils eine

Pauschalgebühr zu entrichten:

...

Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Wettbewerbe im Oberschwellenbereich

2 160 €

...

3.1.5 Die maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl 1991/51 idF BGBl I 2018/58, lauten:

Anbringen

§ 13. (1) ...

(3) Mängel schriftlicher Anbringen ermächtigen die Behörde nicht zur Zurückweisung. Die Behörde hat vielmehr von Amts wegen unverzüglich deren Behebung zu veranlassen und kann dem Einschreiter die Behebung des Mangels innerhalb einer angemessenen Frist mit der Wirkung auftragen, dass das Anbringen nach fruchtlosem Ablauf dieser Frist zurückgewiesen wird. Wird der Mangel rechtzeitig behoben, so gilt das Anbringen als ursprünglich richtig eingebracht.

(4) ..."

3.2 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

3.2.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG ist die Montanuniversität Leoben. Sie ist nach ständiger Rechtsprechung öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB BVA 19. 5. 2009, N/0046-BVA/06/2009-11EV). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen Lieferauftrag gemäß § 6 BVergG. Der geschätzte Auftragswert des Auftrags liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 3 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich und damit im Vollanwendungsbereich des BVergG. Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 342 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben.

3.2.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme des Auftraggebers das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 342 Abs 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers und zur Erlassung einstweiliger Verfügungen zuständig.

3.3 Zu Spruchpunkt A) - Zurückweisung des Nachprüfungsantrags

3.3.1 Die Antragstellerin hat am 23. August 2019 den verfahrenseinleitenden Antrag eingebracht. Dieser wies eine Reihe von Formgebrechen auf, sodass das Bundesverwaltungsgericht gemäß § 13 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG einen Verbesserungsauftrag unter Androhung der Zurückweisung bei Nichteinhaltung dieses Auftrags erteilte. Als Frist setzte es den 28. August 2019, 15.00 Uhr, beim Bundesverwaltungsgericht einlangend. Diesem Verbesserungsauftrag kam die Antragstellerin nicht nach, indem sie bis 29. August 2019, 12.00 Uhr, gar keine Verbesserung an das Bundesverwaltungsgericht sandte. Daher ist der Antrag gemäß § 13 Abs 3 AVG iVm § 333 BVergG zurückzuweisen (zB VwGH 19. 12. 2018, Ra 2018/06/0213).

3.3.2 Ein Nachprüfungsantrag ist gemäß § 344 Abs 2 Z 3 BVergG unzulässig, wenn der Antragsteller trotz Aufforderung die Pauschalgebühr nicht bezahlt. Die Antragstellerin wurde aufgefordert, die Pauschalgebühr zu bezahlen. Sie kam dieser Aufforderung nicht fristgerecht nach. Daher ist der Nachprüfungsantrag unzulässig und zurückzuweisen (zB VfGH 1. 3. 2019, E 4474/2018).

3.4 Zu Spruchpunkt B) - Vorschreibung von Pauschalgebühren

3.4.1 Die Gebührenschuld für die Pauschalgebühr entsteht mit Einbringen des Nachprüfungsantrags beim BVwG (VfGH 1. 3. 2019, E 4474/2018; VwGH 30. 6. 2004, 2004/04/0081; 28. 7. 2004, 2004/04/0101; 16. 12. 2015, Ra 2015/04/0095). Diese Gebührenschuld besteht unabhängig von dem Ausgang des Nachprüfungsverfahrens oder einer allfälligen Zurückziehung des Antrags weiter (VwGH 30. 6. 2004, 2004/04/0081; 28. 7. 2004, 2004/04/0101; 16. 12. 2015, Ra 2015/04/0095).

3.4.2 Hat der Antragsteller die geschuldete Pauschalgebühr nicht bereits mit dem Einbringen des Nachprüfungsantrags entrichtet, muss ihm diese das BVwG vorschreiben (VwGH 1. 2. 2017, Ro 2014/04/0069). Diese Entscheidung trifft das BVwG im Senat (VfGH 1. 3. 2019, E 4474/2018).

3.4.3 Im gegenständlichen Verfahren hat die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung bei einem Lieferauftrag im Oberschwellenbereich beantragt. Sie schuldet daher gemäß § 340 Abs 1 Z 1 BVergG iVm § 1 BVwG-PauschGebV Vergabe 2018 eine Pauschalgebühr in der Höhe von € 2.160, die ihr vorzuschreiben ist.

### 3.5 Zu Spruchpunkt C) - Nichtzulassung der Revision

3.5.1 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.

3.5.2 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 unter 3.2, 3.3 und 3.4 zitierten Entscheidungen des Verwaltungsgerichtshofes) 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

Fristsetzung, Mängelbehebung, mangelhafter Antrag, Mangelhaftigkeit, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, öffentlicher Auftraggeber, Pauschalgebühren, Pauschalgebührenersatz, Verbesserungsauftrag, Vergabeverfahren, Zurückweisung

### European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W187.2222694.1.00

### Zuletzt aktualisiert am

14.04.2020

**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)