



**VERWALTUNGSGERICHT
WIEN**

1190 Wien, Muthgasse 62
Telefon: (+43 1) 4000 DW 38680
Telefax: (+43 1) 4000 99 38680
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

GZ: VGW-123/046/8690/2023
VGW-123/V/046/8692/2023
A. GmbH

Wien, 14.8.2023

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Diem als Vorsitzenden, Mag. Schmied als Berichter und Mag. Schreiner als Beisitzerin über die am 29.6.2023 gestellten, das Vergabeverfahren der Wiener Wohnen Hausbetreuung GmbH „...– Vergabeverfahren Winterdienstleistung 2023/2024, Lose ... und ...“ betreffenden Anträge der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte

- 1.) auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand,
 - 2.) auf Nichtigkeitserklärung der Ausscheidensentscheidung und auf Nichtigkeitserklärung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 und
 - 3.) auf Feststellung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020
- folgenden

BESCHLUSS

gefasst:

I. Die Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Wien, die aufgrund der am 29.6.2023 gestellten Anträge der A. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte, geführt wurden, werden aufgrund der Zurückziehung der Anträge mit Schriftsatz vom 7.8.2023 gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG eingestellt.

II. Eine Rückerstattung der Hälfte der entrichteten Pauschalgebühr gemäß § 14 Abs. 8 WVRG 2020 wird nicht veranlasst, weil die bei Antragstellung fällig gewordenen Pauschalgebühren 30.408,-- Euro ausmachen und die Antragstellerin lediglich 2.534,-- Euro entrichtet hat, sodass noch ein Betrag von 12.670,-- Euro zu entrichten ist, um die Hälfte der zu entrichtenden Pauschalgebühr zu begleichen.

III. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Begründung

Sachverhalt:

Aufgrund der Aktenlage wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Am 29.6.2023 stellte die A. GmbH (Antragstellerin), durch ihren anwaltlichen Vertreter folgende Anträge:

1. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Einbringung des Antrags gemäß Punkt 2.
2. auf Nichtigerklärung einer Entscheidung über Ausscheiden und Zuschlag gemäß § 18 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz
3. auf Feststellung gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz.

Dem von der Antragstellerin geschilderten Sachverhalt ist zu entnehmen, dass die Antragstellerin im Vergabeverfahren „...– Vergabeverfahren Winterdienstleistung 2023/2024“ betreffend die Lose ... und ... jeweils ein Angebot abgegeben hat.

Laut Auftragsbekanntmachung im ANKÖ sind für die betreffenden Lose in den bestandsfesten Festlegungen als Laufzeit 12 Monate sowie eine viermalige Option auf Verlängerung der Vertragslaufzeit durch den Auftraggeber um jeweils weitere 12 Monate vorgesehen (siehe Punkt II.2.7 auf S 6 und S 14 der Bekanntmachung im ANKÖ, Dokument-ID: ...).

Mit Bekanntgabe der Wiener Wohnen Hausbetreuung GmbH (Auftraggeberin) vom 29.6.2023 wurde die Antragstellerin davon in Kenntnis gesetzt, dass ihre Angebote in den Losen ... und ... ausgeschrieben und für den Zuschlag jeweils ein anderes Unternehmen (zu Los ... die B. GmbH und zu Los ... die C. GmbH) vorgesehen worden sei.

Zur Begründung ihres Wiedereinsetzungsantrags bringt die Antragstellerin im Wesentlichen vor, die Ausscheidens- und Zuschlagsentscheidung habe keine Rechtsmittelbelehrung enthalten. Die Antragstellerin sei damals noch nicht anwaltlich vertreten gewesen und fälschlich davon ausgegangen, dass ein Nachprüfungsantrag – wie jede andere Bescheidbeschwerde – bei der ausschreibenden Stelle einzubringen sei. Erst durch den Hinweis der Auftraggeberin am 20.6.2023 habe sie erfahren, dass der Antrag beim Verwaltungsgericht einzubringen gewesen wäre. Die Antragstellerin treffe an der Versäumung der Frist zur Stellung eines Nachprüfungsantrags kein den Grad des geringfügigen Versehens übersteigendes Verschulden.

Gleichzeitig mit der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wurde die Nichtigerklärung jeweils der Ausscheidens- und der Zuschlagsentscheidungen in den Losen ... und ... des gegenständlichen Auftrags beantragt.

Für den Fall, dass dem Wiedereinsetzungsantrag nicht stattgegeben werden sollte, wurde noch ein Feststellungsantrag gemäß § 28 Abs. 1 Z 1 WVRG 2020 gestellt, weil entgegen den Angaben in der Ausschreibung der Zuschlag nicht dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt worden sei.

Für die genannten Anträge wurde die Entrichtung von Pauschalgebühren gemäß §§ 14 ff WVRG 2020 in der Höhe von 2.534,-- Euro nachgewiesen.

Am 4.7.2023 gab die Auftraggeberin gegenüber dem Verwaltungsgericht den geschätzten Auftragswert der beiden angefochtenen Lose bekannt. In jedem einzelnen der beiden genannten Lose übersteigt der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert das 10fache des mit 215.000,-- Euro festgelegten Schwellenwerts für Dienstleistungsaufträge gemäß § 12 Abs. 1 Z 3 BVergG 2018.

Der geschätzte Auftragswert der beiden Lose zusammengerechnet übersteigt den Schwellenwert gar um mehr als das 20fache.

Am 6.7.2023 erstattete die C. GmbH als präsumtive Zuschlagsempfängerin in Los ... zu den Anträgen vom 29.6.2023 eine Stellungnahme und beantragte die Abweisung der Anträge.

Am 12.7.2023 erstattete die Auftraggeberin zu den Anträgen vom 29.6.2023 eine Stellungnahme und beantragte die Abweisung der Anträge.

Am 27.7.2023 richtete das Verwaltungsgericht Wien an die Antragstellerin per E-Mail einen Verbesserungsauftrag, mit dem die Antragstellerin aufgefordert wurde, die Pauschalgebühren in der nach den §§ 1 und 2 der Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 – WVPVO vorgesehenen Höhe zu entrichten und dem Verwaltungsgericht binnen drei Tagen ab Zustellung dieses Schreibens einen Nachweis über die Entrichtung zu übermitteln.

In Reaktion darauf verwies die Antragstellerin am 31.7.2023 auf die bereits entrichteten Pauschalgebühren von 2.534,-- Euro und ersuchte um Verlängerung der Frist zur Verbesserung.

Mit Schreiben des Verwaltungsgerichts vom 1.8.2023 wurde die Frist zur Erfüllung des Verbesserungsauftrags bis 7.8.2023 verlängert.

Mit Schriftsatz vom 7.8.2023 zog die Antragstellerin durch ihren anwaltlichen Vertreter alle gestellten Anträge (Eingabe vom 20.6.2023) zurück.

Diese Feststellungen gründen sich auf die insoweit unstrittige Aktenlage.

Maßgebliche Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 18 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nichtigkeitsklage einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. sie oder er ein Interesse am Abschluss eines Vertrages behauptet, dessen Nachprüfung gemäß § 1 dieses Landesgesetzes in den Vollziehungsbereich des Landes Wien fällt, und
2. ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 18 Abs. 2 WVRG 2020 ist eine Bieterin oder ein Bieter berechtigt, das Ausscheiden gemeinsam mit der Zuschlagsentscheidung oder der Widerrufsentscheidung in einem Antrag innerhalb der für die Anfechtung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung eingeräumten Frist anzufechten, sofern die zwischen dem Zugang der Verständigung über das Ausscheiden und der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bzw. der Widerrufsentscheidung liegende Zeitspanne kürzer ist als die in § 19 vorgesehene Frist.

Gemäß § 28 Abs. 1 WVRG 2020 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2018, des BVergGKonz 2018 oder des BVergGVS 2012 unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihr oder ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2018, das BVergGKonz 2018, das BVergGVS 2012, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde.

Gemäß § 14 Abs. 1 WVRG 2020 hat die Antragstellerin für Anträge gemäß den §§ 18 Abs. 1, 25 und 28 Abs. 1 und 2 jeweils eine Pauschalgebühr zu entrichten. Bezieht sich der Antrag lediglich auf die Vergabe eines Loses, so ist gemäß § 14 Abs. 6 WVRG 2020 lediglich die Pauschalgebühr entsprechend dem geschätzten Wert bzw. dem Wert des Loses zu entrichten. Bezieht sich der Antrag auf die Vergabe mehrerer Lose, so richtet sich die Höhe der Pauschalgebühr nach dem geschätzten Gesamtwert bzw. dem Gesamtwert der angefochtenen Lose.

Gemäß § 14 Abs. 8 erster Satz WVRG 2020 hat das Verwaltungsgericht die Rückerstattung der Hälfte der jeweils entrichteten Pauschalgebühr an die Antragstellerin oder an den Antragsteller zu veranlassen, wenn ein Antrag vor Kundmachung der Anberaumung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 21 Abs. 1 oder, sofern keine mündliche Verhandlung durchgeführt wird, vor Erlassung der Entscheidung zurückgezogen wird.

Gemäß § 1 Wiener Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2020 – WVPVO, LGBl. Nr. 33/2020 zuletzt geändert durch LGBl. Nr. 11/2023, hat die Antragstellerin oder der Antragsteller für Anträge auf Nichtigerklärung und Feststellung (§§ 18 Abs. 1, 28 Abs. 1 und 2 WVRG 2020) bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Wettbewerben im Oberschwellenbereich jeweils eine Pauschalgebühr von 2.534,- Euro zu entrichten.

Gemäß § 2 Abs. 1 WVPVO beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das Dreifache der jeweils gemäß § 1 festgesetzten Gebühr, wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den Schwellenwert (§§ 12 Abs. 1 und 2 und 185 Abs. 1 und 2 des Bundesvergabegesetzes 2018 – BVergG 2018, § 11 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018, und § 10 Abs. 1 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012) um mehr als das Zehnfache übersteigt.

Gemäß § 2 Abs. 2 WVPVO beträgt die zu entrichtende Pauschalgebühr das Sechsfache der jeweils gemäß § 1 festgesetzten Gebühr, wenn der geschätzte Auftragswert bzw. der Auftragswert den Schwellenwert (§§ 12 Abs. 1 und 2 und 185 Abs. 1 und 2 BVergG 2018, § 11 Abs. 1 BVergGKonz 2018, und § 10 Abs. 1 BVergGVS 2012) um mehr als das 20fache übersteigt.

Rechtliche Beurteilung:

Infolge der Zurückziehung sämtlicher mit Eingabe vom 20.6.2023 gestellten Anträge waren die aufgrund der Anträge eingeleiteten Nachprüfungsverfahren betreffend die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung als auch das Feststellungsverfahren spruchgemäß einzustellen.

Eine Rückerstattung von Gebühren gemäß § 14 Abs. 8 WVRG war aus folgenden Gründen nicht zu veranlassen:

Nach der Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs zur vergleichbaren Pauschalgebührenregelung im BVergG 2006 (siehe insbesondere VfGH vom 1.3.2019, E 4474/2018) entsteht die Gebührenschild im Zeitpunkt der Antragstellung und sind die Gebühren bereits zu diesem Zeitpunkt zu entrichten. Die Pauschalgebührenregelung für vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren weist zudem eine – im Vergleich zu sonstigen Gebührenregelungen im Zusammenhang mit der Inanspruchnahme (verwaltungs-)gerichtlichen Rechtsschutzes – wesentliche Besonderheit auf: Die ordnungsgemäße Vergebührung stellt eine Zulässigkeitsvoraussetzung entsprechender vergabespezifischer Rechtsschutzanträge dar. Ein Nachprüfungsantrag oder ein Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die trotz Verbesserung nicht ordnungsgemäß vergebührt wurden, ist vom Verwaltungsgericht zurückzuweisen (so auch VfGH vom 24.9.2019, V 64/2019-11).

Werden von einem Antragsteller gesondert anfechtbare Entscheidungen in mehreren Losen mit ein- und demselben Nachprüfungs- bzw. Feststellungsantrag bekämpft, ist nach der Judikatur des Verfassungsgerichtshofs (siehe VfGH vom 1.3.2022, E 4194/2021) die Pauschalgebühr zwar nach dem Gesamtwert aller bekämpften Lose zu berechnen, allerdings pro Nachprüfungs- bzw. Feststellungsantrag nur einmal und nicht kumulativ für jedes Los zu entrichten.

Auf dem Boden der oben wiedergegebenen Rechtsgrundlagen und der zitierten höchstgerichtlichen Rechtsprechung geht das Verwaltungsgericht Wien davon aus, dass die Antragstellerin kumulativ Pauschalgebühren für den Nachprüfungsantrag betreffend die Ausscheidensentscheidung und die Zuschlagsentscheidung sowie für den Feststellungsantrag zu entrichten gehabt hätte. Für den Wiedereinsetzungsantrag war dagegen keine zusätzliche Pauschalgebühr zu entrichten. Der Umstand, dass die Antragstellerin die betreffenden Anträge in zwei Losen gestellt hat, begründet zwar keine zusätzliche Pauschalgebühr, war jedoch insofern bei der Berechnung der Gebührenhöhe zu berücksichtigen, als sich die zu entrichtende Pauschalgebühr nach dem zusammengerechneten geschätzten Auftragswert der beiden Lose bemisst.

Bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts hat die Auftraggeberin in Ansehung des § 13 Abs. 1 BVergG 2018 zu Recht die optionale Verlängerungsmöglichkeit miteingerechnet. Vor diesem Hintergrund sowie im Hinblick auf die aus der Niederschrift über die Angebotseröffnung ersichtlichen Angebotspreise erweist sich der von der Auftraggeberin geschätzte Auftragswert als nachvollziehbar.

Grundsätzlich ist für jeden Nachprüfungsantrag sowie für jeden Feststellungsantrag eine gesonderte Pauschalgebühr zu entrichten. In Ansehung des § 18 Abs. 2 WVRG 2020 wäre jedoch gegenständlich für die Nachprüfungsanträge betreffend die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung die Gebühr nur einmal zu entrichten gewesen, zumal die Ausscheidens- und die Zuschlagsentscheidung uno actu bekannt gemacht wurden und damit innerhalb der mit 10 Tagen bemessenen Frist des § 19 WVRG 2020 ergangen sind. Dies ergibt sich auch aus den Gesetzesmaterialien zu § 342 BVergG 2018, der eine inhaltsgleiche Regelung aufstellt wie § 18 Abs. 2 WVRG 2020 (siehe 69 BlgNR XXVI. GP, 196).

Unter Berücksichtigung der dargelegten Berechnungsgrundlagen sind somit bei der Einbringung der gegenständlichen Anträge (Nachprüfungsantrag und Feststellungsantrag) Pauschalgebühren in der Höhe von 30.408,-- Euro (das ist zweimal das Sechsfache der Pauschalgebühr für Dienstleistungsaufträge) fällig geworden.

Hätte die Antragstellerin diese Pauschalgebühr zur Gänze entrichtet, wäre nach erfolgter Zurückziehung des Nachprüfungs- und des Feststellungsantrags die Rückerstattung der Hälfte dieses Betrages zu veranlassen gewesen. Da jedoch die Antragstellerin Pauschalgebühren von lediglich 2.534,-- Euro entrichtet hat, sind von ihr noch 12.670,-- Euro zu entrichten, um überhaupt auf die Hälfte der mit Einbringung der Anträge am 29.6.2023 fällig gewordenen Pauschalgebühren zu kommen. Eine Rückerstattung kam somit nicht in Betracht.

Revision:

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder

weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Vielmehr hat sich das Verwaltungsgericht im Zuge der rechtlichen Beurteilung gerade auf die Rechtsprechung des Verfassungsgerichtshofs gestützt und selbige in den Entscheidungsgründen zitiert. In diesem Zusammenhang ist zu betonen, dass die höchstgerichtliche Rechtsprechung keineswegs als uneinheitlich zu beurteilen ist.

B e l e h r u n g

Gegen diesen Beschluss besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung der Entscheidung durch eine bevollmächtigte Rechtsanwältin bzw. einen bevollmächtigten Rechtsanwalt abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabengebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt Österreich, Dienststelle Sonderzuständigkeiten zu entrichten, sofern gesetzlich nicht anderes bestimmt ist.

Es besteht die Möglichkeit, Verfahrenshilfe für das Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof bzw. Verfassungsgerichtshof zu beantragen. Einer juristischen Person oder einem sonstigen parteifähigen Gebilde ist die Verfahrenshilfe zu bewilligen, wenn die zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder von ihr (ihm) noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint. Der Antrag auf Verfahrenshilfe ist für ein Beschwerdeverfahren vor dem Verfassungsgerichtshof unmittelbar beim Verfassungsgerichtshof einzubringen. Für ein außerordentliches Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof ist der Antrag unmittelbar beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Dies in beiden Fällen jeweils innerhalb der oben genannten sechswöchigen Beschwerde- bzw. Revisionsfrist.

Ferner besteht die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Der Verzicht hat ausdrücklich zu erfolgen und ist bei einem Verzicht auf die Revision dem Verwaltungsgericht, bei einem Verzicht auf die Beschwerde bis zur Zustellung der Entscheidung dem Verwaltungsgericht, nach Zustellung der Entscheidung dem Verfassungsgerichtshof schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. Der Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision bzw. Beschwerde nicht mehr zulässig ist. Wurde der Verzicht nicht von einem berufsmäßigen Parteienvertreter oder im Beisein eines solchen abgegeben, so kann er binnen drei Tagen schriftlich oder zur Niederschrift widerrufen werden.

Verwaltungsgericht Wien

Dr. Diem
(Senatsvorsitzender)