GEBÜHRENERSATZ IM VERGABEVERFAHREN

Laut dem Bundesvergabegesetz (BVergG) hat der vor der Vergabebehörde wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller Anspruch auf Ersatz seiner entrichteten Gebühren für Nachprüfungsanträge durch den Antragsgegner. Gegenstand des Ersatzanspruches sind ausschließlich bereits entrichtete Pauschalgebühren für Nachprüfungs-, Feststellungs- und Teilnahmeanträge sowie für Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Andere Aufwendungen, wie beispielsweise Kosten anwaltlicher Vertretung fallen nicht unter diese Bestimmung.

Früher erachtete sich das Bundesvergabeamt (BVA) für Entscheidungen über den Ersatz der Pauschalgebühr zwischen den Parteien als unzuständig. Es stützte sich dabei im Wesentlichen auf das Fehlen einer ausdrücklichen Regelung über seine diesbezügliche Zuständigkeit im BVergG sowie auf die Ausführungen in den Materialien, die ausdrücklich eine Zuständigkeit der Gerichte vorsehen.

Wichtig!
Der Verwaltungsgerichtshof spricht in seinem Erkenntnis vom 6.04.2005, GZ: 2004/04/0091, 0092, aus, dass die bisher vorherrschende Rechtsmeinung, dass für die Entscheidung über den Kostenersatzanspruch nicht das Bundesvergabeamt, sondern die Zivilgerichte zuständig sind, unrichtig ist. Daraus folgt, dass die für die Hauptsache zuständige Behörde auch über den Kostenersatzanspruch zu entscheiden hat. Die bisherige Entscheidungspraxis des BVA, derartige Anträge auf Gebührenersatz einfach zurückzuweisen, kann daher nicht mehr aufrecht gehalten werden.

Zuständigkeit des BVA:
In Abkehr von der bisherigen ständigen Rechtsprechung hat sich das BVA daher auch zur Entscheidung über den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr für zuständig erklärt und bereits über Anträge auf Ersatz der Pauschalgebühr abgesprochen. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang aber auch, dass diese Anträge zeitgerecht geltend gemacht werden müssen. So hat das BVA einen mehr als zwei Wochen nach Erlassung einer einstweiligen Verfügung gestellten Antrag auf Ersatz der dafür entrichteten Gebühr als verspätet beurteilt.

Sachverhalt:
Das betreffende Vergabeverfahren wurde in Form eines nicht offenen Verfahrens ohne vorherige Bekantmachung durchgeführt. Für den von einem Bieter eingebrachten Nachprüfungsantrag wurde nachweislich am 18.03.2005 die vorgeschriebene Pauschalgebühr entrichtet. Da dieser Nachprüfungsantrag mit Bescheid des BVA vom 2.05.2005 (er enthielt das Begehren, die Zuschlagsentscheidung für nichtig zu erklären) zurückgewiesen wurde und damit kein teilweises Obsiegen des Anragstellers vorliegt, war der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr vom BVA abzuweisen.

Dem vom Bieter ebenfalls gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, eingebracht am 18.03.2005, wurde mit Bescheid vom 23.03.2005 insoweit stattgegeben, als dem Auftraggeber für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens untersagt wurde, im Vergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen. Erst nach Erlassung dieses Bescheides, nämlich mit Schriftsatz vom 6.04.2005, wurde vom Bieter ein Antrag auf Ersatz der entrichteten Gebühr gestellt. Das war laut BVA verspätet.

Begründung:
Laut BVA ist dieser Gebührenersatzantrag deshalb verspätet, da man zwei Wochen nach Erlassung des Bescheides vom 23.03.2005, mit dem über den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgesprochen wurde, nicht mehr von einer zeitgerechten Geltendmachung des Gebührenersatzantrages sprechen kann.

Achtung: Rechtzeitige Antragstellung!
Hinsichtlich des zeitgerechten Stellens eines Antrages auf Kostenersatz sieht § 74 Abs 2 zweiter Satz AVG vor, dass dieser Antrag so zeitgerecht zu stellen ist, dass der Ausspruch über die Kosten in den Bescheid aufgenommen werden kann. Eine nicht im Sinne des § 74 Abs 2 zweiter Satz AVG zeitgerechte Geltendmachung des Kostenersatzanspruches bewirkt dessen Verlust.

Praxistipp:
Für eine Entscheidung über den Gebührenersatzanspruch ist es aber auch notwendig, dass die laut BVergG dafür zu entrichtende Gebühr tatsächlich entrichtet worden ist.

Achtung: Vorgeschriebene Gebühr zahlen!
Wurde im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung die Pauschalgebühr nicht innerhalb der Entscheidungsfrist des Bundesvergabeamtes über die einstweilige Verfügung entrichtet, so hat dies zur Konsequenz, dass vorerst der Auftrag zur Bezahlung der zu entrichtenden Gebühr ergeht. Eine Entscheidung über den Gebührenersatz - auch bei nur teilweisem Obsiegen - kann allerdings nur dann ergehen, wenn die Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung auch tatsächlich entrichtet wurde.

In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, was unter „wenn auch nur teilweise Obsiegen“ bei einem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung zu verstehen ist. Da auch die Sicherstellung der Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter laut VFGH im öffentlichen Interesse gelegen ist und im Zweifel dem Rechtsschutz der Bieter Vorrang vor dem Auftraggeberinteresse an der Zuschlagserteilung einzuräumen ist, sind einstweilige Verfügungen in der Regel fast immer zu erlassen.

Da das Bundesvergabeamt gemäß § 59 Abs 1 AVG möglichst schon im Spruch des Bescheides betreffend die einstweilige Verfügung auch über die Kosten – bei entsprechendem Antrag – abzusprechen hat, ist davon auszugehen, dass dem Antragsteller ein Anspruch auf Ersatz seiner Pauschalgebühr für den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung unabhängig vom weiteren Ausgang des Hauptverfahrens zusteht.

Resümee:
Aufgrund dieser Entscheidungen des VwGH und des BVA ist daher zu empfehlen, in jedem Nachprüfungs- oder Feststellungsverfahren gleichzeitig mit dem Hauptantrag auch ein Begehren auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr zu stellen.

Die diesbezüglichen Regelungen lauten:

§ 318 Gebühren

(1) Für Anträge gemäß den §§ 320 Abs 1 (Nachprüfungsanträge), § 328 Abs 1 (Anträge auf einstweilige Verfügung) und § 331 Abs 1 und 2 (Feststellungsanträge) 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 können nach objektiven Merkmalen abgestuft sein. Als objektive Merkmale können insbesondere der Auftragsgegenstand, die Art des durchgeführten

Verfahrens sowie die Tatsache, ob es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich oder im Unterschwellenbereich handelt, herangezogen werden.

§ 319 Gebührenersatz

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

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

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und
2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung wegen einer Interessensabwägung abgewiesen wurde.

(3) Über den Gebührenersatz hat das Bundesvergabeamt spätestens drei Wochen ab jenem Zeitpunkt zu entscheiden, ab dem feststeht, dass ein Anspruch auf Gebührenersatz besteht.

In den Erläuterungen heißt es dazu:
Die Regelung über den Gebührenersatz überträgt nunmehr dem BVA die Kompetenz, über den Ersatz der Gebühren zu entscheiden. Es wird ausdrücklich geregelt, dass ein Gebührenersatz auch dann zu erfolgen hat, wenn der Antragsteller während eines anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn der Auftraggeber die bekämpfte Entscheidung beseitigt.

Unbeschadet der nunmehr bestehenden Möglichkeit, eine einstweilige Verfügung eigenständig (unabhängig von der Stellung eines Nachprüfungsantrags) zu beantragen, ist in Abs 2 geregelt, dass ein Ersatz der Gebühr nur dann zu erfolgen hat, wenn dem Hauptantrag stattgegeben wird und die einstweilige Verfügung entweder gewährt wurde oder bloß aufgrund einer Interessenabwägung abgewiesen wurde. Der Antragsgegner soll nicht gezwungen werden, die Kosten zu tragen, wenn sich nachträglich herausstellt, dass der behauptete Sicherungsanspruch des Antragstellers nicht berechtigt war.

Stand: Mai 2013

Dieses Infoblatt ist ein **Produkt der Zusammenarbeit aller Wirtschaftskammern**.
Bei Fragen wenden Sie sich bitte an die Wirtschaftskammer Ihres Bundeslandes:
Burgenland, Tel. Nr.: 05 90907, Kärnten, Tel. Nr.: 05 90904, Niederösterreich Tel. Nr.: (02742) 851-0,
Oberösterreich, Tel. Nr.: 05 90909, Salzburg, Tel. Nr.: (0662) 8888-0, Steiermark, Tel. Nr.: (0316) 601-0,
Tirol, Tel. Nr.: 05 90905-1111, Vorarlberg, Tel. Nr.: (05522) 305-0, Wien, Tel. Nr.: (01) 51450-1010,
Hinweis! Diese Information finden Sie auch im Internet unter http://wko.at. Alle Angaben erfolgen trotz sorgfältigster Bearbeitung ohne Gewähr. Eine Haftung der Wirtschaftskammern Österreichs ist ausgeschlossen. Bei allen personenbezogenen Bezeichnungen gilt die gewählte Form für beide Geschlechter!