OÖ. LANDESVERWALTUNGSGERICHT

4021 Linz / Volksgartenstraße 14
Telefon: +43 732 7075-18004
Fax: +43 732 7075-218018
E-Mail: post@lvwg-ooe.gv.at / www.lvwg-ooe.gv.at

Geschäftszeichen:
LVwG-840285/27/HW

Datum:
Linz, 23. Jänner 2024

Das Landesverwaltungsgericht Oberösterreich fasst durch seinen Richter Dr. Wiesinger über den Antrag der M Gesellschaft mbH, G, vertreten durch Rechtsanwalt Ing. DDr. W, R, auf Rückerstattung einer zu viel bezahlten Pauschalgebühr den

B E S C H L U S S

I. Gemäß § 1 Abs. 1 Z 10 Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2014 sind für den Antrag der M Gesellschaft mbH auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung vom 01.09.2023 im Vergabeverfahren der Klinikum Wels-Grieskirchen GmbH betreffend das Vorhaben „Klinikum Wels-Grieskirchen - Küchensanierung – Kücheneinrichtung“ Pauschalgebühren in Höhe von 2.000 Euro zu entrichten.
Der von der Antragstellerin entrichtete Mehrbetrag in Höhe von 4.000 Euro wird rückerstattet.

II. Gegen diese Entscheidung ist eine Revision unzulässig.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I.1. Mit Eingabe vom 11.09.2023 brachte die M Gesellschaft mbH (kurz „ASt“) im Vergabeverfahren der Klinikum Wels-Grieskirchen GmbH betreffend das Vorhaben „Klinikum Wels-Grieskirchen - Küchensanierung - Kücheneinrichtung“ einen Nachprüfungsantrag ein (Nachprüfungsantrag ON 1). Die ASt entrichtete für den Nachprüfungsantrag Pauschalgebühren in Höhe von 6.000 Euro (ON 4; Beilage ./J zu ON 1).

I.2. In der im Nachprüfungsverfahren durchgeführten mündlichen Verhandlung beantragte die ASt eine „zuviel bezahlte Pauschalgebühr auf das in den Eingaben von RA DDr. W bekannt gegebene Konto“ rückzuüberweisen (Niederschrift ON 20).

I.3. § 1 Abs. 5 und Abs. 6 Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2014 sehen unter bestimmten Voraussetzungen vor, dass das Landesverwaltungsgericht einen Teil der vorgeschriebenen und bereits entrichteten Gebühr zurückzuzahlen hat. Das Landesverwaltungsgericht ist aber wohl auch in anderen Fallkonstellationen berechtigt, zu viel (oder zu Unrecht) entrichtete Pauschalgebühren nach den Grundsätzen der Bereicherung von Amts wegen zurückzuzahlen (vgl. dazu VfGH 09.10.2008, A5/08; *Reisner* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4] Rz 2030). Eine Verpflichtung zur amtswegigen Zurückzahlung von zu viel entrichteten Pauschalgebühren besteht – abgesehen von den in der Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2014 (ausdrücklich) geregelten Fällen – mangels entsprechender gesetzlicher Regelung aber wohl nicht. Mangels Rückerstattung von Amts wegen erscheint daher eine Antragstellung geboten (vgl. *Reisner* in *Heid/Preslmayr*, Handbuch Vergaberecht[4] Rz 2015). Das Landesverwaltungsgericht hat über Antrag (als Organ der Rechtsprechung [vgl. VfGH 01.03.2019, E 4474/2018; *Steinschnack* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 22 Oö VergRSG Rz 9]) mit Beschluss über die Höhe und gegebenenfalls einen Rückforderungsanspruch von Pauschalgebühren zu entscheiden (vgl. *Reisner* in *Gölles*, BVergG 2018 § 340 Rz 17; *Ziniel* in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, BVergG[3] § 344 Rz 88; VfGH 01.03.2019, E 4474/2018).
Die von der ASt in der mündlichen Verhandlung beantragte Rücküberweisung einer zu viel bezahlten Pauschalgebühr ist als Antrag auf Rückerstattung einer (zu viel bezahlten) Pauschalgebühr anzusehen, sodass nach Ansicht des Landesverwaltungsgerichtes nunmehr mit Beschluss über die Höhe der Pauschalgebühren und einen Rückerstattungsanspruch der ASt zu entscheiden ist.

I.4. Lieferaufträge sind entgeltliche Verträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf von Waren, mit oder ohne Kaufoption, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, ist (§ 6 BVergG). Bestandteil des Begriffs „Ware“ gemäß BVergG ist auch ein Anfertigungsverfahren, dies gilt unabhängig davon, ob die Ware des

Lieferauftrags (den Verbrauchern der Ware) in fertigem Zustand zur Verfügung gestellt wird oder nach den Anforderungen des Kunden speziell angefertigt wird (*Gölles* in *Gölles,* BVergG 2018 § 7 Rz 37). Vom Lieferauftrag miterfasst ist auch das Verlegen oder die Installation von Waren (*Gölles* in *Gölles,* BVergG 2018 § 7 Rz 38). Aufträge, die mehr als eine Art von Leistung gemäß den §§ 5 bis 7 BVergG (Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung) umfassen, sind nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben, die den Hauptgegenstand des Auftrages bildet (§ 8 Abs. 1 BVergG).
Das gegenständliche Vergabeverfahren betrifft das Vorhaben „Klinikum Wels-Grieskirchen - Küchensanierung - Kücheneinrichtung“. In den Ausschreibungsunterlagen wird bei der Art des Vergabeverfahrens mehrfach „Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung im Oberschwellenbereich“ angeführt (vgl. dazu die mit ON 1 vorgelegten Beilagen ./A, ./B und ./C), bei der Auftragsart ist in den Ausschreibungsunterlagen Beilagen ./A (1. Stufe/Teilnahmebedingungen) und ./B (2. Stufe Angebotsunterlage und Beilagen) zu ON 1 von einer Lieferleistung die Rede (vgl. auch bereits die Bekanntmachung; vgl. allerdings abweichend die Beilage ./C zu ON 1). Im Hinblick auf die verfahrensgegenständlich zu erbringenden Leistungen ist hinsichtlich der Auftragsart zu berücksichtigen, dass auch das Verlegen oder die Installation von Waren vom Lieferauftrag miterfasst ist (*Gölles* in *Gölles,* BVergG 2018 § 7 Rz 38; vgl. in diesem Zusammenhang auch *Moick/Gföhler,* BVergG 2018[1.01] § 7 E121) und Aufträge, die mehr als eine Art von Leistung gemäß den §§ 5 bis 7 BVergG umfassen, nach den Regelungen jener Leistungsart zu vergeben sind, die den Hauptgegenstand des Auftrages bildet (§ 8 Abs. 1 BVergG). Es wurde in der mündlichen Verhandlung auch erörtert, um welche Art Auftrag es sich bei der verfahrensgegenständlichen Vergabe handelt und es führte die Auftraggeberseite aus, dass es ein Lieferauftrag ist. Die weiteren Verfahrensparteien des Nachprüfungsverfahrens (präsumtive Zuschlagsempfängerin und ASt) stimmten dem zu. Es ist daher im vorliegenden Fall davon auszugehen, dass es sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich handelt.

I.5. Gemäß § 1 Abs. 1 Z 10 Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2014 beträgt die für den Antrag gemäß den § 3 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 zu entrichtende Pauschalgebühr bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie Wettbewerben im Oberschwellenbereich 2.000 Euro.
Da verfahrensgegenständlich vom Vorliegen eines Lieferauftrags im Oberschwellenbereich auszugehen ist (siehe I.4.), beträgt die von der ASt zu entrichtende Pauschalgebühr sohin 2.000 Euro (§ 1 Abs. 1 Z 10 Oö. Vergabe-Pauschalgebührenverordnung 2014). Da von der ASt aber Pauschalgebühren in Höhe von 6.000 Euro entrichtet wurden, ist der von ASt entrichtete Mehrbetrag in Höhe von 4.000 Euro rückzuerstatten.
Es ist daher spruchgemäß zu entscheiden.

II. Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Die gegenständliche Entscheidung erfolgte unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung (vgl. insbesondere VfGH 01.03.2019, E 4474/2018) zu vergleichbaren Bestimmungen anhand der konkreten Umstände des gegenständlichen Einzelfalls, sodass dieser Entscheidung keine Bedeutung über den vorliegenden Einzelfall hinaus zukommt.

R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g

Gegen diese Entscheidung besteht innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof ist unmittelbar bei diesem einzubringen, eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Landesverwaltungsgericht Oberösterreich. Die Abfassung und die Einbringung einer Beschwerde bzw. einer Revision müssen durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin erfolgen. Für die Beschwerde bzw. Revision ist eine Eingabengebühr von je 240 Euro zu entrichten. Sie haben die Möglichkeit, auf die Revision beim Verwaltungsgerichtshof und die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof zu verzichten. Ein solcher Verzicht hat zur Folge, dass eine Revision an den Verwaltungsgerichtshof und eine Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof nicht mehr erhoben werden kann. Ein Verzicht ist schriftlich bekanntzugeben oder zu Protokoll zu erklären. 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.

H i n w e i s

Verfahrenshilfe ist einer Partei zur Gänze oder zum Teil zu bewilligen, wenn die Partei außerstande ist, die Kosten der Führung des Verfahrens ohne Beeinträchtigung des notwendigen Unterhalts zu bestreiten und die beabsichtigte Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung nicht als offenbar mutwillig oder aussichtslos erscheint.
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; das Gleiche gilt für ein behördlich bestelltes Organ oder einen gesetzlichen Vertreter, die für eine Vermögensmasse auftreten, wenn die

zur Führung des Verfahrens erforderlichen Mittel weder aus der Vermögensmasse noch von den an der Führung des Verfahrens wirtschaftlich Beteiligten aufgebracht werden können.

Für das Beschwerdeverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verfassungsgerichtshof einzubringen.

Für das Revisionsverfahren ist ein Antrag auf Verfahrenshilfe innerhalb der Rechtsmittelfrist beim Verwaltungsgerichtshof einzubringen. Im Antrag ist, soweit zumutbar, kurz zu begründen, warum die Revision entgegen dem Ausspruch des Verwaltungsgerichtes für zulässig erachtet wird.

Landesverwaltungsgericht Oberösterreich

Dr. Wiesinger