

TE Bwvg Beschluss 2018/5/4 W139 2162939-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 04.05.2018

Entscheidungsdatum

04.05.2018

Norm

BVergG 2006 §172
BVergG 2006 §174
BVergG 2006 §180 Abs1 Z1
BVergG 2006 §192
BVergG 2006 §2 Z16
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §201
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs3
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs1
BVergG 2006 §321 Abs2
BVergG 2006 §321 Abs4
BVergG 2006 §331 Abs1 Z2
BVergG 2006 §331 Abs2
BVergG 2006 §332 Abs3
BVergG 2006 §332 Abs5
BVergG 2006 §334
BVergG 2006 §5
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W139 2162939-1/49E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG

als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm WEINMEIER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 29.06.2017 betreffend das Vergabeverfahren "Beschaffung von Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier Z_2017_DV_059" der Auftraggeberin Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung beschlossen:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Beschaffung von Toilettenpapier rechtswidrigerweise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat" wird zurückgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

1. Am 29.06.2017 beantragte die Antragstellerin, die XXXX, vertreten durch XXXX, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Beschaffung von Toilettenpapier rechtswidrigerweise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe.

Gegenstand des Feststellungsantrages sei demnach die Vergabe betreffend Lieferung von Toilettenpapier der Flughafen Wien AG unter deren Ausschreibungsnummer Z_2017_DV059. Dabei handle es sich um eine Direktvergabe gemäß § 201 Bundesvergabegesetz. Zuschlagsempfängerin sei die XXXX.

Am 17.03.2017 sei die Veröffentlichung der Vergabe im Wiener Amtsblatt Newsletter erfolgt. Entsprechend dieser Information sollte Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier beschafft werden. Auch in der Bekanntmachung, die die Antragstellerin am 20.03.2017 heruntergeladen habe, sei als Bezeichnung des Auftrags "Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier" angegeben worden.

In dem der Antragsteller in der Folge übermittelten Angebotsschreiben sei jedoch als Leistungsgegenstand nur mehr Toilettenpapier angegeben worden. Weiters sei als Verfahrensart eine Direktvergabe nach § 201 Bundesvergabegesetz genannt worden. Auch in den letztlich übermittelten Ausschreibungsunterlagen sei ausschließlich Toilettenpapier enthalten gewesen, weswegen sich die Antragstellerin am 27.03.2017 nach den Unterlagen für das Zick-Zack-Faltpapier erkundigt habe. Von Seiten der Auftraggeberin habe sie die telefonische Auskunft erhalten, dass dieses Produkt nun doch nicht vergeben werden würde. Sie habe sich am 28.03.2017 weiters nach dem Bedarf an Zellstofftüchern und Putzpapierrollen, die in einer Ausschreibung im Jahr 2008 nachgefragt worden seien, erkundigt. Auch diesbezüglich habe sie die Information erhalten, dass ein Bedarf an diesen Produkten nicht mehr bestehe bzw. diese nicht mehr verwendet werden würden.

Am 09.05.2017 sei die Zuschlagsentscheidung erfolgt.

Zur Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin aus, dass die gegenständliche Direktvergabe die Beschaffung von Toilettenpapier ab 01.07.2017 mit einer Vertragsdauer von 24 Monaten und einer einmaligen Verlängerungsoption um sechs Monate umfasse. Nach den Angaben der Auftraggeberin handle es sich dabei um eine Beschaffung im Unterschwellenbereich.

Die Antragstellerin habe sich sodann nach den Unterlagen für das Zick-Zack-Faltpapier erkundigt sowie nachgefragt, ob weitere Produkte, etwa Putzpapier, Flüssigseife oder ähnliches gebraucht werden würde, da dies in vorhergehenden Ausschreibungen der Auftraggeberin der Fall gewesen sei. Von der Auftraggeberin sei in der ersten Fragebeantwortung ausdrücklich mitgeteilt worden, dass sonstige Papiersorten bzw. Hygienematerial nicht nachgefragt werden würden.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin habe am 31.05.2017 festgestellt, dass in den Waschräumen am Flughafen Wien Handtuchrollen und Seife in allen Waschräumen vorhanden gewesen seien. Soweit überblickbar sei diesen

faktisch beschafften Produkten kein wie immer geartetes Vergabeverfahren vorausgegangen. Vielmehr sei der Bedarf an solchen Produkten von der Auftraggeberin sogar ausdrücklich verneint worden.

Daraufhin habe die Antragstellerin per E-Mail am 31.05.2017 die Anfrage an die Auftraggeberin gerichtet, wie sie diese Produkte anbieten dürfe bzw. wie diese beschafft werden würden. Dieses Schreiben sei dahingehend beantwortet worden, dass ein Vertragsverhältnis bis 2018 bestünde. Nähere Ausführungen habe die Auftraggeberin dazu nicht gemacht. Bei diesem Vertragsverhältnis könne es sich jedoch allenfalls um einen vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrag handeln.

Hintergrund dazu sei, dass im Jahr 2008 bei der Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung just jener Produkte stattgefunden habe, welche der Geschäftsführer der Antragstellerin nunmehr am Flughafen bemerkt habe.

Wiewohl die Ausschreibung aus dem Jahr 2008 die Beschaffung der benötigten Hygieneartikel für die Dauer von vier Jahren vorgesehen habe, habe seither keine vergleichsweise Ausschreibung mehr stattgefunden. Es sei daher davon auszugehen gewesen, dass kein Bedarf an diesen Produkten bestehen würde, was auch von der Auftraggeberin mitgeteilt worden sei. Dies wurde allerdings durch das Auffinden der Papierhandtuchrollen und der Flüssigseife widerlegt.

Das Auftragsvolumen betreffend diese Hygieneprodukte liege unstrittig im Oberschwellenbereich. Aus rechtlichen Gesichtspunkten folge daher, dass die Ausschreibung bzw. Vergabe des gegenständlichen Toilettenpapiers zusammen mit den Papierhandtuchrollen und der Flüssigseife erfolgen hätte müssen, zumindest jedoch für die Ermittlung des Auftragswertes zusammengerechnet hätte werden müssen. Konsequenz daraus sei, dass unter Zusammenrechnung der Auftragswerte betreffend das Toilettenpapier und die nicht ausgeschriebenen Produkte der Auftragswert weit über der für Direktvergaben zulässigen Wertgrenze liege. Aus diesem Grunde sei die gegenständliche Vergabe im Wege der Direktvergabe unzulässig, weil es sich um eine Vergabe im Oberschwellenbereich handle.

Zur Rechtzeitigkeit werde ausgeführt, dass in gegenständlicher Angelegenheit die Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das Bundesvergabegesetz geltend gemacht werde. Nach § 332 Abs. 3 BVergG betrage die Frist für solche Anträge sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag. Der Zuschlag sei am 09.05.2017 erteilt worden, weswegen der Antrag rechtzeitig sei. Die Verkürzung der Frist auf 30 Tage sei nicht anwendbar. Selbst wenn man die 30 tägige Frist anwenden wollte, würde diese allerdings erst am 31.05.2017 zu laufen beginnen, da zu diesem Zeitpunkt die Antragstellerin die Papierhandtuchrollen und die Flüssigseife am Flughafen bemerkt habe und sich daher veranlasst gesehen habe, weitere Ermittlungen durchzuführen. Der EuGH habe in der Rechtssache C166/14 "MedEval" entschieden, dass eine Ausschlussfrist für die Geltendmachung von Schadenersatz dem Unionsrecht widerspreche, wenn sie zu laufen beginne, ohne dass der Geschädigte vom fristauslösenden Ereignis Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen können. Wollte man daher den Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung (gemeint: Zuschlagserteilungsmittelteilung) als Frist auslösendes Ereignis ansehen, werde die Antragstellerin in unionsrechtswidriger Weise von der Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen ausgeschlossen.

Die Antragstellerin sei ein erfolgreiches Unternehmen in Zusammenhang mit dem Handel mit Hygienepapier. Durch die rechtswidrige freihändige Vergabe würden der Antragstellerin ganz offensichtlich und unwiederbringlich Umsätze/Gewinne sowie Marktanteile entgehen. Ihr Interesse am Vertragsabschluss habe die Antragstellerin mit dem Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen bzw. mit der Legung des Angebotes hinreichend bekundet. Die Antragstellerin habe ein vitales Interesse an diesem Vertrag, zumal sie durchaus sehr große Chancen darauf gehabt habe, als Bestbieter in einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren hervorzugehen. In einem rechtskonform durchzuführenden Verfahren wäre der Bestbieter nach förmlichen Kriterien zu eruiert gewesen. Die Preisgestaltung der Antragstellerin hätte sich infolge des geänderten Warenkorbes verändert. Auch hätte sich möglicherweise der Bieterkreis insgesamt geändert und wäre ein förmliches rechtskonformes Vergabeverfahren von erhöhter Transparenz gezeichnet gewesen.

2. Am 05.07.2017 erteilte die Auftraggeberin, die Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, die erbetenen allgemeinen Auskünfte.

3. Am 10.07.2017 nahm die Zuschlagsempfängerin, die XXXX, vertreten durch Rechtsanwalt XXXX, Stellung. Sie führte im Wesentlichen aus, dass die Antragstellerin behauptete, dass die Vergabe betreffend die Lieferung von Toilettenpapier

der Flughafen Wien AG mittels einer Direktvergabe gemäß § 201 BVerG erfolgt sei. Dies sei nicht richtig.

Richtig sei vielmehr, dass eine Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 201a BVerG durchgeführt worden sei. Tatsächlich sei die § 201a BVerG entsprechende Bekanntmachung samt Festlegung der vorgenannten Verfahrensart am 16.03.2017 in der Online-Ausgabe des amtlichen Lieferanzeigers, aufgrund derer die Antragstellerin nach eigenem Vorbringen auch letztlich ihr Angebot gelegt habe, erfolgt. Die Bezeichnung als Verfahrensart "Direktvergabe gemäß § 201 BVerG" im Formblatt Angebotsschreiben sei ein offensichtliches Versehen der Auftraggeberin, welches von der Antragstellerin nicht weiter nachgefragt worden sei und welches insbesondere zu keiner Änderung des weiteren Ablaufs und des tatsächlich durchgeführten Vergabeverfahrens geführt habe und keinerlei Auswirkungen auf das Vergabeverfahren und/oder die Antragstellerin gezeitigt habe. Deshalb habe die Auftraggeberin der Antragstellerin in Übereinstimmung mit § 201a Abs. 6 BVerG die Zuschlagserteilung des gegenständlichen Rahmenvertrages auch unverzüglich mitgeteilt.

Der Feststellungsantrag sei nicht zulässig, da § 331 Abs. 1 Z 2 BVerG hier nicht einschlägig sei, als eine Direktvergabe nach vorigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 201a BVerG durchgeführt worden sei und der Antragstellerin die Mitteilung der Zuschlagserteilung übermittelt worden sei. Dem Antrag der Antragstellerin sei auch bereits deshalb ein Erfolg versagt, da die Beschaffung von Toilettenpapier tatsächlich nach Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorigem Aufruf zum Wettbewerb erfolgt sei.

Die im Rahmen des nunmehrigen Feststellungsverfahrens monierte Rechtswidrigkeit, nämlich die Durchführung einer Direktvergabe, eigentlich einer Direktvergabe nach vorigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 201a BVerG, hätte überdies bereits im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens geltend gemacht werden können und müssen. Aufgrund des Prinzips der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens sei der Feststellungsantrag unzulässig und zurückzuweisen.

Die Antragstellerin sei nach eigenem Vorbringen bereits mit 17.03.2017 oder spätestens mit 20.03.2017 über die Wahl des Vergabeverfahrens und der gegenständlichen Bekanntmachung in Kenntnis gewesen. Die Antragstellerin habe die Angebotsunterlagen 24.03.2017 in Händen gehalten und ihr Angebot gelegt. Ein Nachprüfungsantrag hinsichtlich der monierten Rechtswidrigkeit wäre der Antragstellerin sohin jederzeit binnen offener Frist möglich gewesen. Stattdessen habe die Antragstellerin ein Angebot gelegt, bewusst abgewartet, ob ihr zugeschlagen werde oder nicht und erst danach gegenständlichen Feststellungsantrag gestellt.

Weiters sei der Antragstellerin eine Mitteilung gemäß § 273 Abs. 2 BVerG am 09.05.2017 übermittelt worden. Bei der Antragstellerin handle es sich um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter, sodass die 30-tägige Frist zur Einbringung des gegenständlichen Feststellungsantrages gemäß § 331 Abs. 2 Z 2 BVerG bereits abgelaufen sei und der Feststellungsantrag auch aus diesem Grunde unzulässig und zurückzuweisen sei.

Zur Entscheidung des EuGH in der Rechtssache "MedEval" sei anzumerken, dass sich aus dem gegenständlichen Feststellungsantrag nicht ergebe, dass es nur um die Erlangung eines Schadenersatzes gehe.

Im Übrigen sei die Antragstellerin in keinem der von ihr geltend gemachten subjektiven Rechte verletzt. So sei, wie von der Antragstellerin selbst vorgebracht, eine öffentliche Bekanntmachung der Vergabe der gegenständlichen Leistung am 16.03.2017 erfolgt. Worin die Verletzung der Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lautereren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens bestehen solle, sei seitens der Antragstellerin nicht weiter ausgeführt worden und letztlich schon als un schlüssig zu qualifizieren. Da die Antragstellerin sogar ein entsprechendes Angebot abgegeben habe, könne sie nicht an der Teilnahme verletzt worden sein. Inwiefern die Antragstellerin ein Recht auf Zuschlagserteilung haben soll, erschließe sich nicht.

Überdies liege ein zur Zulässigkeit eines Feststellungsantrags führender eingetretener Schaden nicht vor, und überdies bestehe auch keine Kausalität zum behaupteten Schaden, sodass der Feststellungsantrag mangels Antragslegitimation der Antragstellerin auch aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen sei. Die Antragstellerin habe die Angebotsunterlagen am 24.03.2017 in Händen gehalten und habe ihr Angebot gelegt. Das Angebot habe den Zuschlag nicht erhalten.

Es werde daher beantragt, den Antrag der Antragstellerin vom 29.06.2017 zurückzuweisen bzw. abzuweisen bzw. diesem nicht stattzugeben.

4. Am 18.07.2017 nahm die Auftraggeberin Stellung.

Dass das Vorbringen der Antragstellerin hinsichtlich einer Direktvergabe unrichtig sei, ergebe sich bereits aus dem

Umstand, dass das Verfahren bekanntgemacht worden sei. Es handle sich demnach um eine Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb gemäß § 201a BVergG. Daher kann es sich definitionsgemäß um keine Direktvergabe handeln.

Der Umstand, dass das Verfahren in den Verfahrensunterlagen fälschlich als "Direktvergabe gemäß § 201 BVergG" bezeichnet worden sei, sei irrelevant, zumal eine Bekanntmachung stattgefunden habe und da bereits faktisch eine Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb stattgefunden habe. Schon aufgrund des Umstandes, dass eine Bekanntmachung erfolgt sei, sind die Feststellungsanträge der Antragstellerin, dass eine Beschaffung rechtswidrigerweise ohne vorheriger Bekanntmachung erfolgt sei unzutreffend und daher zurückzuweisen.

Weiters sei unrichtig, dass am 09.05.2017 eine Zuschlagsentscheidung ergangen sei, tatsächlich handle es sich um die Mitteilung, welchem Unternehmen und zu welchem Gesamtpreis der Zuschlag im Sinne des § 201 Abs. 6 BVergG erteilt worden sei.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin ergebe sich unzweifelhaft, dass sie die Wahl des Vergabeverfahrens anfechten möchte. Die verfahrensgegenständlichen Leistungen wären mit anderen Leistungen zusammenzurechnen gewesen und es sei daher ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich geboten gewesen. Dies sei zum jetzigen Zeitpunkt unzulässig.

Da die Antragstellerin binnen der siebentägigen Frist gemäß § 321 Abs. 2 BVergG (ab erfolgter Bekanntmachung) keinen Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens gestellt habe, sei sie in diesem Vorbringen präkludiert. Gemäß § 332 Abs. 5 BVergG sei ein Antrag auf Feststellung unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff BVergG hätte geltend gemacht werden können. Dies sei vorliegend der Fall. Die nunmehrigen Feststellungsanträge seien wegen Subsidiarität als unzulässig zurückzuweisen.

Bei der Behauptung der Antragstellerin, wonach sich ihr die vermeintliche Unzulässigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens erst am 31.05.2017 erschlossen habe, handle es sich um eine Schutzbehauptung. Diese Behauptung sei unzutreffend und ändere nichts an der Verfristung der Anträge. Die Verfahrensunterlagen seien der Antragstellerin ihrem eigenen Vorbringen zu Folge am 24.03.2017 übermittelt worden. Zu diesem Zeitpunkt habe die Antragstellerin folglich jedenfalls positive Kenntnis gehabt, dass ausschließlich Toilettenpapier verfahrensgegenständlich sei. Dies sei ihr wiederum gemäß ihrem eigenen Vorbringen zusätzlich am 27.03.2017 telefonisch seitens der Auftraggeberin bestätigt worden. Allerspätestens ab diesen Zeitpunkten musste der Antragstellerin klar sein, dass ausschließlich das Toilettenpapier im Wege der Direktvergabe mit vorigem Aufruf zum Wettbewerb beschafft werden sollte und musste für die Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt daher die getrennte Ausschreibung dieses Produktes (also ohne Zusammenrechnung mit den anderen antragsgegenständlichen Produkten) klar sein. Dennoch habe sie es unterlassen, einen entsprechenden Antrag auf Nichtigerklärung der Verfahrenswahl einzubringen. Sie sei daher spätestens seit 04.04.2017 (sieben Tage gerechnet ab 27.03.2017) in diesem Vorbringen präkludiert.

Auch das Vorbringen, wonach der Geschäftsführer der Antragstellerin erst am 31.05.2017 durch persönliche Nachschau erfahren habe, dass auch andere Artikel als Toilettenpapier beschafft werden würden, sei als bloße Schutzbehauptung zu qualifizieren. Die Antragstellerin habe gewusst, dass der zuletzt ausgeschriebene Vertrag für andere antragsgegenständliche Artikel bereits 2014 ausgelaufen sei und keine öffentliche Neuausschreibung erfolgt sei. Seit März 2017 habe die Antragstellerin gewusst, dass nur Toilettenpapier im Wege der Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ausgeschrieben worden sei. Der Antragstellerin musste als erfahrener Auftragnehmerin völlig klar sein, dass ein internationaler Flughafen nicht ohne Flüssigseife, Papierhandtüchern und ähnlichem auskomme und diese Artikel daher weiterhin bezogen werden würden. Dadurch musste für die Antragstellerin auch mit März 2017 klar sein, dass die Auftraggeberin die Rechtsansicht vertrete, dass keine Zusammenrechnung von Toilettenpapier und anderen Artikeln erfolgen müsse und daher eine Beschaffung im Wege der Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zulässig sei. Dies ändere folglich nichts an dem Fristversäumnis durch die Antragstellerin.

Abgesehen davon wäre der betreffende Antrag auch insofern verfristet und unzulässig, als gemäß § 332 Abs. 3 Z 1 BVergG Feststellungsanträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG binnen 30 Tagen ab Mitteilung über die Zuschlagserteilung einzubringen seien. Da die Antragstellerin am 09.05.2017 von der Zuschlagserteilung im Sinne des § 201a Abs. 6 BVergG informiert worden sei, seien die am 29.06.2017 erhobenen Feststellungsanträge verfristet und

daher zurückzuweisen. Wie sich aus dem BVergG und den Erläuterungen ergebe, wollte der Gesetzgeber nur jenen Unternehmen die längere sechsmonatige Frist einräumen, die über keine Informationen zum Vergabeverfahren bzw. Zuschlagsempfänger verfügen würden. Unternehmen die über diese Information verfügen würden, sei es aber ohne weiteres zuzumuten, binnen der 30 tägigen Frist einen Feststellungsantrag zu erheben. Dass die Antragstellerin dies nicht fristgerecht getan habe, habe sie sich selbst zuzuschreiben. Im Übrigen sei für die Antragstellerin aus der von ihr zitierten Entscheidung des EuGH nichts zu gewinnen. Auch der EuGH sehe nur in Ausnahmefällen ein Schutzbedürfnis von Unternehmen, die vom Schaden keine Kenntnis nehmen haben können, vor. Wenn das Unternehmen aber, so wie die Antragstellerin, ohnehin über die entsprechenden Informationen verfüge, dann sehe auch der EuGH keine Unvereinbarkeit mit Unionsrecht, wenn nach Ablauf einer bestimmten Frist Rechtssicherheit herrschen solle. Die Antragstellerin sei daher auch nach dieser Rechtsprechung keinesfalls schutzwürdig und ihre Anträge seien daher als verspätet zurückzuweisen.

An diesem Umstand ändere auch die Schutzbehauptung der Antragstellerin, dass sie erst am 31.05.2017 vor Ort Nachschau gehalten habe und erst dort die unterlassene Zusammenrechnung erkennen habe können, nichts. Die Antragstellerin habe zu dem gegenständlichen Vergabeverfahren spätestens seit 09.05.2017 alle erforderlichen Informationen gehabt und dabei habe ihr auch klar sein müssen, dass keine gemeinsame Vergabe mit anderen Artikeln erfolge.

Im Übrigen sei das Antragsvorbringen auch inhaltlich unzutreffend, sodass die geltend gemachten Rechtswidrigkeiten materiell nicht vorliegen würden. Leistungen seien dann zusammenzurechnen, "wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einem im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen". Vor diesem Hintergrund sei nicht nachvollziehbar, warum die Antragstellerin von einer Zusammenrechnung von Toilettenpapier einerseits und Rollenhandtüchern und Flüssigseife andererseits ausgehe. Insbesondere hinsichtlich der Flüssigseife sei evident, dass weder ein vergleichbarer Stoff noch eine ähnliche Fertigungsmethode wie bei Toilettenpapier vorliegen würde. Auch der Verwendungszweck sei ein völlig anderer. Doch auch hinsichtlich der Rollenhandtücher sei evident, dass sich die jeweiligen Verwendungszwecke klar unterscheiden würden und auch hier keine Zusammenrechnung geboten sei.

Aber selbst wenn dieser Auftrag unter Zusammenrechnung mit anderen Artikeln vergeben werden würde, käme die Antragstellerin dennoch aufgrund des angebotenen Preises nicht für den Zuschlag in Betracht. Dies deshalb, da der Leistungsgegenstand des gegenständlichen Verfahrens dann zumindest als ein eigenständiges Los des Gesamtauftrages festgelegt würde. Leistungsgegenstand und Auftragsvolumen würden sich schließlich nicht ändern, wenn aufgrund einer Zusammenrechnung mit anderen Artikeln eine andere Verfahrensart gewählt werden müsste. Die von der Antragstellerin behauptete Rechtswidrigkeit hätte demnach, selbst wenn sie tatsächlich vorliegen würde, keine Auswirkung auf den Ausgang des Verfahrens. Die behauptete Rechtswidrigkeit sei folglich nicht von wesentlichem Einfluss und die Antragstellerin habe auch keine Chance auf Zuschlagserteilung.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin auf Basis einer vertretbaren Rechtsansicht agiert, weswegen ihr Vorgehen jedenfalls nicht "offenkundig unzulässig" gewesen sei. Eine Nichtigkeitsklärung des Vertrages gemäß § 334 Abs. 3 BVergG hinsichtlich der Lieferung von Toilettenpapier komme daher nicht in Frage.

5. Am 27.07.2017 brachte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme ein.

Zur Zulässigkeit des Antrages führte sie aus, dass sie vorgebracht habe, dass das Vergabeverfahren unzulässig gewesen sei, da infolge Zusammenrechnungsgebotes mit anderen Gütern eine Direktvergabe, ob nun mit oder ohne Bekanntmachung, unzulässig gewesen sei. Die begehrte Feststellung, dass nämlich ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb rechtswidrig gewesen sei, sei auch dann zutreffend, wenn wie hier, der Auftraggeber die Direktvergabe gewählt und zusammenhörige Auftragsteile nicht zusammengerechnet habe.

Hinsichtlich der Subsidiarität des Feststellungsantrages würden die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei übersehen, dass die Antragstellerin gerade kein Nachprüfungsverfahren habe einleiten können. Völlig unstrittig sei, dass sich die Antragstellerin am Vergabeverfahren beteiligt habe. Sie habe zu diesem Zeitpunkt selbstverständlich keinerlei Zweifel daran gehabt, dass die Auftraggeberin rechtskonform handeln würde. Sogar auf ihre ausdrückliche Nachfrage hin, sei der Antragstellerin von der Auftraggeberin wahrheitswidrig mitgeteilt worden, dass keine weiteren Produkte beschafft werden würden. Sie sei daher, salopp formuliert, angelogen worden. Der Umstand, dass die Wahl

der Vergabeverfahrensart unzulässig gewesen sei, sei der Antragstellerin erst nachträglich zufällig zur Kenntnis gelangt. Dass die Antragstellerin, trotz der Zusicherung, dass keine weiteren Produkte beschafft werden würden, ein Nachprüfungsverfahren einleiten hätte müssen, sei geradezu absurd.

Der Antrag sei auch rechtzeitig. Die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache "MedEval" sei so zu verstehen, dass eine Verjährungsfrist nicht zu laufen beginnen könne, bevor der von der Verjährungsfrist belastete Kenntnis vom Frist auslösenden Ereignis habe.

Zur Verletzung in den von der Antragstellerin bezeichneten Rechten sei auszuführen, dass in Folge der zwingend gebotenen Zusammenrechnung eine Direktvergabe nicht erfolgen hätte dürfen. Natürlich sei man in seinem Recht auf öffentliche Bekanntmachung eines dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Beschaffungsvorganges auch dann verletzt, wenn man mit einer falschen, tatsachenwidrigen bzw. rechtswidrigen Bekanntmachung konfrontiert sei.

Richtig sei, dass die Antragstellerin ab 24.03. bzw. 27.03.2017 davon ausgegangen sei, infolge der Verfahrensunterlagen und ausdrücklicher Bestätigung der Auftraggeberin, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb beschafft werden sollten, da die Antragstellerin naturgemäß nicht davon ausgegangen sei, und auch nicht davon ausgehen habe müssen, dass sowohl die Bekanntmachung als auch die ausdrückliche Auskunft der Auftraggeberin falsch seien. Kenntnis davon, dass die Vergabeunterlagen und Auskünfte der Auftraggeberin falsch gewesen seien, weshalb das Vergabeverfahren rechtswidrig gewesen sei, habe die Antragstellerin erst zufällig zu einem späteren Zeitpunkt erlangt.

Im Übrigen sei nicht nachzuvollziehen, weshalb die Auftraggeberin meine, die Antragstellerin müsste im Detail über die zum Betrieb eines internationalen Flughafens benötigten Güter Bescheid wissen. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass die Antragstellerin mit den Produkthanforderungen und Bedürfnissen bzw. Betriebserfordernissen internationaler Flughäfen vertraut sei, so übersehe die Auftraggeberin, dass sie der Antragstellerin auf deren ausdrückliches Nachfragen mitgeteilt habe, die inkriminierten Produkte nicht zu benötigen bzw. nicht zu beschaffen. Es sei aber selbstverständlich nicht die Aufgabe der Antragstellerin, Lügen der Auftraggeberin zu entlarven. Die Antragstellerin treffe keine Pflicht, durch investigatives Tätigwerden Auskünfte der Auftraggeberin auf deren Wahrheitsgehalt zu prüfen.

Zur Zusammenrechnung infolge gleichen Verwendungszwecks sei festzuhalten, dass als notorisch vorausgesetzt werden könne, dass alle für den europäischen Markt relevanten Hygienepapierproduzenten sowohl Flüssigseife als auch Hygienepapier in ihrem Lieferprogramm haben würden. Für die in Österreich tätigen Großhändler verhalte es sich genauso. Selbstverständlich sei auch die Auftraggeberin in Kenntnis dessen bzw. hätte eine kurze Marktrecherche dies gezeigt. Dies müsse der Auftraggeberin seit der Ausschreibung 2008, wo ja auch explizit Flüssigseife angefragt worden sei, bereits bewusst gewesen sein. Entgegen den Ausführungen der Auftraggeberin sei der Verwendungszweck von Flüssigseife, Rollenhandtüchern und Toilettenpapier die Körperhygiene. Der Verwendungszweck sei daher bei all diesen Produkten sehr wohl ident. Wohin sie nach der Verwendung gelangen würden, sei völlig irrelevant und schon dem Wortsinn nach nicht der Verwendungszweck. Es handle sich jedenfalls um gleichartige Waren im Sinne der Richtlinie 2014/25/EU. Folglich sei die (gleichzeitige) getrennte Vergabe (also ohne Zusammenrechnung der Werte) von Rollenhandtüchern und Toilettenpapier unzulässig. Die Antragstellerin halte alle bisherigen Anträge vollinhaltlich aufrecht.

6. Am 08.08.2017 erstattete die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme.

Die Antragstellerin übersehe bzw. ignoriere schlicht den Umstand, dass ihr die unterlassene, weil nicht gebotene Zusammenrechnung durch die Bekanntmachung des Vergabeverfahrens bekannt gewesen sei. Die vermeintlich unzulässige getrennte Vergabe sei für die Antragstellerin daher erkennbar und sie hätte problemlos fristgerecht einen Nachprüfungsantrag einbringen können.

Im Übrigen sei die von der Antragstellerin zitierte Entscheidung des Bundesvergabebeamtes aus mehreren Gründen für den gegenständlichen Fall ohne Bedeutung. Einerseits liege der Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde, bei dem die dortige Antragstellerin von der Auftragsvergabe im Wege einer Direktvergabe ohne vorherige Bekanntmachung erst nachträglich Kenntnis nehmen habe können. Andererseits sei die Entscheidung schon deshalb für den gegenständlichen Fall nicht einschlägig, weil die im Zeitpunkt der Entscheidung des BVA gültige Gesetzeslage die Direktvergabe mit Bekanntmachung gar nicht gekannt habe.

Weiters erhebe die Auftraggeberin das Vorbringen vom 31.07.2017 der mitbeteiligten Partei im Nachprüfungsverfahren zur Zahl W139 2162939-2 hinsichtlich der mangelnden Befugnis der Antragstellerin zur Erbringung der auftragsgegenständlichen Leistungen zu ihrem eigenen Vorbringen. Der Antragstellerin habe folglich auch mangels Befugnis im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Beauftragung kein Schaden entstehen können.

Des Weiteren sei der Vorwurf der Antragstellerin, dass sie von der Auftraggeberin belogen worden sei, in aller Schärfe zurückzuweisen. Die Antragstellerin selbst habe den Sachverhalt irreführend und verzerrend wiedergegeben. Die Beantwortung der Fragen der Antragstellerin vom 28.03.2017 habe wie folgt gelautet: "Da sich der Bedarf bei Zick-Zack-Falorthandtüchern extrem reduziert hat, kann derzeit keine Bedarfsmenge eruiert werden. Das Produkt Zellstofftücher wird nicht mehr verwendet. Sonstige Papiersorten bzw. Hygienematerial werden nicht nachgefragt."

Die Auftraggeberin habe folglich lediglich mitgeteilt, dass sie derzeit ihren genauen Bedarf an Zick-Zack-Falorthandtüchern nicht eruieren könne, Zellstofftücher nicht mehr verwendet und sonstige Papiersorten bzw. Hygienematerial im Rahmen dieses Vergabeverfahrens nicht nachgefragt werden würden. Von einer Irreführung oder gar Lüge durch die Auftraggeberin könne folglich keine Rede sein. Sie sei bei der Beantwortung schlicht von Fragen zu einem konkreten Vergabeverfahren (Direktvergabe mit Aufruf zum Wettbewerb) ausgegangen und habe die Bieterfragen dementsprechend beantwortet. Einem verständigen Bieter sei klar, dass sich eine derartige - im Zuge eines konkreten Vergabeverfahrens ergangene - Fragebeantwortung lediglich auf ein konkretes Vergabeverfahren beziehen könne. Da der Antragstellerin kein Recht auf den Erhalt weitergehender Information zukomme, sei sie im Hinblick auf ihre Fristversäumnis schlicht nicht schutzwürdig.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin die Anfrage der Antragstellerin als Bieterfrage im laufenden Vergabeverfahren behandelt und im Rahmen der ersten Bieterfragenbeantwortung zu diesem Vergabeverfahren allen Bietern gegenüber beantwortet. Auch aus diesem Umstand ergebe sich klar, dass die Auskunft der Auftraggeberin auf nichts anderes als dieses laufende Vergabeverfahren bezogen zu verstehen gewesen sei. Auch aus dem Vorbringen der Antragstellerin selbst ergebe sich klar, dass auch sie die Auskunft der Auftraggeberin, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bezogen würden, richtigerweise nur in Bezug auf das konkrete laufende Vergabeverfahren verstanden habe.

Bei der Behauptung der Antragstellerin, dass sie angelogen worden sei, handle es sich folglich lediglich um eine weitere Schutzbehauptung, um die von ihr versäumten Fristen wieder aufleben zu lassen. Darüber hinaus habe sich die Antragstellerin bereits im Jahr 2014 an einer mit der nunmehrigen Direktvergabe gemäß § 201a BVergG baugleichen Direktvergabe gemäß § 201a BVergG mit dem Auftragsgegenstand "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftücher" beteiligt. Tatsächlich sei der Antragstellerin sohin bereits seit 09.05.2014 bewusst gewesen, dass keine gemeinsame Vergabe dieser Artikel mit den Rollenhandtüchern und der Flüssigseife erfolgen würde. Zu diesem Zeitpunkt sei die Antragstellerin aufgrund ihrer Marktbeobachtungen bereits in Kenntnis gewesen, dass der 2008 ausgeschriebene Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und Flüssigseife per 31.03.2014 ausgelaufen sei. Dennoch habe sie es schon im Jahr 2014 unterlassen, gegen diese vermeintlich rechtswidrige Rechtsansicht der Auftraggeberin vorzugehen. Anträge der Antragstellerin seien daher auch aus diesem Grund klar verfristet.

Zur Verfristung im Hinblick auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache "MedEval" sei darauf hinzuweisen, dass die Antragstellerin über alle erforderlichen Informationen verfügt habe, um die Rechtskonformität des Vorgehens der Auftraggeberin beurteilen zu können. Insbesondere sei ihr bekannt gewesen, dass das Toilettenpapier separat im Rahmen einer Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb bezogen werden sollte. Dennoch habe sie es unterlassen binnen der jeweiligen Frist entsprechende Anträge zu erheben, weswegen ihre Anträge als verfristet zurückzuweisen seien.

Weiters versuche die Antragstellerin in ihrer Stellungnahme aufgrund der vermeintlichen Irreführung durch die Auftraggeberin eine Rechtsverletzung zu konstruieren. Die Auskunft der Auftraggeberin habe sich aber in keiner Weise auf eine Zusammenrechnung bezogen. Dass keine Zusammenrechnung erfolge, habe sich vielmehr ganz klar aus der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens ergeben. Aufgrund der Bekanntmachung als Direktvergabe gemäß § 201a BVergG sei für die Antragstellerin klar erkennbar gewesen, dass nur bestimmte Produkte in diesem Vergabeverfahren separat beschafft werden sollten. Gleichzeitig sei es für die Antragstellerin auch aufgrund ihrer Marktbeobachtung betreffend das im Jahr 2008 durchgeführte Vergabeverfahren klar gewesen, dass die Auftraggeberin auch Bedarf an

anderen Artikeln habe. Wenn die Antragstellerin sohin der Ansicht gewesen sei, dass eine getrennte Beschaffung des Toilettenpapiers unzulässig sei, so hätte sie die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe gemäß § 201a BVergG entsprechend fristgerecht bekämpfen müssen, dies habe sie jedoch unterlassen.

Die Zulässigkeit der Einleitung eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung betreffend die anderen Produkte, nämlich Rollenhandtücher und Flüssigseife, sei davon verfahrensrechtlich gesondert zu betrachten.

Zur Kenntnis der Antragstellerin sei auszuführen, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin mit ihren Auskünften weder belogen noch sonst in die Irre geführt habe. Vielmehr habe der Antragstellerin bewusst sein müssen, dass die Auftraggeberin diverse Hygieneartikel im weitesten Sinn anderweitig beziehe. Wie die Antragstellerin selbst in ihrem Feststellungsantrag vorgebracht habe, sei sie sich einerseits bewusst gewesen, dass der auf Basis der Ausschreibung im Jahr 2008 geschlossene Vertrag bereits abgelaufen sei, andererseits sei sie von der Auftraggeberin zutreffend und übereinstimmend mit der Verfahrensbekanntmachung informiert worden, dass im Rahmen der Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ausschließlich Toilettenpapier beschafft werde.

Die Antragstellerin habe zweifelsohne eine grobe Vorstellung wie hoch der Verbrauch eines Unternehmens der Größe der Auftraggeberin in etwa sein müsse. Es sei für sie daher offenkundig gewesen, dass die Auftraggeberin seit 2014 (also seit Ende des auf Basis der Ausschreibung 2008 geschlossenen Vertrages) diverse Hygieneartikel weiterhin beziehe. Darüber hinaus habe sich die Antragstellerin, wie sie auch selbst ausführe, an dem öffentlichen Vergabeverfahren im Jahr 2008 beteiligt und die Ausschreibungsunterlagen behoben. Auch auf Basis dieser Unterlagen und der darin enthaltenen Mengenangaben habe sie jedenfalls eine Vorstellung von der Dimension der von der Auftraggeberin benötigten Mengen.

Das gegenteilige Vorbringen der Antragstellerin sei als reine Schutzbehauptung zu qualifizieren, ein von der Antragstellerin behauptetes investigatives Tätigwerden sei sohin keinesfalls erforderlich gewesen. Vielmehr habe die Antragstellerin allein aus ihr bzw. öffentlich zugänglichen Informationen alle für die Antragseinbringung relevanten Informationen beziehen können. Die Anträge der Antragstellerin seien daher als verfristet zurückzuweisen.

Zur nicht gebotenen Zusammenrechnung führte die Auftraggeberin aus, dass die Behauptung der Antragstellerin, dass viele Hygienehersteller auch Flüssigseife im Liefersortiment hätten, für die gemeinsame oder getrennte Vergabe dieser Leistung irrelevant sei. Das Bundesvergabegesetz stelle es Auftraggebern völlig frei, die Leistungen gemeinsam oder getrennt zu vergeben. Dabei seien ausschließlich aus Sicht des Auftraggebers relevant technische oder wirtschaftliche Gesichtspunkte maßgebend. Insbesondere präjudiziere eine einmalige gemeinsame Vergabe von Artikeln Auftraggeber nicht dahingehend, dass diese Artikel für alle Zukunft gemeinsam ausgeschrieben werden müssten.

Weiters seien die unterschiedlichen Arten von Papier, nämlich Toilettenpapier auf der einen Seite und Rollenhandtücher auf der anderen Seite, gerade nicht gleichartig, sondern würden sich in ihrer Zusammensetzung (nicht vergleichbare Stoffe), ihrem Verwendungszweck und ihrer Entsorgung unterscheiden. Dementsprechend sei auch die Behauptung der Antragstellerin, dass alle Artikel denselben Verwendungszweck und zwar "Körperhygiene" aufweisen würden, vergaberechtlich unrichtig. Natürlich sei es möglich, für die Artikel irgendeinen möglichst weiten Oberbegriff zu finden. Eine Gleichartigkeit der Leistung im Sinne des BVergG und der dazu ergangenen Rechtsprechung ergebe sich daraus aber nicht.

Weiters spreche gegen eine Zusammenrechnung der Leistungen, dass jeweils ein anderer Bieterkreis vorliege.

Ausschreibungsgegenständlich sei die Lieferung von Toilettenpapier für herstellernerneutrale Spender. Hier komme folglich Toilettenpapier von grundsätzlich allen Herstellern in Frage. Hingegen würden für die Lieferung der Rollenhandtücher und Flüssigseife ausschließlich solche Hersteller in Frage kommen, die Nachfüllpackungen für die vorhandenen Spender anbieten würden. Der Bieterkreis unterscheide sich sohin, eine Zusammenrechnung dieser Leistungen sei daher aus diesem Grund nicht geboten.

7. Am 18.08.2017 nahm die Antragstellerin neuerlich Stellung.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin handle es sich bei dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Antragstellerin davon ausgegangen sei, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beschafft werden sollten, lediglich um eine Paraphrasierung ihres eigenen Vorbringens.

Der Antragstellerin erschließe es sich zudem nicht, warum aus der bloßen Kenntnis eines Vertragsendes zwingend

darauf zu schließen sei oder auch nur zu vermuten wäre, dass die Rollenhandtücher und die Flüssigseife ab diesem Zeitpunkt rechtswidrig beschafft werden würden. Wenn also von gewissen Produkten keine Ausschreibung mehr erfolge, gehe die Antragstellerin zunächst davon aus, dass dies rechtens sei, zumal es hierfür zahlreiche Gründe geben könne. Die Antragstellerin führe zudem keine Marktbeobachtungen im Hinblick auf einzelne Produkte durch. Letztlich sei es auch nicht Aufgabe von präsumtiven Bewerbern einer Ausschreibung, sich Gedanken zum Verhalten der Auftraggeberin zu machen oder die Wahl der ausgeschriebenen Produkte zu hinterfragen oder gar zu kontrollieren.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin habe die Antragstellerin faktisch keine Kenntnis von rechtswidrigen Beschaffungsvorgängen der Auftraggeberin gehabt. Sie habe auch weder Kenntnis dieser Umstände haben müssen, noch hätte sie diese Kenntnis auch nur haben können.

Es sei unrichtig, dass die Antragstellerin (schuldhaft) nicht von ihrer jederzeitigen Kenntnisnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht hätte. Eine schuldhafte Pflichtverletzung könne nur dann vorliegen, wenn überhaupt eine Rechtspflicht bestehe. Dies sei vorliegend allerdings nicht der Fall.

Abgesehen davon, wäre eine Überprüfung der Beschaffungsvorgänge der Auftraggeberin durch die Antragstellerin letzterer auch nicht zumutbar und werde dies auch von der Judikatur des EuGH nicht verlangt.

Zur Zusammenrechnung werde weiters ausgeführt, dass die Auftraggeberin in ihrem Vorbringen die Zusammenrechnung (also die Auftragswertermittlung) mit der Gesamt- bzw. Losvergabe vermische. Demnach sei es auch möglich, Teilaufträge zu vergeben, deren Auftragswert jedoch zusammenzurechnen sei.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach nach der Rechtsprechung bereits klargestellt wäre, dass sich bloß aus einem gemeinsamen Oberbegriff noch keine Gleichartigkeit ergäbe, sei festzuhalten, dass die Entscheidung des BVA schlicht unrichtig zitiert sei. Entgegen dem unrichtigen Zitat der Auftraggeberin, seien gerade auch Möbel, Cafeteriaeinrichtung sowie Kücheneinrichtung gleichartige Lieferungen.

Zum Vorbringen der Auftraggeberin, wonach sich die Produkte (Rollenhandtücher und Toilettenpapier) in ihrer Zusammensetzung unterscheiden würden, sei kurz zu entgegnen, dass dies schlicht unrichtig sei.

Die Ansicht der Auftraggeberin bzw. der mitbeteiligten Partei, wonach eine Belieferung der Auftraggeberin durch die Antragstellerin unzulässig wäre, zumal die Gewerbeberechtigung auf "Großhandel" eingeschränkt wäre, sei unrichtig. Der Umfang der Gewerbeberechtigung sei an Hand der besonderen Interpretationsregel des § 29 GewO zu eruieren. Diese Bestimmung regle, nach welchen Auslegungskriterien der Umfang einer konkreten Gewerbeberechtigung im Einzelfall zu bestimmen sei. Der Großhandel stelle bereits historisch das Bindeglied zwischen den Vertriebsstufen dar, wie beim Kleinhandel gehe es materiell auch hier um die Beschaffung von Waren durch Marktteilnehmer vom Hersteller oder anderen Marktteilnehmern und deren Absatz an Wiederverkäufer, Weiterverarbeiter, gewerbliche Verwender oder sonstige Institutionen, sofern es sich nicht um Letztverbraucher handle.

Bei der Auftraggeberin handle es sich um eine gewerbliche Verwenderin. Diese nutze die Hygieneartikel gerade nicht als Letztverbraucher, sondern stelle diese Dritten, hauptsächlich wohl ihren eigenen Kunden oder Kunden der Fluglinien zur Verfügung und sei aus diesem Grund als gewerblicher Verwender zu qualifizieren. Doch selbst dann, wollte man die Auftraggeberin fälschlich als Letztverbraucher qualifizieren, wäre eine Belieferung durch die Antragstellerin zulässig. Nach § 29 GewO seien in Zweifelsfällen die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen. Auch die historische Entwicklung sei maßgeblich.

Der Bericht des Handelsausschusses zur Gewerbeordnung sei davon ausgegangen, dass unter Großhandel allgemein jede Handelstätigkeit verstanden werde, bei der Waren vornehmlich nicht an Verbraucher, sondern an Wiederverkäufer, Erzeuger, Verarbeiter usw. abgesetzt werden, bei der jedoch der Verkauf an Verbraucher nebenher oder in untergeordnetem Umfang nicht ausgeschlossen sei.

Dieser Ansicht folgend sei ein eigener Vertriebsweg für Endverbraucher durch einen Großhändler zulässig, wenn der Verkauf an Verbraucher trotz des eigenen Vertriebsweges insgesamt nebenher oder in untergeordnetem Umfang erfolge. Die Belieferung der Auftraggeberin sei gemäß dem Gesamtumsatz der Antragstellerin jedenfalls in untergeordnetem Umfang und daher auch aus diesem Grunde mit der auf Großhandel eingeschränkten Gewerbeberechtigung zulässig.

Die Einschränkung auf den Großhandel resultiere aus der im Zeitpunkt der erstmaligen Beantragung der Gewerbeberechtigung im Jahr 1988 geltenden Gewerbeordnung. Entsprechend der damaligen Fassung habe es sich beim Handelsgewerbe um ein Gewerbe gehandelt, zu dessen Ausübung ein Befähigungsnachweis erforderlich gewesen sei. So sei etwa beim Vorhandensein einer Berufsausbildung im Bereich Großhandel zum damaligen Zeitpunkt die Ausübung des Handelsgewerbes nur dann zulässig gewesen, wenn die Gewerbeberechtigung auf den Großhandel eingeschränkt worden sei. Der bereits verstorbene Vater des Geschäftsführers der Antragstellerin habe einen Abschluss als Großhandelskaufmann gehabt, weswegen lediglich eine solche eingeschränkte Gewerbeberechtigung erteilt worden sei, wiewohl die Antragstellung für ein Handelsgewerbe ohne Einschränkungen erfolgt sei.

Entsprechend der nunmehr geltenden Gewerbeordnung sei die Unterscheidung insofern obsolet, als für die Ausübung des Handelsgewerbes, bei welchem es sich um ein freies Gewerbe handle, kein Befähigungsnachweis erforderlich sei.

Dies bedeute, dass bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen allein aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes dieses ausgeübt werden dürfe. Die Anmeldung sei bereits 1988 erfolgt.

8. Am 18.08.2017 nahm die mitbeteiligte Partei neuerlich Stellung und schloss sich dabei vollinhaltlich der Replik der Auftraggeberin an und erhob deren Vorbringen, soweit dieses nicht im Widerspruch zum Eigenen bisherigen Vorbringen stehen würde, auch zu ihrem eigenen Vorbringen.

9. Am 05.10.2017 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin in ihrer Stellungnahme vom 18.08.2017 seien die ausschreibungsgegenständlichen Leistungen nicht zusammenzurechnen. Auch die der Auftraggeberin vorgeworfene ungenaue Zitation liege nicht vor; diese sei nach (Anm.: U.) Hofer in Gast (Hrsg.), Bundesvergabegesetz - Leitsatzkommentar [2010] zu § 15 BVergG, E9 erfolgt. Weiters bestreite die Antragstellerin das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach sich Rollenhandtücher und Toilettenpapier in ihrer Zusammensetzung unterscheiden würden. Diese Bestreitung durch die Antragstellerin sei unrichtig; sie könne dementsprechend auch keinen Beweis für ihr unsubstantiiertes Vorbringen vorlegen.

10. Am 06.10.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung unter Beisein von Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm WEINMEIER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite statt.

11. Mit Schreiben vom 16.10.2017 brachte die Antragstellerin einen Schriftsatz ein, wonach Zweifel an der Unbefangenheit des fachkundigen Laienrichters Mag. Wolfgang POINTNER bestünden und dieser im Sinne des § 296 Abs. 2 BVergG abgelehnt werde. Mit einem an den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichtes gerichteten Schreiben vom 20.10.2017 zeigte der fachkundige Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER seine Befangenheit in der gegenständlichen Rechtssache an.

Aus diesem Grunde war der zur Entscheidung berufene Senat hinsichtlich des Mitgliedes aus dem Kreis der Auftraggeber neu zu besetzen und die Verhandlung in den betreffenden Vergabekontrollverfahren zu wiederholen.

12. Am 20.11.2017 fand sohin neuerlich eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise (soweit für die Entscheidung von Relevanz) wie folgt:

"Eingangs werden die zu W139 2162939-1 und zu W139 2162939-2 geführten Vergabekontrollverfahren gemäß § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung im Hinblick auf das Vorliegen der Antragslegitimation der Antragstellerin (Befugnis) verbunden.

[...]

RI: Weshalb haben Sie nicht im Zuge der Ausschreibung von "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern" aus dem Jahr 2014 darauf hingewiesen bzw. nachgefragt, ob auch jene Produkte die im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden wiederum zur Vergabe gelangen?

ASt [XXXX]: Erinnerung weil zum Zeitpunkt der 2014 Ausschreibung war der auf der Ausschreibung 2008 gründende Vertrag noch aufrecht und aus Erfahrung kann ich sagen, dass Auftraggeber immer noch ein paar Monate verlängern oder weiter laufen lassen und sich insofern nicht rechtzeitig um eine Ausschreibung kümmern, was aber keine Kritik

an der AG sein soll.

RI: Wann war das tatsächliche Laufzeitende des auf Basis der Ausschreibung von 2008 abgeschlossenen Vertrages?

mP1 (XXXX): Es wird darauf verwiesen, dass die ASt selbst darauf hinweist, dass der Vertrag (aus dem Jahr 2008/2009) unter Ausübung der Verlängerungsoption per 31.03.2014 abgelaufen wäre.

Es wird festgehalten, dass die Bekanntmachung des Verfahrens betreffend "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern" am 09.05.2014 erfolgte.

RI: Wiederholung der Frage: Weshalb haben Sie nicht im Zuge der Ausschreibung von "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern" aus dem Jahr 2014 darauf hingewiesen bzw. nachgefragt, ob auch jene Produkte die im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden wiederum zur Vergabe gelangen?

ASt [XXXX]: Zu meinen obigen Ausführungen halte ich fest, dass sich der 17.03. auf das Jahr 2017 bezogen hat und eine Verwechslung stattgefunden hat. Ich halte aber fest, dass ich nicht die Zeit und die Kapazität habe, den Bedarf sämtlicher potenzieller AG zu hinterfragen.

LR2: Weshalb war es für Sie 2017 eine andere Situation bezüglich des Auslaufens von Verträgen und der Ausschreibung von Toilettenpapier, d. h. weshalb haben Sie 2017 nachgefragt und 2014 nicht?

ASt [XXXX]: Ich habe erst aktiv beim VIA nachgefragt, nachdem ich zufällig bemerkt hatte, dass die Rollenhandtuchspender von XXXX und die Seifenspender von XXXX weiterhin am Flughafen in Verwendung stehen.

AG: Dies widerspricht dem Vorbringen, wonach der Lokalausweis am 31. Mai 2017 stattgefunden hat, während die Fragen aus dem März 2017 stammen.

ASt [XXXX]: Diese Fragen sind die Fragen zu den ausgeschrieben Produkten. Ich bin immer noch der Ansicht, dass der damalige Vertrag noch am Laufen war. Heuer im Jahr 2017 war ich am Flughafen und habe gesehen, dass diese Produkte noch vorhanden sind. Der Unterschied ist, dass bei der Ausschreibung 2014 Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern Ausschreibungsgegenstand waren. Im Jahr 2017 wurde die Lieferung von Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier bekanntgemacht im Rahmen der Ausschreibungsunterlagen wurde allerdings lediglich die Lieferung von Toilettenpapier ausgeschrieben, weshalb ich nachgefragt habe.

RI: Sie haben nicht nur nach dem Zick-Zack-Faltpapier nachgefragt, sondern auch nach den Produkten, welche im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden. Warum haben Sie nicht schon 2014 nach den Produkten, welche im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden gefragt?

ASt [XXXX]: Ich weiß es nicht mehr, warum ich 2014 nicht nachgefragt habe.

RI: Nochmals: Wann war das tatsächliche Laufzeitende des Vertrages auf Basis der Ausschreibung von 2008?

AG: Wie ausgeschrieben 31.03.2014.

AG: Zur Antragsfrist: Es ist gem. § 332 Abs. 1 Z 2 BVergG nicht erforderlich den Zuschlagsempfänger zu kennen um einen Feststellungsantrag zu stellen. Sämtliche relevanten Informationen für einen Feststellungsantrag und zwar sowohl in Hinblick auf die Seifenspender und Rollenhandtuchspender, als auch im Hinblick auf das Toilettenpapier waren der ASt bereits Mitte 2014 bekannt.

ASt: Die ASt hat erst am Flughafen gesehen, dass diese Produkte weiterhin geliefert werden. Die AG hätte ja auch ein Trockensystem für die Hände verwenden können.

AG: Es gibt für Seife keine Alternative und kein Substitutionsprodukt.

Es wird kein weiteres Vorbringen erstattet. Die gegenständlichen Vergabekontrollverfahren werden in der Folge getrennt geführt."

"Auszugsweise Wiedergabe der Verhandlung vom 06.10.2017:

"Gelegenheit zur Replik auf die Stellungnahme der ASt vom 18.08.2017:

AG: Wir verweisen auf unsere Schriftsätze. Die Toilettenpapierspender stehen in Eigentum der AG und werden auch von uns bestückt, im Gegensatz zu den Rollenhandtuchhaltern und den Seifenspendern. Daher entsteht bei einer Beauftragung eines anderen Unternehmens als XXXX kein Zusatzaufwand weswegen dies auch gesondert

ausgeschrieben wurde.

ZE (XXXX): Bestreitung unter Hinweis auf bisheriges Vorbringen.

RI: Sie haben die Feststellung beantragt, dass die AG den Vertrag betreffend die Beschaffung von Toilettenpapier rechtswidrigerweise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat. Erklären Sie dem BVwG bitte, weshalb Sie davon ausgehen, dass es sich dabei um ein Vergabeverfahren ohne Veröffentlichung handelt?

ASt: Weil es grundsätzlich als Vergabeverfahren ohne Veröffentlichung titulierte war. Es ist von der Seite der AG vorgebracht worden, dass dies ein Tippfehler war. Unabhängig davon gibt es ein Vorbringen, dass eine derartige Feststellung sowohl für den Fall eines Vergabeverfahrens mit oder ohne Bekanntmachung möglich ist. Verwiesen wird auf die Stellungnahme vom 27.07.2017 Seite 2/letzter Absatz.

AG: Es wird darauf verwiesen, dass es sich um Feststellungsanträge handelt, wonach die Feststellung beantragt wird, dass ein Vergabeverfahren ohne Durchführung einer Veröffentlichung stattgefunden hat.

ASt: Es ist auch die Feststellung zu treffen, dass ein Vergabeverfahren ohne vorherige Veröffentlichung stattgefunden hat, wenn rechtswidrigerweise keine Zusammenrechnung vorgenommen wurde.

AG: Es ist tatsächlich nur die tatsächliche Beschaffung nicht aber eine hypothetische Beschaffung anzufechten.

RI: Welche Leistungen gelangten konkret im Vergabeverfahren "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier" zur Vergabe?

AG: Es kommt ausschließlich das Toilettenpapier zur Vergabe.

Es wird kein weiteres Vorbringen erstattet."

[...]

RI: Wäre der Bieterkreis ein wesentlich anderer gewesen, wenn bereits von Anfang an bloß "Toilettenpapier" ausgeschrieben worden wäre?

AG: Es hätte keine Auswirkungen auf den Bieterkreis gehabt.

mP (XXXX): Das ist auch die Information, die ich habe.

ASt (XXXX): Ich bin der Meinung, dass sich der Bieterkreis geändert hätte. Der Bieterkreis hätte sich verkleinert, wenn nur das Toilettenpapier ausgeschrieben worden wäre.

ASt (XXXX): Eine volumsmäßige Änderung bedeutet aufgrund der wirtschaftlichen Kapazitäten von Unternehmen auch, dass sich der Bieterkreis entsprechend verändert. Sei dies, dass er größer oder kleiner wird.

AG: Aufgrund des gewählten Vergabeverfahrens sind wir volumsmäßig ohnehin auf einen geschätzten Auftragswert von maximal 200.000 Euro beschränkt.

RI: Weshalb gelangte das "Zick-Zack-Faltpapier" nicht zur Vergabe?

AG: Weil es die AG nicht mehr benötigt. Es wird auf die erste Bieterfragebeantwortung, im Verfahren betreffend die Lieferung von Toilettenpapier, verwiesen.

RI: Wie hoch ist der geschätzte Auftragswert betreffend die Lieferung des Toilettenpapiers? Wie hoch war der geschätzte Auftragswert hinsichtlich der ursprünglich beabsichtigten Vergabe der Lieferung von Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier?

AG (XXXX): Das Zick-Zack-Faltpapier hätte keinen nennenswerten Anteil betroffen, zumal das Zick-Zack-Faltpapier nicht im Passagierbereich Verwendung fand, jedenfalls liegt der geschätzte Auftragswert unter 200.000 Euro.

AG (XXXX): Diesbezüglich darf auch auf die Preise der eingelangten Angebote verwiesen werden.

ASt (XXXX): Verweist darauf, dass die AG in der Fragebeantwortung ausführt, dass derzeit keine Bedarfsmenge eruiert werden könne, sohin auch eine Schätzung

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at