

TE Bvwg Erkenntnis 2018/6/26 W139 2162939-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.06.2018

Entscheidungsdatum

26.06.2018

Norm

ABGB §914
BVerG 2006 §172
BVerG 2006 §174
BVerG 2006 §180 Abs1 Z1
BVerG 2006 §187 Abs1
BVerG 2006 §19 Abs1
BVerG 2006 §195 Z3
BVerG 2006 §195 Z5
BVerG 2006 §2 Z8
BVerG 2006 §201
BVerG 2006 §246
BVerG 2006 §247 Abs9
BVerG 2006 §269 Abs1 Z2
BVerG 2006 §29 Abs2 Z2
BVerG 2006 §291
BVerG 2006 §292 Abs1
BVerG 2006 §312 Abs3
BVerG 2006 §322 Abs1
BVerG 2006 §331
BVerG 2006 §331 Abs1 Z2
BVerG 2006 §332 Abs3
BVerG 2006 §5
B-VG Art.133 Abs4
GewO 1994 §29
GewO 1994 §32 Abs1 Z1
GewO 1994 §32 Abs1 Z6
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W139 2162939-2/81E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

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 Leitner Trischler Rechtsanwälte, Lindengasse 38/3, 1070 Wien, vom 29.06.2017 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer und Toilettensitzreiniger sowie Bereitstellung von Spendern (interne Nummer: Z_2014_DV_108)" der Auftraggeberin Flughafen Wien Aktiengesellschaft (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 zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und der Flüssigseife in den letzten 3 Jahren rechtswidrig, nämlich ohne vorangehende Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb geschlossen hat" wird abgewiesen.

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 Leitner Trischler Rechtsanwälte, Lindengasse 38, 1070 Wien, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und die Flüssigseife in den letzten drei Jahren rechtswidrig, nämlich ohne vorangehende Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb geschlossen habe.

Hierzu führte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes aus. Die Auftraggeberin habe ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier durchgeführt. Trotz der Tatsache, dass die genannte Vergabe nur diese beiden Produkte (in weiterer Folge überhaupt nur mehr Toilettenpapier) umfasst habe, seien in den Waschräumen am Flughafen Wien Handtuchrollen und Flüssigseifen vorhanden, welche die Antragsgegnerin anderweitig freihändig beziehe.

Der Beschaffung der beiden letztgenannten Produkte sei letztmalig ein Vergabeverfahren aus dem Jahr 2008 vorausgegangen. Im Rahmen dieses Verfahrens sollten u.a. die genannten Produkte beginnend mit 01.04.2009 und einer Vertragslaufzeit von vier Jahren mit einjähriger Verlängerungsoption beschafft werden. Unter Ausübung der Verlängerungsoption wäre der Vertrag daher per 31.03.2014 abgelaufen. Seither seien keinerlei Vergabeverfahren erfolgt.

Die Zuschlagsempfängerin sei der Antragstellerin naturgemäß aufgrund der freihändigen Vergabe ohne jegliche Bekanntmachung nicht bekannt. Diese könne daher nicht angegeben werden.

Entsprechend der Veröffentlichung der Vergabe im Wiener Amtsblatt Newsletter vom 17.03.2017 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.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin sei über die Auskünfte der Auftraggeberin verwundert gewesen und habe sich am 31.05.2017 persönlich zum Flughafen begeben, dabei habe er feststellen müssen, dass in den Waschräumen am Flughafen Wien Handtuchrollen und Seife in allen Waschräumen vorhanden gewesen seien. Soweit überblickbar seien diesen faktisch beschafften Produkten keine wie immer gearteten Vergabeverfahren vorausgegangen. Es sei der Bedarf an solchen Produkten von der Auftraggeberin sogar ausdrücklich verneint worden.

Zur Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin aus, dass sie, nachdem sie das Vorhandensein von Handtuchrollen und Seife in den Waschräumen am Flughafen Wien festgestellt habe, per E-Mail am 31.05.2017 die Anfrage an die Auftraggeberin gerichtet habe, 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 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 sei allerdings durch das Auffinden der Papierhandtuchrollen und der Flüssigseife widerlegt worden.

Das Auftragsvolumen betreffend diese Hygieneprodukte liege unstrittig im Oberschwellenbereich. Aus rechtlichen Gesichtspunkten folge daher, dass die Ausschreibung bzw. Vergabe des Toilettenpapiers zusammen mit den Papierhandtuchrollen und der Flüssigseife erfolgen hätte müssen, zumindest jedoch für die Ermittlung des Auftragswertes zusammengerechnet hätte werden müssen.

Der Auftragswert der thematisierten freihändigen Beschaffung der Rollenhandtücher und der Flüssigseife bewege sich im Oberschwellenbereich. Dies ergebe sich auch aus der Ausschreibung aus dem Jahre 2008. Derzeit sei der Bedarf jedoch weit höher. Überdies sei es zwischenzeitig zu einer Erhöhung der Preise für Handtuchrollen und Flüssigseife gekommen. Aus alledem sei zwanglos abzuleiten, dass die gegenständliche Vergabe im Oberschwellenbereich liege, was die freihändige Beschaffung rechtswidrig mache.

Zur Rechtzeitigkeit führte die Antragstellerin aus, dass die Frist gemäß § 332 Abs. 3 BVergG sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag betrage, wobei diese nicht zu laufen beginnen könne, ohne dass der Geschädigte vom fristauslösenden Ereignis Kenntnis erlangt habe. Der VwGH habe in der Entscheidung vom 16.03.2016, 2015/04/0004, festgehalten, dass infolge des Urteils des EuGH in der Rechtssache C-166/14, MedEval, die im § 332 Abs. 3 BVergG vorgesehene sechsmonatige absolute Ausschlussfrist als Schranke für die Einbringung eines der dort aufgezählten Feststellungsanträge als verdrängt anzusehen sei. Gleichzeitig wäre ein Schadenersatzanspruch der Antragstellerin noch nicht verjährt. Da der Geschäftsführer vom fristauslösenden Ereignis erst am 31.05.2017 Kenntnis erlangt habe, sei der Antrag daher rechtzeitig.

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 eruieren 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 18.07.2017 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Antragsvorbringen Stellung.

Die gegenständlichen Feststellungsanträge seien verfristet und als unzulässig zurückzuweisen. Gemäß § 332 Abs. 3 BVergG seien Feststellungsanträge spätestens binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Die nach der unrichtigen Ansicht der Antragstellerin unzulässige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb sei 2014 erfolgt. Der Zuschlag sei dem Auftragnehmer am 06.06.2014 erteilt worden. Die Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages sei daher seit mehr als drei Jahren abgelaufen.

Auch aus der von der Antragstellerin zitierten MedEval-Entscheidung sei für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Nur für die Konstellation, dass der Antragsteller von der Rechtswidrigkeit keine Kenntnis haben konnte, habe der EuGH und ihm folgend der VwGH ausgesprochen, dass ausnahmsweise die Ausschlussfrist von sechs Monaten durchbrochen werde.

Wie sich bereits aus den Ausführungen der Antragstellerin selbst ergebe, liege vorliegend eine solche Konstellation aber gerade nicht vor. Die Antragstellerin führe offenkundig seit vielen Jahren genaue Marktbeobachtungen durch und sei dementsprechend in Kenntnis, dass das letzte öffentlich bekanntgemachte Vergabeverfahren der Auftraggeberin betreffend Handtuchrollen und Flüssigseife im Jahr 2008 durchgeführt worden sei. Da die Antragstellerin auch über die damaligen Verfahrensunterlagen verfüge, habe sie auch gewusst, dass der Vertrag unter Ausübung der vorgesehenen Verlängerungsoption per 31.03.2014 abgelaufen sei und seither keine diesbezüglichen Vergabeverfahren der Auftraggeberin bekannt gemacht worden seien. Aus alledem folge zweifelsfrei, dass die Antragstellerin seit 31.03.2014 von der - laut ihrer unrichtigen Rechtsansicht - unzulässigen Beschaffung der Artikel ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gewusst habe.

Vor diesem Hintergrund sei die Antragstellerin auch in keiner Weise schutzwürdig im Sinne der EuGH- bzw. VwGH-Judikatur, die lediglich in dem Ausnahmefall, dass ein Bieter von der Rechtswidrigkeit keine Kenntnis haben kann, eine Durchbrechung der sechsmonatigen (grundsätzlich absoluten) Ausschlussfrist zulasse. Wenn ein Unternehmen, so wie die Antragstellerin, ohnehin über die entsprechenden Informationen verfüge und positive Kenntnis von den Vorgängen gehabt habe, dann sehe auch der EuGH keine Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht, wenn nach Ablauf einer bestimmten Ausschlussfrist (hier sechs Monate) Rechtssicherheit herrschen soll.

Selbst wenn die Feststellungsanträge zulässig wären, so wären sie dennoch inhaltlich unberechtigt und mangels Vorliegens einer Rechtswidrigkeit abzuweisen. Die XXXX sei nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich im Jahr 2008 mit der Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern sowie der Bereitstellung von Spendern beauftragt worden. Diese Beauftragung habe auch die Wartung und Pflege der Spendersysteme sowie den Austausch von defekten Spendern umfasst. Im Nachhang zu dieser Beauftragung sei mit der XXXX in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmen am 06.06.2014 ein Rahmenvertrag auf drei Jahre mit der Option auf Verlängerung auf weitere 12 Monate abgeschlossen worden. Dieser Vertrag sei folglich noch aufrecht und der Leistungsbezug von der XXXX erfolge vertrags- und damit vergaberechtskonform.

Die Auftraggeberin habe das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung des § 195 Z 5 und Z 3 BVergG vor Beauftragung geprüft und dokumentiert. Auf dieser Basis sei sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beauftragung auf diesem Wege vergaberechtlich zulässig gewesen sei. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass ausschließlich der Auftragnehmer die passenden Nachfüllpackungen für die von ihm - im Rahmen des öffentlich ausgeschriebenen Auftrags - montierten Spender liefern, bestücken und diese auch warten könne. Ein Wechseln des Auftragnehmers bzw. der Spendersysteme hätte die Auftraggeberin zudem entweder zum Kauf von Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen (anderes Spendersystem/unpassende Nachfüllpackungen) gezwungen oder aber zu unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten bei Gebrauch bzw. Montage geführt (Auswechseln von gesamt rund 2600 Handpapier- und Seifenspendern samt Bohrungen der Fliesen im Zuge der Montagearbeiten während des

laufenden Flughafenbetriebs). Eine weitere Schwierigkeit im Gebrauch hätte darin bestanden, dass selbst wenn die Produkte teilweise von Händlern angeboten werden würden, keiner dieser Händler die Nachfüllung der entsprechenden Artikel logistisch erbringen hätte können und die Spender von Händlern auch nicht gewartet bzw. bei Mängeln oder Schäden ausgetauscht werden hätten können. Die Händler würden nur an zentrale Punkte Produkte liefern und würden keine weiteren Dienstleistungen erbringen. Eine Trennung der Leistungen wäre aus diesem Grund auch sinnlos und unwirtschaftlich gewesen. Weiters wäre ein Spendertausch unter Berücksichtigung der erforderlichen Montagearbeiten mit einer geschätzten Dauer von etwa vier Monaten völlig unwirtschaftlich gewesen.

Im Übrigen bestehe für Auftraggeber kein allgemeines Gebot, im Falle des Vorliegens einer technischen Besonderheit eine Neuanschaffung zu erwägen. Es stehe vielmehr in deren Dispositionsfreiheit, den konkreten Beschaffungsbedarf ihren Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechend festzulegen.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin nur jene Produkte im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung beschafft, die - aus den vorgenannten Gründen - jedenfalls zwingend nur von einem bestimmten Unternehmen bezogen werden könnten. Hinsichtlich des Toilettenpapiers, bei dem aufgrund herstellernerneutraler Spender ein Wettbewerb zwischen mehreren möglichen Anbietern bestehe, habe sie ein Vergabeverfahren mit mehreren Unternehmen und entsprechendem Wettbewerb durchgeführt. Die Auftraggeberin habe bei diesen Beschaffungen den Wettbewerbsgrundsatz daher stets in größtmöglichem Maß berücksichtigt. Auch daraus ergebe sich die Vergaberechtskonformität des Vorgehens der Auftraggeberin.

Selbst wenn das BVwG der unrichtigen Ansicht der Antragstellerin, dass die gegenständlichen Artikel nicht in einem Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen bezogen hätten werden dürfen, folgen sollte, so hätte sich die Auftraggeberin bei einer allfälligen Ausschreibung dennoch auf ein bestimmtes Spendersystem festlegen dürfen. Die Festlegung auf das bestehende (XXXX -)System wäre folglich von der Freiheit in der Systemwahl der Auftraggeberin gedeckt gewesen.

Die Antragstellerin könne den Informationen der Auftraggeberin zufolge aber keine Nachfüllungen für das bestehende (XXXX -)Spendersystem anbieten. Daraus folge, dass der Antragstellerin aus dem Unterbleiben eines öffentlichen Vergabeverfahrens für diese Leistungen kein Schaden entstehen habe können, zumal sie sich auch bei Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens gar nicht um den Antrag bewerben hätte können. Es fehle ihr also das Interesse am Vertragsabschluss und daher auch die Antragslegitimation. Weiters folge daraus, dass die Antragstellerin auch im Rahmen einer allfälligen Ausschreibung mit diesem Leistungsgegenstand keine Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, zumal sie die erforderlichen Leistungen nicht ausschreibungskonform anbieten hätte können bzw. technisch nicht leistungsfähig wäre.

Es werde daher beantragt, den Antrag der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen, in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

4. Am 28.07.2017 nahm die Antragstellerin neuerlich Stellung.

Sie führte zur Rechtzeitigkeit der Antragstellung ergänzend aus, dass die Auftraggeberin verkenne, dass die Antragstellerin erst nach Ablauf der Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages von dem verfahrensgegenständlichen Vertragsschluss Kenntnis nehmen habe können und sohin die MedEval-Entscheidung gegenständig einschlägig sei. Entgegen der ausdrücklichen Auskunft der Auftraggeberin sei die Antragstellerin erst am 31.05.2017 in Kenntnis davon gelangt, dass die inkriminierten Produkte in der Vergangenheit beschafft worden seien.

Alleine daraus, dass die Antragstellerin über ein Vergabeverfahren aus dem Jahr 2008 und das Ende des auf dessen Basis geschlossenen Vertrags Bescheid gewusst habe, folge keine Kenntnis dessen, dass die Auftraggeberin zukünftig (rechtswidrigerweise ohne rechtskonformes Vergabeverfahren) die im Vergabeverfahren 2008 gegenständlichen Artikel weiterhin beziehe. Möglich wäre ebenso, dass die Produkte nicht mehr bestellt oder benötigt würden, was sogar auf ausdrückliche Nachfrage behauptet worden sei. Es erschließe sich der Antragstellerin nicht, warum durch bloße Kenntnis eines Vertragsendes zwangsläufig Kenntnis über den Vertragszeitraum hinausgehende Beschaffungsvorgänge folgen solle.

Weiters sei aus dem Sachverhalt vielmehr der Schluss zu ziehen, dass die Antragstellerin infolge der Verfahrensunterlagen und ausdrücklicher Bestätigung der Auftraggeberin ab 24. bzw. 27.03.2017 davon ausgegangen

sei, 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 hätte 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 sei, habe die Antragstellerin erst zufällig zu einem späteren Zeitpunkt erlangt.

Nicht nachzuvollziehen sei weiters, warum die Auftraggeberin meine, dass die Antragstellerin im Detail über die zum Betrieb eines internationalen Flughafens benötigten Güter Bescheid wissen müsste. Abgesehen davon übersehe die Auftraggeberin in ihrem diesbezüglichen Vorbringen, dass sie der Antragstellerin auf deren ausdrückliches Nachfragen mitgeteilt habe, die inkriminierten Produkte nicht zu benötigen bzw. nicht zu beschaffen. Es sei selbstverständlich nicht die Aufgabe der Antragstellerin, Lügen der Auftraggeberin zu entlarven. Darauf laufe das nunmehrige Vorbringen der Auftraggeberin allerdings hinaus.

Auch das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach ein Bieter den Anfechtungszeitpunkt durch Zuwarten mit der faktischen Nachschau willkürlich nach hinten verschieben könne, sei unrichtig.

Wesentlich sei, dass die Antragstellerin die ausdrückliche Information bekommen habe, dass keinerlei anderweitige Produkte beschafft werden würden. Die Antragstellerin treffe keine Pflicht, durch investigatives Tätigwerden, Auskünfte der Auftraggeberin auf deren Wahrheitsgehalt zu prüfen. Es könne ihr daher auch nicht unterstellt werden, insofern bereits Kenntnis von Vergaberechtswidrigkeiten gehabt zu haben.

Die Auftraggeberin übersehe überdies, dass die Judikatur des EuGH im Zusammenhang mit der Rechtssicherheit ab einem bestimmten Zeitpunkt darauf Bezug nehme, dass die Nichtigerklärung von Verträgen ab einem bestimmten Zeitpunkt unzulässig sein dürfe. Eine Feststellung über vergaberechtswidriges Verhalten sei aber keine Frage der Rechtssicherheit, sondern Voraussetzung zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches. Sehr wohl sei daher der im Antrag zitierten EuGH- und VwGH-Judikatur zu folgen, wonach die Frist von sechs Monaten in gegenständlichen Fallkonstellationen nicht zur Anwendung komme.

Im Übrigen werde das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 195 Z 3 und 5 BVergG ausdrücklich bestritten. Weder sei der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten nur von einem bestimmten Unternehmer durchführbar, noch liege ein Anwendungsfall des § 195 Z 5 BVergG vor.

Abgesehen davon sei auch völlig unklar, warum 2008 offenbar ein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, und dann im "Nachhang" Produkte beschafft worden seien, mit der Behauptung, dass kein allgemeines Gebot bestünde, im Falle des Vorliegens einer technischen Besonderheit eine Neuanschaffung zu erwägen.

Abgesehen davon sei festzuhalten, dass keine technischen Besonderheiten vorliegen würden. Dies sei auch daran erkennbar, dass die Auftraggeberin keinerlei konkrete Ausführungen zu dieser Thematik mache. Vielmehr werde pauschal und unbegründet von technischen Besonderheiten gesprochen. Auf die Beweispflicht der Auftraggeberin werde verwiesen.

Völlig unklar bleibe nach dem Vorbringen der Auftraggeberin auch, welche Produkte jedenfalls zwingend nur von einem bestimmten Unternehmen bezogen werden hätten können. Festzuhalten sei weiters, dass die Festlegung auf das bestehende (XXXX-)System keine von der Freiheit der Systemwahl der Auftraggeberin gedeckte Entscheidung sei. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung des EuGH vom 17.09.2002, C-513/99, Concordia Bus, zu verweisen. Im Lichte dieser Entscheidung werde klar, dass es zwar richtig sei, dass die Auftraggeberin darin frei sei, zu bestimmen was sie beschaffen möchte. Diese Freiheit sei jedoch nicht unbeschränkt. Sie sei dabei an die Sachlichkeit der Kriterien gebunden. Vor diesem Hintergrund sei die Entscheidung für ein Spendersystem unzulässig, weil unsachlich. Es sei nicht rechtskonform, unsachliche Kriterien mit dem Terminus "Systementscheidung" zu maskieren, um so deren Rechtskonformität zu erreichen.

Aber selbst wenn man die Wahl eines Spenders als "Systementscheidung" gelten lassen möge, wären die Ausführungen der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar. Es sei vorgebracht worden, dass die Auftraggeberin kein Interesse an einem Wechsel des bestehenden Systems habe, weil dieser mit diversen Nachteilen für sie verbunden wäre. Richtig sei, dass keinerlei Nachteile denkbar seien. Selbstverständlich fehle daher auch jegliches Vorbringen dazu, was nun genau diese Nachteile sein sollen. Ganz im Gegenteil wäre ein Wechsel für die Auftraggeberin mit einem

deutlichen Vorteil verbunden. Durch die Montage systemneutraler Spender würde es zu einem höheren Wettbewerb unter den Anbietern kommen und auf diese Weise könnte ein marktgerechter Preis erzielt werden. Von einem Wechsel wäre die Auftraggeberin daher ausschließlich begünstigt.

Zum Vorbringen der mangelnden Antragslegitimation bzw. zur mangelnden Chance auf Zuschlagserteilung werde ausgeführt, dass die Auftraggeberin meine, dass der Antragstellerin kein Schaden entstehen habe können, weil sie keine Nachfüllungen für das bestehende XXXX Spendersystem anbieten könne. Dabei handle es sich um eine bloß unrichtige Behauptung der Auftraggeberin.

Abgesehen davon werde bei dieser Argumentationslinie der Auftraggeberin stillschweigend unterstellt, dass eine Ausschreibung im Zusammenhang mit Spendersystemen (also gerade nicht mit systemneutralen Spendern) vergaberechtskonform sei, was aber nicht der Fall sei.

5. Am 31.07.2017 nahm die Zuschlagsempfängerin, die XXXX, vertreten durch Singer Fössl Rechtsanwälte OG, Prinz Eugen Straße 30, 1040 Wien, (auch: mitbeteiligte Partei) Stellung.

Sie führte im Wesentlichen aus, dass sie das Vorbringen der Auftraggeberin, dass die Anträge der Antragstellerin verfristet seien, die Anträge auch inhaltlich unzutreffend seien bzw. die behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliege und dass die Antragstellerin keine Antragslegitimation bzw. keine Chance auf Zuschlagserteilung habe, zu ihrem eigenen Vorbringen erhebe.

Zur mangelnden Antragslegitimation werde ergänzend vorgebracht, dass die Antragstellerin laut Gewerbeinformationssystem Austria über zwei Gewerbeberechtigungen verfüge. Hier einschlägig sei jene des Handelsgewerbes gemäß § 124 Z 11 GewO 1994 eingeschränkt auf den Großhandel, im Standort eingeschränkt auf die Ausübung des Bürobetriebes.

Beim vorliegenden Auftragsverhältnis handle es sich nach der Terminologie des BVergG um einen Lieferauftrag, sodass ein Auftragnehmer den Leistungsgegenstand nur dann gesetzeskonform erbringen dürfe, wenn er der Erzeuger desselben sei oder wenn er als Händler fungiere.

Für die Tätigkeit als Händler bedürfe es einer nicht eingeschränkten Befugnis des Handelsgewerbes. Die Antragstellerin habe jedoch nur eine zweifach eingeschränkte Befugnis zur Ausübung des Handelsgewerbes: Zum einen sei ihre Befugnis zum Handel auf den Großhandel eingeschränkt. Sie besitze also die Befugnis zum Verkauf an Wiederverkäufer, nicht aber an Endkunden. Da der Flughafen Wien die Rollenhandtücher und die Flüssigseife nicht zum Zweck des Wiederverkaufs beschaffe, sondern um sie den Fluggästen bzw. den Flughafenmitarbeitern als Verbrauchsgüter zur Verfügung zu stellen, hätte die Antragstellerin sowohl im Zeitpunkt der Durchführung der Beschaffung als auch gegenwärtig nicht die Befugnis gehabt, an die Auftraggeberin die ausschreibungsgegenständlichen Güter zu liefern.

Darüber hinaus bestehe bei ihr im Standort eine zusätzliche Einschränkung auf die Ausübung des Bürobetriebes, was die mitbeteiligte Partei so verstehe, dass die Antragstellerin das Großhandelsgewerbe nur so ausüben dürfe, dass sie Waren im Streckengeschäft beispielsweise vom Produzenten direkt an einen Wiederverkäufer liefern dürfe, sie also die Waren am Bürostandort oder anderswo nicht zwischenlagern und von dort weiter ausliefern dürfe.

Ausweislich des von der Auftraggeberin bereits vorgelegten Rahmenvertrages zum Vergabeverfahren "Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer und Toilettensitzreiniger sowie die Beistellung von Spendern" zeige sich, dass gemäß Punkt 4 dieses Vertrages auch die Ausstattung und Erweiterung von neuen Spendern bzw. die Montage, Wartungs- und Reparaturleistungen der Spendersysteme durchzuführen seien. Für diese Tätigkeiten besitze die Antragstellerin überhaupt keine Befugnis und sei auch zweifelhaft, ob sie die vertraglich vereinbarte Störungsbehebung aufgrund der fehlenden Befugnis selbst durchführen könnte. Da ein Angebot der Antragstellerin im vorangehenden Vergabeverfahren auch bei Einladung dieses Unternehmens zur Angebotslegung gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG wegen fehlender Befugnis auszuschneiden gewesen wäre, habe bei der Antragstellerin kein Schaden gemäß § 322 Abs. 1 Z 4 BVergG eintreten können.

Selbst wenn man zu Gunsten der Antragstellerin annehmen wollte, dass die Leistungen der Montage, Wartung bzw. Reparatur (gegebenenfalls Austausch) der Spendersysteme gewerberechtlich von einer nicht eingeschränkten Händlerbefugnis als Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 Z 1 und Z 6 Gewerbeordnung abgedeckt werden würden, bestehe dieses Nebenrecht sicher nicht für den reinen Großhändler, weil bei dessen Großhandelskunden (Wiederverkäufern)

diese Leistungen sicher nicht notwendig seien, um die Lieferleistungen der Antragstellerin absatzfähig zu machen. Denn beim Wiederverkäufer würden Spendersysteme für Seifen bzw. Handtuchrollenhalter niemals montiert, gewartet oder repariert. Diese eben Argumente würden für das Nebenrecht der Aufstellung und Montage gelten.

Nach der Auslegungsregel des § 29 Gewerbeordnung seien all diese Leistungen nicht von einer Großhandelsbefugnis umfasst, sodass auch aus diesem Grund keine Befugnis bei der Antragstellerin für die Erbringung dieser Leistungen bestehe und auch nicht einmal vorgebracht sei, dass sie dies durch einen Subunternehmer ausführen lassen werde.

Die Auftraggeberin führe in ihrer Stellungnahme überdies zu Recht aus, dass die von ihr an die Flughafen Wien AG gelieferten und bei dieser montierten Spendersysteme für Flüssigseife bzw. Rollenhalter aus technischen Gründen nur mit den von der mitbeteiligten Partei gelieferten Seifengebinden bzw. Handtuchrollen nachgefüllt werden könnten. Diese Produkte seien in Österreich nur über sie erhältlich und könnten auch EU-weit nicht von Drittanbietern bezogen werden.

Darüber hinaus bestehe bei den Rollenhaltern für die Rollenhandtücher auch eine rechtliche Unmöglichkeit, diese mit Drittprodukten zu befüllen. Die mitbeteiligte Partei beziehe die Rollenhalter von der XXXX bzw. deren Österreicherin XXXX unter der Marke "XXXX". Abgesehen von der technischen Unmöglichkeit, Produkte anderer Hersteller zu verwenden, dürften die Spender auch nur und ausschließlich mit Rollenhandtüchern der Marke XXXX befüllt werden, weil die mitbeteiligte Partei diese Zusage ihrem Vorlieferanten beim Bezug deren Rollenhandtuchspendern bzw. bei Abschluss der Bezugsverträge gegeben habe.

6. Am 08.08.2017 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung.

Zur Verfristung der Anträge führte sie ergänzend aus, dass die Antragstellerin zu Unrecht vorbringe, dass sie erst mit 31.05.2017 Kenntnis von einer anderweitigen Beschaffung der verfahrensgegenständlichen Artikel durch die Auftraggeberin gehabt habe. Unrichtig sei insofern die Behauptung der Antragstellerin, dass ihr die Auftraggeberin mitgeteilt habe, die gegenständlichen Produkte (Rollenhandtücher und Flüssigseife) nicht zu beschaffen. Die Auftraggeberin habe lediglich mitgeteilt, dass sie (derzeit) ihren genauen Bedarf an Zick-Zack Faltpapier nicht eruieren könne, Zellstofftücher nicht mehr verwendet würden und sonstige Papiersorten bzw. Hygienematerial im Rahmen des Vergabeverfahrens (betreffend Toilettenpapier; Direktvergabe gemäß § 201a BVerfG) nicht nachgefragt werden würden. Von einer Irreführung durch die Auftraggeberin könne folglich keine Rede sein. Sie sei bei der Beantwortung der Frage schlicht von Fragen zu einem konkreten Vergabeverfahren ausgegangen und habe die Bieterfragen dementsprechend beantwortet. Folglich sei die Beantwortung der Fragen auch nur in diesem Kontext zu sehen. Die Anfrage der Antragstellerin sei als Bieterfrage in dem laufenden Vergabeverfahren betreffend Toilettenpapier behandelt worden und im Rahmen der ersten Bieterfragenbeantwortung zu diesem Vergabeverfahren allen Bietern gegenüber beantwortet worden. Auch daraus 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, wonach sie ab 24.03. bzw. 27.03.2017 davon ausgegangen sei, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beschafft werden sollten, gehe klar hervor, dass auch sie die Auskunft der Auftraggeberin nur in Bezug auf das konkrete laufende Vergabeverfahren verstanden habe. Bei der Behauptung der Antragstellerin, dass ihr die Auftraggeberin unrichtige Informationen gegeben habe, handle es sich folglich lediglich um eine weitere Schutzbehauptung, um die von ihr versäumte Frist wieder aufleben zu lassen.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin erschließe sich klar, dass sie jederzeit über die für die fristgerechte Einbringung eines Nachprüfungs- bzw. Feststellungsantrages erforderlichen Informationen verfügt habe. Auch die behauptete nachträgliche Nachschau durch die Antragstellerin am 31.05.2017 könne diese Frist nicht nachträglich wieder aufleben lassen.

Darüber hinaus habe die Auftraggeberin bereits im Jahr 2014 eine - mit der Direktvergabe gemäß § 201a BVerfG im Jahr 2017 "baugleiche" Direktvergabe gemäß § 201a BVerfG mit dem Auftragsgegenstand "Toilettenpapier, Zick-Zack Faltpapier und Zellstofftücher" durchgeführt. Die betreffende Bekanntmachung sei am 09.05.2014 erfolgt. Auch an diesem Vergabeverfahren habe sich die Antragstellerin beteiligt. Tatsächlich sei der Antragstellerin schon seit 09.05.2014 bewusst, dass keine gemeinsame Vergabe dieser Artikel mit Rollenhandtüchern und der Flüssigseife erfolgen würde. Zu diesem Zeitpunkt sei die Antragstellerin aufgrund ihrer Marktbeobachtung bereits in Kenntnis gewesen, dass der 2008 ausgeschriebene Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und Flüssigseife per 31.03.2014

ausgelaufen sei. Dennoch habe es die Antragstellerin schon im Jahr 2014 unterlassen, gegen diese vermeintlich rechtswidrige Rechtsansicht der Auftraggeberin vorzugehen. Erst jetzt versuche die Antragstellerin, aufgrund der Auskunft der Auftraggeberin nachträglich eine Rechtswidrigkeit bzw. Irreführung zu konstruieren. Die Anträge der Antragstellerin seien daher auch aus diesem Grund klar verfristet.

Neuerlich werde festgehalten, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin mit ihren Ausführungen nicht in die Irre geführt habe. Vielmehr habe der Antragstellerin bewusst sein müssen, dass die Auftraggeberin diverse Hygieneprodukte (im weitesten Sinn) anderweitig beziehe. Wie die Antragstellerin selbst mit ihren Feststellungsanträgen vorgebracht habe, sei sie sich einerseits bewusst gewesen, dass der auf Basis der Ausschreibung im Jahr 2008 geschlossene Vertrag bereits ausgelaufen sei (per 31.03.2014). Andererseits sei die Antragstellerin 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.

Als erfahrener Hygieneartikel-Lieferant habe die Antragstellerin zweifelsohne eine grobe Vorstellung wie hoch der Verbrauch eines Unternehmens der Größe der Auftraggeberin in etwa sein müsse. Auch auf Basis der Unterlagen der Ausschreibung aus dem Jahr 2008 und der darin enthaltenen Mengenangaben, habe die Antragstellerin jedenfalls eine Vorstellung von der Dimension der von der Auftraggeberin benötigten Mengen gehabt. Das gegenteilige Vorbringen der Antragstellerin sei als eine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Ein investigatives Tätigwerden sei sohin keinesfalls erforderlich gewesen. Vielmehr habe die Antragstellerin alleine aus ihr bzw. öffentlich zugänglichen Informationen, alle für die Antragseinbringung relevanten Informationen beziehen können. Die Anträge seien daher als verfristet zurückzuweisen.

Weiters sei die Behauptung der Antragstellerin, die Auftraggeberin müsse Auskünfte an Bewerber oder Bieter hinsichtlich ihres Beschaffungsbedarfes geben, nicht nachvollziehbar. Es gebe weder eine Rechtsgrundlage für diese Behauptung, noch sei sonst ein Grund ersichtlich, warum Auftraggeber irgendwelchen Unternehmen Auskünfte über ihren Beschaffungsbedarf geben sollten. Dennoch habe die Auftraggeberin der Antragstellerin Informationen zu ihrem Beschaffungsbedarf erteilt. Aus dieser entgegenkommenden und zutreffenden Information versuche die Antragstellerin nunmehr, eine falsche Auskunft abzuleiten, um eine versäumte Frist wieder aufleben zu lassen.

Verwunderlich sei im Übrigen, dass sich die Antragstellerin nach der Durchführung der Direktvergabe gemäß § 201a BVergG im Jahr 2014 und der Bieterfrage im Rahmen des Vergabeverfahrens gemäß § 201a BVergG im Jahr 2017 nicht bei der Auftraggeberin erkundigt habe, ob Bedarf an Rollenhandtüchern und Flüssigseife bestehe bzw. ob und wann in diesem Zusammenhang mit einem öffentlichen Vergabeverfahren zu rechnen sei. Die Antragstellerin habe nach Ablauf des ursprünglichen Vertrages per 31.03.2014 bzw. nach Durchführung der Direktvergabe gemäß § 201a BVergG im Jahr 2014 über drei Jahre lang die Möglichkeit gehabt, bei der Auftraggeberin nachzufragen und habe damit zahlreiche Möglichkeiten der Kenntnisnahme von der vermeintlich rechtswidrigen Beschaffung gehabt.

Der EUGH habe - nicht zuletzt in der MedEval-Entscheidung - den Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentlichen Grundsatz herausgestrichen. In der betreffenden Entscheidung komme klar zum Ausdruck, dass die Durchbrechung der Ausschlussfrist eine (restriktiv anzuwendende) Ausnahme zum Schutz von übergangenen Bietern darstellen solle, die keine Kenntnis von einer rechtswidrigen Entscheidung eines Auftragnehmers hätten nehmen können. Der EUGH stelle also ebenfalls auf die Kenntnisnahmemöglichkeit ab. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gehe demgemäß in der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation vor, zumal die Antragstellerin ab 31.03.2014 von der vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Auftraggeberin Kenntnis gehabt haben könne. Selbst wenn die Antragstellerin tatsächlich erst am 31.05.2017 von der Entscheidung der Auftraggeberin Kenntnis erlangt habe (was wenig glaubhaft sei), so habe sie zu diesem Zeitpunkt über drei Jahre (schuldhaft) nicht von ihrer jederzeitigen Kenntnisnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht. Auch in diesem Fall sei die Fristversäumnis ihr ganz alleine zuzuschreiben und die Antragstellerin auch im Lichte der EUGH Judikatur nicht schützenswert.

Es sei zudem wenig glaubwürdig, dass der Geschäftsführer eines Unternehmens, das eine "langjährige Kooperation mit den führenden Hygienepapier Produzenten Europas" pflege, im Mai 2017 zum ersten Mal in diesen drei Jahren eine Sanitäreinrichtung am Wiener Flughafen nütze, weswegen es sich auch insofern um eine reine Schutzbehauptung handle, dass die Antragstellerin von den maßgeblichen Umständen erst am 31.05.2017 erfahren habe.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin würden entsprechend der Prüfung durch die Auftraggeberin

ausschließliche Rechte bzw. eine technische Besonderheit im Sinne des § 195 Z 3 BVergG vorliegen, zumal nur die mitbeteiligte Partei in der Lage sei, die entsprechenden Nachfüllpackungen für die bei der Auftraggeberin montierten Spendersysteme zu liefern. Diese Prüfung bzw. die Gründe für diese Entscheidung habe die Auftraggeberin auch entsprechend dargelegt.

Im Übrigen habe die Antragstellerin selbst ausdrücklich zugestanden, dass die Befüllung der Spender der mitbeteiligten Partei "technisch nicht möglich und rechtlich nicht zulässig" sei. Die Frage der Antragstellerin, welche technische Besonderheit 2014 vorgelegen wäre, die 2008 noch nicht vorgelegen sei, sei einfach beantwortet. Im Jahr 2008 sei ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt worden, aus welchem die mitbeteiligte Partei als Zuschlagsempfängerin hervorgegangen sei. Gegenstand dieses Auftrages sei auch die Lieferung und die Montage der jeweiligen Spendersysteme gewesen. Da zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens keine Spendersysteme eines einzelnen Vertragspartners vorhanden gewesen seien, habe damals folglich denklösig auch keine technische Besonderheit oder ein ausschließliches Recht an den verschiedenen Spendersystemen existieren können. Nunmehr bzw. bereits im Jahr 2014 würden allerdings solche Rechte bzw. technische Besonderheiten bestehen, da die Spendersysteme der mitbeteiligten Partei bei der Auftraggeberin montiert seien.

Des Weiteren sei der Verweis der Antragstellerin auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Concordia Bus deshalb verfehlt, weil der EuGH in dieser Entscheidung die Rechtskonformität eines Zuschlagskriteriums zu beurteilen gehabt habe. Im gegenständlichen Fall habe die Auftraggeberin in der Ausschreibung 2008 aber kein derartiges Kriterium festgelegt.

Erst im Jahr 2014 habe die Auftraggeberin - zu Recht und in Übereinstimmung mit der Judikatur des EuGH und der österreichischen Vergabekontrollbehörden zu den Ausnahmetatbeständen für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmen - auf Basis des nunmehr veränderten Sachverhalts ein Verhandlungsverfahren mit der mitbeteiligten Partei gemäß § 195 Z 3 bzw. Z 5 BVergG durchgeführt.

Wie bereits ausgeführt, stehe ein allfälliger von der Antragstellerin in den Raum gestellter Wechsel des bestehenden Systems alleine in der Disposition der Auftraggeberin. Zudem sei die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit einem Unternehmen jedenfalls dann zulässig, wenn das Alleinstellungsmerkmal dieses Unternehmens nicht rechtswidrig herbeigeführt worden sei. Vorliegend ergebe sich das "Alleinstellungsmerkmal" der mitbeteiligten Partei aus einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren aus dem Jahr 2008. Die "Systemwahl" hinsichtlich des Spendersystems sei also entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin rechtskonform und auf Basis einer sachlichen Rechtfertigung durchgeführt worden. Im hier gegenständlichen Fall gehe es - dem Beispiel der Antragstellerin folgend - nicht darum, dass die Auftraggeberin vorab eine bestimmte Automarke festgelegt hätte.

Vielmehr habe die Auftraggeberin im Jahr 2008 ein nichtdiskriminierendes, herstellernerutrales Vergabeverfahren durchgeführt, bei dem - dem Beispiel der Antragstellerin folgend - ein bestimmter Hersteller, z.B. Skoda erfolgreich gewesen sei. Selbstverständlich komme daher im Jahr 2014 nur die Beschaffung von Skoda Ersatzteile für die Skodas in Frage. Ersatzteile eines anderen Autoherstellers wären für die Auftraggeberin unbrauchbar und wertlos.

Dementsprechend sei die Antragstellerin - mangels gegenteiliger Anhaltspunkte - auch nicht in der Lage, Nachfüllpackungen für Spendersysteme der mitbeteiligten Partei zu liefern. Gleichzeitig sei es vergaberechtlich zulässig, ausschließlich Nachfüllpackungen für diese, bei der Auftraggeberin montierte Spendersysteme zu fordern. Die Antragstellerin sei daher nicht in der Lage die hier verfahrensgegenständlichen Produkte zu liefern, weshalb ihr aus der vermeintlich rechtswidrigen Verfahrensfall kein Schaden entstehen könne.

Im Übrigen erhebe die Auftraggeberin das Vorbringen der mitbeteiligten Partei hinsichtlich der mangelnden Befugnisse der Antragstellerin zur Erbringung der auftragsgegenständlichen Leistungen zu ihrem eigenen Vorbringen. Der Antragstellerin habe folglich auch aus diesem Grund im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Beauftragung kein Schaden entstehen können.

6. Am 17.08.2017 nahm die Antragstellerin erneut 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.

Nicht nachvollziehbar sei für die Antragstellerin auch das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach der Antragstellerin

bereits seit 09.05.2014 bewusst gewesen wäre, dass keine gemeinsame Vergabe dieser Artikel (gemeint wohl Toilettenpapier, Zick-Zack Faltpapier und Zellstofftücher) mit den Rollenhandtüchern und der Flüssigseife erfolgen würde.

Der Antragstellerin erschließe es sich zudem nicht, warum aus der bloßen Kenntnis eines Vertragsendes zwingend darauf zu schließen oder auch nur zu vermuten wäre, dass die Rollenhandtücher und die Flüssigseife ab diesem Zeitpunkt rechtswidrig beschafft werden würden. Wenn keine Ausschreibung mehr von gewissen Produkten 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. Dies würde die Kapazitäten der Antragstellerin bei Weitem sprengen.

Letztlich dürfe in der gebotenen Deutlichkeit vorgebracht werden, dass es auch nicht Aufgabe von präsumtiven Bewerbern einer Ausschreibung sei, sich Gedanken zum Verhalten der Auftraggeberin zu machen oder die Wahl der ausgeschriebenen Produkte zu hinterfragen oder gar zu kontrollieren.

Darüber hinaus sei aus der ausdrücklichen Aussage der Auftraggeberin, wonach keine anderen Produkte beschafft würden, klar ableitbar, dass die fraglichen Produkte nicht nur in dem Toilettenpapier betreffenden Vergabeverfahren nicht nachgefragt würden, sondern grundsätzlich kein Bedarf an diesen Produkten bestehe. Warum also das Vorbringen der Antragstellerin keine Deckung im Wortlaut der Fragebeantwortung finden solle, bleibe unerklärlich.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin habe die Antragstellerin faktisch keine Kenntnis an 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 habe. 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. Die Auftraggeberin könne deshalb keinerlei Gesetzesstellen oder Judikate abgeben, aus welchen eine solche Rechtspflicht herrühren würde.

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 anhand 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 und 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 Letztverbraucherin, sondern stelle diese Dritten, hauptsächlich wohl ihren eigenen Kunden oder Kunden der Fluglinien zur Verfügung und sei aus diesem Grund als gewerbliche Verwenderin zu qualifizieren. Doch selbst dann, wollte man die Auftraggeberin fälschlich als Letztverbraucherin 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 Umfangs 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 Verbrauchern 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 im untergeordneten 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 dem 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.

Soweit die Auftraggeberin argumentiere, dass der Antragstellerin kein Schaden entstehen habe können, weil die bestehenden Spendersysteme im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens erworben worden seien und die Antragstellerin die Belieferung infolge der technischen Besonderheiten bzw. ausschließlichen Rechten ohnehin nicht vornehmen könne, sei festzuhalten, dass der Schaden der Antragstellerin daraus resultiere, dass zum momentanen Zeitpunkt 2017 unter Verletzung des Zusammenrechnungsgebotes Güter rechtswidrig beschafft worden seien. Bei rechtskonformer Vorgangsweise wäre die Aufrechterhaltung des bestehenden Spendersystems nicht möglich gewesen.

Die Auftraggeberin übersehe bei ihrer Argumentation, dass die Ausnahmen, auf die sie sich berufe, nach Art 50 der neuen Sektoren-Richtlinie (RL 2014/25/EU) nur anwendbar seien, wenn es keine sinnvolle Alternative oder Ersatzlösung gebe und der fehlende Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einengung der Auftragsvergabeparameter sei. Im gegenständlichen Fall sei aber eine sinnvolle Alternative vorhanden, nämlich die Installation systemneutraler Spender. Aus diesem Grund hätte in Zusammenhang mit dem Zusammenrechnungsgebot ein Vergabeverfahren stattfinden müssen, im Rahmen dessen sich die Antragstellerin beteiligen hätte können und sie den Zuschlag erhalten hätte.

Unrichtig sei auch das Vorbringen, wonach die Antragstellerin die nachgefragten Produkte nicht anbieten hätte können. Auf die Beweispflicht der Auftraggeberin bzw. der mitbeteiligten Partei werde verwiesen. Eigenartig mute auch das Vorbringen der Auftraggeberin an, wonach ein einheitliches Erscheinungsbild der Spender am Flughafen Ziel gewesen wäre. Tatsächlich sei ein einheitliches Erscheinungsbild nämlich nicht vorhanden.

7. Am 05.10.2017 nahm die Auftraggeberin neuerlich Stellung.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin, dass sie faktisch keine Kenntnis von Beschaffungsvorgängen der Auftraggeberin gehabt habe, ergebe sich bereits aus ihrem Vorbringen in ihren Feststellungsanträgen, dass sie tatsächlich aber weitreichende Informationen zu Beschaffungen der Auftraggeberin betreffend Hygieneprodukte gehabt habe. Doch selbst wenn die Behauptung zutreffen würde, dass die Antragstellerin faktisch keine Kenntnis gehabt habe, so hätte sie diese Kenntnis - u.a. auf Basis der ihr vorliegenden bzw. öffentlich zugänglichen Informationen - dennoch haben müssen bzw. hätte sie Kenntnis vom Zuschlag erlangen können.

So wäre es der Antragstellerin - zumal sie genaue Kenntnis vom exakten Datum des Auslaufens des ursprünglichen Vertrags hatte - jedenfalls zumutbar gewesen, innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Ablauf dieses Vertrages bei der Auftraggeberin nachzufragen, wann die Neuausschreibung erfolgen werde (oder einfach am Flughafen selbst Nachschau zu halten, wobei letzteres definitiv unnötig gewesen wäre, weil einem die bloße Lebenserfahrung lehre, dass ein europäischer Flughafen Sanitäreinrichtungen aufweisen müsse und man sich dort die Hände waschen und trocknen können müsse). Die Antragstellerin habe binnen dieser Frist jedoch keinerlei Schritte gesetzt, sondern sich vielmehr drei Jahre Zeit gelassen, diesen für sie angeblichen unklaren Umstand zu verifizieren. Ein Außerachtlassen der Sechs-Monatsfrist im Sinne der Judikatur des EuGH in der Rechtssache MedEval wäre daher nur dann gerechtfertigt, wenn die Auftraggeberin zusätzlich ein Verhalten gesetzt hätte, das die Antragstellerin zu der Annahme verleitet hätte, noch nicht anfechten zu müssen. Dies sei hier aber nicht der Fall.

Da die Antragstellerin nicht einmal den Versuch einer Kenntnisnahme unternommen habe, habe sie sich die negativen Folgen ihrer Unterlassung gemäß § 332 Abs. 2 BVergG selbst zuzuschreiben. Es wäre nicht nachvollziehbar, das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin - trotz dieser Unterlassungen und Untätigkeit - hier über das Interesse der redlichen Auftraggeberin an Rechtssicherheit über drei Jahre nach Vertragsschluss zu stellen.

Des Weiteren führte die Auftraggeberin zu ihrer Sichtweise der Zulässigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb nur mit der mitbeteiligten Partei Folgendes aus: Zum einen sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens aufgrund des Ausnahmetatbestandes gemäß § 195 Z 3 BVergG für ausschließliche Rechte bzw. technische Besonderheiten zulässig. Die vertragsgegenständlichen Spendersender würden im Eigentum der mitbeteiligten Partei stehen. Laut den Ausschreibungsunterlagen 2008 bzw. dem Vertrag aus dem Jahr 2014 schulde XXXX lediglich die Ausstattung des Flughafens mit den Spendern; gemäß Bestellung/Werkvertrag würden "sämtliche Spendersysteme [...] leihweise und kostenlos zur Verfügung gestellt" und würden somit im Eigentum der mitbeteiligten Partei verbleiben. Die mitbeteiligte Partei dürfe daher berechtigterweise aufgrund ihres ausschließlichen Eigentumsrechtes andere Unternehmen davon ausschließen, die am Flughafen montierten Spender mit Seife zu befüllen. Eine Befüllung durch andere Unternehmen komme aufgrund dieses ausschließlichen Rechtes daher nicht in Frage.

Gleiches gelte für die durch die mitbeteiligte Partei bereitgestellten Spender/Behälter für die Rollenhandtücher, welche im Eigentum der XXXX, dem Lieferanten der mitbeteiligten Partei, stehen würden. Hinsichtlich dieser Behälter sei die mitbeteiligte Partei den Informationen der Auftraggeberin zufolge ein exklusives Vertriebsrecht von XXXX eingeräumt worden. Derartige "ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrechte" wie etwa Vertriebs/Lizenzrechte würden ebenfalls ausschließliche Rechte im Sinne der Ausnahmebestimmung des § 195 Z 3 BVergG darstellen.

Des Weiteren liege eine technische Besonderheit bzw. eine Inkompatibilität vor, zumal die Nachfüllpackungen für die vertragsgegenständlichen Spender/Behälter von anderen Unternehmen als XXXX bzw. deren Lieferant XXXX zu den bestehenden Spendern nicht kompatibel seien. Diese technische Besonderheit führe dazu, dass im gegenständlichen Fall nur XXXX mit den verfahrensgegenständlichen Leistungen beauftragt werden können.

Zum anderen sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb aufgrund des Ausnahmetatbestandes für zusätzliche Lieferungen gemäß § 195 Z 5 BVergG zulässig. Bei XXXX handle es sich unzweifelhaft um den ursprünglichen Auftragnehmer/Lieferanten. Weiters erfolge einerseits die Erneuerung durch die zusätzliche Lieferung von Nachfüllpackungen für die Spendersysteme. Andererseits umfasse der Auftrag - wie auch schon das ursprüngliche Leistungsbild - auch den Ersatz/Austausch von schadhafte oder beschädigten Spendern. Auch insofern finde eine Erneuerung der ursprünglichen Lieferung durch zusätzliche Lieferungen statt. Zudem habe es z.B. aufgrund von Zubauten am Flughafen oder neue Bereiche auch Erweiterungen der Leistungen gegeben.

Ein Wechsel des Lieferanten hätte die Auftraggeberin zum Kauf von Material unterschiedlicher technischer Merkmale gezwungen, zumal nur die mitbeteiligte Partei entsprechende Nachfüllpackungen für die montierten Spender anbiete bzw. nur die mitbeteiligte Partei die gegenständlichen Spender anbiete. Nachfüllpackungen anderer Spendersysteme würden nicht in die bestehenden Spender eingesetzt werden können und wären daher technisch inkompatibel. Zudem hätte ein Wechsel der bestehenden Spendersysteme zu völlig unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten und ebenso völlig unwirtschaftlichen Aufwänden geführt.

Nach Schätzungen der Auftraggeberin hätte die Montage von rund 2600 Spendern (sogar ohne die fast ebenso aufwendige Demontage der alten Spender) - bei laufendem Flughafenbetrieb - allein rund drei bis vier Monate in Anspruch genommen. Nach Erfahrung der Auftraggeberin wären dafür allein vom montierenden Unternehmen zwei bis drei Leute täglich acht Stunden erforderlich.

Zudem sei ein Flughafen, insbesondere dieser Größe, ein organisatorisch und logistisch hoch

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwG, <https://www.bvwg.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at