

TE Bvwg Erkenntnis 2018/10/22 W138 2203771-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 22.10.2018

Entscheidungsdatum

22.10.2018

Norm

BVergG 2006 §172
BVergG 2006 §174
BVergG 2006 §187 Abs1
BVergG 2006 §19 Abs1
BVergG 2006 §192
BVergG 2006 §195 Z3
BVergG 2006 §195 Z5
BVergG 2006 §2 Z16 lita
BVergG 2006 §2 Z8
BVergG 2006 §201
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §3 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs3 Z3
BVergG 2006 §331 Abs1 Z2
BVergG 2006 §333
BVergG 2006 §334
BVergG 2006 §5
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2

Spruch

W138 2203766-1/23E

W138 2203771-1/25E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Klaus HOCHSTEINER als Vorsitzenden, sowie Mag. Franz PACHNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Corinna GREGER als fachkundige

Laienrichterin der Auftragnehmerseite in den Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 BVergG 2006 betreffend die Vergabe von Lieferaufträgen im Sinne des § 5 iVm. § 174 BVergG 2006 durch die Auftraggeberin Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien - Flughafen, vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberttring 6, 1010 Wien aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch Leitner Trischler Rechtsanwälte, Lindengasse 38/3, 1070 Wien vom 08.08.2018, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Vergabe von Hygieneartikel aus Papier und Zellstoff, wie Toilettenpapier, Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher, Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspende und Duftspender) und Hygienebehälter rechtswidriger Weise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat" wird bezüglich der Vergabe von Seife und Lufterfrischer für bestehende Spender und von Handpapierrollen für bestehende Spender abgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang:

Mit Schriftsatz vom 07.08.2018, beim BVwG eingelangt, am 08.08.2018 beantragte die XXXX (im Weiteren Antragstellerin), vertreten durch LEITNER TRISCHLER Rechtsanwälte, Lindengasse 38, 1070 Wien, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Vergabe von Hygieneartikel auf Papier und Zellstoff, wie Toilettenpapier, Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher, Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspende und Duftspender) und Hygienebehälter rechtswidriger Weise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung beziehungsweise vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe.

Hierzu führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus:

Nachdem rechtswidriger Weise ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei, könne keine Bezeichnung des Vergabeverfahrens angegeben werden. Das Vergabeverfahren werde wie folgt individualisiert und konkretisiert.

Die Auftraggeberin habe im Jahr 2008 ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich zur Ausschreibungsnummer VV-T-075i/08 betreffend die Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer und Toilettensitzreiniger sowie der Bereitstellung von Spendern durchgeführt. Im Nachhang zu dieser Beauftragung sei mit der I XXXX GmbH in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmen am 06.06.2014 ein Rahmenvertrag auf drei Jahre mit der Option auf Verlängerung um weitere zwölf Monate abgeschlossen worden. Bereits dieses vorgenannte Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmen sei vergaberechtswidrig und sei ein Feststellungsverfahren hierzu vor dem Bundesverwaltungsgericht zur Zahl W139 2162939-2 durchgeführt worden. Der Feststellungsantrag sei mit Erkenntnis des BVwG vom 26.06.2018 abgewiesen worden. Die Antragstellerin habe das abweisende Erkenntnis mittels Revision beim Verwaltungsgerichtshof angefochten. Zwischenzeitig sei, ohne ein Vergabeverfahren mit gebotener Bekanntmachung, der Zuschlag für die Folgeperiode erteilt worden. Darauf würde sich der gegenständliche Feststellungsantrag beziehen. Auftraggeberin sei die Flughafen Wien

AG.

Zum antragsgegenständlichen Vergabeverfahren sei der Antragstellerin nicht bekannt, wer Zuschlagsempfänger sei, da ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung im Raum stehe. Im Verfahren zur Zahl W139 2162999-2 habe die Auftraggeberin den Rechtsstandpunkt vertreten auf Basis des § 195 Z 5 und § 195 Z 3 BVergG zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb berechtigt zu sein.

Zwischenzeitig habe die Auftraggeberin unter Beibehaltung dieses unrichtigen Rechtsstandespunktes auch für die

Folgeperiode zugeschlagen. Dies sei antragsgegenständlich. Die Auftraggeberin sei Betreiberin des Flughafens Wien und übe eine Sektorentätigkeit gemäß § 172 BVergG aus. Das BVwG sei zuständig, da es sich um eine Vergabe eines Rechtsträger gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG handle. Nachdem der Zuschlag in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung beziehungsweise ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb innerhalb der sechs Monate erteilt worden sei, sei der gegenständliche Feststellungsantrag rechtzeitig. Die Antragstellerin sei ein erfolgreiches Unternehmen im Zusammenhang mit dem Handel von Hygienepapier. Die Antragstellerin habe ein vitales Interesse am gegenständlichen Vertrag. Durch die rechtswidrige freihändige Vergabe würden der Antragstellerin Umsätze und Gewinne sowie Marktanteile entgehen. Die Antragstellerin erachte sich durch die gegenständliche, rechtswidrige Direktvergabe der antragsgegenständlichen Leistungen in näher angeführten Rechten verletzt. Pauschalgebühren seien in ordnungsgemäßer Höhe entrichtet worden.

Am 14.08.2018 erteilte die Flughafen Wien AG (im Weiteren: Auftraggeberin), vertreten durch Wolf Theiss Rechtsanwälte GmbH & Co KG allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren und führte, soweit gegenständlich entscheidungswesentlich aus, dass bezüglich der Beschaffung von Seife und Lufterfrischern (interne Auftragsnummer: Z_2018_DV_095) sowie der Beschaffung von Handpapierrollen (interne Auftragsnummer: Z_2018_DV_098) jeweils eine Direktvergabe gemäß § 192 Abs. 9 BVergG 2006 stattgefunden habe. Die Verträge über die Lieferungen seien am 25.06.2018 abgeschlossen worden. Die schriftlichen Bestellungen über die vorher genannten Beschaffungen seien am 25.06.2018 auf das Angebot der XXXX GmbH erfolgt.

In einer weiteren Stellungnahme vom 17.08.2018 führte die Auftraggeberin, soweit entscheidungswesentlich aus, dass die Auftraggeberin nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb 2008 mit der In XXXX GmbH einen Vertrag betreffend die Lieferung von Seife, Handtuchrollen, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern sowie der Bereitstellung von entsprechenden Spendern geschlossen habe. Im Nachgang zu dieser Beauftragung sei mit der XXXX GmbH in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmer am 06.06.2014 ein Rahmenvertrag auf drei Jahre mit der Option auf Verlängerung um weitere 12 Monate abgeschlossen worden.

Die Option sei von der Auftraggeberin gezogen worden, sodass der Vertrag Ende Juni 2018 durch Zeitablauf geendet habe. Auch zu diesem Vergabeverfahren (der Verlängerung) habe die Antragstellerin im Jahre 2017 einen Feststellungsantrag eingebracht. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei der Vertragsabschluss im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit nur einem Unternehmer nicht rechtswidrig. Das BVwG habe mit Erkenntnis (BVwG 26.06.2018, W139 2162939-2/81E) festgestellt, dass das Vorgehen der Auftraggeberin vergaberechtskonform gewesen wäre. Weiters habe der Entscheidung entnommen werden können, dass ein weiterer, neuerlicher Abschluss eines mehrjährigen Rahmenvertrages im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmer zulässig wäre. Da die Auftraggeberin Anfang/Mitte Juni 2018 die oben angesprochene Entscheidung des BVwG noch nicht erhalten habe und der Vertrag über die Lieferung der gegenständlichen Hygieneartikel kurz vor dem Auslaufen gewesen sei, habe die Auftraggeberin eine Entscheidung über die weitere Vergabestrategie treffen müssen.

Obwohl nunmehr auf Basis der Entscheidung des BVwG vom 26.06.2018 eine Verlängerung des Vertrages im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit nur einem Unternehmer zulässig gewesen wäre, halte die Auftraggeberin an ihrer Entscheidung fest und arbeite bereits an einer Neuausschreibung. Lediglich zur Überbrückung bis zum Abschluss der entsprechenden Vergabeverfahren habe die Auftraggeberin am 25.06.2018 zwei Direktvergaben vorgenommen und zwar hinsichtlich Papierhandtuchrollen sowie Seife und Lufterfrischer(-kartuschen). Die Auftragssummen würden jeweils unter der Direktvergabegrenze von € 100.000,- liegen. Die erwähnten Direktvergaben würden ausschließlich der Bedarfsdeckung der Auftraggeberin für den Übergangszeitraum bis zum Abschluss der Neuvergabe der Leistungen dienen. Die zwei Direktvergaben hinsichtlich Papierhandtuchrollen einerseits und Seife und Lufterfrischer(-kartuschen) andererseits seien jedenfalls vergaberechtskonform erfolgt. Gemäß § 183 Abs. 1 Z 1 BVergG 2006 sei bei befristeten Lieferaufträgen mit einer Laufzeit von höchstens 12 Monaten der geschätzte Gesamtbetrag der während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte als geschätzter Auftragswert anzusetzen. Die gewählte Befristung entspreche dem voraussichtlichen Bedarfszeitraum bzw. ausgehend von den Lagerbeständen den voraussichtlichen Bedarfsmengen bis zum Abschluss der Neuausschreibung bzw. Neuvergabe. Da der jeweilige geschätzte Auftragswert unter € 100.000,- gelegen sei, sei die Wahl der Direktvergabe gemäß § 201 BVergG 2006 zulässig gewesen. Es sei auch keine Zusammenrechnung hinsichtlich der Auftragswerte von

Papierhandtuchrollen, Seife und Lufterfrischer(-kartuschen) geboten gewesen. Der Entscheidung des BVwG aus dem Vorverfahren (BVwG 26.06.2018, W139 2162939-2/81E) können entnommen werden, dass ohnedies ein weiterer neuerlicher Abschluss eines Rahmenvertrages im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmer zulässig gewesen wäre. Dies sowohl für Papierhandtuchrollen als auch Seife und Lufterfrischer. Die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb sei jedenfalls zulässig gewesen.

In einer Stellungnahme vom 27.08.2018 führte die Zuschlagsempfängerin der beiden Direktvergaben, die I XXXX GmbH, XXXX (im Weiteren: mitbeteiligte Partei), vertreten durch Singer Fössl Rechtsanwälte OG, Prinz-Eugen-Straße 30, 1040 Wien im Wesentlichen aus, dass es richtig wäre, dass die Auftraggeberin die mitbeteiligte Partei am 25.06.2018 mittels zweier Direktvergaben mit der Lieferung von Papierhandtuchrollen sowie Seife und Lufterfrischer(-kartuschen) beauftragt habe. Sowohl die Lieferung der Handtuchrollen als auch der Flüssigseifen und der Lufterfrischer(-kartuschen) seien Vergaben, deren Auftragswert jeweils deutlich unter € 100.000,- liegen würden. Zutreffend sei, dass mit Entscheidung des BVwG vom 26.06.2018, W139 2162939-2/81E es für zulässig erklärt worden sei, dass die Auftraggeberin in der konkreten Situation ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit nur einem Unternehmer durchführen hätte können. Eine Zusammenrechnung der Auftragswerte hätte nicht erfolgen müssen. Zudem hätten Seifenbeutel, Lufterfrischer und Handtuchrollen in vielen Fällen keinen einheitlichen Verwendungszweck bzw. würden nicht immer gemeinsam verwendet. Lufterfrischer derselben Type würden häufig bei Textilgeschäften im Umkleidebereich oder in Hotels im Gangbereich verwendet oder auch nur zur Ambienteschaffung. Papierhandtuchrollen und Seife würden ebenfalls häufig nicht gemeinsam verwendet und müssten auch nicht gemeinsam bezogen werden, weil in Toiletten- und Waschräumen zur Trocknung der Hände häufig Gebläsetrockner verschiedenster Typen von den Endkunden eingesetzt würden.

In einer Stellungnahme vom 11.09.2018 führte die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass eine Unklarheit über den Zuschlagsempfänger der Direktvergaben bestünde. Die Auftraggeberin selbst habe noch keinerlei Kenntnis darüber, wann die Neuvergabe tatsächlich durchgeführt werden solle. Der Zeitpunkt der Neuvergabe sei mithin unklar. In vergaberechtlicher Hinsicht bedeute das nichts anderes, als dass die Vertragsdauer unklar sei. Gemäß § 188 Abs. 1 Z 3 BVergG 2006 sei bei unklarer Vertragsdauer das 48fache des voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelt als geschätzter Auftragswert anzusetzen. Lege man die von der Auftraggeberin beauskunfteten Monatswerte zugrunde, sei durch die gesetzlich normierte Multiplikation mit dem Faktor 48 der Oberschwellenbereich überschritten. Die Direktvergabe sei daher unzulässig.

Die von der Auftraggeberin ins Treffen geführten geschätzten Auftragswerte seien betragsmäßig nicht nachvollziehbar. Bezüglich der Zusammenrechnung der Auftragswerte werde ausgeführt, dass der Verwendungszweck bei Rollenhandtüchern und Toilettenpapier der gleiche sei. Es handle sich überbegrifflich um Reinigungstücher, einmal für den Intimbereich und einmal für die Hände. Der Verwendungszweck von Flüssigseife, Rollenhandtüchern und Toilettenpapier sei die Körperhygiene. Der Verwendungszweck sei daher bei all diesen Produkten ident. Die gleichzeitig getrennte Vergabe ohne Zusammenrechnung der Werte von Rollenhandtüchern, Toilettenpapier und Flüssigseife sei unzulässig. Es würden keinerlei Gründen vorliegen, die ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung zulassen würden. Dies auch nicht aus dem Vorverfahren W139 2162939-2/81E.

In einer weiteren Stellungnahme vom 18.09.2018 führte die mitbeteiligte Partei im Wesentlichen aus, dass gemäß § 333 Abs. 1 BVergG 2006 Partei eines Feststellungsverfahrens ex lege ein allfälliger Zuschlagsempfänger sei. Das BVwG habe lediglich zu prüfen, ob die mitbeteiligte Partei in diesem Verfahren Zuschlagsempfängerin wäre. Die Rechtsposition der mitbeteiligten Partei ergebe sich bereits aus den im Vorverfahren vorgelegten Urkunden. Es werde diesbezüglich auf den Rahmenvertrag zur Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer, Toilettensitzreinigern sowie Bereitstellung von Spendern vom 20.05.2014 verwiesen.

Vertragspartner des vorgenannten Vertrages seien die Flughafen Wien AG und die ehemalige I XXXX GmbH [die firmenbuchrechtliche richtige Schreibweise lautet: I XXXX GmbH mit der FN XXXX]. In weiterer Folge sei es zu mehrfachen gesellschaftsrechtlichen Umgründungsvorgängen gekommen, die jeweils eine Universal- bzw. Teilrechtsnachfolge in den hier betroffenen Unternehmensteil, nämlich "Hygieneservices" betraf.

Konkret sei mit Generalversammlungsbeschluss vom 28.09.2015 die Verschmelzung der I XXXX GmbH (FN XXXX) als übertragende Gesellschaft mit der ehemaligen I XXXX GmbH (jetzt R XXXX GmbH, FN XXXX a) beschlossen worden.

Taggleich sei der Antrag auf Löschung der I XXXX GmbH eingebracht worden, welches beides am 23.10.2015 ins Firmenbuch eingetragen worden sei.

Mit Gesellschaftsvertrag und Erklärung über die Errichtung der Gesellschaft vom 08.02.2017 sei die nunmehrige I XXXX GmbH (FN XXXX f) im Firmenbuch eingetragen worden und damit, zunächst als leere Hülle, gegründet worden. Mit Generalversammlungsbeschluss vom 02.05.2017 sei die Spaltung durch Aufnahme der ehemaligen I XXXX GmbH (FN XXXX a, jetzt R XXXX GmbH) in die I XXXX GmbH und zwar des Betriebes Hygieneservices und Textil- und Berufskleidungsservices samt dazugehörigen Vermögensgegenständen. In der diesbezüglichen Eintragung im Firmenbuch würden ausdrücklich alle Rechtsverhältnisse sowie Rechte und Verbindlichkeiten als übergehende Vermögensgegenstände bezeichnet. Am selben Tag, nämlich am 02.05.2017 sei der korrespondierende Generalversammlungsbeschluss der Spaltung zur Aufnahme eines Vermögensteiles der R XXXX GmbH und zwar des Betriebes Hygieneservices und Textil- und Berufskleidungsservice samt dazugehöriger Vermögensgegenstände erfolgt. Die die Auftraggeberin betreffenden Rechtsverhältnisse seien durch die gesellschaftsrechtlichen Umgründungsvorgänge jeweils übertragen worden, sodass die mitbeteiligte Partei alle Rechten und Pflichten aus den ursprünglichen Rahmenverträgen mit der Auftraggeberin übernommen habe.

Überdies sei der Verwendungszweck von Rollenhandtüchern und Toilettenpapier nicht der gleiche. Würde man der Rechtsansicht der Antragstellerin folgen, dass sämtlich Produkte, die bloß potentiell der Körperhygiene dienen würden, bei der Auftragswertberechnung zusammenzurechnen wären, dann wäre die Auftraggeberin gezwungen, beispielsweise auch jenen Teil des Fließwassers, der der Körperhygiene bzw. der Spülung zugeführt würde, aber auch jenen Teil der elektrischen Energie, mit der die Beleuchtung in den Nassräumen usw. betrieben werde, zu einer einheitlichen Beschaffung zusammenzufassen. Es bestünde daher weder aus rechtlichen Gründen, noch aus Gründen der Faktizität ein Zusammenrechnungsgebot.

In der Stellungnahme vom 18.09.2018 führte die Auftraggeberin im wesentlichen aus, dass die Zuschlagsempfängerin betreffend den Auftrag über die Lieferung von Handpapierrollen und auch für die Lieferung von Seife und Lufterfrischer die I XXXX GmbH sei. Die Erwähnung der I XXXX GmbH in den allgemeinen Auskünften sei irrtümlich erfolgt. Die I XXXX GmbH sei Rechtsnachfolgerin der I XXXX GmbH. Die I XXXX GmbH sei, wie sich aus dem öffentlich zugänglichen Firmenbuch ergäbe, gelöscht und nicht mehr existent. Das Bundesverwaltungsgericht habe in seinem Erkenntnis vom 26.06.2018 bereits festgestellt, dass hinsichtlich der Handpapierrollen sowie der Seife und Lufterfrischer eine Vergabe im Wege eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmen zulässig sei. Selbst wenn der geschätzte Auftragswert der verfahrensgegenständlichen Bestellungen im Oberschwellenbereich liegen sollte, so wäre das Vorgehen der Auftraggeberin dennoch zulässig. Die Antragstellerin versuche mit dem gegenständlichen Feststellungsantrag schlicht die Rechtskraft des Erkenntnisses des BVwG vom 26.06.2018 auszuhebeln. Die Antragstellerin behaupte, dass die Auftragswertschätzung für den Überbrückungsbedarf unrichtig sei. Zum einen sei die Behauptung unrichtig, weil die Auftraggeberin auch einen Bedarf mit Werten im Oberschwellenbereich zulässigerweise direkt decken bzw. die Leistungen direkt beziehen könnte. Die Auftraggeberin habe der Berechnung des geschätzten Auftragswertes für die Beauftragung eine klare Vertragsdauer und einen klaren Leistungsumfang zugrunde gelegt. Die klare Vertragsdauer ergebe sich eindeutig aus den Bestellungen, welche ein konkretes Enddatum/Laufzeitende vorsehen würden. Die Direktvergaben seien erfolgt, bevor die Auftraggeberin die Entscheidung des BVwG hinsichtlich Handpapierrollen und Seife erhalten habe. Zu diesem Zeitpunkt habe die Auftraggeberin folglich noch nicht gewusst, wie das BVwG entscheiden würde und wie sie in der Folge die Leistungen beschaffen könnte. Dementsprechend habe die Auftraggeberin lediglich einen Überbrückungsbedarf direkt vergeben. Für die Festlegung der weiteren Vergabestrategie habe die Auftraggeberin eben die Entscheidung des BVwG abwarten wollen. In der Folge habe das BVwG aber ohnedies entschieden, dass ein direkter Leistungsbezug von der mitbeteiligten Partei vergaberechtlich zulässig sei.

Am 19.09.2018 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise, wie folgt: (Änderungen bei Rechtschreibung und Grammatik durch das BVwG)

"[...]

Eingangs der Verhandlung werden die Verfahren W138 2203766 und W138 2203771 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

VR: Wer ist Zuschlagsempfängerin in beiden Direktvergaben?

Vertreter der AG: Zuschlagsempfängerin in beiden Direktvergaben ist die I XXXX GmbH. Diesbezüglich wird auf die Schriftsätze vom 18.09.2018 der mitbeteiligten Partei und des eigenen Schriftsatzes verwiesen.

Senat nimmt Einblick in den vorgelegten Vergabeakt und überzeugt sich davon, dass bezüglich beider Direktvergaben die I XXXX GmbH angeführt ist und für den Senat somit klargestellt ist, dass "Zuschlagsempfänger" und Partei des Verfahrens die vorgenannte Partei ist.

Verhandlung wird auf Wunsch der AST zur Abklärung des Verbleibs der am 18.09.2018 nachweislich per ERV übersandten Schriftsätze der AG und mitbeteiligten Partei und zur Klärung der Parteistellung der mitbeteiligten Partei um 10:47 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 10:55 Uhr fortgesetzt.

RV der AST: Die Parteistellung der I XXXX GmbH wird außer Streit gestellt.

VR legt die rechtlichen Überlegungen, welche der Senat im Vorfeld der heutigen Verhandlung angestellt hat, wie folgt dar: Nachdem im Verfahren W139 2162939-2 rechtskräftig festgestellt wurde, dass ein Verfahren ohne Bekanntmachung auch im Oberschwellenbereich bezüglich des vergleichbaren Beschaffungsgegenstandes zulässig war und offensichtlich auch noch eine gewisse Zeit nach Erlassung des Erkenntnisses zulässig sein soll, stellt sich die Frage, ob die AST durch die Wahl der Direktvergaben ohne Bekanntmachung überhaupt einen Schaden erlitten haben kann. Überdies ist es für eine Feststellung, dass rechtswidrigerweise ein Verfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt wurde, rechtlich unerheblich, welches konkrete Verfahren ohne Bekanntmachung durchgeführt wurde, sondern ausschließlich ob überhaupt ein Verfahren ohne Bekanntmachung hätte durchgeführt werden dürfen.

AST Vertreter bestreitet und verweist auf das bisherige Vorbringen. Es wird auch darauf verwiesen, dass im vorgenannten Verfahren W139 2162939-2 die mitbeteiligte Partei eine andere gewesen wäre als im gegenständlichen Verfahren. Nach Einsicht in das Erkenntnis W139 2162939-2 teilt der VR mit, dass nach den Feststellungen des vorgenannten Verfahrens die mitbeteiligten Parteien denselben Firmenwortlaut haben.

AST Vertreter verweist darauf, dass der die Ausschließlichkeit begründende Vertrag des Verfahrens W139 2162939-2 möglicherweise nicht mit der nunmehrigen mitbeteiligten Partei geschlossen wurde bzw. nicht auf diese übergang.

RV der mitbeteiligten Partei: Aus den vorgelegten Urkunden und den dem AST in der Verhandlung übergebenen Firmenbuchauszügen ergibt sich das gerade nicht. Die Verträge mit der S XXXX aus 2014 lauten noch auf I XXXX GmbH. Diese Verträge sind aber Kraft der Universalrechtsnachfolge in Folge Spaltung zur Aufnahme auf die nunmehrige Zuschlagsempfängerin übergegangen.

Vertreter der AG: Aus dem öffentlichen Firmenbuch ist ersichtlich, dass sämtliche Rechtsverhältnisse, Rechte und Verbindlichkeiten aus dem Betrieb Hygiene-Textilservices von der I XXXX GmbH zunächst auf die I XXXX GmbH und in weiterer Folge auf die nunmehrige Zuschlagsempfängerin übergegangen sind.

VR: Warum hat man sich für die Direktvergaben entschieden?

Informierter Vertreter: Der AG war zum Zeitpunkt als sie sich für die Direktvergaben entschieden hat, das Erkenntnis W139 2162939-2 noch nicht zugestellt. Um sich keinerlei Präjudiz auszusetzen, hat man sich für die Direktvergaben entschieden. Um kurzfristig den vorhersehbaren Beschaffungsbedarf zu decken hat man sich in damaliger Unkenntnis des Erkenntnisses W139 2162939-2 für die Direktvergaben entschieden. Die Direktvergabe war auch notwendig, da der Vorvertrag noch im Juni 2018 ausgelaufen ist. Hätte man Kenntnis vom Erkenntnis W139 2162939-2 gehabt, hätte man auch wieder ein Verfahren ohne Bekanntmachung gewählt, jedoch für einen längeren Zeitraum ausgeschrieben.

VR: Wer hat die Prüfung, ob gegenständlich eine Direktvergabe zulässig ist, vorgenommen?

Vertreter der AG: Die Auftraggeberin hat diese Prüfung gemeinsam mit uns durchgeführt.

VR: Wissen Sie noch, wann diese ersten Prüfschritte gesetzt wurden?

Informierter Vertreter: Einen konkreten Termin, wann wir mit den Besprechungen begonnen haben, kann ich nicht mehr angeben. Wir waren in ständigem Kontakt. Es wurde bei Mag. H XXXX mehrmals nachgefragt, wann das Erkenntnis erlassen würde, da der Auslauf des Vorvertrages bevorstand, hat man sich zur Überbrückung für die

Direktvergabe entschieden. Von Mag. H XXXX wurde an sich in Aussicht gestellt, dass das Erkenntnis vor Auslauf des Vertrages erlassen werden könnte. Dieser Termin hat sich jedoch nach hinten verschoben, sodass man zur Direktvergabe gezwungen war.

VR: Wie haben die Prüfschritte, die Sie gesetzt haben, ausgesehen? Einerseits für die Direktvergabe von Handpapierrollen für bestehende Spender und andererseits die Lieferung von Seife und Lufterfrischer für bestehende Spender.

Vertreter der AG: Wir haben den Überbrückungszeitraum ausgewählt.

VR: Wie wurde dieser Überbrückungszeitraum konkret gewählt und wie ist dieser definiert?

Vertreter der AG: Wir sind davon ausgegangen, dass wir innerhalb weniger Wochen oder Monaten die Entscheidung des BVwG zugestellt bekommen werden. Wir sind daher davon ausgegangen, dass wir mit einem Beschaffungszeitraum von 3 Monaten das Auslangen finden werden. Bei der Beschaffung von Seife und Lufterfrischer für bestehende Spender haben wir uns jedoch für einen 6-monatigen Zeitraum entschieden; dies zum einen, weil es sich um sehr geringe Beschaffungsvolumina gehandelt hat und zum anderen deshalb, weil hier keine nennenswerten Restlagerbestände vorhanden waren. Der konkrete Zeitpunkt bezüglich des errechneten Beschaffungszeitraumes von Seife und Lufterfrischer für bestehende Spender ist der 31.12.2018. Bezüglich der Rollenhandtücher ist es der Zeitraum bis Ende September 2018.

VR weist darauf hin, dass sich aus den Vergabeunterlagen zwar ein Angebotsdatum vom 19.06.2018 ergibt, der Liefertermin jedoch das Monat 09.2018 sein soll und auch eine Kostenaufstellung für 3 Monate dem Akt zu entnehmen ist, sodass sich eigentlich rechnerisch das früheste Ende Ende November 2018 errechnen würde.

Vertreter der AG: Mit der Angabe des Liefertermines 09.2018 ist der Endzeitpunkt gemeint. Dies ergibt sich daraus, dass die ursprünglichen Lieferverträge im Juni 2018 endeten. Den Zeitraum Ende September 2018 haben wir gewählt, da dies jener Zeitraum gewesen wäre, von welchem wir ausgingen, ein offenes Verfahren bei negativem Ausgang im Verfahren W139 2162939-2 durchführen zu können. Nunmehr haben wir nach Zustellung des Erkenntnisses W139 2162939-2 die zeitliche Dringlichkeit nicht mehr gesehen, da uns rechtskräftig zugestanden wurde, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung im Oberschwellenbereich durchführen zu können. Wir werden jedenfalls vor Verbrauch der, mit Direktvergabe beschafften Artikel, insbesondere der Handpapierrollen ein weiteres nicht öffentliches Verfahren zur Überbrückung des Beschaffungsbedarfes durchführen. Hiernach ist geplant ein öffentliches Verfahren durchzuführen.

RV der AST: Ist aus dem Vergabeakt ersichtlich, wie der Endzeitpunkt aussieht?

VR: Nach Einblick in den Vergabeakt wird mitgeteilt, dass es eine Kostenaufstellung der mitbeteiligten Partei vom 18.06.2018 gibt, worin die Handtuchrollen für 3 Monate angeboten wurden. Überdies ist die Preisgültigkeit mit 30.09.2018 eingeschränkt. Im Dokument Rahmenlieferung vom 26.06.2018 ist als Liefertermin das Monat 09.2018 angegeben. Diesbezüglich hat der Auftraggeber bereits ausgeführt, dass damit nicht der Beginn der Lieferung, sondern der Endzeitpunkt gemeint war.

RV der AST: Warum wurde der Zeitraum bei Seife und Lufterfrischer für bestehende Spender mit Ende Dezember 2018 gewählt?

Vertreter der AG verweist auf die bisherigen Ausführungen und gibt ergänzend an, dass es bei Rollenhandtüchern einen Lagerbestand gibt, bei Seife, Lufterfrischer jedoch nicht.

VR: Von Seiten der AST ist vorgebracht worden, dass die Verbrauchsschätzungen im Verfahren W139 2162939-2 noch erheblich höher waren als nunmehr angegeben. Was sagen Sie dazu?

Vertreter der AG: Der AG kennt seinen Bedarf aus der Erfahrung der Vergangenheit sehr gut. Hinsichtlich der von der AST angesprochenen Zahlen, ergibt sich bei Herunterrechnung auf den tatsächlichen Beschaffungszeitraum kein Unterschied. Die AST ist bei ihrer Berechnung von Jahres- bzw. 4 Jahresbeschaffungszeiträumen ausgegangen.

VR: Gibt es zum gegenständlichen Zeitpunkt bereits Dokumentation bezüglich der geplanten Vergaben?

Vertreter der AG: Es gibt einige Aktenvermerke und Kommunikation bezüglich der weiteren Vorgehensweise zur Beschaffung der notwendigen Produkte. Aufgrund des rechtskräftigen Erkenntnisses W139 2162939-2 sehen wir derzeit keine Veranlassung Überlegungen zu dokumentieren, da die Beschaffung und die diesbezügliche

Dokumentation hinsichtlich der gewählten Vorgehensweise eine maximale Vorlaufzeit von einer Arbeitswoche haben. Die Verträge sind standardisiert und wir stehen in laufender Geschäftsbeziehung mit der mitbeteiligten Partei. Die Vorbereitungszeiträume wären erheblich länger, wenn nicht aufgrund der technischen Ausschließlichkeit nur bei der mitbeteiligten Partei beschafft werden könnte. In der gegenständlichen Konstellation wäre auch kein neues Vertragswerk erforderlich.

VR: Wie lange ist die Lebensdauer der 2008 beschafften Handtuchrollen, Seifen und Duftspender?

Vertreter der AG: Im Verfahren W139 2162939-2 wurde meines Erachtens einvernehmlich von einer Lebensdauer von maximal 15 Jahren ausgegangen.

RV der AST bestreitet die Einvernehmlichkeit und geht von einer kürzeren Lebensdauer aus, ohne eine konkrete Angabe zu machen.

VR: Hat sich an der entscheidungsrelevanten Infrastruktur seit dem Erkenntnis W139 2162939-2 etwas geändert?

Vertreter der AG: Nein.

VR: Wie verhält es sich mit dem Bieterkreis bezüglich Flüssigseife und Lufterfrischer einerseits und Hygienepapier andererseits?

Vertreter der AG: Es handelt sich um unterschiedliche Bieterkreise. Auch die Fabrikanten von Flüssigseife produzieren nicht automatisch Hygienepapier und umgekehrt. Meines Wissens nach betrifft das auch den Bietermarkt.

RV der mitbeteiligten Partei: Der Markt ist auch innerhalb der Produkte segmentiert. Nicht jeder Bieter von Hygieneprodukten bietet das gesamte Produktspektrum an.

AST: Ich weiß, dass sämtliche Hersteller von Handpapierrollen auch Seife im Programm haben.

VR: In welchem Umfang sind die Leistungen bezüglich der beiden Direktvergaben bereits erbracht worden?

RV der AG: Diese Produkte werden laufend verbraucht. Die genauen Lagerstände kenne ich nicht. Ich weiß auch nicht, wie viele Produkte noch original verpackt sind und ohne Wertminderung zurückgestellt werden könnten. Es werden die Produkte nicht auf einmal geliefert, sondern je nach Bedarf abgerufen.

VR: Gab es in der Vergangenheit bereits Feststellungen wegen einer rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung?

Vertreter der AG: Nein.

VR: Wäre aus heutiger Sicht die AST bei Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne Aufruf zum Wettbewerb im konkreten Fall eingeladen worden?

Vertreter der AG: Nein.

AST hat keine Fragen.

VR: Wo liegt der behauptete Schaden konkret begründet, wenn die AG allfällig ein weiteres Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchführen könnte?

RV der AST: Ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung dürfte nicht durchgeführt werden. Auf ein neues Verfahren wäre bereits das BVergG 2018 anwendbar. Die Voraussetzungen für die Ausnahmebestimmungen haben sich geändert und dürften nur für den Fall herangezogen werden, dass es keine sinnvolle Alternative zum gegenständlichen Sachverhalt gibt. Es gibt eine Reihe von Bietern, welche Produkte anbieten würden, welche in die bestehenden Spender passen würden bzw. andere Spender anbieten könnten.

AST: Die nachgefragten Produkte könnten auch von mir geliefert werden. Daher droht mir jedenfalls ein Schaden durch die gewählte Vorgehensweise.

Vertreter der AG und mitbeteiligte Partei bestreiten.

[...]"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der bezugnehmenden Beilagen, der Unterlagen des Verfahrens des BVwG zu W139 2162939-1, der gegenständlichen Feststellungsverfahren sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin der gegenständlichen Auftragsvergaben ist die Flughafen Wien AG. Diese führte 2008 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Ausschreibung für die Lieferung von diversen Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von vier Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach vorhergehendem Aufruf zum Wettbewerb betreffend einen Lieferauftrag nach den Bestimmungen des Sektorenvergaberechts durch. Gegenstand der Ausschreibung war demnach die Lieferung von Hygieneartikel aus Papier und Zellstoff, wie Toilettenpapier, Putzpapier, Falt- und Rollenhandtücher und Zellstofftücher sowie Duftspender und Hygienebehälter und die Ausstattung mit Spendersystemen (Punkt 8.7 der Ausschreibungsunterlage). An diesem Verfahren beteiligte sich unter anderem auch die gegenständliche Antragstellerin. Der Zuschlag wurde der Rechtsvorgängerin der mitbeteiligten Partei, damals I XXXX GmbH, nunmehr I XXXX GmbH erteilt. Nach Inanspruchnahme der Verlängerungsoption endete die Laufzeit des betreffenden Vertrages am 30.06.2014. (Unterlagen des Vergabeverfahrens 2008; offenes Firmenbuch).

Am 17.05.2014 genehmigte die Auftraggeberin die Einleitung eines Vergabeverfahrens im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit einem Bieter gemäß § 195 Z 3 iVm Z 5 BVergG 2006 betreffend die "Lieferung von Handtuchrollen, Seife, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern für bestehende Spendersysteme". Abgeschlossen werden sollte eine Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von drei Jahren und einer Verlängerungsoption von 12 Monaten.

Am 06.06.2014 wurde mit der Rechtsvorgängerin der mitbeteiligten Partei ein Rahmenvertrag auf drei Jahre mit der Option auf Verlängerung um weitere 12 Monate abgeschlossen. Leistungsinhalt des betreffenden Rahmenvertrages bildeten die Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer (Duftpatronen) und Toilettensitzreinigern sowie die Bereitstellung von Spendern.

Am 29.06.2017 beantragte die Antragstellerin, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Flughafen Wien AG 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.

Dieser Antrag wurde vom BVwG unter näherer Begründung mit Erkenntnis vom 26.06.2018, W139 2162939-2/81E rechtskräftig abgewiesen. (Unterlagen des Verfahrens W139 2162939-2). Die mit den beiden gegenständlichen Direktvergaben beschafften Waren wurden auch in dem dem vorgenannten Feststellungsverfahren zu Grunde liegenden Vergabeverfahren beschafft.

Die Vertragsverlängerungsoption wurde von der Auftraggeberin gezogen, sodass der Vertrag Ende Juni 2018 durch Zeitablauf geendet hat.

Am 25.06.2018 beauftragte die Auftraggeberin die mitbeteiligte Partei direkt mit der Lieferung von Papierhandtuchrollen sowie Seife und Lufterfrischer(-kartuschen). Der Auftragswert beider Direktvergaben liegt jeweils unter € 100.000,--.

Bezüglich der Direktvergabe von Seife und Lufterfrischer(-kartuschen) liegt die Vertragslaufzeit zwischen dem 01.07.2018 und dem 31.12.2018.

Die Vertragslaufzeit der Direktvergabe der Handtuchrollen liegt zwischen dem 01.07.2018 und dem 30.09.2018. Aus den vorgelegten Vergabeunterlagen der Auftraggeberin ist die Ermittlung der jeweils geschätzten Auftragswerte und deren Dokumentation ersichtlich (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

Die gegenständlichen Feststellungsanträge bezüglich der Lieferung von Seife und Lufterfrischer für bestehende Spender und Handpapierrollen für bestehende Spender wurden von der Antragstellerin fristgerecht am 08.08.2018 beim BVwG eingebracht und Pauschalgebühren entrichtet.

Mit Beschluss des BVwG vom 27.09.2018, W138 2202965-1/24E wurden die weiteren Anträge auf Feststellung, dass die Auftraggeberin einen Vertrag rechtswidriger Weise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe bzgl. der vermuteten Vergaben zurückgewiesen.

Dem offenen Firmenbuch kann entnommen werden, dass die mitbeteiligte Partei Universalrechtsnachfolgerin der I XXXX GmbH bezüglich des Betriebes Hygieneservices und Textil- und Berufskleidungsservices, samt dazugehörigen Vermögensgegenständen (einschließlich Liegenschaften), Rechtsverhältnissen, Rechten und Verbindlichkeiten [...] ist.

2. Beweiswürdigung:

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den vorgenannten Beweismitteln. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens und des Verfahrens zu W139 2162939-1 keine Bedenken ergeben. Der maßgebliche Sachverhalt findet Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Die Ausführungen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei in der mündlichen Verhandlung vom 19.09.2018 wurden von der Antragstellerin auch nicht substantiiert bestritten.

3. Rechtliche Beurteilung:

Die gegenständlichen Rechtsschutzverfahren waren bereits vor Inkrafttreten des BVergG 2018 beim BVwG anhängig, sodass diese gemäß § 376 Abs. 4 BVergG 2018 nach den Bestimmungen des BVergG 2006 weiterzuführen sind.

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291 BVergG, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 BVergG oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

Zu A)

Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Flughafen Wien AG. Sie übt als Betreiberin des Flughafens Wien - Schwechat eine Sektorentätigkeit gemäß § 172 BVergG aus und ist damit Sektorenauftraggeberin gemäß § 166 BVergG (siehe bereits BVA 01.07.2005, 16N-36/05-36; u.a. BVwG 05.06.2014, W138 2007599-1/15E). Bei den gegenständlichen Vergaben handelt es sich gemäß § 5 iVm § 174 BVergG um Lieferaufträge. Die Leistungen dienen dem Funktionieren des Betriebes eines für den internationalen Luftverkehr bestimmten Flughafens. Der geschätzte Auftragswert liegt bei beiden Direktvergaben unter der Schwelle von € 100.000,--. Es handelt sich demnach um Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich. Die Beschaffungsvorgänge liegen somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs. 3 BVergG ergibt sich aus § 291 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit g B-VG (siehe wiederum BVA 01.07.2005, 16N-36/05-36; u. a. auch BVwG 06.04.2016, W114 2118489-3/29E).

Gemäß § 2 Z 16 BVergG ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren eine Entscheidung. Bei der Direktvergabe ist gemäß § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung gesondert anfechtbar: die Wahl des Vergabeverfahrens.

Gemäß § 192 Abs. 9 BVergG wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

Gemäß § 201 BVergG ist eine Direktvergabe nur zulässig, wenn der geschätzte Auftragswert 100 000 Euro nicht erreicht. Die bei der Durchführung einer Direktvergabe gegebenenfalls eingeholten Angebote und unverbindlichen Preisauskünfte sind entsprechend zu dokumentieren.

Gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die

Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Bei der Direktvergabe handelt es sich um ein formfreies Vergabeverfahren für wertmäßig relativ geringfügige Leistungsvergaben (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP 50).

Bei der "klassischen" Direktvergabe, ist ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar.

Aus § 201 Abs. 1 BVergG ergibt sich, dass die Bestimmungen der §§ 181, 183, 187 Abs. 1 bis 4 und § 201 Abs. 5 BVergG bei der Anwendung der Direktvergabe zwingend zur Anwendung gelangen. Auch bei der Direktvergabe hat der Auftraggeber die Grundsätze des freien und lauterer Wettbewerbs und der unparteiischen Behandlung aller möglichen Bewerber zu wahren (siehe Rindler in Gast [Hrsg.], BVergG-Leitsatzkommentar, E 1. zu § 41). Der Gleichbehandlungsgrundsatz setzt eine Verpflichtung zur Transparenz voraus; sonst könnte nicht geprüft werden, ob er beachtet worden ist. Die vorgenannten Überlegungen lassen sich für Direktvergaben im Sektorenbereich übertragen.

Gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 332 Abs. 1 BVergG hat ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 jedenfalls 1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, 2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse, 3. soweit dies zumutbar ist, die genaue Bezeichnung des allfälligen Zuschlagsempfängers, 4. die Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, 5. Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller, 6. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, 7. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, 8. ein bestimmtes Begehren und 9. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde, zu enthalten.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits mehrfach mit dem Begriff des Schadens als Voraussetzung für die Antragslegitimation gemäß § 331 Abs. 1 BVergG 2006 befasst (u.a. VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065 mwN; VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032, 0034 mwN). Demnach liegt ein dem Antragsteller drohender Schaden bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist.

Die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, kann durch eine behauptete Rechtswidrigkeit allerdings dann nicht beeinträchtigt werden, wenn der Antragsteller nicht in der Lage gewesen wäre, die auftragsgegenständliche Leistung vollständig (etwa in zeitlicher Hinsicht) oder sonst in ihrer Gesamtheit zu erbringen (VwGH 26.02.2014, 2011/04/0134; VwGH 26.02.2014, 2011/04/0168). Bestehen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller die ausgeschriebene Leistung nicht erbringen bzw. dass er ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot nicht legen kann, ist es nicht hinreichend, die Plausibilität des Vorbringens zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig zu prüfen und allein aus diesem Grund einen (drohenden) Schaden im Sinn des § 331 Abs. 1 BVergG 2006 zu bejahen (VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032, 0034).

Weiters verweist der Verwaltungsgerichtshof auf das umfassende Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, angesichts dessen auch die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung bekämpft werden können müsse, und zwar gerade auch von jenen Unternehmen, die nicht eingeladen wurden an dem betreffenden Vergabeverfahren teilzunehmen. Ein drohender Schaden kann in einer derartigen Konstellation in der Beeinträchtigung der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gelegen sein, sofern der Rechtsstandpunkt, die Auftraggeberin sei nicht berechtigt gewesen, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, zuträfe (VwGH 09.09.2015, 2013/04/0111).

Ein Interesse am Vertragsabschluss liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vor, wenn dargelegt wird, dass der Antragsteller ein Interesse daran hatte, ein Angebot zu legen (VwGH 23.05.2014, 2013/04/0025; VwGH 21.01.2014, 2011/04/0003).

Ausgehend von den Feststellungen ist festzuhalten, dass das Vorliegen eines der Antragstellerin drohenden und im Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einem Vergabeverfahren liegenden Schadens als plausibel angesehen und das Interesse der Antragstellerin am Abschluss des Vertrages als gegeben erachtet wird. Die gegenständlichen Feststellungsanträge wurden wenige Tage nach den Direktvergaben beim BVwG eingebracht und sind damit jedenfalls fristgerecht.

Die von der Antragstellerin gewählte Bezeichnung des Vergabeverfahrens in den Feststellungsanträgen dient allein der Identifikation des als rechtswidrig erachteten Vergabeverfahrens, dessen Auftragsgegenstand der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht vollumfänglich bekannt war. Tatsächlich war der Auftraggeber angesichts der Bezeichnung durch die Antragstellerin offenbar klar, um welche Vergabeverfahren es sich handelt (Möslinger-Gehmayer in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, § 332 Rz 30, 1. Lfg).

Inhaltliche Beurteilung:

Im gegenständlichen Fall beruft sich die Auftraggeberin bei ihrer Entscheidung für die Vergabe von Aufträgen im Wege der Direktvergabe gemäß § 201 BVergG darauf, dass diese Beschaffungen nur zur Überbrückung dienen würden. Die geschätzten Auftragswerte der beiden Direktvergaben jeweils unter der Schwelle von € 100.000,- liegen würden und der Auftraggeberin entsprechend der Entscheidung der BVwG vom 26.06.2018, W139 2162939-2/81E ohnedies die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb auch im Oberschwellenbereich offen gestanden wäre. Die Auftragswerte der beiden Direktvergaben wären auch nicht zusammenzurechnen gewesen. Die Antragstellerin bestritt wiederum das Vorliegen der Voraussetzungen für die Vergabe der Aufträge im Wege der Direktvergabe.

Grundsätzlich obliegt die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber seinen Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechend zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG bzw. § 187 Abs.1 BVergG ausschließlich dem Auftraggeber; er trägt die politische Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit für die Erfüllung seiner Aufgaben und damit für das Funktionieren der zu diesem Zweck beschafften Leistungen (u.a. BVA 03.01.2011, BVA/0075-BVA/14/2010-56 mwN; BVA 15.09.2009, N/0081-BVA/10/2009-60; BVA 20.09.2006, N/0068-BVA/03/2006-20).

Zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes bei Lieferaufträgen und deren Zusammenrechnung:

In diesem Zusammenhang behauptet die Antragstellerin im Wesentlichen, dass der Zeitpunkt der Neuvergaben unklar sei und daher aufgrund der unklaren Vertragsdauer das 48-fache der voraussichtlich zu leistenden Monatsentgelte als geschätzter Auftragswert anzusetzen gewesen wäre. Die Direktvergabe wäre daher unzulässig, da bei korrekter Berechnung der Auftragswerte der Oberschwellenbereich überschritten worden wäre.

Wie den Feststellungen zu entnehmen ist, konnte sich der Senat durch Einsicht in die Vergabeunterlagen davon überzeugen, dass es sich bei beiden Direktvergaben um befristete Aufträge mit einer Laufzeit unter zwölf Monaten handelt. Die konkreten Befristungen der Aufträge können den Vergabeunterlagen entnommen werden. Die Auftraggeberin ist daher zurecht im Sinne des § 183 Abs. 1 Z 1 BVergG davon ausgegangen, dass als geschätzter Auftragswert die während der Vertragsdauer voraussichtlich zu leistenden Entgelte anzugeben sind. Die Auftragswerte der beiden Direktvergaben wurden daher von der Auftraggeberin korrekt errechnet.

Die Auftragswerte beider Direktvergaben liegen, unabhängig von den Fragen allfälliger Zusammenrechnung der Werte, jeweils unter dem Schwellenwert von € 100.000.

Bezüglich einer allfällig gebotenen Zusammenrechnung der Auftragswerte beider Direktvergaben führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass die gleichzeitige getrennte Vergabe, also ohne Zusammenrechnung der Werte, von Rollenhandtüchern und Toilettenpapier und Flüssigseife unzulässig wäre. Rechtlich folge daraus, dass die Werte der beschafften Produkte zusammenzurechnen seien. Auch der Wert des Toilettenpapiers, welches im Jahr 2017 im Wege einer Direktvergabe nach vorigen Aufruf zum Wettbewerb beschafft wurde, wäre hinzuzuzählen.

Bei der Wahl der Methode zur Berechnung des geschätzten Auftragswertes entscheidet bei Lieferleistungen

grundsätzlich der Umstand, ob es sich um gleichartige Aufträge handelt. Gleichartige Aufträge wären zusammenzurechnen. Nach einer Leitentscheidung des BVA, welche weiterhin Gültigkeit hat, sind im Zusammenhang mit einem Lieferauftrag "gleichartige Lieferungen dann gegeben [...], wenn von einem im Wesentlichen einheitlichen Bieterkreis nach gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen Erzeugnisse hergestellt werden, die einen im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen" (BVA 21.03.1996, F-14/95-14; BVA 04.12.1997, F-10/97; BVA 23.10.2001 N-104/01-15; BVA 28.02.2002 N-104/01-46; BVA 02.05.2013, N/0025-BVA/12/2013-14; BVA 26.09.2013, N/0087-BVA/09/2013-29).

Die von der Judikatur geforderte Gleichartigkeit der Lieferungen als Voraussetzung einer Zusammenrechnung der Auftragswerte beider Direktvergaben ist nach Ansicht des Senates in gegenständlicher Konstellation nicht gegeben. Bei der Beschaffung von Flüssigseife und Lufterfrischern einerseits, welche in einer Direktvergabe zusammengefasst wurden und Papierhandtüchern andererseits, handelt es sich nicht um gleichartige Lieferungen. Es ist offenkundig, dass Flüssigseife und Lufterfrischer einerseits und Papierhandtücher andererseits nicht nach den gleichen Fertigungsmethoden aus vergleichbaren Stoffen hergestellt werden. Es ist offenkundig, dass diese auch nicht einem im Wesentlichen einheitlichen Verwendungszweck dienen. Dem Vorbringen der Antragstellerin, der Verwendungszweck von Flüssigseife, Rollenhandtüchern und Toilettenpapier sei die Körperhygiene und damit der Verwendungszweck bei den vorangeführten Produkten ident, kann von Seiten des Senates nicht gefolgt werden (vgl. UVS Tirol 31.10.2007, 2007/27/1942-4). Würde man der Rechtsansicht der Antragstellerin folgen, würde dies bedeuten, dass sämtliche Produkte, die bloß möglicherweise der Körperhygiene dienen bei der Auftragswertberechnung jeweils zusammenzurechnen wären. Diese Interpretation würde sich nahezu uferlos ausdehnen lassen, was dem Zweck der Bestimmungen des BVergG nicht entsprechen würde.

Fest steht daher für den Senat, dass keine Zusammenrechnung beider Direktvergaben über Flüssigseife und Lufterfrischern einerseits und Papierhandtüchern andererseits zu erfolgen hat.

Auch der Wert des Toilettenpapiers, welches im Jahr 2017 von der Auftraggeberin im Rahmen einer Direktvergabe nach vorherigen Aufruf zum Wettbewerb beschafft wurde, ist rechtlich nicht geboten, da die gleichzeitige Vergabe von Handpapierrollen, welche nunmehr im Wege einer Direktvergabe beschafft wurden, mit dem Toilettenpapier welches im Rahmen einer Direktvergabe nach Aufruf zum vorherigen Wettbewerb 2017 beschafft wurde, dem Auftraggeber nicht zumutbar war, da zu dem Zeitpunkt 2017 der konkrete Beschaffungsbedarf nicht absehbar war.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass die Auftraggeberin in Übereinstimmung mit den Bestimmungen des BVergG 2006 die Auftragswerte der beiden Direktvergaben korrekt errechnet hat und die Auftraggeberin nicht verpflichtet gewesen ist, die Auftragswerte der beiden Direktvergaben einerseits bzw. andererseits mit dem Auftragswert der Beschaffung von Toilettenpapier 2017 zusammenzurechnen.

Bereits aus diesem Grunde war die Feststellung nicht zu treffen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war. Die diesbezüglichen Feststellungsanträge der Antragstellerin sind daher abzuweisen.

In diesem Zusammenhang ist auch noch auf das rechtskräftige Erkenntnis des BVwG vom 26.06.2018, W139 2162939-2/81E und die sich daraus für die Auftraggeberin ableitbaren Rechtsfolgen näher einzugehen.

Der Antrag auf Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb rechtswidrig war, ist europarechtlich geboten. Geschützt sind der Grundsatz des Wettbewerbes und die Transparenz des Vergabeverfahrens. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn der Auftraggeber eine gebotene Bekanntmachung der Ausschreibung unterlassen hat. Er erfasst auch alle Fälle der unzulässigen Direktvergabe. Die Feststellung im Sinne des § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG betrifft nur die Frage, ob überhaupt eine vorherige Bekanntmachung oder ein vorheriger Aufruf zum Wettbewerb erforderlich gewesen wäre. Wäre es zum Beispiel zulässig gewesen, statt eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ein nicht offenes Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung durchzuführen, ist diese Feststellung nicht zu treffen (vgl. EBRV 327 BlgNR XXIV. GP 31.). Unabhängig von dem Umstand, dass die Auftraggeberin in der gegenständlichen Konstellation die beiden Direktvergaben rechtlich zulässigerweise gewählt hat, ist aufgrund des Erkenntnisses W139 2162939-2/81E genau die vorgenannte Konstellation erfüllt. Mit dem vorgenannten Erkenntnis des BVwG wurde rechtskräftig ausgesprochen, dass bzgl. der Lieferung von Handtuchrollen, Seifen, Lufterfrischern und Toilettsitzreinigern für

bestehende Spendersysteme von der Auftraggeberin zulässigerweise im Oberschwellenbereich ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gewählt wurde. Den Feststellungen und der rechtlichen Beurteilung des vorgenannten Erkenntnisses kann entnommen werden, dass die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at