jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

# TE Bvwg Beschluss 2019/8/7 W187 2219311-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 07.08.2019

**Entscheidungsdatum**

07.08.2019

**Norm**

BVergGKonz 2018 §1
BVergGKonz 2018 §11 Abs1
BVergGKonz 2018 §117
BVergGKonz 2018 §12
BVergGKonz 2018 §13 Abs1
BVergGKonz 2018 §14
BVergGKonz 2018 §2
BVergGKonz 2018 §22 Abs3 Z4
BVergGKonz 2018 §34
BVergGKonz 2018 §35
BVergGKonz 2018 §36
BVergGKonz 2018 §4 Abs2 Z2
BVergGKonz 2018 §78 Abs3 Z3
BVergGKonz 2018 §78 Abs3 Z4
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z13
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z31
BVergGKonz 2018 §81
BVergGKonz 2018 §83 Abs1 Z1
BVergGKonz 2018 §83 Abs1 Z3
BVergGKonz 2018 §98 Abs2
B-VG Art133 Abs4
TabMG 1996 §1
TabMG 1996 §13 Abs3
TabMG 1996 §14 Abs5
TabMG 1996 §23 Abs1
TabMG 1996 §25
TabMG 1996 §29
TabMG 1996 §3
TabMG 1996 §30

TabMG 1996 §32
TabMG 1996 §34
TabMG 1996 §35 Abs1 Z4
TabMG 1996 §36
TabMG 1996 §5
VwGVG §24 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

**Spruch**

W187 2219311-1/25E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, DI Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph WIESINGER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Feststellungsantrag von AAAA , vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, betreffend die Vergabe der Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien, Check-In 3, Objekt 115, Standort Nr. 1300 0001, durch die Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, zu Recht erkannt:

A)

1. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag, "gem. § 97 Abs 1 Z 2 BVergGKonz festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer 1300 0001, 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war", zurück.

2. Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge, "gem. § 100 Abs 2 BVergGKonz den Bestellungsvertrag der Antragsgegnerin mit BBBB für absolut nichtig zu erklären; eventualiter gem. § 100 Abs 9 BVergGKonz eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen", zurück.

B)

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

**Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2019 beantragte AAAA vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, in der Folge Antragsteller, die Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 78 Abs 3 BVergGKonz, gemäß § 83 BVergGKonz eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, Akteneinsicht gemäß § 81 BVergGKonz, die Feststellung wie im Spruch unter A) 1. wiedergegeben, die Maßnahmen wie im Spruch unter A) 2. wiedergegeben sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen die Vergabe der Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien, Check-In 3, Objekt 115, Standort Nr. 1300 0001, durch die Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, in der Folge Auftraggeberin.

1.1 Der Antragsteller habe am vorangegangen Vergabeverfahren teilgenommen, das widerrufen worden sei. Eine Neuausschreibung habe nicht stattgefunden. Von dem Widerruf habe der Antragsteller am 27. November 2018 erfahren. Der erzielbare Umsatz betrage etwa ? 3,3 Mio pro Jahr. Es handle sich daher um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich. Ausgehend von einer Laufzeit von zehn Jahre betrage der geschätzte Auftragswert ? 33 Mio. Auftraggeberin sei die österreichische Monopolverwaltung. Diese sei öffentliche Auftraggeberin. Sie habe keine Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Der Antragsteller habe von der Vergabe der Trafik aus dem öffentlichen Verzeichnis der Trafiken erfahren. Es sei BBBB bestellt worden. Dieser Zuschlag müsse nach dem 7. November 2018 erteilt worden sein.

1.2 Nach Darstellung des Sachverhalts, des Interesses am Betrieb der Trafik, des Schadens führt der Antragsteller zur Rechtzeitigkeit aus, dass er von der Bestellung der derzeitigen Trafikantin durch das Schreiben der Auftraggeberin vom

20. Mai 2019 erfahren habe. In dem Schreiben vom 7. November 2018, dem Antragsteller am 28. November 2018 zugestellt, habe der Bundesminister für Finanzen als zuständige Aufsichtsbehörde eine Neuausschreibung der Trafik in Aussicht gestellt. Die Einleitung des Vergabeverfahrens, das zur Zuschlagserteilung an die derzeitige Trafikantin geführt habe, müsse nach diesem Schreiben erfolgt sein. Der Feststellungsantrag sei daher innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 98 Abs 2 BVergGKonz eingebracht worden. Der Antragsteller sei durch die rechtswidrige Vergabe unter Missachtung der Bekanntmachungsvorschriften in seinem Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren und auf ein faires, diskriminierungsfreies Vergabeverfahren verletzt.

1.3 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führt der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass die Vergabe einer Tabaktrafik ist als Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz zu qualifizieren sei. Die konzessionierte Dienstleistung ist somit der Handel mit Tabakerzeugnissen. Es handle sich um Akte der Privatwirtschaftsverwaltung. Das BVergGKonz sei auf die gegenständliche Vergabe anwendbar. Es derogiere im Zweifel dem TabMG 1996. Die Auftraggeberin habe die einschlägigen anwendbaren Vorschriften des BVergGKonz im gegenständlichen Vergabeverfahren gröblich missachtet. Der Konzessionsvertrag sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und verstoße damit gegen § 13 Abs 1 BVergGKonz. Er sei entgegen § 31 BVergGKonz nicht unionsweit bekannt gemacht worden. Auch die österreichweite Bekanntmachung entspreche nicht den Formvorschriften des BVergGKonz, der entgangene Gewinn durch den Widerruf des vorherigen Vergabeverfahrens und der Entgang der Möglichkeit, am Vergabeverfahren teilzunehmen

2. Mit Schreiben vom 27. Mai 2019 forderte das Bundesveraltungsgericht den Antragsteller auf, den Feststellungsantrag durch Angabe des Schadens und Entrichtung der vollständigen Pauschalgebühr zu verbessern.

3. Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2019 erstatte der Antragsteller ergänzendes Vorbringen und wies die Einzahlung der Pauschalgebühr nach. Als Schaden bezeichnete der Antragsteller die Vertretungskosten im vorherigen widerrufenen Vergabeverfahren, die Unterlassung der Bekanntmachung des neuen Vergabeverfahrens,

4. Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2019 nahm die Auftraggeberin Stellung darin führt sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Feststellungsantrag gemäß § 98 Abs 2 BVergGKonz verspätet sei, weil die derzeitige Betreiberin der Trafik seit 1. November 2018 auf der Homepage der Auftraggeberin einsehbar sei. Der Antragsteller hätte bereits am 1. November 2018 von der Neuvergabe Kenntnis erlangen können. Die Auftraggeberin beantragt daher, die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags.

5. Mit E-Mail vom 4. Juni 2019 sandte BBBB , in der Folge Konzessionärin, die Stellungnahme vom 31. Mai 2019. Sie sei Ende September 2018 von der Auftraggeberin gebeten worden, die Trafik am Flughafen Schwechat interimsmäßig für ein Jahr zu führen. Nach kurzer Bedenkzeit und einem Gespräch mit CCCC habe sie sich dazu bereit erklärt. Sie habe einen temporären Bestellungsvertrag für die Trafik am Flughafen Schwechat erhalten, welcher vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 gelte. Ihr Untermietvertrag mit CCCC , der immer noch Besitzer der Trafik, jedoch nicht mehr Trafikant sei, und ihr Abkommen mit dem Flughafen Schwechat endeten also auch am 31. Oktober 2019.

6. Mit Schriftsatz vom 18. Juni 2019 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin führt er im Wesentlichen aus, dass er sowohl durch die Auskunft der Auftraggeberin über die Vergabe der Trafik an eine andere Betreiberin vom 26. Juni 2018, zugestellt am 4. Juli 2018, als auch durch das Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 7. November 2018, zugestellt am 28. November 2018, über den angeblichen Widerruf der Ausschreibung über die tatsächlichen Verhältnisse getäuscht worden sei. Eine Kenntnis des wahren Sachverhalts sei dem Antragsteller nicht früher möglich gewesen.

6.1 Nur eine gehörige Bekanntmachung der Zuschlagserteilung verschaffe dem Antragsteller die Kenntnis, die für den Beginn der Frist nötig sei. Im Fall einer nicht-gehörigen Bekanntmachung könne der Auftraggeber einem Antragsteller/Bieter nicht entgegenhalten, dass dieser von einem Zuschlag/von der Person des Zuschlagsempfängers Kenntnis erlangen hätte können.

6.2 Der Antragsteller habe in dem vorangegangen Vergabeverfahren alles unternommen, um Klarheit über die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Tabaktrafik am Flughafen Wien-Schwechat zu erhalten. Er sei getäuscht worden und habe keine Kenntnis von dem Abschluss des Bestellungsvertrags vom 30. Oktober 2018 haben können.

6.3 Die Auftraggeberin habe zuletzt die Anfrage des rechtsfreundlichen Vertreters des Antragstellers vom Mai 2019 nach dem Zeithorizont für eine Neuausschreibung vorsätzlich und wissentlich falsch beantwortet. Die

Neuausschreibung hätte schon längst eingeleitet werden müssen. Der Bundesminister für Finanzen habe in seinem Schreiben vom Oktober 2018 angegeben, dass die befristete Wiederbestellung des bisherigen Betreibers der Trafik damit gerechtfertigt sei, dass die kontinuierliche Versorgung mit Tabakwaren gewährleistet sein müsse. Es hätte genügt mitzuteilen, dass ein befristeter Bestellungsvertrag aufrecht sei und demnächst mit einer neuen Ausschreibung zu rechnen sei. Die Auftraggeberin habe mit ihrer Falschauskunft das Feststellungsverfahren mutwillig provoziert.

6.4 Die Bekanntmachung auf der Website der Auftraggeberin komme der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union nicht gleich. Es fänden sich dort keine Angaben über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

6.5 Für den Beginn des Fristenlaufs sei lediglich die gesetzmäßige Bekanntmachung ausschlaggebend. Die Bekanntmachung hätte unionsweit und österreichweit entsprechend den Vorschriften des BVergGKonz erfolgen müssen. Die Bekanntmachung im Verzeichnis der Tabaktrafiken auf der Homepage der Auftraggeberin erfülle diese Anforderungen nicht.

6.6 Die Auftraggeberin habe das "elektronische Kundenstammblatt" nicht auf ihrer Website veröffentlicht. Bei der Bekanntmachung auf der Website der Auftraggeberin handle es sich nicht um eine ordnungsgemäße Bekanntmachung gemäß § 34 f BVergGKonz, wodurch der Antragsteller tatsächlich von der Bestellung Kenntnis erlanget habe oder hätte erlangen müssen.

6.7 Das Vorbringen der Auftraggeberin sei nicht schlüssig. Es sei unklar, wer Besitzer der Trafik sei.

6.8 Der Feststellungsantrag sei nicht zuletzt deshalb fristgerecht, weil sich der Antragsteller erst durch das Schreiben vom 21. Mai 2019 veranlasst gesehen habe, selbst Nachforschungen anzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht möge daher über den Feststellungsantrag des Antragstellers inhaltlich entscheiden.

7. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 2019 erstattete die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme.

7.1 Das Schreiben vom 26. Juni 2018 habe den zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Sachverhalt wiedergegeben. Es sei nicht vorhersehbar gewesen, dass die in Aussicht genommene Trafikantin mit Schreiben vom 13. Juli 2018 ihre Bewerbung zurückziehen werde. Es seien daher in diesem Schreiben keine irreführenden Informationen erteilt worden.

7.2 Mit Schreiben vom 7. November 2018 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass die beiden vorgereihten Bewerber ihre Bewerbungen zurückgezogen hätten, demgemäß "ein neuerliches Nachbesetzungsverfahren" eingeleitet werden werde und "eine zeitlich befristete interimistische Lösung" getroffen worden sei. Auch diese Informationen entsprächen dem wahren Sachverhalt. Der Antragsteller sei darauf hingewiesen worden, dass er bei der Bestellung als Tabaktrafikant nicht berücksichtigt werden könne, "da es sich bei ihm um keinen begünstigten Behinderten handelt und der somit nicht dem Kreis der Vorzugsberechtigten angehört".

7.3 Mit Schreiben vom 20. Mai 2019 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass Ausschreibungen von Trafiken auf der Homepage der Auftraggeberin ersichtlich gemacht würden. Das BVergGKonz sei nicht anwendbar und daher habe die Auftraggeberin keine wissentlich falschen Auskünfte erteilt.

7.4 Die Auftraggeberin habe die zum jeweiligen Zeitpunkt richtigen Auskünfte erteilt. Er habe zu einem früheren Zeitpunkt vom wahren Sachverhalt Kenntnis erlangen können. Die schriftlichen Auskünfte hätten ihn nicht davon abgehalten, auf der Homepage der Auftraggeberin nachzusehen.

7.5 Dem Antragsteller sei bereits im Schreiben vom 7. November 2019 mitgeteilt worden, dass eine interimistische Lösung getroffen worden sei. Es sei ihm auch die Bereitschaft kommuniziert worden, dass der Geschäftsführer der Auftraggeberin zu einem persönlichen Gespräch bereit sei, dass jedoch trotz mehrfacher Versuche zur Kontaktaufnahme seitens der Auftraggeberin bisher nicht zustande gekommen sei.

7.6 Es sei bereits der zeitlich befristete Bestellungsvertrag mit BBBB vorgelegt worden. Daraus ergebe sich die vom 1. November 2018 bis 30. Oktober 2019 befristete Bestellung. Die Urkunde sei echt.

7.7 Die Bestellung zum Tabaktrafikanten sei ausschließlich auf Grundlage der Bestimmungen des TabMG 1996 vorzunehmen. Selbst bei Anwendung des BVergGKonz seien auf den interimistischen Vertrag die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden. Gemäß § 22 Abs 3 Z 4 BVergGKonz könne eine Bekanntmachung

unterbleiben, weil es sich um eine Vergabe im Unterschwellenbereich ohne grenzüberschreitendes Interesse gehandelt hätte. Ein Verstoß gegen eine allfällige Bekanntgabepflicht iSd § 36 BVergGKonz sei nur nach § 117 BVergGKonz zu ahnden, aus dem ein Antragsteller keine subjektiven Rechte ableiten könne.

7.8 Feststellungsanträge seien gemäß § 98 Abs 2 BVergGKonz innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis oder Kennen Können vom Zuschlag oder Widerruf einzubringen. Die Auftraggeberin habe die interimistische Bestellung von BBBB am 1. November 2018 auf ihre Homepage bekannt gegeben. Dieser Zeitpunkt sei auch aus den "Veränderungsdaten" des Servers der Homepage ersichtlich. Dieser Zeitpunkt sei als fristauslösendes Ereignis anzusehen. Die Einsicht des Antragstellers sei ab diesem Zeitpunkt jederzeit möglich gewesen. Er hätte daher ab 1. November 2018 von der Bestellung von BBBB Kenntnis erlangen können. Daher sei der Feststellungsantrag des Antragstellers verspätet.

7.9 Bereits mit Schreiben vom 26. Juni 2018 habe die Auftraggeberin dem Antragsteller mitgeteilt, dass er nicht für die Vergabe einer Trafik in Frage komme. Er hätte unter der Prämisse der Anwendbarkeit des BVergGKonz bereits dieses Schreiben anfechten müssen und ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren einleiten müssen. Auch aus diesem Grund sei der Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen. Die Auftraggeberin hält ihre Anträge aufrecht.

8. Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2019 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin bringt er im Wesentlichen vor, dass das BVergGKonz auf die Vergabe von Tabaktrafiken unzweifelhaft zur Anwendung komme. Im Schreiben vom 28. November 2018 sei tatsachenwidrig mitgeteilt worden, dass der bisherige Betreiber der Trafik diese weiter betreibe. Die Auftraggeberin habe jedenfalls die Bestimmungen über Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich des § 36 BVergGKonz anzuwenden.

8.1 Die Ausführungen der Auftraggeberin seien unrichtig. Die Auskunft, dass BBBB einen Untermietvertrag mit dem bisherigen Betreiber abgeschlossen habe, widerspreche § 36 Abs 3 TabMG 1996, wonach eine Trafik persönlich zu betreiben sei. Die Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäfts sei sogar gemäß § 36 Abs 6 TabMG 1996 ausdrücklich verboten. Die Auftraggeberin habe kein rechtliches Vorbringen erstattet, das gegen die Anwendbarkeit des BVergGKonz spreche. Bei der Veröffentlichung auf der Homepage der Auftraggeberin handle es sich um ein Verzeichnis von Trafiken, keinesfalls um eine Bekanntgabe, die den unions- und vergaberechtlichen Bestimmungen entspreche. Tatsächlich handle es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin habe eine unbefristete Vergabe beabsichtigt und auch bekanntgemacht. Der geschätzte Jahresumsatz betrage ? 3,3 Mio. Es bestehe ein grenzüberschreitendes Interesse. Aus § 27 Abs 1 Z 1 TabMG 1996 ergebe sich, dass jeder EWR-Bürger an der Ausschreibung teilnehmen dürfe. Die Auftraggeberin müsse nachweisen, dass eine Neuausschreibung eingeleitet worden sei. Der Antragsteller habe den Auftragswert gemäß § 12 BVergGKonz korrekt geschätzt. Die Auftraggeberin müsse nachweisen, dass sie von vornherein eine befristete Vergabe beabsichtigt habe. Sie habe auch keine korrekte Schätzung des Auftragswerts vorgenommen. Die Bekanntmachungsvorschriften des BVergGKonz seien einzuhalten und das Umgehungsverbot zu beachten. Sie hätte die Zuschlagserteilung gemäß § 37 BVergGKonz bekannt geben und damit öffentlich zugänglich machen müssen. Die "Trafiksuche" sei dazu nicht geeignet, weil sie nicht die Kerndaten enthalte. Der Zeitpunkt der Bekanntmachung lasse sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht erkennen. Der Antragsteller hätte sich nicht gegen sein Ausscheiden im vorhergehenden Verfahren wehren müssen. Das BVergGKonz sei erst danach in Kraft getreten, sodass sich der Antragsteller nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes dagegen hätte wehren können. Der Antragsteller hält seine Beschwerde aufrecht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen

1.1 Mit Kundmachung vom 23. März 2018 schriebe die Auftraggeberin im Wege der öffentlichen Ausschreibung die Tabaktrafik am Standort 1300 Mannswörth, Flughafen Wien, Check In 3, Objekt 115, als Tabakfachgeschäft mit einem zu erwartenden erzielbaren Tabakwarenjahresumsatz von ? 3,3 Mio aus. Anträge auf Verleihung dieser Tabaktrafik waren spätestens bis 11. April 2018 bei der Auftraggeberin schriftlich einzureichen. In der Kundmachung fand sich ein Hinweis auf das Vorzugsrecht gemäß § 29 TabMG 1996. (Blg. /1 zum Feststellungsantrag)

1.2 Mit E-Mail vom 27. März 2018, 18.39 Uhr, ersuchte der Rechtsvertreter des Antragstellers um die Bekanntgabe von Details der notwendigen Bewerbungsunterlagen bis 4. April 2018. (Blg./ 3 zum Feststellungsantrag)

1.3 Mit E-Mail vom 29. März 2019, 13.45 Uhr, übermittelte die Auftraggeberin dem Rechtsvertreter des Antragstellers das Formblatt der Kundmachung und verwies auf die im Rahmen der letzten Bewerbung getroffenen Feststellungen.

Es liege beim Antragsteller kein Vorzugsrecht gemäß § 29 TabMG 1996 vor. Sollte dies weiterhin zutreffen, seien ihm andere vorzugsberechtigte Bewerber bei der Vergabe durch die Besetzungskommission vorzuziehen. Bezüglich des Sohns des Antragstellers verwies die Auftraggeberin auf ihr Schreiben vom 19. Jänner 2018, in dem die Gründe für die Nichtberücksichtigung seiner damaligen Bewerbung festgehalten seien. Weiters legte die Auftraggeberin den Entwurf eines Antwortschreibens auf eine fristgerechte Bewerbung bei, dem auch die notwendigen Unterlagen und Formulare beigelegt seien.

1.4 Mit Schriftsatz vom 11. April 2018 bewarb sich der Antragsteller vertreten durch seinen Rechtsvertreter um die ausgeschriebene Trafik. Diesem legte er eine Reihe von Unterlagen bei. Er beantragte darin die Bestellung zum Tabaktrafikanten bzw die Verleihung der Tabaktrafik, weiters die ehestmögliche Zusendung von Unterlagen, die eine wirtschaftliche Bewertung der ausgeschriebenen Tabaktrafik ermöglichten, insbesondere die Jahresabschlüsse der letzten drei Wirtschaftsjahre und eines allenfalls vorliegenden Bewertungsgutachtens eines Sachverständigen für Trafikwesen. (Blg./ 5 zum Feststellungsantrag)

1.5 Mit Schreiben vom 17. Mai 2018 teilte die Auftraggeberin dem Antragsteller mit, dass die Besetzungskommission sein Ansuchen um Verleihung der öffentlich ausgeschriebenen Tabaktrafik in seiner Sitzung vom 17. Mai 2018 abgelehnt habe. Der zum Zuge gelangte Bewerber gehöre gemäß § 29 Abs 3 Z 4 TabMG 1996 dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen an und sei dem Antragsteller somit bei der Vergabe einer Tabaktrafik vorzuziehen. Gemäß § 33 TabMG 1996 könne der Antragsteller schriftlich beantragen, dass die Auftraggeberin bestimme, wer in diesem Besetzungsfall als Tabaktrafikant zu bestellen sei. Dieser Antrag müsse spätestens zwei Wochen nach Erhalt dieser Verständigung bei der Auftraggeberin einlangen. Dabei habe die Auftraggeberin nur solche Anträge zu berücksichtigen, die eine Begründung enthielten, aus der hervorgehe, welche Einwendungen gegen den Beschluss der Besetzungskommission erhoben würden. (Blg./ 6 zum Feststellungsantrag)

1.6 Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2018 beantragte der Antragsteller vertreten durch seinen Rechtsvertreter eine solche Bestellung durch die Auftraggeberin unter Angabe von Gründen. (Blg./ 7 zum Feststellungsantrag)

1.7 Das Schreiben der Auftraggeberin an den Antragsteller lautet:

"Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu Bewerbung von AAAA um die öffentlich ausgeschrieben gewesene Tabaktrafik in 1300 Mannswörth, Flughafen Wien, Check In 3, Objekt 115, teilen wir Ihnen nach Einholung eines Gutachtens der Besetzungsoberkommission folgendes mit:

Gemäß § 33 TabMG 1996 bestimmt die Monopolverwaltung GmbH, dass AAAA in diesem Besetzungsfall nicht als Tabaktrafikant zu bestellen ist. Als Tabaktrafikantin wird DDDD bestimmt. Wir begründen diese Entscheidung wie folgt:

Bei der Auswahl von mehreren Bewerbern um eine Tabaktrafik sind Personen, welche ein Vorzugsrecht gemäß 3 29 Abs 3 TabMG 1996 aufweisen, bevorzugt zu berücksichtigen. Die zum Zuge gekommene Bewerberin, ist begünstigte Behinderte im Sinne des § 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBL Nr. 22/1970. Da AAAA dem Personenkreis der vorzugsberechtigten Behinderten nicht angehört, war daher gemäß der zitierten Gesetzesbestimmung der Bewerbung von DDDD der Vorzug zu geben.

Gegen diese Erledigung Ihres Antrags ist keine weitere Antragstellung nach dem TabMG 1996 vorgesehen.

Wir bedauern, Ihnen aufgrund der angeführten gesetzlichen Gegebenheiten keine andere Nachricht zukommen zu lassen und verbleiben

mit freundlichen Grüßen"

(Blg./ 8 zum Feststellungsantrag)

1.8 Mit Schriftsatz vom 20. Juli 2018 erhob der Antragsteller gegen dieses Schreiben der Auftraggeberin Beschwerde an das Bundesverwaltungsgericht. (Blg./ 9 zum Feststellungsantrag) Dieses wies die Beschwerde mit Beschluss vom 23. August 2018, W195 2201848-1/2E, wegen Unzuständigkeit zurück. (Blg./ 10 zum Feststellungsantrag)

1.9 Mit Schreiben vom 11. Oktober 2018 wandte sich der Antragsteller vertreten durch seinen Rechtsvertreter wegen "Missstände bei der Besetzung von Tabaktrafiken" an den Bundesminister für Finanzen. Darin rügt er die Besetzung einer anderen Trafik, die ihm die Auftraggeberin mit Schreiben vom 19. März 2018 mitgeteilt habe. Weiters rügt er die Bewertung des Inventars und Ertragsprognose sowie das Bestellungsverfahren für die verfahrensgegenständliche

Trafik. In diesem Schreiben beruft er sich darauf, dass der bisherige Betreiber noch immer die Trafik betreibe. Abschließend ersucht der Antragsteller um Bekanntgabe des Ergebnisses der Ermittlungen und Maßnahmen des Bundesministers für Finanzen im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufsichtspflicht und politischen Verantwortung. Diesem Schreiben sind ein Postaufgabenachweis, das Schreiben der Auftraggeberin an den Antragsteller vom 19. März 2018, mit dem die Bewerbung des Antragstellers für eine andere Tabaktrafik wegen Nichtangehörigkeit des Antragstellers zum Kreis der vorzugsberechtigten Behinderten, Auszüge aus der Trafikensuche für diese Trafik und eine andere Trafik, die der Begünstigte betreibe, eine Auskunft der Wirtschaftskammer Österreich über diesen Betreiber, die Kundmachung der öffentlichen Ausschreibung, die Bewertung des Anlagevermögens, die Bilanz des Geschäftsjahrs 2016, die Saldenliste per 31. Dezember 2017, ein Businessplan mit einer Erfolgsrechnung für 2017 und 2018 für die gegenständliche Trafik, aus dem sich ein Jahresgewinn für die gegenständliche Trafik ergibt, das Schreiben der Auftraggeberin vom 26. Juni 2018, einen Auszug aus der Homepage der Auftraggeberin über den aktuellen Betreiber der verfahrensgegenständlichen Trafik vom 11. Oktober 2018, einen Auszug aus dem Firmen A-Z der Wirtschaftskammer Österreich vom 11. Oktober 2018 bei. (Blg./ 11 zum Feststellungsantrag)

1.10 Am 30. Oktober 2018 schlossen die Auftraggeberin und BBBB einen "Temporären Bestellungsvertrag" über die verfahrensgegenständliche Trafik für die Dauer von 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 ab. (Blg./ A zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 3. Juni 2019) Im Kundenstammblatt der Auftraggeberin sind als Datum der letzten Änderung der 30. Oktober 2018 und der Vertrag als provisorisch mit Beginn 1. November 2018 eingetragen. (Blg./ B zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 3. Juni 2019) Diese Änderung wurde am 30. Oktober 2018, 20:00:51 Uhr verarbeitet. (Blg./ D zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 27. Juni 2019) BBBB ist als Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Trafik auf der Homepage der Auftraggeberin ersichtlich. (Blg./ C zur Stellungnahme der Auftraggeberin vom 3. Juni 2019)

1.10 Mit Schreiben vom 7. November 2018 antwortete der Bundesminister für Finanzen. Dieses Schreiben lautet:

"Das Bundesministerium für Finanzen bestätigt mit Dank den Eingang Ihres im Auftrag Ihres Mandanten, AAAA , ergangenen Schreibens vom 10. Oktober 2018 betreffend Missstände bei der Besetzung von Tabaktrafiken und teilt aufgrund einer von der Monopolverwaltung GmbH (MVG) eingeholten Stellungnahme sowie einer eingehenden Prüfung der Sach- und Rechtslage Folgendes mit:

1. Zum Standort XXXX :

Nach Mitteilung der MVG hat FFFF im Rahmen seiner Bewerbung um diesen Standort das Kündigungsschreiben hinsichtlich des vom ihm bisher betriebenen Trafikstandortes in XXXX , vorgelegt. Da auch sonst keine Ausschließungsgründe gemäß § 27 Abs. 1 Z 5 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996) vorgelegen sind, erfolgte seine Bestellung durch die Bestellungskommission entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen.

Nach den dem Bundesministerium für Finanzen erteilten Informationen wurde der definitive Bestellungsvertrag mit FFFF beendet und mit ihm ein provisorischer Bestellungsvertrag gemäß § 32 Abs. 3 TabMG 1996 abgeschlossen, um einen kontinuierlichen Betreib am Standort XXXX , und damit auch die Übernahme eines in Betrieb befindlichen Standortes durch einen begünstigten Behinderten zu gewährleisten.

2. Zum Standort Flughafen Wien-Schwechat:

In diesem Verfahren wurde zunächst von der Besetzungskommission eine behinderte Bewerberin zur Tabaktrafikantin bestellt. Dies erfolgte mit dem Zusatz, dass der zweitgereihte behinderte Bewerber zum Zug kommt, falls die erstgereihte Bewerberin aus irgendeinem Grund nicht zur Tabaktrafikantin bestellt werden kann.

In der Folge haben beide Bewerber ihre jeweiligen Bewerbungen um die Trafik am Standort Flughafen Wien-Schwechat zurückgezogen, weshalb die Ausschreibung gemäß 3 25 Abs. 9 TabMG 1996 von der MVG widerrufen wurde.

Da am Flughafen Wien jedenfalls eine aufrechte Tabakwarenversorgung sichergestellt sein muss und ein neuerliches Nachbesetzungsverfahren noch einige Zeit in Anspruch nehmen wird, wurde eine zeitlich befristete interimistische Lösung mit dem bisherigen Trafikanten getroffen.

AAAA konnte in beiden Fällen nicht berücksichtigt werden, da es sich bei ihm um keinen begünstigten Behinderten handelt und er somit nicht dem Kreis der Vorzugsberechtigten angehört.

Nach eingehender Prüfung der Sach- und Rechtslage haben sich für das Bundesministerium für Finanzen keinerlei Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Vorgangsweise der MVG im Zusammenhang mit den Ausschreibungen der Trafiken am XXXX und am Flughafen Wien-Schwechat ergeben.

GGGG als Geschäftsführer der MVG ist jedoch gerne zum einem persönlichen Gespräch mit AAAA bereit, welches jedoch trotz mehrfacher Kontaktaufnahmeversuche seitens MVG bis dato nicht zustande gekommen ist.

Das Bundesministerium für Finanzen hofft, damit zu einer Klarstellung des Sachverhaltes beigetragen zu haben.

Mit freundlichen Grüßen"

(Blg./ 12 zum Feststellungsantrag)

1.11 Mit Schreiben vom 10. Mai 2019 ersuchte der Antragsteller die Auftraggeberin um Bekanntgabe, wann mit der vom Bundesminister für Finanzen an gekündigten Ausschreibung der verfahrensgegenständlichen Trafik zu rechnen sei. (Blg./ 13 zum Feststellungsantrag und Blg./ 15 zur Stellungnahme des Antragstellers vom 18. Juni 2019)

1.12 Das Schreiben der Auftraggeberin vom 20. Mai 2019 lautet:

"Zu Ihrem Schreiben vom 10.5.2019 teilen wir Ihnen mit, dass die Ausschreibungen von Tabaktrafiken auf der Homepage der MVG ersichtlich gemacht werden.

Eine individuelle Verständigung von Bewerbern ist nicht vorgesehen.

Die Einladung zu einem Gespräch in die Monopolverwaltung wurde von Ihrem Mandanten, der dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen nach dem TabMG nicht angehört, nicht wahrgenommen.

Wir hoffen, Ihnen mit diesen Ausführungen gedient zu haben und verbleiben

mit freundlichen Grüßen"

(Blg./ 14 zum Feststellungsantrag)

1.13 Derzeitige Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Trafik ist BBBB . Sie hat einen Vertrag mit der Auftraggeberin abgeschlossen, der von 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 befristet ist. Damit kann nach dem Businessplan davon ausgegangen werden, der einen möglichen Jahresumsatz von ? 3,3 Mio veranschlagt.

1.14 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von ? 6.482. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Urkunden, die die Verfahrensparteien vorgelegt haben, Veröffentlichungen auf der Homepage der Auftraggeberin und Auskünfte, die nur der Auftraggeber erteilen kann.

2.2 An der Echtheit der vorgelegten Urkunden aller Verfahrensparteien besteht kein Zweifel. Sie stammen aus der jeweiligen Aktenführung. Daher steht auch der unter 1.13 festgestellte Vertragsabschluss außer Zweifel, zumal das Bundesverwaltungsgericht keinen Anlass hat, Zweifel an der inhaltlichen Richtigkeit des Vertrags zu hegen. Dass der Businessplan für die gegenständliche Trafik ausweist, ergibt sich schon aus der Kennzeichnung im Businessplan, nach der Gewinne mit einem negativen Vorzeichen versehen sind. Der vorgelegte Schriftverkehr gibt ebenfalls keinen Anlass, an seiner Richtigkeit zu zweifeln. Die Sichtbarkeit des Namens der derzeitigen Betreiberin ab 1. November 2018 ergibt sich aus den Protokollen des Servers, nach denen die Änderungen am 30. Oktober 2018 am Server vorgenommen wurden und damit ab 1. November 2018 in der Trafikensuche sichtbar waren. Die weiteren Details aus dem System der Auftraggeberin waren jedoch für Außenstehende wie dem Antragsteller zu keinem Zeitpunkt auf der Homepage der Auftraggeberin sichtbar. Der Businessplan ist in seiner Abschätzung entgegen dem Vorbringen des Antragstellers nicht anzuzweifeln, weil er auf nachvollziehbaren bisherigen Umsätzen und Gewinnen aufbaut, diese in die Zukunft fortschreibt und kein Anlass für die Annahme einer wesentlichen Änderung des Geschäftsgangs am Flughafen Wien-Schwechat besteht.

2.3 Die Echtheit und Richtigkeit von herangezogenen Unterlagen steht fest. Diese Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes - BVwGG,BGBl I 2013/10 idgF, lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes - VwGVG,BGBl I 2013/33 idgF, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ..."

3.1.3 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 - BVergGKonz 2018), BGBl I 2018/65 idgF, lauten:

"Regelungsgegenstand

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) durch Auftraggeber (Konzessionsvergabeverfahren),

2. den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Konzessionsvergabeverfahren im Sinne der Z 1, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (2. Teil), sowie

3. ...

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

1. .

21. Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen bzw. Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

22. ...

Die zur Anwendung dieses Bundesgesetzes verpflichteten Auftraggeber

§ 4. (1) Dieses Bundesgesetz gilt für Konzessionsvergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern gemäß Abs. 2 und von Sektorenauftraggebern gemäß Abs. 3 (Auftraggeber).

(2) Öffentliche Auftraggeber sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände, oder

2. Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder

3. Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

(3) ...

Dienstleistungskonzessionen

§ 6. (1) Dienstleistungskonzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere Auftraggeber einen oder mehrere Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 sind, betrauen, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

(2) Mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession muss auf den Konzessionär das Betriebsrisiko für die Verwertung der Dienstleistungen übergehen, wobei es sich um ein Nachfrage- oder ein Angebotsrisiko handeln kann. Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden können. Das auf den Konzessionär übergegangene Risiko muss zur Folge haben, dass der Konzessionär den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt ist, sodass seine geschätzten potentiellen Verluste nicht bloß rein nominell oder vernachlässigbar sind.

...

Ausgenommene Konzessionsvergabeverfahren

§ 8. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für

1. ...

13. Dienstleistungskonzessionen an einen öffentlichen Auftraggeber oder einen öffentlichen Sektorenauftraggeber aufgrund eines ausschließlichen Rechtes, das dieser aufgrund veröffentlichter, mit dem AEUV übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat,

14. ...

31. Konzessionsvergabeverfahren zur zulässigen Änderung von Konzessionen während ihrer Laufzeit gemäß § 108.

(2) Der Auftraggeber hat die für die Ausnahme vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes gemäß Abs. 1 maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten und der Europäischen Kommission (Kommission) den Abschluss jeder Übereinkunft gemäß Abs. 1 Z 8 lit. a mitzuteilen. Sofern die in Anhang I genannten Vorschriften keine Bekanntgabepflichten für vergebene Konzessionsverträge enthalten, hat der Auftraggeber im Fall des Abs. 1 Z 14 vergebene Konzessionsverträge gemäß den §§ 34 und 35 bekanntzugeben.

...

Schwellenwert

§ 11. (1) Konzessionsvergabeverfahren erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession mindestens 5 548 000 Euro beträgt.

(2) Konzessionsvergabeverfahren erfolgen im Unterschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession den in Abs. 1 genannten Betrag nicht erreicht.

(3) ...

Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession

§ 12. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession ist der vom Konzessionär während der Vertragslaufzeit erzielte Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer aller im Zusammenhang mit der Konzession stehenden Gegenleistungen.

(2) Der geschätzte Wert einer Konzession ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung der Konzessionsvergabe sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens durch den Auftraggeber. Bei Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung, bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung.

(3) Liegt der Wert der Konzession zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung mehr als 20% über dem vom Auftraggeber geschätzten Wert, so ist für die Zwecke des § 11 der Wert der Konzession zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung als geschätzter Wert der Konzession heranzuziehen.

(4) Der geschätzte Wert einer Konzession ist nach einer in den Konzessionsunterlagen anzugebenden objektiven Methode zu berechnen. Bei der Berechnung hat der Auftraggeber insbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen:

1. Gesamtwert aller Optionen und etwaiger Verlängerungen der Konzession,

2. ...

5. Einkünfte aus dem Verkauf von Vermögensgegenständen, die Teil der Konzession sind,

6. ...

(5) ...

Laufzeit einer Konzession

§ 13. (1) Konzessionsverträge dürfen nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Die Laufzeit einer Konzession ist vom Auftraggeber in Abhängigkeit der von der Konzession umfassten Bau- oder Dienstleistungen festzulegen.

(2) Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren darf die Laufzeit der Konzession jenen Zeitraum nicht überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionär nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerkes oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital wieder erwirtschaften kann. Bei dieser Berechnung sind die zur Verwirklichung der konkreten Vertragsziele notwendigen Investitionen zu berücksichtigen.

...

Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens

§ 14. (1) Konzessionsvergabeverfahren sind unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen.

(2) ...

(4) Konzessionsvergabeverfahren sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, ein Konzessionsvergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

(5) ...

(6) Im Konzessionsvergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

(7) ...

Grundsätze für den Ablauf des Konzessionsvergabeverfahrens

§ 22. (1) Der Auftraggeber kann das Verfahren zur Wahl des Konzessionärs unter Einhaltung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes frei gestalten.

(2) Der Auftraggeber hat die beabsichtigte Vergabe einer Konzession bekannt zu machen.

(3) Abweichend von Abs. 2 kann eine Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn

1. im Rahmen eines durchgeführten Konzessionsvergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeignetes Angebot abgegeben oder kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeigneter Teilnahmeantrag gestellt worden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Konzessionsvertrag nicht wesentlich geändert werden oder

2. die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil das Ziel der Konzession die Erschaffung oder der Erwerb eines einzigartigen Kunstwerkes oder einer einzigartigen künstlerischen Leistung ist, oder

3. die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil

a) aus technischen Gründen ein Wettbewerb nicht vorhanden ist, oder

b) die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten gemäß § 4 Abs. 4 nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, oder

c) die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von sonstigen ausschließlichen Rechten, wie etwa der Rechte am geistigen Eigentum, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann,

und es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist, oder

4. im Unterschwellenbereich im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht.

Im Fall der Z 1 hat der Auftraggeber der Kommission auf Verlangen einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Z 1 vorzulegen.

(4) Ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es ohne wesentliche Änderungen offensichtlich nicht den in der Ausschreibung genannten Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entspricht. Ein Teilnahmeantrag gilt als ungeeignet, wenn die Eignung des Unternehmers nicht gegeben ist.

(5) Im Oberschwellenbereich hat der Auftraggeber die Konzession, ausgenommen in den Fällen des Abs. 3 Z 2 und 3, in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern zu vergeben.

(6) Im Unterschwellenbereich hat der Auftraggeber die Konzession grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern zu vergeben. Ein Verfahren mit einem Unternehmer ist insbesondere in den Fällen des Abs. 3 Z 2 und 3 zulässig.

(7) Der Auftraggeber hat nichtdiskriminierende Mindestanforderungen festzulegen, die insbesondere technische, physische, funktionelle und rechtliche Bedingungen und Merkmale enthalten können, die jedes Angebot zu erfüllen hat.

(8) Der Auftraggeber hat sicherzustellen, dass alle Bieter gleich behandelt werden. Er darf Informationen nicht in diskriminierender Weise weitergeben, sodass bestimmte Bieter gegenüber anderen Bietern begünstigt werden können. Der Auftraggeber darf vertrauliche Informationen eines Bewerbers oder Bieters nicht ohne dessen Zustimmung an andere Unternehmer weitergeben. Diese Zustimmung darf nicht allgemein, sondern nur in Bezug auf die beabsichtigte Mitteilung bestimmter Informationen erteilt werden.

(9) Der Auftraggeber hat den Ablauf des Verfahrens in der Ausschreibung festzulegen.

Verhandlungen

§ 23. (1) Möchte der Auftraggeber Verhandlungen durchführen, hat er in den Konzessionsunterlagen den Gegenstand der Konzession anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden

Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Konzessionsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

(2) Jeder Unternehmer, der vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, kann ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der Auftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Abs. 7, zu verhandeln. Der Gegenstand der Konzession, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.

(3) Abweichend von Abs. 2 kann der Auftraggeber die Konzession auf der Grundlage des Erstangebotes vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er in der Bekanntmachung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält.

(4) Der Auftraggeber hat alle verbliebenen Bieter über etwaige Änderungen der Konzessionsunterlagen zu informieren. Er hat den Bietern im Anschluss an solche Änderungen ausreichend Zeit zu gewähren, ihre Angebote gegebenenfalls zu ändern. Der Gegenstand der Konzession, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen dürfen nicht geändert werden.

(5) Verhandlungen können in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote anhand der Zuschlagskriterien verringern. Der Auftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung von dieser Entscheidung zu verständigen. Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind nicht bekannt zu geben, soweit die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Die vom Auftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Ausschreibung bekannt zu geben. In der Schlussphase müssen, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt, noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

(6) Der Auftraggeber hat jeden verbliebenen Bieter auf dessen Verlangen unverzüglich, jedenfalls aber binnen 15 Tagen nach Einlangen des Ersuchens, über Verlauf und Fortschritt der Verhandlungen zu informieren.

(7) Der Auftraggeber hat den verbliebenen Bietern den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Von den endgültigen Angeboten, die den Mindestanforderungen entsprechen und nicht auszuscheiden sind, hat der Auftraggeber das erfolgreiche Angebot gemäß den Zuschlagskriterien auszuwählen.

(8) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

...

Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe von Konzessionen

§ 28. (1) Bekannt zu machen sind die beabsichtigte Vergabe eines Konzessionsvertrages, die beabsichtigte Vergabe eines besonderen Dienstleistungskonzessionsvertrages und die beabsichtigte Vergabe eines Konzessionsvertrages über öffentliche Personenverkehrsdienste in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

(2) ...

Bekanntmachungen auf Unionsebene

§ 31. Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen auf Unionsebene gemäß Anhang VI zu erstellen und dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union (Amt für Veröffentlichungen) unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen elektronisch zu übermitteln. Als Übermittlung gilt auch die Zur-Verfügung-Stellung der Daten der Bekanntmachungen und Mitteilungen im Online-Verfahren. Der Auftraggeber muss den Tag der Absendung der Bekanntmachung nachweisen können. Falls Daten online zur Verfügung gestellt werden, gilt als Absendung die Eintragung der Daten im Online-System.

...

Bekanntmachungen in Österreich

§ 33. (1) Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich zu veröffentlichen, indem er die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren https://www.data.gv.at/ zur Verfügung stellt bzw. übermittelt und darin auf die Informationen gemäß dem 1. Abschnitt des Anhanges VII (Kerndaten für Bekanntmachungen) verweist. Der Auftraggeber hat diese Kerndaten in einem offenen und maschinenlesbaren standardisierten Format unter einer freien Lizenz vollständig zur Verfügung zu stellen.

(2) Die Verfügbarkeit der Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren und der Kerndaten für Bekanntmachungen muss zumindest bis zum Ablauf der Angebotsfrist gewährleistet sein.

(3) Weitere Bekanntmachungen in sonstigen geeigneten Publikationsmedien stehen dem Auftraggeber frei.

(4) ...

Bekanntgaben auf Unionsebene

§ 34. (1) Der Auftraggeber hat nach Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens dem Amt für Veröffentlichungen jeden vergebenen Konzessionsvertrag gemäß § 31 bekannt zu geben. Die Bekanntgabe ist dem Amt für Veröffentlichungen unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars spätestens 48 Tage nach Zuschlagserteilung zu übermitteln.

(2) ...

Bekanntgaben in Österreich

§ 35. (1) Der Auftraggeber hat nach Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens jeden vergebenen Konzessionsvertrag bekannt zu geben, indem er die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren https://www.data.gv.at/ bereitstellt und darin auf die Informationen gemäß dem 2. Abschnitt des Anhanges VII (Kerndaten für Bekanntgaben) verweist. Der Auftraggeber hat die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren für mindestens 5 Jahre bereitzustellen und die Kerndaten für Bekanntgaben in einem offenen und maschinenlesbaren standardisierten Format unter einer freien Lizenz vollständig für mindestens 5 Jahre zur Verfügung zu stellen. Die Bekanntgabe hat spätestens 48 Tage nach Zuschlagserteilung zu erfolgen.

(2) ...

Bekanntmachungen in Österreich

§ 36. (1) Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich zu veröffentlichen, indem er die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren https://www.data.gv.at/ zur Verfügung stellt bzw. übermittelt und darin auf die Kerndaten für Bekanntmachungen verweist. Der Auftraggeber hat diese Kerndaten in einem offenen und maschinenlesbaren standardisierten Format unter einer freien Lizenz vollständig zur Verfügung zu stellen. Eine Bekanntmachung im Beschafferprofil darf nicht vor Verfügbarkeit der Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren und der Kerndaten für Bekanntmachung erfolgen.

(2) Die Verfügbarkeit der Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren und der Kerndaten für Bekanntmachungen muss zumindest bis zum Ablauf der Angebotsfrist gewährleistet sein.

(3) Sofern der Auftraggeber der Ansicht ist, dass die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich zulässig ist, kann der Auftraggeber die Entscheidung, welchem Bieter der Zuschlag erteilt werden soll, bekanntmachen.

Bekanntgaben in Österreich

§ 37. (1) Ein Auftraggeber im Vollziehungsbereich des Bundes hat nach Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens, dessen Wert mindestens 50 000 Euro beträgt, jeden vergebenen Konzessionsvertrag bekannt zu geben, indem er die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren https://www.data.gv.at/ bereitstellt und darin auf die Kerndaten für Bekanntgaben verweist. Der Auftraggeber hat die Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren für mindestens 5 Jahre bereitzustellen und die Kerndaten für

Bekanntgaben in einem offenen und maschinenlesbaren standardisierten Format unter einer freien Lizenz vollständig für mindestens 5 Jahre zur Verfügung zu stellen. Die Bekanntgabe hat spätestens 48 Tage nach Zuschlagserteilung zu erfolgen.

(2) ...

Allgemeine Bestimmungen

§ 70. Das Konzessionsvergabeverfahren endet mit dem Zustandekommen des Leistungsvertrages oder mit dem Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens.

...

Widerruf eines Konzessionsvergabeverfahrens

§ 75. (1) Der Auftraggeber kann ein Konzessionsvergabeverfahren widerrufen, wenn dafür sachliche Gründe bestehen.

(2) Erklärt der Auftraggeber den Widerruf vor Ablauf der Angebotsfrist oder liegen nach Ablauf der Angebotsfrist keine oder keine geeigneten Angebote vor, sind die Gründe für den Widerruf bekannt zu machen und kann der Auftraggeber diese den bekannten Bietern mitteilen. Erklärt der Auftraggeber den Widerruf nach Ablauf der Angebotsfrist, sind die Gründe für den Widerruf den im Konzessionsvergabeverfahren verbliebenen Bietern mitzuteilen.

(3) Mit der Erklärung des Widerrufes gewinnen der Auftraggeber und die Bieter ihre Handlungsfreiheit wieder. Der Zeitpunkt der Erklärung des Widerrufes ist zu dokumentieren.

(4) ...

Anwendbarkeit von Bestimmungen des BVergG 2018

§ 76. Das 1. Hauptstück des 4. Teiles des BVergG 2018 gilt auch für Rechtsschutzverfahren gemäß diesem Bundesgesetz.

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 77. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG,BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 78. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet nach Maßgabe der Bestimmungen dieses Abschnittes über Anträge zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren (2. Abschnitt), zur Erlassung einstweiliger Verfügungen (3. Abschnitt) und zur Durchführung von Feststellungsverfahren (4. Abschnitt). Derartige Anträge sind unmittelbar beim Bundesverwaltungsgericht einzubringen.

(2) ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. ...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde;

4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde;

5. in einem Verfahren gemäß den Z 3 und 4 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 und 4 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 100 Abs. 9.

(4) ...

Mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht

§ 83. (1) Soweit dem weder Art. 6 der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten,BGBl. Nr. 210/1958, noch Art. 47 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteiantrages entfallen, wenn

1. der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, oder

2. das Bundesverwaltungsgericht einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss oder eine einstweilige Verfügung zu erlassen hat, oder

3. bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

(2) Der Antragsteller hat die Durchführung einer Verhandlung im Nachprüfungs- oder Feststellungsantrag zu beantragen. Dem Auftraggeber sowie etwaigen Antragsgegnern ist Gelegenheit zu geben, binnen angemessener, eine Woche nicht übersteigender Frist einen Antrag auf Durchführung einer Verhandlung zu stellen. Ein Antrag auf Durchführung einer Verhandlung kann nur mit Zustimmung der anderen Parteien wirksam zurückgezogen werden.

...

Einleitung des Verfahrens

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at