jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Beschluss 2019/8/26 W134 2222370-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 26.08.2019

Entscheidungsdatum

26.08.2019

Norm

BVergGKonz 2018 §13
BVergGKonz 2018 §28
BVergGKonz 2018 §31
BVergGKonz 2018 §33
BVergGKonz 2018 §53
BVergGKonz 2018 §55
BVergGKonz 2018 §6
BVergGKonz 2018 §86 Abs1
BVergGKonz 2018 §87 Abs2
BVergGKonz 2018 §94 Abs1
BVergGKonz 2018 §95
BVergGKonz 2018 §95 Abs1
BVergGKonz 2018 §95 Abs3
B-VG Art. 133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W134 2222370-1/2E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht fasst durch den Richter Mag. Thomas Gruber im Verfahren zur Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend das Konzessionsvergabeverfahren "Besetzung einer Tabaktrafik/Bestellung zum Tabaktrafikanten Standort 1100 Wien, Gudrunstraße 166/4; Standort Nr. 1100 0035" der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47/6, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund des Antrages des XXXX , vertreten durch RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9, 1010 Wien, vom 13.08.2019 "die einstweilige Verfügung zu treffen, der Antragsgegnerin bis zur Entscheidung über den oben unter I. ausgeführten Nachprüfungsantrag bei sonstiger Nichtigkeit zu untersagen, die bis zum 21.8.2019 (Bewerbungsfrist) eingelangten Bewerbungen bzw. "Anträge auf Verleihung" zu öffnen, und im gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren den Zuschlag zu erteilen, folgenden Beschluss:

A)

Dem Antrag wird insofern stattgegeben, als der Auftraggeberin im gegenständlichen Konzessionsvergabeverfahren für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 95 BVergGKonz 2018 untersagt wird, den Zuschlag zu erteilen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 13.08.2019, beim BVwG eingelangt am selben Tag, begehrte der Antragsteller die Nichtigerklärung der am 22.07.2019 von der Auftraggeberin kundgemachten Ausschreibung (Seite 3), die Feststellung, dass die Ausschreibung rechtswidrig ist und die Rechtswidrigkeiten für den Ausgang des Konzessionsvergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sind, Akteneinsicht, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin und die Erlassung der im Spruch genannten einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde vom Antragsteller Folgendes ausgeführt:

Die Auftraggeberin habe ein Konzessionsvergabeverfahren zur "Besetzung einer Trafik/Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik mit der Standortnummer 1100 0035, Standort 1100 Wien, Gudrunstraße 166/4", ausgeschrieben. Die Vergabe einer Tabaktrafik sei als Dienstleistungskonzession im Sinne des § 6 BVergGKonz zu qualifizieren. Angefochten sei die rechtswidrige Ausschreibung. Zur Rechtswidrigkeit der Ausschreibung gab der Antragsteller zusammengefasst folgendes an:

1. Verstoß gegen die Verpflichtung zur Bekanntmachung auf Unionsebene und in Österreich: Die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens sei weder auf Unionsebene gem. § 28 und § 31 BVergGKonz noch in Österreich gem. § 28 und § 33 BVergGKonz, bekannt gemacht worden. Die Auftraggeberin habe die gegenständliche Ausschreibung lediglich über ihre Website, www.bmvg.at, bekanntgemacht.

2. Verstoß gegen die Verpflichtung zum Zur-Verfügung-Stellen der Konzessi-onsunterlagen (§ 53 BVergGKonz): Dem Antragsteller sei rechtswidrig das Zur-Verfügung-Stellen der Konzessionsunterlagen gem. § 53 BVergGKonz verweigert worden. Auf eine schriftliche Kontaktaufnahme sei nicht reagiert worden. Die Auftraggeberin habe dem Antragsteller keine Konzessionsunterlagen übermittelt. Die Ausschreibung enthalte nicht die Inhalte, die Konzessionsunterlagen gemäß § 55 BVergGKonz zwingend enthalten müssten.

3. Verstoß gegen die Verpflichtung zur Bekanntgabe der zuständigen Vergabe-kontrollbehörde und fairer, diskriminierungsfreier Zuschlagskriterien in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (§ 53 BVergGKonz): In der vorliegenden Ausschreibung seien nicht die zuständige Vergabekontrollbehörde angegeben und keine transparenten, fairen und nicht-diskriminierenden Zuschlagskriterien festgelegt bzw. veröffentlicht worden. Die gegenständliche "Kundmachung" enthalte keine konkreten Zuschlagskriterien, sondern lediglich einen allgemeinen Hinweis auf ein gesetzliches "Vorzugsrecht". Nach welchen Kriterien die Bewerbungen/Angebote mehrerer Vorzugsberechtigter bzw. Vorzugsberechtigter und Nicht-Vorzugsberechtigter bzw. mehrerer Nicht-Vorzugsberechtigter gereiht werden, gehe aus den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen nicht hervor. Die Ausschreibung enthalte keine Zuschlagskriterien im Sinne des BVergGKonz, die eine Überprüfung der Entscheidung der Auftraggeberin ermöglichen würden.

4. Verstoß gegen das Verbot der Vergabe einer unbefristeten Konzession: Konzessionsverträge dürften nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Es sei eine Ausschreibung auf unbestimmte Zeit vorgenommen und damit die Bestimmungen über die Laufzeit von Konzessionen in § 13 BVergGKonz missachtet worden.

Der Antragsteller habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihm ein Schaden und seine Rechte würden verletzt.

Mit Stellungnahme vom 19.08.2019 führte die Auftraggeberin aus, dass gegenständlich keine Dienstleistungskonzession vergeben würde. Das BVergGKonz 2018 sei nicht auf eine "Vergabe" einer Tabaktrafik iSd

TabMG 1996 anzuwenden. Ein Trafikant erbringe keine Aufgabe für den Auftraggeber oder die Öffentlichkeit an Stelle des Auftraggebers. Vielmehr handle es sich bei einem Vertrag über eine Trafik um eine besondere Bewilligung, Handel mit dem Tabakmonopol unterliegenden Waren zu treiben. Sie sei ungeachtet der Rechtsform des privatrechtlichen Vertrags einer Ermächtigung gleichzuhalten. Damit sei der Inhalt der behaupteten Dienstleistung keine Tätigkeit für den Staat, sondern eine besondere Ermächtigung, Handel mit Monopolprodukten, Tabakwaren, auf eigene Rechnung und eigenes Risiko zu betreiben. Zudem könne jeder Tabaktrafikant auch von seinen Kündigungsrechten Gebrauch machen, wodurch der Bestellungsvertrag mit Wirksamkeit der Kündigung gemäß § 35 Abs 1 Z 3 TabMG 1996 erlösche. Daher könne schon begrifflich keine Dienstleistung vorliegen, die abhängig von der Form des Entgelts dem BVergG 2018 oder dem BVergGKonz 2018 unterliege. Damit handle es sich bei der Vergabe einer Tabaktrafik nicht um eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz 2018. Das BVwG sei daher im Hinblick auf sämtliche gestellten Anträge unzuständig. Sämtliche Anträge des Antragstellers seien daher mangels Zuständigkeit des BVwG zurückzuweisen. Aufgrund dieses Sachverhalts bzw. des Bestellungsverfahrens auf Grundlage des TabMG 1996 sei daher eine Beantwortung der mit Verfügung des BVwG übermittelten allgemeinen 24 Fragen nicht möglich bzw nicht zielführend und könne seitens der Auftraggeberin auch kein Vergabeakt vorgelegt werden.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin hat mittels Kundmachung vom 22.07.2019 im Wege einer öffentlichen Ausschreibung gemäß§ 25 TabMG 1996 die Besetzung einer Trafik/Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik mit der Standortnummer 1100 0035, Standort 1100 Wien, Gudrunstraße 166/4, eingeleitet. (Schreiben der Auftraggeberin vom 19.08.2019)

Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte auf der Website, www.bmvg.at, der Auftraggeberin. (Schreiben des Antragstellers vom 13.08.2019).

Als Bewerbungsendtermin wurde der 21.08.2019 festgelegt. (Schreiben des Auftraggeberin vom 19.08.2019).

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren Echtheit und Richtigkeit außer Zweifel steht.

2. Zulässigkeit des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung:

Im Wege einer Grobprüfung der Antragslegitimation des Antragstellers zur Stellung eines Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung ist gemäß § 94 Abs. 1 BVergGKonz 2018 zu prüfen, ob dem Antragsteller die Antragsvoraussetzungen nach § 86 Abs. 1 BVergGKonz 2018 nicht offensichtlich fehlen. Diese Grobprüfung ergibt, dass die Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung - nämlich der Ausschreibung - behauptet wurde, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 unterliegenden Vertrages behauptet hat, sowie dass dem Antragsteller durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden drohen könnte. Ein offensichtliches Fehlen der Antragsvoraussetzungen nach § 86 Abs. 1 BVergGKonz 2018 ist somit nicht gegeben.

Gemäß § 87 Abs. 2 BVergGKonz 2018 können Anträge auf Nachprüfung der Ausschreibung bis spätestens sieben Tage vor Ablauf der Angebotsfrist oder der Teilnahmeantragsfrist eingebracht werden, sofern diese Frist mehr als 17 Tage beträgt. Die Kundmachung der Ausschreibung erfolgte am 22.07.2019. Die Teilnahmefrist endet am 21.08.2019. Die Teilnahmefrist betrug somit mehr als 17 Tage. Der Nachprüfungsantrag ist am 13.08.2019 beim BVwG eingelangt und somit rechtzeitig, spätestens 7 Tage vor Ablauf der Teilnahemantragsfrist eingebracht worden. Der Antrag wurde auch vergebührt und erfüllt - soweit im Provisorialverfahren ersichtlich - auch die sonstigen Zulässigkeitsvoraussetzungen.

3. Zum Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung

Gemäß § 94 Abs. 1 BVergGKonz 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht auf Antrag eines Unternehmers, dem die Antragsvoraussetzungen nach § 86 Abs. 1 nicht offensichtlich fehlen, durch einstweilige Verfügung unverzüglich vorläufige Maßnahmen anzuordnen, die nötig und geeignet erscheinen, um eine durch die behauptete Rechtswidrigkeit einer gesondert anfechtbaren Entscheidung entstandene oder unmittelbar drohende Schädigung von Interessen des Antragstellers zu beseitigen oder zu verhindern.

Gemäß § 95 Abs. 1 BVergGKonz 2018 hat das Bundesverwaltungsgericht vor der Erlassung einer einstweiligen Verfügung die voraussehbaren Folgen der zu treffenden Maßnahme für alle möglicherweise geschädigten Interessen

des Antragstellers, der sonstigen Bewerber oder Bieter und des Auftraggebers sowie ein allfälliges besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Konzessionsvergabeverfahrens gegeneinander abzuwägen. Ergibt diese Abwägung ein Überwiegen der nachteiligen Folgen einer einstweiligen Verfügung, ist der Antrag auf Erlassung der einstweiligen Verfügung abzuweisen.

Gemäß § 95 Abs. 3 BVergGKonz 2018 können mit einer einstweiligen Verfügung das gesamte Konzessionsvergabeverfahren oder einzelne Entscheidungen des Auftraggebers bis zur Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts über eine allfällige Nichtigerklärung vorübergehend ausgesetzt oder sonstige geeignete Maßnahmen angeordnet werden. Dabei ist die jeweils gelindeste noch zum Ziel führende vorläufige Maßnahme zu verfügen.

Der Antragsteller hat ua den Antrag auf Nichtigerklärung der Ausschreibung gestellt.

Die Auftraggeberin führte in ihrer Stellungnahme vom 19.08.2019 aus, dass das Bundesverwaltungsgericht unzuständig und die Anträge des Antragstellers daher zurückzuweisen seien. Aufgrund des oben dargestellten Sachverhalts bzw. des Bestellungsverfahrens auf Grundlage des TabMG 1996 sei daher eine Beantwortung der mit Verfügung des BVwG übermittelten allgemeinen 24 Fragen nicht möglich bzw nicht zielführend und könne seitens der Antragsgegnerin auch kein Vergabeakt vorgelegt werden.

Das Bundesverwaltungsgericht geht im Provisorialverfahren vorerst (im Sinne eines effektiven Rechtsschutzes und um dem in der Hauptsache entscheidenden Senat diesbezüglich nicht vorzugreifen) davon aus, dass gegenständlich eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz 2018 vorliegt und das Bundesverwaltungsgericht daher für das Nachprüfungsverfahren nach den Bestimmungen des BVergGKonz 2018 zuständig ist. Das BVwG übersieht dabei nicht den Beschluss des BVwG vom 07.08.2019, W187 2219311-1/25E, der in eine andere Richtung deutet.

Da seitens der Auftraggeberin auf Grund der Ausschreibung vom 22.07.2019 beabsichtigt ist das Konzessionsvergabeverfahren abzuschließen, dies aber bei Zutreffen der Behauptungen des Antragstellers rechtswidrig sein könnte und nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Antragsteller für den Zuschlag in Betracht kommen könnte, droht dem Antragsteller durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten möglicherweise der Entgang des Auftrages sowie ein Schaden, der nur durch die Verhinderung der Zuschlagserteilung abgewendet werden kann, da der möglicherweise bestehende Anspruch auf Zuschlagserteilung nur wirksam gesichert werden kann, wenn das Verfahren bis zur Entscheidung in der Hauptsache durch das Bundesverwaltungsgericht in einem Stand gehalten wird, der eine allfällige spätere Zuschlagserteilung an den Antragsteller ermöglicht.

Die Angebotsöffnung konnte nicht, wie vom Antragsteller beantragt, untersagt werden, da das Bundesverwaltungsgericht aufgrund der Angaben des Antragstellers und der Auftraggberin davon ausgeht, dass die Angebotsöffnung bereits am 21.08.2019 stattgefunden hat.

Bei Abwägung aller möglicherweise geschädigten Interessen des Antragstellers und der Auftraggeberin, eines allfälligen besonderen öffentlichen Interesses an der Fortführung des Konzessionsvergabeverfahrens sowie des öffentlichen Interesses an der Sicherstellung einer Auftragserteilung an den tatsächlichen Bestbieter (VfGH 15.10.2001, B 1369/01) erscheint ein Überwiegen der nachteiligen Folgen der einstweiligen Verfügung für die bewilligte Dauer nicht gegeben. Im Übrigen hat nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes ein Auftraggeber zumindest ein Nachprüfungsverfahren sowie die damit einhergehende Verzögerung des Konzessionsvergabeverfahrens einzukalkulieren.

Durch die Begrenzung der einstweiligen Verfügung mit der Dauer des abzusichernden Nachprüfungsverfahrens wird die Dauer der einstweiligen Verfügung bestimmbar gemacht (Kodek in Angst, Kommentar zur Exekutionsordnung^2 [2008], § 391 Rz 2). Die Zeit bemisst sich nach der Dauer des Nachprüfungsverfahrens. § 95 Abs 4 BVergGKonz 2018 verlangt lediglich die Festsetzung einer Zeit, legt im Gegensatz zu den Vorgängergesetzen keine Höchstfrist fest. Aus dem Zweck der einstweiligen Verfügung, der Absicherung eines effektiven Nachprüfungsverfahrens, ergibt sich, dass die einstweilige Verfügung für die gesamte Dauer des Nachprüfungsverfahrens erlassen werden soll und mit dieser Dauer durch das Gesetz überdies begrenzt ist. Die Auftraggeberin ist durch eine derartige Bestimmung der Zeit nicht belastet, da die Entscheidungsfrist des Bundesverwaltungsgerichtes davon nicht verlängert wird, sie jederzeit bei Wegfall der Voraussetzungen für die Erlassung der einstweiligen Verfügung deren Aufhebung beantragen kann und die einstweilige Verfügung mit der Entscheidung über den Nachprüfungsantrag außer Kraft tritt. Von der Bestimmung einer nach einem bestimmten Datum fest gesetzten Frist konnte daher abgesehen werden (vgl BVA 24.6.2010, N/0051-

BVA/10/2010-EV13 mit weiteren Nachweisen).

Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

B) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig, weil die Entscheidung von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, weil es an einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes fehlt. Ob der Abschluss eines Vertrags über den Betrieb einer Tabaktrafik in den Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 fällt und insbesondere der Betrieb einer Tabaktrafik eine Dienstleistung ist, die in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt, wurde bisher in der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs, des Verfassungsgerichtshofs, des Obersten Gerichtshofs oder des Europäischen Gerichtshofs nicht behandelt. Die Lösung dieser Frage ergibt sich auch nicht unmittelbar aus dem BVergGKonz 2018 oder der RL 2014/23/EU, sodass nicht von einer eindeutigen Rechtslage auszugehen ist, die keiner weiteren höchstgerichtlichen Klärung bedürfte.

Schlagworte

Dauer der Maßnahme, Dienstleistungskonzession, einstweilige Verfügung, Entscheidungsfrist, Interessenabwägung, Konzession, Konzessionserteilung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, öffentliche Interessen, Provisorialverfahren, Revision zulässig, Schaden, Tabaktrafik, Untersagung der Zuschlagserteilung, Vergabeverfahren, Zuschlagsverbot für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W134.2222370.1.00

Zuletzt aktualisiert am

11.03.2020

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at