

# TE Bvg Erkenntnis 2020/2/28 W273 2227591-1

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 28.02.2020

## Entscheidungsdatum

28.02.2020

## Norm

BVergG 2018 §12 Abs1

BVergG 2018 §166

BVergG 2018 §167

BVergG 2018 §175

BVergG 2018 §193 Abs1

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §202

BVergG 2018 §203

BVergG 2018 §205

BVergG 2018 §206

BVergG 2018 §208

BVergG 2018 §219 Abs1 Z1

BVergG 2018 §219 Abs1 Z3

BVergG 2018 §220

BVergG 2018 §221

BVergG 2018 §224

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §334

BVergG 2018 §334 Abs3 Z3

BVergG 2018 §334 Abs3 Z6

BVergG 2018 §334 Abs3 Z7

BVergG 2018 §353

BVergG 2018 §354 Abs1 Z7

BVergG 2018 §355

BVergG 2018 §356 Abs2

BVergG 2018 §356 Abs4

BVergG 2018 §356 Abs5

BVergG 2018 §356 Abs7

BVergG 2018 §356 Abs9

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

BVergG 2018 §6

B-VG Art133 Abs4

VbVG §5 Abs1

VbVG §5 Abs2

VbVG §5 Abs3

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

### **Spruch**

W273 2227591-1/26E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht erkennt durch die Richterin Dr. Isabel FUNK-LEISCH als Vorsitzende sowie Mag. Martin SAILER als fachkundiger Laienrichter auf Auftraggeberseite und Mag. Julia WEISS als fachkundige Laienrichterin auf Auftragnehmerseite über den Antrag von XXXX , vertreten durch LTRA Rechtsanwälte, Lindengasse 38/3, 1070 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Rahmenvereinbarung Sanitärmaterial", FWAG Z-2019-026, der Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schubertring 6, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht:

A)

I. Dem Antrag der Antragstellerin, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Vergabe von Hygieneartikeln aus Papier und Zellstoff, wie Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher, Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspender und Duftspender) und Hygienebehälter, rechtswidrigerweise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat" wird stattgegeben. Es wird gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 BVergG 2018 festgestellt, dass die Auftraggeberin Flughafen Wien AG ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung oder vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat.

II. Der Antrag der Antragstellerin, das Bundesverwaltungsgericht möge "den abgeschlossenen Vertrag nichtig erklären" wird zurückgewiesen.

III. Die Rahmenvereinbarung zwischen der Flughafen Wien AG und der XXXX vom 01.08.2019, Z-2019-026, wird gemäß § 356 Abs. 4 BVergG 2018 insoweit aufgehoben, als Leistungen der Auftragnehmerin noch ausständig sind oder bereits erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung an die Auftragnehmerin rückstellbar sind.

IV. Über die Flughafen Wien AG wird gemäß § 356 Abs. 9 BVergG 2018 eine Geldbuße in Höhe von EUR XXXX verhängt. Diese ist binnen vier Wochen ab Zustellung dieses Erkenntnisses an den Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung zu bezahlen.

B)

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

### **Text**

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Verfahrensgang und Vorbringen der Parteien

1. Mit Schriftsatz vom 14.01.2020 stellte die XXXX (im Folgenden "die Antragstellerin") einen Antrag auf Feststellung, dass die Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen (im Folgenden auch "die Auftraggeberin") den Vertrag betreffend die Vergabe von Hygieneartikeln aus Papier und Zellstoff, wie Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher, Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspender und Duftspender) und Hygienebehälter, rechtswidrigerweise ohne Durchführung eines

Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe. Die Antragstellerin beantragte, ein Verfahren zur Feststellung einzuleiten, dass ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne mündliche Verhandlung durchgeführt wurde, festzustellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Vergabe von Hygieneartikeln aus Papier und Zellstoff, wie Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher, Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspender und Duftspender) und Hygienebehälter, rechtswidrigerweise ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt habe, den abgeschlossenen Vertrag für nichtig zu erklären, eine mündliche Verhandlung durchzuführen und die Auftraggeberin dazu zu verpflichten, der Antragstellerin die entrichtete Pauschalgebühr binnen 14 Tagen zu Handen der Antragstellervertreter zu ersetzen.

1.2. Die Antragstellerin brachte vor, der Feststellungsantrag betreffe das am 06.08.2019 zur Zahl 2019/S 150-371170 als vergebenen Sektorenauftrag bekanntgemachte Verfahren. Im ANKÖ sei eine Auftragsbekanntmachung - Sektoren unter der Dokument-ID 65741-00 im Mai 2019 bekannt gemacht worden. Es handle sich dabei um ein Verhandlungsverfahren mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Die Referenznummer der Bekanntmachung sei Z-2019-0261. Der CPV-Code des Hauptteils der Beschaffung sei 44411000; nach der Auftragsbeschreibung sollten unterschiedliche Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw. Reparatur der Spender sowie deren Austausch im Bedarfsfall beschafft werden. Am 01.08.2019 sei eine Bekanntmachung abgesendet worden, mit der eine Bekanntmachung vergebener Aufträge - Sektoren erfolgte. Referenznummer der Bekanntmachung sei wiederum Z-2019-026. CPV-Code des Hauptteils sei ebenso 44411000; beschafft worden seien Sanitärmaterialien. Tag des Vertragsabschlusses sei der 01.08.2019.

1.3. Aktuell sei ein Revisionsverfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof zwischen der Antragstellerin als Revisionswerberin einerseits und der Auftraggeberin sowie dem vermuteten Zuschlagsempfänger als mitbeteiligte Partei andererseits zur Zahl XXXX anhängig. Die Auftraggeberin habe in diesem Revisionsverfahren eine Revisionsbeantwortung erstattet, welche der Antragstellerin vom Verwaltungsgerichtshof zur Kenntnisnahme gemäß § 36 Abs. 3 VwGG am 06.12.2019 übermittelt worden sei. Aus der Zusammenschau des Vorbringens der Auftraggeberin in der Revisionsbeantwortung und der Auftragsbekanntmachung sowie der Bekanntmachung vergebener Aufträge folge, dass die Beschaffung von Hygieneartikeln aus Papier und Zellstoff, wie insbesondere Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher sowie auch Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspender und Duftspender) und Hygienebehälter, unter Bezugnahme auf Bekanntmachungen erfolge, die als Auftragsgegenstand Sanitärmaterialien im Sinne des CPV-Code 44411000 anführen würden. Unter dem CPV-Code 44411000 "Sanitärmaterialien" seien beispielsweise Wasserhähne, Badewannen, Waschbecken, Duschwannen, Bidets, WC-Sitze, WC-Deckel, WC-Becken, WC-Spülkästen und Urinale zu verstehen. Die vom Auftraggeber tatsächlich beschafften Hygieneartikel würden den CPV-Codes 3376 und 3377 unterfallen.

1.4. Die Auftraggeberin sei Betreiberin des Flughafens Wien und übe damit eine Sektorentätigkeit gemäß § 175 BVergG aus. Sie sei Sektorenauftraggeberin. Der geschätzte Auftragswert liege im Oberschwellenbereich. Im Verhandlungsverfahren sei eine vorherige Bekanntmachung nach den Vorschriften des Vergaberechts für den Auftraggeber verpflichtend. Es sei jedoch keine gemacht worden. Der Abschluss der Rahmenvereinbarung bzw. die einzelnen Abrufe aus der Rahmenvereinbarung würden in der erteilten Form (tatsächlich durchgeführt werde eine Beschaffung von Hygieneartikeln wie Rollenhandtücher, Falthandtücher usw.) so stark vom bekannt gemachten Auftrag abweichen (bekannt gemacht worden sei die Beschaffung von Sanitärtartikeln wie Wasserhähne, Badewannen usw.), dass es sich um die Zuschlagserteilung auf ein Angebot handle, das der ursprünglichen Bekanntmachung nicht entsprechen würde und der Auftraggeber daher ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung geführt habe. Rechtlich folge, dass rechtswidrigerweise ein Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt worden sei. Es werde darüber hinaus laufend aus der rechtswidrig abgeschlossenen Rahmenvereinbarung abgerufen.

1.5. Zur Rechtzeitigkeit des Antrages brachte die Antragstellerin vor, dass nach § 354 Abs. 2 BVergG 2018 die Frist für Anträge gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018 sechs Monate ab dem Zeitpunkt betrage, zu dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können. Der Zuschlag sei am 01.08.2019 erteilt worden. Kenntnis vom Zuschlag habe die Antragstellerin seit Erhalt der Revisionsbeantwortung der Auftraggeberin Ende Dezember 2019. Der Antrag sei daher jedenfalls rechtzeitig. Die Sechsmonatsfrist des § 356 Abs. 7

BVergG 2018 zur Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen sei offen. Eine Fristverkürzung betreffend die Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen auf 30 Tage im Sinne des § 356 Abs. 7 Z 2 BVergG 2018 greife nicht, weil eine in dieser Bestimmung vorgesehene Bekanntmachung aus den vorgebrachten Gründen nicht vorliege.

1.6. Die Antragstellerin sei ein erfolgreiches Unternehmen im Zusammenhang mit dem Handel mit Hygienepapier. Die Antragstellerin habe ein vitales Interesse an diesem Vertrag, zumal sie sehr hohe Chancen darauf habe, als Bestbieter in einem rechtskonform durchgeföhrten Vergabeverfahren hervorzugehen. Die Antragstellerin habe ihr Interesse am Vertragsschluss mit Erhebung des Feststellungsantrages hinreichend bekundet. Durch die rechtswidrige freihändige Vergabe würden der Antragstellerin unwiederbringlich Umsätze/Gewinne sowie Marktanteile entgehen. Die Antragstellerin erachte sich durch die gegenständliche, rechtswidrige Direktvergabe der antragsgegenständlichen Leistung in ihren Rechten auf öffentliche Bekanntmachung eines dem Bundesvergabegesetz unterliegenden Beschaffungsvorganges, Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lauteren Wettbewerbes entsprechenden Vergabeverfahrens, Teilnahme an einem solchen Verfahren, Einhaltung des Transparenzgebotes, Gleichbehandlung, sowie Zuschlagserteilung verletzt.

2. Mit Schreiben vom 14.01.2020 verständigte das Bundesverwaltungsgericht die Auftraggeberin von der Einleitung des Feststellungsverfahrens.

3. Mit Schriftsatz vom 21.01.2020 erteilte die Auftraggeberin allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, legte die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor und beantragte, sämtliche Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen sowie sämtliche aufgrund des Schutzes von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen oder aus verfahrensrechtlichen oder -strategischen oder sonstigen Gründen vertrauliche Unterlagen und Informationen, insbesondere die Inhalte des Schriftsatzes "Allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren", von der Akteneinsicht auszunehmen.

4. Mit Schreiben vom 22.01.2020 verständigte das Bundesverwaltungsgericht den Zuschlagsempfänger XXXX von der Einleitung des Feststellungsverfahrens.

5. Mit Schriftsatz vom 24.01.2020 nahm die Auftraggeberin zum Antragsvorbringen Stellung.

5.1. Die Auftraggeberin brachte zusammengefasst vor, der CPV-Code sei in der Bekanntmachung richtig angegeben worden. Der CPV-Code 44411000 umfasse unter anderem Waschbecken, WC-Deckel, WC-Spülkästen etc. Da ein wesentlicher Teil des gegenständlichen Auftrags Spender für Papierhandtücher und Seife sowie Hygienebehälter für Sanitärbereiche umfasse, sei der gewählte CPV-Code jedenfalls zutreffend. Der Umstand, dass für Teile des Auftrags (die Verbrauchsmaterialien) auch andere CPV-Codes einschlägig seien, ändere nichts am rechtskonformen Vorgehen der Auftraggeberin. Selbst wenn die Auftraggeberin einen der von der Antragstellerin erwähnten Code angeführt hätte, so hätte dennoch nur ein (Haupt-)CPV-Code angegeben werden können (zB für Seife). Bei dieser bzw diesen diversen Produktgruppe/n lasse sich schlicht nicht ein passender CPV-Code auswählen; dementsprechend habe die Auftraggeberin einen Überbegriff, der alle ausschreibungsgegenständlichen Materialien umfasse, angegeben.

5.2. Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der in der Bekanntmachung angegebene CPV-Code die beschafften Leistungen nicht (zur Gänze) umfasse, könne dies nicht zum Erfolg des Feststellungsantrags der Antragstellerin führen. CPV-Codes sollten nur ausländischen bzw fremdsprachigen Bietern einen ersten Überblick ermöglichen, ob Aufträge allenfalls für sie interessant seien. Die inländische Antragstellerin werde folglich von dem "Schutzzweck" der CPV-Verwendung nicht erfasst und könne daher durch eine allfällige unrichtige Zuordnung auch gar nicht beschwert sein. Es mangle ihr daher jedenfalls am Interesse, weshalb ihr Antrag zurückzuweisen sei. Die Antragstellerin behaupte gar nicht, dass der (für sie allein maßgebliche) Wortlaut der Bekanntmachung unrichtig wäre. Die Antragstellerin habe schlicht eine Bekanntmachung übersehen und versuche nun, mittels einer vorgeschobenen Schutzbehauptung (angeblich falscher CPV-Code) eine Rechtswidrigkeit zu argumentieren.

5.3. Die Behauptung der Antragstellerin werde schon durch die nationale Bekanntmachung des gegenständlichen Verfahrens widerlegt. Zusätzlich sei das Vergabeverfahren - da eine Auftragsvergabe im Oberschwellenbereich vorliege - auch EU-weit bekanntgemacht worden (Bekanntmachung vom 13.05.2019 zur Zahl 2019/S 091-220629). Es sei daher offenkundig, dass entgegen der Behauptung der Antragstellerin kein Verfahren "ohne Bekanntmachung" durchgeföhr worden sei. Auch die Vergabe des auf Basis dieses Vergabeverfahrens vergebenen Auftrags (Abschluss der Rahmenvereinbarung) sei rechtskonform EU-weit und national bekanntgemacht worden (und zwar am 06.08.2019 respektive am 04.08.2019). Der gegenständliche Feststellungsantrag sei erst am 16.01.2020 und damit deutlich nach

Ablauf der 30-tägigen Frist gemäß § 356 Abs. 7 Z 2 BVergG 2018 eingebracht worden. Die Auftraggeberin beantragte, die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

6. Mit Schriftsatz vom 28.01.2020 beantragte die XXXX (als Rechtsnachfolgerin der XXXX ) die Abhaltung einer mündlichen Verhandlung.

7. Mit Schreiben vom 29.01.2020 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht der Antragstellerin und der Zuschlagsempfängerin den Schriftsatz der Auftraggeberin vom 24.01.2020 in einer von der Auftraggeberin geschwärzten Fassung.

8. Mit Replik vom 31.01.2020 erstattete die Antragstellerin weiteres rechtliches Vorbringen zur Stellungnahme der Auftraggeberin. Die Antragstellerin führte zusammengefasst aus, dass die zentrale Rechtsfrage im anhängigen Verfahren die Frage sei, ob die Beschaffung von Hygieneartikeln aus Papier und Zellstoff, wie Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher, Flüssigseife und Duftpatronen sowie dazugehörige Spender (Rollenhandtuchspender, Seifenspender und Duftspender) und Hygienebehälter in der von der Auftraggeberin ins Treffen geführten Bekanntmachung Deckung finde. Die 30-tägige Frist gemäß § 356 Abs. 7 Z 2 BVergG 2018 komme gegenständlich nicht zur Anwendung. Die Antragstellerin beantragte, der Antragstellerin zu Handen ihres Vertreters den Schriftsatz vom 24.01.2020 in ungeschwärzter Fassung zu übermitteln.

9. Mit Schriftsatz vom 03.02.2020 nahm die XXXX zum Antragsvorbringen Stellung und führte aus, die XXXX sei aufgrund des Spaltungs- und Übernahmevertrages vom XXXX Rechtsnachfolgerin der XXXX . Die XXXX (im Folgenden auch: "Zuschlagsempfängerin") habe alle Rechte und Pflichten aus den verfahrensgegenständlichen Verträgen mit dem Auftraggeber übernommen, habe damit im gegenständliche Verfahren Parteistellung gemäß § 355 Abs. 1 BVergG und sei daher auch zur Erstattung der gegenständlichen Stellungnahme legitimiert. Die Zuschlagsempfängerin schließe sich den Ausführungen der Auftraggeberin an. Die Zuschlagsempfängerin brachte zusammengefasst weiter vor: Selbst wenn man davon ausgehe, dass der Auftraggeber die Leistungen unter dem "falschen" CPV-Code bekanntgemacht habe (was im Anschluss an das Vorbringen des Auftraggebers bestritten werde), so würde dieser Umstand keinesfalls zu einer Rechtswidrigkeit der Vergabe führen. Unter Punkt II.1.4) ("Kurze Beschreibung") der Auftragsbekanntmachung zur Referenznummer Z-2019-0261 sei folgende verbale Beschreibung angeführt gewesen: "Lieferung unterschiedlicher Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw. Reparatur der Spender, sowie deren Austausch im Bedarfsfall." Die Auftragsbekanntmachung habe nicht nur einen Verweis auf einen CPV-Code, sondern eine ausführliche verbale Beschreibung der ausgeschriebenen (und genau so auch tatsächlich vergebenen) Leistungen enthalten. Bei den Regelungen, welche die Angabe des CPV-Codes vorsehen, handle es sich um reine Ordnungsvorgaben, die allerdings keine bieterschützenden Wirkungen entfalten würden. Dies gelte insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass angesichts der Komplexität des CPV-Code die Zuordnung eines öffentlichen Auftrags zu einem bestimmten CPV-Code häufig schwierig sei und aufgrund der Überschneidungen mehrdeutige Bezeichnungen nicht auszuschließen seien. Die Antragsvoraussetzungen lägen im gegenständlichen Fall nicht vor und der Antragstellerin mangle es an der Beschwer. Die Zuschlagsempfängerin beantragte, alle Anträge der Antragstellerin zum Vergabeverfahren "Sanitärmaterial", Referenznummer der Bekanntmachung Z-2019-026, wegen mangelnder Antragslegitimation zurückzuweisen, in eventu abzuweisen.

10. Mit Schreiben vom 10.02.2020 übermittelte das Bundesverwaltungsgericht die Replik der Antragstellerin vom 31.01.2020 und den Schriftsatz der Zuschlagsempfängerin vom 03.02.2020 an die jeweils anderen Verfahrensparteien.

11. Mit Schreiben vom 13.02.2020 forderte das Bundesverwaltungsgericht die Antragstellerin auf, die noch offenen Pauschalgebühren in Höhe von EUR 4.320,-- zu bezahlen. Die Antragstellerin bezahlte am 14.02.2020 die offenen Pauschalgebühren.

12. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 18.02.2020 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch.

13. Am 21.02.2020 erstattete die Auftraggeberin weitere Informationen zum Stand der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung und zum Rechnungswert der bislang bestellten und abgerechneten Leistungen aus der Rahmenvereinbarung.

14. Am 25.02.2020 erfolgte nach Erörterung der Sach- und Rechtslage die Beschlussfassung im Senat.

15. Am 26.02.2020 legte die Antragstellerin eine weitere Aufstellung zum Rechnungswert der bislang bestellten und abgerechneten Leistungen aus der Rahmenvereinbarung vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

1.1. Mit Bekanntmachung vom 13.05.2019 schrieb die Flughafen Wien AG als Auftraggeberin den Auftrag "Sanitärmaterial" mit der Referenznummer Z-2019-0261 zur Zahl 2019/S091-220629 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union aus. Die Bekanntmachung in Österreich erfolgte im ANKÖ System am 10.05.2019 zur Zahl 65741-00 (Allgemeine Auskünfte der Auftraggeberin, Vergabeakt). Es handelt sich um einen Lieferauftrag im Oberschwellenbereich zum Abschluss einer Rahmenvereinbarung. Das Vergabeverfahren wurde als Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung geführt. Der geschätzte Auftragswert betrug rund EUR 580.000,-- (rund EUR 5.800.000,-- über die Laufzeit von 10 Jahren) (Vergabeakt).

1.2. Die europaweite Auftragsbekanntmachung vom 13.05.2019 lautete auszugsweise (Vergabeakt):

"...

1.3. Kommunikation

Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter: <https://gv.vergabeportal.at/Detail/65741>

Weitere Auskünfte erteilen/erteilt die oben genannten Kontaktstellen

Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen elektronisch via: <https://gv.vergabeportal.at/Detail/65741>

Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen an die oben genannten Kontaktstellen

...

"II.1)

Umfang der Beschaffung

II.1.1)

Bezeichnung des Auftrags:

Sanitärmaterial

Referenznummer der Bekanntmachung: Z-2019-0261

II.1.2)

CPV-Code Hauptteil

44411000

II.1.3)

Art des Auftrags

Lieferauftrag

II.1.4)

Kurze Beschreibung:

Lieferung unterschiedlicher Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw. Reparatur der Spender, sowie deren Austausch im Bedarfsfall.

...

II.2) Beschreibung

II.2.1) Bezeichnung des Auftrags:

II.2.2) Weitere(r) CPV-Code(s)

II.2.3) Erfüllungsort

NUTS-Code: AT130

Hauptort der Ausführung:

Flughafen Wien

II.2.4)

Beschreibung der Beschaffung:

Lieferung unterschiedlicher Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw. Reparatur der Spender, sowie deren Austausch im Bedarfsfall.

..."

1.3. Die Bekanntmachung im ANKÖ-System in Österreich lautete auszugsweise (Vergabeakt):

"

### 1.3. Kommunikation

Die Auftragsunterlagen stehen für einen uneingeschränkten und vollständigen direkten Zugang gebührenfrei zur Verfügung unter URL: <https://gv.vergabeportal.at/Detail/65741>

Weitere Auskünfte erteilen/erteilt

die oben genannten Kontaktstellen

Angebote oder Teilnahmeanträge sind einzureichen

elektronisch via <https://gv.vergabeportal.at/Detail/65741> an die oben genannten Kontaktstellen

..."

### Gegenstand

#### II.1 Umfang der Beschaffung

Bezeichnung des Auftrags: Sanitärmaterial

Referenznummer der Bekanntmachung: Z-2019-0261

CPV-Code Hauptteil: 44411000

Art des Auftrags: Lieferauftrag Kurze Beschreibung:

Lieferung unterschiedlicher Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw. Reparatur der Spender, sowie deren Austausch im Bedarfsfall

..."

#### II.2.4.Beschreibung der Beschaffung

Lieferung unterschiedlicher Sanitärmaterialien, Spender für diese Materialien und die Wartung bzw. Reparatur der Spender, sowie deren Austausch im Bedarfsfall

..."

1.4. Die Teilnahmebedingungen zum Vergabeverfahren unter Punkt 2. sowie die Allgemeinen Ausschreibungsbedingungen (AAB) unter Punkt 2 lauteten auszugsweise wie folgt (Vergabeakt):

"...2.1 Leistungsumfang und Mengengerüst

Von der Rahmenvereinbarung umfasst sind folgende Leistungen:

Zur Verfügungstellung (kein Kauf), Montage, laufende Wartung, Reparatur und/oder Austausch von

\* ca. 2000 Papierhandtuchspendern und Lieferung von passenden Papierhandtüchern.

\* ca. 2000 Seifenspendern und Lieferung von passender Schaumseife

sowie als Option

\* ca. 650 batteriebetriebene WC-Duftspender und Lieferung passender Be-duftungsmittel

\* ca. 650 Spendern für Toilettensitzreiniger und Lieferung passender Desinfektionsmittel.

...

Die Erstmontage der ausschreibungsgegenständlichen Spender muss - im Falle des kompletten Austausches eines Spendersystems - innerhalb eines Zeitraums von drei Monaten ab Abschluss der Rahmenvereinbarung/Abruf erfolgen.

Die Kosten für Lieferung, Montage, Wartung/Service, Reparatur und Austausch von Spendern werden nicht extra vergütet, sondern sind in den Kosten für das Verbrauchsmaterial enthalten bzw. mit diesen abgegolten. Der Auftraggeber erwirbt kein Eigentum an den Spendern.

Für alle genannten bzw gelieferten und montierten Spender(arten) ist der Auftraggeber daher berechtigt, auch die Lieferung zusätzlicher Spender zu beauftragen (insbesondere für den Fall von Umbauten, Erweiterungen etc. der Flughafen-Infrastruktur). Im Falle der Beauftragung mit der Lieferung solcher zusätzlicher (neuer) Spender umfasst die Reparatur-, Wartungs- und Austauschverpflichtung auch diese zusätzlichen (neuen) Spender.

Für alle Lieferungen der angegebenen Sanitärmaterialien gilt, dass diese ohne Verschlechterung oder sonstige Nachteile (z.B. Verstopfung von Spendern, Flüssigkeitsverlust/Tropfen von Spendern etc.) mit den Spendern kompatibel sein müssen und die volle Funktionsfähigkeit der Spender bei Befüllung mit dem jeweiligen Sanitärmaterial gewährleisten müssen. Aus administrativen bzw Praktikabilitätsgründen dürfen zwischen Entnahme aus der Verpackung und Befüllung der Spender keine weiteren Manipulationsschritte für das Sanitärmaterial ("Zusammenbauen" von Teilen o.Ä.) erforderlich sein.

Der Partner der Rahmenvereinbarung hat zu garantieren, dass die Befüllung der Spender mit dem gelieferten Sanitärmaterial technisch möglich und rechtlich ohne unzulässigem Eingriff in Rechte Dritter zulässig ist, widrigensfalls er den Auftraggeber für sämtliche Aufwände, Kosten und Nachteile im Falle seiner gerichtlichen oder außergerichtlichen Inanspruchnahme im Zusammenhang mit einem allfälligen Verstoß schad- und klaglos zu halten hat. Dies gilt auch insbesondere für die Weiterverwendung bestehender Spender.

Nicht Gegenstand des Vertrages ist die Lieferung von Toiletttenpapier..."

1.5. Mehr als zehn, aber weniger als zwanzig Unternehmen luden die Teilnahmeunterlagen herunter (Auskünfte der Auftraggeberin, Beilage ./A). Diese Unternehmen gehörten zur Hälfte der Branche der Installationsunternehmen und zur Hälfte der Branche für Hygienematerialien an.

1.6. Die Öffnung der Teilnahmeanträge erfolgte am 24.05.2019. Es ging ein Teilnahmeantrag der XXXX , ein. Die XXXX wurde von der Auftraggeberin am 06.06.2019 zur Angebotslegung eingeladen (Vergabeakt).

1.7. Die XXXX legte am 26.06.2019 ein Angebot. Die Angebotsöffnung fand am 01.07.2019 statt (Vergabeakt).

1.8. Am 01.08.2019 erfolgte der Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der XXXX . Die Bekanntmachung des vergebenen Auftrages erfolgte am 06.08.2019 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2019/S 150-371170 (Vergaberecht).

1.9. Die Auftraggeberin ruft laufend aus der am 01.08.2019 abgeschlossenen Rahmenvereinbarung ab und hat die Option gezogen. Die Rahmenvereinbarung wurde auf die Dauer von zehn Jahren geschlossen (Vergabeakt). Der Rechnungswert der gelieferten und von der Zuschlagsempfängerin auf Basis der Rahmenvereinbarung vom 01.08.2019 verbrauchten und abgerechneten Leistungen von 01.08.2019 bis 31.01.2020 beläuft sich auf EUR XXXX (Information der Auftraggeberin vom 21.02.2020).

1.10. Die XXXX wurde am 06.09.2019 in XXXX umfirmiert. Gemäß Spaltungs- und Übernahmevertrag vom XXXX wurde der Teilbetrieb "Hygieneservices" der XXXX (im Zeitpunkt des Spaltungsvorgangs noch XXXX ) im Wege einer Spaltung zur Aufnahme auf die XXXX (FN XXXX , vormals firmierend unter " XXXX ", im Folgenden "Zuschlagsempfängerin") übertragen. Der Spaltungs- und Übernahmevertrag sieht eine Übertragung sämtlicher mit dem Teilbetrieb "Hygieneservices" einhergehender Rechte und Pflichten gemäß § 2 Abs 1 Z 2 SpaltG vor (Informationen der Zuschlagsempfängerin).

1.11. Unternehmensgegenstand der Antragstellerin ist der Handel mit verschiedenen Produkten im Sanitär- und Medizinproduktebereich. Das Sortiment der Antragstellerin umfasst unter anderem die Lieferung von Toiletttenpapier, Papierhandtüchern, Handtuchrollen, Seife, sowie die Spender für alle Produkte des Sortiments. Die Antragstellerin wäre zum Zeitpunkt der Bekanntmachung in der Lage gewesen, die vertragsgegenständlichen Leistungen zu erbringen.

1.12. Die Antragstellerin hat seit Zustellung einer Revisionsbeantwortung im aktuell vor dem Verwaltungsgerichtshof anhängigen Revisionsverfahren zur Zahl XXXX mit 06.12.2019 Kenntnis vom Abschluss der Rahmenvereinbarung vom 01.08.2019. Die Antragstellerin hatte davor keine Kenntnis von der Bekanntmachung und/oder der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung vom 01.08.2019.

1.13. Die Auftraggeberin wählte den Text der Bekanntmachung mit dem Ziel, einen breiten Wettbewerb zu ermöglichen und nahm dafür auch rechtlichen Beistand in Anspruch. Für die Wahl des CPV-Codes nahm die Auftraggeberin keinen rechtlichen Beistand in Anspruch.

1.14. Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in Höhe von EUR 6.480,-- (Vergabeakt).

## 2. Beweiswürdigung:

2.1. Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammer genannten Quellen. Diese sind die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann.

2.2. Die Echtheit und Richtigkeit von herangezogenen Unterlagen hat keine der Verfahrensparteien bestritten. Diese Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche in den Unterlagen traten nicht auf.

2.3. Soweit die Antragstellerin Akteneinsicht in die von der Auftraggeberin vorgelegte Downloadliste und die in der Stellungnahme vom 24.01.2020 genannten Namen anderer Interessenten im Vergabeverfahren "Sanitärmaterial" begehrt, ist auf die Beschränkungen gemäß § 17 Abs. 3 AVG iVm § 337 BVergG 2018 zu verweisen. Das Recht auf Akteneinsicht ist in Bezug auf jene Angaben und Unterlagen eingeschränkt, die als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse anzusehen sind. Dabei handelt es sich um Tatsachen und Erkenntnisse kommerzieller oder technischer Art, die bloß einer bestimmten und begrenzten Zahl von Personen bekannt sind, nicht über diesen Kreis hinausdringen sollen und an deren Geheimhaltung ein wirtschaftliches Interesse besteht (OGH 20. 5. 2014, 4 Ob 55/14p). Der Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist ein allgemeiner Grundsatz (EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, Varec, Rn 49). § 337 BVergG 2018 räumt den Parteien des Nachprüfungsverfahrens die Möglichkeit ein, bei der Vorlage von Unterlagen zu verlangen, diese vertraulich zu behandeln. Der Schutz der Vertraulichkeit im Nachprüfungsverfahren richtet sich nach § 17 Abs. 3 AVG iVm § 337 BVergG 2018 (VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Die abschließende Beurteilung, welche Unterlagen vertraulich zu behandeln sind, obliegt dem Bundesverwaltungsgericht (zu § 21 Abs 2 VwGVG siehe VfGH 2. 7. 2015, G 240/2014). Die vertrauliche Behandlung von Unterlagen und Informationen bedingt auch, dass sie entsprechend dem Grundsatz des fairen Verfahrens in Art 6 EMRK und Art 47 GRC nicht in die Feststellungen des Erkenntnisses aufgenommen werden können.

Welche Informationen dem Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen unterliegen, ist jeweils im Einzelfall zu beurteilen. § 17 Abs. 3 AVG schützt Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse (Hanslik, Parteiengehör und Geheimnisschutz im Verwaltungsverfahren [2013], 106) und ist dabei im gegebenen unionsrechtlichen Zusammenhang im Licht von - nun - Art 47 und Art 51 GRC, die Art 6 und Art 8 EMRK entsprechen, auszulegen (VwGH 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Dabei sind diese beiden Grundrechte gegeneinander abzuwägen, um einerseits ein faires Verfahren zu gewährleisten und andererseits schützenswerte Informationen nicht offenzulegen (EuGH 14. 2. 2008, C-450/06, Varec, Rn 51; VwGH 22. 5. 2012, 2009/04/0187; 9. 4. 2013, 2011/04/0207). Nach dem Modell des Europäischen Gerichtshofs kann das Gericht in alle Informationen einsehen und dann entscheiden, welche Tatsachen es geschwärzt oder ungeschwärzt in seinen Akt nimmt und damit den Parteien des Nachprüfungsverfahrens zugänglich macht (SA GA Eleanor Sharpston 25. 10. 2007, C-450/06, Varec, Rn 51).

Diese Ausführungen sind auf die Offenlegung von als vertraulich gekennzeichneten Informationen im Feststellungsverfahren zu übertragen.

Sowohl im offenen Verfahren, als auch im nicht offenen Verfahren und im Verhandlungsverfahren sind die Anzahl und die Namen der Unternehmer, die Interesse an der Teilnahme an einem Verfahren bekundet haben, und/oder ein Angebot abgegeben haben, bis zur Angebotsöffnung geheim zu halten (§§ 279 Abs. 4, 280 Abs. 3, 281 Abs. 10 BVergG 2018). Die Auftraggeberin hatte somit im laufenden Vergabeverfahren Namen und Anzahl der beteiligten Bieter geheim zu halten. Diese Geheimhaltungsverpflichtung beinhaltet auch implizit die Verpflichtung, dass die Namen der Bieter vor Angebotsöffnung geheim zu halten sind (vgl. EBRV 69 BlgNR XXVI. GP, 141 zu § 114 Abs. 10 BVergG 2018). Da der Wettbewerb durch Geheimhaltung der Namen und Anzahl der Bieter in den genannten Verfahren geschützt

werden soll, ist nicht ersichtlich, weshalb für die Interessenten an einem zweistufigen Verhandlungsverfahren andere gelten soll. Im gegenständlichen Fall hatte die Auftraggeberin die Namen der Unternehmen, die ein Interesse an der Teilnahme am Vergabeverfahren durch Download der Teilnahmeunterlagen bekundet haben, somit gegenüber anderen Interessenten geheim zu halten. Es wurde in der mündlichen Verhandlung erörtert und festgestellt, aus welcher Branche die interessierten Unternehmen stammten. Die Identität der teilnehmenden Unternehmen ist aber für die Wahrung der Rechtschutzinteressen der Antragstellerin nicht relevant. Die Namen von anderen am Vergabeverfahren interessierten Unternehmen sind somit im Feststellungsverfahren vertraulich zu behandeln und es besteht kein überwiegendes Interesse der Antragstellerin an der Offenlegung dieser Informationen. Der diesbezügliche Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht war daher in der mündlichen Verhandlung mit verfahrensleitendem Beschluss abzuweisen.

Auf Basis der Angaben der Auftraggeberin wurde festgestellt, in welchem Bereich sich die Anzahl der interessierten Unternehmen bewegte und welcher Branche diese überwiegend angehörten (Protokoll der mündlichen Verhandlung, S. 5).

2.4. Die Auftraggeberin legte mit Schreiben vom 21.02.2020 sowie mit Ergänzung vom 26.02.2020 Details zu den genauen Abrufmengen und Bedarfzahlen entsprechend dem Auftrag des Bundesverwaltungsgerichtes vor und beantragte, diese Informationen von der Akteneinsicht durch die Antragstellerin auszunehmen.

Da im Falle der Anwendung des § 356 Abs. 4 BVergG 2018 eine Geldbuße von Amts wegen zu verhängen ist, besteht bezüglich jener Bestandteile der abgeschlossenen Rahmenvereinbarung, die Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse für die Auftraggeberin darstellen, auch kein Recht auf Akteneinsicht der Antragstellerin. Dies ist jedenfalls bezüglich der Bestellwerte sowie bezüglich der Prognoserechnung für die Monate, die noch nicht abgerufen wurden, der Fall. Diese Informationen stellen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse dar, weil daraus Rückschlüsse auf die Bedarfssituation der Auftraggeberin getroffen werden können. Die Antragstellerin hätte durch die Kenntnis dieser Informationen für zukünftige Vergabeverfahren einen Wettbewerbsvorteil.

Der Rechnungswert der bislang bestellten und abgerechneten Leistungen im Zeitraum 01.08.2019 bis 31.01.2020 ist jedoch die maßgebliche Grundlage für eine zu verhängende Geldbuße. Da es sich um einen Gesamtwert für sechs Monate handelt, können aus diesem Wert durch die Antragstellerin auch keine Rückschlüsse auf die konkreten Bestell- und Bedarfsmengen der Auftraggeberin bezüglich der einzelnen Produkte getroffen werden. Die Gesamtsumme der bereits gelieferten und abgerechneten Hygieneartikel aus der Rahmenvereinbarung war somit in die Feststellungen aufzunehmen, um die Geldbuße für die Auftraggeberin nachvollziehbar zu beziffern (siehe die rechtliche Beurteilung).

2.5. Die Feststellungen zu den Intentionen der Auftraggeberin und der in Anspruch genommenen rechtlichen Beratung beruhen auf den nachvollziehbaren Angaben des Vertreters der Auftraggeberin in der mündlichen Verhandlung (Verhandlungsprotokoll S. 8-9).

2.6. Die Feststellungen zum Zeitpunkt der Kenntnis der Antragstellerin vom Abschluss der Rahmenvereinbarung und der Bekanntmachung beruhen auf den Angaben der Antragstellerin im Antrag und in der mündlichen Verhandlung (Protokoll der mündlichen Verhandlung, S. 5). Ebenso beruht die Feststellung, dass die Antragstellerin in der Lage gewesen wäre, die Leistungen gemäß Punkt 2. AAB zu erbringen, auf den Angaben der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung (Protokoll der mündlichen Verhandlung, S. 5). Es ergaben sich für das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren keine Hinweise darauf, dass diese Angaben der Antragstellerin unzutreffend sind. Dies gilt schließlich auch für die Feststellungen zum Sortiment und zum Unternehmensgegenstand der Antragstellerin (Protokoll der mündlichen Verhandlung, S. 5, S. 10).

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### Zu Spruchpunkt A)

##### 3.1. Zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

3.1.1. Gemäß § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs. 1 Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 - BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idGf, entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327 BVergG 2018, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung

über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über die Anträge der Antragstellerin auf Feststellung und auf Nichtigerklärung zu entscheiden. Somit liegt Senatszuständigkeit vor.

Gemäß § 28 Abs. 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs. 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

3.1.2. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 ist die Flughafen Wien AG. Sie übt als Betreiberin des Flughafens Wien-Schwechat eine Sektorentätigkeit gemäß § 175 BVergG 2018 aus und ist damit Sektorenauftraggeberin gemäß § 167 BVergG 2018. Sie ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 4 Abs. 1 Z 2 BVergG 2018. Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 6 BVergG 2018 um einen Lieferauftrag. Der geschätzte Auftragswert liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs. 1 BVergG 2018, sodass es sich um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich handelt. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des BVergG 2018. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß § 334 Abs. 3 BVergG 2018 nach Zuschlagserteilung zuständig zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde (§ 334 Abs. 3 Z 3 BVergG 2018), zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages (§ 334 Abs. 3 Z 6 BVergG 2018) sowie zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 356 Abs. 9 BVergG 2018 (§ 334 Abs. 3 Z 7 BVergG 2018).

### 3.2. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin und zur Rechtzeitigkeit des Antrages

#### 3.2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2018 lauten auszugsweise:

"Zuständigkeit

§ 334. (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) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;

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. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 4 bis 9, § 162 Abs. 1 bis 5, § 316 Abs. 1 bis 3 oder § 323 Abs. 1 bis 5 rechtswidrig war;

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

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 356 Abs. 9.

(4) Nach Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob der Widerruf wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;
2. in einem Verfahren gemäß Z 1 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
3. zur Feststellung, ob der Widerruf rechtswidrigerweise ohne Mitteilung oder Bekanntmachung der Widerrufsentscheidung erklärt wurde;
4. in einem Verfahren gemäß Z 1 und 3 zur Unwirksamserklärung des Widerrufes gemäß § 357.

(5) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zur Feststellung zuständig, ob der Auftraggeber nach erheblicher Überschreitung der Zuschlagsfrist und entgegen dem Ersuchen des Bieters um Fortführung des Verfahrens das Verfahren weder durch eine Widerrufserklärung oder Zuschlagserteilung beendet noch das Verfahren in angemessener Weise fortgeführt hat

#### 4. Abschnitt

##### Feststellungsverfahren

###### Einleitung des Verfahrens

§ 353. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder
2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder
3. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder
4. der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung aufgrund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 155 Abs. 5 bis 9, § 162 Abs. 1 bis 5, § 316 Abs. 1 bis 3 oder § 323 Abs. 1 bis 5 rechtswidrig war, oder
5. die Erklärung des Widerrufes eines Vergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 334 Abs. 3 Z 1, 3 und 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1 und 3 bis 5 kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 bis 4 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigkeitsklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes aufzuheben.

...

##### Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 354. (1) Ein Antrag gemäß § 353 Abs. 1, 2 oder 4 hat jedenfalls zu enthalten:

1. die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens,

2. die Bezeichnung des Auftraggebers oder der vergebenden Stelle und des Antragstellers einschließlich deren 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 Bezeichnung der Rechte, in denen der Antragsteller verletzt zu sein behauptet (Beschwerdepunkte) sowie die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt,
7. ein bestimmtes Begehr und
8. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

(2) Anträge gemäß § 353 Abs. 1 sind binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können.

...

(4) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 353 Abs. 1 ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens hätte geltend gemacht werden können.

(5) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 353 Abs. 1 oder 2 ist unzulässig, wenn trotz Aufforderung zur Verbesserung der Antrag nicht ordnungsgemäß vergebührt wurde.

...

#### Verfahrensrechtliche Bestimmungen

§ 355. (1) Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 334 Abs. 3 und 4 sind der Antragsteller, der Auftraggeber und ein allfälliger Zuschlagsempfänger. Parteien eines Feststellungsverfahrens nach § 334 Abs. 5 sind der Antragsteller, der Auftraggeber und alle im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter. Wenn eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt hat, bildet sie mit dem Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Feststellungsverfahren. Die Anträge gemäß § 356 Abs. 2, 5 und 6 können nur vom Auftraggeber gestellt werden. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden. Wurde ein Vergabeverfahren von mehreren Auftraggebern gemeinsam durchgeführt, so bilden alle am Auftrag beteiligten Auftraggeber eine Streitgenossenschaft im Feststellungsverfahren. Die Bestimmungen der §§ 14 und 15 ZPO sind sinngemäß anzuwenden.

(2) Über einen Antrag auf Feststellung gemäß § 353 Abs. 1 und 2 ist unverzüglich, längstens jedoch binnen sechs Wochen nach Einlangen des Antrages zu entscheiden.

#### Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 356. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 1 und 5 und Abs. 4 Z 1 und 3 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss war.

(2) Soweit in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages gemäß dem ersten Satz oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß Abs. 4 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe des Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigerklärung oder die Aufhebung des Vertrages in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) Soweit in den Abs. 4 bis 6 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Unterschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären, wenn die festgestellte Vorgangsweise des Auftraggebers aufgrund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes, der hierzu ergangenen Verordnungen oder des unmittelbar anwendbaren Unionsrechtes offenkundig unzulässig war.

(4) Kann die erbrachte Leistung oder ein erbrachter Leistungsteil nicht mehr oder nur wertvermindert rückgestellt

werden, so hat das Bundesverwaltungsgericht, sofern Abs. 5 nicht zur Anwendung kommt, im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) Das Bundesverwaltungsgericht kann im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 334 Abs. 3 Z 3 bis 5 aussprechen, dass der Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes oder einem späteren Zeitpunkt aufgehoben wird, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat. Das Bundesverwaltungsgericht hat dafür das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung bestimmter vertraglicher Rechte und Pflichten, das Interesse des Antragstellers an der Aufhebung des Vertrages sowie allfällige betroffene öffentliche Interessen gegeneinander abzuwägen.

(6) Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages gemäß Abs. 3 oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 im Unterschwellenbereich abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und das Interesse des Auftraggebers an der Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses das Interesse des Antragstellers an der Beendigung des Vertragsverhältnisses - auch unter der Berücksichtigung der allfällig betroffenen öffentlichen Interessen - überwiegt.

(7) Die Abs. 2 bis 6 gelten nur, wenn der Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 bis 4 binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag eingebracht wurde. Abweichend vom ersten Satz gelten die Abs. 2 bis 6 nur, wenn

1. ein Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 bis 4 - sofern es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Übermittlung bzw. Bereitstellung der Mitteilung gemäß den § 144 Abs. 2 oder § 306 Abs. 2, bzw.

2. ein Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 - sofern es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntgabe

a) im Oberschwellenbereich gemäß § 61 Abs. 1 oder 2 und § 62 Abs. 1 oder 2 bzw. § 231 Abs. 1 oder 2 und § 232 Abs. 1 oder 2 bzw.

b) im Unterschwellenbereich gemäß § 66 Abs. 1 oder 2 bzw. § 237 Abs. 1 oder 2

eingebracht wurde.

(8) Die Abs. 2 bis 7 gelten nicht im Fall eines Antrages gemäß § 353 Abs. 1 Z 2, sofern der Auftraggeber in zulässiger Weise die entsprechend begründete Entscheidung

1. im Oberschwellenbereich gemäß § 58 und § 59 Abs. 4 bzw. § 227 und § 229 Abs. 4 bzw.

2. im Unterschwellenbereich gemäß § 64 Abs. 5 bzw. § 234 Abs. 5

bekannt gemacht hat und der Zuschlag nach Ablauf einer Frist von zehn Tagen nach der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung erteilt worden ist.

(9) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages abgesehen hat, oder den Vertrag nur teilweise, mit dem Zeitpunkt seiner Entscheidung oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben hat, dann ist eine Geldbuße über den Auftraggeber zu verhängen, die wirksam, angemessen und abschreckend sein muss. Dasselbe gilt für jene Fälle, in denen der Antrag gemäß § 353 Abs. 1 Z 2 bis 4 nach den in Abs. 7 genannten Fristen eingebracht wurde und das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtswidrigkeit feststellt. Hat eine zentrale Beschaffungsstelle ein Vergabeverfahren oder Teile eines Vergabeverfahrens als vergebende Stelle durchgeführt, ist die Geldbuße abweichend vom ersten Satz über die zentrale Beschaffungsstelle zu verhängen, wenn die von ihr gesetzten Handlungen für die Feststellung der Rechtsverstöße von wesentlichem Einfluss waren.

(10) Die Höchstgrenze für eine Geldbuße beträgt 20%, im Unterschwellenbereich 10% der Auftragssumme. Wird ein Vertrag trotz festgestellter Rechtswidrigkeit nur teilweise, mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes oder zu einem späteren Zeitpunkt aufgehoben, ist die Höchstgrenze von jenem Teil der Auftragssumme des Vertrages zu berechnen, der dem Teil des Vertrages entspricht, der nicht aufgehoben wurde. Das Bundesverwaltungsgericht hat bei der Verhängung der Geldbuße die Schwere des Verstoßes, die Vorgangsweise des Auftraggebers sowie sinngemäß die Erschwerungs- und Milderungsgründe gemäß § 5 des Verbandsverantwortlichkeitsgesetzes - VbVG, BGBl. I Nr. 151/2005, heranzuziehen. Geldbußen fließen dem Fonds zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung (§ 2 des Forschungs- und Technologieförderungsgesetzes - FTFG, BGBl.

Nr. 434/1982) zu."

3.2.2. Die Auftraggeberin und die Zuschlagsempfängerin bringen vor, es würde der Antragstellerin am Interesse und damit an der Beschwer mangeln, weshalb ihr Antrag zurückzuweisen sei. Die CPV-Codes sollen nur ausländischen bzw. fremdsprachigen Bietern einen Überblick ermöglichen, ob Aufträge allenfalls für sie interessant seien. Die inländische Antragstellerin werde vom Schutzzweck der CPV-Code-Verwendung nicht erfasst und könne durch eine allfällige unrichtige Zuordnung nicht beschwert sein.

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages nach § 353 Abs. 1 BVergG 2018 ist, dass das Vergabeverfahren entweder durch Zuschlagserteilung oder durch Widerruf abgeschlossen ist (Reisner in Heid/Reisner/Deutschmann/Hofbauer, BVergG 2018 § 353 Rz 6).

Gegenstand des Feststellungsverfahrens ist nach dem übereinstimmenden Vorbringen der Parteien das Vergabeverfahren "Sanitärmaterial" mit der Referenznummer Z-2019-0261 der Auftraggeberin. Dieses wurde am 01.08.2019 durch Abschluss der Rahmenvereinbarung mit der Zuschlagsempfängerin beendet. Die Zulässigkeitsvoraussetzung des abgeschlossenen Vergabeverfahrens ist damit gegeben.

Die zweite Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Feststellungsantrages ist, dass der Bieter ein Interesse am Vertragsschluss hat und ihm ein Schaden droht oder er einen Schaden bereits erlitten hat. Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Der entstandene oder drohende Schaden ist vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu beurteilen, die auftragsgegenständliche Leistung erbringen zu können (VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032).

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen im Bereich der Lieferung von Hygienepapier. Es wurde festgestellt, dass die Antragstellerin in der Lage gewesen wäre, die laut Punkt 2. AAB auftragsgegenständliche Leistung, nämlich die Zurverfügungstellung, Montage, laufende Wartung, Reparatur und/oder Austausch von

\* ca. 2000 Papierhandtuchspendern und Lieferung von passenden Papierhandtüchern

\* ca. 2000 Seifenspendern und Lieferung von passender Schaumseife

sowie als Option

\* ca. 650 batteriebetriebenen WC-Duftspendern und Lieferung passender Be-duftungsmittel

\* ca. 650 Spendern für Toilettensitzreiniger und Lieferung passender Desinfektionsmittel

zu erbringen. Dies wurde von der Auftraggeberin auch nicht bestritten.

Die Antragstellerin hat einen Schaden in Form von Umsatz- und Gewinneinbußen sowie dem Verlust von Marktanteilen aufgrund der - ausgehend von ihrem Vorbringen - fehlenden Möglichkeit, am Vergabeverfahren teilzunehmen, im Antrag plausibel dargelegt.

Der Verwaltungsgerichtshof verweist im Zusammenhang mit der Antragslegitimation im Feststellungsverfahren auf das umfassende Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, angesichts dessen auch die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung bekämpft werden müssen, 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).

Die Antragstellerin hat ihr Interesse an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren betreffend die von der Auftraggeberin beauftragten Leistungen in ihrem Antrag vorgebracht. Geht man davon aus, dass der Rechtsstandpunkt der Antragstellerin zutrifft, ist sie in ihrem Recht auf Teilnahme an einem Vergabeverfahren

beeinträchtigt, weil dieses ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde. Die Antragstellerin hat somit sowohl ihr Interesse am Vertragsabschluss als auch einen ihr drohenden Schaden durch die fehlende Teilnahme an einem Vergabeverfahren betreffend die beschafften Leistungen plausibel dargelegt.

Die Frage, ob d

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

© 2026 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)