

TE Bvwg Beschluss 2020/12/18 W120 2235161-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.12.2020

Entscheidungsdatum

18.12.2020

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergGKonz 2018 §1
BVergGKonz 2018 §11 Abs1
BVergGKonz 2018 §12
BVergGKonz 2018 §13
BVergGKonz 2018 §14
BVergGKonz 2018 §2
BVergGKonz 2018 §22
BVergGKonz 2018 §28
BVergGKonz 2018 §31
BVergGKonz 2018 §33
BVergGKonz 2018 §34
BVergGKonz 2018 §35
BVergGKonz 2018 §36
BVergGKonz 2018 §4
BVergGKonz 2018 §6
BVergGKonz 2018 §78
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z13
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z31
BVergGKonz 2018 §83
BVergGKonz 2018 §86
BVergGKonz 2018 §87
BVergGKonz 2018 §91
B-VG Art133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W120 2235161-2/27E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden, Dr. Ilse Pohl als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Nachprüfungsanträge vom 17.09.2020 der XXXX in XXXX, vertreten durch BINDER GRÖSSWANG Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, betreffend das Verfahren „TENDER 2020 – Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes“ der XXXX AG in XXXX, vertreten durch Harrer Schneider Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, beschlossen:

A)

Die Anträge,

2. a) das Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch die damit verbundene Aufforderung zur Angebotslegung, in jedem Fall auch das dazu eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

b) das Verfahren, in eventu auch die Aufforderung zur Angebotslegung für die Bestandnahme des Bestandgegenstandes gemäß des Dokumentes ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘ auf Abschluss eines Bestandsvertrags gemäß des dem Dokument beiliegenden Musters (Anlage 1) für nichtig erklären;

in eventu

c) die Ausschreibung ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

d) die Aufforderung zur Angebotsabgabe ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

e) das als sonstige Entscheidung während der Verhandlungsphase bzw der Angebotsfrist zu qualifizierende Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären“,

werden als unzulässig zurückgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist nicht zulässig.

Text

Begründung:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 17.09.2020 stellte die Antragstellerin das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte im Wesentlichen vor:

1.1. Angefochten werde die Entscheidung der Antragsgegnerin, „mehrere Unternehmer einzuladen, ein Angebot für den Abschluss eines Bestandvertrags über Räume und Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes auf Grundlage dieser Tenderunterlage zu legen“.

Die „Tender-Entscheidung“ verletze die Antragstellerin insbesondere in ihrem Recht auf Einhaltung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, des freien und lautereren Wettbewerbes sowie des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit.

1.2. Die Konzeption oder Durchführung eines Vergabeverfahrens dürfe nicht den Zweck verfolgen, das Vergabeverfahren vom Anwendungsbereich des BVergG 2018 oder des BVergGKonz 2018 auszunehmen, die Anwendung seiner Vorschriften zu umgehen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken. Eine künstliche Einschränkung des Wettbewerbes liege jedenfalls dann vor, wenn durch die Konzeption oder Durchführung des Vergabeverfahrens bestimmte Unternehmer auf unzulässige Weise bevorzugt oder benachteiligt werden würden.

Mit der Tenderunterlage 09/2020 samt Beilagen versuche die Antragsgegnerin gerade dies zu tun sowie das BVergGKonz 2018 und den dadurch gewährten Rechtsschutz in rechtswidriger Weise zu umgehen.

Für die Beurteilung der gegenständlich zu vergebenden Dienstleistungskonzession, sei in wirtschaftlicher Betrachtungsweise entscheidend, ob ein entgeltlicher Vertrag vorliege, mit dem der Auftraggeber einen Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen, die keine Bauleistungen gemäß § 5 BVergGKonz 2018 seien, betraue, wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises bestehe.

Das für die Dienstleistungskonzession notwendige Betriebsrisiko für die Erbringung der Leistungen gelte als vom Konzessionär getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert sei, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für die Erbringung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen wieder erwirtschaftet werden könnten.

1.3. Diesem Antrag auf Nachprüfung würden bereits zwei Vergabeverfahren – Ausschreibung 2018 und Ausschreibung 02/2020 – vorausgehen.

Mit der Tenderunterlage 09/2020 unternehme die Antragsgegnerin den dritten Anlauf, die Dienstleistungskonzession dem Unternehmen zu übertragen, das am XXXX in XXXX die Leistungen für die e-Validierung für das sogenannte Tax-Free-Shopping durch Touristen, die aus der Europäischen Union ausreisen würden, erbringen dürfe und solle.

Die Vorarbeiten zur Vergabe der Dienstleistungskonzession zur Erbringung der Leistungen für die e-Validierung hätten bereits im Jahr 2017 mit umfangreichen Vorbereitungen und Vorgesprächen unter Einbindung des BMF, des Zolls und anderer Beteiligten begonnen.

Um sicher zu stellen, dass die Leistungen im Einklang mit den Vorgaben von Zoll, BMF und der Antragsgegnerin erbracht werden würden, habe bereits im Februar 2018 eine Teststellung am XXXX in XXXX stattgefunden; die Antragsgegnerin sei die Organisatorin dieser Teststellung gewesen; der Zoll und das BMF hätten daran teilgenommen.

Bereits in den vorangegangenen Verfahren habe die Antragstellerin dargetan, dass der XXXX der einzige Ort sei, an dem diese Leistungen in Österreich wirtschaftlich vernünftig erbracht werden könnten. Die Antragsgegnerin müsse seinerseits ihren Passagieren diese Leistungen anbieten können, um mit anderen Flughäfen innerhalb der Europäischen Union konkurrenzfähig zu bleiben, da Passagiere, die in Nicht-EU-Länder ausreisen und innerhalb der EU umsatzsteuerfreie Einkäufe zu tätigen beabsichtige, sonst andere Flughäfen benutzen würden.

1.3.1. Am 25.04.2018 habe die Antragsgegnerin die Ausschreibungsunterlage „TENDER 2018 Flächenvergabe eValidierung am XXXX “ („Ausschreibung 2018“) veröffentlicht. Die Ausschreibung 2018 habe ein Muster von einer vom liefernden Unternehmer ausgestellte und mit einer zollamtlichen Ausgangsbestätigung versehene Ausfuhrbescheinigung zu erbringen gehabt (§ 7 Abs 6 Z 1 UStG 1994). § 6a ZollR-DG sehe vor, dass die Zollbehörden die operationelle Abwicklung bescheidmäßig ganz oder teilweise auf Antrag privaten Unternehmen übertragen könnten, sofern diese die entsprechenden Voraussetzungen in Hinblick auf die technischen Anforderungen erfüllen würden. Die erforderlichen Voraussetzungen für die Erbringung der Leistungen und die operationelle Abwicklung seien bestimmt in der Zoll-TE-Inf-V 2019 festgeschrieben.

Der Bestandvertrag sei insbesondere mit dem Vertrag der Tenderunterlage 09/2020 ident. Nach allen Verträgen bestehe die Verpflichtung zur Erbringung bzw. Einschränkung auf die Leistungen zur e-Validierung von Touristenexporten.

Der nunmehrige Versuch der Antragsgegnerin, durch Verweis auf andere gesetzliche Bestimmungen bei der Umschreibung des Vertragszwecks, verdeutliche vielmehr nur den Versuch der Umgehung:

In der Ausschreibung 2018 hätten die Flächen „ausschließlich zur operationellen Abwicklung – bezogen auf die Passagierbetreuung – der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes durch private Unternehmen gemäß BGBl II Nr. 53/2016 genutzt werden“, sollen.

In der Ausschreibung 02/2020 sei auf § 6a ZollR-DG verwiesen worden, der die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Zoll-TE-InfV 2019 sei.

In der Tenderunterlage 09/2020 werde auf den § 7 Abs 6 Z 1 UStG 1994 verwiesen, der die Grundlage für in § 6a ZollR-DG enthaltene Ermächtigung zur Erbringung der Leistungen im Einklang mit der Zoll-TE-InfV 2019 sei.

Zwar habe das Bundesverwaltungsgericht im Verfahren zu W134 2202937 die Anträge der Rechtsvorgängerin der Antragstellerin gemäß § 177 BVergG 2006 wegen Unzuständigkeit zurückgewiesen, da das BVergGKonz 2018 noch nicht anwendbar gewesen sei. Im Beschluss habe das Bundesverwaltungsgericht allerdings ausdrücklich festgehalten, dass es sich bei der Ausschreibung 2018 um die Vergabe eines Dienstleistungskonzessionsvertrages gehandelt habe und die Dienstleistung auch damals in der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigung im Rahmen des sogenannten Touristenexportes bestanden habe.

Ausdrücklich habe das Bundesverwaltungsgericht festgehalten, dass „die Tatsache, dass gleichzeitig mit dem Auftragnehmer auch ein Bestandvertrag abgeschlossen wird, daran nichts ändert.“

Noch während der Laufzeit des Vertrages mit der Zuschlagsempfängerin 2018 und für die Antragstellerin überraschend, veröffentlichte die Antragsgegnerin am 06.02.2020 eine erneute Ausschreibung für die Vergabe der Dienstleistungskonzession unter dem Titel „Teil A – Allgemeine Ausschreibungsbedingungen der Auftraggeberin von 06.02.2020“.

1.3.2. Ausdrücklich habe die Ausschreibung 02/2020 Folgendes vorgesehen:

„Das Ziel dieses Ausschreibungsverfahrens ist daher der Abschluss eines Konzessions- und Bestandvertrages (vgl Teil B) über Flächen am XXXX zum Zwecke der Errichtung und des Betriebes von Schaltern (bemannte Schalter oder auch Schalter bestehend aus Self-Service-Kiosks inklusive Betreuungspersonal) zur operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes gemäß der Zoll-TE-InfV 2019; und zwar mit dem Gewinner dieses Ausschreibungsverfahrens.

[...]

Die Vergabe der Konzession (= Abschluss des Konzessions- und Bestandvertrags,) erfolgt durch ein offenes Verfahren im Oberschwellenbereich nach den Vorschriften dieser Ausschreibungsunterlage und nach den Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes Konzessionen 2018 (i.d.F. BVergGKonz 2018) in der jeweils gültigen Fassung und den dazu ergangenen Verordnungen.“

Gegen die Ausschreibung 02/2020 habe die Antragstellerin am 26.02.2020 einen Antrag auf Nachprüfung eingebracht.

Die Antragsgegnerin habe die Ausschreibung 02/2020 schlussendlich widerrufen.

In Folge der Mitteilung der Antragsgegnerin von 19.03.2020 an das Bundesverwaltungsgericht über den Widerruf der Ausschreibung 02/2020 habe die Antragstellerin den Antrag auf Nachprüfung der Ausschreibung zurückgezogen und das Verfahren zu W120 2228989 sei mit Beschluss eingestellt worden. Auch damals habe das Bundesverwaltungsgericht ausgesprochen, dass das Verfahren vom sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 umfasst gewesen sei.

1.4. Zur Tenderunterlage 09/2020 sei Folgendes festzuhalten:

1.4.1. Die Antragsgegnerin suggeriere mit dem gegenständlichen „Tender“, lediglich Flächen am XXXX vermieten zu wollen, verknüpfe damit aber eine explizite Nutzungsbeschränkung zur operationellen Abwicklung der e-Validierung für Touristenexporte.

In Wahrheit schränke die Antragsgegnerin den Gegenstand des Vertrages damit zwingend auf bestimmte Leistungen ein, und zwar exakt auf jene, die auch in den vorangegangenen Verfahren vergeben worden seien bzw. werden sollte.

Der Verweis auf § 7 Abs 6 Z 1 UStG 1994 könne nicht darüber hinwegtäuschen, dass Gegenstand die Erbringung der exakt gleichen Leistungen gewesen sei bzw. sei.

Mit dem Bestandvertrag der Tenderunterlage 09/2020 zwingt die Antragsgegnerin den Vertragspartner dazu, bestimmte Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen zu erfüllen.

Punkt 7.1. des Bestandvertrages der Tenderunterlage 09/2020 sehe vor, dass die Bestandnehmerin zB für die Erfüllung der zollrechtlichen Bedingung und Auflagen verantwortlich sei und der Antragsgegnerin dafür hafte, dass diese erfüllt werden würden.

Unklar sei auch, zu welchem Zweck die Bestandnehmerin verpflichtet werden sollte, hinsichtlich der IT- und Telekommunikationsleistungen einen gesonderten Vertrag mit der Antragsgegnerin abzuschließen (Punkt 8.1.). Es sei davon auszugehen, dass es sich hier um bestimmte Vorgaben der Antragsgegnerin handle, wie zB Schnittstellen zum Zoll für die Leistungen der Bestandnehmerin eingerichtet werden würden.

1.4.2. Tatsächlich liege aber auch eine de-facto-Betriebspflicht für die bestimmten Leistungen vor, und zwar in Hinblick darauf, dass der Musterbestandvertrag in Punkt 3.1. und 3.2. folgende Bestimmungen enthalte:

„3.1. Der monatliche Bestandzins setzt sich aus einem Mindestbestandzins und einem passagierabhängigen Bestandzins zusammen.

3.2. Als Mindestbestandzins wird ein Betrag in Höhe von EUR XXX pro Monat vereinbart. Der Mindestbestandzins pro m2 pro Monat (exkl USt) beträgt EUR XXX.“

Ohne die Erbringung der Leistungen zur e-Validierung würde der Vertragspartner keine Einnahmen generieren und könnte damit den Mindestbestandzins und den passagierabhängigen Bestandzins gar nicht verdienen.

1.4.3. Wie bereits dargelegt, verfolge die Antragsgegnerin mit der Tenderunterlage 09/2020 den exakt gleichen Zweck wie in der Ausschreibung 2018 und der widerrufenen Ausschreibung 02/2020.

Hintergrund sei, dass die Zuschlagsempfängerin 2018, deren Vertrag noch bis Ende 2022 laufe, XXXX . Dokumentiert sei dies anhand der Vorgeschichte.

1.5. Interesse am Vertragsschluss und Schaden

1.6. Die Antragstellerin habe Interesse an einem Zuschlag, was bereits durch die Abgabe eines Angebots in der Bietergemeinschaft 2018, die Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung 2018, die Bekämpfung der Ausschreibung 02/2020, die Beteiligung an einer Markterkundigung nach dem Widerruf der Ausschreibung 02/2020 sowie die erneute Beteiligung dokumentiert werde.

Infolge der Umgehung des BVergGKonz 2018 durch die Tenderunterlage 09/2020 werde jeder Rechtsschutz ausgehebelt und die Antragstellerin zugunsten der Zuschlagsempfängerin 2018 diskriminiert.

Als öffentliche Auftraggeberin sei es die Pflicht der Antragsgegnerin (und sie habe auch die Möglichkeit) sicherzustellen, dass die Leistungen im Einklang mit den zollrechtlichen Bestimmungen erbracht werden würden.

Der Schaden der Antragstellerin bestehe jedenfalls darin, dass die Umgehung die Antragstellerin beeinträchtigt, sich an einem gesetzmäßig geführten Konzessionsvergabeverfahren zu beteiligen.

1.7. Die Antragstellerin sei ein internationaler Zahlungsdienstleister und Technologieanbieter und erbringe seit 30 Jahren im Tourismussektor Leistungen im Zusammenhang mit der Digitalisierung und elektronischen Verarbeitung von Daten bei Umsatzsteuer-Rückerstattungen für Touristen. Weltweit habe die Antragstellerin über 1.500 Angestellte und sei in 64 Ländern tätig. Zu den Geschäftspartnern der Antragstellerin würden alle bekannten Luxus-Marken aus der Konsumgüterindustrie gehören.

Die Chance der Antragsgegnerin, die Laufzeit des mit der Zuschlagempfängerin 2018 laufenden Vertrages sowie die andauernde Corona Krise zu nutzen, und den am besten geeigneten Bieter für die Vergabe der Dienstleistungskonzession auszuwählen, werde durch die Umgehung ins Absurde verkehrt.

1.8. Vor diesem Hintergrund stelle die Antragstellerin folgende Anträge:

„[D]as Bundesverwaltungsgericht möge

1. eine mündliche Verhandlung anberaumen,

2. a) das Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch die damit verbundene Aufforderung zur Angebotslegung, in jedem Fall auch das dazu eingeleitete Verfahren für nichtig erklären; in eventu

b) das Verfahren, in eventu auch die Aufforderung zur Angebotslegung für die Bestandnahme des Bestandgegenstandes gemäß des Dokumentes ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘ auf Abschluss eines Bestandvertrags gemäß des dem Dokument beiliegenden Musters (Anlage 1) für nichtig erklären;

in eventu

c) die Ausschreibung ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

d) die Aufforderung zur Angebotsabgabe ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

in eventu

e) das als sonstige Entscheidung während der Verhandlungsphase bzw der Angebotsfrist zu qualifizierende Dokument ‚Tender 2020 Vermietung von Räumen/Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes September 2020 Stand 8.9.2020‘, in eventu auch das eingeleitete Verfahren für nichtig erklären;

3. der Antragsgegnerin den Ersatz der Pauschalgebühr für den Nachprüfungsantrag und den Antrag auf einstweilige Verfügung zu Händen des Rechtsvertreters des Antragstellers binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution auferlegen.“

2. Mit Schreiben vom 24.09.2020 erteilte die Antragsgegnerin allgemeine Auskünfte zum Verfahren und führte in ihrer ergänzenden Stellungnahme im Wesentlichen Folgendes aus:

2.1. Die Antragsgegnerin beabsichtige auf Basis der Tenderunterlagen 2020 einen Bestandnehmer für die Anmietung von Räumen/Flächen am XXXX mit dem Bestandszweck der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes zu finden.

Entgegen den Behauptungen der Antragstellerin handle es sich daher gegenständlich nicht „um den dritten Versuch, Leistungen im Zusammenhang mit der e-Validierung für den sog. Touristenexport am XXXX zu vergeben“. Die Leistungen der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen seien nicht Gegenstand des gegenständlichen Tenders bzw. Bestandvertrages.

Folglich würden die gegenständlichen Tenderunterlagen auch keine Bedingungen dahingehend enthalten, welche Leistungen im Rahmen des Bestandszwecks „operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes“ und in welcher Form und zu welchen Bedingungen vom Bestandnehmer zu erbringen seien. Somit handle es sich bei den übermittelten Unterlagen weder um eine Bekanntmachung noch eine Ausschreibung oder um eine sonstige gesondert anfechtbare Entscheidung im Sinne des BVergGKonz 2018.

2.2. Mit E-Mail vom 08.09.2020 seien bestimmte Unternehmen aufgefordert worden, teilzunehmen und ein Angebot zum Abschluss des Bestandvertrages abzugeben.

Gemäß dieser Tenderunterlage habe die Angebotsfrist am 29.09.2020 um 12:00 Uhr geendet. Diese Frist sei aufgrund des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens bis zum 27.10.2020 um 12:00 Uhr erstreckt worden.

Wie die nachfolgenden Ausführungen zeigen würden, unterliege das gegenständliche Tenderverfahren weder dem BVergG 2018 noch dem BVergGKonz 2018.

2.3. Die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen sei Aufgabe des Zolls und nicht der Antragsgegnerin.

Eine Dienstleistungskonzession liege nur dann vor, wenn der Gegenstand der Leistung eine Dienstleistung sei, die der öffentliche Auftraggeber beschaffe und sich der Auftraggeber insofern des Auftragnehmers zur Deckung eines eigenen Bedarfs oder zur Erfüllung einer eigenen Verpflichtung bediene. Die Dienstleistungskonzession unterscheide sich vom Dienstleistungsauftrag also nur durch die Entlohnung und den Risikoübergang. Beiden liege jedoch immer ein entgeltlicher Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin zugrunde.

Die Erteilung von Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexportes sei gemäß ZollR-DG eine Aufgabe der Zollbehörden und nicht der Antragsgegnerin.

Die Zollbehörden und nur diese könnten gemäß § 6a ZollR-DG die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen bescheidmäßig privaten Unternehmen übertragen. Die Voraussetzungen der Übertragung an private Unternehmen sowie deren Durchführung seien in der Touristenexport-Informatikverordnung 2019 („Zoll-TE-InfV-2019“) geregelt.

Der private Unternehmer erbringe daher die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen somit nicht für die Antragsgegnerin, sondern für den Zoll aufgrund eines entsprechenden Bescheides der Zollbehörde. Die Antragsgegnerin stelle lediglich die Bestandflächen am XXXX zur Wahrnehmung dieser hoheitlichen Zollaufgabe durch einen privaten Dritten zur Verfügung. Dabei handle es sich um keinen entgeltlichen Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin.

Daran ändere auch nichts, dass die Antragsgegnerin in der Vergangenheit die Erbringung der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen in ihrem Bestandvertrag geregelt habe, sodass dieser dadurch nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes unter Zugrundelegung der damaligen Ausschreibungsunterlagen als Dienstleistungskonzession zu beurteilen gewesen sei.

Die damalige Vorgangsweise, eine hoheitliche Aufgabe, die vom Zoll bescheidmäßig übertragen werden könne, durch die Antragsgegnerin auszuschreiben, sei nach derzeitigem Kenntnisstand nicht richtig gewesen.

2.4. Der gegenständliche Bestandvertrag unterscheide sich daher grundlegend von den beiden bisherigen Bestandverträgen. Daher sei auch die rechtliche Beurteilung des Bundesverwaltungsgerichtes in den genannten früheren Verfahren zum Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht einschlägig und damit auch nicht relevant. In beiden angesprochenen Verfahren seien seitens der Antragsgegnerin konkrete Anforderungen an die Leistung der Erteilung der Ausgangsbestätigungen (zB Anzahl der Validierungsstellen, Ausstattung der Standorte, Prozess der Validierung, Besetzungszeiten, Betriebspflichten) festgelegt worden, woraus letztendlich das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession angenommen worden sei.

Alle diese Bestimmungen würden sich im gegenständlichen Bestandvertrag nicht finden, weil es sich nicht um eine Leistung handle, die die Antragsgegnerin benötige und damit beschaffen müsse, weshalb diese dazu nunmehr auch keine Bedingungen festlege. Daher solle nunmehr gegenständlich nur ein Bestandvertrag über die Vermietung von Flächen mit dem Bestandzweck der operationellen Abwicklung abgeschlossen werden, der mangels eines entgeltlichen Beschaffungsvorgangs der Antragsgegnerin weder dem BVergG 2018 noch dem BVergGKonz 2018 unterliege.

Die von der Antragstellerin vorgeworfene Umgehung des Vergaberechtes liege somit nicht vor.

2.5. Unabhängig von der Frage, wer für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des Touristenexports zuständig sei, ergebe sich aus den vorliegenden Tenderunterlagen, insbesondere dem abzuschließenden Bestandvertrag, dass die Antragsgegnerin den Bestandnehmer gegenständlich weder mit der Erbringung noch der Durchführung von Dienstleistungen betraue.

Es fehle somit an dem für einen Dienstleistungsauftrag oder eine Dienstleistungskonzession erforderlichen Beschaffungsvorgang. Eine reine Vermietung von Flächen sei kein vergaberechtlicher Beschaffungsvorgang:

Der europäische Gesetzgeber ziehe für die Abgrenzung eines Vertrages als ausschreibungsfreier Pacht-/Mietvertrag zu einer Konzession folgende Kriterien heran, die in Erwägungsgrund 15 der RL 2014/23/EU, ausgeführt seien:

„Darüber hinaus sollten bestimmte Vereinbarungen, die das Recht eines Wirtschaftsteilnehmers regeln, öffentliche Bereiche oder Ressourcen wie z. B. Land oder öffentliche Liegenschaften öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich zu nutzen, insbesondere in See-, Binnen- oder Flughäfen, wobei der Staat oder der öffentliche Auftraggeber oder der Auftraggeber nur allgemeine Bedingungen für deren Nutzung festlegt, ohne bestimmte Bau- oder Dienstleistungen zu beschaffen, nicht als Konzessionen im Sinne dieser Richtlinie gelten. Dies betrifft in der Regel Pachtverträge über öffentliche Liegenschaften oder Land, die meist Klauseln enthalten, die die Besitzübernahme durch den Pächter, die vorgesehene Nutzung und die Pflichten von Pächter und Eigentümer hinsichtlich der Instandhaltung der Liegenschaft, die Dauer der Verpachtung und die Rückgabe des Besitzes an den Eigentümer, den Pachtzins sowie die vom Pächter zu zahlenden Nebenkosten regeln.“

Aus der Formulierung im zweiten Satz des Erwägungsgrundes ergebe sich klar, dass allgemeine Regeln eines Pacht-/Mietvertrages wie vorgesehene Nutzung, Dauer, Pachtzins, Rechte und Pflichten hinsichtlich Instandhaltung nicht zu einem ausschreibungspflichtigen Vergabevorgang führen würden.

An der Betriebspflicht und damit an der Beschaffung einer Leistung fehle es jedoch gegenständlich.

Die Antragsgegnerin stelle dem privaten Unternehmen aufgrund des dem Tender zugrundeliegenden Bestandvertrages gegen Entgelt nur Bestandflächen zur Verfügung, sie beschaffe jedoch keine Leistung. Auf die Leistungserbringung werde in keiner Form Einfluss genommen. Es werde weder geregelt, wie die Leistungen der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen zu erfolgen haben noch würden bestimmte Betriebszeiten und insbesondere auch keine einklagbare Betriebspflicht (Leistungspflicht) festgelegt werden. Vielmehr werde ausdrücklich festgehalten, dass „eine Verpflichtung der Bestandnehmerin gegenüber der Bestandgeberin, diese Leistungen auch tatsächlich zu erbringen, nicht besteht“.

2.6. Die Antragstellerin vermeine das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession darin zu erblicken, dass im gegenständlichen Bestandvertrag ein Bestandzweck und damit eine explizite Nutzungsbeschränkung festgelegt werde.

Punkt 1.3 des gegenständlichen Bestandvertrages, auf den die Antragstellerin Bezug nehme, bestimme Folgendes:

„Nutzungsart und Zweck

Die Bestandflächen dürfen ausschließlich als Flächen zur operationellen Abwicklung bei der Bestätigung des Ausgangs im Sinn des § 7 Abs. 6 Z 1 Umsatzsteuergesetz sowie damit zusammenhängende vorgelagerte Leistungen (zB Digitalisierung), Nebenleistungen und nachlaufende Leistungen mit Ausnahme von baren und unbaren Auszahlungen genutzt werden. Eine Verpflichtung der Bestandnehmerin gegenüber der Bestandgeberin, diese Leistungen auch tatsächlich zu erbringen, besteht nicht.“

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin führe die bloße Festlegung des Bestandzwecks nicht dazu, dass dadurch ein Beschaffungsvorgang entstehe. Ein Beschaffungsvorgang und damit eine Dienstleistungskonzession liege erst dann vor, wenn eine „einklagbare Hauptleistungspflicht (Betriebspflicht)“ vereinbart werde. Ein bloßes „Dürfen“ begründe keine Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen.

Dies decke sich auch mit der Ansicht des europäischen Gesetzgebers, wonach es sich bei Regelungen betreffend die vorgesehene Nutzung um übliche Regelungen eines Miet- oder Pachtvertrages handle, aus denen sich kein Beschaffungsvorgang ergebe.

Woraus die Antragstellerin ableite, dass mit der Bestimmung in Punkt 7.1 des Bestandvertrages die „AG den Zuschlagsempfänger dazu zwingt, bestimmte Anforderungen an die zu erbringenden Leistungen zu erfüllen“, und sich daraus das Vorliegen einer Dienstleistungskonzession ergebe, sei nicht erkennbar:

In Punkt 7.1 des Bestandvertrages werde lediglich Folgendes bestimmt:

„Die Erfüllung von Bedingungen und Auflagen (zollrechtliche Bewilligungen, gewerbebehördliche, sanitäts- und gesundheitsbehördliche, etc.), die der Bestandgeberin von behördlicher Seite hinsichtlich der Verwendung des

Bestandgegenstandes durch die Bestandnehmerin auferlegt wurden oder nachträglich auferlegt werden, obliegt der Bestandnehmerin dann auf eigene Kosten, wenn sich diese Auflagen auf die Betriebsführung oder auf das von der Bestandnehmerin eingesetzte Inventar beziehen.“

Mit dieser Bestimmung werde lediglich festgehalten, dass der Bestandnehmer alle gesetzlichen und/oder behördlichen Auflagen, die seine Nutzung der Bestandsflächen betreffen würden, auf seine Kosten zu erfüllen habe. Das Interesse eines Bestandgebers, dass ein Bestandnehmer die gesetzlichen und/oder behördlichen Bedingungen und Auflagen bei der Nutzung der Bestandsflächen erfülle sowie dafür verantwortlich sei, könne wohl nicht in Frage gestellt werden. Daraus ergebe sich jedoch, entgegen der Ansicht der Antragstellerin, keine Leistungspflicht gegenüber dem Bestandgeber, die die Annahme einer Dienstleistungskonzession begründen könne.

Die Antragstellerin erkläre in ihrem Antrag schließlich, dass unklar sei, zu welchem Zweck die Bestandnehmerin mit Punkt 8.1 des Bestandvertrages verpflichtet werden solle, hinsichtlich der IT- und Telekommunikationsdienstleistungen einen gesonderten Vertrag mit der Bestandgeberin abzuschließen. Die Antragstellerin vermute, dass es sich hierbei um bestimmte Vorgaben der Antragsgegnerin handle, wie zB dass Schnittstellen zum Zoll eingerichtet werden sollen. Diese Annahme sei nicht richtig.

Es handle sich dabei um keine spezifische Anforderung des gegenständlichen Bestandvertrages. Alle Bestandverträge der Antragsgegnerin würden diese Klausel enthalten. Sie sei insofern auch unabhängig davon, welche Leistungen vom Bestandnehmer auf der Bestandsfläche erbracht werden würden. Eine Versorgung jedes Bestandnehmers über individuelle IKT-Infrastruktur (konkret Verkabelung) würde die vorhandenen Kapazitäten (Kabelwege in Kollektoren, Kabeltrassen in Gebäuden) überlasten. Schon aus der räumlichen Beschränkung heraus sei es der Antragsgegnerin nicht möglich, jedem Bestandnehmer eigene Kabelwege/Verkabelung anzubieten. Darüber hinaus diene dies auch einer störungslosen Versorgung mit drahtlosen IKT-Diensten und der Qualitätssicherung der WiFi-Netze für alle Nutzer.

2.7. Auch die Tatsache, dass die Bestandgeberin für die Vermietung der Flächen einen Mindestbestandzins sowie einen passagierabhängigen Bestandzins erhalte, ändere nichts daran, dass es sich gegenständlich um keinen Beschaffungsvorgang im Sinne des BVergGKonz 2018 handle.

Die Antragstellerin bringe dazu vor, dass „ohne die Erbringung der Leistungen zur e-Validierung die Zuschlagsempfängerin keine Einnahmen generieren würde und damit den Mindestbestandzins und den passagierabhängigen Bestandzins gar nicht verdienen“ könne und somit durch die Vereinbarung dieses Mindestbestandzinses eine „de facto Betriebspflicht“ begründet werde.

Diese Argumentation sei nicht nachvollziehbar. Würde dies doch im Umkehrschluss bedeuten, dass jeder Abschluss eines Miet-/Pacht-Vertrages, dessen essentialia negotii immer das Bestandsobjekt und der Bestandzins seien, ein vergaberechtlich relevanter Vorgang wäre. Diese Argumentation stehe im eindeutigen Widerspruch zu den oben dargestellten Erwägungsgründen des europäischen Gesetzgebers, wonach Regelungen über den Pachtzins übliche Vertragsregelungen eines Pachtvertrages seien, die eben gerade nicht dazu führen würden, dass eine Konzession vorliege, die im Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 liege.

Von einem Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin könne also nicht die Rede sein, wenn sie aus der Vermietung der in Bestand gegebenen Flächen Mieteinnahmen lukriere.

2.8. In concreto beschaffe sich die Antragsgegnerin nicht eine entgeltliche Leistung, sondern sie vermiete lediglich Flächen für die Erbringung von hoheitlichen Aufgaben, die die Zollbehörden durch Bescheid an private Unternehmen übertragen könnten. Da kein Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin vorliege, unterliege das gegenständliche Tendersverfahren nicht dem BVergG 2018 und auch nicht dem BVergGKonz 2018 sowie auch damit nicht der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes.

2.9. Mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes stelle die Antragsgegnerin daher den

„Antrag,

das Bundesverwaltungsgericht möge sowohl den Antrag auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung als auch den Nachprüfungsantrag und alle damit im Zusammenhang stehenden und mit den von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17. September 2020 gestellten Anträge zurückweisen in eventu abweisen.“

3. Am 06.10.2020 erstattete die Antragstellerin eine Stellungnahme und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

Zu Unrecht versuche die Antragsgegnerin den Eindruck zu erwecken, dass es bei der gegenständlichen Ausschreibung lediglich um die Vermietung von Flächen am XXXX gehe.

3.1. Indem die Antragsgegnerin behaupte, dass „die Leistungen der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen nicht Gegenstand des gegenständlichen Tenders bzw Bestandvertrags“ seien, widerspreche sich die Antragsgegnerin selbst. Nach Punkt 1.3. des Musterbestandvertrages sei die Nutzung der Flächen ausdrücklich eingeschränkt auf gerade diese Leistungen, nämlich die „operationellen Abwicklung bei der Bestätigung des Ausgangs im Sinn des § 7 Abs. 6 Z 1 Umsatzsteuergesetz sowie damit zusammenhängende vorgelagerte Leistungen (zB Digitalisierung), Nebenleistungen und nachlaufende Leistungen mit Ausnahme von baren und unbaren Auszahlungen genutzt werden.“

Aufgrund der klaren Definition des Vertragszwecks helfe es der Antragsgegnerin auch nicht, wenn sie formelhaft behaupte, dass im Bestandvertrag keine Bedingungen dahingehend enthalten seien, „welche Leistungen im Rahmen des Bestandszwecks erbracht werden sollen“.

Die Leistungen, die im Rahmen der eValidierung erbracht werden würden, seien durch die Zoll-TE-Inf-V 2019 klar umschrieben und aufgrund der begleitenden Bestimmungen im Musterbestandvertrag weiter konkretisiert worden.

Insofern würden im Musterbestandvertrag durch den öffentlichen Auftraggeber besondere Bedingungen für die Nutzung der Flächen vorgegeben werden, die über Bedingungen für die allgemeine Nutzung ganz klar hinausgehen würden.

Eine solcherart im Musterbestandvertrag vorgesehene besondere Bedingung führe aber zwingend dazu, dass der Tender 09/2020 eine Dienstleistungskonzession zum Gegenstand habe; was sich auch im Umkehrschluss aus Erwägungsgrund 15 der Richtlinie 2014/23/EU ergebe:

Mit den rechtlichen Ausführungen der Antragsgegnerin zur „Waldbühne“-Entscheidung sei der Antragsgegnerin aber auch nicht geholfen. Richtig sei, dass in Sachen „Waldbühne“ die künftige Nutzung „nur grob umrissen“ worden sei und kein Einfluss auf das Nutzungskonzept genommen werden hätte können. Die Antragstellerin könnte innerhalb der Kultur- und Veranstaltungsbranche frei wählen, wie sie die Fläche nutzen wolle. Beim Tender 09/2020 gebe es zwingend nur eine Möglichkeit den Vertragszweck zu erfüllen. Im Sinne des Erwägungsgrundes 15 der Richtlinie 2014/23/EU sei die konkrete und inhaltliche Nutzung zwingend vorgeschrieben. So fasse die „Freizeitzentrum West II“-Entscheidung des OLG Düsseldorf auch korrekt zusammen, dass für die Einordnung als Dienstleistungskonzession ausreichend sei, dass der Zweck der Nutzung zum Ausdruck komme und „weitere Konditionen“ vereinbart werden würden.

Die Antragsgegnerin verweise auch darauf, dass für die Abgrenzung außerdem eine Betriebspflicht relevant sei. Lege man allerdings die im Musterbestandvertrag enthaltenen Bestimmungen im Einklang mit dem Parteiwillen aus, werde deutlich, dass im Vertrag – und erstmals im Tender 09/2020 – nur zum Schein eingeführt worden sei, dass keine Betriebspflicht bestehe. Der Spielraum des Vertragspartners sei vollkommen eingeschränkt, andere Leistungen als die eValidierungsleistungen dürften nicht erbracht werden – gleichzeitig habe der Vertragspartner einen Mindestbestandzins zu bezahlen. Damit werde eine de facto Betriebspflicht vereinbart.

Aus all dem werde auch deutlich, dass die Richtlinie 2014/23/EU (wenn sie von „Nutzen“ spreche) auf die Art der Verwendung und nicht darauf abstelle, ob die Antragsgegnerin selbst einen Nutzen aus der Leistung ziehe.

3.2. Selbst wenn man aber mit Verweis auf Erwägungsgrund 11 der Richtlinie 2014/23/EU zu Unrecht unterstellen wolle, dass entscheidend wäre, dass die öffentliche Auftraggeberin einen „Nutzen“ aus den erbrachten Leistungen ziehe, sei auch dies erfüllt. Die Antragsgegnerin habe sich gemeinsam mit dem BMF und dem Zoll schon vor Jahren entschieden und wohl auch verpflichtet, die eValidierungsleistungen am XXXX anzubieten bzw. anbieten zu lassen. Das würden auch die diesem Verfahren vorgelagerten Ausschreibungen zeigen; der Hintergrund sei der exakt gleiche wie der Tender 09/2020. So habe etwa am 01.12.2015 am XXXX unter Einbindung der Antragsgegnerin, des BMF und Zoll sowie potentieller Zuschlagsempfänger ein Termin stattgefunden, im Rahmen dessen die eValidierung am XXXX vorgestellt und mit den involvierten Parteien besprochen worden sei.

Natürlich sei die Erteilung von Ausgangsbestätigungen eine Aufgabe der Zollbehörden. Die Antragsgegnerin berücksichtige aber die Gemengelage des konkreten Falles nicht.

Die Flächen am XXXX könnten nur an den Zuschlagsempfänger vergeben werden, der eine Bewilligung nach der Zoll-TE-

Inf-V 2019 habe. Die Zollbehörden könnten die Flächen am XXXX aber nicht vergeben. Die Vorgeschichte und Involvierung von BMF, Zoll und Antragsgegnerin zeige aber, dass die Antragsgegnerin selbst verpflichtet sei, sicherzustellen, dass die öffentlichen Aufgaben nach der Zoll-TE-Inf-V 2019 am XXXX auf bestimmte Weise angeboten werden würden. Andernfalls wäre auch nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragsgegnerin den mühsamen Weg einer Ausschreibung gehe (obwohl der laufende Vertrag noch bis Ende 2022 laufe).

3.3. Die Antragsgegnerin habe die Erbringung der öffentlichen Aufgaben zu ermöglichen und nehme darüber hinaus eine eigene Rolle bei Erfüllung der öffentlichen Aufgaben wahr. Darin liege ein weiterer Grund für die Unterstellung unter das BVergGKonz 2018.

Voraussetzung für einen steuerfreien Touristenexport sei, dass über die erfolgte Ausfuhr ein Ausfuhrnachweis vorliege. Normalerweise kontrolliere dies die zuständige Zollbehörde beim jeweiligen Grenzübergang, sodass sichergestellt sei, dass die Ware auch ausgeführt werde. Da der wesentliche Vorteil der eValidierung der Wegfall des Risikos von gefälschten Zollstempeln und Formularen sein soll und die eValidierung, den vom Zoll angebrachten Stempel ersetze, müsse die Ausfuhr am XXXX anders (zB durch Kontrolle der Bordkarten und Sicherstellung der Ausreise des Touristen durch Verlassen des EU-Bereichs und erneute Kontrolle in diesem Bereich) überwacht werden.

Die Antragsgegnerin sei sich ihrer Rolle bewusst. Dies zeige ihr Vorgehen in den vorangegangenen Ausschreibungen und die von der Antragsgegnerin initiierte Involvierung von Zoll und BMF am Beginn der Umsetzung der derzeit verwendeten Lösung.

3.4. Die Antragsgegnerin werde auch über die Vorgaben der Zoll-TE-Inf-V 2019 hinaus die Funktionen, Ausstattung und das Erscheinungsbild der Flächen zur Erbringung der Leistungen bestimmen.

4. Am 14.10.2020 übermittelte die Antragsgegnerin dem Bundesverwaltungsgericht eine Stellungnahme, in welcher im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde.

4.1. Entgegen den Ausführungen der Antragstellerin sei der Vertragszweck nicht „die Erbringung der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen“, sondern die Vermietung von Flächen zu einem bestimmten Bestandzins. Mangels Beschaffung einer Leistung unterliege dieser Bestandvertrag daher nicht dem BVergGKonz 2018.

4.2. Die Antragstellerin verkenne bei ihrer Argumentation, dass eine Dienstleistungskonzession nur dann vorliege, wenn der Auftraggeber eine Leistung beschaffe, indem er einen Unternehmer mit der Erbringung und Durchführung von Dienstleistungen betraue. Dieser notwendige Beschaffungsvorgang sei gegenständlich nicht gegeben.

Die Antragstellerin behaupte zwar, dass im gegenständlichen Bestandvertrag „besondere Bedingungen“ für die Nutzung des Bestandobjektes festgelegt werden würden, ohne jedoch konkret darzulegen, aus welchen Bestimmungen sie diesen Schluss ziehe. Dies sei auch nicht möglich, weil der gegenständliche Bestandvertrag entsprechende Regelungen nicht enthalte.

Bei der Festlegung des Bestandzwecks handle es sich um eine allgemeine Bedingung für die Nutzung der in Bestand gegebenen Bereiche im Sinne des Erwägungsgrundes 15 der Richtlinie 2014/23/EU, die eben gerade nicht dazu führe, dass der Bestandvertrag als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren sei. Aus der Formulierung im zweiten Satz des Erwägungsgrundes ergebe sich klar, dass allgemeine Regeln eines Pacht-/Mietvertrages wie zB die vorgesehene Nutzung nicht zu einem ausschreibungspflichtigen Vergabevorgang führen würden. Durch Punkt 1.3 des Bestandvertrages („Nutzungsart und Zweck“) werde eben diese „vorgesehene Nutzung“ allgemein definiert.

Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, dass schon allein der Bestandzweck ausschlaggebend dafür sei, dass eine Beschaffung vorliege, würde dies im Ergebnis dazu führen, dass jeder Bestandvertrag zu einer Dienstleistungskonzession werde, was aber offensichtlich nicht die Intention des Richtliniengesetzgebers sei.

Die Antragstellerin behaupte weiters, dass durch die Zoll-TE-Inf-V 2019 die Leistungen des Bestandnehmers klar umschrieben seien und diese „aufgrund der begleitenden Bestimmungen im Musterbestandvertrag weiter konkretisiert“ werden würden. Worin diese Konkretisierung nach Ansicht der Antragstellerin liege, werde jedoch nicht ausgeführt.

Weder in Punkt 1.3 des Bestandvertrages noch an anderer Stelle des Bestandvertrages werde vorgegeben, dass der Bestandnehmer eine Tätigkeit im Rahmen des Bestandzwecks erbringen müsse (keine Betriebspflicht). Es werde auch nicht festgelegt, wie er seine Tätigkeiten zu erbringen habe.

Dies sei dem Bestandnehmer überlassen: Er entscheide selbst zB wie viele Schalter, wie viele Mitarbeiter, ob und in welcher Form Selfservice-Kiosks eingesetzt werden würden und wie der Prozess der Abwicklung der Ausgangsbestätigungen sowie allfällige vorgelagerte und nachgelagerte Tätigkeiten aufgesetzt werden würden. Insofern sei auch die Behauptung, dass es „nur eine Möglichkeit den Vertragszweck zu erfüllen“ gebe, falsch.

4.3. Die Antragstellerin behaupte weiters, dass die Antragsgegnerin durch die e-Validierungsleistungen am XXXX einen Nutzen daraus ziehe, „dass Passagiere zusätzlich motiviert werden, am XXXX einzukaufen und den XXXX als exit point aus der EU zu wählen und damit den Standort XXXX und das gesamte Einzugsgebiet für den Tourismus attraktiv zu machen“ und versuche damit, eine Dienstleistungskonzession zu begründen.

Nicht nur, dass diese Behauptungen unrichtig seien, sie seien auch nicht relevant, weil gegenständlich keine Beschaffung vorliege. Im Übrigen seien diese Annahmen der Antragstellerin auch nicht geeignet, ein relevantes unmittelbares wirtschaftliches Interesse der Antragsgegnerin an der Tätigkeit der Bestandnehmerin zu begründen.

Die Antragsgegnerin bestimme nicht, in welcher Weise die Antragsgegnerin die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen zu erbringen habe. Die Antragsgegnerin übernehme auch keine Risiken und erziele aus der Nutzung der Flächen auch keine Einnahmen.

Gemäß Punkt 3. des Bestandvertrages setze sich der Bestandzins aus einem Mindestbestandzins und einem passagierabhängigen Bestandzins zusammen. Der Bestandzins sei somit vom Bestandnehmer unabhängig davon zu leisten, ob die Fläche vom Bestandnehmer genutzt werde oder nicht und welche Einnahmen der Bestandnehmer aus der Nutzung lukriere. Damit liege im Sinn des Verwaltungsgerichtshofes auch kein unmittelbares wirtschaftliches Interesse an der Tätigkeit des Bestandnehmers vor.

4.4. Schließlich seien auch die weiteren Behauptungen der Antragstellerin in Punkt 3 und 4 ihrer Stellungnahme unrichtig:

- Die Antragsgegnerin sei nicht verpflichtet, die eValidierungsleistungen am XXXX anzubieten bzw. anbieten zu lassen.
- Die Kontrolle der Ausfuhr sei nicht die Aufgabe der Antragsgegnerin, sondern Aufgabe der Zollbehörde, die diese Aufgabe bescheidmäßig auf einen Unternehmer übertragen könne. Die Tatsache, dass die Kontrolle am XXXX erfolge, führe nicht dazu, dass es eine Aufgabe der Antragsgegnerin werde. Egal ob die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen vom Zoll oder einem vom Zoll beliebigen Dritten erfolge, bleibe es immer eine Tätigkeit des Zolls und nicht der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin erbringe auch derzeit keine Leistungen im Rahmen des Prozesses der operationellen Abwicklung der Ausgangsbestätigungen.
- Es gebe schließlich auch keine Vereinbarung zwischen BMF, Zoll und der Antragsgegnerin, wonach die Antragsgegnerin die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen auszuschreiben habe.

Der Zollkodex der Europäischen Union und die darin enthaltenen Vorgaben zur Vereinheitlichung des Austauschs von Informationen im Wege elektronischer Datenverarbeitung würden die Zollbehörden und nicht die Antragsgegnerin verpflichten.

Daher sei auch völlig irrelevant, wie die Kontrolle der Ausfuhr derzeit am XXXX erfolge. Wie bereits ausgeführt, werde im gegenständlichen Bestandvertrag dem Bestandnehmer nicht vorgegeben, wie er den Prozess aufzusetzen habe und die operationelle Abwicklung der Bestätigung des Ausgangs im Sinne des § 7 Abs 6 Z 1 UStG 1994 umsetze. Dies obliege allein dem Bestandnehmer und sei auch unabhängig von der derzeitigen Situation.

Unrichtig sei in diesem Zusammenhang schließlich auch die Behauptung der Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin die Funktionen, die Ausstattung und das Erscheinungsbild der Flächen über die Vorgaben des Zoll-TE-Inf-V 2019 hinaus aufgrund der bisherigen Erfahrungen bestimmen werde. Aus Punkt 7.4 des Bestandvertrages sei dies nicht abzuleiten. Hintergrund der Bestimmung sei, dass die Einrichtung und Ausstattung des Bestandnehmers die brandschutz- und sicherheitstechnischen Anforderungen der Antragsgegnerin erfüllen würden.

5. Mit Schreiben vom 23.10.2020 übermittelte die Antragsgegnerin dem Bundesverwaltungsgericht eine Stellungnahme, in welcher im Wesentlichen Folgendes ausgeführt wurde:

5.1. Die Antragsgegnerin führe weder einen triftigen Grund dafür an, weshalb „die Vorgangsweise der Antragsgegnerin in der Vergangenheit [...] nicht richtig“ gewesen sein sollte noch weshalb im Unterschied zu den

übrigen Ausschreibungen, insbesondere ohne Änderung der Rechtslage, ein geändertes Vorgehen angezeigt sein sollte.

Mit Punkt 1.3. des Musterbestandvertrages schränke die Antragsgegnerin den unternehmerischen Gestaltungsspielraum der Vertragspartnerin insbesondere deshalb vollumfänglich ein, da der Bestandszweck nicht nur auf die „operationelle Abwicklung bei der Bestätigung des Ausgangs im Sinn des § 7 Abs. 6 Z 1 Umsatzsteuergesetz“, sondern auch „damit zusammenhängende vorgelagerte Leistungen (zB Digitalisierung), Nebenleistungen und nachlaufende Leistungen mit Ausnahme von baren und unbaren Auszahlungen“ beschränkt werde.

Es wäre nicht erlaubt, andere Leistungen, die der Vertragspartner sonst anzubieten in der Lage wäre, auf den Flächen zu erbringen. Darin liege ein weiteres Indiz dafür, dass das unternehmerische Risiko für die Verwendung der Flächen umfassend auf den Vertragspartner übertragen werde (und eine Dienstleistungskonzession vorliege).

Weiteres Indiz für die Umgehung liege in Punkt 1.1. des Musterbestandvertrages. Dort sei vorgesehen, dass der Vertragspartner Flächen im Terminal 1A, bei den F-Gates und den C-Gates Flächen zur Verfügung gestellt werden würden und diese Teil des Bestandvertrages seien, für diese jedoch kein Bestandszins, keine Betriebs- und Nebenkosten oder ähnliches verrechnet werden würden. Würde es sich um einen bloßen Bestandvertrag handeln und die Antragsgegnerin bzw. der Vertragspartner gemeinsam mit der Antragsgegnerin nicht auf dem bestehenden Konzept aufbauen, wäre nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragsgegnerin freigiebig diese Flächen in attraktiver Lage zur unentgeltlichen Nutzung zur Verfügung stellen sollte.

Teil des Bestandgegenstandes sei auch der Raum 0A1106 gemäß Beilage 3 des Musterbestandvertrages; eine Fläche, die ursprünglich offensichtlich dem Zoll vorbehalten gewesen sei, werde derzeit bzw. auch in Zukunft dem Vertragspartner zur Verfügung gestellt.

Diese Punkte würden deutlich zeigen, dass es eine Absprache mit dem Zoll, BMF und der Antragsgegnerin gebe, in die der Vertragspartner integriert werden soll, damit sichergestellt werden könne, dass am XXXX an sämtlichen Terminals die eValidierungsleistungen einheitlich erbracht werden würden.

Punkt 7.1. des Musterbestandvertrages sehe ebenso vor, dass die Antragsgegnerin sich verpflichte, Bescheide und Vorschreibungen, die Auflagen für die Betriebsführung enthalten würden oder sich auf das von der Zuschlagsempfängerin eingesetzte Inventar beziehen würden, unverzüglich an die Zuschlagsempfängerin übermittelt werden würden. Würde es der Antragsgegnerin nicht um die Sicherstellung der gesetzmäßigen Erbringung der eValidierungsleistungen gehen, wären all diese Bestimmungen im Vertrag nicht notwendig.

Schließlich versuche die Antragsgegnerin durch die Nichtaufnahme von ausdrücklichen Bestimmungen im Musterbestandvertrag zu konstruieren, dass das BVergGKonz2018 nicht anwendbar sei. Der Musterbestandvertrag in diesem Verfahren könne nicht isoliert betrachtet werden; sämtliche Erfahrungen, Handlungen, Absprachen und die vor Einleitung dieses Verfahrens gesetzten Vorgehensweisen sind miteinzubeziehen.

5.2. Die Antragsgegnerin übersehe einmal mehr, dass es sich bei Dienstleistungskonzessionen um eine moderne Form der Verantwortungsverteilung zwischen Staat und Privaten handle. Der Begriff „betrauen“ bedeute in diesem Zusammenhang die Übertragung von Aufgaben auf einen privaten Dritten, die sonst von einem öffentlichen Auftraggeber oder einer öffentlichen Stelle erledigt werden würden. Dabei könne es sich um Leistungen handeln, die dem Staat unmittelbar selbst zugutekommen würden, aber auch um Leistungen, die der Staat einfordere, weil er damit ihm obliegende Pflichten gegenüber der Bevölkerung erfüllen könne.

Ein streng formales und einengendes Begriffsverständnis würde dazu führen, dass gewisse Konzessionsarten vom Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU und daher vom BVergGKonz 2018 nicht erfasst werden würden. Würde man den Anwendungsbereich der Richtlinie 2014/23/EU nicht funktional verstehen, sondern auf die Form abstellen, ohne den Zweck der Richtlinie 2014/23/EU ausreichend zu berücksichtigen, könnte das Vergaberecht leicht umgangen werden.

Es wäre auch verfehlt, nur, weil ein privatrechtlicher Bestandvertrag geschlossen werde, darauf zu schließen, dass keine hoheitlichen Aufgaben übertragen werden könnten. Der weiten Begrifflichkeit der Richtlinie 2014/23/EU entspreche insbesondere, dass an die Begriffe der „Staatsaufgabe“ kein zu strenger Maßstab angelegt werden dürfe. So könne auch ein bloß im öffentlichen Interesse liegender Zweck der Übertragung dies erfüllen. Gleich wie nicht

zwingend vom Nicht-Vorliegen eines Vertrages gesprochen worden sei, wenn mit Bescheid eine Konzession übertragen worden sei, bedeute es nicht, dass bei Vorliegen eines Bescheides im nationalen Verständnis, nach den europarechtlichen Vorgaben nicht doch eine Vereinbarung über eine Dienstleistungskonzession vorliege.

Die Antragstellerin übersehe nicht, dass für die Einordnung als Dienstleistungskonzession relevant ist, ob der öffentliche Vermieter den Mieter zusätzlich zur Erbringung bestimmter, nicht bloß untergeordneter Leistungen verpflichte.

Die Antragstellerin übersehe auch nicht, dass der Musterbestandsvertrag nach dem reinen Wortlaut eine Betriebspflicht ausschließe. Es widerspreche aber dem vergaberechtlichen Schutzgedanken, wenn es allein auf eine solche pro-forma Einfügung ankommen sollte, das BVergGKonz 2018 auszuschließen. Es sei für den Mieter zwingende Voraussetzung, um die Bewilligung zur Erbringung der eValidierungsleistungen nicht zu verlieren, dass auch wirklich Einnahmen generiert werden würden.

5.3. Entscheidend sei, ob die Leistung des Zuschlagsempfängers zumindest wirtschaftlich dem öffentlichen Auftraggeber zugutekomme. Der Gerichtshof der Europäischen Union habe in der Rechtsache „Müller“ festgehalten, dass unmittelbares wirtschaftliches Interesse – neben dem Vorliegen eines Rechtstitels betreffend die Verfügbarkeit des Bauwerkes – in wirtschaftlichen Vorteilen bestehe, die der öffentliche Auftraggeber aus der zukünftigen Nutzung der erbrachten Leistung ziehen könne. Das seien konkret die Einnahmen aus der Miete, die passagierabhängig erhöht werde und der Zufluss weiterer Touristen, die sich für den XXXX als exit-point aus der EU entscheiden würden, wenn die eValidierungsleistungen dort angeboten werden würden.

5.4. Ohne die Flächen der Antragsgegnerin wäre die eValidierung weder sinnvoll noch faktisch am XXXX möglich.

Selbst wenn die Antragsgegnerin nicht verpflichtet wäre, die Leistungen zu erbringen, stelle sie die Flächen zur Verfügung, und zwar nur zu einem Zweck.

Der Zollkodex sei nicht allein an die Mitgliedstaaten gerichtet, sondern stelle eine gemeinsame Verpflichtung der Zollbehörden und Wirtschaftsbeteiligten dar, im Rahmen der Speicherung und elektronischen Datenverarbeitung ausgetauschter Daten zusammen zu arbeiten (Art 6 EU-Zollkodex).

6. Das Bundesverwaltungsgericht führte am 16.12.2020 im Beisein der Antragstellerin und der Antragsgegnerin sowie deren Rechtsvertretern eine öffentlich mündliche Verhandlung durch.

7. Am selben Tag erfolgte nach eingehender Erörterung der Sach- und Rechtsfragen die Beschlussfassung im Senat.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Feststellungen:

Am 08.09.2020 wurde von der Antragsgegnerin eine bestimmte Anzahl an Unternehmen eingeladen, Angebote für den Abschluss eines Vertrages über Räume und Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes auf Grundlage der „Tenderunterlage 09/2020“ zu legen. Die Angebotsfrist endete gemäß der „Tenderunterlage 09/2020“ am 29.09.2020 um 12:00 Uhr.

Mit einem an alle eingeladenen Unternehmen adressierten E-Mail vom 21.09.2020 wurde die Angebotsfrist bis zum 27.10.2020 um 12:00 Uhr verlängert.

Der von der Antragsgegnerin mit dem jeweiligen Vertragspartner zu schließende Vertrag über Räume und Flächen am XXXX für die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes lautet wie folgt:

Es gibt keine Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem Zollamt, mit welchem Unternehmen die bescheidmäßige Übertragung gemäß § 6a Zollrechts-Durchführungsgesetz erfolgen soll.

Für den Standort XXXX wurde der Antragstellerin noch kein Bescheid erlassen, mit dem die operationelle Abwicklung der Ausgangsbestätigungen im Rahmen des sogenannten Touristenexportes im Sinne des § 7 Abs 6 Z 1 UStG 1994 übertragen wurde („Ast: Wir haben bisher keinen Bescheid. Allerdings würde diese Voraussetzung geschaffen werden.“).

Der Antragsgegnerin ist nicht bekannt, dass zum jetzigen Zeitpunkt ein anderes Unternehmen als das gerade die

Tätigkeit am XXXX erbringt, Adressat eines solchen Bescheides ist („VR: Gibt es schon eine Bewilligung? Hat das Zollamt schon einen Bescheid erlassen?)

AG: Es gibt derzeit ein Unternehmen, das die Flächen am XXXX mietet, die Tätigkeit derzeit ausführt. Dieses Unternehmen hat natürlich einen Bescheid. Ich habe diesen Bescheid nie gesehen, ich gehe aber davon aus, dass dieses Unternehmen über einen Bescheid verfügt.“)

Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von EUR XXXX

2. Beweiswürdigung

Der Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den Verfahrensunterlagen sowie den Auskünften, die nur die Antragsgegnerin erteilen kann.

Die Echtheit und Richtigkeit der 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.

Die Feststellung, dass es keine Vereinbarung zwischen der Antragsgegnerin und dem Zollamt gibt, mit welchem Unternehmen die bescheidmäßige Übertragung gemäß §6a Zollrechts-Durchführungsgesetz erfolgen soll, ergibt sich aus der Aussage der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung („VR: Gibt es eine Vereinbarung mit dem Zoll, mit wem die bescheidmäßige Übertragung gemäß §6a Zollrechts-Durchführungsgesetz erfolgen soll? AG: Nein.“ [vgl S 4 des Verhandlungsprotokolls] sowie aus der Aussage der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung, „VR: Gibt es aus Ihrer Sicht eine Vereinbarung zwischen dem Zollamt und dem XXXX , wie Bescheide erlassen werden sollen? Ast: Nein, davon weiß ich nichts. Wie bereits schriftlich ausgeführt, weiß ich von Gesprächen der Antragsgegnerin, dem BMF und dem Zoll, dass diese

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at