

TE Vwgh Erkenntnis 2021/7/20 Ro 2019/04/0231

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 20.07.2021

Index

E1E

E3L E06100000

E3L E06300000

E3L E13300500

34 Monopole

59/04 EU - EWR

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergGKonz 2018

BVergGKonz 2018 §6 Abs2

TabMG 1996

TabMG 1996 §23 Abs3

TabMG 1996 §24

TabMG 1996 §25

TabMG 1996 §34

TabMG 1996 §36

TabMG 1996 §36 Abs3

TabMG 1996 §38

12010E057 AEUV Art57

12010E288 AEUV Art288

32006L0123 Dienstleistungs-RL

32014L0023 Konzessionsvergabe-RL

Beachte

Serie (erledigt im gleichen Sinn):

Ro 2020/04/0030 E 10.08.2021

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger, Hofrat Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa-Janovsky, über die Revision des Mag. S B in W, vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien,

Kramergasse 9/3/13, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 7. August 2019, Zl. W187 2219311-1/25E, betreffend Anträge nach dem BVergGKonz 2018 (mitbeteiligte Parteien: 1. M GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator, 1010 Wien, Singerstraße 17-19; 2. U S in R), zu Recht erkannt:

Spruch

Der Revision wird teilweise Folge gegeben und der angefochtene Beschluss im Umfang seines Spruchpunktes A.1. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhalts aufgehoben.

In ihrem über die Anfechtung des Spruchpunktes A.1. des angefochtenen Beschlusses hinausgehenden Umfang wird die Revision abgewiesen.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

1 1. Laut Akteninhalt liegt dem Revisionsfall folgender unstrittiger Sachverhalt zugrunde:

2 1.1. Die erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) schrieb mit Kundmachung vom 12. März 2018 die Tabaktrafik am Standort F, im Wege der öffentlichen Ausschreibung gemäß § 25 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996) als Tabakfachgeschäft mit einem geschätzten erzielbaren Tabakwarenjahresumsatz von € 3,3 Mio aus. Als Frist für die schriftliche Einreichung von Anträgen auf Verleihung dieser Tabaktrafik war in den allgemeinen Ausschreibungsbedingungen der 11. April 2018 festgesetzt; weiter war den Bedingungen die Erforderlichkeit der Erbringung eines näher aufgeschlüsselten Kapitalnachweises sowie ein Hinweis auf das Vorzugsrecht des § 29 TabMG 1996 zu entnehmen.

3 1.2. Mit Schriftsatz vom 11. April 2018 bewarb sich der Revisionswerber um die ausgeschriebene Tabaktrafik.

4 1.3. Mit Schreiben vom 17. Mai 2018 teilte die Auftraggeberin dem Revisionswerber mit, dass die Besetzungskommission sein Ansuchen um Verleihung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik abgelehnt habe. Der zum Zug gelangende Bewerber gehöre gemäß § 29 Abs. 3 Z 4 TabMG 1996 dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen an und sei daher dem Revisionswerber bei der Vergabe der Tabaktrafik vorzuziehen.

5 1.4. Der Revisionswerber stellte am 28. Mai 2018 einen Antrag gemäß § 33 TabMG 1996 auf Bestellung der betreffenden Nachbesetzung durch die Auftraggeberin.

6 In Erledigung dieses Antrages teilte die Auftraggeberin dem Revisionswerber mit Schreiben vom 26. Juni 2018 mit, dass er im Besetzungsfall nicht als Tabaktrafikant zu bestellen sei. Vielmehr werde eine namentlich genannte vorzugsberechtigte Bewerberin gemäß § 29 Abs. 3 TabMG 1996 iVm. § 2 Behinderteneinstellungsgesetz 1969 zur Tabaktrafikantin der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik bestellt. Dieser sei gegenüber dem Revisionswerber, der dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen nicht angehöre, der Vorzug zu geben. Eine weitere Antragstellung sei nach dem TabMG 1996 nicht vorgesehen.

7 Mit Schreiben vom 13. Juli 2018 zog die im dortigen Schreiben genannte Bewerberin ihre Bewerbung um die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik zurück. Mit Schreiben vom 2. August 2018 tat dies auch der zweitgereichte vorzugsberechtigte Bewerber.

8 1.5. Mit Schreiben vom 11. Oktober 2018 wandte sich der Revisionswerber wegen näher beschriebener „Missstände bei der Besetzung von Tabaktrafiken“ an den Bundesminister für Finanzen und ersuchte um Bekanntgabe des Ergebnisses der Ermittlungen und Maßnahmen im Rahmen der Wahrnehmung der Aufsichtspflicht und politischen Verantwortung.

9 1.6. Am 30. Oktober 2018 schloss die Auftraggeberin mit der Zweitmitbeteiligten einen „temporären Bestellungsvertrag“ betreffend die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik für die Dauer von 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019. Die Bestellung der Zweitmitbeteiligten wurde von der Auftraggeberin am 1. November 2018 auf ihrer Homepage veröffentlicht.

10 1.7. Mit Schreiben vom 7. November 2018 teilte der Bundesminister für Finanzen dem Revisionswerber mit, betreffend die Ausschreibung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik sei von der Besetzungskommission eine bestimmte Bewerberin zur Tabaktrafikantin mit dem Zusatz bestellt worden, dass der zweitgereichte Bewerber zum Zug

komme, falls die erstgereichte Bewerberin nicht bestellt werden könne. Beide Bewerber hätten in der Folge ihre jeweilige Bewerbung um die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik zurückgezogen. Die Auftraggeberin habe daraufhin die Ausschreibung gemäß § 25 Abs. 9 TabMG 1996 widerrufen und eine interimistische Lösung mit dem bisherigen Trafikanten gefunden, um die Versorgung am Flughafen aufrecht erhalten zu können. Der Revisionswerber sei jeweils nicht berücksichtigt worden, weil dieser nicht dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen angehöre. Eine rechtswidrige Vorgehensweise durch die Auftraggeberin sei nicht ersichtlich.

11 1.8. Mit Schreiben vom 10. Mai 2019 beehrte der Revisionswerber von der Auftraggeberin Auskunft darüber, wann mit der neuerlichen Ausschreibung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik zu rechnen sei.

12 1.9. Mit Schreiben vom 20. Mai 2019 teilte die Auftraggeberin dem Revisionswerber mit, dass Ausschreibungen von Tabaktrafiken auf ihrer Homepage ersichtlich gemacht würden. Eine individuelle Verständigung von Bewerbern sei nicht vorgesehen.

13 2.1. Mit Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) vom 24. Mai 2019 beehrte der Revisionswerber hinsichtlich der Ausschreibung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik und der interimistischen Bestellung der Zweitmitbeteiligten die Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 78 Abs. 3 Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018), die Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowie gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 leg. cit. die Feststellung, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei. Weiter stellte der Revisionswerber den Antrag, das Verwaltungsgericht möge den zwischen der Auftraggeberin und der Zweitmitbeteiligten für den Zeitraum von 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 geschlossenen Bestellungsvertrag gemäß § 100 Abs. 2 BVergGKonz 2018 für nichtig erklären, in eventu gemäß § 100 Abs. 9 BVergGKonz 2018 eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße verhängen.

14 Begründend führte der Revisionswerber zusammengefasst aus, die Besetzung einer Tabaktrafik sei als Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz 2018 zu qualifizieren. Daher sei auf den fallgegenständlichen Vergabevorgang das seit 21. August 2018 in Geltung befindliche Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 uneingeschränkt anzuwenden. Insoweit das BVergGKonz 2018 Spezialbestimmungen zum TabMG 1996 enthalte, komme den Bestimmungen des BVergGKonz 2018 Vorrang zu. Ausgehend von dem erzielbaren Jahresumsatz von € 3,3 Mio handle es sich um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin habe die einschlägigen Vorschriften des BVergGKonz 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren gröblich missachtet, insbesondere habe sie gegen das Verbot der Vergabe einer unbefristeten Konzession sowie gegen die Verpflichtung zur unionsweiten Bekanntmachung verstoßen. Die Bekanntmachung der Bestellung der Zweitmitbeteiligten als Tabaktrafikantin der verfahrensgegenständlichen Trafik genüge den Anforderungen des BVergGKonz 2018 nicht.

Die Einleitung des fallgegenständlichen Vergabevorgangs habe offenbar nach dem 7. November 2018 stattgefunden, weil der Bundesminister für Finanzen als zuständige Aufsichtsbehörde mit Schreiben von diesem Tag die Neuausschreibung der Trafik in Aussicht gestellt habe. Der verfahrensgegenständliche Feststellungsantrag sei daher innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 98 Abs. 2 BVergGKonz eingebracht worden.

Der Revisionswerber habe von der Zuschlagserteilung (Bestellung) der Zuschlagsempfängerin erstmals nach Übermittlung des Schreibens der Auftraggeberin vom 20. Mai 2019 durch Einsichtnahme in das öffentliche Verzeichnis der Trafiken, das die Auftraggeberin auf ihrer Homepage führe, Kenntnis erlangt. Sowohl die Angaben der Auftraggeberin in ihrer Mitteilung vom 26. Juni 2018 als auch jene des Bundesministers für Finanzen im Schreiben vom 7. November 2018 seien irreführend gewesen. Insbesondere die vom Bundesminister für Finanzen erteilte Auskunft, wonach der bisherige Trafikant die verfahrensgegenständliche Trafik weiter betreibe, sei im Zeitpunkt der Mitteilung tatsachenwidrig gewesen. Der Revisionswerber, dessen Vertrauen in die erteilten Auskünfte schützenswert sei, habe aufgrund der Irreführung nicht früher Kenntnis vom wahren Sachverhalt erlangen können. Im Übrigen könne dem Revisionswerber nur die Unkenntnis von in der Datenbank veröffentlichten Umständen entgegeng gehalten werden.

15 2.2. Die Auftraggeberin hielt dem Vorbringen des Revisionswerbers entgegen, die Bestellung eines neuen Tabaktrafikanten für den verfahrensgegenständlichen Standort sei auf Grundlage der Bestimmungen des TabMG 1996 eingeleitet worden. Die Besetzungskommission habe die Bestellung der erstgereichten vorzugsberechtigten Bewerberin, in eventu des zweitgereichten vorzugsberechtigten Bewerbers beschlossen. Am 13. Juli 2018 bzw. am

2. August 2018 seien jedoch die Bewerbungen von der Erstgereihten bzw. des Zweitgereihten zurückgezogen worden. Eine zwingende Widerrufsentscheidung und -erklärung sei nach den Bestimmungen des TabMG 1996 nicht zu erlassen. Die folgende interimistische Bestellung der Zweitmitbeteiligten sei seitens der Auftraggeberin am 30. Oktober 2018 in die elektronische Kundenkartei (Kundenstammblatt) eingetragen und der Vertragsabschluss mit 1. November 2018 auf der Homepage der Auftraggeberin veröffentlicht worden.

Die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 auf die Bestellung von Tabaktrafikanter werde ausdrücklich bestritten. Selbst unter der vom Revisionswerber ins Treffen geführten Prämisse der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 unterliege dieser einem rechtlichen Irrtum. Mit dem gegenständlichen, auf ein Jahr befristeten Bestellungsvertrag liege iSd § 11 BVergGKonz wohl unzweifelhaft eine im Unterschwellenbereich vergebene Konzession vor, sodass ausschließlich die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich zur Anwendung gelangen würden. Gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 hätte eine Bekanntmachung sohin überhaupt unterbleiben können, weil es sich um eine Vergabe im Unterschwellenbereich ohne grenzüberschreitendes Interesse gehandelt habe.

Zudem laufe die Antragsfrist des § 98 Abs. 2 BVergGKonz ab dem Zeitpunkt, zu dem der Revisionswerber vom Zuschlag bzw. vom Widerruf tatsächlich Kenntnis erlangt habe oder Kenntnis hätte erlangen können. Da die Bestellung der zweitmitbeteiligten Partei zur Tabaktrafikanter am verfahrensgegenständlichen Standort bereits am 1. November 2018 auf der Homepage der Auftraggeberin klar ersichtlich und öffentlich zugänglich bekanntgegeben worden sei, hätte der Revisionswerber von dieser bereits zu diesem Zeitpunkt Kenntnis erlangen können. Der Revisionswerber sei sowohl vom Bundesminister für Finanzen als auch von der Auftraggeberin über den Sachverhalt wahrheitsgemäß aufgeklärt worden. Die sechsmonatige Frist zur Einbringung des Feststellungsantrages habe daher bereits am 1. Mai 2019 geendet. Der am 24. Mai 2019 eingebrachte Feststellungsantrag des Revisionswerbers sei als verfristet anzusehen.

Schließlich sei der Revisionswerber bereits mit Schreiben der Auftraggeberin vom 26. Juni 2018 darauf hingewiesen worden, dass er nicht „dem Personenkreis der vorzugsberechtigten Behinderten angehör[e]“ und daher bei der Bestellung als Tabaktrafikanter am verfahrensgegenständlichen Standort nicht in Erwägung gezogen werde. Unter der Prämisse der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 hätte der Revisionswerber daher bereits zu diesem Zeitpunkt einen entsprechenden Nachprüfungsantrag stellen müssen. Der gegenständliche Feststellungsantrag sei daher gemäß § 98 Abs. 4 BVergGKonz 2018 als unzulässig zurückzuweisen.

16 3. Mit dem angefochtenen Beschluss wies das Bundesverwaltungsgericht sowohl den Feststellungsantrag (Spruchpunkt A.1.) als auch den Antrag auf Nichtigerklärung bzw. Verhängung einer Geldbuße (Spruchpunkt A.2.) des Revisionswerbers - ohne Durchführung einer mündlichen Verhandlung - zurück.

17 Die Revision erklärte es für zulässig, weil Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage fehle, ob der Abschluss eines Vertrages über den Betrieb einer Tabaktrafik in den Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 falle, insbesondere ob der Betrieb einer Tabaktrafik eine Dienstleistung sei, die dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterliege.

18 3.1. In seiner Begründung stellte das Verwaltungsgericht über den bereits eingangs wiedergegebenen Verfahrensgang hinausgehend fest, die Auftraggeberin habe mit Kundmachung vom 23. [gemeint: 12.] März 2018 die verfahrensgegenständliche Trafik im Wege der öffentlichen Ausschreibung als Tabakfachgeschäft mit einem zu erwartenden erzielbaren Tabakwarenjahresumsatz von € 3,3 Mio ausgeschrieben. Der Revisionswerber habe mit Schriftsatz vom 11. April 2018 eine diesbezügliche Bewerbung eingereicht. Letztlich habe die Auftraggeberin am 30. Oktober 2018 mit der Zweitmitbeteiligten einen „temporären Bestellungsvertrag“ über die verfahrensgegenständliche Trafik für die Dauer von 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 abgeschlossen. Diesbezüglich seien im Kundenstammblatt der Auftraggeberin als Datum der letzten Änderung der 30. Oktober 2018 und der Vertrag als provisorisch mit Beginn 1. November 2018 eingetragen. Diese Änderung sei am 30. Oktober 2018, 20:00:51 Uhr verarbeitet worden. Die Zweitmitbeteiligte sei als Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Trafik auf der Homepage der Auftraggeberin ersichtlich.

19 3.2. Beweiswürdigend zog das Verwaltungsgericht die von der Auftraggeberin im Verfahren vorgelegten „Protokolle des Servers“ der Homepage der Auftraggeberin heran, aus denen sich die Sichtbarkeit des Namens der Zweitmitbeteiligten ab 1. November 2018 ergebe.

20 3.3. Rechtlich führte das Verwaltungsgericht zu Spruchpunkt A.1. aus, unter der Annahme der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 sei der Feststellungsantrag verspätet gewesen, weil der Revisionswerber ab dem

1. November 2018 von der Vergabe Kenntnis hätte haben können. Es stehe fest, dass der Revisionswerber immer wieder auf der Homepage der Auftraggeberin Daten über Trafiken abgefragt habe, woraus sich ergebe, dass dem Revisionswerber die Homepage der Auftraggeberin bekannt sei. Damit habe die Frist zur Einbringung des Feststellungsantrages am 1. November 2018 zu laufen begonnen und gemäß § 98 Abs. 2 BVergGKonz am 1. Mai 2019 geendet, womit sich der mit Schriftsatz vom 24. Mai 2019 eingebrachte Feststellungsantrag als verspätet erweise.

21 Ungeachtet dessen müsse das Verwaltungsgericht in allen Stadien des Verfahrens seine allfällige Unzuständigkeit von Amts wegen wahrnehmen. Daher sei zu prüfen, ob das BVergGKonz 2018 auf die gegenständliche Vergabe einer Tabaktrafik anwendbar sei. Gemäß § 6 Abs. 1 BVergGKonz 2018 sei Gegenstand einer Dienstleistungskonzession die Betrauung mit der Erbringung einer Dienstleistung. Nach § 6 Abs. 2 BVergGKonz 2018 müsse der Konzessionär wenigstens einen wesentlichen Teil des Risikos übernehmen, das mit der Verwertung der Dienstleistung verbunden sei. Eine Dienstleistungskonzession könne daher nur dann vorliegen, wenn der Gegenstand der Leistung eine Dienstleistung sei, die der öffentliche Auftraggeber beschaffe. Dabei spiele es keine Rolle, ob er sie für den eigenen Bedarf benötige oder diese der Öffentlichkeit gegenüber erbringe. Somit sei es gleichgültig, ob der Auftragnehmer oder Konzessionär die Dienstleistung dem Auftraggeber oder einem Dritten gegenüber erbringe, so lange sich der Auftraggeber des Auftragnehmers zur Deckung eines eigenen Bedarfs oder zur Erfüllung einer eigenen Verpflichtung bediene.

22 Ungeachtet der vergaberechtlichen Bewertung sei der Gegenstand des Betriebs einer Tabaktrafik in seinem Kern in § 23 Abs. 1 TabMG 1996 definiert. Demnach sei der Gegenstand der Handel mit Tabakwaren. Dieser erfolge auf eigenen Namen und eigene Rechnung des Betreibers der Tabaktrafik, auch wenn es für Tabakwaren sowohl geregelte Einkaufspreise als auch geregelte Verkaufspreise gebe und der Betreiber der Tabaktrafik diese nicht selbst festlegen könne. Auch sei der Betreiber einer Tabaktrafik frei, seine Waren von einem beliebigen zugelassenen Großhändler zu beziehen. Die Bestellung zum Trafikanten erfolge durch einen zivilrechtlichen Vertrag eigener Art, der als Dauerschuldverhältnis zu werten sei. Der Trafikant betreibe die Trafik selbständig auf eigene Rechnung. Die Beziehung zwischen der Auftraggeberin und einem Trafikanten sei nach dem TabMG 1996 als privatrechtlich konstruiert, der Trafikant sei gegenüber der Auftraggeberin weisungsfrei. Ein Trafikant erbringe jedoch keine Aufgabe für den Auftraggeber oder die Öffentlichkeit an Stelle des Auftraggebers. Vielmehr handle es sich bei einem Vertrag über eine Trafik um eine besondere Ermächtigung, Handel mit den dem Tabakmonopol unterliegenden Waren zu betreiben. Es liege zwar grundsätzlich ein Versorgungsauftrag bzw. eine Betriebspflicht vor, jedoch begründe dies ebenso keinen öffentlichen Auftrag wie etwa eine Apothekenkonzession, an deren Ausübung ebenso ein öffentliches Interesse bestehe. Ungeachtet der Rechtsform des privatrechtlichen Vertrags sei die Bestellung einer Ermächtigung gleichzuhalten. Daher könne schon begrifflich keine Dienstleistung vorliegen, die abhängig von der Form des Entgelts dem BVergG 2018 oder dem BVergGKonz 2018 unterliege. Damit handle es sich bei der Vergabe einer Tabaktrafik nicht um eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz 2018. Das BVergGKonz 2018 sei nicht anwendbar und der Feststellungsantrag zurückzuweisen.

23 Betreffend die Zurückweisung der Anträge auf Nichtigerklärung des mit der Zweitmitbeteiligten abgeschlossenen Vertrages bzw. der Verhängung einer Geldbuße laut Spruchpunkt A.2. sei festzuhalten, dass das BVergGKonz 2018 diesbezüglich ein amtswegiges Vorgehen des Bundesverwaltungsgerichts normiere, ein Antragsrecht einer Partei hingegen nicht bestehe. Diese Anträge seien daher bereits wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen.

24 4. Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende ordentliche Revision mit dem Antrag, den angefochtenen Beschluss wegen Rechtswidrigkeit des Inhaltes in eventu Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften aufzuheben.

25 Die Erstmitbeteiligte erstattete eine Revisionsbeantwortung.

26 Der Verfassungsgerichtshof lehnte mit Beschluss vom 28. November 2019, E 3505/2019-5, die Behandlung einer gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts gerichteten, parallel zur vorliegenden Revision eingebrachten Beschwerde gemäß Art. 144 B-VG ab.

27 4. Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

28 4.1. Die Revision schließt sich zunächst der Zulässigkeitsbegründung des Verwaltungsgerichts an. Ergänzend führt sie aus, das BVergGKonz 2018 sei am 21. August 2018 in Kraft getreten sei. Soweit ersichtlich liege zu dessen

Auslegung noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vor. Insbesondere der Begriff der Dienstleistungskonzession erscheine auslegungsbedürftig. Zum anderen bringt die Revision vor, das Verwaltungsgericht werfe mit seiner Alternativbegründung, wonach im Falle der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 der Feststellungsantrag des Revisionswerbers verspätet wäre, die Rechtsfrage auf, ob für die Beurteilung der Rechtzeitigkeit von Feststellungsanträgen betreffend Konzessionsvergaben nach dem BVergGKonz die ordnungsgemäße Bekanntmachung gemäß § 36 BVergGKonz 2018 fristauslösend sei oder ob bereits irgendeine Form der Veröffentlichung ausreiche, um die sechsmonatige Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages auszulösen. Zum BVergG 2006 habe der Verwaltungsgerichtshof in diesem Zusammenhang judiziert, dass ausschließlich die „gehörige Bekanntmachung des vergebenen Auftrags“ die sechsmonatige Frist für einen Feststellungsantrag auslöse. Der Revisionswerber gehe davon aus, dass diese Rechtsprechung grundsätzlich auch auf das BVergGKonz anzuwenden sei, in welchem Fall das Verwaltungsgericht mit seiner Begründung von dieser bestehenden Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ohne ersichtlichen oder nachvollziehbaren Grund abweiche.

29 Die Revision ist hinsichtlich beider trennbarer Spruchpunkte zulässig (vgl. zur Trennbarkeit von Spruchpunkten etwa VwGH 28.1.2020, Ra 2019/03/0076), hinsichtlich Spruchpunkt A.1. berechtigt, hinsichtlich Spruchpunkt A.2. hingegen im Ergebnis unbegründet.

30 4.2. Die im Revisionsfall maßgeblichen Bestimmungen des TabMG 1996 idFBGBl. I Nr. 90/2017 lauten auszugsweise:

„Gegenstände des Tabakmonopols

§ 1. (1) Tabakerzeugnisse im Sinne des Abs. 2 sind im Monopolgebiet nach den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes dem Bund als Monopolgegenstände vorbehalten.

(2) ...

Monopolverwaltung

§ 3. Soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, obliegt die Verwaltung des Tabakmonopols der Monopolverwaltung GmbH (§ 13).

Handel mit Tabakerzeugnissen

§ 5. (1) Der Großhandel mit Tabakerzeugnissen ist den nach § 6 berechtigten Personen oder Personenvereinigungen vorbehalten. Großhandel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist der gewerbliche Vertrieb von Tabakerzeugnissen im Monopolgebiet, der nicht auf Grund eines Bestellungsvertrages (§ 34 Abs. 1) betrieben wird oder nicht gemäß Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 erlaubt ist.

(2) Der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen ist, soweit in diesem Bundesgesetz nicht anderes bestimmt ist, den Tabaktrafikanen vorbehalten. Kleinhandel im Sinne dieses Bundesgesetzes ist die entgeltliche Abgabe von Tabakerzeugnissen an Verbraucher im Monopolgebiet, die auf Grund eines Bestellungsvertrages erfolgt.

(3) Der Handel mit Tabakerzeugnissen ist verboten, soweit er nicht auf Grund einer Bestellung zum Tabaktrafikanen oder einer Bewilligung als Großhändler (§ 6) betrieben wird oder nicht gemäß Abs. 5 oder § 40 Abs. 1 erlaubt ist.

(4) ...

Tabaktrafiken

§ 23. (1) Tabaktrafiken sind Geschäfte, in denen der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen betrieben wird. Die Inhaber von Tabaktrafiken sind Tabaktrafikanen.

(2) ...

Neuerrichtung und Verlegung von Tabaktrafiken

§ 24. (1) Eine Tabaktrafik darf an einem Standort, an dem bisher noch kein solches Geschäft bestand, nur dann errichtet werden, wenn hierfür ein dringender Bedarf besteht und eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheint.

(2) Eine Tabaktrafik darf an einen anderen Standort innerhalb ihres Einzugsgebietes verlegt werden, wenn eine nicht zumutbare Schmälerung des Ertrages benachbarter Tabaktrafiken ausgeschlossen erscheint.

(3) Vor der Zulassung einer Neuerrichtung, bei einer Standortverlegung vor der entsprechenden Änderung des Bestellungsvertrages, ist von der Monopolverwaltung GmbH ein Gutachten des Landesgremiums der Tabaktrafikanten einzuholen. Spricht sich das Landesgremium gegen die Neuerrichtung oder die Standortverlegung aus, kann die Monopolverwaltung GmbH ein Gutachten des Neuerrichtungsbeirates einholen. Vor Abgabe des Gutachtens dieses Beirates darf die Neuerrichtung oder die Standortverlegung nicht vorgenommen werden.

Ausschreibung von Tabaktrafiken

§ 25. (1) Der Bestellung eines Tabaktrafikanten hat eine Einladung zur Stellung von Anboten (Ausschreibung) vorauszugehen, sofern Abs. 6 oder 7 nicht anderes bestimmt.

(2) Die Ausschreibung ist von der Monopolverwaltung GmbH durchzuführen.

(3) Die Ausschreibung ist für die Dauer der Anbotsfrist bei der Monopolverwaltung GmbH (ihrer Außenstelle) und bei dem für den Standort der Tabaktrafik zuständigen Gemeindeamt für die Dauer der Anbotsfrist anzuschlagen. Sie ist außerdem mindestens in einer der im betreffenden Bundesland am meisten verbreiteten Tageszeitungen bekanntzumachen. Die Monopolverwaltung GmbH hat ferner das Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz und auf dessen Verlangen die von ihm namhaft gemachten Behindertenorganisationen sowie das zuständige Landesgremium der Tabaktrafikanten zu verständigen.

(4) Für die Stellung von Anboten ist eine Frist von mindestens einem Monat gerechnet vom Tag des Anschlages der Ausschreibung an der Ankündigungstafel der Monopolverwaltung GmbH oder deren Außenstelle zu setzen.

(5) In der Ausschreibung ist insbesondere anzugeben, ob die Tabaktrafik als Tabakfachgeschäft oder als Tabakverkaufsstelle zu führen ist und welcher Umsatz an Tabakerzeugnissen voraussichtlich erzielbar ist. Als Tabakfachgeschäfte sind nur solche Trafiken auszuschreiben, aus deren Erträgen voraussichtlich der Lebensunterhalt eines Trafikbewerbers bestritten werden kann.

(6) Die Ausschreibung hat zu entfallen, wenn

1. die Bestellung eines Tabaktrafikanten gemäß § 32 Abs. 3 nur vorläufig erfolgen soll oder
2. ...

(7) Die Ausschreibung kann entfallen, wenn

1. eine Tabaktrafik nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes betrieben werden soll,
2. ...

(8) ...

(9) Liegt für ein zu besetzendes Tabakfachgeschäft nach Ablauf der Anbotsfrist kein Anbot eines nach § 29 Abs. 3 vorzugsberechtigten Bewerbers vor, kann die Monopolverwaltung GmbH die erfolgte Ausschreibung widerrufen.

...

Vorzugsrechte

§ 29. (1) Bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern sind die im Abs. 3 genannten Personen bevorzugt zu berücksichtigen.

(2) Ein Vorzugsrecht besteht nicht, wenn nach dem Lebensalter des Bewerbers zum Zeitpunkt, in dem bestimmt wird, wer als Tabaktrafikant zu bestellen ist, der Zeitraum bis zur Erreichung des jeweils geltenden gesetzlichen Pensionsalters weniger als fünf Jahre beträgt. Als gesetzliches Pensionsalter gilt jenes Alter, ab dem bei Erfüllen der allgemeinen Voraussetzungen Anspruch auf eine Alterspension (§ 253 des Allgemeinen Sozialversicherungsgesetzes, BGBl. Nr. 189/1955) besteht.

(3) Vorzugsberechtigt sind:

1. Inhaber einer Amtsbescheinigung oder eines Opferausweises nach § 4 des Opferfürsorgegesetzes, BGBl. Nr. 183/1947;

2. Empfänger einer Beschädigtenrente nach dem Kriegsoferversorgungsgesetz 1957, BGBl. Nr. 152, oder dem Heeresversorgungsgesetz, BGBl. Nr. 27/1964, wenn ihre Erwerbsfähigkeit um mindestens 50 vH gemindert ist;
3. Empfänger einer Witwen- oder Witwerrente oder Witwen- oder Witwerbeihilfe nach dem Opferfürsorgegesetz, dem Kriegsoferversorgungsgesetz 1957 oder dem Heeresversorgungsgesetz;
4. begünstigte Behinderte im Sinne des § 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBl. Nr. 22/1970.

Auswahl unter mehreren Bewerbern

§ 30. (1) Für die Auswahl unter mehreren im § 29 Abs. 3 genannten Personen ist das Maß der Bedürftigkeit entscheidend. Dabei sind die besonderen Verhältnisse des einzelnen Falles, insbesondere die Höhe der Einkommen der Bewerber und des weiteren ihre Familienverhältnisse, Unterhalts- und Sorgepflichten, die Art ihrer Behinderung und ihre Chancen zur Einkommenserzielung am freien Arbeitsmarkt zu berücksichtigen.

(2) Ist ein Tatbestand, der das Vorzugsrecht eines Bewerbers begründet, auf Grund gesetzlicher Vorschriften zugleich Anspruchsgrundlage für Geldleistungen, die von der Einkommensteuer befreit sind, so sind diese nicht als Einkommen zu berücksichtigen.

(3) Unter gleich bedürftigen Vorzugsberechtigten sind Personen vorzuziehen, deren Erwerbsfähigkeit gemindert ist oder die eine Behinderung aufweisen. Unter diesen entscheidet der Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung). Unter Bewerbern gleichen Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung) gebührt blinden Personen der Vorzug. Die Auswahl unter Bewerbern, deren Erwerbsfähigkeit nicht oder in gleichem Grade gemindert ist beziehungsweise die nicht oder im gleichen Grade behindert sind, ist nach kaufmännischen Grundsätzen zu treffen.

(4) Die Auswahl unter nicht vorzugsberechtigten Bewerbern ist nach kaufmännischen Grundsätzen zu treffen.

(5) Bei einer Auswahl nach kaufmännischen Grundsätzen ist insbesondere auf die Erfordernisse der Nahversorgung, die Ausbildung und berufliche Erfahrung der Bewerber und die Eignung der Geschäftslokale Bedacht zu nehmen.

Besetzung von Tabaktrafiken

§ 32. (1) ...

(2) Soll eine Tabaktrafik nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes betrieben werden, bestimmt die Monopolverwaltung GmbH nach Anhörung des Landesgremiums der Tabaktrafikanten, wer zum Tabaktrafikanten zu bestellen ist.

(3) Soll eine Tabaktrafik vergeben werden, weil der mit dem bisherigen Inhaber abgeschlossene Bestellungsvertrag erloschen ist, kann die Monopolverwaltung GmbH für die Zeit bis zur endgültigen Bestellung eines Bewerbers, längstens jedoch für zwei Jahre, eine von ihr bestimmte Person vorläufig zum Tabaktrafikanten bestellen. Das Landesgremium der Tabaktrafikanten ist über Verlangen zu einer solchen Maßnahme anzuhören.

(4) ...

Bestellungsvertrag

§ 34. (1) Die Monopolverwaltung GmbH hat den gemäß § 32 oder § 33 bestimmten Bewerber durch zivilrechtlichen Vertrag zum Tabaktrafikanten zu bestellen.

(2) Der Bestellungsvertrag ist auf unbestimmte Zeit abzuschließen, es sei denn, es steht im Voraus fest, dass die Tabaktrafik nur innerhalb eines bestimmten Zeitraumes oder als Schulungstrafik (§ 27 Abs. 2 Z 2) betrieben werden soll. Voraussetzung für den Abschluss eines unbefristeten Bestellungsvertrages ist der Nachweis der erfolgreichen Absolvierung eines von der Monopolverwaltung GmbH und der Wirtschaftskammer Österreich angebotenen Tabakfachhändlerseminars.

Rechte und Pflichten des Tabaktrafikanten

§ 36. (1) Tabaktrafikanten haben ihre Tätigkeit so auszuüben, dass der durch § 24 gewährte Gebietsschutz und das Monopolinteresse an der Nahversorgung gewahrt bleiben. Sie haben stets das Standesehnen zu wahren. Bei der Sortimentsgestaltung der Tabakwaren ist auf ein ausgewogenes und den jeweiligen Erfordernissen der Nahversorgung

entsprechendes Angebot an verschiedenen Tabakwaren zu achten. Jede Einflussnahme Dritter, die auf eine Nichtanwendung der angeführten Grundsätze abzielt, ist verboten. Insbesondere ist dem Tabaktrafikanten die Annahme von Geld oder geldwerten Vorteilen in diesem Zusammenhang verboten.

(2) Tabaktrafikanten haben unter Beachtung der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes und des Bestellungsvertrages die Nachfrage nach Tabakerzeugnissen an ihrem Geschäftsstandort jeweils bestmöglich zu befriedigen. Der Vorrat an Tabakerzeugnissen hat stets zumindest der durchschnittlichen Verkaufsmenge dreier Geschäftstage zu entsprechen.

(3) Die Berechtigung zum Handel mit Tabakerzeugnissen ist ein persönliches Recht des Tabaktrafikanten. Er hat die Tabaktrafik persönlich zu führen.

(4) Ist eine juristische Person oder eine Personenvereinigung Tabaktrafikant, so trifft die Pflicht zur persönlichen Führung die mit der Geschäftsführung betraute natürliche Person. Diese ist der Monopolverwaltung GmbH als Verantwortlicher schriftlich anzuzeigen. Änderungen der Person des Verantwortlichen sind der Monopolverwaltung GmbH unverzüglich schriftlich anzuzeigen.

(5) Dem Inhaber eines Tabakfachgeschäftes ist es verboten, eine andere selbständige Erwerbstätigkeit auszuüben oder ein Arbeitsverhältnis einzugehen. Die Monopolverwaltung GmbH kann im Einvernehmen mit dem Landesgremium der Tabaktrafikanten befristete Ausnahmen von diesem Verbot zulassen.

(6) Jede Art von Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäftes und die Einräumung von Gewinnbeteiligungen an einem Tabakfachgeschäft sind verboten.

(7) Tabaktrafikanten dürfen den Handel mit Tabakerzeugnissen nur in dem im Bestellungsvertrag angegebenen Geschäftslokal (Standort) ausüben. Das Aufsuchen zwecks Entgegennahme von Bestellungen außerhalb des Standortes, die Zustellung und der Versand von Tabakerzeugnissen sind verboten. Die Monopolverwaltung GmbH kann einen Verkauf von Tabakerzeugnissen außerhalb des Standortes für kurze Zeit bei Bedarf genehmigen.

(8) Tabaktrafikanten sind berechtigt, für den Verkauf von Tabakerzeugnissen auch Automaten zu verwenden, die im Geschäftslokal oder an dessen Außenfront angebracht sind. Inhaber von Tabakfachgeschäften dürfen in diesen Automaten neben Tabakerzeugnissen auch andere im § 23 Abs. 3 genannte Waren oder Dienstleistungen verkaufen, solange nach Art und Umfang dieses Angebots der Charakter eines Tabakfachgeschäftes gewahrt bleibt und insbesondere der Anteil der Tabakerzeugnisse im jeweiligen Automaten überwiegt. Das Bereitstellen und Betreiben von Automaten an anderen Standorten ist nur mit Bewilligung der Monopolverwaltung GmbH gestattet; § 24 gilt sinngemäß. Der Bestellungsvertrag ist auf den Standort des Automaten zu erweitern. Für das Bereitstellen und Betreiben von Automaten gilt § 36 Abs. 1 sinngemäß.

(9) Tabaktrafikanten dürfen Tabakerzeugnisse nur von Großhändlern zu den Lieferpreisen gemäß § 8 Abs. 5 beziehen. Dies gilt nicht im Fall einer Geschäftsnachfolge für vom vorigen Geschäftsinhaber bezogene Tabakerzeugnisse. Der Handel mit anderen Tabakerzeugnissen ist verboten. Der wissentliche Verkauf von Tabakerzeugnissen an Wiederverkäufer, ausgenommen in den Fällen des § 40, ist verboten.

(10) Tabaktrafikanten dürfen von Großhändlern oder von Dritten die Gewährung von direkten oder indirekten Vorteilen, wie Rabatte, Skonti, unzulässige Zahlungsziele und Zugaben jeder Art, wenn diese im Zusammenhang mit der Lieferung von Tabakerzeugnissen stehen, weder fordern noch dürfen sie diesbezügliche Angebote annehmen.

(11) Tabakerzeugnisse dürfen von den Tabaktrafikanten nur zu den veröffentlichten Kleinverkaufspreisen (§ 9) verkauft werden.

(12) Inhaber von Tabakverkaufsstellen dürfen ihren Kunden keine direkten oder indirekten Vorteile, wie Rabatte, Skonti, Zahlungsziele und Zugaben jeder Art, die mit dem Verkauf von Tabakerzeugnissen im Zusammenhang stehen, anbieten oder gewähren. Rauchrequisiten dürfen keinesfalls unentgeltlich abgegeben werden.

(13) Inhaber von Tabakfachgeschäften dürfen keine direkten oder indirekten Vorteile gewähren. Dies gilt nicht für den Verkauf von Nebenartikeln (§ 23 Abs. 3 Z 3), wobei Rauchrequisiten keinesfalls unentgeltlich abgegeben werden dürfen.

(14) Eine Veränderung der für den Verkauf bestimmten Tabakerzeugnisse durch den Tabaktrafikanten ist nicht zulässig.

(15) Die Öffnungszeiten einer Tabakverkaufsstelle, die in Verbindung mit einem Gewerbe geführt wird, richten sich

nach den Betriebszeiten für dieses Gewerbe. In einer solchen Verkaufsstelle sind die Tabakerzeugnisse tunlichst getrennt von den anderen Waren zu lagern.

(16) Tabaktrafikanten haben auf Aufforderung der Monopolverwaltung GmbH dieser Jahresabschlüsse der vergangenen drei Jahre zur Verfügung zu stellen. Erstellt ein Tabaktrafikant keine Jahresabschlüsse, hat er der Monopolverwaltung GmbH auf Aufforderung entsprechende Informationen zu übermitteln. Die der Monopolverwaltung GmbH so übermittelten Jahresabschlüsse und Informationen unterliegen der abgabenrechtlichen Geheimhaltungspflicht und dürfen ausschließlich angefordert und verwendet werden, soweit dies für die Erfüllung der der Monopolverwaltung GmbH gesetzlich übertragenen Aufgaben erforderlich ist.“

31 Die im Revisionsfall maßgeblichen Bestimmungen des BVergGKonz 2018 idFBGBl. I Nr. 65/2018 lauten auszugsweise:

„Regelungsgegenstand

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt insbesondere

1. die Verfahren zur Vergabe von Konzessionsverträgen (Bau- oder Dienstleistungskonzessionen) durch Auftraggeber (Konzessionsvergabeverfahren),
2. den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Konzessionsvergabeverfahren im Sinne der Z 1, die in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen (2. Teil), sowie
3. ...

Die zur Anwendung dieses Bundesgesetzes verpflichteten Auftraggeber

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

(2) Öffentliche Auftraggeber sind

1. der Bund, die Länder, die Gemeinden und Gemeindeverbände, oder
2. Einrichtungen, die
 - a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen,
 - b) zumindest teilrechtsfähig sind und
 - c) überwiegend von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch diese unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind, oder
3. Verbände, die aus einem oder mehreren öffentlichen Auftraggebern gemäß Z 1 oder 2 bestehen.

(3) ...

Dienstleistungskonzessionen

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

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

Grundsätze für den Ablauf des Konzessionsvergabeverfahrens

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

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

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

1. ...

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

...

(4) ...

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

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

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

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

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

...

Anwendbarkeit von Bestimmungen des BVergG 2018

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

Anzuwendendes Verfahrensrecht

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

Zuständigkeit

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

(2) ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

1. im Rahmen der vom Revisionswerber 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 technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. ...

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

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

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

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

(4) ...

Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 97. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Konzessionsvertrages 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 technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder

2. die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens 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 Widerruf eines Konzessionsvergabeverfahrens wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Der Revisionswerber kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß § 78 Abs. 3 Z 1, 3 und 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 1, 3 und 4 kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Revisionswerber auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Z 2 und 3 kann der Auftraggeber beantragen, von der Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen oder den Vertrag frühestens mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes aufzuheben.

(2) ...

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 100. (1) Das Bundesverwaltungsgericht hat eine Feststellung gemäß § 78 Abs. 3 Z 1 und Abs. 4 Z 1 nur dann zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Konzessionsvergabeverfahrens 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 § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 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 § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 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 § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 auszusprechen, dass der Vertrag nur soweit aufgehoben wird, als Leistungen noch ausständig oder erbrachte Leistungen noch ohne Wertverminderung rückstellbar sind.

(5) ...

(9) Wenn das Bundesverwaltungsgericht von der Nichtigkeitserklärung 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 § 97 Abs. 1 Z 2 bis 4 nach den in Abs. 7 genannten Fristen eingebracht wurde und das Bundesverwaltungsgericht eine Rechtswidrigkeit feststellt.

[...]“

32 Art. 57 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 70, lautet:

„Art. 57 (ex-Artikel 50 EGV)

Dienstleistungen im Sinne der Verträge sind Leistungen, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden, soweit sie nicht den Vorschriften über den freien Waren- und Kapitalverkehr und über die Freizügigkeit der Personen unterliegen.

Als Dienstleistungen gelten insbesondere:

- a) gewerbliche Tätigkeiten,
- b) kaufmännische Tätigkeiten,

...“

33 Die für den Revisionsfall relevanten Erwägungsgründe der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (KonzessionsRL) lauten:

„(11) Konzessionen sind entgeltliche Verträge, mit denen ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Bauleistungen oder der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen beauftragen. Ziel solcher Verträge ist die Beschaffung von Bau- oder Dienstleistungen durch eine Konzession, wobei die Gegenleistung entweder in dem Recht zur Nutzung des Bauwerks beziehungsweise Verwertung der Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht. Solche Verträge können, müssen aber nicht notwendigerweise einen Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber oder den Auftraggeber vorsehen, doch steht den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern stets der Nutzen der betreffenden Bau- oder Dienstleistungen zu.

...

(14) Bestimmte Handlungen der Mitgliedstaaten, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, durch die der Mitgliedstaat oder eine seiner Behörden die Bedingungen für die Ausübung einer Wirtschaftstätigkeit festlegt - einschließlich der Bedingung der Durchführung einer bestimmten Tätigkeit -, die üblicherweise auf Antrag des Wirtschaftsteilnehmers und nicht vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber erteilt wird und bei der der Wirtschaftsteilnehmer das Recht hat, sich von der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen zurückzuziehen, sollten darüber hinaus nicht als Konzessionen gelten. Auf Fälle derartiger Handlungen der Mitgliedstaaten finden die besonderen Bestimmungen der Richtlinie 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates Anwendung. Im Gegensatz zu derartigen Handlungen der Mitgliedstaaten enthalten Konzessionsverträge wechselseitig bindende Verpflichtungen, denen zufolge die Erbringung der Bau- oder Dienstleistungen bestimmten Anforderungen entsprechen muss, die vom öffentlichen Auftraggeber oder vom Auftraggeber festgelegt werden und rechtlich durchsetzbar sind.

...

(18) Schwierigkeiten bei der Auslegung der Begriffe ‚Konzession‘ und ‚öffentlicher Auftrag‘ haben zu einer anhaltenden Rechtsunsicherheit der Beteiligten geführt und zahlreiche Urteile des Gerichtshofs der Europäischen Union nach sich gezogen. Die Definition des Begriffs ‚Konzession‘ sollte daher geklärt werden, wobei insbesondere auf das

Betriebsrisiko zu verweisen ist. Das Hauptmerkmal einer Konzession, nämlich das Recht, die betreffenden Bauwerke oder Dienstleistungen zu nutzen beziehungsweise zu verwerten, schließt stets die Übertragung eines Betriebsrisikos wirtschaftlicher Art auf den Konzessionsnehmer ein, einschließlich der Möglichkeit, dass die Investitionsaufwendungen und die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen unter normalen Betriebsbedingungen nicht wieder erwirtschaftet werden können, auch wenn ein Teil des Risikos bei den öffentlichen Auftraggebern oder Auftraggebern verbleibt. Die Anwendung besonderer Bestimmungen auf Konzessionen wäre nicht gerechtfertigt, wenn der öffentliche Auftraggeber beziehungsweise der Auftraggeber den Wirtschaftsteilnehmer von jedem möglichen Verlust freistellen würde, indem ihm Einnahmen mindestens in Höhe der bei der Durchführung des Vertrags entstehenden Investitionsaufwendungen und Kosten garantiert werden. Gleichzeitig sollte klargestellt werden, dass bestimmte Vereinbarungen, die ausschließlich von einem öffentlichen Auftraggeber oder einem Auftraggeber vergütet werden, als Konzessionen gelten sollten, wenn die Erwirtschaftung der Investitionsaufwendungen und Kosten des

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at