

TE Bvwg Beschluss 2023/11/29 W187 2250142-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 29.11.2023

Entscheidungsdatum

29.11.2023

Norm

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328

BVergG 2018 §342

BVergGKonz 2018 §78

BVergGKonz 2018 §83

BVergGKonz 2018 §97

B-VG Art133 Abs4

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2018 § 327 heute
2. BVergG 2018 § 327 gültig ab 21.08.2018
1. BVergG 2018 § 328 heute
2. BVergG 2018 § 328 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergG 2018 § 328 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergG 2018 § 342 heute
2. BVergG 2018 § 342 gültig ab 21.08.2018
1. BVergGKonz 2018 § 78 heute
2. BVergGKonz 2018 § 78 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergGKonz 2018 § 78 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. BVergGKonz 2018 § 83 heute
2. BVergGKonz 2018 § 83 gültig ab 21.08.2018
1. BVergGKonz 2018 § 97 heute
2. BVergGKonz 2018 § 97 gültig ab 01.03.2026 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 8/2026
3. BVergGKonz 2018 § 97 gültig von 21.08.2018 bis 28.02.2026
1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018

4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. VwGVG § 28 heute
 2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018
1. VwGVG § 31 heute
 2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
 3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
 4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W187 2250142-2/41E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden und DI Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Anträge von XXXX vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Trillergasse 4, 1210 Wien; Referenznummer der Bekanntmachung: 001.1210.0084“ der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, Am Belvedere 10, 1100 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden und DI Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Anträge von römisch 40 vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Trillergasse 4, 1210 Wien; Referenznummer der Bekanntmachung: 001.1210.0084“ der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, Am Belvedere 10, 1100 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge von XXXX Das Bundesverwaltungsgericht weist die Anträge von römisch 40

„1. das Nachprüfungsverfahren gem. § 78 Abs 2 Z 2 BVergGKonz zur GZ W187 2250142-2 gem. § 87 Abs 4 BVergGKonz 2018 als Feststellungsverfahren weiterzuführen und gem. § 83 BVergG Konz eine mündliche Verhandlung anzuberaumen;“, 1. das Nachprüfungsverfahren gem. Paragraph 78, Absatz 2, Ziffer 2, BVergGKonz zur GZ W187 2250142-2 gem. Paragraph 87, Absatz 4, BVergGKonz 2018 als Feststellungsverfahren weiterzuführen und gem. Paragraph 83, BVergG Konz eine mündliche Verhandlung anzuberaumen;

sowie

2. gem. § 97 Abs 1 Z 1 BVergGKonz festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Antraben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde; 2. gem. Paragraph 97,

Absatz eins, Ziffer eins, BVergGKonz festzustellen, dass der Zuschlag wegen Verstößen gegen das BVergGKonz und unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Anträgen in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

in eventu

3. gem. § 97 Abs 1 Z 3 BVergGKonz festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller wegen Verstößen gegen das BVergGKonz und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;“3. gem. Paragraph 97, Absatz eins, Ziffer 3, BVergGKonz festzustellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an den Antragsteller wegen Verstößen gegen das BVergGKonz und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;“

gemäß § 78 Abs 3 iVm § 97 Abs 4 BVergGKonz 2018 zurückgemäß Paragraph 78, Absatz 3, in Verbindung mit Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018 zurück.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässigDie Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

Text

Begründung, Begründung

I. Verfahrensgangrömisches Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 31. Dezember 2021 beantragte XXXX vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, in der Folge Antragsteller, die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß § 78 Abs 2 Z 2 BVergGKonz 2018, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 83 BVergGKonz 2018, die Gewährung von Akteneinsicht gemäß § 81 BVergGKonz 2018, die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung gemäß § 91 Abs 1 BVergGKonz 2018, in eventu die Nichtigerklärung einzelner Festlegungen der Ausschreibung gemäß § 91 Abs 2 BVergGKonz 2018, insbesondere der rechtswidrigen Einschränkung der Übermittlung von Standortunterlagen an Bieter, der rechtswidrigen Einschränkung des Bieterkreises auf begünstigte Behinderte, der rechtswidrigen Festlegung eines (nach Angebotsöffnung) durchzuführenden Eignungstests, der rechtswidrigen Festlegung eines Finanzierungsnachweises über einen Betrag in Höhe von € 450.951,84, des rechtswidrigen Zuschlagskriteriums „einschlägige Berufserfahrung“ und/oder der Festlegung bezüglich der Laufzeit der Konzession, den Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 85 BVergGKonz 2018 sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Trillergasse 4, 1210 Wien, Referenznummer 001.1210.0084.“ der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, Am Belvedere 10, 1100 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien.1. Mit Schriftsatz vom 31. Dezember 2021 beantragte römisch 40 vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH, Kramergasse 9/3/13, 1010 Wien, in der Folge Antragsteller, die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß Paragraph 78, Absatz 2, Ziffer 2, BVergGKonz 2018, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß Paragraph 83, BVergGKonz 2018, die Gewährung von Akteneinsicht gemäß Paragraph 81, BVergGKonz 2018, die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung gemäß Paragraph 91, Absatz eins, BVergGKonz 2018, in eventu die Nichtigerklärung einzelner Festlegungen der Ausschreibung gemäß Paragraph 91, Absatz 2, BVergGKonz 2018, insbesondere der rechtswidrigen Einschränkung der Übermittlung von Standortunterlagen an Bieter, der rechtswidrigen Einschränkung des Bieterkreises auf begünstigte Behinderte, der rechtswidrigen Festlegung eines (nach Angebotsöffnung) durchzuführenden Eignungstests, der rechtswidrigen Festlegung eines Finanzierungsnachweises über einen Betrag in Höhe von € 450.951,84, des rechtswidrigen Zuschlagskriteriums „einschlägige Berufserfahrung“ und/oder der Festlegung bezüglich der Laufzeit der Konzession, den Ersatz der Pauschalgebühr gemäß Paragraph 85, BVergGKonz 2018 sowie die Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren „Konzession Tabakfachgeschäft Trillergasse 4, 1210 Wien, Referenznummer 001.1210.0084.“ der Auftraggeberin Monopolverwaltung GmbH, Am Belvedere 10, 1100 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien.

2 Mit Erkenntnis vom 10. Februar 2022 wies das Bundesverwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 2. Februar 2022 zur Zahl W187 2250142-2/28E die Anträge ab und ließ die Revision nicht zu.

3 Gegen dieses Erkenntnis erhob der Antragsteller am 28. März 2023 Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof bzw brachte er einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe zur Beschwerdeführung gegen diese Entscheidung. Mit Beschluss vom 14. Juni 2022, E 766/2022-8, E 768/2022-8, dem Bundesverwaltungsgericht am 24. Juni zugestellt, lehnte der Verfassungsgerichts die Behandlung der Beschwerde ab und trat sie über nachträglichen Antrag mit Beschluss vom 28. Juni 2022, E 766/2022-10, E 768/2022-10, dem Bundesverwaltungsgericht am 29. Juni 2022 zugestellt, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung ab.

4 Am 10. August 2022 erhob der Antragsteller die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof, die das Bundesverwaltungsgericht nach der Zustellung an die Parteien am 16. August 2022 dem Verwaltungsgerichtshof vorlegte.

5 Am 10. August 2022 beantragte der Antragsteller die Fortführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren gemäß § 97 Abs 4 BVergGKonz 2018 wie im Spruchpunkt A) wiedergegeben. Nach der Bezeichnung des Konzessionsvergabeverfahrens, der Auftraggeberin oder vergebenden Stelle, Darstellung des Sachverhalts und des Interesses des Antragstellers, Ausführungen zur Rechtzeitigkeit und dem drohenden Schaden gab der Antragsteller als Beschwerdepunkte an, dass er sich in seinem Recht auf Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, Transparenz sowie des freien unlauteren Wettbewerbs verletzt erachte. Durch die Festlegung rechtswidriger Eignungs- und Zuschlagskriterien würden die Grundsätze für Vergabeverfahren grob missachtet. Die Festlegung einer unbestimmten Laufzeit sei ebenfalls grob rechtswidrig.5 Am 10. August 2022 beantragte der Antragsteller die Fortführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren gemäß Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018 wie im Spruchpunkt A) wiedergegeben. Nach der Bezeichnung des Konzessionsvergabeverfahrens, der Auftraggeberin oder vergebenden Stelle, Darstellung des Sachverhalts und des Interesses des Antragstellers, Ausführungen zur Rechtzeitigkeit und dem drohenden Schaden gab der Antragsteller als Beschwerdepunkte an, dass er sich in seinem Recht auf Wahrung der Grundsätze der Gleichbehandlung aller Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, Transparenz sowie des freien unlauteren Wettbewerbs verletzt erachte. Durch die Festlegung rechtswidriger Eignungs- und Zuschlagskriterien würden die Grundsätze für Vergabeverfahren grob missachtet. Die Festlegung einer unbestimmten Laufzeit sei ebenfalls grob rechtswidrig.

5.1 Zur Rechtswidrigkeit führt der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass Standortunterlagen bei der Auftraggeberin angefordert werden müssten und die Auftraggeberin sich vorbehalte, die Bereitstellung der Standortunterlagen begründet abzulehnen. Dies sei grob diskriminierend. Tatsächlich habe die Auftraggeberin dem Antragsteller die Übermittlung der Standortunterlagen verweigert. Die Auftraggeberin habe es im Fall der Bestandsfestigkeit der Festlegungen der Ausschreibung in der Hand, die Übermittlung der Standortunterlagen mit Hinweis auf dessen fehlende Vorzugsberechtigung abzulehnen. Dadurch werde der Antragsteller unzulässig diskriminiert. Die Voraussetzungen des § 53 Abs 3 BVergGKonz 2018 lägen nicht vor. Die Möglichkeit dieser Verweigerung laufe den Grundsätzen des Vergaberechts zuwider.5.1 Zur Rechtswidrigkeit führt der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass Standortunterlagen bei der Auftraggeberin angefordert werden müssten und die Auftraggeberin sich vorbehalte, die Bereitstellung der Standortunterlagen begründet abzulehnen. Dies sei grob diskriminierend. Tatsächlich habe die Auftraggeberin dem Antragsteller die Übermittlung der Standortunterlagen verweigert. Die Auftraggeberin habe es im Fall der Bestandsfestigkeit der Festlegungen der Ausschreibung in der Hand, die Übermittlung der Standortunterlagen mit Hinweis auf dessen fehlende Vorzugsberechtigung abzulehnen. Dadurch werde der Antragsteller unzulässig diskriminiert. Die Voraussetzungen des Paragraph 53, Absatz 3, BVergGKonz 2018 lägen nicht vor. Die Möglichkeit dieser Verweigerung laufe den Grundsätzen des Vergaberechts zuwider.

5.2 Die Einschränkung auf begünstigte Behinderte widerspreche dem Grundsatz eines freien, fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerbs. Der Status der Vorzugsberechtigung sei im Rahmen der Auswahl oder Bewertung der Angebote, jedoch nicht im Rahmen der Eignungsprüfung zu bewerten. Auch die Vergabe einer Tabaktrafik an nicht vorzugsberechtigte Personen sei möglich. Für diese Einschränkung gebe es keine sachliche Rechtfertigung, vielmehr müsste die Auftraggeberin allenfalls soziale Kriterien im Rahmen der Bewertung oder im Leistungsvertrag berücksichtigen. Die Höhe des Finanzierungsnachweises sei nicht nachvollziehbar.

5.3 Der Nachweis entsprechender „persönlicher Fähigkeiten“ durch einen Eignungstest sei nicht vergaberechtskonform. Er entspreche nicht dem Katalog an Eignungsanforderungen des BVergGKonz 2018. Er lasse keine Rückschlüsse zu, ob zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe Eignung vorgelegen sei. Gleiches gelte für die nachträgliche Absolvierung einer „Trafikakademie“.

5.4 Die Ausschreibung verlange eine „Bankbestätigung“ als Nachweis, dass der Bieter über einen Betrag entsprechend dem Kaufpreis samt Nebenkosten verfüge. Es sei unzulässig, einen Bieter zur Übernahme einer bestimmten Trafik zu verpflichten. Die Anforderungen seien unverhältnismäßig und widersprüchen den Zielsetzungen des TabMG, Behinderten eine Lebensstellung zu verschaffen. Es sei vergaberechtswidrig, den Bietern die Kosten für die Erstellung des Bewertungsgutachtens aufzuerlegen.

5.5 Die „einschlägige Berufserfahrung“ mit 50 % als Zuschlagskriterium zu gewichten sei keinesfalls ein auftrags-, sondern offenkundig ein unternehmensbezogenes Kriterium. Dies beschränke die Möglichkeit von Bietern, die nicht über fünf Jahre Berufserfahrung verfügten, eine Trafik zu bekommen. Es sei keine sachliche Rechtfertigung für dieses diskriminierende Zuschlagskriterium ersichtlich.

5.6 Die Laufzeit der Konzession könne kein Zuschlagskriterium darstellen. Die Laufzeit der Konzession dürfe jenen Zeitraum nicht überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionär nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb bzw die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital wieder erwirtschaften könne. Bei dieser Berechnung seien die zur Verwirklichung der konkreten Vertragsziele notwendigen Investitionen zu berücksichtigen. Durch die – allerdings unbestimmte – zeitliche Befristung mit dem Lebensalter des Zuschlagsempfängers sei dies betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Die Auftraggeberin habe gegen § 13 Abs 1 BVergGKonz 2018 verstoßen.

5.6 Die Laufzeit der Konzession könne kein Zuschlagskriterium darstellen. Die Laufzeit der Konzession dürfe jenen Zeitraum nicht überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionär nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb bzw die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital wieder erwirtschaften könne. Bei dieser Berechnung seien die zur Verwirklichung der konkreten Vertragsziele notwendigen Investitionen zu berücksichtigen. Durch die – allerdings unbestimmte – zeitliche Befristung mit dem Lebensalter des Zuschlagsempfängers sei dies betriebswirtschaftlich nicht nachvollziehbar. Die Auftraggeberin habe gegen Paragraph 13, Absatz eins, BVergGKonz 2018 verstoßen.

5.7 Die Unzulässigkeit von Angeboten von Bietergemeinschaften und der Vergabe von Leistungsteilen an Subunternehmer sei sachlich nicht gerechtfertigt. Die sozialpolitischen Ziele würden dadurch nicht beeinträchtigt.

5.8 Die Möglichkeit der nachträglichen einseitigen Änderung des Konzessionsvertrags stehe in Widerspruch zu § 108 BVergGKonz 2018.

5.8 Die Möglichkeit der nachträglichen einseitigen Änderung des Konzessionsvertrags stehe in Widerspruch zu Paragraph 108, BVergGKonz 2018.

6. Mit Schriftsatz vom 1. September 2022 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass der „Fortführungsantrag“ als unzulässig zurückzuweisen sei, weil das Nachprüfungsverfahren abgeschlossen sei, der Antragsteller eine Beschwerde und eine Revision eingebracht habe, der Verwaltungsgerichtshof ein – bis zu diesem Zeitpunkt noch nicht stattgefundenes – Vorverfahren zu führen habe, das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts nicht aufgehoben und damit rechtskräftig sei, die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen für einen Fortführungsantrag nicht erfüllt seien und der Fortführungsantrag im gegenständlichen Verfahrensstadium schlichtweg unzulässig sei. Der Antragsteller gebe selbst zu, dass er die gegenständlichen Anträge lediglich „vorsichtshalber“ einbringen. Es handle sich um eine res judicata. Die Auftraggeberin beantrag die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge des so genannten „Fortführungsantrags“ vom 11. August 2022, verweist auf ihr bisheriges Vorbringen und stellte den Gegenantrag auf Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte.

7. Mit Schriftsatz vom 20. September 2022 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin führt er im Wesentlichen aus, dass unter Verweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs auch während eines laufenden Verfahrens vor dem Verfassungs- oder Verwaltungsgerichtshof die Möglichkeit bestehe, einen Fortführungsantrag zu stellen. Die Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts sei noch nicht erledigt, die Auftraggeberin habe die Konzession abgeschlossen. Im Fall einer Aufhebung des Erkenntnisses bestehe die Möglichkeit der Fortführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren auf Antrag. Ein Fortführungsantrag sei binnen sechs Wochen ab

Kenntnis des Antragstellers, spätestens jedoch innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten nach der Zuschlagserteilung einzubringen. Dies seit der 15. Oktober 2022, weil er am 15. April 2022 von dem Abschluss der Konzession erfahren habe. Ein danach eingebrachter Feststellungsantrag sei verfristet. Um den Rechtsschutz zu wahren, sei daher der Fortsetzungsantrag notwendig.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogenrömisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen

1.1 Die Monopolverwaltung GmbH schrieb unter der Bezeichnung „Konzession Tabakfachgeschäft Trillergasse 4, 1210 Wien, Referenznummer 001.1210.0084.“ die Vergabe einer Dienstleistungskonzession mit dem CPV-Code 55900000-9 „Einzelhandelsdienste“ in einem einstufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ohne Verhandlungen gemäß BVergGKonz 2018 nach dem Bestangebotsprinzip aus. Der geschätzte Auftragswert betrug ebenso wie der zugeschlagene Auftragswert € 83.492.281 ohne USt. Die Bekanntmachung der Ausschreibung erfolgte in Österreich per Kerndaten und war erstmals am 24. November 2021 verfügbar. Unionsweit wurde die Bekanntmachung der Ausschreibung am 22. November 2021 abgesandt und am 26. November 2021 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union zur Zahl 2021/S 230-607236 veröffentlicht. Die Angebotsfrist in der Fassung der dem Nachprüfungsantrag beigelegten Ausschreibung endete am 10. Jänner 2022. Mit der ersten Berichtigung beschrieb die Auftraggeberin die Zusammensetzung und den Ablauf des Eignungstests und ergänzte die Regelungen in Punkt 6.5 „Technische Leistungsfähigkeit – Persönliche Fähigkeiten“ der Ausschreibungsbedingungen. Die zweite Berichtigung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 10. Jänner 2022, 2022/S 6-12936, abgesandt am 5. Jänner 2022 veröffentlicht. Darin verlängerte die Auftraggeberin die Angebotsfrist auf 12. Jänner 2022, 12.00 Uhr, und wies auf mögliche Verzögerungen im Vergabeverfahren wegen des laufenden Nachprüfungsverfahrens hin. Die dritte Berichtigung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 14. Jänner 2022, 2022/S 10-22378, abgesandt am 11. Jänner 2022, veröffentlicht. Darin verlängerte die Auftraggeberin die Angebotsfrist auf 14. Jänner 2022, 12.00 Uhr, und wies auf mögliche Verzögerungen im Vergabeverfahren wegen des laufenden Nachprüfungsverfahrens hin. Die vierte Berichtigung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 18. Jänner 2022, 2022/S 012-027995, abgesandt am 13. Jänner 2022, veröffentlicht. Darin verlängerte die Auftraggeberin die Angebotsfrist auf 15. Februar 2022, 12.00 Uhr, und wies auf mögliche Verzögerungen im Vergabeverfahren wegen des laufenden Nachprüfungsverfahrens hin (Unterlagen des Vergabeverfahrens).

1.2 Die Auftraggeberin schloss die Konzession am 28. März 2022 ab. (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 15. April 2022 zur Zahl 2022/S 075-205950)

1.3 Die Auftraggeberin veröffentlichte den Abschluss der Konzession im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 15. April 2022 zur Zahl 2022/S 075-205950. (Beilage ./2 zum Fortführungsantrag vom 10. August 2022, OZ 33).

2. Beweiswürdigung

2.1 Bei der Veröffentlichung des Abschlusses der Konzession im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union handelt es sich um ein öffentlich zugängliches Dokument.

2.2 Das Bundesverwaltungsgericht hat im Übrigen Beweis durch Einsicht in die vorgelegte Kopie des elektronischen Aktes der Auftraggeberin, durch Einsicht in den elektronischen Vergabeakt der Auftraggeberin im Wege des Online Zugangs, durch Einsicht in öffentliche Register wie ted.europa.eu und data.gv.at, durch Einsicht in die vorgelegten Unterlagen und Aussagen in der mündlichen Verhandlung erhoben. Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes (Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG), BGBl I 2013/10 idF BGBl I 2023/77, lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Organisation des Bundesverwaltungsgerichtes

(Bundesverwaltungsgerichtsgesetz – BVwGG), BGBl. römisch eins 2013/10 in der Fassung BGBl. römisch eins 2023/77, lauten:

„Einzelrichter

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

3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. I 2013/33 idF BGBl. I 2023/88, lauten:3.1.2 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über das Verfahren der Verwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG), BGBl. römisch eins 2013/33 in der Fassung BGBl. römisch eins 2023/88, lauten:

„Erkenntnisse

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

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

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder
2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.(2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn, 1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder, 2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ...“

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.Paragraph 31, (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) ...

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5, § 30, § 38a Abs. 3 und § 50 Abs. 3 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.“(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5, Paragraph 30,, Paragraph 38 a, Absatz 3 und Paragraph 50, Absatz 3, sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.“

3.1.3 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl. I 2018/65 idF BGBl. I 2018/100, lauten:3.1.3 Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 – BVergGKonz 2018), BGBl. römisch eins 2018/65 in der Fassung BGBl. römisch eins 2018/100, lauten:

„Anwendbarkeit von Bestimmungen des BVergG 2018

§ 76. Das 1. Hauptstück des 4. Teiles des BVergG 2018 gilt auch für Rechtsschutzverfahren gemäß diesem Bundesgesetz.Paragraph 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.Paragraph 77,

Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz – VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. 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. Paragraph 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 Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;
2. in einem Verfahren gemäß Z 1 und 4 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;
3. ...
4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde;
5. ... (3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig, 1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;, 2. in einem Verfahren gemäß Ziffer eins und 4 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;, 3. ..., 4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung erteilt wurde;, 5. ...

Mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht

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

1. der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, oder
2. das Bundesverwaltungsgericht einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss oder eine einstweilige Verfügung zu erlassen hat, oder
3. bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist. Paragraph 83, (1) Soweit dem weder Artikel 6, der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, Bundesgesetzblatt Nr. 210 aus 1958,, noch Artikel 47, der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. Nr. C 83 vom 30.03.2010 S. 389, entgegenstehen, kann die Verhandlung ungeachtet eines Parteienantrages entfallen, wenn, 1. der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist, oder, 2. das Bundesverwaltungsgericht einen sonstigen verfahrensrechtlichen Beschluss oder eine einstweilige Verfügung zu erlassen hat, oder, 3. bereits aufgrund der Aktenlage feststeht, dass dem verfahrenseinleitenden Antrag stattzugeben oder dass er abzuweisen ist.

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

...

Einleitung des Verfahrens

§ 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. ...
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. ...Paragraph 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. ..., 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 Antragsteller 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 Antragsteller 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. Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen gemäß Paragraph 78, Absatz 3, Ziffer eins, 3 und 4 beantragen. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Ziffer eins, 3 und 4 kann der Auftraggeber die Feststellung beantragen, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte. Bei einem Antrag auf Feststellung gemäß Ziffer 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) ...

(4) Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Konzessionsvergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Dies gilt auch, wenn

1. ein Beschluss oder Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vom Verfassungsgerichtshof oder vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde und vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Konzessionsvergabeverfahren widerrufen worden ist, oder
2. ... (4) Wird während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens der Zuschlag erteilt oder das Konzessionsvergabeverfahren widerrufen, ist das Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht auf Antrag des Unternehmers, der den Nachprüfungsantrag gestellt hat, als Feststellungsverfahren weiterzuführen. Dies gilt auch, wenn, 1. ein Beschluss oder Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes über den Antrag auf Nichtigerklärung einer Auftraggeberentscheidung vom Verfassungsgerichtshof oder vom Verwaltungsgerichtshof aufgehoben wurde und vor der Entscheidung des Verfassungsgerichtshofes oder des Verwaltungsgerichtshofes der Zuschlag erteilt oder das Konzessionsvergabeverfahren widerrufen worden ist, oder, 2. ...

Bis zur Stellung eines Antrages gemäß dem ersten Satz ruht das Verfahren. Ein solcher Antrag ist binnen sechs Wochen ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag bzw. vom Widerruf Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können, längstens jedoch innerhalb eines Zeitraumes von sechs Monaten, nachdem der Zuschlag erteilt oder das Konzessionsvergabeverfahren widerrufen wurde. Die Zeit eines Verfahrens vor dem

Verfassungsgerichtshof oder vor dem Verwaltungsgerichtshof ist in die Frist nicht einzurechnen. Wird bis zum Ablauf der Frist kein Antrag im Sinne dieses Absatzes gestellt, ist das Verfahren formlos einzustellen.“

3.1.4 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl I 2018/65 idF BGBl II 2019/91, lauten: 3.1.4 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2018 – BVergG 2018), BGBl römisch eins 2018/65 in der Fassung BGBl römisch zwei 2019/91, lauten:

„Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 327. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 327, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 328. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 328, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 327,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten.

(2) ...“

3.2 Zu Spruchpunkt A) – Zurückweisung der Anträge

3.2.1 Der Antragsteller beantragt die Fortsetzung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren, weil die Auftraggeberin die Konzession bereits vergeben hat und diesen Umstand am 15. April 2022 bekannt gemacht hat.

3.2.2 Der Tatbestand des § 97 Abs 4 erster Satz BVergGKonz 2018 setzt den Abschluss des Konzessionsvergabeverfahrens durch die Zuschlagserteilung oder den Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens (zB VwGH 5. 3. 2021, Ra 2018/04/0094, Rn 20; VwGH 8. 9. 2021, Ra 2019/04/0079, Rn 25) während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens voraus, um einen Antrag auf Fortführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren beantragen zu können. Im vorliegenden Fall war das Nachprüfungsverfahren am 10. Februar 2022 beendet und damit bereits abgeschlossen, als die Auftraggeberin am 28. März 2022 den Zuschlag erteilte. Damit ist das Tatbestandsmerkmal des anhängigen Nachprüfungsverfahrens nicht erfüllt. 3.2.2 Der Tatbestand des Paragraph 97, Absatz 4, erster Satz BVergGKonz 2018 setzt den Abschluss des Konzessionsvergabeverfahrens durch die Zuschlagserteilung oder den Widerruf des Konzessionsvergabeverfahrens (zB VwGH 5. 3. 2021, Ra 2018/04/0094, Rn 20; VwGH 8. 9. 2021, Ra 2019/04/0079, Rn 25) während eines anhängigen Nachprüfungsverfahrens voraus, um einen Antrag auf Fortführung des Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren beantragen zu können. Im vorliegenden Fall war das Nachprüfungsverfahren am 10. Februar 2022 beendet und damit bereits abgeschlossen, als die Auftraggeberin am 28. März 2022 den Zuschlag erteilte. Damit ist das Tatbestandsmerkmal des anhängigen Nachprüfungsverfahrens nicht erfüllt.

3.2.3 Der Antragsteller beruft sich auf § 97 Abs 4 Z 1 BVergGKonz 2018, der sich auf die Fortsetzung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren nach der Aufhebung einer das Nachprüfungsverfahren abschließenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts durch den Verfassungsgerichtshof oder den Verwaltungsgerichtshof bezieht. Allerdings hat auch dieser Tatbestand zwei Elemente, die kumulativ erfüllt sein müssen, was sich aus dem Wort „und“ ergibt, das die beiden Tatbestandselemente verbindet. Einerseits müssen der Verfassungs- oder der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben haben (VwGH 29. 11. 2017, Ra 2017/04/0075, Rn 16). Dieses Element ist im Moment nicht erfüllt, weil der

Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerde gegen das angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts abgelehnt hat und damit das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beendet ist, sowie andererseits das Verfahren über die Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts noch anhängig ist. Damit ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts noch aufrecht und das Nachprüfungsverfahren weiterhin abgeschlossen. Dass das zweite Tatbestandselement, die Zuschlagserteilung, erfüllt ist, genügt alleine nicht, um die Voraussetzungen des § 97 Abs 4 Z 1 BVergGKonz 2018 zu erfüllen. Auch findet der Verweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 22. 11. 2011, 2011/04/0143) keine Deckung im anzuwendenden BVergGKonz 2018 und erging zu einem anderen Gesetz, sodass sie auch nicht übertragbar ist.

3.2.3 Der Antragsteller beruft sich auf Paragraph 97, Absatz 4, Ziffer eins, BVergGKonz 2018, der sich auf die Fortsetzung eines Nachprüfungsverfahrens als Feststellungsverfahren nach der Aufhebung einer das Nachprüfungsverfahren abschließenden Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts durch den Verfassungsgerichtshof oder den Verwaltungsgerichtshof bezieht. Allerdings hat auch dieser Tatbestand zwei Elemente, die kumulativ erfüllt sein müssen, was sich aus dem Wort „und“ ergibt, das die beiden Tatbestandselemente verbindet. Einerseits müssen der Verfassungs- oder der Verwaltungsgerichtshof die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts aufgehoben haben (VwGH 29. 11. 2017, Ra 2017/04/0075, Rn 16). Dieses Element ist im Moment nicht erfüllt, weil der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der Beschwerde gegen das angefochtene Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts abgelehnt hat und damit das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof beendet ist, sowie andererseits das Verfahren über die Revision gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts noch anhängig ist. Damit ist die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts noch aufrecht und das Nachprüfungsverfahren weiterhin abgeschlossen. Dass das zweite Tatbestandselement, die Zuschlagserteilung, erfüllt ist, genügt alleine nicht, um die Voraussetzungen des Paragraph 97, Absatz 4, Ziffer eins, BVergGKonz 2018 zu erfüllen. Auch findet der Verweis auf die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs (VwGH 22. 11. 2011, 2011/04/0143) keine Deckung im anzuwendenden BVergGKonz 2018 und erging zu einem anderen Gesetz, sodass sie auch nicht übertragbar ist.

3.2.4 Ergänzend ist auszuführen, dass der Antragsteller nach eigenen Angaben am 15. April 2022 Kenntnis von der Zuschlagserteilung am 28. März 2022 erhielt. Das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof war mit der Ablehnung der Behandlung der Beschwerde, die die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs über die Beschwerde darstellt, nicht mit der Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof beendet. Bis 14. Juni 2022 war das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof anhängig, sodass die Frist des § 97 Abs 4 Schlussabsatz BVergGKonz 2018 erst dann zu laufen begann. Die sechswöchige Frist des § 97 Abs 4 BVergGKonz 2018 zur Stellung eines Fortsetzungsantrags endete daher am 26. Juli 2022. Bei einer Zustellung am 24. Juni 2022 endete die Frist am 5. August 2022. Daher ist der Fortsetzungsantrag aus diesem Grund auch verspätet.

3.2.4 Ergänzend ist auszuführen, dass der Antragsteller nach eigenen Angaben am 15. April 2022 Kenntnis von der Zuschlagserteilung am 28. März 2022 erhielt. Das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof war mit der Ablehnung der Behandlung der Beschwerde, die die Entscheidung des Verfassungsgerichtshofs über die Beschwerde darstellt, nicht mit der Abtretung der Beschwerde an den Verwaltungsgerichtshof beendet. Bis 14. Juni 2022 war das Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof anhängig, sodass die Frist des Paragraph 97, Absatz 4, Schlussabsatz BVergGKonz 2018 erst dann zu laufen begann. Die sechswöchige Frist des Paragraph 97, Absatz 4, BVergGKonz 2018 zur Stellung eines Fortsetzungsantrags endete daher am 26. Juli 2022. Bei einer Zustellung am 24. Juni 2022 endete die Frist am 5. August 2022. Daher ist der Fortsetzungsantrag aus diesem Grund auch verspätet.

3.3 Zu Spruchpunkt B) – Unzulässigkeit der Revision

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

3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen

keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. 3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

3.3.3 Die zu lösende Rechtsfrage besteht in einer einfachen Auslegung des Gesetzes. Überdies kann sie sich auf die unter 3.2 dieses Beschlusses zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung berufen.

Schlagworte

Anhängigkeit Fortführungsantrag Konzession Nachprüfungsverfahren Revision Tabaktrafik Vergabeverfahren
Voraussetzungen VwGH Zuschlagserteilung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2023:W187.2250142.2.00

Im RIS seit

18.12.2023

Zuletzt aktualisiert am

18.12.2023

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at