jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Beschluss 2020/6/12 W120 2229586-1

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 12.06.2020

Entscheidungsdatum

12.06.2020

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergGKonz 2018 §1
BVergGKonz 2018 §11
BVergGKonz 2018 §12
BVergGKonz 2018 §13
BVergGKonz 2018 §14
BVergGKonz 2018 §2
BVergGKonz 2018 §22 Abs3
BVergGKonz 2018 §28
BVergGKonz 2018 §31
BVergGKonz 2018 §33
BVergGKonz 2018 §34
BVergGKonz 2018 §35
BVergGKonz 2018 §36
BVergGKonz 2018 §4
BVergGKonz 2018 §6
BVergGKonz 2018 §78 Abs3 Z3
BVergGKonz 2018 §78 Abs3 Z4
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z13
BVergGKonz 2018 §8 Abs1 Z31
BVergGKonz 2018 §81
BVergGKonz 2018 §83 Abs1 Z1
BVergGKonz 2018 §83 Abs1 Z3
BVergGKonz 2018 §85
BVergGKonz 2018 §97 Abs1
B-VG Art133 Abs4
B-VG Art133 Abs9
TabMG 1996 §1

TabMG 1996 §13
TabMG 1996 §14
TabMG 1996 §23
TabMG 1996 §25
TabMG 1996 §29
TabMG 1996 §30
TabMG 1996 §32
TabMG 1996 §33
TabMG 1996 §34
TabMG 1996 §35 Abs1
TabMG 1996 §36
TabMG 1996 §5
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W120 2229586-1/14E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Dr. Christian Eisner als Vorsitzenden, Mag. Jirina Rady als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Annemarie Mille als fachkundige Laienrichterin der Auftragnehmerseite über den Feststellungsantrag und die damit zusammenhängenden Anträge von XXXX in XXXX , vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH in 1010 Wien, betreffend die "Besetzung einer Tabaktrafik/Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik XXXX , XXXX " durch die XXXX in XXXX , vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, beschlossen:

A)

Die Anträge,

I. "gem. § 97 Abs 1 Z 2 BVergGKonz festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer XXXX , ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war",

II. "gem. § 97 Abs 1 Z 3 BVergGKonz festzustellen, dass die Zuschlagserteilung eines Bestellungsvertrags gem. TabMG ab 1.11.2019 bezüglich der Trafik mit der Standortnummer XXXX , an XXXX ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" und

III. "gem. § 100 Abs 2 BVergGKonz den Bestellungsvertrag der Antragsgegnerin mit XXXX für absolut nichtig zu erklären; und gem. § 100 Abs 9 BVergGKonz eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen,"

werden als unzulässig zurückgewiesen.

B)

Die ordentliche Revision ist zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:

1. Mit Schriftsatz vom 12. bzw. 13.03.2020 stellte der Antragsteller das im Spruch ersichtliche Begehren und brachte im Wesentlichen vor:

1.1. Die Antragsgegnerin habe in der Kundmachung vom 12.03.2018 gemäß TabMG 1996 ua die Bestellung zum Tabaktrafikanten für die Trafik in XXXX mit der Standortnummer XXXX öffentlich ausgeschrieben.

Der Antragsteller habe am vorangegangenen Vergabeverfahren, das laut Auskunft des Bundesministers für Finanzen vom 07.11.2018, zugestellt am 28.11.2018, widerrufen worden sei, teilgenommen. Zwischenzeitig sei für diesen Standort eine Bestellung ohne öffentliche Bekanntmachung des Vergabeverfahrens an diesem Standort erfolgt.

Der Antragsteller habe vor dem Bundesverwaltungsgericht einen Feststellungsantrag eingebracht, der dort zu W187 2219311-1 protokolliert worden sei. In diesem Feststellungsverfahren habe die Antragsgegnerin einen "temporären Bestellungsvertrag" mit einer Laufzeit vom 01.11.2018 bis zum 31.10.2019 vorgelegt.

In einer Besprechung am 01.10.2019 habe der Geschäftsführer der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller mündlich bekanntgegeben, dass bereits ein (bestimmter und namentlich bekannter, jedoch gegenüber dem Antragsteller nicht genannter) Bewerber einen Bestellungsvertrag ab dem 01.11.2019 erhalten werde. Der Antragsteller habe diese mündliche Äußerung als Zuschlagsentscheidung mit Nachprüfungsantrag vom 15.10.2019 zu W120 2224405-2 bekämpft. Dieser Nachprüfungsantrag sei vom Bundesverwaltungsgericht mit Beschluss vom 29.10.2019 ohne Gewährung von Parteiengehör zurückgewiesen worden.

Die nachträgliche Einsicht in den Vergabeakt der Antragsgegnerin habe ergeben, dass die Antragsgegnerin nun neuerlich ohne Ausschreibung, Berücksichtigung des Antragstellers als Bewerber und Bekanntgabe der Zuschlagserteilung entsprechend den Formvorschriften des BVergGKonz 2018 mit Wirksamkeit vom 01.11.2019 einen neuen Konzessionsvertrag abgeschlossen habe. Dieser sei bis zum 31.03.2020 gelaufen. Es werde daher beantragt:

"? die Feststellung, dass das Vergabeverfahren zur Vergabe der Tabaktrafik vom 01.11.2019 bis 31.03.2020 rechtswidrigerweise ohne die gebotene vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde;

? die Nichtigerklärung des rechtswidrig vergebenen Bestellungsvertrags mit Laufzeit vom 01.11.2019 bis 31.03.2020, sowie

? die Verhängung einer wirksamen, angemessenen und abschreckenden Geldbuße gegen die Antragsgegnerin."

1.2. Der Antragsteller begründe seine Anträge folgendermaßen:

Der Antragsteller, der regelmäßig an Vergabeverfahren betreffend Dienstleistungskonzessionen der Antragsgegnerin teilnehme und auch an den vorangegangenen Vergabeverfahren betreffend die hier gegenständliche Dienstleistungskonzession teilgenommen habe, sei durch die rechtswidrige Vergabe unter Missachtung der Bekanntmachungsvorschriften in seinem Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren und auf ein faires und diskriminierungsfreies Vergabeverfahren verletzt.

1.2.1. Zu den schwerwiegenden Verstößen gegen das TabMG 1996

Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, Bewerber gemäß § 32 oder 33 TabMG 1996 durch ein faires und diskriminierungsfreies Verfahren zu bestimmen. Sämtliche Beschaffungsvorgänge der Antragsgegnerin müssten - auch nach dem TabMG 1996, dem durch das BVergGKonz 2018 in vielen Bestimmungen derogiert worden sei - öffentlich ausgeschrieben werden (§ 25 TabMG 1996).

Die Antragsgegnerin wäre nach dem TabMG 1996 verpflichtet, Bestellungsverträge auf unbestimmte Zeit abzuschließen, es sei denn, es stünde im Voraus fest, dass die Tabaktrafik nur innerhalb eines bestimmten Zeitraums oder als Schulungstrafik betrieben werden solle (§ 34 Abs 2 TabMG 1996).

Wenn die Antragsgegnerin nun, wie sie es regelmäßig vorgebe, die Bestimmungen des TabMG 1996 einhalten wolle, dürfe sie die gegenständliche Trafik nicht ohne Ausschreibung gemäß TabMG 1996 und neuerlich "temporär" vergeben.

Der Vollständigkeit halber weise der Antragsteller darauf hin, dass ungeachtet der "Stückelung" des Bestellungsvertrages an die mitbeteiligte Partei eine Vergabe im Oberschwellenbereich vorliege: Bei der Schätzung des Auftragswertes seien der Gesamtwert aller Optionen und Verlängerungen eines Vertrages einzuberechnen (§ 12 Abs 4 Z 1 BVergGKonz 2018). Auch im Fall einer "Losvergabe" müssten sämtliche Lose zusammengerechnet werden und der kumulierte Gesamtwert der Lose sei für die Beurteilung maßgeblich (§ 12 Abs 5 BVergGKonz 2018).

Aufgrund der Akteneinsicht im Zuge des Nachprüfungsverfahrens zu W120 2224405-2 zum gegenständlichen Beschaffungsvorgang habe sich ergeben, dass die Antragsgegnerin (ausschließlich) eine Bewerberin zum Abschluss eines neuen "temporären" Bestellungsvertrages eingeladen habe. Gleichzeitig habe die Antragsgegnerin versucht, die Bewerberin zu einer Einigung mit rechtlich völlig Unbeteiligten zu drängen.

Die Antragsgegnerin dürfe Bestellungsverträge jedenfalls nur nach einem ordentlichen Verfahren gemäß § 32 oder 33 TabMG 1996 vergeben (siehe § 34 Abs 1 TabMG 1996). Selbst wenn man für den gegenständlichen

Beschaffungsvorgang - was rechtlich ausgeschlossen sei - ausschließlich das TabMG 1996 und nicht das BVergGKonz 2018 zur Beurteilung heranziehe, sei dieser Beschaffungsvorgang grob rechtswidrig. Die Antragsgegnerin sei im gegenständlichen Fall mit der Konzession über die Tabaktrafik verfahren, als handle es sich um eine Erbpacht Dritter, obwohl der Bestellungsvertrag nach dem Tod erloschen sei (§ 35 Abs 1 Z 1 TabMG 1996).

Jede Art von Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäftes und die Einräumung von Gewinnbeteiligungen an einem Tabakfachgeschäft seien verboten.

Diese Konstruktion verstoße eindeutig gegen § 36 Abs 6 TabMG 1996.

XXXX führe im Übrigen gleichzeitig zwei Trafiken, und zwar die hier gegenständliche und eine weitere. Sie verstoße damit - mit Wissen und Billigung der Antragsgegnerin - gegen die Verpflichtung zur persönlichen Führung der ihr zugewiesenen Tabaktrafik (§ 36 Abs 2 TabMG 1996). Ihr Angebot wäre daher unter der gebotenen Beachtung des TabMG 1996 nicht zu berücksichtigen gewesen bzw. es hätte von Vornherein kein Bestellungsvertrag mit ihr abgeschlossen werden dürfen. Durch die Vergabe an XXXX bzw. den Abschluss eines Bestellungsvertrages mit XXXX verstoße die Antragsgegnerin gegen zwingende monopolrechtliche Vorschriften. Auch aus diesen Gründen sei der neuerliche Abschluss eines Bestellungsvertrages/die Verlängerung des Bestellungsvertrages mit XXXX rechtswidrig.

1.2.2. Zur grundsätzlichen Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018

Der Kleinhandel mit Tabakerzeugnissen sei in Österreich den Trafikanten vorbehalten (§ 5 Abs 2 TabMG 1996). Die Antragsgegnerin sei gemäß § 25 TabMG 1996 verpflichtet, Tabaktrafiken öffentlich auszuschreiben. Gegenstand der Ausschreibung und des daran anschließenden Vergabeverfahrens sei die Bestellung zum Tabaktrafikanten für eine bestimmte Tabaktrafik, dh für einen bestimmten Standort (§ 25 Abs 1 TabMG 1996).

Die Vergabe einer Tabaktrafik sei als Dienstleistungskonzession im Sinne des § 6 BVergGKonz 2018 zu qualifizieren. Dienstleistungskonzessionen seien entgeltliche Verträge, mit denen ein Auftraggeber einen Unternehmer mit der Erbringung und der Durchführung von Dienstleistungen (Verkauf von Tabakwaren) betraue, wobei die Gegenleistung im Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen bestehe.

Die Antragsgegnerin sei verpflichtet, die flächendeckende Nahversorgung der Bevölkerung mit Tabakwaren zu gewährleisten. Zudem hätten die Organisation des Tabakmonopols und die Vergabe von Konzessionen an Tabaktrafikanten auch gesundheits- und jugendschutzpolitische Gründe. Die Bundesregierung selbst habe darauf hingewiesen, dass (nur) durch Trafikanten als Fachhändler eine taugliche Kontrolle der (Nicht-)Abgabe von Tabakerzeugnissen an Jugendliche möglich sei. Tabaktrafikanten seien aufgrund des Regimes der Monopolverwaltung leichter zu kontrollieren als Gewerbeberechtigte. Zudem diene das Trafiksystem der Sicherung des Steueraufkommens und der Hintanhaltung von Steuerhinterziehung. Ferner seien die Trafikanten besonders geschult und mit strengen gesetzlichen und vertraglichen Verpflichtungen zu Einzelhändlern bestellt.

Im TabMG 1996 selbst sei an mehreren Stellen vom Versorgungsauftrag der einzelnen Trafikanten die Rede: Diese müssten die Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen gewährleisten bzw. in ausreichender Zahl bestellt werden, um diese zu gewährleisten (§ 14 TabMG 1996). Das TabMG 1996 spreche vom Monopolinteresse an der Nahversorgung mit Tabakwaren (§ 36 Abs 1 TabMG 1996). Das TabMG 1996 enthalte ein strenges Reglement über Rechte und Pflichten der Tabaktrafikanten. So müssten diese "die Nachfrage nach Tabakerzeugnissen an ihrem Geschäftsstandort jeweils bestmöglich befriedigen" (§ 36 Abs 2 TabMG 1996). Die Trafiklokale müssten bestimmte Anforderungen an die Ausstattung erfüllen (§ 37 TabMG 1996). Der Inhalt des Bestellungsvertrages zwischen dem Trafikanten und der Antragsgegnerin sei gesetzlich geregelt, wobei den Trafikanten eine Betriebspflicht bzw. eine Verpflichtung zur Einhaltung der vorgegebenen Öffnungszeiten treffe (§ 34 TabMG 1996).

Mit dem Vertrieb von Tabakwaren über Tabaktrafiken seien vom Gesetzgeber die Einnahmenerzielung, die Sicherung der Erhebung von Steuern auf Tabakwaren als "besonders hoch versteuerte Produkte", sozialpolitische Ziele sowie die flächendeckende Nahversorgung mit Tabakwaren intendiert. Auch die Nahversorgung von "sonstigen wichtigen Waren und Dienstleistungen wie zB Zeitungen, Stempelmarken, Postwertzeichen" oder die Funktion der Trafiken als "Toto-Lottoannahmestellen" sei vom Gesetzgeber für die restriktive Regelung des Marktzuganges bzw. die Einrichtung des Monopols als Rechtfertigung herangezogen worden. Zudem seien gesundheitspolitische Überlegungen für das Einzelhandelsmonopol ins Treffen zu führen, zB die leichtere Kontrolle von Maßnahmen wie der Kennzeichnung gesundheitsschädlicher Tabakwaren.

Mit anderen Worten: Das Trafikensystem bzw. die Bestellung von Trafikanten mittels eines Bestellungsvertrages, der alle Rechte und Pflichten der Trafikanten detailliert regle, sehe Verpflichtungen der Trafikanten vor, die weit über die Verpflichtungen bzw. Berufsausübungsregeln der Gemischtwarenhändler, Rauchfangkehrer oder ähnlicher Berufsgruppen hinausgehen würden.

Der Verfassungsgerichtshof habe ausdrücklich festgehalten, dass mit dem System der Tabaktrafiken vom Gesetzgeber gerade die flächendeckende Nahversorgung mit Tabakwaren intendiert sei. Auch anerkannt seien die gesundheits- und jugendschutzpolitischen Zielsetzungen der Monopolverwaltung, die durch das Trafikensystem und die vertraglichen Verpflichtungen der Trafikanten im Bestellungsvertrag umgesetzt werden würden.

Da der Staat aus unterschiedlichen Motiven (Sicherung der Einhebung der Tabaksteuer, Jugendschutz, Gesundheitsschutz) ein Trafikensystem eingerichtet habe und sich selbst mit dem TabMG 1996 verpflichtet habe, die Nahversorgung mit Tabak für die Bevölkerung zu gewährleisten, könne nicht davon die Rede seien, dass die Bestellungsverträge "unentgeltlich" wären und lediglich eine Ermächtigung zum Vertrieb von Tabakwaren darstellen würden. Tatsächlich nehme die Monopolverwaltung mittels der Vergabe von Bestellungsverträgen direkt und konkret Einfluss auf die Besetzung der Trafiken und regle damit den Marktzutritt ausschließlich und restriktiv. Mittels der Bestellungsverträge würden die öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen der Trafikanten spezifiziert und umgesetzt werden. Dies zeige sich etwa daran, dass an stark frequentierten Orten wie Flughäfen und Bahnhöfen die im Bestellungsvertrag vertraglich festgesetzten Öffnungszeiten über jene der kleinen Trafiken (weit) hinausgehen würden. Den Trafiken würden somit Verpflichtungen im Sinne von Aufgaben/Zielsetzungen im öffentlichen Interesse auferlegt werden. Es könne daher nicht davon die Rede sein, dass Trafikanten eine "unentgeltliche" Genehmigung/Ermächtigung zum Vertrieb von Tabakwaren innehätten, für die sie keinerlei Gegenleistungen gegenüber der Antragsgegnerin erbringen müssten.

Die Definition der Dienstleistungskonzession im BVergGKonz 2018 sei Art 5 Z 1 lit b der Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlamentes und Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe (im Folgenden KonzV-RL 2014/23/EU) entnommen worden. Der Unionsgesetzgeber unterscheide in den Erwägungsgründen zwischen "Genehmigungen und Lizenzen" einerseits und Konzessionsverträgen andererseits. Für Konzessionsverträge sei charakteristisch, dass diese "wechselseitig bindende Verpflichtungen [enthalten] würden, 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" (Erwägungsgrund 14 KonzV-RL 2014/23/EU).

Im Richtlinienvorschlag zur KonzV-RL 2014/23/EU habe die Kommission den Begriff der Konzession in Abgrenzung zu bloßen Lizenzen oder Genehmigungen festgelegt: Lizenzen oder Genehmigungen seien demnach Berechtigungen ohne Einschränkungen oder Festsetzung von Quoten, die vom öffentlichen Auftraggeber im Fall der Erfüllung vorab festgelegter Kriterien erteilt werden würden.

Bei korrekter rechtlicher Betrachtung sei klar, dass Bestellungsverträge gemäß dem TabMG 1996 zweifelsfrei und genuin als (Dienstleistungs-)Konzessionen zu beurteilen seien. Sollten daran irgendwelche Zweifel bestehen, bestehe selbstverständlich die Möglichkeit, den Gerichtshof der Europäischen Union im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens zur rechtlichen Beurteilung der Bestellungsverträge anzurufen. Die Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nach Maßgabe der einschlägigen unionsrechtlichen Bestimmungen vorherzusehen, sodass tatsächlich eine völlig klare Rechtslage vorliege, bei der sich die Anrufung des Gerichtshofes der Europäischen Union in Wahrheit erübrige.

Die Antragsgegnerin selbst bzw. deren Aufsichtsbehörde hätten dem Antragsteller mitgeteilt, dass die Gewährleistung der Nahversorgung mit Tabakwaren ein wichtiges Monopolinteresse darstelle. Mit dieser Begründung habe es die Antragsgegnerin auch gerechtfertigt, dass nach einem Vergabeverfahren - ohne Widerruf der Ausschreibung - eine intransparente Direktvergabe an den bisherigen Konzessionär erfolgt sei. Dies zeige, welch hohen Stellenwert die Antragsgegnerin einer ununterbrochenen Nahversorgung der Bevölkerung mit Tabakwaren einräume.

Gerade bezüglich des XXXX habe die Antragsgegnerin im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht zu W120 2224405-2 argumentiert, dass "die provisorische Fortführung in Form eines befristeten Vertrages [...] einerseits aus Gründen des dringenden Bedarfs am XXXX gegeben [ist]." Für 22.000 angestellte Mitarbeiter und ein stark steigendes Passagieraufkommen von insgesamt rund 30 Millionen Passagieren jährlich sei der Betrieb der Trafik aus

Versorgungsgründen unbedingt erforderlich. Auch daran sei ersichtlich, dass Tabaktrafikanten eine Aufgabe/Funktion im Interesse der Monopolverwaltung und damit eine Leistung erbringen würden. Darüber hinaus würden sie Entgelte gemäß § 16 Abs 2 TabMG 1996 an die Antragsgegnerin leisten.

Der Handel mit Tabakerzeugnissen sei grundsätzlich den Tabaktrafikanten vorbehalten. Die Bestellung von Tabaktrafikanten sei die gesetzliche Aufgabe der Antragsgegnerin. Anderen als Tabaktrafikanten sei der Handel mit Tabakerzeugnissen verboten. Die konzessionierte Dienstleistung sei somit der Handel mit Tabakerzeugnissen (§ 23 TabMG 1996).

Nach der Konzeption des österreichischen TabMG 1996 finanziere sich die Tätigkeit der Tabaktrafikanten aus dem Verschleiß von Tabakerzeugnissen.

Bei der Vergabe von Konzessionen für den Tabakhandel, dh bei der Besetzung von Trafiken und Bestellung von Tabaktrafikanten, handle es sich nach gefestigter und rezenter Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes und des Verfassungsgerichtshofes um Akte der Privatwirtschaftsverwaltung. Die Vergabe von Konzessionen nach dem TabMG 1996 sei somit nicht als Hoheitsakt der Antragsgegnerin zu qualifizieren. Diese könne sich daher bei ihrer Tätigkeit auch nicht auf die Ausnahmen des § 9 BVergGKonz 2018 vom Anwendungsbereich dieses Gesetzes stützen. Auch keine andere Ausnahme vom Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018, etwa in § 8 BVergGKonz 2018, komme der Antragsgegnerin zugute.

Die Antragsgegnerin habe die einschlägigen anwendbaren Vorschriften des BVergGKonz 2018 im gegenständlichen Vergabeverfahren gröblich missachtet.

Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Erkenntnis vom 18.11.2019, W134 2222370-2/40E, die grundsätzliche Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 für die Vergabe von Bestellungsverträgen bestätigt. Es habe dies ua mit Hinweis auf die erläuternden Bemerkungen zu § 1 BVergGKonz 2018 und die einschlägigen Bestimmungen des TabMG 1996 begründet.

Das Bundesverwaltungsgericht habe richtig festgehalten, dass im Bestellungsvertrag ausführlich Rechte und Pflichten der Vertragsparteien geregelt seien und grundsätzlich wechselseitig bindende Verpflichtungen statuiert werden würden. Diese wechselseitigen Rechte und Pflichten seien auch gerichtlich durchsetzbar; die Vertragsparteien hätten zu diesem Zweck eine eigene Gerichtsstandsvereinbarung getroffen.

Die Antragsgegnerin beziehe von den Tabaktrafikanten ein Entgelt, das in§ 16 TabMG 1996 geregelt und durch Verordnung näher determiniert werde. Im Fall von Rechtsstreitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis, beispielsweise über die Höhe des Entgeltes, könne das zuständige, in der Gerichtsstandsvereinbarung bezeichnete Gericht angerufen werden. Die Antragsgegnerin habe darüber hinaus die Möglichkeit, Sanktionen (Geldbußen) im Fall von Verletzungen des Bestellungsvertrages zu verhängen und diesen sogar zu kündigen, sodass sie Einfluss auf den laufenden Geschäftsbetrieb nehmen könnten.

1.2.3. Verstoß gegen die Verpflichtung zur gemeinschaftsweiten Bekanntmachung

Die Antragsgegnerin habe die gegenständliche Ausschreibung überhaupt nicht, nicht einmal über ihre Webseite www.mvg.at, bekanntgemacht. Sie habe auch kein anderes Publikationsmedium innerhalb der Europäischen Union oder in Österreich verwendet.

Das gegenständliche Vergabeverfahren sei jedenfalls erst nach dem 07.11.2018 eingeleitet worden und falle damit in den zeitlichen Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018. Die Antragsgegnerin hätte das BVergGKonz 2018 und damit auch die Bestimmungen über die Bekanntmachung von Ausschreibungen anwenden müssen.

Der Auftraggeber habe die beabsichtigte Vergabe einer Konzession bekanntzumachen (§ 20 Abs 2 BVergGKonz 2018). Eine Ausnahme von den Bekanntmachungsvorschriften im Sinne des § 22 Abs 3 BVergGKonz 2018 sei im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich. Die gegenständliche Ausschreibung im Oberschwellenbereich sei daher gemäß § 31 BVergGKonz 2018 verpflichtend unionsweit bekannt zu machen. Zusätzlich habe die Bekanntmachung in Österreich unter XXXX durch Bekanntmachung der Kerndaten zu erfolgen.

Die Wahl der Berechnungsmethode bzw. eine willkürliche "Befristung" dürfe nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften über des BVergGKonz 2018 zu umgehen. Insbesondere dürfe eine Konzession nicht so unterteilt werden, dass sie nicht den Vorschriften des BVergGKonz 2018 unterliege (§ 12 Abs 6 BVergGKonz 2018).

Durch die - tatsächlich: freihändige - Vergabe der "befristeten" Konzession ohne Einhaltung des BVergGKonz 2018 verstoße die Antragsgegnerin gegen diese zwingende Vorschrift.

Lediglich der Vollständigkeit halber sei darauf hinzuweisen, dass auch eine Konzessions-vergabe ohne vorherige Bekanntmachung im Unterschwellenbereich nur zulässig gewesen wäre, wenn mehrere Unternehmer an diesem Vergabeverfahren teilnehmen würden (§ 22 Abs 6 BVergGKonz 2018).

Festzuhalten sei, dass die Antragsgegnerin ihrer Verpflichtung zur unionsweiten und österreichweiten Bekanntmachung entsprechend den Formvorschriften des BVergGKonz 2018 nicht nachgekommen sei. Sie habe die gegenständliche Dienstleistungskonzession überhaupt nicht ausgeschrieben, geschweige denn das Vergabeverfahren auf irgendeine Weise publik gemacht. Auch auf ihrer Webseite habe es keine Bekanntmachung oder Ausschreibung bezüglich des gegenständlichen Vergabeverfahrens gegeben.

1.3. Der Antragsteller stelle daher folgende Anträge:

"1. ein Feststellungsverfahren gem. § 78 Abs 3 BVergGKonz durchzuführen und gem. § 83 BVergGKonz eine mündliche Verhandlung anberaumen;

2. dem Antragsteller gem. § 81 BVergGKonz Einsicht in den gesamten Vergabeakt der Antragsgegnerin zu gewähren; weiters

3. gem. § 97 Abs 1 Z 2 BVergGKonz festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer XXXX , XXXX , XXXX , ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;

4. gem. § 97 Abs 1 Z 3 BVergGKonz festzustellen, dass die Zuschlagserteilung eines Bestellungsvertrags gem. TabMG ab 1.11.2019 bezüglich der Trafik mit der Standortnummer XXXX , an XXXX ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war; und

5. gem. § 100 Abs 2 BVergGKonz den Bestellungsvertrag der Antragsgegnerin mit XXXX für absolut nichtig zu erklären; und gem. § 100 Abs 9 BVergGKonz eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen;

sowie jedenfalls

6. die Antragsgegnerin gem. § 85 BVergGKonz zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten."

2. Am 24.03.2020 erstattete die Antragsgegnerin eine Stellungnahme zum Feststellungsantrag und führte im Wesentlichen Folgendes aus:

2.1. Zum Vorliegen von res iudicata

Mit Nachprüfungsantrag vom 15.10.2019 zu W120 2224405-2 habe der Antragsteller bereits exakt den gegenständlichen Sachverhalt - also die damals für den Zeitraum vom 01.11.2019 bis zum 31.03.2020 vorgesehene vorläufige Bestellung einer anderen Bewerberin zur Tabaktrafikantin betreffend den verfahrensgegenständlichen Standort - bekämpft.

Das Bundesverwaltungsgericht habe schließlich entschieden, dass die Anträge zurückzuweisen seien und habe dabei auch darauf hingewiesen, dass das BVergGKonz 2018 auf den Sachverhalt gar nicht erst anzuwenden sei.

Im Vorfeld des oben angeführten Verfahrens zu W120 2224405-2 habe der Antragsteller zudem bereits mit Feststellungsantrag vom 24.05.2019 zu W187 2219311-1 ebenso eine vorangegangene vorläufige Bestellung zur Tabaktrafikantin betreffend den verfahrensgegenständlichen Standort bekämpft. Das Bundesverwaltungsgericht habe auch schon in diesem Verfahren entschieden, dass die Anträge zurückzuweisen gewesen seien und dabei auch darauf hingewiesen, dass das BVergGKonz 2018 auf den Sachverhalt gar nicht erst anzuwenden sei.

Zweifelsohne liege daher im gegenständlichen Fall jedenfalls res iudicata vor:

Der Prozessgegenstand werde auch in Fällen des Vergaberechtes im antragsgebundenen Verfahren durch den Inhalt des Antrags determiniert, wobei zu beachten sei, dass es für die Frage des Inhalts eines Antrags als Prozesshandlung lediglich auf die Erklärung des Willens des Antragstellers ankomme. Durch den Inhalt des Nachprüfungsantrages würden der Prozessgegenstand und die Prüfungsbefugnis bestimmt und abgegrenzt werden.

Identität der Sache liege dann vor, wenn sich gegenüber der früheren Entscheidung weder die Rechtslage noch der

wesentliche Sachverhalt geändert habe und sich das neue Parteibegehren im Wesentlichen mit dem früheren decke. Eben genau dieser Umstand liege nunmehr im gegenständlichen Fall vor, wenn ua bereits im vorangegangenen Verfahren dieselbe (damals beabsichtigte) vorläufige bzw. befristete Bestellung zur Tabaktrafikantin betreffend den vorliegenden Standort am XXXX vom Antragsteller angefochten worden sei.

Nach der eindeutigen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechtes und des Obersten Gerichtshofes ändere die Möglichkeit zur Erhebung einer Revision auch im System nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 nichts an der Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Auch wenn daher im gegenständlichen Fall gegen die damalige Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29.10.2019 zu W120 2224405-2 seitens des Antragstellers Revision erhoben worden sei, habe die Revision gemäß § 30 Abs 1 VwGG keine aufschiebende Wirkung, sodass der damalige Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes in Rechtskraft erwachsen sei.

Die Bindungswirkung sei Ausfluss der materiellen Rechtskraft.

Da der gegenständliche Nachprüfungsantrag denselben Sachverhalt (vorläufige Bestellung einer Tabaktrafikantin betreffend den vorliegenden Standort) betreffe, liege daher hinsichtlich der nunmehr gegenständlichen Nachprüfungsanträge jedenfalls res iudicata vor, weshalb diese daher wegen bereits entschiedener Sache zurückzuweisen seien. Eine neuerliche inhaltliche Entscheidung würde sohin gegen den Grundsatz ne bis in idem verstoßen.

2.2. Die Bestellung von Tabaktrafikanten gemäß TabMG 1996 stelle keine Dienstleistungskonzession im Sinne des BVergGKonz 2018 dar, sondern eine privatrechtliche Ermächtigung.

Ausdrücklich halte die Antragsgegnerin fest, dass im gegenständlichen Fall keine Vergabe gemäß BVergGKonz 2018 vorliege, sondern für den gegenständlichen Standort, auf Grundlage der Bestimmungen des TabMG 1996, eine Tabaktrafikantin im Sinne des § 32 Abs 3 TabMG 1996 für den Zeitraum vom 01.11.2019 bis zum 31.03.2020 vorläufig bzw. befristet bestellt worden sei.

Demgemäß sei auch seitens des Bundesverwaltungsgerichtes bereits mehrfach ausgesprochen worden, dass es sich bei einem Vertrag über eine Bestellung zum Tabaktrafikanten um eine besondere Bewilligung handle, Handel mit den dem Tabakmonopol unterliegenden Waren zu treiben. Sie sei ungeachtet der Rechtsform des privatrechtlichen Vertrages einer Ermächtigung gleichzuhalten. Damit handle es sich bei der Vergabe einer Tabaktrafik nicht um eine Dienstleistungskonzession gemäß § 6 BVergGKonz 2018, weshalb das Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit im gegenständlichen Fall erlange.

Ergänzend zum nunmehr gegenständlichen Vorbringen im Feststellungsantrag des Antragstellers sei Folgendes festzuhalten:

2.2.1. Zur vermeintlich vorliegenden Abtretung oder Verpachtung

Seitens des Antragstellers werde ausgeführt, dass jede Art von Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäftes und die Einräumung von Gewinnbeteiligungen an einem Tabakfachgeschäft verboten seien.

Hierzu sei festzuhalten, dass am gegenständlichen Standort XXXX bis zum 31.10.2018 Trafikant gewesen sei. XXXX sei in der Folge zur Trafikantin ab dem 01.11.2018 bestellt worden und führe die Trafik seitdem auf eigene Rechnung.

Der angesprochene Untermietvertrag beziehe sich auf die Nutzung des im Eigentum von XXXX bzw. mittlerweile dessen Erbin stehenden Inventars der Tabaktrafik. Aufgrund der Tatsache, dass niemals vorgesehen gewesen sei, dass a n XXXX ein definitiver Bestellungsvertrag vergeben werden solle und die temporäre Bestellung ausschließlich zur Sicherstellung der Versorgung mit Tabakwaren am XXXX erfolgt sei, sei eine Eigentumsübertragung des Trafikinventars nicht opportun. Vielmehr sei vorgesehen, dass dem zukünftig zu bestellenden Trafikant dies dann der zivilrechtlichen Eigentümerin, nämlich der Erbin von XXXX , abkaufe. Dass dies bisher nicht umgesetzt habe werden können, sei vor allem den ins Leere gehenden Bemühungen des Antragstellers geschuldet, der ja mangels Vorliegens eines Vorzugsrechtes im Sinne des Tabakmonopolgesetzes (mindestens 50 % Grad der Behinderung) nicht Trafikant werden könne.

Vom Untermietvertrag seien auch die derzeit noch der Erbin nach XXXX zustehenden Mietrechte umfasst. Hierbei ersetze die Trafikantin der Hauptmieterin die anfallenden Mietkosten. Die Untermietvereinbarung sei aus Zweckmäßigkeitsüberlegungen im Einvernehmen mit der Vermieterin und der Antragsgegnerin gewählt worden und

sei notwendig gewesen, da die Trafikantin über ein zum Betrieb der Trafik geeignetes Lokal verfügen müsse. Es liege also weder eine Verpachtung oder Abtretung noch eine Beteiligung Dritter am Betrieb eines Tabakfachgeschäftes und somit auch keine Rechtswidrigkeit vor.

Unter Bezugnahme auf den im Feststellungsantrag ins Treffen geführten § 36 Abs 6 TabMG 1996, wonach jede Art von Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäftes und die Einräumung von Gewinnbeteiligungen an einem Tabakfachgeschäft verboten seien, sei dem Antragsteller daher zu entgegnen, dass im gegenständlichen Fall sogar die gegenteilige Situation gegeben sei. Dies deshalb, da XXXX die Geschäftsräumlichkeit von der Erbin von XXXX zum Betrieb anmiete und nicht ihre eigenen Rechte verpachtet oder vermietet habe, die Verlassenschaft nach XXXX und die Erbin naturgemäß nicht als Trafikanten angesehen werden würden sowie XXXX weder ein Tabakfachgeschäft abtreten oder verpachten und auch niemanden am Gewinn beteiligen könnte.

Das Vorbringen des Antragstellers verkenne daher die Regelung des § 36 Abs 6 TabMG 1996.

2.2.2. Zur Verpflichtung zur persönlichen Führung einer Trafik

Der Antragsteller vermeine, dass XXXX gegen die Verpflichtung zur persönlichen Führung der ihr zugewiesenen Tabaktrafik verstoße und beziehe sich auf die Bestimmung des § 36 Abs 2 TabMG 1996, die aber ein anderes Thema behandle. Gemeint dürfte § 36 Abs 3 TabMG 1996 seien.

Durch die temporäre Führung einer zweiten Tabaktrafik verletze ein Trafikant nicht die Verpflichtung zur persönlichen Führung einer Trafik. Die Bestimmung regle nämlich keinesfalls eine dauernde persönliche Anwesenheit in der Tabaktrafik, welcher Umstand ja aufgrund der langen Öffnungszeiten solcher Geschäfte rein praktisch unmöglich wäre. Es werde damit vielmehr gefordert, dass der Trafikant persönlich und in Eigenverantwortung die unternehmerische Funktion des Leiters des Unternehmens ausüben müsse und diese auch nicht an andere Personen übertragen könne. Er habe dafür zu sorgen, dass alle notwendigen Maßnahmen zum Betrieb des Geschäftes gesetzt werden würden. Zudem habe er für die notwendigen ua organisatorischen, kaufmännischen und technischen Rahmenbedingungen Sorge zu tragen. Dies sei bei entsprechender Berufserfahrung durchaus für mehrere Standorte durchführbar und stehe nicht im Widerspruch zu § 36 Abs 3 TabMG 1996.

Im Übrigen sei dem Antragsteller daher auch in diesen Punkten in Erinnerung zu rufen, dass es sich bei der Bestellung zum Tabaktrafikanten um einen privatrechtlichen Vertrag einer Ermächtigung handle, wodurch das Bundesverwaltungsgericht keine Zuständigkeit im gegenständlichen Fall erlangen könne. Bereits aus diesem Grund gehe daher sämtliches Vorbringen des Antragstellers ins Leere.

2.3. Anträge

Vor diesem Hintergrund beantrage die Antragsgegnerin die Zurückweisung bzw. in eventu die Abweisung der Anträge des Antragstellers.

3. Mit Schreiben des Bundesverwaltungsgerichtes vom 19.05.2020 wurde die Stellungnahme der Antragsgegnerin inklusive des Vertrages vom 29.10.2019 dem Antragsteller und XXXX zur Kenntnis und der Möglichkeit zur Abgabe einer Stellungnahme übermittelt.

4. Mit Schreiben vom 27.05.2020 übermittelte der Antragsteller eine entsprechende Stellungnahme an das Bundesverwaltungsgericht.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen:

Im Zuge einer Besprechung am 01.10.2019 erfuhr der Antragsteller vom Geschäftsführer der Antragsgegnerin, dass vorgesehen sei, mit "einem - namentlich nicht genannten - Interessenten" einen Bestellungsvertrag ab dem 01.11.2019 betreffend die Trafik mit der Standortnummer XXXX am Standort in XXXX , abzuschließen. Die Antragsgegnerin hatte hierzu eine bestimmte namentlich genannte Person vorgesehen.

Mit Antrag vom 15.10.2019 auf Nichtigerklärung der "Zuschlagsentscheidung gem. § 91 BVergGKonz" bekämpfte der Antragsteller vor dem Bundesverwaltungsgericht im Verfahren zu W120 2224405-2 die für den Zeitraum vom 01.11.2019 bis zum 31.03.2020 vorgesehene vorläufige Bestellung von XXXX zur Tabaktrafikantin betreffend die verfahrensgegenständliche Trafik.

Zumindest bei Antragstellung am 15.10.2019 war dem Antragsteller das Ende des "temporären Bestellungsvertrags" vom 29.10.2018 mit XXXX am 31.10.2019 bekannt. Zudem war ihm zu diesem Zeitpunkt bewusst, dass die "neuerliche rechtswidrige Zuschlagserteilung umgehend bevor[stehe]".

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 29.10.2019, W120 2224405-2/18E, wies das Bundesverwaltungsgericht den Antrag des Antragstellers, "die Zuschlagsentscheidung gem. § 91 BVergGKonz für nichtig zu erklären" mangels Anwendbarkeit des BVergG 2018 bzw. des BVergGKonz 2018 sowie mangels Vorliegens einer gültigen Zuschlagsentscheidung zurück. Dieser Beschluss wurde dem Rechtsvertreter des Antragstellers am selben Tag elektronisch übermittelt. Gegen diesen Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes erhob der Antragsteller ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof.

Am 29.10.2019 wurde der vorläufige bzw. befristete Bestellungsvertrag betreffend die verfahrensgegenständliche Trafik mit XXXX abgeschlossen.

Hierzu wurde keine Ausschreibung oder Kundmachung nach dem TabMG 1996 durchgeführt.

Dem Antragsteller gelangte erst am 06.11.2019 zur Kenntnis, welche Person konkret "zumindest bis zum 31.03.2020 zur Tabaktrafikantin" bestellt worden sei.

Mit dem gegenständlichen "Feststellungsantrag gem. § 78 Abs. 3 Z 3, 4, 5 und 6 BVergGKonz" vom 13.03.2020 beantragte der Antragsteller

"3. gem. § 97 Abs 1 Z 2 BVergGKonz festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer XXXX ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war",

"4. gem. § 97 Abs 1 Z 3 BVergGKonz festzustellen, dass die Zuschlagserteilung eines Bestellungsvertrags gem. TabMG ab 1.11.2019 bezüglich der Trafik mit der Standortnummer XXXX , an XXXX ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" und

"5. gem. § 100 Abs 2 BVergGKonz den Bestellungsvertrag der Antragsgegnerin mit XXXX für absolut nichtig zu erklären; und gem. § 100 Abs 9 BVergGKonz eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen,"

Der Antragsteller bezahlte die entsprechenden Pauschalgebühren.

2. Beweiswürdigung:

Zur Feststellung des für die Entscheidung maßgebenden Sachverhaltes wurde Beweis erhoben mittels Einsichtnahme in den Akt des Bundesverwaltungsgerichtes zum Antrag vom 15.10.2019 auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung zu W120 2224405-2, in die vorliegenden Feststellungsanträge des Antragstellers vom 12. bzw. 13.03.2020, in die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 24.03.2020 inklusive der in Vorlage gebrachten Unterlagen sowie in die Stellungnahme des Antragstellers vom 27.05.2020.

Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der in Vorlage gebrachten Unterlagen keine Bedenken ergeben.

Die Feststellung, dass dem Antragsteller im Zuge der Besprechung am 01.10.2019 bekanntgegeben worden sei, dass vorgesehen sei, mit "einem - namentlich nicht genannten - Interessenten" einen Bestellungsvertrag ab dem 01.11.2019 betreffend die Trafik mit der Standortnummer XXXX , abzuschließen, ergibt sich aus seinen Ausführungen im Nachprüfungsantrag (vgl. Seite 5) sowie aus dem Feststellungsantrag (vgl. Seite 2).

Die Feststellung, dass dem Antragsteller zumindest bei Antragstellung am 15.10.2019 das Ende des "temporären Bestellungsvertrags" bekannt gewesen sei und ihm zudem bewusst gewesen sei, dass die "neuerliche rechtswidrige Zuschlagserteilung umgehend bevor[stehe]", basiert auf den Ausführungen im Nachprüfungsantrag (vgl. Seite 7).

Die Feststellung hinsichtlich des Tages der Vertragsunterzeichnung gründet sich auf die Stellungnahme der Antragsgegnerin vom 24.03.2020 (vgl. die Seiten 10 und 11) sowie den vorgelegten Vertrag.

3. Rechtliche Beurteilung:

Zu Spruchpunkt A)

3.1. Anzuwendendes Recht

3.1.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetzes (BVwGG), BGBl I 2013/10 idF BGBl I Nr 44/2019, lauten:

"Einzelrichter

§ 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 Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetzes (VwGVG), BGBl I 2013/33 idF BGBl I Nr 57/2018, tragen folgenden Wortlaut:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

Erkenntnisse

§ 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.

[...]

Beschlüsse

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

[...]

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, Abs. 4 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse."

3.1.3. Die Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 - BVergGKonz 2018), BGBl I 2018/65 idF BGBl I Nr 100/2018, 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

Begriffsbestimmungen

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

[...]

21. Unternehmer sind Rechtsträger wie natürliche oder juristische Personen, öffentliche Einrichtungen oder Zusammenschlüsse dieser Personen bzw. Einrichtungen, eingetragene Personengesellschaften oder Arbeits- und Bietergemeinschaften, die auf dem Markt die Ausführung von Bauleistungen, die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen anbieten.

[...]

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.

[...]

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.

Ausgenommene Konzessionsvergabeverfahren

§ 8. (1) Dieses Bundesgesetz gilt nicht für

[...]

13. Dienstleistungskonzessionen an einen öffentlichen Auftraggeber oder einen öffentlichen Sektorenauftraggeber aufgrund eines ausschließlichen Rechtes, das dieser aufgrund veröffentlichter, mit dem AEUV übereinstimmender Rechts- oder Verwaltungsvorschriften innehat,

[...]

31. Konzessionsvergabeverfahren zur zulässigen Änderung von Konzessionen während ihrer Laufzeit gemäß § 108.

(2) Der Auftraggeber hat die für die Ausnahme vom Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes gemäß Abs. 1 maßgeblichen Gründe schriftlich festzuhalten und der Europäischen Kommission (Kommission) den Abschluss jeder Übereinkunft gemäß Abs. 1 Z 8 lit. a mitzuteilen. Sofern die in Anhang I genannten Vorschriften keine Bekanntgabepflichten für vergebene Konzessionsverträge enthalten, hat der Auftraggeber im Fall des Abs. 1 Z 14 vergebene Konzessionsverträge gemäß den §§ 34 und 35 bekanntzugeben.

[...]

Schwellenwert

§ 11. (1) Konzessionsvergabeverfahren erfolgen im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession mindestens 5 548 000 Euro beträgt.

(2) Konzessionsvergabeverfahren erfolgen im Unterschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession den in Abs. 1 genannten Betrag nicht erreicht.

[...]

Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession

§ 12. (1) Grundlage für die Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession ist der vom Konzessionär während der Vertragslaufzeit erzielte Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer aller im Zusammenhang mit der Konzession stehenden Gegenleistungen.

(2) Der geschätzte Wert einer Konzession ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung der Konzessionsvergabe sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens durch den Auftraggeber. Bei Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ist dies der Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung, bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung.

(3) Liegt der Wert der Konzession zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung mehr als 20% über dem vom Auftraggeber geschätzten Wert, so ist für die Zwecke des § 11 der Wert der Konzession zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung als geschätzter Wert der Konzession heranzuziehen.

(4) Der geschätzte Wert einer Konzession ist nach einer in den Konzessionsunterlagen anzugebenden objektiven Methode zu berechnen. Bei der Berechnung hat der Auftraggeber insbesondere folgende Faktoren zu berücksichtigen:

1. Gesamtwert aller Optionen und etwaiger Verlängerungen der Konzession,

[...]

5. Einkünfte aus dem Verkauf von Vermögensgegenständen, die Teil der Konzession sind,

[...]

Laufzeit einer Konzession

§ 13. (1) Konzessionsverträge dürfen nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden. Die Laufzeit einer Konzession ist vom Auftraggeber in Abhängigkeit der von der Konzession umfassten Bau- oder Dienstleistungen festzulegen.

(2) Bei Konzessionen mit einer Laufzeit von mehr als fünf Jahren darf die Laufzeit der Konzession jenen Zeitraum nicht überschreiten, innerhalb dessen der Konzessionär nach vernünftigem Ermessen die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerkes oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital wieder erwirtschaften kann. Bei dieser Berechnung sind die zur Verwirklichung der konkreten Vertragsziele notwendigen Investitionen zu berücksichtigen.

[...]

Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens

§ 14. (1) Konzessionsvergabeverfahren sind unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundsätze wie insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, der Nichtdiskriminierung, der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz sowie des freien und lauteren Wettbewerbes und unter Wahrung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige (geeignete) Unternehmer zu angemessenen Bedingungen zu erfolgen.

[...]

(4) Konzessionsvergabeverfahren sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zu vergeben. Der Auftraggeber ist jedoch nicht verpflichtet, ein Konzessionsvergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

[...]

(6) Im Konzessionsvergabeverfahren kann auf die Beschäftigung von Frauen, von Personen im Ausbildungsverhältnis, von Langzeitarbeitslosen, von Menschen mit Behinderung und älteren Arbeitnehmern sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange Bedacht genommen werden. Dies kann insbesondere durch die Berücksichtigung derartiger Aspekte bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien oder durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag erfolgen.

[...]

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. im Rahmen eines durchgeführten Konzessionsvergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeignetes Angebot abgegeben oder kein oder kein im Sinne des Abs. 4 geeigneter Teilnahmeantrag gestellt worden ist und die ursprünglichen Bedingungen für den Konzessionsvertrag nicht wesentlich geändert werden oder

2. die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil das Ziel der Konzession die Erschaffung oder der Erwerb eines einzigartigen Kunstwerkes oder einer einzigartigen künstlerischen Leistung ist, oder

3. die Bau- oder Dienstleistung nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, weil

a) aus technischen Gründen ein Wettbewerb nicht vorhanden ist, oder

b) die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten gemäß § 4 Abs. 4 nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann, oder

c) die Bau- oder Dienstleistung aufgrund des Schutzes von sonstigen ausschließlichen Rechten, wie etwa der Rechte am geistigen Eigentum, nur von einem bestimmten Unternehmer erbracht werden kann,

und es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Anforderungen des Konzessionsvergabeverfahrens ist, oder

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

Im Fall der Z 1 hat der Auftraggeber der Kommission auf Verlangen einen Bericht über das Vorliegen der Voraussetzungen gemäß Z 1 vorzulegen.

(4) Ein Angebot gilt als ungeeignet, wenn es ohne wesentliche Änderungen offensichtlich nicht den in der Ausschreibung genannten Bedürfnissen und Anforderungen des Auftraggebers entspricht. Ein Teilnahmeantrag gilt als ungeeignet, wenn die Eignung des Unternehmers nicht gegeben ist.

(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.

Verhandlungen

§ 23. (1) Möchte der Auftraggeber Verhandlungen durchführen, hat er in den Konzessionsunterlagen den Gegenstand der Konzession anzugeben, indem er seine Bedürfnisse und die erforderlichen Eigenschaften der zu erbringenden

Leistung beschreibt und die Zuschlagskriterien spezifiziert. Der Auftraggeber hat anzugeben, welche Elemente der Leistungsbeschreibung die von allen Angeboten einzuhaltenden Mindestanforderungen darstellen. Die Konzessionsunterlagen müssen so präzise sein, dass ein Unternehmer Art und Umfang der zu erbringenden Leistung erkennen und entscheiden kann, ob er einen Teilnahmeantrag stellt.

(2) Jeder Unternehmer, der vom Auftraggeber zur Angebotsabgabe aufgefordert wurde, kann ein Erstangebot abgeben, das die Grundlage für die späteren Verhandlungen darstellt. Der Auftraggeber hat mit dem betreffenden Bieter über das von ihm abgegebene Erstangebot und alle Folgeangebote, mit Ausnahme des endgültigen Angebotes gemäß Abs. 7, zu verhandeln. Der Gegenstand der Konzession, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen dürfen nicht Gegenstand von Verhandlungen sein.

(3) Abweichend von Abs. 2 kann der Auftraggeber die Konzession auf der Grundlage des Erstangebotes vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er in der Bekanntmachung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält.

(4) Der Auftraggeber hat alle verbliebenen Bieter über etwaige Änderungen der Konzessionsunterlagen zu informieren. Er hat den Bietern im Anschluss an solche Änderungen ausreichend Zeit zu gewähren, ihre Angebote gegebenenfalls zu ändern. Der Gegenstand der Konzession, die Zuschlagskriterien und die Mindestanforderungen dürfen nicht geändert werden.

(5) Verhandlungen können in verschiedenen aufeinander folgenden Phasen durchgeführt werden. Der Auftraggeber kann die Anzahl der Angebote anhand der Zuschlagskriterien verringern. Der Auftraggeber hat jene Bieter, deren Angebote nicht weiter berücksichtigt werden, unverzüglich unter Bekanntgabe der Gründe für die Nichtberücksichtigung von dieser Entscheidung zu verständigen. Die Gründe der Nichtberücksichtigung sind nicht bekannt zu geben, soweit die Bekanntgabe dieser Informationen öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen eines Unternehmers widersprechen oder dem freien und lauteren Wettbewerb schaden würde. Die vom Auftraggeber gewählte Vorgangsweise ist in der Ausschreibung bekannt zu geben. In der Schlussphase müssen, sofern eine ausreichende Anzahl von geeigneten Bietern verbleibt, noch so viele Angebote vorliegen, dass ein echter Wettbewerb gewährleistet ist.

(6) Der Auftraggeber hat jeden verbliebenen Bieter auf dessen Verlangen unverzüglich, jedenfalls aber binnen 15 Tagen nach Einlangen des Ersuchens, über Verlauf und Fortschritt der Verhandlungen zu informieren.

(7) Der Auftraggeber hat den verbliebenen Bietern den beabsichtigten Abschluss der Verhandlungen bekannt zu geben und eine einheitliche Frist für die Abgabe eines endgültigen Angebotes festzulegen. Von den endgültigen Angeboten, die den Mindestanforderungen entsprechen und nicht auszuscheiden sind, hat der Auftraggeber das erfolgreiche Angebot gemäß den Zuschlagskriterien auszuwählen.

(8) Anzahl und Namen der zur Angebotsabgabe aufgeforderten Unternehmer sind bis zur Mitteilung der Zuschlagsentscheidung geheim zu halten.

Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe von Konzessionen

§ 28. (1) Bekannt zu machen sind die beabsichtigte Vergabe eines Konzessionsvertrages, die beabsichtigte Vergabe eines besonderen Dienstleistungskonzessionsvertrages und die beabsichtigte Vergabe eines Konzessionsvertrages über öffentliche Personenverkehrsdienste in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung.

[...]

Bekanntmachungen auf Unionsebene

§ 31. Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen auf Unionsebene gemäß Anhang VI zu erstellen und dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union (Amt für Veröffentlichungen) unter Verwendung des einschlägigen Standardformulars für Bekanntmachungen elektronisch zu übermitteln. Als Übermittlung gilt auch die Zur-Verfügung-Stellung der Daten der Bekanntmachungen und Mitteilungen im Online-Verfahren. Der Auftraggeber muss den Tag der Absendung der Bekanntmachung nachweisen können. Falls Daten online zur Verfügung gestellt werden, gilt als Absendung die Eintragung der Daten im Online-System.

Bekanntmachungen in Österreich

§ 33. (1) Der Auftraggeber hat Bekanntmachungen im Oberschwellenbereich zu veröffentlichen, indem er die

Metadaten der Kerndaten von Konzessionsvergabeverfahren https://www.data.gv.at/ zur Verfügung stellt bzw. übermittelt und darin auf die Informationen gemäß dem 1. Abschnitt des Anhanges VII (Kerndaten für Bekanntmachungen) verweist. Der Auftraggeber hat diese Kerndaten in einem offenen und maschinenlesbaren standardisi

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

© 2026 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at