

TE Bvwg Erkenntnis 2022/1/10 W187 2219311-1

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 10.01.2022

Entscheidungsdatum

10.01.2022

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergGKonz 2018 §1
BVergGKonz 2018 §11
BVergGKonz 2018 §12
BVergGKonz 2018 §14
BVergGKonz 2018 §31
BVergGKonz 2018 §33
BVergGKonz 2018 §34
BVergGKonz 2018 §35
BVergGKonz 2018 §36
BVergGKonz 2018 §4
BVergGKonz 2018 §6
BVergGKonz 2018 §72
BVergGKonz 2018 §78
BVergGKonz 2018 §85
BVergGKonz 2018 §97 Abs1 Z2
BVergGKonz 2018 §97 Abs1 Z3
B-VG Art133 Abs4
TabMG 1996 §1
TabMG 1996 §13 Abs3
TabMG 1996 §14 Abs5
TabMG 1996 §23
TabMG 1996 §25
TabMG 1996 §27 Abs1
TabMG 1996 §29 Abs3
TabMG 1996 §3
TabMG 1996 §30
TabMG 1996 §32

TabMG 1996 §34

TabMG 1996 §35

TabMG 1996 §36

TabMG 1996 §5

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W187 2219311-1/62E

I.

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, DI Dr. Heinz STIEFELMEYER als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Christoph WIESINGER als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Feststellungsantrag von AAAA , vertreten durch die FFFF , betreffend die Vergabe der Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien, Check-In 3, Objekt 115, Standort Nr. 1300 0001, durch die Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, zu Recht erkannt:

A)

1. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag, „gem. § 97 Abs 1 Z 2 BVergGKonz festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer 1300 0001, 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war“, ab.

2. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag, „gem. § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Zuschlagserteilung an BBBB ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war“, zurück.

B)

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

II.

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühr von AAAA , vertreten durch die FFFF , betreffend die Vergabe der Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien, Check-In 3, Objekt 115, Standort Nr. 1300 0001, durch die Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, beschlossen:

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag von AAAA , „die Antragsgegnerin gem. § 85 BVergGKonz zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten“, zurück.

B)

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

Text

Entscheidungsgründe

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2019 beantragte AAAA , vertreten durch die FFFF , in der Folge Antragsteller, die Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 78 Abs 3 BVergGKonz, gemäß § 83 BVergGKonz eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, Akteneinsicht gemäß § 81 BVergGKonz, die Feststellung wie im Spruch unter A) 1. wiedergegeben, die Maßnahmen wie im Spruch unter A) 2. wiedergegeben sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen die Vergabe der Tabaktrafik am Standort Flughafen Wien, Check-In 3, Objekt 115, Standort Nr. 1300 0001, durch die Monopolverwaltung GmbH, Porzellangasse 47, 1090 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, in der Folge Auftraggeberin.

1.1 Der Antragsteller habe am vorangegangenen Vergabeverfahren teilgenommen, das widerrufen worden sei. Eine Neuausschreibung habe nicht stattgefunden. Von dem Widerruf habe der Antragsteller am 27. November 2018 erfahren. Der erzielbare Umsatz betrage etwa € 3,3 Mio pro Jahr. Es handle sich daher um eine Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich. Ausgehend von einer Laufzeit von zehn Jahre betrage der geschätzte Auftragswert € 33 Mio. Auftraggeberin sei die österreichische Monopolverwaltung. Diese sei öffentliche Auftraggeberin. Sie habe keine Zuschlagsentscheidung mitgeteilt. Der Antragsteller habe von der Vergabe der Trafik aus dem öffentlichen Verzeichnis der Trafiken erfahren. Es sei BBBB bestellt worden. Dieser Zuschlag müsse nach dem 7. November 2018 erteilt worden sein.

1.2 Nach Darstellung des Sachverhalts, des Interesses am Betrieb der Trafik, des Schadens führt der Antragsteller zur Rechtzeitigkeit aus, dass er von der Bestellung der derzeitigen Trafikantin durch das Schreiben der Auftraggeberin vom 20. Mai 2019 erfahren habe. In dem Schreiben vom 7. November 2018, dem Antragsteller am 28. November 2018 zugestellt, habe der Bundesminister für Finanzen als zuständige Aufsichtsbehörde eine Neuausschreibung der Trafik in Aussicht gestellt. Die Einleitung des Vergabeverfahrens, das zur Zuschlagserteilung an die derzeitige Trafikantin geführt habe, müsse nach diesem Schreiben erfolgt sein. Der Feststellungsantrag sei daher innerhalb der sechsmonatigen Frist des § 98 Abs 2 BVergGKonz 2018 eingebracht worden. Der Antragsteller sei durch die rechtswidrige Vergabe unter Missachtung der Bekanntmachungsvorschriften in seinem Recht auf Teilnahme am Vergabeverfahren und auf ein faires, diskriminierungsfreies Vergabeverfahren verletzt.

1.3 Zur Rechtswidrigkeit der angefochtenen Entscheidung führt der Antragsteller im Wesentlichen aus, dass die Vergabe einer Tabaktrafik ist als Dienstleistungskonzession iSd § 6 BVergGKonz 2018 zu qualifizieren sei. Die konzessionierte Dienstleistung ist somit der Handel mit Tabakerzeugnissen. Es handle sich um Akte der Privatwirtschaftsverwaltung. Das BVergGKonz sei auf die gegenständliche Vergabe anwendbar. Es derogiere im Zweifel dem TabMG 1996. Die Auftraggeberin habe die einschlägigen anwendbaren Vorschriften des BVergGKonz im gegenständlichen Vergabeverfahren gröblich missachtet. Der Konzessionsvertrag sei auf unbestimmte Zeit abgeschlossen und verstoße damit gegen § 13 Abs 1 BVergGKonz 2018. Er sei entgegen § 31 BVergGKonz 2018 nicht unionsweit bekannt gemacht worden. Auch die österreichweite Bekanntmachung entspreche nicht den Formvorschriften des BVergGKonz, der entgangene Gewinn durch den Widerruf des vorherigen Vergabeverfahrens und der Entgang der Möglichkeit, am Vergabeverfahren teilzunehmen

2. Mit Schreiben vom 27. Mai 2019 forderte das Bundesverwaltungsgericht den Antragsteller auf, den Feststellungsantrag durch Angabe des Schadens und Entrichtung der vollständigen Pauschalgebühr zu verbessern.

3. Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2019 erstatte der Antragsteller ergänzendes Vorbringen und wies die Einzahlung der Pauschalgebühr nach. Als Schaden bezeichnete der Antragsteller die Vertretungskosten im vorherigen widerrufenen Vergabeverfahren, die Unterlassung der Bekanntmachung des neuen Vergabeverfahrens,

4. Mit Schriftsatz vom 3. Juni 2019 nahm die Auftraggeberin Stellung darin führt sie nach Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass der Feststellungsantrag gemäß § 98 Abs 2 BVergGKonz verspätet sei, weil die derzeitige Betreiberin der Trafik seit 1. November 2018 auf der Homepage der Auftraggeberin einsehbar sei. Der Antragsteller hätte bereits am 1. November 2018 von der Neuvergabe Kenntnis erlangen können. Die Auftraggeberin beantragt daher, die Zurück-, in eventu Abweisung des Nachprüfungsantrags.

5. Mit E-Mail vom 4. Juni 2019 sandte BBBB , in der Folge Konzessionärin, die Stellungnahme vom 31. Mai 2019. Sie sei Ende September 2018 von der Auftraggeberin gebeten worden, die Trafik am Flughafen Schwechat interimsmäßig für ein Jahr zu führen. Nach kurzer Bedenkzeit und einem Gespräch mit CCCC habe sie sich dazu bereit erklärt. Sie habe einen temporären Bestellsvertrag für die Trafik am Flughafen Schwechat erhalten, welcher vom 1. November 2018

bis 31. Oktober 2019 gelte. Ihr Untermietvertrag mit CCCC, der immer noch Besitzer der Trafik, jedoch nicht mehr Trafikant sei, und ihr Abkommen mit dem Flughafen Schwechat endeten also auch am 31. Oktober 2019.

6. Mit Schriftsatz vom 18. Juni 2019 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin führt er im Wesentlichen aus, dass er sowohl durch die Auskunft der Auftraggeberin über die Vergabe der Trafik an eine andere Betreiberin vom 26. Juni 2018, zugestellt am 4. Juli 2018, als auch durch das Schreiben des Bundesministers für Finanzen vom 7. November 2018, zugestellt am 28. November 2018, über den angeblichen Widerruf der Ausschreibung über die tatsächlichen Verhältnisse getäuscht worden sei. Eine Kenntnis des wahren Sachverhalts sei dem Antragsteller nicht früher möglich gewesen.

6.1 Nur eine gehörige Bekanntmachung der Zuschlagserteilung verschaffe dem Antragsteller die Kenntnis, die für den Beginn der Frist nötig sei. Im Fall einer nicht-gehörigen Bekanntmachung könne der Auftraggeber einem Antragsteller/Bieter nicht entgegenhalten, dass dieser von einem Zuschlag/von der Person des Zuschlagsempfängers Kenntnis erlangen hätte können.

6.2 Der Antragsteller habe in dem vorangegangenen Vergabeverfahren alles unternommen, um Klarheit über die Rechtsverhältnisse hinsichtlich der Tabaktrafik am Flughafen Wien-Schwechat zu erhalten. Er sei getäuscht worden und habe keine Kenntnis von dem Abschluss des Bestellungsvertrags vom 30. Oktober 2018 haben können.

6.3 Die Auftraggeberin habe zuletzt die Anfrage des rechtsfreundlichen Vertreters des Antragstellers vom Mai 2019 nach dem Zeithorizont für eine Neuausschreibung vorsätzlich und wissentlich falsch beantwortet. Die Neuausschreibung hätte schon längst eingeleitet werden müssen. Der Bundesminister für Finanzen habe in seinem Schreiben vom Oktober 2018 angegeben, dass die befristete Wiederbestellung des bisherigen Betreibers der Trafik damit gerechtfertigt sei, dass die kontinuierliche Versorgung mit Tabakwaren gewährleistet sein müsse. Es hätte genügt mitzuteilen, dass ein befristeter Bestellungsvertrag aufrecht sei und demnächst mit einer neuen Ausschreibung zu rechnen sei. Die Auftraggeberin habe mit ihrer Falschauskunft das Feststellungsverfahren mutwillig provoziert.

6.4 Die Bekanntmachung auf der Website der Auftraggeberin komme der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union nicht gleich. Es fänden sich dort keine Angaben über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses.

6.5 Für den Beginn des Fristenlaufs sei lediglich die gesetzmäßige Bekanntmachung ausschlaggebend. Die Bekanntmachung hätte unionsweit und österreichweit entsprechend den Vorschriften des BVergGKonz erfolgen müssen. Die Bekanntmachung im Verzeichnis der Tabaktrafiken auf der Homepage der Auftraggeberin erfülle diese Anforderungen nicht.

6.6 Die Auftraggeberin habe das „elektronische Kundenstammblatt“ nicht auf ihrer Website veröffentlicht. Bei der Bekanntmachung auf der Website der Auftraggeberin handle es sich nicht um eine ordnungsgemäße Bekanntmachung gemäß § 34 f BVergGKonz 2018, wodurch der Antragsteller tatsächlich von der Bestellung Kenntnis erlangt habe oder hätte erlangen müssen.

6.7 Das Vorbringen der Auftraggeberin sei nicht schlüssig. Es sei unklar, wer Besitzer der Trafik sei.

6.8 Der Feststellungsantrag sei nicht zuletzt deshalb fristgerecht, weil sich der Antragsteller erst durch das Schreiben vom 21. Mai 2019 veranlasst gesehen habe, selbst Nachforschungen anzustellen. Das Bundesverwaltungsgericht möge daher über den Feststellungsantrag des Antragstellers inhaltlich entscheiden.

7. Mit Schriftsatz vom 27. Juni 2019 erstattete die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme.

7.1 Das Schreiben vom 26. Juni 2018 habe den zum damaligen Zeitpunkt vorliegenden Sachverhalt wiedergegeben. Es sei nicht vorhersehbar gewesen, dass die in Aussicht genommene Trafikantin mit Schreiben vom 13. Juli 2018 ihre Bewerbung zurückziehen werde. Es seien daher in diesem Schreiben keine irreführenden Informationen erteilt worden.

7.2 Mit Schreiben vom 7. November 2018 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass die beiden vorgereichten Bewerber ihre Bewerbungen zurückgezogen hätten, demgemäß „ein neuerliches Nachbesetzungsverfahren“ eingeleitet werden werde und „eine zeitlich befristete interimistische Lösung“ getroffen worden sei. Auch diese Informationen entsprächen dem wahren Sachverhalt. Der Antragsteller sei darauf hingewiesen worden, dass er bei der Bestellung als Tabaktrafikant nicht berücksichtigt werden könne, „da es sich bei ihm um keinen begünstigten Behinderten handelt und der somit nicht dem Kreis der Vorzugsberechtigten angehört“.

7.3 Mit Schreiben vom 20. Mai 2019 sei dem Antragsteller mitgeteilt worden, dass Ausschreibungen von Trafiken auf der Homepage der Auftraggeberin ersichtlich gemacht würden. Das BVergGKonz sei nicht anwendbar und daher habe die Auftraggeberin keine wissentlich falschen Auskünfte erteilt.

7.4 Die Auftraggeberin habe die zum jeweiligen Zeitpunkt richtigen Auskünfte erteilt. Er habe zu einem früheren Zeitpunkt vom wahren Sachverhalt Kenntnis erlangen können. Die schriftlichen Auskünfte hätten ihn nicht davon abgehalten, auf der Homepage der Auftraggeberin nachzusehen.

7.5 Dem Antragsteller sei bereits im Schreiben vom 7. November 2019 mitgeteilt worden, dass eine interimistische Lösung getroffen worden sei. Es sei ihm auch die Bereitschaft kommuniziert worden, dass der Geschäftsführer der Auftraggeberin zu einem persönlichen Gespräch bereit sei, dass jedoch trotz mehrfacher Versuche zur Kontaktaufnahme seitens der Auftraggeberin bisher nicht zustande gekommen sei.

7.6 Es sei bereits der zeitlich befristete Bestellungsvertrag mit BBBB vorgelegt worden. Daraus ergebe sich die vom 1. November 2018 bis 30. Oktober 2019 befristete Bestellung. Die Urkunde sei echt.

7.7 Die Bestellung zum Tabaktrafikanter sei ausschließlich auf Grundlage der Bestimmungen des TabMG 1996 vorzunehmen. Selbst bei Anwendung des BVergGKonz 2018 seien auf den interimistischen Vertrag die Bestimmungen für den Unterschwellenbereich anzuwenden. Gemäß § 22 Abs 3 Z 4 BVergGKonz 2018 könne eine Bekanntmachung unterbleiben, weil es sich um eine Vergabe im Unterschwellenbereich ohne grenzüberschreitendes Interesse gehandelt hätte. Ein Verstoß gegen eine allfällige Bekanntgabepflicht iSd § 36 BVergGKonz 2018 sei nur nach § 117 BVergGKonz zu ahnden, aus dem ein Antragsteller keine subjektiven Rechte ableiten könne.

7.8 Feststellungsanträge seien gemäß § 98 Abs 2 BVergGKonz innerhalb von sechs Monaten ab Kenntnis oder Kennen Können vom Zuschlag oder Widerruf einzubringen. Die Auftraggeberin habe die interimistische Bestellung von Frau BBBB am 1. November 2018 auf ihre Homepage bekannt gegeben. Dieser Zeitpunkt sei auch aus den „Veränderungsdaten“ des Servers der Homepage ersichtlich. Dieser Zeitpunkt sei als fristauslösendes Ereignis anzusehen. Die Einsicht des Antragstellers sei ab diesem Zeitpunkt jederzeit möglich gewesen. Er hätte daher ab 1. November 2018 von der Bestellung von BBBB Kenntnis erlangen können. Daher sei der Feststellungsantrag des Antragstellers verspätet.

7.9 Bereits mit Schreiben vom 26. Juni 2018 habe die Auftraggeberin dem Antragsteller mitgeteilt, dass er nicht für die Vergabe einer Trafik in Frage komme. Er hätte unter der Prämisse der Anwendbarkeit des BVergGKonz bereits dieses Schreiben anfechten müssen und ein entsprechendes Nachprüfungsverfahren einleiten müssen. Auch aus diesem Grund sei der Feststellungsantrag als unzulässig zurückzuweisen. Die Auftraggeberin hält ihre Anträge aufrecht.

8. Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2019 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin bringt er im Wesentlichen vor, dass das BVergGKonz auf die Vergabe von Tabaktrafiken unzweifelhaft zur Anwendung komme. Im Schreiben vom 28. November 2018 sei tatsachenwidrig mitgeteilt worden, dass der bisherige Betreiber der Trafik diese weiter betreibe. Die Auftraggeberin habe jedenfalls die Bestimmungen über Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich des § 36 BVergGKonz 2018 anzuwenden.

8.1 Die Ausführungen der Auftraggeberin seien unrichtig. Die Auskunft, dass BBBB einen Untermietvertrag mit dem bisherigen Betreiber abgeschlossen habe, widerspreche § 36 Abs 3 TabMG 1996, wonach eine Trafik persönlich zu betreiben sei. Die Abtretung oder Verpachtung eines Tabakfachgeschäfts sei sogar gemäß § 36 Abs 6 TabMG 1996 ausdrücklich verboten. Die Auftraggeberin habe kein rechtliches Vorbringen erstattet, das gegen die Anwendbarkeit des BVergGKonz spreche. Bei der Veröffentlichung auf der Homepage der Auftraggeberin handle es sich um ein Verzeichnis von Trafiken, keinesfalls um eine Bekanntgabe, die den unions- und vergaberechtlichen Bestimmungen entspreche. Tatsächlich handle es sich um einen Auftrag im Oberschwellenbereich. Die Auftraggeberin habe eine unbefristete Vergabe beabsichtigt und auch bekanntgemacht. Der geschätzte Jahresumsatz betrage € 3,3 Mio. Es bestehe ein grenzüberschreitendes Interesse. Aus § 27 Abs 1 Z 1 TabMG 1996 ergebe sich, dass jeder EWR-Bürger an der Ausschreibung teilnehmen dürfe. Die Auftraggeberin müsse nachweisen, dass eine Neuausschreibung eingeleitet worden sei. Der Antragsteller habe den Auftragswert gemäß § 12 BVergGKonz 2018 korrekt geschätzt. Die Auftraggeberin müsse nachweisen, dass sie von vornherein eine befristete Vergabe beabsichtigt habe. Sie habe auch keine korrekte Schätzung des Auftragswerts vorgenommen. Die Bekanntmachungsvorschriften des BVergGKonz seien einzuhalten und das Umgehungsverbot zu beachten. Sie hätte die Zuschlagserteilung gemäß § 37 BVergGKonz 2018 bekannt geben und damit öffentlich zugänglich machen müssen. Die „Trafiksuche“ sei dazu nicht geeignet, weil sie

nicht die Kerndaten enthalte. Der Zeitpunkt der Bekanntmachung lasse sich aus den vorgelegten Unterlagen nicht erkennen. Der Antragsteller hätte sich nicht gegen sein Ausscheiden im vorhergehenden Verfahren wehren müssen. Das BVerGKonz sei erst danach in Kraft getreten, sodass sich der Antragsteller nicht nach den Bestimmungen dieses Gesetzes dagegen hätte wehren können. Der Antragsteller hält seine Beschwerde aufrecht.

9. Mit Beschluss vom 7. August 2019, W187 2219311-1/25E, wies das Bundesverwaltungsgericht in Spruchpunkt A.1. den Antrag, „gem. § 97 Abs 1 Z 2 BVerGKonz festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer 1300 0001, 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVerGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war“, mangels Anwendbarkeit des BVerGKonz 2018 zurück, in Spruchpunkt A.2. die Anträge, „gem. § 100 Abs 2 BVerGKonz den Bestellungsvertrag der Antragsgegnerin mit BBBB für absolut nichtig zu erklären; eventualiter gem. § 100 Abs 9 BVerGKonz eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen“, als unzulässig zurück und ließ die Revision zu.

10. Mit Beschluss vom 28. November 2019, E 3505/2019, lehnte der Verfassungsgerichtshof die Behandlung der der Beschwerde ab.

11. Mit Erkenntnis vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, hob der Verwaltungsgerichtshof Spruchpunkt A.1. des oben genannten Beschlusses auf und wies die Revision im Übrigen ab. Begründend führte er im Wesentlichen aus, dass die Vergabe einer Tabaktrafik eine Dienstleistungskonzession darstelle und das BVerGKonz 2018 anwendbar sei. Im fortgesetzten Verfahren sei die Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags zu klären. Die beantragte mündliche Verhandlung sei unterblieben. Anträge auf Nichtigerklärung eines Vertrags und Verhängung einer Geldbuße seien an sich unzulässig.

12. Mit Schriftsatz vom 4. November 2021 nahm die Auftraggeberin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Frist des § 98 Abs 2 BVerGKonz 2018 für einen Feststellungsantrag ab Kennen oder Kennen-können des Zuschlags oder Widerrufs zu laufen beginne. Es handle sich um eine materiell-rechtliche Frist, deren Versäumen zum Erlöschen des Feststellungsanspruchs führe. Die Regelung des § 98 Abs 2 BVerGKonz 2018 entspreche jener des § 354 Abs 2 BVerG 2018. Es komme nicht auf die Bekanntmachung der Entscheidung im vergaberechtlichen Sinn, sondern auf die Faktizität der Kenntnisnahmemöglichkeit durch den Unternehmer an. Es handle sich um eine subjektive Frist. Es komme nur auf die konkrete Möglichkeit der Kenntnisnahme an. Die habe für den Antragsteller bestanden und er habe die Website der Auftraggeberin auch regelmäßig genutzt. Die Bestellung von BBBB sei auf der Website der Auftraggeberin bereits am 1. November 2018 bekannt gemacht worden. Der Antragsteller habe selbst ausdrücklich festgehalten, dass für ihn im Wege einer Einsichtnahme auf dieser Website klar ersichtlich gewesen sei, dass am oben bezeichneten Standort BBBB als Tabaktrafikantin bestellt worden sei. Dass keine Vertragsdetails veröffentlicht worden seien, sei für eine zeitgerechte Antragstellung iSd § 98 Abs 2 BVerGKonz 2018 vollkommen irrelevant. Der Besuch der Website der Auftraggeberin sei zumutbar. Der Antragsteller habe selbst Auszüge aus dieser Website vorgelegt. Die Frist zur Einbringung von Feststellungsanträgen ende daher spätestens am 1. Mai 2019. Der verfahrenseinleitende Schriftsatz des Antragstellers datiere mit 24. Mai 2019 und sei daher verspätet. Mangels Vorzugsberechtigung verfüge der Antragsteller nicht über Antragslegitimation. Die Auftraggeberin sei verpflichtet, im Fall der Bewerbung einer vorzugsberechtigten Person, dieser den Vorzug zu geben. Dies stehe im Einklang mit § 16 BVerGKonz 2018. Im konkreten Fall sei der temporäre Bestellungsvertrag an eine Person mit Vorzugsberechtigung vergeben worden und dem Antragsteller komme keine Antragslegitimation zu. Es liege eine Vergabe im Unterschwellenbereich vor. Es liege kein grenzüberschreitendes Interesse vor. Es sei keine einzige Interessensbekundung aus dem Ausland vorgelegen. Das Bestellungsverfahren sei in §§ 25 ff TabMG 1996 geregelt. § 32 Abs 3 TabMG 1996 erlaube eine vorläufige Bestellung für längstens zwei Jahre, wenn eine Tabaktrafik vergeben werden solle, weil der mit dem bisherigen Inhaber abgeschlossene Bestellungsvertrag erloschen sei. Die Auftraggeberin beantrag die Zurück- bzw Abweisung sämtlicher Anträge, in eventu die Feststellung, dass der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des „Zuschlags“ gehabt hätte.

13. Mit Schriftsatz vom 10. November 2021 nahm der Antragsteller Stellung. Darin führt er im Wesentlichen aus, dass der Feststellungsantrag rechtzeitig sei. Der Verwaltungsgerichtshof hätte sonst die Revision zurückgewiesen und keine Sachentscheidung getroffen. Das fortgesetzte Verfahren diene der Klärung der Frage nach der Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags. Durch die Bekanntmachung in einem Amtsblatt entsprechend den gesetzlichen Vorschriften hätte der Antragsteller von der Zuschlagserteilung Kenntnis haben können. Der vorliegende Fall sei anders gelagert.

Die Auftraggeberin habe die Tatsache der Zuschlagserteilung nicht vergaberechtskonform und auch nicht entsprechend den Vorschriften des BVergGKonz 2018 bekannt gegeben. Im vorliegenden Fall sei gerade keine Veröffentlichung in einem öffentlichen Kundmachungsmedium oder einer Kundmachungsplattform erfolgt. Erst dann sei von einem Kennenmüssen des Antragstellers auszugehen. Erst vom Eigentümervertreter der Auftraggeberin habe der Antragsteller Kenntnis erlangt. Dem Trafikverzeichnis auf der Homepage der Auftraggeberin sei nicht zu entnehmen, ab wann ein Trafikant an einem Standort diesen betreibe. Der Zweck dieser Bekanntmachung sei auch ein anderer. Der Antragsteller ist in seinem Vertrauen auf die Auskunft des Bundesministers für Finanzen geschützt, die er am 28. November 2018 erhalten habe. Der Verwaltungsgerichtshof ziehe die Antragslegitimation des Antragstellers nicht in Zweifel. Das TabMG 1996 sehe auch die Vergabe einer Trafik an eine nicht vorzugsberechtigte Person vor. Die Konzessionärin betreibe eine weitere Trafik, sodass ihr Angebot von vorneherein auszuschneiden gewesen sei. Sie sei – entgegen den Vorgaben des § 27 Abs 1 Z 6 TabMG 1996 – auch nicht über die Trafik verfügbungsbefugt gewesen. Der Antragsteller sei zur Teilnahme am Vergabeverfahren berechtigt gewesen. Die Auftraggeberin habe das BVergGKonz 2018 nicht angewandt. Daher müsse das Bundesverwaltungsgericht die beantragte Feststellung treffen. Auch habe die Auftraggeberin keine Zuschlagsentscheidung bekannt gegeben, sodass der Antragsteller auch beantrage festzustellen, dass der Zuschlag rechtswidrigerweise ohne Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung erteilt wurde. Es gebe keine Dokumentation. Das Bundesverwaltungsgericht habe die Akteneinsicht nicht ausreichend gewährt. Der Antragsteller beantragt, Einsicht in den Vergabeakt zu gewähren, gemäß § 97 Abs 1 Z 2 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer 1300 0001, 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, gemäß § 97 Abs 1 Z 3 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Zuschlagserteilung an BBBB ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, die Auftraggeberin gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten, und ein schuldangemessenes, hohes Bußgeld mit entsprechender Abschreckungswirkung gegen die Antragsgegnerin aufgrund der gravierenden Verstöße gegen das geltende BVergGKonz 2018 zu verhängen.

14. Mit einem weiteren Schriftsatz vom 10. November 2021 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin führt er im Wesentlichen aus, dass der Verwaltungsgerichtshof die Revision des Antragstellers zurückgewiesen und keine Sachentscheidung getroffen hätte, wenn der Feststellungsantrag des Revisionswerbers verfristet gewesen wäre. Der Antragsteller ergänzt seine Anträge dahingehend, dass er nunmehr auch ausdrücklich die Feststellung beantragt, dass die Zuschlagserteilung zu Gunsten der mitbeteiligten Partei ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidungen wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

14.1 Die nunmehr anberaumte Verhandlung diene der Klärung der Frage, zu welchem Zeitpunkt der Antragsteller Kenntnis vom der Zuschlagserteilung gehabt habe. Die Frist für einen Feststellungsantrag betrage sechs Monate ab Kenntnis oder Kennen Können der Zuschlagserteilung. Die Begründung sei eine Bringschuld des Auftraggebers. Die Auftraggeberin habe die Tatsache der Zuschlagserteilung nicht vergaberechtskonform und auch nicht entsprechend den Vorschriften des BVergGKonz 2018 bekannt gegeben. Es sei keine Veröffentlichung in einem öffentlichen Kundmachungsmedium oder einer Kundmachungsplattform erfolgt. Nur bei einer Kundmachung in einem dieser Medien wäre von einem Kennen Müssen des Antragstellers auszugehen. Die Zuschlagsentscheidung sei dem Antragsteller auch auf keinem anderen Weg bekanntgegeben worden. Er habe von offizieller Stelle konkrete Informationen über den Ausgang des vorangegangenen Konzessionsverfahrens erhalten, sodass ihm ein Wissen Müssen nicht vorgehalten werden könne. In dem Trafikverzeichnis sei nicht festgehalten, seit wann ein Trafikant am jeweiligen Standort die Dienstleistungskonzession ausübe. Es sei dem Antragsteller nicht zumutbar, das Trafikverzeichnis täglich abzurufen, um von der Zuschlagserteilung zu erfahren. In der Zwischenzeit habe die Auftraggeberin eine Rubrik Kundmachungen eingerichtet.

14.2 Der Verwaltungsgerichtshof ziehe die Antragslegitimation des Antragstellers nicht in Zweifel. Das TabMG sehe die Vergabe von Konzessionen an Nicht-Vorzugsberechtigte vor. Die Konzessionärin sei entgegen §§ 36 Abs 3 und 27 Abs 1 Z 5 TabMG rechtswidrig Konzessionsträgerin einer anderen Trafik und daher auszuschneiden gewesen. Die Konzessionärin sei auch nicht über das Trafiklokal verfügbungsbefugt gewesen. Es sei die Bestellung eines Mediators in

der Auseinandersetzung über die Ablöse für die Trafik mit den Erben nach dem vorherigen Betreiber notwendig gewesen. Den Mediator habe sogar rechtswidrigerweise die Auftraggeberin bezahlt. Daher sei die Vergabe der Trafik an die Konzessionärin rechtswidrig gewesen. Im Fall einer ordnungsgemäßen Ausschreibung wäre dem Antragsteller der Zuschlag zu erteilen gewesen.

14.3 Die Auftraggeberin habe in diesem Verfahren konsequent die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 negiert, weshalb das Bundesverwaltungsgericht zu dem Ergebnis kommen müsse, dass dieses Vergabeverfahren rechtswidrig und ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei. Auch die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung an die Konzessionärin sei rechtswidrig. Die Auftraggeberin habe die Gründe für die Zuschlagsentscheidung nicht gesetzeskonform dokumentiert. Dies sei aufzugreifen und müsse zur beantragten Feststellung führen.

14.4 Dem Antragsteller sei eine knappe Frist gesetzt worden, um auf die Stellungnahme der Auftraggeberin zu replizieren. Ein Termin für die Akteneinsicht sei nicht möglich gewesen. Der Antragsteller nennt eine Reihe von Informationen, die nach seiner Ansicht zur zweckentsprechenden Rechtsansicht notwendig sei. Im Zuge der Akteneinsicht werde zu Tage treten, dass das von der Auftraggeberin durchgeführte Verfahren nicht den Anforderungen des BVergGKonz 2018 genüge.

14.5 Der Antragsteller beantragt, ihm Einsicht in den Vergabeakt der Auftraggeberin zu gewähren, weiters festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der Tabaktrafik mit der Standortnummer 1300 0001, 1300 Mannswörth, Flughafen Wien-Schwechat, Check-In 3, Objekt 115, ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, und festzustellen, dass die Zuschlagserteilung an BBBB ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, sowie jedenfalls die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten und ein schuldangemessenes, hohes Bußgeld mit entsprechender Abschreckungswirkung gegen die Auftraggeberin aufgrund der gravierenden Verstöße gegen das geltende BVergGKonz 2018 zu verhängen.

15. Am 12. November 2021 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte folgenden Verlauf:

Richter: Wann wurde das Verfahren zur Vergabe der gegenständlichen Konzession eingeleitet?

EEEE , Rechtsvertreter der Auftraggeberin: Nachdem zwei vorzugsberechtigte Bewerber im Juli 2018 ihre Bewerbung zurückgezogen hatten und das Verfahren gemäß TabMG 1996 widerrufen wurde, wurde der hier verfahrensgegenständliche temporäre Bestellungsvertrag mit BBBB am 30.10.2018 abgeschlossen. Nachdem bereits im Juli 2018 die entsprechenden Bewerbungen zurückgezogen waren, ist jedenfalls davon auszugehen, dass unmittelbar danach die Antragsgegnerin das Verfahren zur Vergabe des temporären Bestellungsvertrags eingeleitet hat.

FFFF , Rechtsvertreter des Antragstellers: Am 28.11.2018 hat das BMF als Eigentümervertreter dem Antragsteller die Auskunft erteilt, dass eine Übergangslösung mit dem bisherigen Trafikanten CCCC gebrochen wurde und dieser daher weiter als Trafikant am gegenständlichen Standort tätig ist (siehe Beilage 12 zum Nachprüfungsantrag vom 24.5.2019). Aus den mit der letzten Stellungnahme vorgelegten Telefonnotizen ergibt sich, dass die mitbeteiligte Partei BBBB kurzfristig vor ihrer Bestellung telefonisch von der Antragsgegnerin kontaktiert wurde, um die Trafik weiter zu betreiben. Im Übrigen müsste es im Vergabeakt Dokumentation zur Bekanntmachung des Vergabeverfahrens und zu dem temporären Bestellungsvertrag vorangegangenen Beschaffungsvorgang der Antragsgegnerin geben.

EEEE : Das vom Antragsteller zitierte Schreiben des BMF enthält entgegen dem soeben erstatteten Vorbringen keine explizite Aussage dazu, welche Person die gegenständliche Trafik führt. Es wird lediglich festgehalten, dass „eine zeitlich befristete interimistische Lösung mit dem bisherigen Trafikanten“ getroffen worden sei. Diese Aussage könnte sich etwa auch auf die entsprechenden Bestandverhältnisse am gegenständlichen Standort beziehen. Hierzu ist insbesondere festzuhalten, dass es bei der Vermietung, vielmehr um Sacheinrichtung, wie Trafikeinrichtung und Automaten gegangen ist. Die vom Antragsteller in seiner Stellungnahme vom 10.11.2021 angesprochene Untervermietung des Lokals, welche im Einvernehmen mit dem Flughafen als Bestandgeber erfolgt ist, ist auch insofern irrelevant, als die mitbeteiligte Partei lediglich ein Verfügungsrecht für das Lokal benötigt hat, was gegenständlich jedenfalls auch der Fall war. Dies wurde vom bestehenden Bestandnehmer mit BBBB bilateral

vereinbart. Die vom Antragsteller relevierten Gespräche bzw. Notizen über Gespräche mit CCCC bzw. DDDD sind im gegenständlichen Kontext jedenfalls irrelevant und datieren zudem, soweit ersichtlich, 1 Jahr nach der verfahrensgegenständlichen Vergabe.

FFFF : In seiner Aufsichtsbeschwerde hat der Antragsteller ausdrücklich nach dem Schicksal der gegenständlichen Trafik bzw. des Konzessionsvertrags gefragt und auf den aktuellen bzw. damals tätigen Konzessionär CCCC Bezug genommen. Die Antwort des BMF auf die Aufsichtsbeschwerde vom 28.11.2018, in der das BMF ausdrücklich auf eine Übergangslösung mit dem bisherigen Trafikanten hinweist, war daher keinesfalls anders zu verstehen, als dass CCCC weiterhin Konzessionär an diesem Standort war bzw. geblieben ist. Die Auskunft des BMF bzw. Antwort auf die Aufsichtsbeschwerde des Antragstellers wurde der hier ausgewiesenen rechtsfreundlichen Vertretung am 28.11.2018 zugestellt.

Richter: Haben Interessenten aus anderen Staaten der EU oder des EWR eine Chance, sich an der Ausschreibung einer Trafik zu beteiligen?

EEEE : Grundsätzlich ja, wiewohl im gegenständlichen Fall bei der Ausschreibung dieser Trafik im Jahr 2018 kein einziger Interessent aus dem Ausland eine Bewerbung abgegeben hat.

Richter: Hat es solche ausländischen Interessensbekundungen bereits gegeben?

EEEE : Nach meinem Wissen nein. Nicht nach meinem Kenntnisstand.

Richter: Gibt es in Österreich eine Trafik, deren Betreiber nicht die österreichische Staatsbürgerschaft hat?

EEEE : Das kann ich nicht beantworten.

Richter: Wie groß ist der Wert dieser Konzession?

FFFF : Euro 3,3 Millionen. Das steht glaublich in der Bekanntmachung.

EEEE : Festzuhalten ist, dass selbst unter der Prämisse der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 jedenfalls ein Auftragswert in der Unterschwellen gemäß § 11 gegenständlich vorliegt.

FFFF : Tatsächlich wurde der temporäre Bestellungsvertrag mit der mitbeteiligten Partei wiederholt verlängert und ist daher bei der Beurteilung des Auftragswertes die tatsächliche gesamte Laufzeit des Bestellungsvertrages heranzuziehen.

EEEE : Verfahrensgegenständlich ist ausschließlich der am 30.10.2018 abgeschlossene Einjahresvertrag und ist damit klar, dass eine Unterschwellenvergabe vorliegen würde. Sämtliche Ausführungen des Antragsstellers zu allfälligen Verlängerungen sind daher nicht verfahrensgegenständlich und wären darauf gerichtete Anträge auch jedenfalls als verfristet zu qualifizieren.

FFFF : Auch im Unterschwellenbereich sieht das BVergGKonz Vorschriften über die Bekanntmachung von Aufträgen (§ 36 BVergGKonz), sowie über die Bekanntgabe von Zuschlagserteilungen (§ 37 BVergGKonz). Bekanntgaben sind jedenfalls mit einem Auftragswert von über 50.000 Euro entsprechend den detaillierten gesetzlichen Vorschriften über die Plattform www.data.gv.at zu dokumentieren und zu veröffentlichen.

EEEE : Wie von der Antragsgegnerin schon mehrfach dargelegt, kann im Unterschwellenbereich eine Konzession ohne vorherige Bekanntmachung auch in einem Verfahren nur mit einem Bieter vergeben werden (vgl. § 22 BVergGKonz 2018 iVm § 32 Absatz 3 TabMG 1996). Abgesehen davon, dass die vom Antragsteller relevierte Bestimmung zur Bekanntgaben auf data.gv.at erst am 1.3.2019 in Kraft getreten ist, spielt sie im gegenständlichen Verfahren auch überhaupt keine Rolle. Im Übrigen ist dies auch der Grund, weshalb der erst mit 10.11.2021 gestellte Antrag des Antragstellers in Punkt 5.3. (fehlende Zuschlagsentscheidung) ins Leere geht, da gemäß § 72 Absatz 2 Ziffer 1 BVergGKonz 2018 keine Verpflichtung zur Mitteilung einer Zuschlagsentscheidung besteht, wenn der Zuschlag keinem einzigen Bieter erteilt werden soll. Zudem ist darauf hinzuweisen, dass dieser neue Antrag des Antragstellers unter Hinweis auf § 98 BVergGKonz 2018 auch jedenfalls verfristet ist.

FFFF : Die Anwendbarkeit des BVergGKonz wurde von der Antragsgegnerin bis zum Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofs vom 20.7.2021, zugestellt am 23.8.2021, vehement in Abrede gestellt, erst durch dieses Erkenntnis konnte die Anwendbarkeit geklärt werden. Der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne vorherige Bekanntgabe einer Zuschlagsentscheidung ist daher nicht verfristet.

EEEE : Die Antragstellerin widerspricht sich in sich selbst. Sie hat bereits zu dem ursprünglichen Feststellungsantrag die Meinung vertreten, dass dieser (was gegenständlich vehement bestritten wird), rechtzeitig gewesen wäre und daher die 6Monatsfrist schon längst zum Laufen begonnen hätte. Nichts Anderes kann für den erst vor 2 Tagen gestellten Antrag gelten, wozu festgehalten wird, dass die 6Monatsfrist für sämtliche Anträge, jedenfalls spätestens mit 1.11.2018 zu laufen begonnen hat.

FFFF : Nach Auskunft des BMF, dass die Trafik am Standort vom vormaligen Trafikanten CCCC weiter betrieben wird, ist der Antragsteller von der Richtigkeit dieser Auskunft ausgegangen. Er hat in der Folge nachweislich am 10. Mai 2019 bei der Antragsgegnerin nachgefragt, ob der Standort neu ausgeschrieben wird. Die Antragsgegnerin hat darauf mit Schreiben vom 20.5.2019 geantwortet, dass eine Neuausschreibung auf der Homepage der Antragsgegnerin veröffentlicht werden wird. Diese Schreiben wurden als Beilagen .13 und .14 bereits mit dem Feststellungsantrag vorgelegt. Sie geben den Kenntnisstand des Antragsgegners zum damaligen Zeitpunkt, sowie die Informationspolitik der Antragsgegnerin zweifelfrei wieder.

EEEE : Wie bereits vorgebracht, war jede einzelne Aussage der Antragsgegnerin gegenüber dem Antragsteller wahrheitskonform und korrekt. Es ist festzuhalten, dass der gegenständliche Vertragsabschluss auf der Webseite der Antragsgegnerin am 1.11.2018 publiziert wurde. Die Antragsgegnerin ist jene Organisation, welche in Österreich ausschließlich für die Vergabe von Bestellungsverträgen für Tabaktrafikanten zuständig ist. Diese Aufgaben und die Webseite der Antragsgegnerin sind dem Antragsteller seit vielen Jahren bekannt und zitiert er selbst laufend von dieser Webseite. Es ist einem Interessenten, wie dem Antragsteller, der sich um die konkrete Trafik sogar beworben hat, jedenfalls zumutbar, ein einziges Mal in sechs Monaten diese für die gesamte Branche zentrale Webseite abzurufen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass, wie heute auch schon zu Beginn der Verhandlung erörtert, dem Schreiben des BMF vom 7.11.2018 auch nicht zu entnehmen ist, dass CCCC im konkreten Fall zum Trafikant bestellt wurde.

FFFF : Warum wurde die Tatsache der Zuschlagserteilung nicht in der Rubrik „Kundmachungen“ der Antragsgegnerin veröffentlicht?

EEEE : Die Veröffentlichung erfolgte auf der Webseite und ist dies ein üblicher Vorgang. Diese wird bei sämtlichen Bestellvorgängen so vorgenommen. Die konkrete Rubrik auf der Webseite ist irrelevant.

Richter: Wann wurde der Abschluss des Vertrages mit BBBB bekannt gemacht?

EEEE : Am 1.11.2018 (siehe Beilage ./D).

Richter: Seit wann ist dem Antragsteller grundsätzlich diese Trafiksuche bekannt?

FFFF : Meines Wissens ist der Antragsteller Nichtraucher und hat daher keine Veranlassung täglich oder in halbjährlichen Abständen nach einer Trafik in seiner Umgebung zu suchen. Ich kann nicht angeben, seit wann der Antragsteller die Rubrik Trafiksuche auf der Webseite der Antragsgegnerin kennt und wie oft dieser diese besucht.

EEEE : Rechtlich relevant ist das kennen können.

Richter unterbricht um 12:07 Uhr die Verhandlung.

Fortsetzung: 12:16 Uhr.

FFFF Ich gehe davon aus, dass sich das in Beilage ./4 zum Feststellungsantrag angesprochene Schreiben vom 19.1.2018 auf den Standort Hauptbahnhof bezieht. Ich ziehe den Antrag auf Verhängung einer Geldbuße über die Auftraggeberin zurück, weil diese ohnehin von Amts wegen zu verhängen wäre.

EEEE : Bis kommenden Mittwoch wird bekanntgegeben werden, wann das gegenständliche Vergabeverfahren eingeleitet wurde.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

16. Mit Schriftsatz vom 17. November 2021 nahm die Auftraggeberin Stellung und legte eine Gesprächsnotiz vom 30. Juli 2018 vor. Sie bringt im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin nach Zurückziehung der Bewerbungen der beiden vorzugsberechtigten Personen am 30. Juli 2018 die weitere Vorgangsweise erörtert habe. Es sei insbesondere darauf hinzuweisen, dass die Einleitung eines Konzessionsvergabeverfahrens vor Inkrafttreten des BVergGKonz 2018, dem 21. August 2018, jedenfalls nicht auf die in § 12 Abs 2 BVergGKonz 2018 genannten Modalitäten beschränkt sein

könne, andernfalls es zu einer vom Gesetzgeber eben nicht intendierten rückwirkenden Geltung der entsprechenden Bestimmungen kommen würde. Das Bestellungsverfahren sei am 30. Juli 2018 eingeleitet worden. Der Auftraggeberin sei kein einziger Fall bekannt, in dem sich ein Interessent mit Wohnsitz im Ausland für eine Trafik in Österreich beworben oder sonst Interesse gezeigt habe. Grenzüberschreitendes Interesse müsse konkret vorliegen. Es liege kein grenzüberschreitendes Interesse vor.

17. Mit Schriftsatz vom 25. November 2021 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin bringt er im Wesentlichen vor, dass die Gesprächsnotiz erstmals vorgelegt worden sei. Sie sei nicht als Einleitung eines Vergabeverfahrens zu werten. Der Antragsteller habe eine echte Chance auf Zuschlagserteilung. Die Gesprächsnotiz sei nicht in den dem Bundesverwaltungsgericht vorgelegten Akten enthalten gewesen. Der Antragsteller beantragt erneut Akteneinsicht und eine ausreichende Frist zur Stellungnahme. Von einem fairen und transparenten Vergabeverfahren könne keine Rede sein.

18. Am 30. November 2021 nahm der Antragsteller beim Bundesverwaltungsgericht Akteneinsicht.

19. Mit Schriftsatz vom 7. Dezember 2021 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin bringt er im Wesentlichen vor, dass die Auftraggeberin BBBB den Zuschlag für einen temporären Bestellungsvertrag erteilt habe, obwohl diese nicht vorzugsberechtigt gewesen sei und eine weitere Trafik bereits betrieben habe, obwohl ein Trafikant nach dem TabMG 1996 lediglich eine einzige Trafik betreiben dürfe und die Mitbeteiligte das nach dem TabMG 1996 bestimmte Höchstalter für Trafikanten bereits überschritten gehabt habe. Das Angebot der Mitbeteiligten wäre schon aus diesem Grund auszuschneiden gewesen. Die Auftraggeberin habe keinen Vergabeakt vorgelegt und sei ihrer Auskunftspflicht gegenüber dem Bundesverwaltungsgericht entgegen § 80 Abs 2, § 26 Abs 4 BVergGKonz 2018 damit nicht nachgekommen. Da es keinen Vergabeakt gebe, habe die Auftraggeberin auch nicht die Gründe für die Zuschlagsentscheidung zugunsten der Mitbeteiligten dokumentiert, sodass bereits aus diesem Grund die Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung offenkundig sei. Der Antragsteller habe einen rechtzeitigen und vollständigen Teilnahmeantrag eingebracht, sodass ihm der Zuschlag erteilt hätte werden müssen. Er habe jedenfalls eine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt. Der Verwaltungsgerichtshof habe bindend ausgesprochen, dass das BVergGKonz 2018 anzuwenden sei. Er habe in seinem Erkenntnis das Bundesverwaltungsgericht verpflichtet, die Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags zu prüfen. Die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 sei daher nicht zu prüfen. Die Richtlinie 2014/23/EU sei jedenfalls bereits umzusetzen gewesen und sei daher auf das gegenständliche Vergabeverfahren anzuwenden. Die Gesprächsnotiz sein nicht als Einleitung eines Vergabeverfahrens gemäß § 118 Abs 4 BVergGKonz 2018 zu werten. Der Unionsgesetzgeber qualifiziere ausdrücklich und einschränkend lediglich Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- oder Bildungswesen als nicht von grenzüberschreitendem Interesse (siehe Erwägungsgrund 53 zur Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU). Der Sohn des Antragstellers, GGGG, habe die slowakische Staatsbürgerschaft inne. Dieser habe sich bereits mehrmals um Tabaktrafiken bei der Auftraggeberin beworben und der Bewerbung seinen slowakischen Reisepass beigelegt. Der Auftraggeberin sei dieser Umstand bekannt. Darüber hinaus liegt ein grenzüberschreitendes Interesse jedenfalls auch nach der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH vor. Der Feststellungsantrag des Antragstellers sei jedenfalls rechtzeitig, weil er innerhalb von sechs Monaten nach „Kennen-Müssen“ der Zuschlagserteilung eingebracht worden sei. Die Bestimmungen der RL 2014/23/EU seien wegen des Umsetzungsverzugs auch am 30. Juli 2018 anzuwenden gewesen. Nach der Telefonnotiz sei der bisherige Trafikant weiter zu bestellen und sei dies auch dem Antragsteller mit der Auskunft des Bundesministers für Finanzen mitgeteilt worden. Dieser sei am 13. August 2019 verstorben und bis zuletzt Nutznießer der Trafik gewesen. Seine Erbin sei noch am 4. Februar 2020 im Firmenbuch als Trafikantin eingetragen gewesen. Es könne daher keine Rede davon sein, dass ein neuer Beschaffungsvorgang vor Beginn des zeitlichen Anwendungsbereichs des BVergGKonz 2018 eingeleitet worden sei. BBBB habe in diesem Feststellungsverfahren eine Stellungnahme vorgelegt, wonach HHHH, der Prokurist der Auftraggeberin, sie erstmals Ende September 2018 kontaktiert und gebeten habe, die Trafik interimistisch weiter zu führen. Sie habe sich nach kurzer Bedenkzeit dazu bereit erklärt und dann einen temporären Bestellungsvertrag erhalten. Daraus ergebe sich, dass das Vergabeverfahren entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin erst im September 2018 und somit im Anwendungsbereich des BVergGKonz eingeleitet worden sei. Die vorgelegte Gesprächsnotiz genüge den Anforderungen des § 26 Abs 4 BVergGKonz 2018 an die Führung von Vergabeakten nicht. Lege der Auftraggeber die Unterlagen des Vergabeverfahrens nicht vor, könne das Bundesverwaltungsgericht auf Grundlage des Vorbringens der Parteien entscheiden. Die Handschrift der Gesprächsnotiz sei schwer leserlich. Der Stil sei äußerst kursorisch. Es handle

sich nicht um eine nachvollziehbare Dokumentation. Die Vorgangsweise entspreche nicht den Vorgaben des BVergGKonz 2018 und des TabMG 1996. Die beteiligten Personen seien als Zeugen einzuvernehmen. Zum Zeitpunkt der Gesprächsnotiz seien andere Betreiber der Trafik in Aussicht gewesen. Die Schwärzungen auf der Gesprächsnotiz seien unzulässig und eindeutig eine Verletzung der Auskunftspflicht. Die Gesprächsnotiz entspreche nicht den Anforderungen des § 26 Abs 4 BVergGKonz 2018 an die Dokumentation des Vergabeverfahrens. Das gelte auch für das „MVG-Kundenstamblatt“. BBBB habe angegeben, im September 2018 wegen der Führung der Trafik kontaktiert worden zu sein. Am 14. August 2019 habe sie mit der Verlassenschaft einen Untermietvertrag abgeschlossen. Die Auftraggeberin habe auf ihre Website ausgeführt, dass Tabakfachgeschäfte in einem öffentlichen Gebäude immer ausgeschrieben würden. Der Flughafen Wien Schwechat sei ein öffentliches Gebäude. Auch daraus sei abzuleiten, dass die Gesprächsnotiz nicht die Einleitung eines Vergabeverfahrens sei. Aufgrund der Intransparenz der Beschaffungsvorgänge sei es Bewerbern aus anderen Mitgliedsstaaten schwer bis unmöglich gewesen, sich daran zu beteiligen. Die bisherige Beteiligung könne daher nicht als Indikator für ein grenzüberschreitendes Interesse herangezogen werden. Der Sohn des Antragstellers habe die slowakische Staatsbürgerschaft und sich bereits mehrfach um eine Trafikenkonzession beworben. Eine Trafikenkonzession sei von der RL 2014/23/EU als von grenzüberschreitendem Interesse gewertet. Auch nach den Vorschriften des AEUV liege grenzüberschreitendes Interesse vor. Es dafür auch nicht notwendig, dass sich bereits ein Bieter aus dem Ausland darum bewerben habe. Die Trafik am Flughafen Wien Schwechat liege nahe zur Staatsgrenze, sodass grenzüberschreitendes Interesse anzunehmen sei. Der Vertrag sei mehrfach verlängert worden und die Konzession liege daher im Oberschwellenbereich. Die Umsätze aus anderen lukrativen Nebengeschäften sei in den Wert der Konzession einzubeziehen. Es sei der Gesamtumsatz aus der Konzession einzubeziehen. Die Auftraggeberin sei verpflichtet, Verträge mit auszuschließenden Konzessionären unverzüglich zu beenden.

20. Mit Schriftsatz vom 16. Dezember 2021 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass der Antragsteller über keine Antragslegitimation verfüge und keine Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Die Auftraggeberin widerrufe gemäß § 25 Abs 9 TabMG 1996 Verfahren, an denen sich keine vorzugsberechtigten Personen beteiligt hätten. Das Bundesverwaltungsgericht habe diesen Widerrufsgrund bereits als sachlichen Grund iSd § 75 Abs 1 BVergGKonz 2018 qualifiziert. BBBB als vorzugsberechtigte Person hätte auf jeden Fall vorgezogen werden müssen. Die temporäre Beauftragung von Personen, die bereits eine Trafik führten, sei ein regulärer Vorgang. Kurzfristige Weiterführungen könnten nur von aktiven Trafikanten vorgenommen werden. Der Ausschlussgrund des § 27 Abs 1 TabMG 1996 beziehe sich nur definitive, auf Dauer gerichtete Trafikverleihungen. Es existiere kein für Trafikanten bestimmtes Höchstalter. Da am 30. Juli 2018 festgestanden sei, dass keine erfolgreiche Weitergabe der Tabaktrafik an einen vorzugsberechtigten Bewerber des vorangegangenen Vergabeverfahrens erfolgen könne, sei die weitere Vorgangsweise mit dem im Vermerk festgehaltenen Gespräch zwischen dem Geschäftsführer der Antragsgegnerin, IIII, und dem Prokuristen der Antragsgegnerin, HHHH erörtert und folgendes festgelegt worden: Die Versorgung am Flughafen sei sicherzustellen. Für die kurzfristige Sicherstellung könne nur das Instrument der interimistischen Beauftragung eines aktiven Trafikanten gewählt werden. Eine Vergabe an die Tochter von CCCC sei jedenfalls nicht thematisiert worden. Die Tochter des bisherigen Trafikanten sei als Erbin Eigentümerin des Trafikinventars und Inhaberin der Mietrechte gegenüber der Flughafen Wien AG als Rechtsnachfolgerin von CCCC geworden. Die Inserate seien von CCCC aufgegeben worden, um einen interessierten Trafikanten zu finden, der die in seinem Eigentum stehenden Bestandteile der Trafik abkaufen sollte. Der Bestellung von BBBB sei der Entschluss der Antragsgegnerin, einen interimistischen Trafikanten zu suchen, vorangegangen. Dies sei auch im handschriftlichen Vermerk vom 30. Juli 2018 genauso festgehalten. § 26 Abs 4 BVergGKonz 2018 sei am 30. Juli 2018 noch nicht in Kraft gestanden. Beim Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses komme es nicht auf die Staatsbürgerschaft, sondern auf den Wohnsitz an. Der Sohn des Antragstellers, Herr GGGG, halte sich in Österreich auf und verfüge über einen Wohnsitz in Wien. Die slowakische Staatsbürgerschaft des Sohnes des Antragstellers, der in Wien wohne und die Schule besuche, sei für die Auftraggeberin neu. Er habe seinen Bewerbungen einen österreichischen Staatsbürgerschaftsnachweis beigelegt. Der slowakische Reisepass sei neu. Keinem Mitarbeiter der Auftraggeberin im Bereich Wien, Niederösterreich und Burgenland seien Bewerbungen von Bürgern anderer Staaten erinnerlich, die ihren Wohnsitz nicht in Österreich gehabt hätten. Daher stehe fest, dass eben kein grenzüberschreitendes Interesse für Trafiken in Österreich existiere. Auch den vom EuGH entwickelten Kriterien liege kein grenzüberschreitendes Interesse vor. Der Flughafen Wien sei jedoch eine Aktiengesellschaft, die nicht im mehrheitlichen Eigentum einer Gebietskörperschaft stehe. Die AG sei kein durch Gesetz eingerichteter Wirtschaftskörper und auch keine Körperschaft

öffentlichen Rechts im Sinne der Bestimmung des § 26 TabMG 1996. Dies sei bereits anlässlich der Vergabe an CCCC geprüft worden. Daher sei § 26 TabMG 1996 im konkreten Fall nicht anwendbar. Beim Flughafen Wien Schwechat handle es sich nicht um ein öffentliches Gebäude. Bei der Vergabe von Trafikkonzessionen für einen kurzen Zeitraum von nur einem oder wenigen Jahren bestehe in Ansehung der erforderlichen Investition, der Ausbildungserfordernisse und der Beschränkung auf den Kreis der begünstigten Menschen mit Behinderung kein grenzüberschreitendes Interesse. Die Anwendung des § 22 Abs 3 Z 4 BVergGKonz 2018 erfolge zur Sicherung des Kundenstromes und der Versorgung der Bevölkerung für die erforderliche Zeit bis zum Abschluss eines Vergabeverfahrens mit unionsweiter Bekanntmachung gemäß BVergGKonz 2018. Die Vergabe an Menschen mit Behinderung erfolge in Erfüllung des gesetzlich festgeschriebenen sozialpolitischen Ziels der Auftraggeberin. Verfahrensgegenständlich sei im konkreten Fall ausschließlich der auf ein Jahr befristete Bestellungsvertrag vom 1. November 2018. Dieser Vertrag weist den von der Auftraggeberin bekanntgegebenen Konzessionswert von € 3,3 Mio auf, der sich jedenfalls in der Unterschwelle befinde.

21. Mit E-Mail vom 16. Dezember 2021 nahm die Konzessionärin Stellung. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass es nicht stimme, dass sie nicht vorzugsberechtigt sei, da sie zu 60 % behindert sei. Es sei ihr ein Rätsel, aus welcher Bestimmung des TabMG 1996 hervorgehen solle, dass ein Trafikant lediglich eine einzige Trafik betreiben dürfe. In § 27 Abs 1 Z 5 TabMG 1996 sei lediglich angeführt, dass ein Angebot eines Bewerbers um eine Tabaktrafik nicht zu berücksichtigen sei, wenn er bereits Tabaktrafikant sei. Da sie sich jedoch nicht um die Tabaktrafik am Flughafen angeboten/beworben habe, sondern die Monopolverwaltung an sie mit dem Ersuchen herangetreten sei, die Tabaktrafik am Flughafen interimistisch für einige Zeit zu führen, sei die vorgebrachte Behauptung falsch. Möglicherweise habe sie mir zugetraut zwei Tabaktrafiken gleichzeitig zu führen. Dieses Vertrauen habe sie durch eine erfolgreiche Geschäftsführung bewiesen. Das gesetzliche Pensionsalter für Frauen betrage 60 Jahre, das für Männer 65 Jahre. Zum Zeitpunkt der Bestellung für die Flughafentrafik sei sie circa 57,5 Jahre alt gewesen. Würde der Zeitraum bis zur Erreichung des Pensionsalters von 60 und nicht von 65 Jahren herangezogen, wäre dies eine Verletzung des Gleichbehandlungsgebotes von Frauen gegenüber Männern, da Frauen dadurch nicht dieselbe Möglichkeit hätten, einer Erwerbstätigkeit nachzugehen wie ein allfälliger gleichaltriger männlicher Mitbewerber.

22. Mit Schriftsatz vom 23. Dezember 2021 nahm der Antragsteller erneut Stellung. Darin führt er im Wesentlichen aus, dass der Verwaltungsgerichtshof dem Bundesverwaltungsgericht ausschließlich Ermittlungen zur Rechtzeitigkeit des Feststellungsantrags aufgetragen habe. Alle weiteren Ermittlungen des Bundesverwaltungsgerichts und Vorbringen der Antragsgegnerin, wie insbesondere auch der Versuch, einen Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens vor Inkrafttreten des BVergGKonz 2018 zu konstruieren, seien im fortgesetzten Verfahren nicht relevant. Der Verwaltungsgerichtshof habe die Anwendbarkeit des BVergG 2018 ausdrücklich ausgesprochen. Die Auftraggeberin habe das Vergabeverfahren nicht entsprechend § 26 BVergGKonz 2018 dokumentiert. Das gelte auch für das „Eintragungsprotokoll“ vom 30. Oktober 2018. Die Auftraggeberin habe den Beweis der Eintragung nicht erbracht. Der slowakische Reisepass des Sohns des Antragstellers sei allen Bewerbungen beigelegt und der Auftraggeberin bekannt. Beim Flughafen Wien handle es sich um ein öffentliches Gebäude, weil es von einem nicht vorbestimmten Personenkreis ständig oder zu bestimmten Zeiten betreten werden könne. Die Vorgangsweise der Betrauung der Konzessionärin mit einer zweiten Trafik verstoße gegen das TabMG 1996. Aufgrund des Alters sei die Konzessionärin nicht mehr vorzugsberechtigt gewesen. Der Konzessionärin hätte der Zuschlag nicht erteilt werden dürfen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen

1.1 Mit Kundmachung vom 23. März 2018 schriebe die Auftraggeberin im Wege der öffentlichen Ausschreibung die Tabaktrafik am Standort 1300 Mannswörth, Flughafen Wien, Check In 3, Objekt 115, als Tabakfachgeschäft mit einem zu erwartenden erzielbaren Tabakwarenjahresumsatz von € 3,3 Mio aus. Anträge auf Verleihung dieser Tabaktrafik waren spätestens bis 11. April 2018 bei der Auftraggeberin schriftlich einzureichen. In der Kundmachung fand sich ein Hinweis auf das Vorzugsrecht gemäß § 29 TabMG 1996. (Blg. /1 zum Feststellungsantrag)

1.2 Mit E-Mail vom 27. März 2018, 18.39 Uhr, ersuchte der Rechtsvertreter des Antragstellers um die Bekanntgabe von Details der notwendigen Bewerbungsunterlagen bis 4. April 2018. (Blg./ 3 zum Feststellungsantrag)

1.3 Mit E-Mail vom 29. März 2018, 13.45 Uhr, übermittelte die Auftraggeberin dem Rechtsvertreter des Antragstellers das Formblatt der Kundmachung und verwies auf die im Rahmen der letzten Bewerbung getroffenen Feststellungen. Es liege beim Antragsteller kein Vorzugsrecht gemäß § 29 TabMG 1996 vor. Sollte dies weiterhin zutreffen, seien ihm

andere vorzugsberechtigte Bewerber bei der Vergabe durch die Besetzungskommission vorzuziehen. Bezüglich des Sohns des Antragstellers verwies die Auftraggeberin auf ihr Schreiben vom 19. Jänner 2018, in dem die Gründe für die Nichtberücksichtigung seiner damaligen Bewerbung festgehalten seien. Weiters legte die Auftraggeberin den Entwurf eines Antwortschreibens auf eine fristgerechte Bewerbung bei, dem auch die notwendigen Unterlagen und Formulare beigelegt seien. (Blg./ 4 zum Feststellungsantrag)

1.4 Mit Schriftsatz vom 11. April 2018 bewarb sich der Antragsteller vertreten durch seinen Rechtsvertreter um die ausgeschriebene Trafik. Diesem legte er eine Reihe von Unterlagen bei. Er beantragte darin die Bestellung zum Tabaktrafikanten bzw die Verleihung der Tabaktrafik, weiters die ehestmögliche Zusendung von Unterlagen, die eine wirtschaftliche Bewertung der ausgeschriebenen Tabaktrafik ermöglichen, insbesondere die Jahresabschlüsse der letzten drei Wirtschaftsjahre und eines allenfalls vorliegenden Bewertungsgutachtens eines Sachverständigen für Trafikwesen. (Blg./ 5 zum Feststellungsantrag)

1.5 Mit Schreiben vom 17. Mai 2018 teilte die Auftraggeberin dem Antragsteller mit, dass die Besetzungskommission sein Ansuchen um Verleihung der öffentlich ausgeschriebenen Tabaktrafik in seiner Sitzung vom 17. Mai 2018 abgelehnt habe. Der zum Zuge gelangte Bewerber gehöre gemäß § 29 Abs 3 Z 4 TabMG 1996 dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen an und sei dem Antragsteller somit bei der Vergabe einer Tabaktrafik vorzuziehen. Gemäß § 33 TabMG 1996 könne der Antragsteller schriftlich beantragen, dass die Auftraggeberin bestimme, wer in diesem Besetzungsfall als Tabaktrafikant zu bestellen sei. Dieser Antrag müsse spätestens zwei Wochen nach Erhalt dieser Verständigung bei der Auftraggeberin einlangen. Dabei habe die Auftraggeberin nur solche Anträge zu berücksichtigen, die eine Begründung enthielten, aus der hervorgehe, welche Einwendungen gegen den Beschluss der Besetzungskommission erhoben würden. (Blg./ 6 zum Feststellungsantrag)

1.6 Mit Schriftsatz vom 28. Mai 2018 beantragte der Antragsteller vertreten durch seinen Rechtsvertreter eine solche Bestellung durch die Auftraggeberin unter Angabe von Gründen. (Blg./ 7 zum Feststellungsantrag)

1.7 Das Schreiben der Auftraggeberin an den Antragsteller lautet:

„Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu Bewerbung von Herrn AAAA um die öffentlich ausgeschriebene Tabaktrafik in 1300 Mannswörth, Flughafen Wien, Check In 3, Objekt 115, teilen wir Ihnen nach Einholung eines Gutachtens der Besetzungsoberkommission folgendes mit:

Gemäß § 33 TabMG 1996 bestimmt die Monopolverwaltung GmbH, dass Herr AAAA in diesem Besetzungsfall nicht als Tabaktrafikant zu bestellen ist. Als Tabaktrafikantin wird JJJJ bestimmt. Wir begründen diese Entscheidung wie folgt:

Bei der Auswahl von mehreren Bewerbern um eine Tabaktrafik sind Personen, welche ein Vorzugsrecht gemäß 3 29 Abs 3 TabMG 1996 aufweisen, bevorzugt zu berücksichtigen. Die zum Zuge gekommene Bewerberin, ist begünstigte Behinderte im Sinne des § 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBl Nr. 22/1970. Da AAAA dem Personenkreis der vorzugsberechtigten Behinderten nicht angehört, war daher gemäß d

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at