

Gericht

BVwG

Entscheidungsdatum

26.06.2018

Geschäftszahl

W139 2162939-2

Spruch

W139 2162939-2/81E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm WEINMEIER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Antrag der XXXX , vertreten durch Leitner Trischler Rechtsanwälte, Lindengasse 38/3, 1070 Wien, vom 29.06.2017 betreffend das Vergabeverfahren "Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer und Toilettensitzreiniger sowie Bereitstellung von Spendern (interne Nummer: Z_2014_DV_108)" der Auftraggeberin Flughafen Wien Aktiengesellschaft (Flughafen Wien AG), Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung zu Recht erkannt:

A)

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und der Flüssigseife in den letzten 3 Jahren rechtswidrig, nämlich ohne vorangehende Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb geschlossen hat" wird abgewiesen.

B)

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

Text**ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:****I. Verfahrensgang:**

1. Am 29.06.2017 beantragte die Antragstellerin, die XXXX , vertreten durch Leitner Trischler Rechtsanwälte, Lindengasse 38, 1070 Wien, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und die Flüssigseife in den letzten drei Jahren rechtswidrig, nämlich ohne vorangehende Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw. vorherigem Aufruf zum Wettbewerb geschlossen habe.

Hierzu führte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes aus. Die Auftraggeberin habe ein Vergabeverfahren zur Beschaffung von Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier durchgeführt. Trotz der Tatsache, dass die genannte Vergabe nur diese beiden Produkte (in weiterer Folge überhaupt nur mehr Toilettenpapier) umfasst habe, seien in den Waschräumen am Flughafen Wien Handtuchrollen und Flüssigseifen vorhanden, welche die Antragsgegnerin anderweitig freihändig beziehe.

Der Beschaffung der beiden letztgenannten Produkte sei letztmalig ein Vergabeverfahren aus dem Jahr 2008 vorausgegangen. Im Rahmen dieses Verfahrens sollten u.a. die genannten Produkte beginnend mit 01.04.2009

und einer Vertragslaufzeit von vier Jahren mit einjähriger Verlängerungsoption beschafft werden. Unter Ausübung der Verlängerungsoption wäre der Vertrag daher per 31.03.2014 abgelaufen. Seither seien keinerlei Vergabeverfahren erfolgt.

Die Zuschlagsempfängerin sei der Antragstellerin naturgemäß aufgrund der freihändigen Vergabe ohne jegliche Bekanntmachung nicht bekannt. Diese könne daher nicht angegeben werden.

Entsprechend der Veröffentlichung der Vergabe im Wiener Amtsblatt Newsletter vom 17.03.2017 sollte Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier beschafft werden. Auch in der Bekanntmachung, die die Antragstellerin am 20.03.2017 heruntergeladen habe, sei als Bezeichnung des Auftrags "Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier" angegeben worden.

In dem der Antragsteller in der Folge übermittelten Angebotsschreiben sei jedoch als Leistungsgegenstand nur mehr Toilettenpapier angegeben worden. Weiters sei als Verfahrensart eine Direktvergabe nach § 201 Bundesvergabegesetz genannt worden. Auch in den letztlich übermittelten Ausschreibungsunterlagen sei ausschließlich Toilettenpapier enthalten gewesen, weswegen sich die Antragstellerin am 27.03.2017 nach den Unterlagen für das Zick-Zack-Faltpapier erkundigt habe. Von Seiten der Auftraggeberin habe sie die telefonische Auskunft erhalten, dass dieses Produkt nun doch nicht vergeben werden würde. Sie habe sich am 28.03.2017 weiters nach dem Bedarf an Zellstofftüchern und Putzpapierrollen, die in einer Ausschreibung im Jahr 2008 nachgefragt worden seien, erkundigt. Auch diesbezüglich habe sie die Information erhalten, dass ein Bedarf an diesen Produkten nicht mehr bestehe bzw. diese nicht mehr verwendet werden würden.

Am 09.05.2017 sei die Zuschlagsentscheidung erfolgt.

Der Geschäftsführer der Antragstellerin sei über die Auskünfte der Auftraggeberin verwundert gewesen und habe sich am 31.05.2017 persönlich zum Flughafen begeben, dabei habe er feststellen müssen, dass in den Waschräumen am Flughafen Wien Handtuchrollen und Seife in allen Waschräumen vorhanden gewesen seien. Soweit überblickbar seien diesen faktisch beschafften Produkten keine wie immer gearteten Vergabeverfahren vorausgegangen. Es sei der Bedarf an solchen Produkten von der Auftraggeberin sogar ausdrücklich verneint worden.

Zur Rechtswidrigkeit führte die Antragstellerin aus, dass sie, nachdem sie das Vorhandensein von Handtuchrollen und Seife in den Waschräumen am Flughafen Wien festgestellt habe, per E-Mail am 31.05.2017 die Anfrage an die Auftraggeberin gerichtet habe, wie sie diese Produkte anbieten dürfe bzw. wie diese beschafft werden würden. Dieses Schreiben sei dahingehend beantwortet worden, dass ein Vertragsverhältnis bis 2018 bestünde. Nähere Ausführungen habe die Auftraggeberin dazu nicht gemacht. Bei diesem Vertragsverhältnis könne es sich jedoch allenfalls um einen vergaberechtswidrig zustande gekommenen Vertrag handeln.

Hintergrund dazu sei, dass im Jahr 2008 bei der Auftraggeberin ein Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich zur Beschaffung jener Produkte stattgefunden habe, welche der Geschäftsführer der Antragstellerin nunmehr am Flughafen bemerkt habe.

Wiewohl die Ausschreibung aus dem Jahr 2008 die Beschaffung der benötigten Hygieneartikel für die Dauer von vier Jahren vorgesehen habe, habe seither keine vergleichsweise Ausschreibung mehr stattgefunden. Es sei daher davon auszugehen gewesen, dass kein Bedarf an diesen Produkten bestehen würde, was auch von der Auftraggeberin mitgeteilt worden sei. Dies sei allerdings durch das Auffinden der Papierhandtuchrollen und der Flüssigseife widerlegt worden.

Das Auftragsvolumen betreffend diese Hygieneprodukte liege unstrittig im Oberschwellenbereich. Aus rechtlichen Gesichtspunkten folge daher, dass die Ausschreibung bzw. Vergabe des Toilettenpapiers zusammen mit den Papierhandtuchrollen und der Flüssigseife erfolgen hätte müssen, zumindest jedoch für die Ermittlung des Auftragswertes zusammengerechnet hätte werden müssen.

Der Auftragswert der thematisierten freihändigen Beschaffung der Rollenhandtücher und der Flüssigseife bewege sich im Oberschwellenbereich. Dies ergebe sich auch aus der Ausschreibung aus dem Jahre 2008. Derzeit sei der Bedarf jedoch weit höher. Überdies sei es zwischenzeitig zu einer Erhöhung der Preise für Handtuchrollen und Flüssigseife gekommen. Aus alledem sei zwanglos abzuleiten, dass die gegenständliche Vergabe im Oberschwellenbereich liege, was die freihändige Beschaffung rechtswidrig mache.

Zur Rechtzeitigkeit führte die Antragstellerin aus, dass die Frist gemäß § 332 Abs. 3 BVergG sechs Monate ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag betrage, wobei diese nicht zu laufen beginnen könne, ohne dass

der Geschädigte vom fristauslösenden Ereignis Kenntnis erlangt habe. Der VwGH habe in der Entscheidung vom 16.03.2016, 2015/04/0004, festgehalten, dass infolge des Urteils des EuGH in der Rechtssache C-166/14, MedEval, die im § 332 Abs. 3 BVergG vorgesehene sechsmonatige absolute Ausschlussfrist als Schranke für die Einbringung eines der dort aufgezählten Feststellungsanträge als verdrängt anzusehen sei. Gleichzeitig wäre ein Schadenersatzanspruch der Antragstellerin noch nicht verjährt. Da der Geschäftsführer vom fristauslösenden Ereignis erst am 31.05.2017 Kenntnis erlangt habe, sei der Antrag daher rechtzeitig.

Die Antragstellerin sei ein erfolgreiches Unternehmen in Zusammenhang mit dem Handel mit Hygienepapier. Durch die rechtswidrige freihändige Vergabe würden der Antragstellerin ganz offensichtlich und unwiederbringlich Umsätze/Gewinne sowie Marktanteile entgehen. Ihr Interesse am Vertragsabschluss habe die Antragstellerin mit dem Herunterladen der Ausschreibungsunterlagen bzw. mit der Legung des Angebotes hinreichend bekundet. Die Antragstellerin habe ein vitales Interesse an diesem Vertrag, zumal sie durchaus sehr große Chancen darauf gehabt habe, als Bestbieter in einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren hervorzugehen. In einem rechtskonform durchzuführenden Verfahren wäre der Bestbieter nach förmlichen Kriterien zu eruieren gewesen. Die Preisgestaltung der Antragstellerin hätte sich infolge des geänderten Warenkorbes verändert. Auch hätte sich möglicherweise der Bieterkreis insgesamt geändert und wäre ein förmliches rechtskonformes Vergabeverfahren von erhöhter Transparenz gezeichnet gewesen.

2. Am 05.07.2017 erteilte die Auftraggeberin, die Flughafen Wien AG, Postfach 1, 1300 Wien-Flughafen, vertreten durch WOLF THEISS Rechtsanwälte GmbH & Co KG, Schuberting 6, 1010 Wien, die erbetenen allgemeinen Auskünfte.

3. Am 18.07.2017 nahm die Auftraggeberin zum gesamten Antragsvorbringen Stellung.

Die gegenständlichen Feststellungsanträge seien verfristet und als unzulässig zurückzuweisen. Gemäß § 332 Abs. 3 BVergG seien Feststellungsanträge spätestens binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Die nach der unrichtigen Ansicht der Antragstellerin unzulässige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb sei 2014 erfolgt. Der Zuschlag sei dem Auftragnehmer am 06.06.2014 erteilt worden. Die Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages sei daher seit mehr als drei Jahren abgelaufen.

Auch aus der von der Antragstellerin zitierten MedEval-Entscheidung sei für die Antragstellerin nichts zu gewinnen. Nur für die Konstellation, dass der Antragsteller von der Rechtswidrigkeit keine Kenntnis haben konnte, habe der EuGH und ihm folgend der VwGH ausgesprochen, dass ausnahmsweise die Ausschlussfrist von sechs Monaten durchbrochen werde.

Wie sich bereits aus den Ausführungen der Antragstellerin selbst ergebe, liege vorliegend eine solche Konstellation aber gerade nicht vor. Die Antragstellerin führe offenkundig seit vielen Jahren genaue Marktbeobachtungen durch und sei dementsprechend in Kenntnis, dass das letzte öffentlich bekanntgemachte Vergabeverfahren der Auftraggeberin betreffend Handtuchrollen und Flüssigseife im Jahr 2008 durchgeführt worden sei. Da die Antragstellerin auch über die damaligen Verfahrensunterlagen verfüge, habe sie auch gewusst, dass der Vertrag unter Ausübung der vorgesehenen Verlängerungsoption per 31.03.2014 abgelaufen sei und seither keine diesbezüglichen Vergabeverfahren der Auftraggeberin bekannt gemacht worden seien. Aus alledem folge zweifelsfrei, dass die Antragstellerin seit 31.03.2014 von der - laut ihrer unrichtigen Rechtsansicht - unzulässigen Beschaffung der Artikel ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb gewusst habe.

Vor diesem Hintergrund sei die Antragstellerin auch in keiner Weise schutzwürdig im Sinne der EuGH- bzw. VwGH-Judikatur, die lediglich in dem Ausnahmefall, dass ein Bieter von der Rechtswidrigkeit keine Kenntnis haben kann, eine Durchbrechung der sechsmonatigen (grundsätzlich absoluten) Ausschlussfrist zulasse. Wenn ein Unternehmen, so wie die Antragstellerin, ohnehin über die entsprechenden Informationen verfüge und positive Kenntnis von den Vorgängen gehabt habe, dann sehe auch der EuGH keine Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht, wenn nach Ablauf einer bestimmten Ausschlussfrist (hier sechs Monate) Rechtssicherheit herrschen soll.

Selbst wenn die Feststellungsanträge zulässig wären, so wären sie dennoch inhaltlich unberechtigt und mangels Vorliegens einer Rechtswidrigkeit abzuweisen. Die XXXX sei nach Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb im Oberschwellenbereich im Jahr 2008 mit der Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern sowie der Bereitstellung von Spendern beauftragt worden. Diese Beauftragung habe auch die Wartung und Pflege der Spendersysteme sowie den Austausch von defekten Spendern umfasst. Im Nachhang zu dieser Beauftragung sei mit der XXXX in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherigem Aufruf zum Wettbewerb mit einem Unternehmen am 06.06.2014 ein Rahmenvertrag auf drei Jahre mit der Option auf Verlängerung auf weitere 12

Monate abgeschlossen worden. Dieser Vertrag sei folglich noch aufrecht und der Leistungsbezug von der XXXX erfolge vertrags- und damit vergaberechtskonform.

Die Auftraggeberin habe das Vorliegen der Voraussetzungen für die Anwendung des § 195 Z 5 und Z 3 BVergG vor Beauftragung geprüft und dokumentiert. Auf dieser Basis sei sie zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beauftragung auf diesem Wege vergaberechtlich zulässig gewesen sei. Dies insbesondere vor dem Hintergrund, dass ausschließlich der Auftragnehmer die passenden Nachfüllpackungen für die von ihm - im Rahmen des öffentlich ausgeschriebenen Auftrags - montierten Spender liefern, bestücken und diese auch warten könne. Ein Wechseln des Auftragnehmers bzw. der Spendersysteme hätte die Auftraggeberin zudem entweder zum Kauf von Waren mit unterschiedlichen technischen Merkmalen (anderes Spendersystem/unpassende Nachfüllpackungen) gezwungen oder aber zu unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten bei Gebrauch bzw. Montage geführt (Auswechseln von gesamt rund 2600 Handpapier- und Seifenspender samt Bohrungen der Fliesen im Zuge der Montagearbeiten während des laufenden Flughafenbetriebs). Eine weitere Schwierigkeit im Gebrauch hätte darin bestanden, dass selbst wenn die Produkte teilweise von Händlern angeboten werden würden, keiner dieser Händler die Nachfüllung der entsprechenden Artikel logistisch erbringen hätte können und die Spender von Händlern auch nicht gewartet bzw. bei Mängeln oder Schäden ausgetauscht werden hätten können. Die Händler würden nur an zentrale Punkte Produkte liefern und würden keine weiteren Dienstleistungen erbringen. Eine Trennung der Leistungen wäre aus diesem Grund auch sinnlos und unwirtschaftlich gewesen. Weiters wäre ein Spendertausch unter Berücksichtigung der erforderlichen Montagearbeiten mit einer geschätzten Dauer von etwa vier Monaten völlig unwirtschaftlich gewesen.

Im Übrigen bestehe für Auftraggeber kein allgemeines Gebot, im Falle des Vorliegens einer technischen Besonderheit eine Neuanschaffung zu erwägen. Es stehe vielmehr in deren Dispositionsfreiheit, den konkreten Beschaffungsbedarf ihren Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechend festzulegen.

Im Übrigen habe die Auftraggeberin nur jene Produkte im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung beschafft, die - aus den vorgenannten Gründen - jedenfalls zwingend nur von einem bestimmten Unternehmen bezogen werden könnten. Hinsichtlich des Toilettenpapiers, bei dem aufgrund herstellerneutraler Spender ein Wettbewerb zwischen mehreren möglichen Anbietern bestehe, habe sie ein Vergabeverfahren mit mehreren Unternehmen und entsprechendem Wettbewerb durchgeführt. Die Auftraggeberin habe bei diesen Beschaffungen den Wettbewerbsgrundsatz daher stets in größtmöglichem Maß berücksichtigt. Auch daraus ergebe sich die Vergaberechtskonformität des Vorgehens der Auftraggeberin.

Selbst wenn das BVwG der unrichtigen Ansicht der Antragstellerin, dass die gegenständlichen Artikel nicht in einem Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmen bezogen hätten werden dürfen, folgen sollte, so hätte sich die Auftraggeberin bei einer allfälligen Ausschreibung dennoch auf ein bestimmtes Spendersystem festlegen dürfen. Die Festlegung auf das bestehende (XXXX -)System wäre folglich von der Freiheit in der Systemwahl der Auftraggeberin gedeckt gewesen.

Die Antragstellerin könne den Informationen der Auftraggeberin zufolge aber keine Nachfüllungen für das bestehende (XXXX -)Spendersystem anbieten. Daraus folge, dass der Antragstellerin aus dem Unterbleiben eines öffentlichen Vergabeverfahrens für diese Leistungen kein Schaden entstehen habe können, zumal sie sich auch bei Durchführung eines öffentlichen Vergabeverfahrens gar nicht um den Antrag bewerben hätte können. Es fehle ihr also das Interesse am Vertragsabschluss und daher auch die Antragslegitimation. Weiters folge daraus, dass die Antragstellerin auch im Rahmen einer allfälligen Ausschreibung mit diesem Leistungsgegenstand keine Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte, zumal sie die erforderlichen Leistungen nicht ausschreibungskonform anbieten hätte können bzw. technisch nicht leistungsfähig wäre.

Es werde daher beantragt, den Antrag der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen, in eventu festzustellen, dass die Antragstellerin auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlags gehabt hätte.

4. Am 28.07.2017 nahm die Antragstellerin neuerlich Stellung.

Sie führte zur Rechtzeitigkeit der Antragstellung ergänzend aus, dass die Auftraggeberin verkenne, dass die Antragstellerin erst nach Ablauf der Frist für die Einbringung eines Feststellungsantrages von dem verfahrensgegenständlichen Vertragsschluss Kenntnis nehmen habe können und sohin die MedEval-Entscheidung gegenständig einschlägig sei. Entgegen der ausdrücklichen Auskunft der Auftraggeberin sei die Antragstellerin erst am 31.05.2017 in Kenntnis davon gelangt, dass die inkriminierten Produkte in der Vergangenhheit beschafft worden seien.

Alleine daraus, dass die Antragstellerin über ein Vergabeverfahren aus dem Jahr 2008 und das Ende des auf dessen Basis geschlossenen Vertrags Bescheid gewusst habe, folge keine Kenntnis dessen, dass die Auftraggeberin zukünftig (rechtswidrigerweise ohne rechtskonformes Vergabeverfahren) die im Vergabeverfahren 2008 gegenständlichen Artikel weiterhin beziehe. Möglich wäre ebenso, dass die Produkte nicht mehr bestellt oder benötigt würden, was sogar auf ausdrückliche Nachfrage behauptet worden sei. Es erschließe sich der Antragstellerin nicht, warum durch bloße Kenntnis eines Vertragsendes zwangsläufig Kenntnis über den Vertragszeitraum hinausgehende Beschaffungsvorgänge folgen solle.

Weiters sei aus dem Sachverhalt vielmehr der Schluss zu ziehen, dass die Antragstellerin infolge der Verfahrensunterlagen und ausdrücklicher Bestätigung der Auftraggeberin ab 24. bzw. 27.03.2017 davon ausgegangen sei, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb beschafft werden sollten, da die Antragstellerin naturgemäß nicht davon ausgegangen sei, und auch nicht davon ausgehen hätte müssen, dass sowohl die Bekanntmachung als auch die ausdrückliche Auskunft der Auftraggeberin falsch seien. Kenntnis davon, dass die Vergabeunterlagen und Auskünfte der Auftraggeberin falsch gewesen seien, weshalb das Vergabeverfahren rechtswidrig sei, habe die Antragstellerin erst zufällig zu einem späteren Zeitpunkt erlangt.

Nicht nachzuvollziehen sei weiters, warum die Auftraggeberin meine, dass die Antragstellerin im Detail über die zum Betrieb eines internationalen Flughafens benötigten Güter Bescheid wissen müsste. Abgesehen davon übersehe die Auftraggeberin in ihrem diesbezüglichen Vorbringen, dass sie der Antragstellerin auf deren ausdrückliches Nachfragen mitgeteilt habe, die inkriminierten Produkte nicht zu benötigen bzw. nicht zu beschaffen. Es sei selbstverständlich nicht die Aufgabe der Antragstellerin, Lügen der Auftraggeberin zu entlarven. Darauf laufe das nunmehrige Vorbringen der Auftraggeberin allerdings hinaus.

Auch das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach ein Bieter den Anfechtungszeitpunkt durch Zuwarten mit der faktischen Nachschau willkürlich nach hinten verschieben könne, sei unrichtig.

Wesentlich sei, dass die Antragstellerin die ausdrückliche Information bekommen habe, dass keinerlei anderweitige Produkte beschafft werden würden. Die Antragstellerin treffe keine Pflicht, durch investigatives Tätigwerden, Auskünfte der Auftraggeberin auf deren Wahrheitsgehalt zu prüfen. Es könne ihr daher auch nicht unterstellt werden, insofern bereits Kenntnis von Vergaberechtswidrigkeiten gehabt zu haben.

Die Auftraggeberin übersehe überdies, dass die Judikatur des EuGH im Zusammenhang mit der Rechtssicherheit ab einem bestimmten Zeitpunkt darauf Bezug nehme, dass die Nichtigerklärung von Verträgen ab einem bestimmten Zeitpunkt unzulässig sein dürfe. Eine Feststellung über vergaberechtswidriges Verhalten sei aber keine Frage der Rechtssicherheit, sondern Voraussetzung zur Geltendmachung eines Schadenersatzanspruches. Sehr wohl sei daher der im Antrag zitierten EuGH- und VwGH-Judikatur zu folgen, wonach die Frist von sechs Monaten in gegenständlichen Fallkonstellationen nicht zur Anwendung komme.

Im Übrigen werde das Vorliegen der Voraussetzungen nach § 195 Z 3 und 5 BVergG ausdrücklich bestritten. Weder sei der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von ausschließlichen Rechten nur von einem bestimmten Unternehmer durchführbar, noch liege ein Anwendungsfall des § 195 Z 5 BVergG vor.

Abgesehen davon sei auch völlig unklar, warum 2008 offenbar ein Vergabeverfahren durchgeführt worden sei, und dann im "Nachhang" Produkte beschafft worden seien, mit der Behauptung, dass kein allgemeines Gebot bestünde, im Falle des Vorliegens einer technischen Besonderheit eine Neuanschaffung zu erwägen.

Abgesehen davon sei festzuhalten, dass keine technischen Besonderheiten vorliegen würden. Dies sei auch daran erkennbar, dass die Auftraggeberin keinerlei konkrete Ausführungen zu dieser Thematik mache. Vielmehr werde pauschal und unbegründet von technischen Besonderheiten gesprochen. Auf die Beweispflicht der Auftraggeberin werde verwiesen.

Völlig unklar bleibe nach dem Vorbringen der Auftraggeberin auch, welche Produkte jedenfalls zwingend nur von einem bestimmten Unternehmen bezogen werden hätten können. Festzuhalten sei weiters, dass die Festlegung auf das bestehende (XXXX-)System keine von der Freiheit der Systemwahl der Auftraggeberin gedeckte Entscheidung sei. In diesem Zusammenhang sei auf die Entscheidung des EuGH vom 17.09.2002, C-513/99, Concordia Bus, zu verweisen. Im Lichte dieser Entscheidung werde klar, dass es zwar richtig sei, dass die Auftraggeberin darin frei sei, zu bestimmen was sie beschaffen möchte. Diese Freiheit sei jedoch nicht unbeschränkt. Sie sei dabei an die Sachlichkeit der Kriterien gebunden. Vor diesem Hintergrund sei die Entscheidung für ein Spendersystem unzulässig, weil unsachlich. Es sei nicht rechtskonform, unsachliche Kriterien mit dem Terminus "Systementscheidung" zu maskieren, um so deren Rechtskonformität zu erreichen.

Aber selbst wenn man die Wahl eines Spenders als "Systementscheidung" gelten lassen möge, wären die Ausführungen der Auftraggeberin nicht nachvollziehbar. Es sei vorgebracht worden, dass die Auftraggeberin kein Interesse an einem Wechsel des bestehenden Systems habe, weil dieser mit diversen Nachteilen für sie verbunden wäre. Richtig sei, dass keinerlei Nachteile denkbar seien. Selbstverständlich fehle daher auch jegliches Vorbringen dazu, was nun genau diese Nachteile sein sollen. Ganz im Gegenteil wäre ein Wechsel für die Auftraggeberin mit einem deutlichen Vorteil verbunden. Durch die Montage systemneutraler Spender würde es zu einem höheren Wettbewerb unter den Anbietern kommen und auf diese Weise könnte ein marktgerechter Preis erzielt werden. Von einem Wechsel wäre die Auftraggeberin daher ausschließlich begünstigt.

Zum Vorbringen der mangelnden Antragslegitimation bzw. zur mangelnden Chance auf Zuschlagserteilung werde ausgeführt, dass die Auftraggeberin meine, dass der Antragstellerin kein Schaden entstehen habe können, weil sie keine Nachfüllungen für das bestehende XXXX spendersystem anbieten könne. Dabei handle es sich um eine bloß unrichtige Behauptung der Auftraggeberin.

Abgesehen davon werde bei dieser Argumentationslinie der Auftraggeberin stillschweigend unterstellt, dass eine Ausschreibung im Zusammenhang mit Spendersystemen (also gerade nicht mit systemneutralen Spendern) vergaberechtskonform sei, was aber nicht der Fall sei.

5. Am 31.07.2017 nahm die Zuschlagsempfängerin, die XXXX, vertreten durch Singer Fössl Rechtsanwälte OG, Prinz Eugen Straße 30, 1040 Wien, (auch: mitbeteiligte Partei) Stellung.

Sie führte im Wesentlichen aus, dass sie das Vorbringen der Auftraggeberin, dass die Anträge der Antragstellerin verfristet seien, die Anträge auch inhaltlich unzutreffend seien bzw. die behauptete Rechtswidrigkeit nicht vorliege und dass die Antragstellerin keine Antragslegitimation bzw. keine Chance auf Zuschlagserteilung habe, zu ihrem eigenen Vorbringen erhebe.

Zur mangelnden Antragslegitimation werde ergänzend vorgebracht, dass die Antragstellerin laut Gewerbeinformationssystem Austria über zwei Gewerbeberechtigungen verfüge. Hier einschlägig sei jene des Handelsgewerbes gemäß § 124 Z 11 GewO 1994 eingeschränkt auf den Großhandel, im Standort eingeschränkt auf die Ausübung des Bürobetriebes.

Beim vorliegenden Auftragsverhältnis handle es sich nach der Terminologie des BVergG um einen Lieferauftrag, sodass ein Auftragnehmer den Leistungsgegenstand nur dann gesetzeskonform erbringen dürfe, wenn er der Erzeuger desselben sei oder wenn er als Händler fungiere.

Für die Tätigkeit als Händler bedürfe es einer nicht eingeschränkten Befugnis des Handelsgewerbes. Die Antragstellerin habe jedoch nur eine zweifach eingeschränkte Befugnis zur Ausübung des Handelsgewerbes: Zum einen sei ihre Befugnis zum Handel auf den Großhandel eingeschränkt. Sie besitze also die Befugnis zum Verkauf an Wiederverkäufer, nicht aber an Endkunden. Da der Flughafen Wien die Rollenhandtücher und die Flüssigseife nicht zum Zweck des Wiederverkaufs beschaffe, sondern um sie den Fluggästen bzw. den Flughafenmitarbeitern als Verbrauchsgüter zur Verfügung zu stellen, hätte die Antragstellerin sowohl im Zeitpunkt der Durchführung der Beschaffung als auch gegenwärtig nicht die Befugnis gehabt, an die Auftraggeberin die ausschreibungsgegenständlichen Güter zu liefern.

Darüber hinaus bestehe bei ihr im Standort eine zusätzliche Einschränkung auf die Ausübung des Bürobetriebes, was die mitbeteiligte Partei so verstehe, dass die Antragstellerin das Großhandelsgewerbe nur so ausüben dürfe, dass sie Waren im Streckengeschäft beispielsweise vom Produzenten direkt an einen Wiederverkäufer liefern dürfe, sie also die Waren am Bürostandort oder anderswo nicht zwischenlagern und von dort weiter ausliefern dürfe.

Ausweislich des von der Auftraggeberin bereits vorgelegten Rahmenvertrages zum Vergabeverfahren "Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischer und Toilettensitzreiniger sowie die Beistellung von Spendern" zeige sich, dass gemäß Punkt 4 dieses Vertrages auch die Ausstattung und Erweiterung von neuen Spendern bzw. die Montage, Wartungs- und Reparaturleistungen der Spendersysteme durchzuführen seien. Für diese Tätigkeiten besitze die Antragstellerin überhaupt keine Befugnis und sei auch zweifelhaft, ob sie die vertraglich vereinbarte Störungsbehebung aufgrund der fehlenden Befugnis selbst durchführen könnte. Da ein Angebot der Antragstellerin im vorangehenden Vergabeverfahren auch bei Einladung dieses Unternehmens zur Angebotslegung gemäß § 269 Abs. 1 Z 2 BVergG wegen fehlender Befugnis auszuschneiden gewesen wäre, habe bei der Antragstellerin kein Schaden gemäß § 322 Abs. 1 Z 4 BVergG eintreten können.

Selbst wenn man zu Gunsten der Antragstellerin annehmen wollte, dass die Leistungen der Montage, Wartung bzw. Reparatur (gegebenenfalls Austausch) der Spendersysteme gewerberechtlich von einer nicht eingeschränkten Händlerbefugnis als Nebenrechte nach § 32 Abs. 1 Z 1 und Z 6 Gewerbeordnung abgedeckt werden würden, bestehe dieses Nebenrecht sicher nicht für den reinen Großhändler, weil bei dessen Großhandelskunden (Wiederverkäufern) diese Leistungen sicher nicht notwendig seien, um die Lieferleistungen der Antragstellerin absatzfähig zu machen. Denn beim Wiederverkäufer würden Spendersysteme für Seifen bzw. Handtuchrollenhalter niemals montiert, gewartet oder repariert. Diese leben Argumente würden für das Nebenrecht der Aufstellung und Montage gelten.

Nach der Auslegungsregel des § 29 Gewerbeordnung seien all diese Leistungen nicht von einer Großhandelsbefugnis umfasst, sodass auch aus diesem Grund keine Befugnis bei der Antragstellerin für die Erbringung dieser Leistungen bestehe und auch nicht einmal vorgebracht sei, dass sie dies durch einen Subunternehmer ausführen lassen werde.

Die Auftraggeberin führe in ihrer Stellungnahme überdies zu Recht aus, dass die von ihr an die Flughafen Wien AG gelieferten und bei dieser montierten Spendersysteme für Flüssigseife bzw. Rollenhalter aus technischen Gründen nur mit den von der mitbeteiligten Partei gelieferten Seifengebinden bzw. Handtuchrollen nachgefüllt werden könnten. Diese Produkte seien in Österreich nur über sie erhältlich und könnten auch EU-weit nicht von Drittanbietern bezogen werden.

Darüber hinaus bestehe bei den Rollenhaltern für die Rollenhandtücher auch eine rechtliche Unmöglichkeit, diese mit Drittprodukten zu befüllen. Die mitbeteiligte Partei beziehe die Rollenhalter von der XXXX bzw. deren Österreicherin XXXX unter der Marke " XXXX ". Abgesehen von der technischen Unmöglichkeit, Produkte anderer Hersteller zu verwenden, dürften die Spender auch nur und ausschließlich mit Rollenhandtüchern der Marke XXXX befüllt werden, weil die mitbeteiligte Partei diese Zusage ihrem Vorlieferanten beim Bezug deren Rollenhandtuchspendern bzw. bei Abschluss der Bezugsverträge gegeben habe.

6. Am 08.08.2017 nahm die Auftraggeberin erneut Stellung.

Zur Verfristung der Anträge führte sie ergänzend aus, dass die Antragstellerin zu Unrecht vorbringe, dass sie erst mit 31.05.2017 Kenntnis von einer anderweitigen Beschaffung der verfahrensgegenständlichen Artikel durch die Auftraggeberin gehabt habe. Unrichtig sei insofern die Behauptung der Antragstellerin, dass ihr die Auftraggeberin mitgeteilt habe, die gegenständlichen Produkte (Rollenhandtücher und Flüssigseife) nicht zu beschaffen. Die Auftraggeberin habe lediglich mitgeteilt, dass sie (derzeit) ihren genauen Bedarf an Zick-Zack Falthandtüchern nicht eruieren könne, Zellstofftücher nicht mehr verwendet würden und sonstige Papiersorten bzw. Hygienematerial im Rahmen des Vergabeverfahrens (betreffend Toilettenpapier; Direktvergabe gemäß § 201a BVerG) nicht nachgefragt werden würden. Von einer Irreführung durch die Auftraggeberin könne folglich keine Rede sein. Sie sei bei der Beantwortung der Frage schlicht von Fragen zu einem konkreten Vergabeverfahren ausgegangen und habe die Bieterfragen dementsprechend beantwortet. Folglich sei die Beantwortung der Fragen auch nur in diesem Kontext zu sehen. Die Anfrage der Antragstellerin sei als Bieterfrage in dem laufenden Vergabeverfahren betreffend Toilettenpapier behandelt worden und im Rahmen der ersten Bieterfragenbeantwortung zu diesem Vergabeverfahren allen Bietern gegenüber beantwortet worden. Auch daraus ergebe sich klar, dass die Auskunft der Auftraggeberin auf nichts anderes als dieses laufende Vergabeverfahren bezogen zu verstehen gewesen sei.

Auch aus dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach sie ab 24.03. bzw. 27.03.2017 davon ausgegangen sei, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beschafft werden sollten, gehe klar hervor, dass auch sie die Auskunft der Auftraggeberin nur in Bezug auf das konkrete laufende Vergabeverfahren verstanden habe. Bei der Behauptung der Antragstellerin, dass ihr die Auftraggeberin unrichtige Informationen gegeben habe, handle es sich folglich lediglich um eine weitere Schutzbehauptung, um die von ihr versäumte Frist wieder aufleben zu lassen.

Aus dem Vorbringen der Antragstellerin erschließe sich klar, dass sie jederzeit über die für die fristgerechte Einbringung eines Nachprüfungs- bzw. Feststellungsantrages erforderlichen Informationen verfügt habe. Auch die behauptete nachträgliche Nachschau durch die Antragstellerin am 31.05.2017 könne diese Frist nicht nachträglich wieder aufleben lassen.

Darüber hinaus habe die Auftraggeberin bereits im Jahr 2014 eine - mit der Direktvergabe gemäß § 201a BVerG im Jahr 2017 "baugleiche" Direktvergabe gemäß § 201a BVerG mit dem Auftragsgegenstand "Toilettenpapier, Zick-Zack Faltpapier und Zellstofftücher" durchgeführt. Die betreffende Bekanntmachung sei am 09.05.2014 erfolgt. Auch an diesem Vergabeverfahren habe sich die Antragstellerin beteiligt. Tatsächlich sei

der Antragstellerin sohin bereits seit 09.05.2014 bewusst, dass keine gemeinsame Vergabe dieser Artikel mit Rollenhandtüchern und der Flüssigseife erfolgen würde. Zu diesem Zeitpunkt sei die Antragstellerin aufgrund ihrer Marktbeobachtung bereits in Kenntnis gewesen, dass der 2008 ausgeschriebene Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und Flüssigseife per 31.03.2014 ausgelaufen sei. Dennoch habe es die Antragstellerin schon im Jahr 2014 unterlassen, gegen diese vermeintlich rechtswidrige Rechtsansicht der Auftraggeberin vorzugehen. Erst jetzt versuche die Antragstellerin, aufgrund der Auskunft der Auftraggeberin nachträglich eine Rechtswidrigkeit bzw. Irreführung zu konstruieren. Die Anträge der Antragstellerin seien daher auch aus diesem Grund klar verfristet.

Neuerlich werde festgehalten, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin mit ihren Ausführungen nicht in die Irre geführt habe. Vielmehr habe der Antragstellerin bewusst sein müssen, dass die Auftraggeberin diverse Hygieneprodukte (im weitesten Sinn) anderweitig beziehe. Wie die Antragstellerin selbst mit ihren Feststellungsanträgen vorgebracht habe, sei sie sich einerseits bewusst gewesen, dass der auf Basis der Ausschreibung im Jahr 2008 geschlossene Vertrag bereits ausgelaufen sei (per 31.03.2014). Andererseits sei die Antragstellerin von der Auftraggeberin - zutreffend und übereinstimmend mit der Verfahrensbekanntmachung - informiert worden, dass im Rahmen der Direktvergabe nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb ausschließlich Toilettenpapier beschafft werde.

Als erfahrener Hygieneartikel-Lieferant habe die Antragstellerin zweifelsohne eine grobe Vorstellung wie hoch der Verbrauch eines Unternehmens der Größe der Auftraggeberin in etwa sein müsse. Auch auf Basis der Unterlagen der Ausschreibung aus dem Jahr 2008 und der darin enthaltenen Mengenangaben, habe die Antragstellerin jedenfalls eine Vorstellung von der Dimension der von der Auftraggeberin benötigten Mengen gehabt. Das gegenteilige Vorbringen der Antragstellerin sei als eine Schutzbehauptung zu qualifizieren. Ein investigatives Tätigwerden sei sohin keinesfalls erforderlich gewesen. Vielmehr habe die Antragstellerin alleine aus ihr bzw. öffentlich zugänglichen Informationen, alle für die Antragseinbringung relevanten Informationen beziehen können. Die Anträge seien daher als verfristet zurückzuweisen.

Weiters sei die Behauptung der Antragstellerin, die Auftraggeberin müsse Auskünfte an Bewerber oder Bieter hinsichtlich ihres Beschaffungsbedarfes geben, nicht nachvollziehbar. Es gebe weder eine Rechtsgrundlage für diese Behauptung, noch sei sonst ein Grund ersichtlich, warum Auftraggeber irgendwelchen Unternehmen Auskünfte über ihren Beschaffungsbedarf geben sollten. Dennoch habe die Auftraggeberin der Antragstellerin Informationen zu ihrem Beschaffungsbedarf erteilt. Aus dieser entgegenkommenden und zutreffenden Information versuche die Antragstellerin nunmehr, eine falsche Auskunft abzuleiten, um eine versäumte Frist wieder aufleben zu lassen.

Verwunderlich sei im Übrigen, dass sich die Antragstellerin nach der Durchführung der Direktvergabe gemäß § 201a BVergG im Jahr 2014 und der Bieterfrage im Rahmen des Vergabeverfahrens gemäß § 201a BVergG im Jahr 2017 nicht bei der Auftraggeberin erkundigt habe, ob Bedarf an Rollenhandtüchern und Flüssigseife bestehe bzw. ob und wann in diesem Zusammenhang mit einem öffentlichen Vergabeverfahren zu rechnen sei. Die Antragstellerin habe nach Ablauf des ursprünglichen Vertrages per 31.03.2014 bzw. nach Durchführung der Direktvergabe gemäß § 201a BVergG im Jahr 2014 über drei Jahre lang die Möglichkeit gehabt, bei der Auftraggeberin nachzufragen und habe damit zahlreiche Möglichkeiten der Kenntnisnahme von der vermeintlich rechtswidrigen Beschaffung gehabt.

Der EUGH habe - nicht zuletzt in der MedEval-Entscheidung - den Grundsatz der Rechtssicherheit als wesentlichen Grundsatz herausgestrichen. In der betreffenden Entscheidung komme klar zum Ausdruck, dass die Durchbrechung der Ausschlussfrist eine (restriktiv anzuwendende) Ausnahme zum Schutz von übergangenen Bietern darstellen solle, die keine Kenntnis von einer rechtswidrigen Entscheidung eines Auftragnehmers hätten nehmen können. Der EUGH stelle also ebenfalls auf die Kenntnisnahmemöglichkeit ab. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gehe demgemäß in der hier vorliegenden Sachverhaltskonstellation vor, zumal die Antragstellerin ab 31.03.2014 von der vermeintlichen Rechtswidrigkeit der Entscheidung der Auftraggeberin Kenntnis gehabt haben könne. Selbst wenn die Antragstellerin tatsächlich erst am 31.05.2017 von der Entscheidung der Auftraggeberin Kenntnis erlangt habe (was wenig glaubhaft sei), so habe sie zu diesem Zeitpunkt über drei Jahre (schuldhaft) nicht von ihrer jederzeitigen Kenntnisnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht. Auch in diesem Fall sei die Fristversäumnis ihr ganz alleine zuzuschreiben und die Antragstellerin auch im Lichte der EUGH Judikatur nicht schützenswert.

Es sei zudem wenig glaubwürdig, dass der Geschäftsführer eines Unternehmens, das eine "langjährige Kooperation mit den führenden Hygienepapier Produzenten Europas" pflege, im Mai 2017 zum ersten Mal in diesen drei Jahren eine Sanitäreinrichtung am Wiener Flughafen nütze, weswegen es sich auch insofern um eine reine Schutzbehauptung handle, dass die Antragstellerin von den maßgeblichen Umständen erst am 31.05.2017 erfahren habe.

Entgegen der Auffassung der Antragstellerin würden entsprechend der Prüfung durch die Auftraggeberin ausschließliche Rechte bzw. eine technische Besonderheit im Sinne des § 195 Z 3 BVergG vorliegen, zumal nur die mitbeteiligte Partei in der Lage sei, die entsprechenden Nachfüllpackungen für die bei der Auftraggeberin montierten Spendersysteme zu liefern. Diese Prüfung bzw. die Gründe für diese Entscheidung habe die Auftraggeberin auch entsprechend dargelegt.

Im Übrigen habe die Antragstellerin selbst ausdrücklich zugestanden, dass die Befüllung der Spender der mitbeteiligten Partei "technisch nicht möglich und rechtlich nicht zulässig" sei. Die Frage der Antragstellerin, welche technische Besonderheit 2014 vorgelegen wäre, die 2008 noch nicht vorgelegen sei, sei einfach beantwortet. Im Jahr 2008 sei ein europaweites Vergabeverfahren durchgeführt worden, aus welchem die mitbeteiligte Partei als Zuschlagsempfängerin hervorgegangen sei. Gegenstand dieses Auftrages sei auch die Lieferung und die Montage der jeweiligen Spendersysteme gewesen. Da zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens keine Spendersysteme eines einzelnen Vertragspartners vorhanden gewesen seien, habe damals folglich denklösig auch keine technische Besonderheit oder ein ausschließliches Recht an den verschiedenen Spendersystemen existieren können. Nunmehr bzw. bereits im Jahr 2014 würden allerdings solche Rechte bzw. technische Besonderheiten bestehen, da die Spendersysteme der mitbeteiligten Partei bei der Auftraggeberin montiert seien.

Des Weiteren sei der Verweis der Antragstellerin auf die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Concordia Bus deshalb verfehlt, weil der EuGH in dieser Entscheidung die Rechtskonformität eines Zuschlagskriteriums zu beurteilen gehabt habe. Im gegenständlichen Fall habe die Auftraggeberin in der Ausschreibung 2008 aber kein derartiges Kriterium festgelegt.

Erst im Jahr 2014 habe die Auftraggeberin - zu Recht und in Übereinstimmung mit der Judikatur des EuGH und der österreichischen Vergabekontrollbehörden zu den Ausnahmetatbeständen für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung mit nur einem Unternehmen - auf Basis des nunmehr veränderten Sachverhalts ein Verhandlungsverfahren mit der mitbeteiligten Partei gemäß § 195 Z 3 bzw. Z 5 BVergG durchgeführt.

Wie bereits ausgeführt, stehe ein allfälliger von der Antragstellerin in den Raum gestellter Wechsel des bestehenden Systems alleine in der Disposition der Auftraggeberin. Zudem sei die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit einem Unternehmen jedenfalls dann zulässig, wenn das Alleinstellungsmerkmal dieses Unternehmens nicht rechtswidrig herbeigeführt worden sei. Vorliegend ergebe sich das "Alleinstellungsmerkmal" der mitbeteiligten Partei aus einem rechtskonform durchgeführten Vergabeverfahren aus dem Jahr 2008. Die "Systemwahl" hinsichtlich des Spendersystems sei also entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin rechtskonform und auf Basis einer sachlichen Rechtfertigung durchgeführt worden. Im hier gegenständlichen Fall gehe es - dem Beispiel der Antragstellerin folgend - nicht darum, dass die Auftraggeberin vorab eine bestimmte Automarke festgelegt hätte.

Vielmehr habe die Auftraggeberin im Jahr 2008 ein nichtdiskriminierendes, herstellernertrales Vergabeverfahren durchgeführt, bei dem - dem Beispiel der Antragstellerin folgend - ein bestimmter Hersteller, z.B. Skoda erfolgreich gewesen sei. Selbstverständlich komme daher im Jahr 2014 nur die Beschaffung von Skoda Ersatzteile für die Skodas in Frage. Ersatzteile eines anderen Autoherstellers wären für die Auftraggeberin unbrauchbar und wertlos.

Dementsprechend sei die Antragstellerin - mangels gegenteiliger Anhaltspunkte - auch nicht in der Lage, Nachfüllpackungen für Spendersysteme der mitbeteiligten Partei zu liefern. Gleichzeitig sei es vergaberechtlich zulässig, ausschließlich Nachfüllpackungen für diese, bei der Auftraggeberin montierte Spendersysteme zu fordern. Die Antragstellerin sei daher nicht in der Lage die hier verfahrensgegenständlichen Produkte zu liefern, weshalb ihr aus der vermeintlich rechtswidrigen Verfahrensfall kein Schaden entstehen könne.

Im Übrigen erhebe die Auftraggeberin das Vorbringen der mitbeteiligten Partei hinsichtlich der mangelnden Befugnisse der Antragstellerin zur Erbringung der auftragsgegenständlichen Leistungen zu ihrem eigenen Vorbringen. Der Antragstellerin habe folglich auch aus diesem Grund im Zusammenhang mit der verfahrensgegenständlichen Beauftragung kein Schaden entstehen können.

6. Am 17.08.2017 nahm die Antragstellerin erneut Stellung.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin handle es sich bei dem Vorbringen der Antragstellerin, wonach die Antragstellerin davon ausgegangen sei, dass keine anderen Artikel im Rahmen der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung beschafft werden sollten, lediglich um eine Paraphrasierung ihres eigenen Vorbringens.

Nicht nachvollziehbar sei für die Antragstellerin auch das Vorbringen der Auftraggeberin, wonach der Antragstellerin bereits seit 09.05.2014 bewusst gewesen wäre, dass keine gemeinsame Vergabe dieser Artikel (gemeint wohl Toilettenpapier, Zick-Zack Faltpapier und Zellstofftücher) mit den Rollenhandtüchern und der Flüssigseife erfolgen würde.

Der Antragstellerin erschließe es sich zudem nicht, warum aus der bloßen Kenntnis eines Vertragsendes zwingend darauf zu schließen oder auch nur zu vermuten wäre, dass die Rollenhandtücher und die Flüssigseife ab diesem Zeitpunkt rechtswidrig beschafft werden würden. Wenn keine Ausschreibung mehr von gewissen Produkten erfolge, gehe die Antragstellerin zunächst davon aus, dass dies rechtens sei, zumal es hierfür zahlreiche Gründe geben könne. Die Antragstellerin führe zudem keine Marktbeobachtungen im Hinblick auf einzelne Produkte durch. Dies würde die Kapazitäten der Antragstellerin bei Weitem sprengen.

Letztlich dürfe in der gebotenen Deutlichkeit vorgebracht werden, dass es auch nicht Aufgabe von präsumtiven Bewerbern einer Ausschreibung sei, sich Gedanken zum Verhalten der Auftraggeberin zu machen oder die Wahl der ausgeschriebenen Produkte zu hinterfragen oder gar zu kontrollieren.

Darüber hinaus sei aus der ausdrücklichen Aussage der Auftraggeberin, wonach keine anderen Produkte beschafft würden, klar ableitbar, dass die fraglichen Produkte nicht nur in dem Toilettenpapier betreffenden Vergabeverfahren nicht nachgefragt würden, sondern grundsätzlich kein Bedarf an diesen Produkten bestehe. Warum also das Vorbringen der Antragstellerin keine Deckung im Wortlaut der Fragebeantwortung finden solle, bleibe unerklärlich.

Entgegen dem Vorbringen der Auftraggeberin habe die Antragstellerin faktisch keine Kenntnis an rechtswidrigen Beschaffungsvorgängen der Auftraggeberin gehabt. Sie habe auch weder Kenntnis dieser Umstände haben müssen, noch hätte sie diese Kenntnis auch nur haben können. Es sei unrichtig, dass die Antragstellerin (schuldhaft) nicht von ihrer jederzeitigen Kenntnisnahmemöglichkeit Gebrauch gemacht habe. Eine schuldhafte Pflichtverletzung könne nur dann vorliegen, wenn überhaupt eine Rechtspflicht bestehe. Dies sei vorliegend allerdings nicht der Fall.

Abgesehen davon, wäre eine Überprüfung der Beschaffungsvorgänge der Auftraggeberin durch die Antragstellerin letzterer auch nicht zumutbar und werde dies auch von der Judikatur des EuGH nicht verlangt. Die Auftraggeberin könne deshalb keinerlei Gesetzesstellen oder Judikate abgeben, aus welchen eine solche Rechtspflicht herrühren würde.

Die Ansicht der Auftraggeberin bzw. der mitbeteiligten Partei, wonach eine Belieferung der Auftraggeberin durch die Antragstellerin unzulässig wäre, zumal die Gewerbeberechtigung auf "Großhandel" eingeschränkt wäre, sei unrichtig. Der Umfang der Gewerbeberechtigung sei anhand der besonderen Interpretationsregel des § 29 GewO zu eruieren. Diese Bestimmung regle, nach welchen Auslegungskriterien der Umfang einer konkreten Gewerbeberechtigung im Einzelfall zu bestimmen sei. Der Großhandel stelle bereits historisch das Bindeglied zwischen den Vertriebsstufen dar, wie beim Kleinhandel gehe es materiell auch hier um die Beschaffung von Waren durch Marktteilnehmer vom Hersteller oder anderen Marktteilnehmern und deren Absatz an Wiederverkäufer, Weiterverarbeiter und gewerbliche Verwender oder sonstige Institutionen, sofern es sich nicht um Letztverbraucher handle.

Bei der Auftraggeberin handle es sich um eine gewerbliche Verwenderin. Diese nutze die Hygieneartikel gerade nicht als Letztverbraucherin, sondern stelle diese Dritten, hauptsächlich wohl ihren eigenen Kunden oder Kunden der Fluglinien zur Verfügung und sei aus diesem Grund als gewerbliche Verwenderin zu qualifizieren. Doch selbst dann, wollte man die Auftraggeberin fälschlich als Letztverbraucherin qualifizieren, wäre eine Belieferung durch die Antragstellerin zulässig. Nach § 29 GewO seien in Zweifelsfällen die in den beteiligten gewerblichen Kreisen bestehenden Anschauungen und Vereinbarungen zur Beurteilung des Umfanges der Gewerbeberechtigung heranzuziehen.

Auch die historische Entwicklung sei maßgeblich. Der Bericht des Handelsausschusses zur Gewerbeordnung sei davon ausgegangen, dass unter Großhandel allgemein jede Handelstätigkeit verstanden werde, bei der Waren vornehmlich nicht an Verbraucher, sondern an Wiederverkäufer, Erzeuger, Verarbeiter usf abgesetzt werden, bei der jedoch der Verkauf an Verbrauchern nebenher oder in untergeordneten Umfang nicht ausgeschlossen sei. Dieser Ansicht folgend sei ein eigener Vertriebsweg für Endverbraucher durch einen Großhändler zulässig, wenn der Verkauf an Verbraucher trotz des eigenen Vertriebsweges insgesamt nebenher oder im untergeordneten Umfang erfolge. Die Belieferung der Auftraggeberin sei gemäß dem Gesamtumsatz der Antragstellerin jedenfalls in untergeordnetem Umfang und daher auch aus diesem Grunde mit der auf Großhandel eingeschränkten Gewerbeberechtigung zulässig.

Die Einschränkung auf den Großhandel resultiere aus dem im Zeitpunkt der erstmaligen Beantragung der Gewerbeberechtigung im Jahr 1988 geltenden Gewerbeordnung. Entsprechend der damaligen Fassung habe es sich beim Handelsgewerbe um ein Gewerbe gehandelt, zu dessen Ausübung ein Befähigungsnachweis erforderlich gewesen sei. So sei etwa beim Vorhandensein einer Berufsausbildung im Bereich Großhandel zum damaligen Zeitpunkt die Ausübung des Handelsgewerbes nur dann zulässig gewesen, wenn die Gewerbeberechtigung auf den Großhandel eingeschränkt worden sei. Der bereits verstorbene Vater des Geschäftsführers der Antragstellerin habe einen Abschluss als Großhandelskaufmann gehabt, weswegen lediglich eine solche eingeschränkte Gewerbeberechtigung erteilt worden sei, wiewohl die Antragstellung für ein Handelsgewerbe ohne Einschränkungen erfolgt sei.

Entsprechend der nunmehr geltenden Gewerbeordnung sei die Unterscheidung insofern obsolet, als für die Ausübung des Handelsgewerbes, bei welchem es sich um ein freies Gewerbe handle, kein Befähigungsnachweis erforderlich sei. Dies bedeute, dass bei Erfüllung der allgemeinen und der bei einzelnen Gewerben vorgeschriebenen besonderen Voraussetzungen allein aufgrund der Anmeldung des betreffenden Gewerbes dieses ausgeübt werden dürfe. Die Anmeldung sei bereits 1988 erfolgt.

Soweit die Auftraggeberin argumentiere, dass der Antragstellerin kein Schaden entstehen habe können, weil die bestehenden Spendersysteme im Rahmen eines rechtskonformen Vergabeverfahrens erworben worden seien und die Antragstellerin die Belieferung infolge der technischen Besonderheiten bzw. ausschließlichen Rechten ohnehin nicht vornehmen könne, sei festzuhalten, dass der Schaden der Antragstellerin daraus resultiere, dass zum momentanen Zeitpunkt 2017 unter Verletzung des Zusammenrechnungsgebotes Güter rechtswidrig beschafft worden seien. Bei rechtskonformer Vorgangsweise wäre die Aufrechterhaltung des bestehenden Spendersystems nicht möglich gewesen.

Die Auftraggeberin übersehe bei ihrer Argumentation, dass die Ausnahmen, auf die sie sich berufe, nach Art 50 der neuen Sektoren-Richtlinie (RL 2014/25/EU) nur anwendbar seien, wenn es keine sinnvolle Alternative oder Ersatzlösung gebe und der fehlende Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einengung der Auftragsvergabeparameter sei. Im gegenständlichen Fall sei aber eine sinnvolle Alternative vorhanden, nämlich die Installation systemneutraler Spender. Aus diesem Grund hätte in Zusammenhang mit dem Zusammenrechnungsgebot ein Vergabeverfahren stattfinden müssen, im Rahmen dessen sich die Antragstellerin beteiligen hätte können und sie den Zuschlag erhalten hätte.

Unrichtig sei auch das Vorbringen, wonach die Antragstellerin die nachgefragten Produkte nicht anbieten hätte können. Auf die Beweispflicht der Auftraggeberin bzw. der mitbeteiligten Partei werde verwiesen. Eigenartig mute auch das Vorbringen der Auftraggeberin an, wonach ein einheitliches Erscheinungsbild der Spender am Flughafen Ziel gewesen wäre. Tatsächlich sei ein einheitliches Erscheinungsbild nämlich nicht vorhanden.

7. Am 05.10.2017 nahm die Auftraggeberin neuerlich Stellung.

Entgegen der Behauptung der Antragstellerin, dass sie faktisch keine Kenntnis von Beschaffungsvorgängen der Auftraggeberin gehabt habe, ergebe sich bereits aus ihrem Vorbringen in ihren Feststellungsanträgen, dass sie tatsächlich aber weitreichende Informationen zu Beschaffungen der Auftraggeberin betreffend Hygieneprodukte gehabt habe. Doch selbst wenn die Behauptung zutreffen würde, dass die Antragstellerin faktisch keine Kenntnis gehabt habe, so hätte sie diese Kenntnis - u.a. auf Basis der ihr vorliegenden bzw. öffentlich zugänglichen Informationen - dennoch haben müssen bzw. hätte sie Kenntnis vom Zuschlag erlangen können.

So wäre es der Antragstellerin - zumal sie genaue Kenntnis vom exakten Datum des Auslaufens des ursprünglichen Vertrags hatte - jedenfalls zumutbar gewesen, innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab Ablauf dieses Vertrages bei der Auftraggeberin nachzufragen, wann die Neuausschreibung erfolgen werde (oder einfach am Flughafen selbst Nachschau zu halten, wobei letzteres definitiv unnötig gewesen wäre, weil einem die bloße Lebenserfahrung lehre, dass ein europäischer Flughafen Sanitäreinrichtungen aufweisen müsse und man sich dort die Hände waschen und trocken können müsse). Die Antragstellerin habe binnen dieser Frist jedoch keinerlei Schritte gesetzt, sondern sich vielmehr drei Jahre Zeit gelassen, diesen für sie angeblichen unklaren Umstand zu verifizieren. Ein Außerachtlassen der Sechs-Monatsfrist im Sinne der Judikatur des EuGH in der Rechtssache MedEval wäre daher nur dann gerechtfertigt, wenn die Auftraggeberin zusätzlich ein Verhalten gesetzt hätte, das die Antragstellerin zu der Annahme verleitet hätte, noch nicht anfechten zu müssen. Dies sei hier aber nicht der Fall.

Da die Antragstellerin nicht einmal den Versuch einer Kenntnisnahme unternommen habe, habe sie sich die negativen Folgen ihrer Unterlassung gemäß § 332 Abs. 2 BVergG selbst zuzuschreiben. Es wäre nicht nachvollziehbar, das Rechtsschutzinteresse der Antragstellerin - trotz dieser Unterlassungen und Untätigkeit -

hier über das Interesse der redlichen Auftraggeberin an Rechtssicherheit über drei Jahre nach Vertragsschluss zu stellen.

Des Weiteren führte die Auftraggeberin zu ihrer Sichtweise der Zulässigkeit der Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb nur mit der mitbeteiligten Partei Folgendes aus: Zum einen sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens aufgrund des Ausnahmetatbestandes gemäß § 195 Z 3 BVergG für ausschließliche Rechte bzw. technische Besonderheiten zulässig. Die vertragsgegenständlichen Seifenspender würden im Eigentum der mitbeteiligten Partei stehen. Laut den Ausschreibungsunterlagen 2008 bzw. dem Vertrag aus dem Jahr 2014 schulde XXXX lediglich die Ausstattung des Flughafens mit den Spendern; gemäß Bestellung/Werkkontrakt würden "sämtliche Spendersysteme [...] leihweise und kostenlos zur Verfügung gestellt" und würden somit im Eigentum der mitbeteiligten Partei verbleiben. Die mitbeteiligte Partei dürfe daher berechtigterweise aufgrund ihres ausschließlichen Eigentumsrechtes andere Unternehmen davon ausschließen, die am Flughafen montierten Spender mit Seife zu befüllen. Eine Befüllung durch andere Unternehmen komme aufgrund dieses ausschließlichen Rechtes daher nicht in Frage.

Gleiches gelte für die durch die mitbeteiligte Partei bereitgestellten Spender/Behälter für die Rollenhandtücher, welche im Eigentum der XXXX, dem Lieferanten der mitbeteiligten Partei, stehen würden. Hinsichtlich dieser Behälter sei die mitbeteiligte Partei den Informationen der Auftraggeberin zufolge ein exklusives Vertriebsrecht von XXXX eingeräumt worden. Derartige "ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrechte" wie etwa Vertriebs/Lizenzrechte würden ebenfalls ausschließliche Rechte im Sinne der Ausnahmebestimmung des § 195 Z 3 BVergG darstellen.

Des Weiteren liege eine technische Besonderheit bzw. eine Inkompatibilität vor, zumal die Nachfüllpackungen für die vertragsgegenständlichen Spender/Behältnisse von anderen Unternehmen als XXXX bzw. deren Lieferant XXXX zu den bestehenden Spendern nicht kompatibel seien. Diese technische Besonderheit führe dazu, dass im gegenständlichen Fall nur XXXX mit den verfahrensgegenständlichen Leistungen beauftragt habe werden können.

Zum anderen sei die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb aufgrund des Ausnahmetatbestandes für zusätzliche Lieferungen gemäß § 195 Z 5 BVergG zulässig. Bei XXXX handle es sich unzweifelhaft um den ursprünglichen Auftragnehmer/Lieferanten. Weiters erfolge einerseits die Erneuerung durch die zusätzliche Lieferung von Nachfüllpackungen für die Spendersysteme. Andererseits umfasse der Auftrag - wie auch schon das ursprüngliche Leistungsbild - auch den Ersatz/Austausch von schadhaften oder beschädigten Spendern. Auch insofern finde eine Erneuerung der ursprünglichen Lieferung durch zusätzliche Lieferungen statt. Zudem habe es z.B. aufgrund von Zubauten am Flughafen oder neue Bereiche auch Erweiterungen der Leistungen gegeben.

Ein Wechsel des Lieferanten hätte die Auftraggeberin zum Kauf von Material unterschiedlicher technischer Merkmale gezwungen, zumal nur die mitbeteiligte Partei entsprechende Nachfüllpackungen für die montierten Spender anbiete bzw. nur die mitbeteiligte Partei die gegenständlichen Spender anbiete. Nachfüllpackungen anderer Spendersysteme würden nicht in die bestehenden Spender eingesetzt werden können und wären daher technisch inkompatibel. Zudem hätte ein Wechsel der bestehenden Spendersysteme zu völlig unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten und ebenso völlig unwirtschaftlichen Aufwänden geführt.

Nach Schätzungen der Auftraggeberin hätte die Montage von rund 2600 Spendern (sogar ohne die fast ebenso aufwendige Demontage der alten Spender) - bei laufendem Flughafenbetrieb - allein rund drei bis vier Monate in Anspruch genommen. Nach Erfahrung der Auftraggeberin wären dafür allein vom montierenden Unternehmen zwei bis drei Leute täglich acht Stunden erforderlich.

Zudem sei ein Flughafen, insbesondere dieser Größe, ein organisatorisch und logistisch hoch komplexes Gebilde. Solche langwierigen Montage- und Demontearbeiten wären daher eine (vermeidbare) massive Betriebsstörung. Hier sei nicht nur an die mit nicht benutzbaren Sanitäreinrichtungen verbundenen Störungen der Kunden bzw. des Passagierbetriebs zu denken, sondern auch daran, dass gerade große Flughäfen nach ausgeklügelten Passagierfluss-Modellrechnungen ausgelegt seien, die durch solche Umstände gestört werden würden. Daneben werde durch das Montagepersonal sowie den bei den Arbeiten erzeugten Staub und Lärm auch der Flughafenbetrieb bzw. das Flughafenpersonal gestört.

Aufgrund der hohen Sicherheitsanforderungen am Flughafen wären zudem sämtliche Monteure einer Sicherheitsschulung und einer Sicherheitsüberprüfung gemäß § 55 Sicherheitspolizeigesetz zu unterziehen, was erhebliche organisatorische Aufwände verursachen würde und im Übrigen in der Regel vier Wochen dauern würde, bis eine entsprechende Freigabe erfolge und die entsprechenden Ausweise ausgestellt seien. Bis zum Abschluss der Sicherheitsprüfung oder bei deren Scheitern müsse den Monteuren überdies seitens der

Auftraggeberin zumindest eine Aufsichtsperson des Sicherheitsdienstes beigestellt werden, was ebenfalls einen organisatorischen Aufwand darstelle und erhebliche Kosten verursache.

Ein weiteres technisches bzw. logistisch organisatorisches Problem im Falle der Montage von anderen Spendern stelle die Demontage der alten Spender dar, da parallel zwei Montageteams tätig sein müssten, zumal es undenkbar sei, dass für mehrere Stunden oder gar Tage an einigen WCs keine Seife und Handtücher vorhanden wären. Zusätzlich zu diesem Montageaufwand selbst würden auch noch Entsorgungskosten für die alten Spender anfallen.

Weiters hätte es unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch oder Wartung bedeutet, wenn nach Auslaufen des ursprünglichen Vertrages mit XXXX beispielsweise alle defekten Spender bzw. alle zu einem bestimmten Zeitpunkt defekten Spender neu ausgeschrieben worden und sodann unterschiedliche Spendersysteme vorhanden wären. In diesem Fall hätten folglich alle Berechtigungen doppelt auch für das Servicepersonal der anderen neuen Spendersysteme zusätzlich ausgestellt werden müssen. Dies würde aber dem Zweck der einheitlichen Beschaffung im Hinblick auf die Hygienebereiche völlig zuwiderlaufen, wonach es gerade nur ein Serviceteam bzw. ein Serviceunternehmen für alle diese Bereiche geben soll.

Ein weiterer unverhältnismäßiger technischer Aufwand würde sich auch bei der Montage anderer Spendersysteme insofern ergeben, als diese auch andere Aufhängungen bzw. Bohrlöcher etc. für die Montage benötigen würden, wodurch bei allen Spendern zusätzliche Bohrungen auf verschiedensten Materialien durchgeführt und allenfalls beschädigte Flächen ausgetauscht hätten werden müssen. Dementsprechend hätten schon allein die zusätzlichen Bohrungen bei einer neuen Montage von Spendern zu einem unverhältnismäßigen technischen Risiko bzw. technischer Schwierigkeit geführt. Dies hätte auch ästhetisch dem Erscheinungsbild der Nassräume am Flughafen erheblich geschadet bzw. zusätzliche Aufwände verursacht.

Es handle sich demnach geradezu um ein Paradebeispiel für den Ausnahmetatbestand des § 195 Z 5 BVergG der zusätzlichen Lieferungen.

Im Übrigen sei die Behauptung der Antragstellerin, dass § 195 BVergG unionsrechtswidrig sei nicht nachvollziehbar. Die Bestimmungen der betreffenden Richtlinien seien inhaltlich sinngleich. Auch die dazu ergangene EuGH und auch österreichische Rechtsprechung seien wechselseitig übertragbar und würden in keinerlei Widersprüchen zu einander stehen. Aus den vorstehend angeführten Gründen sei aber eine Montage anderer Spender gerade keine Alternative bzw. jedenfalls keine sinnvolle Alternative.

Weiters würde es zu einem nicht sachgerechten, geradezu absurden Ergebnis führen, wenn man das Vorhandensein der konkreten Spender für die vergaberechtliche Beurteilung des Sachverhaltes ignorieren müsste. Wenn ein Auftraggeber verpflichtet wäre, im Sinne der Erreichung eines breitest möglichen Wettbewerbs die bei ihm vorhandene, nur für einen bestimmten Unternehmer verwendbare Infrastruktur zu ignorieren und Spender und Seife gemeinsam auszuschreiben, dann müsste im Umkehrschluss trotz Existenz eines neutralen Toilettenpapierspenders und von Lieferanten von neutralem Toilettenpapier ein Hersteller von nicht neutralen Spendern und nicht neutralem Toilettenpapier genauso berechtigt sein, die Ausschreibung von Spendern und Papier zu verlangen, damit auch er auch an einem Wettbewerb teilnehmen könne. Damit wären Auftraggeber immer zur Mitausschreibung der Infrastruktur verpflichtet und jegliche Systemwahl wäre unzulässig. Dieses Ergebnis würde klar der relativ großzügigen Rechtsprechung zur Systemwahl bzw. Wahlfreiheit des Auftraggebers widersprechen.

Neuerlich werde darauf verwiesen, dass der Antrag abgesehen von der Verfristung auch deshalb zurückzuweisen sei, weil der Antragstellerin aus der Beauftragung kein Schaden entstanden sei bzw. ihr kein Schaden entstehen könne. Zum einen dürfe die Antragstellerin die Auftraggeberin nicht im Rahmen ihrer Großhandelsbefugnis beliefern. Auch selbst wenn die Auftraggeberin durch die Antragstellerin trotz Einschränkung der Gewerbeberechtigung auf Großhandel zulässigerweise beliefert werden dürfte, so verfüge die Antragstellerin dennoch über keine Befugnis, auch die verfahrensgegenständlichen Service- und Wartungsleistungen zu erbringen. Dies folge aus § 29 GewO. Insbesondere die Anschauungen der gewerblichen Kreise würden aus Sicht der Auftraggeberin klar gegen die Zulässigkeit der Erbringung der gegenständlichen Service- und Wartungsleistungen sprechen. Eine Servicierung (Nachfüllung) und Wartung der Ausgabegeräte/Spender an Nutzer (hier Passagiere) vor Ort gehe weit über Großhandel hinaus. Diese Dienstleistungskomponente gehe sogar deutlich über bloßen Einzelhandel hinaus. Folglich habe der Antragstellerin durch den gegenständlichen Vertragsschluss kein Schaden entstehen können und es mangle ihr daher an der Antragslegitimation.

Im Übrigen ergebe sich aus der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache MedEval klar, dass der EuGH die Sechs-Monatsfrist nur als Voraussetzung für die Erlangung von Schadenersatz unangewendet lassen wolle. Im hier gegenständlichen Fall sei ein Schadenersatzanspruch der Antragstellerin jedoch ausgeschlossen. Es sei kein

förmliches Vergabeverfahren durchgeführt worden, weswegen die Antragstellerin keine Teilnahmekosten an einem Vergabeverfahren zu tragen gehabt habe. Zudem seien im Verhandlungsverfahren mit XXXX keine Zuschlagskriterien festgelegt worden. Der Beweis, dass die Antragstellerin bei Durchführung eines förmlichen Verfahrens Best/Billigstbieter geworden wäre und ihr daher entgangener Gewinn zustünde, sei der Antragstellerin folglich nicht möglich. Ohne derartigen Anspruch sei sie aber im Sinne des EuGH und des VwGH nicht schützenswert.

Aus der erwähnten EuGH-Entscheidung MedEval ergebe sich lediglich, dass die Sechs-Monatsfrist gemäß § 332 Abs. 2 BVergG der Geltendmachung von Schadenersatz nicht entgegenstehen dürfe. Gleichzeitig erkenne der EuGH aber das Interesse von Auftraggebern an Rechtssicherheit und vor allem Vertragssicherheit an. Der EuGH akzeptiere demnach die Präklusivfrist von sechs Monaten für die Nichtigerklärung von Verträgen. Daraus ergebe sich klar, dass bei unionsrechtskonformer Interpretation nach Ablauf von sechs Monaten ab Vertragsschluss keine Nichtigerklärung des Vertrags mehr erfolgen solle. Dem folge auch der VwGH. EuGH und VwGH würden folglich nur die Unternehmer hinsichtlich ihrer Schadenersatzansprüche schützen wollen. Allfällige weitere Nachteile für die Auftraggeber halte der EuGH nach Verstreichen der Präklusivfrist aber nicht mehr für gerechtfertigt. Demnach scheidet nach ungenutztem Ablauf der Anfechtungsfrist von sechs Monaten nicht nur eine Nichtigerklärung von Verträgen aus, sondern auch die Verhängung von Bußgeld. Korrespondierend dazu habe auch der österreichische Gesetzgeber im BVergG 2017 bzw. in den Erläuterungen zur Regierungsvorlage für das BVergG 2017 klar seinen Willen zum Ausdruck gebracht, dass nach Ablauf der Sechs-Monatsfrist weder eine Nichtigerklärung des Vertrages noch die Verhängung von Bußgeld möglich sein solle.

8. Am 06.10.2017 fand vor dem Bundesverwaltungsgericht eine mündliche Verhandlung unter Beisein von Mag. Wolfgang POINTNER als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Ing. Wilhelm WEINMEIER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite statt.

9. Mit Schreiben vom 16.10.2017 brachte die Antragstellerin einen Schriftsatz ein, wonach Zweifel an der Unbefangenheit des fachkundigen Laienrichters Mag. Wolfgang POINTNER bestünden und dieser im Sinne des § 296 Abs. 2 BVergG abgelehnt werde. Mit einem an den Präsidenten des Bundesverwaltungsgerichtes gerichteten Schreiben vom 20.10.2017 zeigte der fachkundige Laienrichter Mag. Wolfgang POINTNER seine Befangenheit in der gegenständlichen Rechtssache an.

Aus diesem Grunde war der zur Entscheidung berufene Senat hinsichtlich des Mitgliedes aus dem Kreis der Auftraggeber neu zu besetzen und die Verhandlung zu wiederholen.

10. Am 20.11.2017 fand sohin neuerlich eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt:

"Eingangs werden die zu W139 2162939-1 und zu W139 2162939-2 geführten Vergabekontrollverfahren gemäß § 39 Abs. 2 AVG zur gemeinsamen Verhandlung im Hinblick auf das Vorliegen der Antragslegitimation der Antragstellerin (Befugnis) verbunden.

[...]

Auszugsweise Wiedergabe der Verhandlung vom 06.10.2017:

"[...] Zur Antragslegitimation der ASt:

RI: Über welche Gewerbeberechtigung bzw. Gewerbeberechtigungen verfügten Sie?

ASt: Genau über die, die vorgelegt wurden.

RI: Wie erfolgt bei Ihnen grundsätzlich die Auftragsabwicklung etwa betreffend die Beauftragung mit einer Lieferung der hier verfahrensgegenständlichen Hygieneartikel? Wie wickeln Sie das logistisch ab?

ASt (XXXX): Die Abwicklung erfolgt grundsätzlich, je nachdem wo sich der Kunde befindet, über ein Lager aus dem die Ware ausgefolgt wird und über eine Spedition wird zugestellt.

RI: Verfügen Sie über ein Lager als weitere Betriebsstätte? Wenn ja, handelt es sich um zur ASt zugehörige Lager oder Lager anderer Unternehmen?

ASt (XXXX): Es ist keine Betriebsstätte. Es ist die Lagerinfrastruktur eines anderen Unternehmens.

RI: Führen Sie grundsätzlich auch die Wartung und Reparatur von Spendern für Rollenhandtücher, Seife, Lufterfrischer etc. durch?

ASt: Prinzipiell ist es so, dass die Spender alle wartungsfrei sind. Und zur Frage der Reparatur kann ich Ihnen sagen, dass es sich seit Jahrzehnten nicht mehr rechnet. Ist ein Spender defekt kommt es den Unternehmen günstiger, diesen zu tauschen.

ZE (XXXX): Ist es zutreffend, dass sich Ihr Feststellungsantrag darauf bezieht, dass Sie für die betreffenden Spender, die schon montiert sind, Nachfüllungen liefern könnten?

ASt: Ja das ist korrekt.

ZE: Würde ich dies auch derart verstehen falls, ein Spender defekt wird und zu tauschen wäre, dass sie dann einen neuen Spender Ihres Portfolios liefern würden?

ASt: Ja.

ZE (XXXX): Diese Behauptung, dass das möglich wäre ist aus rechtlicher und praktischer Sicht nicht möglich. Und zwar aus zwei Gründen: Beide Spender und Rollenhandtuchhalter befinden sich nicht im Eigentum der AG. Die Seifenspender stehen im Eigentum der XXXX und die Rollenhalter stehen im Eigentum der XXXX . Das bedeutet das selbst bei gewerberechtlicher Befugnis es rechtlich unzulässig wäre, dass die ASt. Seifenspender bzw. Rollenhalter serviciert, diesen gegen einen anderen entfernt oder sonst wie verändert, weil sie dadurch in das Eigentumsrecht der MP bzw. jenes ihrer Vorlieferanten eingreift. Um dieses Geschäftsmodell zu verwirklichen würde es bei Zustimmung der MP bedürfen. Eine solche Zustimmung wurde weder in der Vergangenheit erteilt noch ist aus geschäftspolitischen Gründen geplant, diesen Zugriff auf die Spender und Rollenhalter zu gewähren. Wenn man sich den angegriffenen Vertrag ansieht, dann sieht man auch ganz genau, dass der Flughafen Wien in 2014 (zu diesem Zeitpunkt befanden sich schon Seifenspender und die Rollenhalter der MP und der XXXX bei der AG) auch nur die Wiederbefüllung mit Schaumseife und mit Rollenhandtücher ausgeschrieben hat. Nicht also die Neuausstattung mit der Spenderinfrastruktur. Es wird auf den betreffenden Rahmenvertrag aus dem 2014 verwiesen.

AG: Gemäß den Ausschreibungsunterlagen 2014 mussten die Spender für den Einbau adaptiert werden, es waren handwerkliche Tätigkeiten notwendig. Auf Basis der Großhandelsgewerbeberechtigung dürften solche Tätigkeiten nicht erbracht werden.

ASt: Wir würden gerne einmal fragen, wem die Spender am Flughafen gehören?

ZE (XXXX): Diese stehen im Eigentum der MP sowie im Eigentum der Vorlieferantin.

ASt: Das wird bestritten. Die Ausführungen betreffend den Einbau der Rollenhandtücher werden bestritten unter Verweis auf das vorgelegte Lichtbild. Die Montage der Spender, sofern das mit Einbau gemeint ist, mit einer Haltvorrichtung an der Wand oder den Einbau in eine bestehende Holzvorrichtung, wäre jedenfalls als Nebenrecht von einer Gewerbeberechtigung erfasst, da es inhärent ist, dass Spender geliefert werden, auch montiert werden müssen. Die Eigentumsverhältnisse werden bestritten, unter Hinweis, dass die Spender 2008 am Flughafen ausgeschrieben wurde und beschafft wurden und daher im Eigentum der AG stehen müssen. Bezüglich der Ausschreibung aus dem Jahr 2014 liegen keine Informationen vor. Laut dem heutigen Vorbringen handelt es sich um die bestehenden Spender. Die Abschottung durch die technische Besonderheit ist zudem aufgrund der Tatsache, dass es systemneutrale Produkte gibt, rechtswidrig.

RI: Wurden diese Adaptionen tatsächlich ausgeführt?

ZE: Ja. Diese wurden im Zuge der Montagearbeiten durchgeführt.

ZE (XXXX): Es wird im Zusammenhang mit der möglichen Ausübung der Nebenrechte auf § 32 Abs. 1 Z 1 und 6 GewO verwiesen. Nebenrechte stellen immer darauf ab, dass die selbst erzeugten oder vertriebenen Produkte absatzfähig gemacht werden.

ASt: Es wird darauf verwiesen, dass vom AG im Falle einer notwendigen Reparatur oder Austausch eigene Produkte geliefert werden, die dann auch von ihm unbeschränkt behandelt werden dürfen. [...]"

[...]

RI: Wie häufig werden die Rollenhandtuchspender der XXXX durchschnittlich gewartet und wie häufig erfolgt ein gänzlicher Austausch?

mP2 (XXXX): Wir haben uns die Mühe gemacht dies einmal zu erheben. Ein Servicemitarbeiter der Fa. XXXX ist fast vollzeitig am Flughafen. Exemplarisch wird eine Aufstellung zu den Jahren 2014 und 2015 vorgelegt. Aus diesen ist ersichtlich, wie oft ein Austausch und ein Service bei Handtuchrollen und Seifenspendern erforderlich sind, wobei angemerkt wird, dass die Befüllung der Handtuchrollenhalter und der Seifenspendern durch Mitarbeiter der Flughafen Wien AG erfolgen. Etwa 400 Mal im Jahr ist eine Serviceleistung notwendig, bei ca. 1600 Seifenspendern und etwa der gleichen Anzahl von Handtuchspendern.

Die vorgelegten Unterlagen werden als Beilage ./A zur Verhandlungsschrift genommen.

mP2 (XXXX): Ich habe bereits in der letzten Verhandlung den Vertrag zwischen der XXXX und XXXX vorgelegt. Die Handtuchrollenhalter finden sich nicht in der Anlagenbuchhaltung von XXXX , weil diese Spender im Fremdeigentum der Fa. XXXX stehen. Ich lege einen Auszug aus unserer Anlagenbuchhaltung vor. Diesen ist zu entnehmen, dass rd. 1600 Seifenspendern die beim VIA eingesetzt sind in der Anlagenbuchhaltung der Fa. XXXX erfasst sind. Diese Erfassung als Anlagegut bei der Fa. XXXX ist nur dann möglich und rechtlich zulässig, wenn diese Wirtschaftsgüter im Eigentum der Fa. XXXX stehen. Ergänzend wird vorgebracht, dass die Seifenspendern mit dem Firmenlogo der Fa. XXXX versehen sind und damit (sollte eine Befüllung durch Fremdfirmen angedacht sein) dies neben technischen Gründen auch aus diesem Grund nicht möglich ist. Die vorgelegten Unterlagen werden als Beilage ./B zum Akt genommen. Es wird ein Modell eines Seifenspenders zur Ansicht vorgelegt. Die Kartuschen für diesen Seifenspendern werden ausschließlich von der Fa. XXXX hergestellt und sind ausschließlich diese mit der "Kupplung" im Seifenspendern kompatibel. Die Kartusche wird jeweils entsorgt und neu nachgefüllt. Es wird ein Konkurrenzprodukt der Fa. Hagleitner zur Ansicht vorlegt. Demnach hat dieser Seifenspendern eine gänzlich andere "Kupplung" und auch andere Befestigungsbohrungen. Ebenfalls werden Kartuschen der Fa. XXXX (Softpack), Fa. Initial und der Fa. XXXX zur Ansicht vorgelegt. Man würde die XXXX zerstören, würde man versuchen, die Kartuschen anderer Hersteller in die Spender einzusetzen. Über Nachfrage durch LR1 wird angegeben, dass ein immaterialgüterrechtlicher Schutz der Produkte der Fa. XXXX auf die jeweiligen Kupplungen besteht. Es wird auch erklärt, dass die unterschiedlichen Seifen unterschiedliche Viskosität besitzen und diese die Spender verstopfen können, wenn diese zu dickflüssig sind, oder diese auslaufen könne, wenn sie zu dünnflüssig sind.

VR: Können in den von der Fa. XXXX vorgelegten Spender auch Flüssigseifen eingefüllt werden?

mP2 (Patscheider): Nach Austausch des Pumpenteils können in denselben Spender auch Flüssigseifen eingesetzt werden. Das Gehäuse bleibt gleich. Es gibt Einsätze für Flüssigseifen und Einsätze für Schaumseifen.

Die Einsätze werden zur Einsicht dem Senat vorgezeigt.

AG: Festgehalten wird, dass seitens des AG auch keine Nachbauprodukte eingebaut werden würden, da sich sonst gewährleistungsrechtlich der Seifenhersteller auf den Spenderhersteller und umgekehrt ausreden würde. Das gleiche gilt auch für die Handtücher.

AG (XXXX): Das Zusammenspiel der Spender und der Nachfüllungen muss angesichts eines Aufkommens von etwa 25.000.000 Passagieren pro Jahr am VIA jedenfalls funktionieren. Es besteht bei Nachbauprodukten allerdings die Gefahr, dass diese nicht in der gleichen Weise wie Originalprodukte funktionieren. Hier wird von Hygieneprodukten gesprochen, sodass eine Nachfüllung mit Nachbauprodukten hier keinesfalls eine Option für die AG darstellt. Hygieneprodukte können insofern auch nicht 1:1 etwa mit Tonern verglichen werden.

mP2 (XXXX): Zu Protokoll 1 vom 06.10.2017: Es wird verwiesen auf die Antwort der ASt darauf (Seite 3), wie die Lieferung der Artikel logistisch erfolgt. Im Hinblick auf die hohe Zahl der Wartungseinsätze (siehe Anlage ./A) wäre eine bloße Speditionszustellung für die vollständige Leistungserbringung nicht ausreichend und es ist daher von der ASt immer noch nicht dargetan, wie sie diese zwingend erforderlichen Leistungen zum ordnungsgemäßen Gebrauch der Spender und Handtuchrollenhalter durchzuführen gedenkt.

ASt (XXXX): Laut dem heutigen Vorbringen liegt Fremdeigentum vor (kein Eigentum der Antragsgegnerin). Die Vereinbarung stellt daher offenbar (die ASt hatte immer noch keine Einsicht in den vorgelegten Vertrag) einen Leihvertrag dar und bei einem Leihvertrag ist die Anwendbarkeit des § 195 Z 3 BVergG schlicht ausgeschlossen. Wenn die AG kein Eigentum erworben hat, dann stellt sich die Frage einer technischen Besonderheit nicht, da die Leihgabe jederzeit zurückgestellt werden kann. Dies gilt auch für den Fall einer Miete. Die Gewährleistung spielt bei einem Leihvertrag ebenfalls keine Rolle. Die ASt stellt den Antrag auf Akteneinsicht in den besagten Vertrag. Dies auch im Hinblick auf Passagen, die die behaupteten Schutzrechte benennen und deren Kennzahlen angeben (Markenrechte, Patentrechte). Die Lieferung dieser Nachfüllpackungen ist jederzeit möglich, auch ein Nachbau ist jederzeit möglich, dieser auch in der gleichen Qualität bzw. bedarf es keines Nachbaus, weil die ASt über passende Nachfüllungen und Spender verfügt und dann diese zur Verfügung stellen könnte. Zum Vergleich mit Nachbauten: Auch bei anderen Nachbauprodukten ist es virulent, qualitativ hochwertige Ware zu liefern. Immaterialgüterrechtliche Schutzrechte werden bestritten, unter Hinweis darauf, dass keine Marken- und Patentbestätigungen vorgelegt wurden. Auch hinsichtlich des Inhaltes (Seife), der ja ex lege schutzlos ist, ist die Lieferung von der ASt in gleicher Güte und Qualität möglich. Unsere Spender sind wartungsfrei. Sie werden im Falle eines Defektes nicht repariert, sondern ausgetauscht. Branchenüblich ist, dass die Spender ebenfalls nicht gewartet und repariert werden, sondern ausgetauscht. Den Tausch kann die ASt genauso durchführen wie die mitbeteiligte Partei.

AG: Für die Anwendung des § 195 Z 3 BVergG ist es irrelevant, ob eine Leihe, Miete oder ein Prekarium vorliegt. Wichtig ist nur, dass die AG nicht Eigentümerin der Spender wird und nach Vertragsende keinen Zugriff auf diese Spender hat.

LR2: Meinen Sie, dass dann ein anderer Spender montiert wird? (Tausch gegen ein anderes Produkt).

ASt: Ja, es würde ein Tausch gegen unser Produkt ausgeführt werden.

mP2 (XXXX): Wir dagegen tauschen nur in Ausnahmefällen. Es wird das Produkt repariert und partielle Teile werden ausgetauscht. Es soll möglichst nachhaltig gewirtschaftet werden.

AG: Wenn die Spender im Eigentum des VIA stehen würden, dann könnten die Lieferanten nicht eigenständig entscheiden, ob sie reparieren oder austauschen.

ASt: Da schließe ich mich der AG an. Mit der Einschränkung, ob in der Ausschreibung eine Reparatur, ein Austausch vereinbart wurde, weil dies dann auch den AG binden würde.

RI: Nehmen Sie grundsätzlich Montage- und Wartungsleistungen wahr?

ASt (XXXX): Wir müssen dies trennen. Es wird gerne von der Gegenseite in einen Topf geworfen. Die Montage von Spendern können wir selbstverständlich durchführen, in der Regel wird das zu einem viel geringeren Aufwand durch Mitarbeiter der jeweiligen Kunden durchgeführt. Zur Wartung: Wir werden hier von der Gegenseite konfrontiert mit jeweils 400 Wartungen pro Jahr. Die Gegenseite liefert Spender die offenbar sehr wartungsintensiv sind bzw. eine hohe Ausfallsquote haben. Dieser Wartungsaufwand liegt meinem Ermessen nach an der Qualität der gelieferten Spender und tritt bei von uns gelieferten Spendern bei weitem nicht in diesem Umfang auf.

mP2 (XXXX): Wie viele Kunden, Flughäfen haben Sie mit einer Kundenfrequenz von 25 Mio. Personen?

ASt: Antwortet mit einer Gegenfrage.

mP2 (XXXX): Wiederholt die Frage.

ASt: Bei einer derartigen Auskunft handelt es sich um ein Geschäftsgeheimnis.

ASt: Wie viele Flughäfen beliefert die Fa. XXXX mit einer Kundenfrequenz von über 25 Mio. Personen?

mP2 (XXXX): Am Flughafen Bangkok befinden sich Seifenspender der Fa. XXXX .

mP2 (XXXX): Im Jahr 2014 betrafen die Wartungseinsätze 59 Mal Seifenspender und 403 Mal Papierspender und im Jahr 2015 84 Mal Seifenspender und 315 Mal Papierspender. Das heißt bei etwa 1600 Seifenspendern

kommt es zu relativ wenigen Beschädigungen, wohingegen Papierspender durch Fehlbedienungen von Kundenseite wesentlich anfälliger für Beschädigungen oder Verstopfungen sind.

AG (XXXX): Es ist davon auszugehen, dass es kein wartungsfreies Produkt gibt, insbesondere aufgrund der besonders intensiven Nutzung auf einem Flughafens.

AG: Durch wen würde die Montage von Spendern vorgenommen werden?

ASt: Um die anfallenden Montagearbeiten durchführen zu können, würden entsprechende Mitarbeiter eingestellt werden.

RI: War die Wartung der Spender Gegenstand des im Jahr 2008 ausgeschriebenen Auftrages?

AG: Die Wartung war jedenfalls Ausschreibungsgegenstand. Es wird auf Punkt 10.2.2 verwiesen, wonach der Ersatz und Austausch von defekten bzw. beschädigten Spendern in den Einheitspreis einzurechnen war. Die Wartung selbst war auch der Teil der Qualitätskriterien (Punkt 12.3.3 Nutzung und Wartung). Lt. Beilage 3 zu den Ausschreibungsunterlagen waren die Montage und die Wartung auch jeweils gesondert auszuweisen. Gem. Punkt 14.8 der Einkaufsbedingungen - sind die gesetzlichen Gewährleistungsbedingungen leicht geändert vereinbart worden.

RI: Ist die Wartung Ihrer Ansicht nach gleichzusetzen mit dem Austausch und Ersatz der Spender?

AG: Es ist darunter unter anderem auch der Austausch und Ersatz von Teilen der Spender zu verstehen. Die AG will sicherstellen, dass die Spender funktionsfähig sind, insofern war auch kein Kauf der Spender beabsichtigt. Die Wartung ist dem Auftragnehmer überbunden. Die Funktionsfähigkeit der Spender ist sicherzustellen. Die Wartung erfasst sowohl den Austausch und Ersatz von Teilen der Spender als auch der gesamten Spender.

RI: Was versteht die ASt unter "Wartung"?

ASt: Ich verstehe darunter, dass der Spender getauscht wird.

RI: Was wird seitens der ASt getauscht, wenn ein Spender defekt wäre?

ASt: Man kann den Pumpenkopf tauschen als auch den gesamten Spender.

RI: Gibt es bei den Spendern regelmäßige Wartungsintervalle?

AG (XXXX): Das ist abhängig vom gelieferten Produkt, ob derartige regelmäßige Intervalle vorgesehen sind.

mP2 (XXXX): Betreffend die am VIA befindlichen Spender wird festgehalten, dass diese bei normaler Bedienung an sich auch wartungsfrei sind und bei Bedarf kommt, wie aus den vorgelegten Listen ersichtlich, ein Servicemitarbeiter, der die notwendigen Reparaturen bzw. den Austausch von Teilen oder ganzen Spendern vornimmt.

AG: Wenn das Produkt es erfordert, dass es regelmäßig gewartet werden muss, dann wäre dies vom Leistungsumfang erfasst gewesen.

RI: Betrifft dies dann auch den Austausch?

AG: Auch der Austausch dient dem Wartungsziel der Zurverfügungstellung eines funktionsfähigen Spenders. Zum Beweis dafür, dass auch die Wartung geschuldet war wird ein Schreiben der ASt vom 30.10.2008 vorgelegt, in welchem darauf verwiesen wird, dass für die Duftspender ein festes Wartungsintervall notwendig ist. Das Schreiben wird als Beilage ./C zum Protokoll genommen.

LR1: Ich habe die Ausschreibung von 2008 genauer durchstudiert. Sind Sie nicht der Meinung, dass man das genauer formulieren hätte können?

AG: Hätte man präziser formulieren können, aber der objektive Erklärungswert ist auch aufgrund des Schreibens der ASt offenbar eindeutig dahingehend verstanden worden, dass auch die Wartung Gegenstand der Ausschreibung ist.

ASt (XXXX) weist darauf hin, dass es die AG ihren Aussagen zufolge dem jeweiligen Auftragnehmer überlassen wollte, ob er eine regelmäßige Wartung vornimmt, eine Reparatur oder einen Austausch. Folglich wäre die hier thematisierte Wartung, die die ASt nicht vornehmen könnte, selbst wenn eine solche erforderlich wäre, irrelevant, weil ein Austausch hätte stattfinden können. Hinsichtlich der besonderen Verhältnisse und der besonderen Anforderungen an die Hygieneprodukte wird auf Punkt 10.4 verwiesen, wonach lediglich eine stabile Spenderbefestigung gefordert wird, welche die ASt bewerkstelligen hätte können.

RI: Weshalb haben Sie nicht im Zuge der Ausschreibung von "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern" aus dem Jahr 2014 darauf hingewiesen bzw. nachgefragt, ob auch jene Produkte die im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden wiederum zur Vergabe gelangen?

ASt: Erinnerung weil zum Zeitpunkt der 2014 Ausschreibung war der auf der Ausschreibung 2008 gründende Vertrag noch aufrecht und aus Erfahrung kann ich sagen, dass Auftraggeber immer noch ein paar Monate verlängern oder weiterlaufen lassen und sich insofern nicht rechtzeitig um eine Ausschreibung kümmern, was aber keine Kritik an der AG sein soll.

RI: Wann war das tatsächliche Laufzeitende des auf Basis der Ausschreibung von 2008 abgeschlossenen Vertrages?

[...]

RI: Wiederholung der Frage: Weshalb haben Sie nicht im Zuge der Ausschreibung von "Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern" aus dem Jahr 2014 darauf hingewiesen bzw. nachgefragt, ob auch jene Produkte die im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden wiederum zur Vergabe gelangen?

ASt: Zu meinen obigen Ausführungen halte ich fest, dass sich der 17.03. auf das Jahr 2017 bezogen hat und eine Verwechslung stattgefunden hat. Ich halte aber fest, dass ich nicht die Zeit und die Kapazität habe, den Bedarf sämtlicher potenzieller AG zu hinterfragen.

LR2: Weshalb war es für Sie 2017 eine andere Situation bezüglich des Auslaufens von Verträgen und der Ausschreibung von Toilettenpapier, d. h. weshalb haben Sie 2017 nachgefragt und 2014 nicht?

ASt: Ich habe erst aktiv beim VIA nachgefragt, nachdem ich zufällig bemerkt hatte, dass die Rollenhandtuchspender von XXXX und die Seifenspender von XXXX weiterhin am Flughafen in Verwendung stehen.

AG: Dies widerspricht dem Vorbringen, wonach der Lokalausweis am 31. Mai 2017 stattgefunden hat, während die Fragen aus dem März 2017 stammen.

ASt: Diese Fragen sind die Fragen zu den ausgeschrieben Produkten. Ich bin immer noch der Ansicht, dass der damalige Vertrag noch am Laufen war. Heuer im Jahr 2017 war ich am Flughafen und habe gesehen, dass diese Produkte noch vorhanden sind. Der Unterschied ist, dass bei der Ausschreibung 2014 Toilettenpapier, Zick-Zack-Faltpapier und Zellstofftüchern Ausschreibungsgegenstand waren. Im Jahr 2017 wurde die Lieferung von Toilettenpapier und Zick-Zack-Faltpapier bekanntgemacht. Im Rahmen der Ausschreibungsunterlage wurde allerdings lediglich die Lieferung von Toilettenpapier ausgeschrieben, weshalb ich nachgefragt habe.

RI: Sie haben nicht nur nach dem Zick-Zack-Faltpapier nachgefragt, sondern auch nach den Produkten, welche im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden. Warum haben Sie nicht schon 2014 nach den Produkten, welche im Jahr 2008 ausgeschrieben wurden gefragt?

ASt: Ich weiß es nicht mehr, warum ich 2014 nicht nachgefragt habe.

RI: Nochmals: Wann war das tatsächliche Laufzeitende des Vertrages auf Basis der Ausschreibung von 2008?

AG: Wie ausgeschrieben 31.03.2014.

AG: Zur Antragsfrist: Es ist gem. § 332 Abs. 1 Z 2 BVergG nicht erforderlich den Zuschlagsempfänger zu kennen um einen Feststellungsantrag zu stellen. Sämtliche relevanten Informationen für einen Feststellungsantrag und zwar sowohl in Hinblick auf die Seifenspender und Rollenhandtuchspender, als auch im Hinblick auf das Toilettenpapier waren der ASt bereits Mitte 2014 bekannt.

ASt: Die ASt hat erst am Flughafen gesehen, dass diese Produkte weiterhin geliefert werden. Die AG hätte ja auch ein Trockensystem für die Hände verwenden können.

AG: Es gibt für Seife keine Alternative und kein Substitutionsprodukt.

[...]"

"Auszugsweise Wiedergabe der Verhandlung vom 06.10.2017 (um Rechtschreib- und Grammatikfehler korrigiert)

"Gelegenheit zur Replik auf die Stellungnahme der AG vom 05.10.2017, welche der ASt im Rahmen der Verhandlung zur Durchsicht vorgelegt wird.

MP: Betreffend den potenziellen Eintritt eines Schadens der ASt wird ergänzend darauf hingewiesen, dass einer Befüllung durch ein drittes Unternehmen seitens der MP nicht zugestimmt wird, weswegen auch insofern kein Schaden bei der AG entstehen konnte, weil der Ausschreibungsgegenstand zwingend die Befüllung der bereits bestehenden Seifenspender und Rollenhalter voraussetzt.

Festgehalten wird, dass die Duftspender nicht Gegenstand des Feststellungsantrages sind.

AG: Eine getrennte Vergabe kommt in diesem Fall auch insofern nicht in Betracht, da ein Eingriff in den laufenden Betrieb, insbesondere aus Sicherheitsgründen, so gering wie möglich zu halten ist.

RI: Wie sieht das mit der Befüllung der Toilettenpapierspender aus?

AG: Diese werden seitens des Personals des Flughafens bestückt. Grundsätzlich soll aufgrund der sicherheitsrelevanten Aspekte die Anzahl der im Sicherheitsbereich tätigen Personen so gering wie möglich gehalten werden.

LR2: Worin würde der Unterschied liegen, wenn das Personal der AG, das die Befüllung der Rollenhalter vornimmt, ein anderes als das bislang (verwendete) Produkt einfüllt?

MP: Wir haben der ASt die Berechtigung der Befüllung nicht erteilt, dem Flughafen schon. Im Übrigen können die Spender (Seifenspender) nicht durch andere Nachfüllungen bestückt werden, als jene der MP selbst, weil die Seife konzernintern bei der MP produziert wird. Diese Produkte sowie jene Seife werden nicht am Drittmarkt verkauft. Diese Seife kann weder über die MP selbst, noch über Dritte bezogen werden. Nur diese Seifennachfüllungen passen in die am Flughafen Wien bestehenden Spender. Hinsichtlich der Handtuchrollenhalter wird ein Vertrag der MP mit dem Vorlieferanten zur Einsicht vorgelegt, vom 17.07.2014. Auch daraus ergibt sich, dass die Rollenhalter nicht im Eigentum der AG stehen.

Der Vertrag wird in Kopie zum Akt genommen.

ASt: Ich beantrage Akteneinsicht in den Vertrag, in eventu in Teile des Vertrages, welche nicht Geschäfts- und Betriebsgeheimnis darstellen. Insbesondere jene Teile die zuvor seitens der MP aus dem Vertrag zitiert wurden.

AG: Die Struktur, wie ein Vertrieb aufgebaut ist, stellt ebenfalls ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis vor.

MP: Ich beantrage, den vorgelegten Vertrag zur Gänze von der Akteneinsicht auszunehmen.

Der Senat gewährt nach Einsicht in den vorgelegten Vertrag keine Akteneinsicht, zumal es sich gegenständlich um Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handelt und das Vorbringen insofern gerechtfertigt erscheint.

RI: Wie verhält es sich mit den Eigentumsverhältnissen an den Rollenhandtuchspendern nach Vertragsablauf?

MP: Es gibt mehrere Möglichkeiten. Entweder wird der Vertrag verlängert (ist in der Vergangenheit immer erfolgt) oder die Firma XXXX muss die Spender erwerben und würde sie dann der AG zur Verfügung stellen. Würde der Vertrag mit der AG enden, werden die Spender zurückgestellt an den Vorlieferanten.

MP: Der Vertreter der MP bringt vor, dass die am Deckblatt der Ausschreibungsunterlage des Jahres 2008 genannte "Lieferung von Spendern" nicht auf einen Eigentumserwerb an den Spendern gerichtet war. Dies folgt unter anderem aus den auf Seite 26 dieser Ausschreibungsdokumente ersichtlichen Preispositionen. Im Fließtext auf dieser Seite ist auch ausdrücklich festgehalten, dass in die Preise der jeweiligen Hygieneartikel die Bereitstellung, Montage, Wartung- und Logistik der Spendersysteme zwar einzurechnen ist; es ist jedoch kein Eigentumserwerb an den Spendern und an den Rollenhaltern durch die AG gefordert. Dass es zu keinem Eigentumsübergang an den Spendern gekommen ist wird auch dadurch belegt, dass im Vertrag aus 2008 jegliche Haftungs- und Gewährleistungsverpflichtungen für die Spendersysteme fehlen. Es gibt auch keine Regeln für Gefahrenübergang und andere bei Eigentumsübergang typischerweise verwendete Vertragsklausel. Dies hat den Grund darin, dass die MP die Spender lediglich zur Verfügung stellt und daher für die Vertragslaufzeit ohnehin immer verpflichtet ist, diese durch Wartung- und gegebenenfalls Austausch funktionsbereit zu halten.

AG: In der Ausschreibungsunterlage findet sich weder das Wort "Kauf" noch das Wort "Erwerb", es findet sich lediglich das Wort "Ausstattung" lt. Punkt 10.2.2 mit Spendern.

XXXX : Wenn die AG die Spender hätte kaufen wollen, hätte sie herstellerneutral ausgeschrieben, das ist hier nicht der Fall.

AG: Ich verweise auf das Bestellschreiben, wo ausgeführt wird, dass sämtliche Spendersysteme "leihweise" zur Verfügung gestellt werden.

LR2: Das hätte man doch auch in die Ausschreibung schreiben können?

AG: Hätte man, aber es folgt aus den Ausschreibungsunterlagen klar, dass kein Eigentumsübergang an den Spendersystemen stattfindet. Im Übrigen gab es diesbezüglich auch keine Fragen und Unklarheiten der Bieter. Das heißt, der objektive Erklärungswert war im Sinne einer leihweisen Zurverfügungstellung eindeutig. Unabhängig davon, was in der Ausschreibungsunterlage festgelegt ist, das Eigentum an den Spendern bei der MP und nicht bei der AG.

AS: Die Ausschreibung 2008 zielte gemäß den Ausschreibungsunterlagen auf einen Eigentumserwerb ab. Die hier behaupteten Eigentumsrechte werden daher bestritten, insbesondere unter Hinweis auf Beilage 15. Nicht nur sind auf Seite 21 Größenangaben enthalten, sondern findet sich auch in 10.2.2 die Verpflichtung den Preis so anzugeben, dass zu den Rollenhandtüchern eine Ausstattung mit Rollenhandtuchspendern einzurechnen ist. Leihverträge oder Mietverträge betreffend die Spender waren nicht Gegenstand der Ausschreibung. Sofern die MP ein Angebot abgegeben hat, das die Leihe der Spender enthielt, wäre dieses als zwingend auszuschneiden gewesen. Gemäß der heranzuziehenden Bestimmung des § 914 ABGB lag daher ein Kauf auch hinsichtlich der Rollenhandtuchspender vor.

AS: Bestritten werden ebenfalls die behaupteten Betriebsstörungen im Falle einer Lieferung durch die AS. Diese wären genau in demselben Ausmaß entstanden wie bei Tätigkeiten der MP bei der AG. Sicherheitstechnische Nachweise waren gem. der Ausschreibung nicht gefordert und im Hinblick auf die durchschnittliche Spenderlebensdauer von ca. 7-15 Jahren spielt eine allfällige sicherheitstechnische Prüfung der Antragsgegnerin keine Rolle. Die Antragsgegnerin hat zudem aufgrund des Erwerbs unabhängig von der rechtlichen Qualifikation ein Nutzungsrecht an den im Rahmen der Ausschreibung erworbenen Spendern, welches nicht durch ein generelles Verbot der Nachfüllung durch andere Lieferanten ad absurdum geführt werden darf. Im Hinblick auf § 195 BVergG wird vorgebracht, dass eine Marktabschottung durch die Systembindung an die MP die vergaberechtlichen Grundsätze des Leistungswettbewerbs, insbesondere § 19 BVergG, verstoßen würde und daher rechtswidrig ist, zumal der Antragsteller zur Lieferung systemneutraler Spender bereit ist. Die technische Unmöglichkeit wird bestritten, zudem wäre eine solche Ausschreibung ebenfalls wider § 195 BVergG, wenn nämlich tatsächlich nur ein Leih- oder Mietvertrag vorliegen würde, wäre die Antragsgegnerin jederzeit berechtigt und im Sinne des § 195 auch verpflichtet, die Gratisspender zu retournieren und würde damit von Beginn an jede technische Besonderheit bei einem Beschaffungsvorgang wegfallen. Eine vertragliche Bindung der Antragsgegnerin an zivilrechtliche Vereinbarungen der MP mit dritten Unternehmen, insbesondere Unternehmen der XXXX Gruppe, besteht nicht. Eine vertragliche Bindung der Antragsgegnerin zu einer allfälligen Rückstellung für den Fall des Auslaufens des Leihvertrages wäre mit den vergaberechtlichen Regeln und der Ausschreibung 2008 nicht in Einklang zu bringen. Eine Rückgabe müsste zu einer Neuausschreibung führen. Eine Vertragsverlängerung wäre eine unzulässige Direktvergabe ebenso ein zwischenvertraglicher oder nach allfälligem Vertragsablauf durchgeführter Eigentumserwerb der

Antragsgegnerin. Die Befüllung der Rollenhandtuchspender durch die MP stellt zudem eine selbst gewollte Eigenbindung der Antragsgegnerin dar. Genauso wie das Toilettenpapier, könnten und wären auch die Rollenhandtücher selbst von Personal der AG zu befüllen.

AG: Es wird nochmals klargestellt, dass die Befüllung durch das Personal der AG erfolgt, nicht jedoch Montagearbeiten, Servicing etc.

AG: Bestritten wird das Vorbringen der ASt. Der vorhin zitierte Punkt 10.2.2 spricht nicht von Kauf oder Erwerb, sondern nur von Ausstattung. Ein zusätzlicher Umstellungsaufwand bei einer Beauftragung eines anderen Unternehmens als XXXX wäre auch mit den neuerlich erforderlichen Schulungen gemäß § 24 ZFBO verbunden. Es wird verwiesen auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 31.05.2017, wonach die Vermeidung von Umstellungsaufwand und die zusätzliche erforderliche Einholung von Genehmigungen eine produktspezifische Ausschreibung rechtfertigt. Die vorgelegte Entscheidung wird als Beilage/2 Kopie zum Protokoll genommen.

MP: Entgegen den Ausführungen der ASt handelt es sich weder um "Gratisspender" noch um ein "Leihe" in Rechtssinn, weil diese kostenfrei sein müsste. Tatsächlich handelt es sich um eine Bereitstellung von Spendern, deren Bereitstellungskosten anteilig in die Einheitspreise für die Verbrauchsgüter einzurechnen waren. Dies ist auch mit dem Hinweis im Vertragspunkt 10.2.2 gemeint.

ASt: Vorgelegt wird die Bekanntmachung zum Vergabeverfahren des Flughafens Wien aus dem Jahr 2008, wonach unter Art des Auftrags ausdrücklich vermerkt wird, dass es sich um einen Kauf handelt."

[...]

RI: Zum Antrag auf Einsichtnahme in den Vertrag der mP mit der XXXX : Wir ersuchen konkret anzugeben, was Sie genau aus dem Vertrag wissen wollen.

ASt (XXXX): Es wird zum einen ersucht anzugeben, um welche Art des Vertrages es sich gegenständlich handelt und ob darin allfällige gewerbliche Schutzrechte bezeichnet sind.

mP (XXXX): Ich kann Ihnen sagen, dass in dem Vertrag keine Schutzrechte bezeichnet sind. Abgesehen davon, hat sich das Vorbringen betreffend Schutzrechte auf die Seifenspender von XXXX aber nicht auf die Rollenhandtuchspender bezogen. Wir haben keine Kenntnis darüber, ob bei den Produkten der XXXX irgendwelche Schutzrechte bestehen.

RI: Sehen Sie in der Bekanntgabe, um welche Vertragsart es sich handelt, ein Geschäfts- und Betriebsgeheimnis?

mP (XXXX): Dabei handelt es sich um einen Liefervertrag über Rollhandtücher und die Beistellung der betreffenden Spender. Gemäß Punkt III.1 werden dem Besteller die Spender durch den Hersteller kostenlos/leihweise zur Verfügung gestellt. Die Spender bleiben für die Dauer des Vertrages im Eigentum des Herstellers. Der Vertrag umfasst die Lieferung von Rollenhandtüchern und die Bereitstellung der betreffenden Spender.

mP lässt die ASt in den betreffenden Vertrag auszugsweise Einschau halten und zwar in Punkt I.1, III.1 sowie in die Anlage. Weiters wird offengelegt, wer die Vertragsparteien sind.

ASt (XXXX): Ein "Liefervertrag" ist keine Vertragsart iSd ABGB. Die Punkte die ersichtlich gemacht wurden dokumentieren, dass eine tatsächliche Lieferung an die mP erfolgt und sowohl aus der Lieferung an die mP als auch an die AG kann nicht auf die Vertragsart geschlossen werden. Sowohl bei Kauf, Leihe, Miete erfolgt eine Lieferung.

mP (XXXX): Es handelt sich um einen gemischten Vertrag, nämlich einerseits um einen Kaufvertrag für Rollenhandtücher in einer gem. dem Vertragspunkt I.3 vereinbarten Mindestabnahmemenge und andererseits um eine (kostenfreie) Zurverfügungstellung von Handtuchrollenhaltern, exklusiv für den Endkunden Flughafen Wien AG. Wir dürfen diese Produkte sohin auch nicht bei anderen Endkunden einsetzen.

AG: Ich habe bereits das Schreiben vom 30.10.2008 heute vorgelegt, darin hat uns die ASt mitgeteilt, dass die benötigten Handtuchrollenspender kostenlos zur Verfügung gestellt werden, sohin hat auch die ASt offenbar das Verständnis gehabt, dass diese Handtuchrollenspender im Eigentum der ASt verbleiben und nicht in jenes der

AG übergehen. Dies ergibt sich auch aus dem objektiven Erklärungswert der Ausschreibung. Es wäre absurd, wenn etwas zuvor entgeltlich übertragen wird und dann kostenlos ausgetauscht werden würde. Es wird ein Auszug dahingehend vorgelegt, dass die Spender und Rollenhandtücher (gemeint Rollenhandtuchspender) nicht in der Anlagenbuchhaltung der Flughafen Wien AG enthalten sind.

Dies wird als Beilage ./A zur Verhandlungsschrift genommen.

ASt (Kraus): An der Stelle wird die Frage gestellt, wenn die Spender nicht im Eigentum der Flughafen AG stehen, worin dann die technische Besonderheit, die das gegenständliche Verhandlungsverfahren rechtfertigen soll, liegen soll.

AG: Die technische Besonderheit und Schwierigkeit liegt darin gelegen, dass für den Flughafen ein immenser Zeit- und Kostenaufwand mit dem Austausch der Spender verbunden wäre. Konservativ geschätzt belaufen sich die bloßen Demontage- und Montagekosten inkl. Sicherheitsschulungen, Reinigung und vor allem Austausch schadhafter Fliesen durch die unterschiedlichen Bohrungen auf einen sechsstelligen Betrag. Vom Zeitaufwand her ist für die Demontage und Montage neuer Spender mit einer Dauer von drei bis vier Monaten zu rechnen. Dazu kommen noch administrative Aufwände für den Flughafen zur Koordination der Montagetrupps, der Bauaufsicht, des Sicherheitspersonals, für die Änderung des Leitsystems usw. Hinsichtlich der genauen Ausschlüsselung der Kosten verweise ich auf die Beilage ./B. Diese Aufschlüsselung erfolgte aufgrund der Zahlen der mP bzw. auf Basis bestehender Rahmenverträge (zB. Fliesen).

RI: Wurden die vorhandenen Spender auch 2009 gegen neue Spender ausgetauscht und wenn ja in welchem Ausmaß?

AG (Eder): 2009 wurden die vorhandenen Spender teilweise gegen neue Spender ausgetauscht.

LR1: Haben Sie im gesamten Flughafenbereich die gleichen Spender?

AG (Eder): Grundsätzlich in allen Bereichen.

LR2: Wann endet aus Sicht des AG die Verhältnismäßigkeit im Verhältnis zu zusätzlichen Kosten?

AG: Die ASt hat bereits vorgebracht, dass die Spender nach 10-15 Jahren getauscht werden. Damit haben wir schon einen Anhaltspunkt. Wir richten uns nach der Produktlebensdauer. Abgesehen davon hat die Wahl der Spender am Flughafen auch sehr viel mit der Ästhetik zu tun.

ASt (XXXX): Das Anbot der ASt lautete gem. Beilage ./C auf kostenlosen Austausch, sohin wären keine Kosten für die AG angefallen. Bei ordnungsgemäßer Ausschreibung mit Spendern wären die Spender kostenlos zur Verfügung gestellt worden, was ebenso wie 2008 in den Preis hätte einfließen müssen. Der Aufwand, der hier von der AG skizziert wurde, ist keine technische Schwierigkeit iSd Gesetzes. Sofern die AG auf § 195 Z 5 rekurriert, ist entgegenzuhalten, dass dort von einem Kauf die Rede ist, der laut eigenem Vorbringen nicht stattfand und von technischen Schwierigkeiten bzw. technischer Unvereinbarkeit. Ein etwaiger administrativer oder finanzieller Aufwand ist davon nicht erfasst, selbst dann nicht, wenn nicht ohnehin das Anbot der ASt zum Austausch kostenlos wäre. Vor der Lieferung der mP waren bei der AG andere Spender montiert, die eben von der AG und der mP einvernehmlich ausgetauscht wurden. Die Tatsache, dass selbst gewählt von der AG einmalig im Jahre 2008 Spender leihweise angeschafft wurden, kann und darf nicht dazu führen, nunmehr für immer jedweden Wettbewerb auszuschalten. Ein Abstellen auf die Produktlebensdauer ist insofern irreführend und irrelevant als ein steter Austausch von Spendern oder Spenderteilen erfolgt und sohin das Ende der Produktlebensdauer für die vorhandenen Spender de facto nie erreicht wird.

Die mP verweist darauf, dass die aufgelisteten Einsätze nicht gleichbedeutend sind mit dem tatsächlichen Austausch der Spender, weil bspw. bei einem verstopften Handtuchrollenhalter die Behebung der Verstopfung ausreichend ist.

ASt (XXXX): Ich verweise auf die heutige Verhandlungsschrift, insbesondere die Aussage des AG auf Seite 9, du führe aus, dass die so bezeichnete "Wartung" eigentlich ein teilweiser oder gänzlicher Austausch ist. Daraus ist zu erkennen, dass ein tatsächliches Ende der Lebensdauer der Spender nicht erreicht wird. Natürlich kann nach Wahl der AG eine Neuausschreibung auch der Spender erfolgen. Dies ist jedoch völlig willkürlich und umgeht damit die relevanten Bestimmungen des Vergaberechts.

AG: Das Vorbringen der ASt ist unrichtig. Wie aus ihrem Schreiben Beilage ./C ersichtlich ist, gilt der kostenlose Austausch bzw. die kostenlose Reparatur nur für Fälle von Funktionsstörungen. Es ist vollkommen unglaublich, dass eine mehrmonatige Montageleistung im Sinne der Demontage aller bestehenden Spender und Montage aller neuen Spender völlig kostenlos erbracht würde. Zur Produktlebensdauer bzw. Produktzyklus halte ich fest, dass während dieser Dauer jedenfalls ein einmaliger Rückgriff auf die Ausnahmebestimmungen des § 195 BVergG auch gerechtfertigt erscheint, zumal die Systemwahl auf Basis einer öffentlich bekanntgemachten Ausschreibung erfolgte.

AG: Das Vorbringen der ASt ist unrichtig.

RI: Sie führen in den besagten Schreiben vom 30.10.2008 aus, dass die Spender kostenlos zur Verfügung gestellt werden. Was verstehen Sie darunter und bleiben Ihrer Ansicht nach die Spender demnach in Ihrem Eigentum?

ASt (XXXX): Die Spender die der Flughafen in der Ausschreibung 2008 benötigt hat, da war die Stückzahl bekannt. Ich habe den Aufwand/die Kosten für die Spender in den Preis der Papierhandtuchrolle eingerechnet. Die Spender bleiben in meinem Eigentum. Diese Spender haben allerdings nach kurzzeitigem Gebrauch (zB 6 Monate) de facto keinen Wert mehr, weil ich diesen Spender, wenn ich ihn demontieren würde, nicht mehr am Markt verkaufen kann. Es gibt keinen Markt für gebrauchte Spender.

RI: Ich frage das auch deshalb, weil im Zuge der wiederholten VH vom 06.10.2017 ihrerseits das Verständnis vertreten wurde, dass die Ausschreibung auch auf einen Kauf hinsichtlich der Spender abzielt. Wie argumentieren Sie das heute?

ASt (XXXX): Kaufmännisch gesehen ist das ein Kauf. Es gab allerdings gar keine Möglichkeit den Preis für den Spender gesondert auszuweisen. Für mich ist es auch ein Kauf des Spenders, da ich gezwungen bin, einen Preis anzubieten, der auch das Spendersystem beinhaltet.

ASt (XXXX): Durch die versteckte Formulierung "kostenlos" mag der Eindruck erweckt werden, dass es sich hier nicht um einen Kauf handelt, es liegt hier wohl ein Vertrags sui generis vor mit überwiegenden Elementen eines Kaufes; wenn ein Kaufmann den Spender in seinen Preis einkalkuliert, dann ist er für ihn auch verkauft. Der Geschäftsführer der ASt ist als juristischer Laie nicht verpflichtet, die Frage des Eigentums in juristischer Sicht zu qualifizieren.

RI: Weshalb wurde gesondert eine Position für den Preis für Ersatzspender im Falle der Beschädigung durch Vandalismus festgelegt, wenn es sich um eine Leihe oder Miete handelt? (Position 12.2.1.)

AG (Eder): Dahinter steckt, dass im Falle von Vandalismus kein kostenloser Ersatz erfolgen würde, weshalb hier diese Position vorgesehen wurde.

RI: Aus den dem BVwG vorliegenden Unterlagen ergibt sich, dass es zwei Verhandlungsrunden gab. Wurden im Rahmen der Verhandlungen Gespräche darüber geführt, ob die Spender gekauft oder geliehen bzw. gemietet werden?

AG (Eder): Ich war persönlich nicht dabei, ich kann aber bestätigen, dass es sich um eine Beistellung der Spender handelt, was auch aus der eigentlichen Bestellung nach Abschluss des Vergabeverfahrens ersichtlich ist.

RI: Sie (XXXX) haben im Rahmen der zu wiederholenden Verhandlung ausgeführt, dass die AG im Falle eines Kaufes "herstellerneutral" ausgeschrieben hätte, was sie aber nicht getan habe. Weshalb haben Sie das nicht gemacht?

AG (Eder): Wir haben die Ausschreibung 2008 so gestaltet, dass es de facto ein neutrales Leistungsverzeichnis gegeben hat, ob dahinter dann ein offenes oder geschlossenes System steht, war nicht maßgeblich. Da man alle Systeme zulassen wollte, hat man so breit wie möglich ausgeschrieben. Es sollte die Funktion der Spender sichergestellt sein und wenn ich sie kaufen würde, müsste ich die Ausschreibung komplett anders gestalten.

LR1: Sie haben bei der Ausschreibung 2008 mitangeboten. Haben Sie dort auch ein System angeboten, wo nur Ihre Nachfüllungen verwendet werden können oder auch von anderen Lieferanten?

ASt (XXXX): Nein, wir haben ein offenes systemneutrales System angeboten und auch betreffend die Spender konnten diese von anderen Unternehmen geliefert werden. Es gibt Spender, bei denen aus einem Kanister

nachgefüllt werden kann. Es gibt Spender, die auf verschiedene Handtuchrollenbreiten verstellt werden können. Aber die Fa. XXXX produziert Nachfüllungen, die nur in die eigenen Produkte passen.

RI: Weshalb macht es hinsichtlich der Wartung einen Unterschied für die AG ob die Spender im Eigentum der AG stehen oder im Eigentum des AN verbleiben?

AG: Wenn das vorhandene System im Eigentum wäre, hätten wir die Ausschreibung auch auf den Ausnahmetatbestand gestützt, weil wir eben vermeiden wollen, dass es zu diesem Zeit- und Kostenaufwand durch den Wechsel des Systems kommt. Ob die Spender im Eigentum der AG stehen oder nur gemietet, geliehen oder prekaristisch überlassen wurden, ist für die Frage der vergaberechtlichen Prüfung der Anwendbarkeit der §§ 195 Z 3 und Z 5 BVergG irrelevant. Wenn die Ware nicht in meinem Eigentum steht, dann bin ich für gar nichts verantwortlich. Wenn wir die Spender kaufen, müssen wir einen Wartungsvertrag abschließen; dadurch, dass die Spender im Eigentum des Auftragnehmers bleiben, hat der Auftraggeber wesentlich geringere Anschaffungskosten. Durch dieses System wird garantiert, dass die Wartung langfristig gesichert ist, zumal Wartungsverträge nicht über diese Dauer abgeschlossen werden.

LR1: Welchen Unterschied hätte es gemacht, wenn Sie den Spender im Eigentum erworben hätten, wenn Sie hinsichtlich des Preises für die Nachfüllung oder für die Wartung ohnehin wieder vom Lieferanten abhängig gewesen wären?

AG (Eder): Ja, das ist richtig. In der Praxis sind Sie immer von einem Lieferanten abhängig. Dennoch erhofft man sich so niedrigere Anschaffungs- und Gesamtkosten.

AG: Verweist darauf, dass es das Gesetz nicht zulässt, einen unselbstständigen Bestandteil einer gemeinsamen Ausschreibung anzufechten. Der Antrag der ASt bezieht sich allerdings ausschließlich auf die Vergabe von Rollenhandtüchern und Flüssigseife, weswegen dieser Antrag insofern unzulässig ist, als kein Interesse am Vertragsabschluss im Hinblick auf die weiters ausgeschriebenen Hygieneartikel wie etwa die Duftspender und Toilettensitzreiniger besteht.

ASt (XXXX): Vorgebracht wird, dass die ASt bis dato keine Kenntnis hatte, welche, ob und wie viele weitere Produkte zu den im Antrag genannten vergaberechtswidrig beschafft wurden. Sie kann und konnte sich hiervon keine Kenntnis verschaffen. Der Ausschreibungsgegenstand 2008 ist nicht zwingend ident mit dem Ausschreibungsgegenstand weiterer Ausschreibungen. Wie von der AG heute ausgeführt, kann es sein, dass Produkte mangels Bedarf nicht mehr ausgeschrieben werden (Zick-Zack-Falttücher), sondern ein alternatives Produkt.

AG: Im Übrigen haben Sie vorgebracht, dass Sie dies (Verwendung der Seife und Rollenhandtücher) bei einem Lokalausgesehen gesehen hätten, dann hätten Sie auch etwa die Verwendung der Duftspender und Toilettensitzreiniger sehen müssen.

RI: Unter Verweis auf den Vergabeakt betreffend die Vergabe im Jahr 2014 wird dargelegt, dass es sich um die Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern sowie die Bereitstellung von Spendern handelt.

Die Verhandlung wird um 16:26 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 16:33 Uhr fortgesetzt.

LR1: Es geht um das Verfahren 2014. Im Verfahren für die Ausschreibung 2008 steht allerdings, dass die Kosten für die Spender einzurechnen waren. Im Vertrag 2014 waren die Kosten der Spender wiederum einzurechnen oder wurde auf die bestehenden Spender zurückgegriffen?

AG: Im Jahr 2014 wurde nur die Befüllung der bestehenden Spender und die weitere Nutzung durch die AG ausgeschrieben. Es war nicht die Lieferung neuer Spender zu kalkulieren, sondern die Servicierung war zu kalkulieren.

Vorgehalten wird der betreffende Vertrag unter Verweis auf Punkt 4 "Spendersysteme".

AG (Eder): Die bereits dort hängenden Spender sind davon nicht betroffen, sondern sofern es im Rahmen der Verpflichtung zur Zurverfügungstellung funktionsfähiger Spender eine Ausstattung mit einzelnen neuen Spendern benötigt.

LR1: Bevor Sie sich entschlossen haben, diese "Direktvergabe" (Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung) zu wählen, haben Sie da vorher geprüft ob es inzwischen am Markt Bieter gibt, die dieses Produkt befüllen können?

AG: Ja. AG verweist auf den internen Genehmigungs- bzw. Prüfungsvermerk, wonach nur die Fa. XXXX die Spendersysteme befüllen kann und das wurde auch von der Rechtsabteilung geprüft.

VR: Haben Sie - abgesehen von dem Genehmigungsvermerk - weitergehende und entsprechend dokumentierte Nachforschungen auf europäischer Ebene dahingehend angestellt, ob grundsätzlich auch andere Unternehmen in der Lage gewesen wären, die gegenständlichen Leistungen zu erbringen, indem sie ebenso dieselbe oder eine andere mit den Rollenhandtuchspendern bzw. Seifenspendern kompatible Lösung als jene der mP hätten anbieten, d.h. herstellen oder liefern können oder ob tatsächlich nur die derzeitige mP die nachgefragten Leistungen herstellen bzw. liefern kann?

AG: Wir haben eine Bestätigung von XXXX bekommen, dass nur ihre Produkte in die entsprechenden Spender eingebaut werden können. Darüberhinausgehend ist der Markt der AG bekannt. Zu weitergehenden Erhebungen haben wir keine Veranlassung gesehen.

RI: In dem Genehmigungsvermerk wird von den Spendersystemen der XXXX gesprochen. Treffen Ihre Ausführungen, dass ausschließlich XXXX die Nachfüllungen liefern kann, auch auf die Rollenhandtuchspender zu?

AG: Unseren Informationen nach ja. Wir haben diese Auskunft von XXXX sowie von XXXX bekommen, dass auch bei den Rollenhandtuchspendern spezifische Rollenhandtücher zu verwenden sind.

RI: Auch dahingehend, dass nur XXXX diese Rollenhandtücher liefern kann?

AG: Ja, aufgrund der Auskünfte die wir von XXXX und deren Lieferanten erhalten haben. Die XXXX hat gegenüber der AG bestätigt, dass XXXX exklusiver Vertriebspartner für die Handtuchrollen ist.

RI: Können Sie das Schreiben vorlegen?

AG: Dieses Schreiben haben wir heute nicht hier.

RI: Ist XXXX exklusiver Vertriebspartner für XXXX für ganz Österreich?

mP (XXXX): Das ist weltweit unterschiedlich. In Österreich haben wir aufgrund der Ausschreibung aus dem Jahr 2008 einen Partner gesucht, der dieses Produkt liefern kann und diesen als Partner herangezogen. Zum Zeitpunkt der Ausschreibung hatten wir noch keinen Papierrollenspender unter dem Markennamen XXXX am Markt.

RI: War Ihnen aufgrund des Angebotes der XXXX bekannt, dass XXXX Rollenhandtuchspender der Fa. XXXX verwenden wird?

AG: XXXX war zu diesem Zeitpunkt noch nicht am Flughafen beschäftigt, aber diese Frage kann bejaht werden.

mP (XXXX): Die Spender und Rollen waren auch zu bemustern woraus man erkennen konnte, wer der Vorlieferant ist.

RI: Ist es möglich das Schreiben vorzulegen, in dem bestätigt wird, dass XXXX das exklusive Vertriebsrecht besitzt?

AG: Das ergibt sich aus dem Vertrag, aber wir können es anfordern. Wir haben die entsprechende Erhebung durchgeführt und dies auch vermerkt. Sobald die AG ein anderes Produkt in die Spender gefüllt hätte, hätte sie jegliche Gewährleistungsansprüche gegenüber der XXXX bzw. XXXX verloren.

RI: Gibt es, Ihres Wissens nach, ein mit dem Handtuchspender kompatibles Produkt (Handtuchrollen) und haben Sie dies auch geprüft?

AG: Es gibt unseres Wissens kein kompatibles Produkt.

RI: Im Rahmen meiner Recherchen bin ich darauf gestoßen, dass für die Handtuchrollenspender von XXXX grundsätzlich auch mit diesem Spender kompatible Rollenhandtücher angeboten werden.

AG (XXXX): Das mag allenfalls schon sein, aber diese Lieferanten geben keine Garantie für die bestehenden Spendersysteme ab. Wir würden dann um Garantie und Gewährleistung für das Funktionieren unserer bestehenden Spender "umfallen", wenn wir andere Produkte in die betreffenden Spender einfüllen würden.

mP (XXXX): Es wird auf den bereits angesprochenen Vertrag zwischen XXXX und XXXX verwiesen, nämlich auf Punkt I.2 wonach dem Besteller bekannt ist, dass die Rollenhandtuchspender ausschließlich mit XXXX Originalware bestückt werden sollen. Der Besteller wird dies der Flughafen Wien AG mitteilen. Für den Fall, dass die Flughafen Wien AG die Nachfüllung anders vornimmt, erwachsen dem Hersteller jedoch keine Rechtsansprüche gegen den Besteller.

RI: Wären Sie grundsätzlich im Stande gewesen kompatible Nachfüllungen für die derzeit in Verwendung stehenden Spender (Seife, Rollenhandtücher) zu liefern?

ASt (XXXX): Ja, dies betrifft sowohl den Seifen- als auch den Rollenhandtuchspender. Auch die ASt hätte unter anderem Zugriff auf XXXX -Ware und könnte die betreffenden Rollenhandtücher liefern. Bei den Seifen ist es so, dass wir diese nicht im Programm haben. Aber es ist möglich die Beutel und die Kupplung nachzubauen. Für den Fall, dass die ASt die Spender und die Füllungen liefern würde, würde sie selbstverständlich die Gewährleistung übernehmen.

AG: Daraus folgt aber im Umkehrschluss, dass die ASt nicht die Garantie für Produkte von Mitbewerbern übernimmt.

RI: Worauf stützen Sie die rechtliche Unmöglichkeit des Nachbaus der Kartuschen für die Seifenspender?

mP (XXXX): Es bestehen Immaterialgüterrechte und auch aus Sicht des UWG ist es nicht zulässig, die Spender nachzubauen.

LR1: Was passiert, wenn ein Spender kaputt wird. Was machen Sie als Ersatz für den Spender?

ASt (XXXX): Im Fall der Rollenspender könnte ich genau das Produkt das am Flughafen verwendet wird liefern. Hinsichtlich der Seifenspender wäre ein Nachbau der Spender nach den Vorstellungen der AG möglich.

mP (XXXX): Die Patentnummer (beim Seifenspender) lautet: GB 2399074. Der Patentschutz erstreckt sich auf das Vereinigte Königreich und die gesamte EU.

ASt XXXX verlässt um 17:18 Uhr die Verhandlung.

[...]

Die heutige Verhandlung wird vertagt."

11. Am 07.12.2017 übermittelte die Auftraggeberin eine weitere Stellungnahme.

Der Feststellungsantrag der Antragstellerin könne aus den nachstehenden Gründen nur als verspätete Racheaktion eines unterlegenen Bieters beurteilt werden. Die Auftraggeberin habe die mitbeteiligte Partei XXXX in einem öffentlichen Vergabeverfahren als Bestbieter ermittelt und in der Folge einen Vertrag mit ihr geschlossen. Die Antragstellerin habe sich an diesem Vergabeverfahren beteiligt. Ihr Angebot habe aber ausgeschlossen werden müssen. Diesen Vertrag habe die Auftraggeberin ein einziges Mal verlängert. Dabei habe sie die gesetzlichen Ausnahmebestimmungen geprüft und in jedenfalls vertretbarer Auslegung angewendet. Eine Ausschreibung wäre für die Auftraggeberin zu diesem Zeitpunkt (2014) schlicht sinnlos bzw. nachteilig gewesen, weil es funktionierende Geräte gegeben habe, ein Produkt- bzw. Spenderwechsel kostspielig und mit erheblichen Aufwänden für die Auftraggeberin verbunden gewesen wäre (sie hätte für neue Spender bezahlen müssen, obwohl sie aktuell keinerlei Bedarf an diesen Spendern habe), ein Produkt- bzw. Spenderwechsel auch weitere wesentliche Nachteile für die Auftraggeberin gehabt hätte (Koordinationsaufwand für Arbeiten, Schäden und Schmutz bei Arbeiten, Sicherheitsrisiko, Imageschaden bei Sperre von Toiletten etc.). Dagegen bringe die

Antragstellerin, nachdem sie über drei Jahre lang in Kenntnis der Vertragsverlängerung untätig geblieben sei, einen Feststellungsantrag ein.

Im bisherigen Feststellungsverfahren sei wesentlich die Frage der Eigentumsverhältnisse an den Spendern diskutiert worden. Dabei seien die Eigentumsverhältnisse für die Entscheidung der Auftraggeberin aber bloß sekundär bzw. nicht entscheidend. Natürlich möchte die Auftraggeberin keinen sechsstelligen Betrag für einen aufgrund des Produktzyklus nicht angezeigten Spendertausch "versenken", noch relevanter sei für die Auftraggeberin aber der enorme Aufwand, der mit einem solchen Tausch einhergehe. Der wesentliche Nachteil und Schmerzpunkt für die Auftraggeberin sei ein Spendertausch und der damit einhergehende (vermeidbare) Aufwand im laufenden - hoch komplexen - Flughafenbetrieb.

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hinzuweisen, dass die von der Antragstellerin behauptete kostenlose Demontage der Altspender und kostenlose Montage der Neuspender jeglicher Lebenserfahrung und wirtschaftlichen Logik widerspreche. Dies insbesondere zumal die Antragstellerin im Vergabeverfahren 2008 erklärt habe, dass bei einem Einsatz von "zwei Teams zu je fünf Monteuren" und einem weiteren Teamleiter je Team "im besten Fall mit einer Montagedauer von etwa zwei Wochen" zu rechnen sei.

Die Antragstellerin habe im Übrigen selbst vorgebracht, dass sie bei der Ausschreibung 2008 "den Aufwand/die Kosten für die Spender in dem Preis der Papierhandtuchrollen eingerechnet" habe. Es sei davon auszugehen, dass dies auch alle anderen Bieter so gemacht haben. Das bedeute aber, dass die Auftraggeberin sehr wohl für die Spender bezahlt habe. Es sei daher bei der Abwägung der Anwendbarkeit der Ausnahmegestaltungen des § 195 Z 3 und Z 5 BVergG aus wirtschaftlicher Sicht der gleiche Maßstab anzulegen, wie wenn die Auftraggeberin die Spender gekauft hätte. Es sei also in gleicher Weise zu berücksichtigen, dass bei der Untersagung der Nutzung der bestehenden Spender hier die Auftraggeberin gezwungen würde, einen bezahlten Wert bzw. bezahlte Infrastruktur zu vernichten.

Der bloße Umstand, dass die Spender im Zuge der Auftragsvergabe auf Basis der Ausschreibung von 2008 ausgetauscht worden seien, bedeute im Übrigen nicht, dass die Auftraggeberin jetzt diesen Aufwand wieder hinnehmen müsse. Ebenso wenig bedeute der seinerzeitige Austausch der Spender, dass die Auftraggeberin damit auf die Anwendung der Ausnahmetatbestände des § 195 Z 3 und Z 5 BVergG verzichtet habe bzw. verzichten müsse. Die Auftraggeberin könne auch in dem hier gegenständlichen Fall nicht gezwungen werden, bestehende funktionierende Spender zu demontieren und zu entsorgen, zumal gebrauchte Spender - nach der eigenen Aussage der Antragstellerin - nach der Demontage unverkäuflich und damit wertlos seien.

Das Vorbringen der Antragstellerin, wonach § 195 Z 5 BVergG zwingend einen Kauf verlangen würde, sei darüber hinaus aus mehreren Gründen unzutreffend bzw. hier nicht einschlägig.

Zum einen handle es sich bei den Spendern laut Antragstellerin kaufmännisch um einen Kauf, zumal die Auftraggeberin anteilmäßig über die Verbrauchsmaterialien die Spender bzw. deren Wartung bezahle. Zum anderen liege hinsichtlich der Verbrauchsmaterialien zweifellos ein Kauf vor.

Weiters spreche § 195 Z 5 BVergG von Lieferaufträgen bzw. Lieferungen, welche gemäß § 5 BVergG neben dem Kauf auch Leasingmiete und andere vertragliche Konstrukte umfassen würden. Einen Kauf erwähne § 195 Z 5 BVergG lediglich im Zusammenhang damit, dass der Auftraggeber "zum Kauf von Material unterschiedlicher technischer Merkmale" gezwungen würde. Dies sei hier der Fall. "Fremdes" Verbrauchsmaterial würde unterschiedliche technische Merkmale aufweisen als das benötigte Verbrauchsmaterial, weil das Fremdverbrauchsmaterial mit den Spendern inkompatibel wäre.

Entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin können durchaus auch hohe Kosten bzw. finanzielle Aufwände, hier infolge eines Spendertausches, als Nachteile im Sinne des § 195 Z 5 BVergG relevant sein. Doch selbst wenn man diesen Literaturstimmen nicht folgen würde, so wären die Nachteile für die Auftraggeberin dennoch relevante Nachteile im Sinne des § 195 Z 5 BVergG. Die komplette Demontage der bestehenden Spender samt Montage neuer Spender würde - neben den finanziellen - auch völlig unverhältnismäßige technische Nachteile mit sich bringen, zumal für die neuen Spender neue Bohrungen erforderlich wären und bei diesen Bohrungen erfahrungsgemäß wiederum häufig Schäden an der Substanz des Flughafens entstehen würden. Dadurch käme es überdies zu einer empfindlichen Beeinträchtigung des Flughafenbetriebes.

Wesentlich sei in diesem Zusammenhang weiter, dass die zusätzlichen Lieferungen die Auftraggeberin zum Kauf von Materialien mit unterschiedlichen technischen Merkmalen zwingen würden. Die relevante zusätzliche Lieferung sei hier also die Lieferung des Verbrauchsmaterials.

Hinsichtlich der Seifennachfüllpackungen sei es schon aufgrund des Patentschutzes für die XXXX -Packungen offenkundig, dass die Antragstellerin keine passenden Nachfüllpackungen liefern könne. Wenn die Antragstellerin behaupte, dass sie diese Nachfüllpackungen nachbauen und daher liefern könne, dann sei dies rein technisch unglaubwürdig und stelle zudem einen Patentverstoß gemäß § 159 Abs. 1 Patentgesetz dar. Ein gegen Patentrechte verstößendes Angebot sei seitens der Auftraggeberin jedenfalls auszuschneiden. Im Übrigen widerspreche sich die Antragstellerin, wenn sie zwar einerseits behaupte, sie würde aus ihrem eigenen Portfolio liefern können, und andererseits einräumen müsse, dass ihr eine Befüllung nur mit illegalen Nachbauprodukten möglich sei.

Auch hinsichtlich der Rollenhandtuchhalter gelte, dass die Spender nur mit den Produkten des Herstellers XXXX (XXXX) kompatibel seien und selbst, wenn ein anderer Lieferant passende XXXX -Rollenhandtücher für die XXXX -Spender liefern könnte, so würde dies einen unverhältnismäßigen technischen Nachteil bei Gebrauch und vor allem Wartung für die Auftraggeberin bedingen.

Nach der Literatur und Rechtsprechung stelle auch das Erfordernis einer einheitlichen Haftungsordnung eine technische Besonderheit im Sinne des § 195 Z 3 BVergG bzw. den korrespondierenden Richtlinienbestimmungen dar. Eine solche Konstellation liege im gegenständlichen Fall vor. Würde die Auftraggeberin die montierten Spender mit Produkten anderer Lieferanten bzw. von anderen Lieferanten, mit egal welchen Produkten, befüllen lassen, würde die Auftraggeberin die Garantie für das Funktionieren der bestehenden Spendersysteme verlieren bzw. würde XXXX nicht mehr die Funktionsfähigkeit ihrer Spender garantieren, wenn diese mit Fremdprodukten befüllt werden würden. XXXX müsste dementsprechend ihrer Wartungsverpflichtung nicht mehr nachkommen bzw. jedenfalls keinen kostenfreien Austausch mehr vornehmen. Ein Hersteller übernehme lediglich dann die Garantie für das Funktionieren seines Produktes, wenn es gemäß den Herstellervorgaben genutzt und gewartet werde.

Genau diese einheitliche Haftungsordnung sei aber das wesentliche Ziel der Auftraggeberin bei der ursprünglichen Ausschreibung der Spender gewesen. Die Auftraggeberin habe die Spender nicht in ihrem Eigentum haben wollen, sondern - ähnlich einer Leasingkonstruktion - schlicht das gesamte Risiko der Spendersystem-Funktionsfähigkeit dem Auftragnehmer überbinden. Dies wäre bei der Ausschreibung bzw. Zulassung von Fremd-Nachfüllprodukten aber nicht mehr gewährleistet. Weder ein Spenderhersteller, dessen Spender mit Fremdprodukten befüllt werden würde, noch ein reiner Lieferant von Verbrauchsmaterial würde bzw. könnte oder dürfte in so einem Fall die Garantie für das Funktionieren des Gesamtsystems übernehmen. Die Auftraggeberin müsste in diesem Fall - völlig entgegen ihrer eigenen Beschaffungsstrategie und ihres Bedarfs - einen eigenen Wartungsvertrag (mit eigener Wartungsmannschaft) schließen, um das Funktionieren der "Altspender" sicherzustellen, was mit massiven Mehrkosten gegenüber dem jetzigen kostenfreien Austausch verbunden wäre. Oder aber die Auftraggeberin ließe zu, dass unterschiedliche Spendersysteme in Verwendung kämen. Aber auch eine solche Mischlösung wäre bei einem internationalen Flughafen mit der Reputation der Auftraggeberin undenkbar, da dann kein einheitliches Erscheinungsbild mehr gegeben wäre.

Der Gewährleistungs-/Haftungszusammenhang würde folglich die Belieferung mit Verbrauchsmaterial des Spenderherstellers bereits auf Basis des § 195 Z 3 BVergG rechtfertigen. Die Ziffer 3 sei dabei aber die strengste der Ausnahmebestimmungen, bei der so starke technische Gründe vorliegen müssten, dass diese es erlauben würden, den Auftrag direkt an ein einziges Unternehmen in ganz Europa, ohne förmliches Vergabeverfahren zu vergeben. Umso mehr müsse der Verlust der Haftung bzw. Gewährleistung als Nachteil im Sinne des § 195 Z 5 BVergG gelten. Schließlich sei das wesentliche Element beim Ausnahmetatbestand der Z 5 die Vergabe an den ursprünglichen Lieferanten. Dieser müsse, anders als bei der Ziffer 3, kein europaweites Alleinstellungsmerkmal aufweisen, sondern es müsse lediglich die Beauftragung eines anderen Unternehmens mit den genauer bezeichneten Nachteilen verbunden sein. Diese Ausführungen zum Gewährleistungs-/Haftungszusammenhang würden selbstverständlich gleichermaßen auch für die Seifenspender gelten.

Vor diesem Hintergrund wäre auch ein Kauf der bestehenden Spender nicht zielführend, da XXXX der Auftraggeberin sicherlich nicht kostenlos die Spender weiter servizieren bzw. deren Funktionsfähigkeit garantieren würde, wenn die Auftraggeberin sie vorher von ihr kaufe. Die Auftraggeberin hätte in diesem Fall die von ihr niemals gewollten Nachteile des Eigentums an den Spendern und sie müsse gleichzeitig einen Wartungsvertrag mit den Spenderherstellern schließen. In diesem Fall würde die Auftraggeberin also doppelt Geld ausgeben, einmal für die Anschaffung im Sinne von Eigentum an den Spendern und dann auch noch für die Kosten der Wartung. Durch die derzeitige Konstruktion erspare sie sich aber beides. Eine abweichende Konstruktion sei folglich mit den Grundsätzen des Vergaberechtes und der Beschaffungsfreiheit von Auftraggebern schlicht nicht vereinbar.

Zwar trage der Auftraggeber grundsätzlich die Beweislast für das Vorliegen der Gründe für die Inanspruchnahme einer Ausnahmebestimmung. Das bedeute nach der Rechtsprechung des VwGH jedoch nicht, dass im Falle eines etwaigen Nachprüfungsverfahrens ausschließlich die derart vorab ermittelten Nachweise

herangezogen werden dürften. Vielmehr müsse der Auftraggeberin im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens auch die Gelegenheit gegeben werden, den ihr obliegenden Beweis zu erbringen.

Weiters sei es eine zulässige Vertriebsstrategie, dass die mitbeteiligte Partei ein geschlossenes System vertreibe, in welchem die Spender ausschließlich mit den eigenen Nachfüllpackungen befüllt werden können. Die Ausschreibung 2008 habe keine Vorgabe hinsichtlich eines offenen oder geschlossenen Systems vorgesehen und die Ausschreibung sei auch nicht bekämpft worden. Dementsprechend sei die Möglichkeit, (auch) ein geschlossenes System anzubieten, präkludiert. Das Vorbringen der Antragstellerin laufe aber darauf hinaus, die Möglichkeit, geschlossene Systeme anzubieten, zu untersagen bzw. auszuschließen und nur noch offene Systeme zuzulassen. Diese Forderung sei aber aus dem Vergaberecht nicht abzuleiten bzw. darin nicht gedeckt und auch praktisch äußerst problematisch. Ein Auftraggeber sei grundsätzlich frei darin, seinen Bedarf festzulegen. Dies umfasse auch die Festlegung auf ein bestimmtes System. Eine Auftraggeberin, wie die Flughafen Wien AG, müsste dabei sohin auch die Möglichkeit haben, Spender von High End- bzw. Markenanbietern zu montieren.

Derartige Markenanbieter würden aber zumindest ganz überwiegend geschlossene Systeme anbieten. Die Argumentation der Antragstellerin laufe folglich darauf hinaus, dass öffentliche Auftraggeber keine geschlossenen Marken-Produkte/-Systeme mehr kaufen dürften. Dies würde zu einer unzumutbaren Einschränkung der Auftraggeber führen, zumal damit die Freiheit in der Festlegung des Leistungsgegenstandes und damit auch des eigenen Bedarfs empfindlich beschnitten würde. Gleichzeitig würden dadurch alle Markenanbieter diskriminiert werden, zumal diese dadurch vom öffentlichen Beschaffungsmarkt ausgeschlossen würden.

Diese Argumentation sei somit mit den grundlegendsten Prinzipien des Vergaberechts wie Freiheit der Festlegung des Leistungsgegenstandes bzw. Freiheit der Systemwahl für Auftraggeber und gleichzeitig dem Gleichbehandlungs- bzw. Nichtdiskriminierungsgebot schlicht nicht in Einklang zu bringen.

Weiters würden entgegen der Auffassung der Antragstellerin umfassende Sicherheitserfordernisse für jede Person, die unbegleiteten Zugang zu sicherheitsrelevanten Bereichen erhalten wolle, bestehen. Dies ergebe sich etwa auch aus der Ausschreibung 2008, wonach zu beachten sei, dass für alle eingesetzten Mitarbeiter ein Leumundszeugnis erforderlich sei und für Mitarbeiter, die im Sicherheitsbereich arbeiten, eine Zuverlässigkeitsprüfung erfolge. Diese sei beim BMVIT zu beantragen und müsse alle fünf Jahre erneuert werden. Dies verursache sowohl zeitlich wie auch administrativ erhebliche Aufwände.

Weiters sei gemäß der Verordnung 185/2010 (zur Festlegung von detaillierten Maßnahmen für die Durchführung der gemeinsamen Standards in der Luftsicherheit) Personen nur dann Zugang zur Luftseite (Airside) gestattet, wenn legitime Gründe dies erfordern würden. Der Kreis von Personen mit Zugang zum Airsidebereich sei aus Sicherheitsgründen deshalb klein zu halten. Auch dies spreche gegen einen extrem aufwendigen Spendertausch, im Rahmen dessen eine Vielzahl neuer Personen Zugang zum Airsidebereich erhalten müsste, und damit für die Systemwahl der Auftraggeberin. Diese Sicherheitsbestimmung stelle zugleich eine sachliche Rechtfertigung für die Systemwahl dar.

Weiters sei der Vorwurf haltlos, die Auftraggeberin habe durch die Ausschreibung 2008 selbst ein Alleinstellungsmerkmal zugunsten der mitbeteiligten Partei herbeigeführt. Nach der Rechtsprechung des Bundesvergabeamtes dürfe die Exklusivität zwar nicht rechtswidrig geschaffen worden sein. Für die Vergabe von Restleistungen könne daher nicht auf ein technisches Alleinstellungsmerkmal verwiesen werden, wenn diese Alleinstellung ausschließlich durch eine bereits vorab erfolgte, rechtswidrig ohne Bekanntmachung, vergebene Leistung erreicht worden sei. Dies sei hier aber gerade nicht der Fall. Die Auftraggeberin habe 2008 ein system- bzw. herstellerneutrales reguläres öffentliches Vergabeverfahren durchgeführt, im Zuge dessen die mitbeteiligte Partei als Auftragnehmer hervorgegangen sei. Es sei daher nicht nachvollziehbar, wieso es der Auftraggeberin sodann 2014 verwehrt sein hätte sollen, sich auf einen gesetzlichen Ausnahmetatbestand zu stützen, der gerade für solche Fälle die Beauftragung des ursprünglichen Lieferanten ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens erlaube.

Wie bereits die Antragstellerin selbst vorgebracht habe, betrage die Lebensdauer der verfahrensgegenständlichen Spender bis zu 15 Jahre. Im Jahr 2014, also nach Ablauf von einem Drittel bis maximal der Hälfte der Produktlebensdauer, habe die Auftraggeberin, um eine Unvereinbarkeit bzw. unverhältnismäßige Schwierigkeiten bei Gebrauch und Wartung der Spender zu verhindern, den geschlossenen Vertrag einmalig verlängert.

Aufgrund der verbleibenden Nutzungs- bzw. Lebensdauer der Spender bestehe bei der Auftraggeberin kein Bedarf an neuen Spendern, weshalb eine Ausschreibung sinnlos gewesen wäre. Es hätte weiterhin nur XXXX hinsichtlich der Seifenspender und mit dem Lieferanten XXXX (dessen exklusiver Vertriebspartner für den

Flughafen Wien die XXXX sei) hinsichtlich der Rollenhandtücher Nachfüllpackungen anbieten können. Das Bundesvergabegesetz wolle aber gerade verhindern, dass Auftraggeber sinnlose Ausschreibungen durchführen müssen, wenn der Gewinner einer solchen Ausschreibung ohnehin bereits feststehe. Die einmalige Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung durch die Auftraggeberin zu einem Zeitpunkt, in dem maximal die Hälfte der Produktlebensdauer der Spender abgelaufen gewesen sein, sei sohin jedenfalls zulässig gewesen.

Unrichtig sei in diesem Zusammenhang die Behauptung der Antragstellerin, dass aufgrund des ständigen Austausches der Spender niemals das Ende von deren Produktlebensdauer erreicht werden würde und daher niemals eine Neuausschreibung erforderlich werden würde. Aufgrund der Wartungsverpflichtung von XXXX finde zwar ein Austausch von Spenderkomponenten statt, Spender selbst würden aber grundsätzlich nicht getauscht werden. Die bloße Abnutzung von Spendern führe nicht zum laufenden Austausch der Spender oder ihrer Komponenten. Am Flughafen seien daher Großteils noch diejenigen Spender montiert und in Verwendung, die auf Basis der Ausschreibung 2008 montiert worden seien.

Sobald die Mehrzahl der Spender insgesamt so abgenutzt sei, dass sie den Anforderungen der Auftraggeberin als Betreiberin eines Vierstern-Flughafens nicht mehr genüge, werde daher ohnedies eine Neuausschreibung der Spender samt Verbrauchsmaterial erfolgen. Dabei komme es zu einem Kompletttausch, welcher für den Zeitraum zwischen 2019 und 2022 absehbar bzw. realistisch sei.

Darüber hinaus enthalte das BVergG gerade eine ausdrückliche Ausnahmebestimmung für den Fall einer Erneuerung von Lieferungen und gehe definitionsgemäß sogar über die ursprüngliche Lebensdauer eines Produktes hinaus. Dass aufgrund des aktuellen Vertragsverhältnisses mit der mitbeteiligten Partei zu einem gewissen Grad bzw. einem gewissen Anteil an den Spendern auch eine Erneuerung der Spender einhergehe, könne der Auftraggeberin folglich nicht zum Vorwurf gemacht werden.

Im Übrigen habe der Gesetzgeber für Lieferaufträge im Sektorenbereich keine zeitliche Beschränkung für die Inanspruchnahme der Ausnahmebestimmung vorgesehen. Daraus ergebe sich, dass der Gesetzgeber dem Ausnahmetatbestand für zusätzliche Lieferungen offenkundig bewusst einen möglichst breiten (auch zeitlichen) Anwendungsbereich sichern habe wollen.

12. Am 12.12.2017 wurde die mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht fortgesetzt. Das Verhandlungsprotokoll lautet auszugsweise wie folgt:

"Übermittelt wurde zuletzt am 07.12.2017 eine Stellungnahme der AG, welche der Ast und der MP zur Kenntnisnahme übermittelt wurden. Es wird Gelegenheit gegeben, hierzu Stellung zu nehmen.

ASt: Zunächst zur letzten Verhandlung: Das Bestehen von Schutzrechten für Spender der MP wird bestritten. Die MP hat in der letzten Verhandlung die zugehörige Patentnummer genannt, diese gehörte zu einem XXXX zugelassenes Patent, welches seit 2007 ausgelaufen bzw. nicht erneuert wurde.

Vorgelegt wird ein Auszug zu der betreffenden Patentnummer, welcher als Beilage ./B zum Protokoll genommen wird.

ASt: Sowohl die Handtuchrollen als auch die zugehörigen Spender können wider die Aussage der Antragsgegnerin von zahlreichen Drittanbietern bezogen werden. Eine einfache Suchanfrage in der Suchmaschine Google hätte diese Erkenntnis für die Antragsgegnerin gebracht. Die Behauptung, dass nur die MP als einzige Unternehmerin liefern kann, ist eine Schutzbehauptung.

Vorgelegt wird ein Auszug einer Google-Recherche, welche als Beilage ./C zum Protokoll genommen wird.

ASt: Die ASt hat auch Duftspender und Toilettensitzreiniger im Sortiment und hätte diese liefern können, wäre ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchgeführt worden. Sie wäre diesfalls wahrscheinlich als Bestbieterin hervorgegangen. Jedenfalls wurde ihr aber die Chance an der Teilnahme an einem solchen Verfahren genommen, was bereits einen ersatzfähigen Schaden darstellt. Die angeblichen Kosten sowie der sonstige Aufwand ("Umstellungsaufwand") für den Tausch der Spender werden bestritten. Sie sind zumindest nicht höher als sie bei jedem anderen Lieferanten inkl. der ASt wären. Ein etwaiges Kosteneinsparungspotential oder eine Aufwandsverminderung würde zudem trotzdem nicht ein Verfahren gem. § 195 BVergG rechtfertigen. Die Antragsgegnerin hat nach eigenen Aussagen das Vorliegen der Voraussetzungen der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht einmal geprüft. Es gab keine Erhebungen zur Frage, ob und welche anderen Anbieter ebenfalls die gegenständlichen Produkte liefern können. Eine Bestätigung des begünstigten Lieferanten selbst oder des Herstellers ersetzt keine Prüfung oder diesbezüglichen

Erhebungen der Antragsgegnerin. Laut Antragsgegnerin habe es im Verfahren 2008 keine Systemvorgabe gegeben; die Entscheidung für ein geschlossenes System wie jenes der MP war daher eine gewollte Selbsteinschränkung der Antragsgegnerin, die nicht zu Lasten aller potenziellen Bieter inkl. der ASt in folgenden Vergabeverfahren gehen darf, zumal der Leistungszeitraum 2008 mit fünf Jahren begrenzt war. Alle Kosten und sonstiger Aufwand, die die Antragsgegnerin möglicherweise durch diese Systemwahl nachfolgend hätte, wären vor diesem Hintergrund jedenfalls gerechtfertigt und keine Begründung, kein Vergabeverfahren durchzuführen. Hinsichtlich der Muster, die angeblich 2008 übergeben wurden, wird von der Antragsgegnerin die Auskunft begehrt, welche Spender hier montiert und bemustert wurden, sowohl hinsichtlich des Materials als auch hinsichtlich der Spender. Und die ASt hält abschließend fest, dass die Frage des Gerichts, ob die XXXX in Österreich exklusiver Vertriebspartner der XXXX sei, bis dato nicht beantwortet ist und ebenso wenig die angebliche Bestätigung über einen exklusiven Vertrieb bis dato vorliegt. Es wird um Auskunft dahingehend gebeten, wann der mehrfach erwähnte Vertrag der XXXX mit der XXXX endet. Auch wird um Auskunft gebeten hinsichtlich des gegenständlichen Vertrages der MP mit der AG.

AG: Die Aussagekraft des vorgelegten Auszuges des Intellectual Property Office wird bestritten. Patentschutz wird normalerweise für einen wesentlich längeren Zeitraum gewährt, in der Regel 20 Jahre. Unabhängig davon ist das Design durch UWG und sonstige gewerbliche Schutzrechte geschützt. Jedenfalls besteht das Eigentumsrecht der XXXX an den Seifenspender unbefristet. Gleiches gilt für das Eigentumsrecht XXXX an den Rollhandtuch-Spendern. Eigentümer können jeden Dritten von der Nutzung ihres Eigentums ausschließen. Dementsprechend konnte 2014 XXXX die Befüllung der Spender durch jeden anderen Unternehmer untersagen. Gleiches gilt auch für die XXXX, die als Eigentümerin der am Flughafen montierten Rollhandtuchspender, die Befüllung insbesondere durch die ASt untersagen durfte. Das einzige andere Unternehmen, abgesehen von der XXXX selber, das 2014 eine Befüllung vornehmen durfte, war XXXX aufgrund eines aufrechten Vertriebsvertrages. XXXX hat 2008 als Einzelbieterin selber ein Angebot abgegeben und XXXX hätte keinerlei Interesse in ihre eigenen Spender ihre eigenen Produkte durch irgendein anderes Unternehmen als durch sie selbst einzufüllen, außer es besteht ein Vertriebsvertrag. Rein kaufmännisch würde es überhaupt keinen Sinn machen, eine weitere Vertriebsstufe einzuziehen und auf die entsprechende Marge zu verzichten. Aufgrund der bestehenden Eigentumsrechte konnten daher keine anderen Unternehmen als XXXX bzw. XXXX die betreffenden Spender befüllen, die ASt verfügt daher über keinerlei Beschwer. Der einzig relevante Umstand der Eigentumsrechte an den Spendern wurde vor der Ausschreibung 2014 auch ermittelt bzw. war bekannt, daher wurden auch alle Grundlagen für das Verhandlungsverfahren mit nur einem Unternehmer ermittelt. Zum Google Auszug: Dieser stellt kein Beweismittel dar, dass die ASt Handtuchrollspender oder Rollhandtücher liefern könnte. Tatsächlich ist auch nicht bekannt, dass sie überhaupt Seifen, Seifenspender, Duftspender, Toilettensitzreiniger liefern könnte. Die ASt ist jeden diesbezüglichen Beweis schuldig geblieben.

Die ASt sowie die MP verlassen im Hinblick auf Ausführungen zum Umstellungsaufwand und der zukünftigen Ausschreibung um 10:48 Uhr den Saal.

AG: Es wird auf den Auszug des Prüfberichtes aus dem Jahr 2008 verwiesen betreffend Zeitaufwand für Montage und Demontage der Spendersysteme. Einen solchen Aufwand, welcher aufgrund der vorliegenden Eigentumsverhältnisse geboten gewesen wäre, wollte man 2014 vermeiden. (Beilage ./D von der Akteneinsicht ausgenommen)

Die ASt sowie die MP betreten um 11:19 Uhr den Saal.

MP: Zunächst zu der vorgelegten Urkunde (Beilage B): Die Amtssprache ist Deutsch, die Vorlage ist in Englisch und hat keinen Beweiswert. Es wird vorgebracht, dass sich die letzten Protokolle und die in Beilage B genannte Patentnummer auf das Gehäuse beziehen, wie es auch in der letzten Verhandlung dem Senat gezeigt wurde. Zentral für die Kompatibilität anderer Seifenpackungen ist aber nicht das Gehäuse, sondern die darin verbaute Pumpe bzw. die unterschiedlichen Pumpensysteme, weil jedes Spendergehäuse mit Pumpensystemen für unterschiedliche Anwendungsbereiche bestückt werden kann (Flüssigseifen, Gelseifen, Schaumseifen, usw.). Die Einsätze für die Pumpengehäuse, die zentral für die Kompatibilität verantwortlich sind, haben sich nicht geändert, daher ist mit der Beilage B nichts über die Kompatibilität mit anderen Seifenpackungen ausgesagt. Nach Auslaufen des bestehenden Vertrages zwischen der AG und der MP, würde die MP die Seifenspender nicht an die AG verkaufen, weil sie damit den eigenen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern verlieren würde. Darüber hinaus haben gebrauchte Spender keinen nennenswerten Wert, sodass dadurch keine signifikanten Erlöse für die MP zu erzielen wären. Der Wert der Spendersysteme ergibt sich daher im Verhältnis zum AG bzw. im Erhalt der Geschäftsbeziehung. Gleiches gilt für die Rollenhandtuchspender. Hier verfügt die MP für die hier relevante AG über einen exklusiven Vertriebsvertrag mit XXXX. Während aufrechter Vertragslaufzeit muss und wird die MP nicht zulassen, dass die XXXX -Rollenhandtuchspender von anderen Lieferanten als der MP befüllt werden. Zu Beilage C wird vorgebracht, dass (neben der von der AG ins Treffen geführten Begründung, dass damit kein Bezugsrecht der ASt nachgewiesen wurde, auch sonst keine aussagekräftigen Beweise erbracht werden. Beispielsweise ist nicht ersichtlich, dass für die Spender, welche bei der AG verbaut

sind, Rollenhandtücher am freien Markt erhältlich sind. Es wird auch nicht nachgewiesen, dass Rollenhandtücher in Großmengen, wie sie bei der AG erforderlich sind, von Drittanbietern bezogen werden könnten. Vielmehr ist üblicherweise bei Onlineversendungen ein bloßer Bezug in Haushaltsmengen möglich, sodass dadurch die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit bei Anwendung der in Beilage C dargestellten Bezugsquellen zweifelhaft ist. Vorgebracht wird weiters, dass aufgrund telefonischer Auskunft eines Mitarbeiters von XXXX die ASt seit ca. zwölf Jahren nicht mehr mit den Produkten aus dem Hause XXXX (insbesondere Rollenhandtücher) beliefert wird. Beweis Zeugin XXXX .

Zu Beilage B: Die Firma XXXX ist eine (Konzern-) Gesellschaft aus der Unternehmensgruppe der MP bzw. bestehen zwischen XXXX und der MP entsprechende Verträge, welche die Nutzung der für die XXXX registrierten Patente gestattet. Hinsichtlich des Auskunftsbegehrens der ASt, wonach das Gericht die Vertragslaufzeiten bzw. der Enddaten der angesprochenen Verträge an die ASt bekannt geben möge, wird vorgebracht, dass diese Vertragsdaten für die hier konkret erforderliche Beweisführung der ASt nicht erforderlich sind, zumal der hier einem Feststellungsbegehren unterworfenen Sachverhalt in der Vergangenheit liegt und mit den in der Zukunft liegenden Enddaten der Verträge in keinem Zusammenhang steht. Es handelt sich dabei um einen reinen Erkundungsbeweis, den die ASt gegebenenfalls für zukünftig durchzuführende Vergabeverfahren der AG verwenden möchte.

Unter Verweis auf die Rechtsprechung des VwGH wird festgehalten, dass die Bekanntgabe des Endes der jeweiligen Verträge zur effektiven Rechtsverfolgung nicht geboten ist.

AG: Es geht nicht um Wettbewerber der ASt, sondern um den Mitbewerber der MP.

VR: Dem gegenständlichen Antrag im Rahmen der Akteneinsicht auf Bekanntgabe der Daten an denen die betreffenden Verträge enden, wird seitens des Senates im Hinblick darauf, dass es sich aus dessen Sicht um zu schützende Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handelt, nicht stattgegeben.

ASt: Der Beweis für die Zulässigkeit der Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne voriger Bekanntmachung (Beweisthema Schutzrechte, nur ein einziger Unternehmer kann liefern) liegt allein bei der Antragsgegnerin und ist ein solcher aus Sicht der ASt nicht einmal im Ansatz erfolgt. Ein UWG-Verstoß ist für das hier gegenständliche Verfahren irrelevant und wäre vom Gericht auch gar nicht im Rahmen dieses Verfahrens prüfbar. Ein solcher liegt nach Ansicht der ASt jedoch ohnehin nicht bei ihr, sondern in der etwaig unlauteren Vertragsgestaltung der AG, MP und XXXX , da diese zusammenfassend und gekürzt auf eine Marktabschottung zu Gunsten der Beteiligten abstellt, bei welcher zudem bei der XXXX , laut einem laufenden Verfahren vor dem HG Wien, ein marktbeherrschendes Unternehmen gem. § 5 Kartellgesetz beteiligt ist. Hinsichtlich des Vorbringens der MP zur Nachfrage bei der XXXX wird bestätigt, dass die ASt potentiell XXXX -Produkte liefern kann, hat sie dies doch laut Vorbringen der MP getan.

ASt: Ich bringe vor, dass unter ausdrücklichem Hinweis, dass es sich um kein Vorbringen handle, der Vertreter der MP gemäß der akustischen Wahrnehmung des ASt-Vertreters sinngemäß sagte: "Es gibt den Vorwurf, dass die ASt rechtswidrig Drittprodukte in XXXX -Spender einfüllt." Trotz Bemühungen der ASt dies zu protokollieren, erfolgte dies nicht.

MP bringt vor, dass diese Äußerung, wie sie jetzt dargestellt wurde, so nicht gefallen ist und überdies aus dem Sinnzusammenhang gerissen ist.

Die Verhandlung wird um 11:56 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 12:21 Uhr fortgesetzt.

MP: So weit wir informiert sind, ist der Punkt derjenige, ob XXXX weiterhin an die ASt liefert.

AG: Beweisantrag auf Beischaffung des Gerichtsaktes des HG Wien zu unbekannter GZ zwischen der ASt und der XXXX Hygiene Products GmbH, Storchengasse 1, 1150 Wien, dessen offenkundiger Verfahrensinhalt einen Rechtsstreit betreffend einen UWG- oder Kartellrechtstatbestand betrifft.

MP: Der Beweisantrag erfolgt zum Beweis dafür, dass die ASt aus rechtlichen bzw. faktischen Gründen die hier streitgegenständlichen Rollenhandtücher der XXXX nicht liefern kann bzw. sie diese auch insbesondere 2014 nicht liefern durfte. Damit ist die technische- bzw. wirtschaftliche Leistungsfähigkeit im Sinne des BVergG betroffen, womit gleichzeitig auch das Rechtsschutzinteresse und die Frage, ob der ASt ein Schaden im Sinne des BVergG (potentiell) entstehen konnte berührt. Es gibt offenkundig zwischen der ASt und der XXXX einen

Rechtsstreit, dessen Kern die Frage der Belieferung bzw. rechtmäßigen Belieferung mit Handtuchrollen der Marke XXXX ist.

Als Zeugin wird einvernommen Frau XXXX , [...]

VR: Wer hat Ihnen die Auskunft erteilt, dass die ASt seitens XXXX nicht mit den verfahrensgegenständlichen Rollen Handtüchern beliefert wird?

Z: Telefonische Auskunft der XXXX , Herr Klaus XXXX .

VR: Wurde Ihnen genannt seit welchem Zeitraum die ASt nicht mehr mit den betreffenden Produkten beliefert wird?

Z: Ein genauer Zeitpunkt wurde nicht genannt, ca. zwischen acht und zwölf Jahren. Ein genauer Zeitpunkt wurde nicht genannt und kein Datum.

VR: Wurde Ihnen ein Grund dafür genannt, bzw. haben Sie nach einem Grund gefragt, weshalb die ASt nicht beliefert wird?

Z: Ich habe nicht gefragt. Es war ein zeitlich limitiertes Gespräch kurz vor der Verhandlung heute, darauf wurde nicht eingegangen.

VR: Was war der Grund Ihres Anrufes bei der Firma XXXX ?

Z: Definitiv ob die XXXX jetzt Lieferant an die ASt ist.

VR: Wie lange hat dieses Gespräch gedauert?

Z: Nicht einmal 60 Sekunden.

VR: Wofür ist Herr XXXX bei der XXXX zuständig?

Z: Keyaccountmanager.

VR: Ist Ihnen ein Grund bekannt, warum die Firma XXXX seit einem längeren Zeitraum die ASt nicht mehr beliefert?

Z: Ein genauer Grund ist mir nicht bekannt. Nur die Aussage von Herrn XXXX , dass es anscheinend rechtliche Streitigkeiten gibt.

VR: Wurden diese näher konkretisiert?

Z: Nein.

ASt: Ist die XXXX exklusiver Vertriebspartner der XXXX in Österreich?

Z: Nein. Nicht betreffend das gesamte Produktsortiment von XXXX .

VR: Sind Sie (XXXX) exklusiver Vertriebspartner der Rollenhandtuchspender und Rollenhandtücher der XXXX ?

Z: Nur für den Flughafen Wien habe ich einen Vertrag. Ich darf auch das Papier nur für den Flughafen Wien einsetzen. Bei diesem Vertrag handelt es sich um den hier vorliegenden Vertrag.

VR: Dieser wurde den Aussagen der MP zufolge immer wieder verlängert. Wann haben sie erstmals einen derartigen Vertrag mit der XXXX abgeschlossen?

Z: Unter meiner Führung kenne ich nur den Vertrag von 2014. Es wurde neu ausverhandelt und nicht verlängert. 2008 war ich nicht in die Vertragsverhandlungen involviert.

VR: Können Sie als Vertreter der MP Partei etwas sagen?

MP: Meine Information ist, dass es bereits 2008 einen Liefervertrag zu gleichen Bedingungen oder ähnlichen Bedingungen gegeben hat. Was auch daraus resultiert, dass die Handtuchhalter 2008 der Firma XXXX angebracht worden sind, sofern sie nicht beschädigt wurden, auch dort verblieben sind.

LR1: Können Sie den Vertrag aus 2008 vorlegen?

MP: Nein, dieser liegt mir nicht vor.

VR: Sie (an XXXX) haben am 20.11.2017 ausgeführt, dass 2009 teilweise die vorhandenen gegen neue Spender getauscht wurden. Wurden demnach 2009 nicht sämtliche Spender getauscht?

AG: Klarstellend führe ich aus, dass auf Basis der Ausschreibung 2008 sämtliche Spender ausgetauscht wurden.

Z bestätigt diese Angabe.

ASt: Es gibt das Vorbringen, dass bemustert wurde im Rahmen der Ausschreibung 2008. Welche Muster (Spender sowie Verbrauchsmaterial) wurden der AG zur Bemusterung vorgelegt?

Z: Genau die, die gefragt worden sind, welche ausschreibungsgegenständlich waren, wurden bemustert.

VR: Sie (an MP) haben am 20.11.2017 ausgeführt, Sie hätten zum Zeitpunkt der Ausschreibung noch keinen Papierrollenspender unter dem Markennamen XXXX am Markt. Welche Spender welcher Produzenten haben Sie dann 2008/2009 angeboten, unter Angabe der Produktbezeichnung?

Z: Genau das, was dann geliefert wurde, der Firma XXXX und XXXX . Die Firma stellte die Rollenhandtuchspender und die ASt die Seifenspender und die Duftspender, wie es Ausschreibungsgegenstand war, diese Spender wurden in weiterer Folge bemustert.

VR: War ihrem Angebot zu entnehmen, dass sie die Rollenhandtuchspender von der Firma XXXX beziehen?

Z: Ja, natürlich.

ASt: Die Spendermodelle die bemustert wurden, wurden danach auch geliefert. Hängen diese noch immer am Flughafen?

Z: Soweit Teile noch intakt sind, ja, außer wenn sie ausgetauscht wurden. Die Spender wurden gegen dieselben Modelle ausgetauscht.

ASt: Wurden die Spender nun teilweise oder komplett getauscht?

Z: Seit der Ausschreibung 2008 wurden alle neu montiert und in der Folge teilweise ausgetauscht.

ASt: Wir glauben, dass es mittlerweile andere Modelle gibt.

Z: Bei XXXX ist mir nicht bekannt, dass sich am Spender etwas geändert hätte, es ist auch optisch gleich. Bei XXXX kann es Abweichungen geben, z.B. eine Veränderung des Logos. Die Befüllung ist immer dieselbe geblieben, die auch bemustert wurde und Ausschreibungsgegenstand war.

ASt: Können Sie uns erklären, wie man diese Spender montiert?

Z: Herr XXXX hat das letzte Mal die Spender vorgeführt, daraus war ersichtlich, dass die Spender mit Schrauben befestigt werden, um auch gegen Vandalismus gesichert zu sein.

VR: In welchen Umfang ist der Umtausch der Spender erfolgt?

Z: Wir haben in der letzten Verhandlung eine entsprechende Aufstellung vorgelegt, woraus erkennbar ist, ob die Spender repariert wurden oder ein Austausch erfolgte.

VR: In der Liste steht "Reparatur" oder "Austausch", betrifft dies einen Gesamtaustausch?

Z: Bei "Austausch" wird das ganze Gerät ausgetauscht, "Reparatur" bedeutet, dass Teile getauscht oder instandgesetzt werden.

VR: Wie viele Jahre beträgt der Produktzyklus einerseits und die Produktlebensdauer andererseits der aufgrund der Ausschreibung 2008 montierten Spender?

Z: So zwischen sieben und zehn Jahre, manche Spender vielleicht 15 Jahre. Die Produktlebensdauer ist je nach Beanspruchung unterschiedlich, je nachdem wo der Spender hängt, es gibt Bereiche in denen viel Vandalismus besteht. Wir haben Listen vorgelegt woraus hervorgeht wo Einsätze stattfinden, das ist ganz unterschiedlich wo ein Spender hängt, darauf weisen wir auch unsere Kunden hin. Es kommt auf die Belastung der Spender an (Besucherfrequenz).

AG: Wissen Sie, ob sowohl die Befestigungssysteme der Seifenspender als auch der Rollenspender betreffend diese Befestigungen, Bohrungen unterschiedlich sein können, macht es einen Unterschied im Aufwand bei der Befestigung der unterschiedlichen Befestigungssysteme?

Z: Alle [die] mir bekannten Spendersysteme im Mitbewerb passen nicht in die Bohrungen der Spendersysteme von XXXX und XXXX . Bei XXXX wird schon geschaut, dass die Montageplatten der eigenen Produktlinie immer kompatibel sind, bei Weiterentwicklung der Produkte.

MP: Ich habe nur einen Vertrag aus 2010, wir haben gefragt ob es einen Vertrag aus 2008 gibt. Was ich habe, ist eine Neuausstellung aus dem Jahr 2010. Warum er neu ausgestellt wurde, kann ich nicht sagen. Ich vermute, dass es zu Umfirmierungen der MP gekommen ist bzw. eine Klausel (III Punkt 4) aufgenommen wurde im Hinblick auf neue Flughafenbereiche, Terminal Skylink.

Vorgelegt wird der Vertrag aus dem Juli 2010, welcher als Beilage /E zum Akt genommen wird und einen Neuausstellung aus dem Jahr 2008 war. Bei diesem wird ausdrücklich die Ausnahme von der AE begehrt.

AG: Der vorgelegte Vertrag zwischen der MP XXXX und XXXX war zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung 2014 noch in Kraft.

AG: Was ist der Grund, warum XXXX diese geschlossenen Systeme verwendet, dass also keine Konkurrenzprodukte in die betreffenden Spender passen?

Z: Dass Gewinne daraus genutzt werden können, für weitere Produkte. Damit der Vertrieb alleine beim Produzenten bleibt für ein geschlossenes System. Damit für Produktentwicklungen weiterhin auch das Kapital gegeben ist. Wichtigster Punkt ist: Wir haben die Verantwortung, es steht XXXX auf den Spendern. Es soll garantiert werden, dass die richtigen Produkte in unsere Produkte eingesetzt werden, wofür wir die Verantwortung übernehmen, dass diese dermatologisch getestet sind und keine Schäden beim Anwender verursachen können.

MP: XXXX hat eine zentrale Produktentwicklung und setzt und vertreibt die Produkte international. Dieses geschlossene System ist auch eine gewisse Gewähr dafür, dass im Falle von Haftungsansprüchen nachgewiesen werden kann, dass oder ob tatsächlich Nachfüllpackungen von XXXX verwendet wurden. Das wäre bei offenen Systemen mit einer Kanisternachfüllung nicht gewährleistet.

AG: Dieses Problem hätte auch der AG, dieser bekommt für jede Banalität Klagsdrohungen.

Die Zeugin wird aus dem Zeugenstand entlassen um 13:48 Uhr.

VR: Sie haben in der Verhandlung am 20.11.2017 ausgeführt, dass die XXXX gegenüber der AG bestätigt hätte, dass XXXX exklusiver Vertriebspartner für die Handtuchrollen ist. Haben Sie diesbezüglich heute nähere Belege dazu?

AG: Das waren Telefonate, die Frau XXXX geführt hat. Insbesondere mit der anwesenden Frau XXXX . Wir haben im Akt keine Telefonprotokolle, es erschließt sich nur aus dem Verfahrensvermerk, wo ausgeführt wird, dass ein Ausschließlichkeitsrecht besteht. Wir haben zu dem Telefonat ein Gedächtnisprotokoll anfertigen lassen von Frau XXXX , wo sie von diesem Telefon berichtet und das den von der Zeugin und dem Vertreter der MP zu Protokoll gegebenen Sachverhalt bestätigt, wonach die Seifenspender ausschließlich über die Firma XXXX bzw. Mitbeteiligte bezogen werden können und die XXXX -Handtuchrollen für den Flughafen ebenfalls nur über die Firma XXXX bezogen werden können, weil die Firma XXXX Generalunternehmer für diese Produkt von XXXX sei.

Dieses Gedächtnisprotokoll wird als Beilage ./F zum Verhandlungsprotokoll genommen.

AG: Ergänzend wird angegeben, dass Frau XXXX explizit beauftragt wurde, dies zu prüfen im Vorfeld des Vergabeverfahrens, da es die Frage zu klären gab, ob allfällig eine Händleraussschreibung möglich wäre.

VR: Wurde der Vergabeakt dem BVwG vollständig vorgelegt?

AG: Ja.

VR: Wer hat die Prüfung, ob gegenständlich ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zulässig ist, vorgenommen? Welche Prüfschritte haben Sie gesetzt? Können Sie das nachweisen?

AG: Ich (XXXX) habe es gemeinsam mit der Rechtsabteilung geprüft. Grundsätzlich muss man prüfen, ob man das Produkt austauschen muss, oder nicht, ob wir sie weiternützen können. Dies haben wir bejaht. Wir sind nicht gezwungen, aufgrund der dargelegten Mehraufwände auszutauschen. Von uns wurde dies als zulässig erachtet, der nächste Schritt ist, ob wir eine Händleraussschreibung durchführen müssen oder diese obsolet ist.

VR: Wie haben Sie dies geprüft?

AG: Dies wurde durch Rückfrage beim Hersteller geprüft. Es gibt mehrere Möglichkeiten auch beim Lieferanten nachzufragen. Dies wurde auch gemacht, es wurde bei der MP nachgefragt. Es wurde jedenfalls geprüft, es wird auf das Gedächtnisprotokoll verwiesen. Es ist auch logisch herleitbar, wenn man das nicht macht, dass ich sofort ein Problem bekomme mit den Händlern, die dies liefern könnten. Ich muss mich versichern, ob es ein Exklusivrecht gibt, oder nicht. Ich kenne den Markt betreffend Hygieneartikel aufgrund meiner vorangegangenen, mehrjährigen Tätigkeit bei der BBG schon lange und gut. Es handelt sich um einen technisch äußerst komplexen Bereich. Bei einer der Ausschreibungen der BBG hat die ASt gewonnen. Unabhängig von der Dokumentation der Prüfung, ist der entsprechende Sachverhalt, nämlich dass das Eigentum an den Spendern nicht bei der AG liegt, richtig beurteilt worden.

VR: Bitte legen Sie nochmals den exakten Vertragsgegenstand des Rahmenvertrags vom 20.05.2014 dar.

AG: Leistungsgegenständlich in der Ausschreibung 2014 waren Schaumseife, Rollenhandtücher, Lufterfrischer und Toilettensitzreiniger bzw. hinsichtlich Schaumseife und Handtuchrollen auch deren Spender. Die Lieferung des Verbrauchmaterials und die Beistellung der entsprechenden Spender.

VR: Handelt es sich tatsächlich um kostenfreie Leistungen an die AG?

AG: Für die Teilnehmerin des bestehenden Auftrages war entsprechend dem objektiven Erklärungswert eindeutig, dass die bereits montierten Spender weiter genutzt werden sollen, welche über die Bezahlung der Verbrauchsmaterialien abgegolten ist.

VR: Wurde die weitere Nutzung der Spender in den Preis der Verbrauchsmaterialien einkalkuliert?

MP (XXXX): Ja, das wurde einkalkuliert.

AG: Es war nie Thema, die vorhandenen Spender auszutauschen, es war klar, dass die vorhandenen Spender hängen bleiben.

LR1: Es steht "kostenlose Ausstattung und Erweiterung von neuen Spendern", hat sich seit 2014 die Anzahl der Spender erhöht?

AG: Wenn wo ein Büro dazu kommt, dann werden zusätzlich sanitäre Anlagen gebaut, aber es hat sich nicht wesentlich erhöht. Die Anzahl von etwa 1400 Spendern ist in etwa gleichgeblieben.

VR: Einerseits wurde demnach lt Vergabeverfahrensunterlagen die Nutzung fortgesetzt, dann die Lieferung von Verbrauchsmaterialien, wie auch eine allenfalls notwendige Ausstattung, Ersatz und Austausch von defekten Spendern, sowie Montage, Wartung bzw. Reparatur der Spender, ist das korrekt?

AG: Ja.

VR: Handelt es sich bei der Ausstattung, Ersatz und Austausch von defekten Spendern, sowie Montage, Wartung bzw. Reparatur um Leistungen, die unentgeltlich erbracht werden?

AG: Wir haben gesagt, wir wollen den Preis für die Verbrauchsmaterialien wissen, für den Rest wollten wir keinen Preis ausgewiesen haben. Soweit sie kalkulatorisch Preise für die Spender (deren Ersatz und Austausch, sowie Montage, Wartung bzw. Reparatur) angesetzt hat, ist dies allein Sache der Kalkulation der Auftragnehmerin. Kostenlose Wartung und Reparatur bezieht sich nur auf die bestehende Ausstattung. Eine Ausschreibung, in der für die Reparatur als Teil der "Serviceleistung" keine Position vorgesehen ist, ist handelsüblich.

ASt: Ich bestreite die Handelsüblichkeit.

VR: Sie führen aus, dass Sie die verfahrensgegenständlichen Leistungen erbringen könnten. Wie gedenken Sie die hier verfahrensgegenständlichen Leistungen, nämlich die Lieferung mit den Nachfüllungen sowie die Reparatur, Ausstattung mit den Spendern und auch den Austausch und auch die Wartung zu erbringen?

ASt: Es gibt keine Wartung, sondern nur einen kompletten Austausch von Spendern oder Teilen davon. Die Lieferung von Nachfüllmaterialien wie Rollen oder Flüssigseife, würde an ein Zentrallager der Flughafen Wien AG erfolgen.

VR: Würden Sie Nachfüllungen Ihres eigenen Portfolios liefern oder "Originalnachfüllungen" der betreffenden Spender?

ASt: Üblicherweise liefere ich das was der AG fordert. Ich bin nicht in der Position, ihm zu sagen, was er zu nehmen hat.

VR: Wäre es Ihnen möglich, Original-Verbrauchsmaterial zu liefern?

ASt: Bei den Handtuchrollen ja. Ja, ich bin in der Lage original XXXX bzw. XXXX zu liefern. Ich bin nicht in der Lage Original-Seifenkartuschen/-patronen zu liefern.

VR: Wären Sie auch in der Lage Original-Spender der Firma XXXX zu liefern?

ASt: Ja.

VR: Die Zeugin hat ausgesagt, dass die Lieferung von XXXX an Sie seit einigen Jahren nicht direkt erfolgen würde, wie würden Sie die Lieferung dennoch bewerkstelligen?

ASt: Ich kann nur sagen, dass die Zeugin falsch ausgesagt hat oder falsch informiert ist. Es ist entweder eine falsche Information an die Zeugin herangetragen worden, oder sie hat dies hier unrichtig wiedergegeben. Man kann die betreffenden Verbrauchsmaterialien, wenn man über einen Gewerbeschein verfügt, ganz einfach z.B. über Amazon beziehen, die Menge ist nicht, wie seitens der MP behauptet, auf Haushaltsmengen limitiert.

MP: Wir können nur aus wirtschaftlichen Gründen sagen, dass diese Bezugsmöglichkeit zutreffend ist, aber es wird kein Wettbewerbsfähiges Angebot gelegt werden können, weil über Amazon zumindest zwei Vertriebsstufen dazwischen geschaltet sind, die jede für sich eine wirtschaftliche Marge aufschlagen werden und zudem bleibt ungeklärt, wie die Ersatzteilbesorgung und die Besorgung der Ersatzspender bewerkstelligt werden würde.

AG: Die Ersatzteilversorgung funktioniert via Amazon nicht.

ASt: Die Bezugsquelle bezieht sich nicht nur auf die Verbrauchsmaterialien, sondern auch auf die Spender. Die Preisgestaltung ist alleine Sache der ASt. Die ASt hat nicht behauptet, dass sie selbst über Amazon einkaufen muss, sondern dass sie ihre Einkaufsoptionen als Geschäftsgeheimnis mangels Ausschluss der AG nicht preisgibt.

AG: Woher beziehen Sie die XXXX -Rollenhandtuchspender und die XXXX -Rollenhandtücher?

ASt: Das ist ein Betriebsgeheimnis.

ASt: Ich beantrage, die AG zur Beantwortung der Frage, ob und wie die ASt Originalware der XXXX beschafft von der Teilnahme an der Verhandlung auszuschließen. Eine Offenlegungspflicht besteht momentan nicht, mit der AG besteht weder ein aufrechtes Vertragsverhältnis noch ein Ausschreibungsverfahren, in dem es zwingend wäre, dies offenzulegen. Die Betriebsgeheimnisse sind daher auch gegenüber der AG geschützt

AG: Ich spreche mich gegen den Ausschluss aus. Da es sich um Informationen handelt, die ich berechtigt bin als AG zu hinterfragen. Zudem bin ich als öffentlicher AG ohnehin zur Geheimhaltung verpflichtet. Verweist auf § 23 BVergG.

LR1: Wären Sie 2014 "zur Angebotslegung eingeladen worden hätten Sie dann alle Seifenspender gegen Ihr Produkt getauscht?

ASt: Wir hätten ausschreibungskonform angeboten, hätte die Ausschreibung so wie 2008 dahingehend gelauteet, dass alle Spender neu zu montieren wären, dies gratis bzw. unter Einrechnung in den Verbrauchsmaterialpreis. Die Spender wären dann, für den hypothetischen Fall, systemneutrale Spender gewesen, sodass zum Vorteil der AG zukünftig wieder der größtmögliche Wettbewerb möglich gewesen wäre. Und der Spendertausch, der jetzt als Rechtfertigung herangezogen wurde, wäre niemals nötig gewesen. Dies wäre eine sinnvolle Alternative gewesen.

LR1: Wenn die Ausschreibung gelauteet hätte "Verwendung der vorhandenen Spender, wenn dies rechtlich möglich ist, wenn dies rechtlich nicht möglich ist, dann Tausch auf eigene Spender": Hätten Sie dann ein Angebot legen können?

Ast: Ja, aber bei der Seife hätte ich allerdings auch damals nicht das Originalprodukt liefern können.

LR2: Wenn es eine Ausschreibung 2014 gegeben hätte und XXXX verloren hätte, hätte nur jemand gewinnen können, der neue Spender anbietet.

AG: Wenn ich sage, es ist mir egal, welche Spender verwendet werden, kann jeder gewinnen. 2014 gab es dies aber nicht. Wenn es eine gegeben hätte, wäre es eine neutrale bzw. offene Ausschreibung wie 2008 gewesen. Im Übrigen wird auf die Stellungnahme vom 07.12.2017 verwiesen.

LR1: Die Frage ist, ob die Ausschreibung so gelauteet haben könnte, dass die vorhandenen Spender befüllt werden sollten und hier auch andere Unternehmen mitbieten hätten können. Oder wenn der Bieter dies nicht kann, dann müsste er die Spender tauschen.

AG: Zum einen wäre dies zu sehr hoher Wahrscheinlichkeit angefochten worden, weil diese Bieter die bestehenden Spender nicht befüllen könnten. Zum anderen versucht die AG im gesetzlich höchstzulässigen Maß den Zeitaufwand für die Demontage aufzuschieben. Die Bieter, die es nicht befüllen können, würden nicht anbieten. Festgehalten wird auch, dass es sich bei den Spendern nicht um das Eigentum der AG handelt.

VR: Der auf Basis der Ausschreibung aus dem Jahr 2008 abgeschlossene Vertrag endete - den Unterlagen des Vergabeverfahrens zufolge - am 30.06.2014. Was sollte Ihres Erachtens mit den "zur Verfügung" gestellten Spendern nach Vertragsende passieren?

AG: Dann werden die Spender demontiert und von XXXX wieder mitgenommen. Das war so gedacht, dass die Spender nach Vertragsende wieder demontiert werden. Wir können nicht sagen, ob bereits 2008 die Intention bestanden hat, den Vertrag zu verlängern oder nicht.

ASt: Dann sind sie abzumontieren.

MP: Dies steht im Widerspruch zu dem was der Herr Kollege gesagt hat, nämlich dass systemneutrale Spender nicht getauscht werden müssen.

ASt: Es steht nicht im Widerspruch. Es ist nicht notwendig, zwingend abzumontieren. 2008 wurden Spender als "Gratiszugabe" ausgeschrieben. Gleiches hätte 2014 erfolgen können und müssen. Anders als der MP ist es der ASt egal, ob Drittanbieter ihre Spender befüllen, weil diese nach Gebrauch keinen Marktwert mehr besitzen und die Demontage mit Aufwand und Kosten für die ASt verbunden wäre. Hätte sie 2014 gewonnen, hätte sie die Spender weiter benützt. Wenn nicht, wäre sie an den AG mit der Frage [herangetreten], ob die Spender abzumontieren sind oder nicht und hätte dementsprechend gehandelt. Eine Diskriminierung ist bei einem offenen System nicht gegeben, da alle Anbieter, auch Markenanbieter, wenn sie ihre Markenprodukte in offene Systeme einfüllen wollen, die Spender befüllen können

AG: Die Ast hätte bei der Ausschreibung 2014 den Vertragsgegenstand nicht erfüllen können, da sie schon für die Funktionsfähigkeit der bestehenden Spendersysteme keine Garantie übernehmen kann und diese Garantie der Funktionsfähigkeit ausschreibungsgegenständlich war.

MP: Selbst wenn von der ASt systemneutrale Spender 2008 montiert worden wären, ist auch bei diesen (auch nach der Aussage des GF der ASt) grundsätzlich geplant gewesen, diese nach Vertragsende auch wieder zu demontieren. Der erfolgreiche Bieter einer nachfolgenden Ausschreibung, welche dem "systemneutralen" Ansatz gefolgt wäre, hätte daher entweder das Nutzungsrecht an dem der ASt gehörigen Spendern zur Befüllung erwerben müssen. Zudem hätte die ASt in diesem Fall (da sie ja dann nicht mehr Lieferantin der Hygienematerialien gewesen wäre) mit der AG eine Nutzungsvereinbarung dahingehend abschließen müssen, dass sie die ihr gehörigen Spender in den Sanitärräumen des Flughafens belassen darf (Bestandvertrag). Eine andere Alternative wäre gewesen, dass die AG das Eigentumsrecht an den "alten" systemneutralen Spendern der ASt erwirbt. Dieser Beschaffungsvorgang wäre aber - zusätzlich zu der nachfolgenden erforderlichen Ausschreibung der Verbrauchsgüter - einem Vergabeverfahren zu unterwerfen gewesen, weil es sich hier eindeutig um eine Beschaffung von Gütern handelt, die auch andere Marktteilnehmer zum Kauf anbieten. Vor dem Hintergrund dieser Komplikationen ist das gewählte Ausnahmeverfahren § 195 Z3 und Z5, rechtlich zulässig.

AG: Eigentumserwerb war nicht vorgesehen, wäre als wesentliche Vertragsänderung unzulässig gewesen. Hätte die ASt die Ausschreibung 2008 gewonnen, wären wir jetzt wahrscheinlich in der gleichen Situation in der umgekehrten Parteienrolle, da jedes offene System das geschlossene System der Markenartikelhersteller diskriminiert.

Die Verhandlung wird um 15:40 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 16:10 Uhr fortgesetzt.

VR: Sie argumentieren mit Mehrkosten durch Abschluss eines gesonderten Wartungsvertrages bzw. der Notwendigkeit des Eigentumserwerbs? Haben Sie entsprechende Nachweise hierfür? Was würde denn der Erwerb der Alt-Spender tatsächlich kosten?

AG: Wir haben diesbezüglich keine Angebote eingeholt, weil die Spender nicht an uns verkauft werden. Es würde in dieser Situation kaufmännisch keinen Sinn machen, diese an uns zu verkaufen. Seitens der Mitbeteiligten wurde bereits ausgeführt, dass die Spender nicht verkauft werden würden. Dies kann denklösig auch nur für die XXXX gelten. Solange die XXXX das Recht hat, aufgrund der Vereinbarung die Spender zu befüllen bzw. zu benützen, nützt der AG ein Eigentumsrecht an den Spendern nicht, da die MP als obligatorische Nutzungsberechtigte den Eigentümer von der Nutzung bzw. Befüllung der Spender ausschließen kann.

MP: Egal, ob ich es kaufe oder nicht, das Recht, die Spender zu befüllen, hat die MP aufgrund des aufrechten Vertriebsvertrages.

AG: Als wir die Ausschreibung gemacht haben, Mai 2014, war XXXX, was die Seifenspender betrifft, Eigentümerin. Das Eigentum an den Seifenspendern wäre uns von XXXX nicht übertragen worden. Hinsichtlich der Rollenhandtücher hätte uns die Übertragung des Eigentums nichts gebracht, weil XXXX aufgrund des aufrechten Vertriebsvertrages zu diesem Zeitpunkt die ausschließliche Nutzungsberechtigte war. Nach Auslaufen des Vertrages der XXXX mit XXXX wäre die Situation nicht anders, da dann XXXX als Eigentümerin ein ausschließliches Recht gem. § 195 Z3 BVerfGG gehabt hätte, bzw. jeden anderen Wettbewerber von der Nutzung

ausgeschlossen hätte, weil sie selbst Interesse hatte, direkt zu liefern, dies ist schon aus der Ausschreibung 2008 erkennbar, wo XXXX als Einzelbieterin ein Angebot abgegeben hat.

LR1: Was glauben Sie, wäre passiert, sie hatten einen Vertragspartner die Subverträge könnten Ihnen egal sein. Was meinen Sie, wäre passiert, wenn Sie mitteilen, dass sie ihre Spender abholen können oder diese der AG überlassen würden?

MP: Von unserer Seite ist klar, dass die Spender grundsätzlich nach Vertragsende abmontiert werden und nicht ins Eigentum anderer übertragen werden. Davon unterscheidet sich der Aufwand des AG etwa für den Tausch zerstörter Fliesen.

VR: Worin besteht im Hinblick auf das Vorbringen der einheitlichen Haftungsordnung der Unterschied, wenn ein anderer Lieferant als XXXX Originalware liefert, welche in die Spender eingefüllt wird und dieser einen Spender nach den Herstellervorgaben wartet?

MP: Es gibt keinen anderen Anbieter, der Originalware einfüllt. Wir beziehen unseren Spender von der Firma XXXX [Produkts]; diese stellt der MP die Spender zur Verfügung und ist für deren Wartung usw. verantwortlich. Im Gegensatz dazu bezieht MP die Verbrauchsgüter und durch das Entgelt dieser wird unter anderem auch die Gewährleistung und Haftung der XXXX abgedeckt. Wenn nun in die von der XXXX beigestellten Spender Papierhandtücher eingefüllt würden, die zwar ebenfalls aus dem XXXX -Konzern stammen aber über den sogenannten Drittmarkt beschafft werden, dann ist es der Firma XXXX und damit auch der MP nicht möglich, die für die Gewährleistungsübernahme einkalkulierten "Haftungsprovisionen" zu übernehmen. Der Bezug von Papier aus dem Drittmarkt z.B. online basiert aus der Sicht der XXXX auf der Überlegung, dass es die reine Lieferung von Verbrauchsgütern ist.

ASt: Das Vorbringen wird bestritten.

AG: Ein neuer Vertragspartner, auch wenn er XXXX -Handtücher beziehen könnte, kann nicht die Funktionsgarantie für 2600 Spender, die von einem Dritten zur Verfügung gestellt wurden und deren Nutzung auch von einem Dritten verrechnet wurden, übernehmen.

MP: Es wird auf die Verträge zwischen XXXX und XXXX verwiesen.

[...]"

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

II. 1. Feststellungen:

Aufgrund der vorgelegten Stellungnahmen, der Bezug nehmenden Beilagen, der Unterlagen des im Jahr 2008 durchgeführten sowie des gegenständlichen Vergabeverfahrens sowie des Ergebnisses der mündlichen Verhandlung einschließlich der in deren Rahmen vorgelegten Unterlagen wird folgender entscheidungserheblicher Sachverhalt festgestellt:

Auftraggeberin der gegenständlichen Auftragsvergabe ist die Flughafen Wien AG. Diese führte 2008 ein Vergabeverfahren mit der Bezeichnung "Ausschreibung für die Lieferung von div. Hygieneartikel sowie der dafür benötigten Spender am Flughafen Wien für die Dauer von 4 Jahren mit Option auf ein weiteres Jahr" als Verhandlungsverfahren im Oberschwellenbereich nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb betreffend einen Lieferauftrag nach den Bestimmungen des Sektorenvergaberechts durch. Gegenstand der Ausschreibung war demnach die Lieferung von Hygieneartikeln aus Papier und Zellstoff, wie Toilettenpapier, Putzpapier, Falt- und Rollenhandtücher und Zellstofftücher sowie Duftspender und Hygienebehälter und die Ausstattung mit Spendersystemen (Punkt 8.7 der Ausschreibungsunterlage - AU). Vom Bieter war im Angebot u.a. darzulegen, wie die Montage der Handtuch-, Seifen- und Duftspender-Behälter erfolgt, wie und in welchem Intervall die kostenlose Wartung der Handtuchbehälter erfolgt sowie wie rasch die Reaktionszeit bei Störungseinsätzen, die kostenlos zu erfolgen haben, ist (Punkt 8.3 der AU). Entsprechend dem Leistungsverzeichnis war im Einheitspreis der Rollenhandtücher (Punkt 10.2.2 der AU), der Handseife (Punkt 10.2.6 der AU) sowie der Duftpatronen (Punkt 10.2.7 der AU) Folgendes einzurechnen: Eine Ausstattung mit Rollenhandtuchspendern/Seifenspendern/Duftspendern im angegebenen Umfang Punkt 15 (1393 Stück Rollenhandtuchspender; 1582 Stück Seifenspender; 216 Stück Duftspender), inkl. Montagekosten (betreffend die Duftspender überdies inkl. Batterien und monatliche Wartung); Ersatz und Austausch von defekten bzw. beschädigten Spendern innerhalb von 24 Stunden nach Aufforderung; Sämtliche Kosten, die im Zusammenhang mit Montagearbeiten für notwendiges Begleitpersonal im Sicherheitsbereich entstehen und sämtliche Kosten für

Ausweise und Sicherheitsschulungen. Im Preisblatt waren die Einzelpreise (Einheitspreise) und die Gesamtpreise für ein bzw. fünf Jahre für das Verbrauchsmaterial (Toilettenpapier, Rollenhandtuch, Papier-Falorthandtuch, Putzpapierrolle, Zellstofftuch, Flüssige Seife, Duftspender-Patronen, Hygienebehälter [diese betreffend die Entsorgung des Inhalts]) aufzuschlüsseln (Punkt 12.2 der AU). Weiters waren die Preise für Ersatzspender bei Beschädigung durch Vandalismus (Punkt 12.2.1 der AU) sowie für die gegebenenfalls alternativ angebotenen Spenderbefestigungssysteme (Punkt 12.2.1.1 der AU) darzulegen. Gemäß der Beilage /3 zur AU (Prozentkalkulation zur Preistabelle) waren hinsichtlich der jeweiligen Einzelpreise folgende Angaben zur Kalkulation aufzuschlüsseln: der Anteil in Prozenten für das Spendersystem, die Montage, Wartung und Logistik.

An diesem Verfahren beteiligte sich u.a. auch die Antragstellerin. In einem an die Auftraggeberin gerichteten Schreiben hielt die Antragstellerin fest, dass die "Spender [...]" im benannten Umfang für den Zeitraum des gegenständlichen Vertrages kostenlos zur Verfügung gestellt werden (Schreiben der Antragstellerin vom 30.10.2008).

Der Zuschlag wurde der mitbeteiligten Partei, (damals) XXXX (nunmehr: XXXX), erteilt. Nach Inanspruchnahme der Verlängerungsoption endete die Laufzeit des betreffenden Vertrags am 30.06.2014 (Unterlagen des Vergabeverfahrens 2008).

Bezüglich der Belieferung mit den Handtuchspendern der Marke "XXXX" und den hierfür vorgesehenen "XXXX"-Verbrauchsmaterialien (Rollenhandtücher) schlossen die mitbeteiligte Partei (Besteller) und die XXXX (Hersteller) einen Vertrag ab. Demnach ist der Hersteller verpflichtet, die Belieferung der Spender und der Verbrauchsmaterialien während der Vertragsdauer zu leisten (Punkt I. 1 des Vertrages). Die Spender werden der mitbeteiligten Partei durch den Hersteller kostenlos, leihweise zur Verfügung gestellt und verbleiben im Eigentum des Herstellers. Die Montage, Wartung und der Austausch der durch den Hersteller bereitgestellten Spender erfolgen durch den Besteller. Anfallende Kosten für Wartung, Montage und Austausch von Spendern trägt der Besteller (Punkt III. 1 des Vertrages). Entsprechend dem einen integrierenden Bestandteil des Vertrages bildenden Angebot gilt dieses ausschließlich für die Belieferung des Flughafens Wien (von der mitbeteiligten Partei in der mündlichen Verhandlung am 06.10.2017 vorgelegter Vertrag).

Im April 2014 prüfte die Auftraggeberin (Herr XXXX, XXXX Zentraler Einkauf, unter Einbindung der Rechtsabteilung - Fachbereich Generalsekretariat), ob im Hinblick auf die ab 01.07.2014 notwendig werdende (neuerliche) Beschaffung diverser Hygieneartikel ein Vergabeverfahren mit oder ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung durchzuführen wäre. Die für die Beschaffung der verfahrensgegenständlichen Hygieneartikel zuständige Mitarbeiterin der Auftraggeberin, Frau XXXX, führte daraufhin Gespräche mit der bei der mitbeteiligten Partei zuständigen Mitarbeiterin, Frau XXXX. Nach deren Auskunft im Rahmen eines Telefonats am 29.04.2014 könne die Schaumseife für die installierten Spender ausschließlich über die bisherige Auftragnehmerin bezogen werden. Die "Fa. XXXX [sei] bei letzter Ausschreibung 2008 als Generalunternehmer hervor gegangen". Daher [würden] "die XXXX Handtuchrollen für VIE nur über Fa. XXXX ausgeliefert, fakturiert und die Spender gewartet" werden (Gedächtnisprotokoll vom 11.12.2017, angefertigt von Frau XXXX).

Am 17.05.2014 wurde die Einleitung eines Vergabeverfahrens im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit einem Bieter gemäß § 195 Z 3 iVm Z 5 BVergG betreffend die "Lieferung von Handtuchrollen, Seife, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern für bestehende Spendersysteme" genehmigt (Genehmigung durch die Fachbereiche Zentraler Einkauf und Generalsekretariat). Abgeschlossen werden sollte demnach eine Rahmenvereinbarung mit einer Laufzeit von drei Jahren und einer Verlängerungsoption von 12 Monaten. Als Begründung für die Wahl dieses Vergabeverfahrens und die Nichteinhaltung der Mindestanzahl der erforderlichen Verfahrensteilnehmer wird darin ausgeführt:

"Der Flughafen Wien ist mit Spendersystemen der Fa. XXXX ausgestattet. Füllungen für diese Spender (Handtücher, Seife etc) werden nur von der Fa. XXXX geliefert. Der Flughafen ist mit je ca. 1300 Handpapier- und Seifenspendern im öffentlichen und nicht öffentlichen Bereich ausgestattet. Ein Wechsel der Spender ist mit umfangreichen Montageaufwänden (Dauer ca. 4 Monate) und daher mit hohen Kosten verbunden und kommt daher nicht in Frage. Abgesehen davon entstehen aufgrund der unterschiedlichen Formen der Spender unansehnliche Bohrlöcher die den Gesamteindruck der PAX-Bereiche nachhaltig stören.

Die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens mit einem Bieter gem. § 195 Zi 3 in Verbindung mit Zi 5 wird daher als zulässig erachtet."

Am 06.06.2014 wurde mit der mitbeteiligten Partei ein Rahmenvertrag auf drei Jahre mit der Option auf Verlängerung um weitere 12 Monate abgeschlossen. Leistungsinhalt des betreffenden Rahmenvertrags bilden die

Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischern (Duftpatronen) und Toilettensitzreinigern sowie die Bereitstellung von Spendern. Punkt 4 (Leistungsbeschreibung und Mengengerüst) lautet bezüglich der Spendersysteme auszugsweise:

"Kostenlose Ausstattung und Erweiterung von neuen Spendern; kostenloser Ersatz und Austausch von defekten bzw beschädigten Spendern; kostenlose Montage, Wartung bzw Reparatur der Spendersysteme [...]" (Verfahrensunterlagen).

Zwischen der mitbeteiligten Partei und der XXXX wurde neuerlich ein im Wesentlichen mit dem oben genannten Vertrag gleichlautender Vertrag betreffend die Belieferung des Flughafens Wien mit " XXXX "-Handtuchspendern (mit derselben Bezeichnung wie im oben genannten Vertrag) und zugehörigen Verbrauchsmaterialien abgeschlossen (von der mitbeteiligten Partei in der mündlichen Verhandlung am 12.12.2017 vorgelegter Vertrag).

Die Antragstellerin verfügt über eine Gewerbeberechtigung mit nachstehendem Gewerbewortlaut: "Handelsgewerbe gemäß § 124 Z 1 GewO 1994, eingeschränkt auf den Großhandel, im Standort eingeschränkt auf die Ausübung des Bürobetriebes" (Einsichtnahme in GISA).

Hinsichtlich der hier ausschreibungsgegenständlichen Spender ist, abhängig von der Verwendungsintensität, von einer Produktlebensdauer von sieben bis zu maximal 15 Jahren auszugehen. In den sanitären Einrichtungen am Flughafen Wien-Schwechat waren im Dezember 2017 zu einem überwiegenden Teil diejenigen Spender montiert und in Verwendung, die bereits auf der Grundlage der Ausschreibung 2008 montiert wurden (Angaben in der mündlichen Verhandlung).

Die Dauer der bei laufendem Flughafenbetrieb vorzunehmenden Demontage der alten Spender und Montage neuer Spender wurde von der Auftraggeberin auf drei bis vier Monate geschätzt (Darstellung der im Zuge der Ausschreibung 2008 angebotenen Montagezeiträume ohne Demontage). Aufgrund unterschiedlicher Montageabmessungen (Bohrungen) bei Spendern unterschiedlicher Hersteller kann es bei der Demontage und Neumontage von Spendern zu Beschädigungen des Untergrundes (Fliesen, Glasflächen) kommen (Verfahrensunterlagen). Zu den geschätzten Kosten, welche ein Kompletttausch zusätzlich verursachen würde, legte die Auftraggeberin eine Kostenaufstellung vor (Kosten der Spenderdemontage und Spendermontage; Sicherheitsschulung; Kosten des Austausches schadhafter Fliesen und der Reinigung durch Dritte; sonstiger Administrativaufwand; sonstige Zusatzkosten). Die Einhaltung nationaler und internationaler Sicherheitsstandards erfordert für Personen, die unbegleiteten Zugang zu den Sicherheitsbereichen von Flughäfen benötigen, eine Zuverlässigkeitsprüfung. Der Zugang zur Luftseite und zu den Sicherheitsbereichen darf Personen nur gestattet werden, wenn legitime Gründe dies erfordern (Punkt 1.2. der Verordnung (EU) Nr. 185/2010).

Am 29.06.2017 brachte die Antragstellerin einen Antrag auf Feststellung, "dass die Auftraggeberin den Vertrag betreffend die Rollenhandtücher und der Flüssigseife in den letzten 3 Jahren rechtswidrig, nämlich ohne vorangehende Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung bzw vorherigen Aufruf zum Wettbewerb geschlossen hat", beim Bundesverwaltungsgericht ein.

II.2. Beweiswürdigung:

Beweis wurde erhoben durch die unter II.1. angeführten Beweismittel. Bei der Beweiswürdigung haben sich gegen die Echtheit und Richtigkeit der vorliegenden Unterlagen des Vergabeverfahrens keine Bedenken ergeben. Der maßgebliche Sachverhalt findet Deckung in den von den Verfahrensparteien eingebrachten Schriftsätzen, den Vergabeunterlagen, den sonstigen vorgelegten Unterlagen und den Angaben in der mündlichen Verhandlung. Die Feststellungen zur Lebensdauer der Spender gründen auf den diesbezüglich in Einklang stehenden Angaben der Parteien. Davon ausgehend stellen sich auch die Angaben zur bestehenden Spender-Infrastruktur am Flughafen Wien-Schwechat als nachvollziehbar dar. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es - unstrittig - nicht nur zu einem bloßen Komponententausch bei den Spendern, sondern auch zu einem gänzlichen Austausch von Spendern gekommen ist. Zur festgestellten Vorgehensweise der Auftraggeberin im Vorfeld des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist anzumerken, dass die Genehmigung der Einleitung des Vergabeverfahrens unter Einbindung der Rechtsabteilung -Fachbereich Generalsekretariat erfolgte. Das Bundesverwaltungsgericht hegt keinen Zweifel daran, dass sich die Auftraggeberin grundsätzlich mit der Wahl der Verfahrensart auseinandergesetzt hat. Es erscheint insofern auch lebensnah, dass die Auftraggeberin - ausgehend von der Entscheidung, die Spender (noch) nicht zur Gänze neu zu beschaffen - mit der bisherigen Auftragnehmerin in Kontakt getreten ist. Im Übrigen erscheinen die von der Auftraggeberin vorgelegte Kostenaufstellung im Falle eines Spendertausches und die Darstellung des Montagezeitraums dem Grunde wie auch der Höhe bzw. des Umfangs nach plausibel.

II.3. Rechtliche Beurteilung:

Gemäß Art 135 Abs. 1 B-VG iVm § 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 292 Abs. 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Gegenständlich liegt somit Senatszuständigkeit vor.

3.1 Zu A)

3.1.1. Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts und Zulässigkeit des Antrages:

1. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Flughafen Wien AG. Sie übt als Betreiberin des Flughafens Wien-Schwechat eine Sektorentätigkeit gemäß § 172 BVergG aus und ist damit Sektorenauftraggeberin gemäß § 166 BVergG (siehe bereits BVA 01.07.2005, 16N-36/05-36; u.a. BVwG 05.06.2014, W138 2007599-1/15E). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich gemäß § 5 iVm § 174 BVergG um einen Lieferauftrag. Die konkrete Leistung, nämlich die Lieferung diverser Hygieneartikel für die sanitären Anlagen am Flughafen Wien, dient dem Funktionieren des Betriebes eines für den internationalen Luftverkehr bestimmten Flughafens. Der geschätzte Auftragswert liegt über dem relevanten Schwellenwert des § 180 Abs. 1 Z 1 BVergG. Es handelt sich demnach um ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich. Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich des Bundesvergabegesetzes.

Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Feststellungsverfahren gemäß § 312 Abs. 3 BVergG ergibt sich aus § 291 BVergG iVm Art 14b Abs. 2 Z 1 lit g B-VG (siehe wiederum BVA 01.07.2005, 16N-36/05-36; u. a. auch BVwG 06.04.2016, W114 2118489-3/29E).

2. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 332 Abs. 1 BVergG hat ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1, 2 oder 4 jedenfalls 1. die genaue Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens, 2. die genaue Bezeichnung des Auftraggebers und des Antragstellers einschließlich deren Faxnummer oder elektronischer Adresse, 3. soweit dies zumutbar ist, die genaue Bezeichnung des allfälligen Zuschlagsempfängers, 4. die Darstellung des maßgeblichen Sachverhaltes einschließlich des Interesses am Vertragsabschluss, 5. Angaben über den behaupteten drohenden oder eingetretenen Schaden für den Antragsteller, 6. die bestimmte Bezeichnung des Rechts, in dem sich der Antragsteller als verletzt erachtet, 7. die Gründe, auf die sich die Behauptung der Rechtswidrigkeit stützt, 8. ein bestimmtes Begehren und 9. die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde.

Gemäß § 332 Abs. 3 BVergG sind Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen.

3. Zur Antragslegitimation der Antragstellerin:

Die Auftraggeberin wie auch die mitbeteiligte Partei bringen vor, die Antragstellerin sei zum einen nicht befugt, die gegenständlichen Leistungen zu erbringen, da sie lediglich über eine Gewerbeberechtigung für das Handelsgewerbe, beschränkt auf den Großhandel, im Standort eingeschränkt auf die Ausübung des Bürobetriebes verfüge. Zum anderen sei sie nicht in der Lage bzw. nicht berechtigt, Nachfüllungen für die Seifen- und Papierrollenhandtuchspender der mitbeteiligten Partei bzw. der XXXX zu liefern. Es könne ihr sohin aus der vermeintlich rechtswidrigen Verfahrenswahl kein Schaden entstehen. Die Auftraggeberin macht überdies geltend, der Feststellungsantrag der Antragstellerin sei auch deshalb unzulässig, weil sich der Antrag

ausschließlich auf die Vergabe von Rollenhandtüchern und Flüssigseife beziehe und die Antragstellerin demnach kein Interesse am Vertragsabschluss im Hinblick auf die sonstigen ausgeschriebenen Hygieneartikel habe.

Der Verwaltungsgerichtshof hat sich bereits mehrfach mit dem Begriff des Schadens als Voraussetzung für die Antragslegitimation gemäß § 331 Abs. 1 BVergG 2006 befasst (u.a. VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065 mwN; VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032, 0034 mwN). Demnach liegt ein dem Antragsteller drohender Schaden bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist. Die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, kann durch eine behauptete Rechtswidrigkeit allerdings dann nicht beeinträchtigt werden, wenn der Antragsteller nicht in der Lage gewesen wäre, die auftragsgegenständliche Leistung vollständig (etwa in zeitlicher Hinsicht) oder sonst in ihrer Gesamtheit zu erbringen (VwGH 26.02.2014, 2011/04/0134; VwGH 26.02.2014, 2011/04/0168). Bestehen gewichtige Anhaltspunkte dafür, dass der Antragsteller die ausgeschriebene Leistung nicht erbringen bzw. dass er ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot nicht legen kann, ist es nicht hinreichend, die Plausibilität des Vorbringens zu Schaden und Interesse an der Auftragserteilung nur unter Verweis auf den Geschäftszweig zu prüfen und allein aus diesem Grund einen (drohenden) Schaden im Sinn des § 331 Abs. 1 BVergG 2006 zu bejahen (VwGH 17.06.2014, 2012/04/0032, 0034).

Weiters verweist der Verwaltungsgerichtshof auf das umfassende Gebot eines effektiven Rechtsschutzes, angesichts dessen auch die fehlerhafte Wahl eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung bekämpft werden können müsse, und zwar gerade auch von jenen Unternehmen, die nicht eingeladen wurden an dem betreffenden Vergabeverfahren teilzunehmen. Ein drohender Schaden kann in einer derartigen Konstellation in der Beeinträchtigung der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gelegen sein, sofern der Rechtsstandpunkt, die Auftraggeberin sei nicht berechtigt gewesen, ein Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung durchzuführen, zuträfe (VwGH 09.09.2015, 2013/04/0111).

Für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung ist nicht der Nachweis erforderlich, dass der Antragsteller zu dem - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat. Dies wäre schon deshalb überschießend, weil bei Durchführung eines (für den Fall, dass dem Feststellungsantrag Berechtigung zukommt: gebotenen) Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen (etwa im Bereich der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Geräte) erst herzustellen. Es ist daher in einem derartigen Fall keine Eignungsprüfung rückwirkend für den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses durchzuführen. Vielmehr ist eine Plausibilitätsprüfung vorzunehmen, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können (VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065).

Ein Interesse am Vertragsabschluss liegt nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs vor, wenn dargelegt wird, dass der Antragsteller ein Interesse daran hatte, ein Angebot zu legen (VwGH 23.05.2014, 2013/04/0025; VwGH 21.01.2014, 2011/04/0003).

Für den vorliegenden Fall bedeutet das Folgendes:

Die Auftraggeberin hat vorliegend unter Berufung auf § 195 Z 3 und Z 5 BVergG zur Vergabe der gegenständlichen Leistung ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem einzigen Unternehmen durchgeführt. Seitens der Antragstellerin wird bestritten, dass sich die Antragstellerin zu Recht auf dieses Ausnahmeverfahren stützen konnte. Sie bringt in diesem Zusammenhang insbesondere auch vor, dass der Auftraggeberin eine "sinnvolle Alternative" zur Verfügung gestanden wäre, nämlich die Installation "systemneutraler" Spender. Bei rechtskonformer Vorgangsweise wäre nach Ansicht der Antragstellerin die Aufrechterhaltung des bestehenden Spendersystems nicht möglich gewesen. Hätte die Auftraggeberin sohin ein rechtskonformes Vergabeverfahren durchgeführt, hätte die Antragstellerin die Chance der Teilnahme gehabt. Deren Verlust stelle bereits einen ersatzfähigen Schaden dar. Sie erachte sich u.a. in ihrem Recht auf Durchführung eines fairen, transparenten und den Regeln des lautereren Wettbewerbs entsprechenden Vergabeverfahrens und der Teilnahme an einem solchen Verfahren verletzt.

Im vorliegenden Fall ist sohin zu berücksichtigen, dass die Auftraggeberin der Definition des Auftragsgegenstandes und in der Folge der Wahl der Verfahrensart die Annahme zugrunde gelegt hat, die bereits am Flughafen Wien bestehenden Spender zulässigerweise weiterhin verwenden zu können. Demgegenüber macht die Antragstellerin gerade geltend, dass diese Annahme unzutreffend sei und insofern die Voraussetzungen für die Wahl eines Verhandlungsverfahrens ohne Aufruf zum Wettbewerb mit dem bisherigen

Auftragnehmer nicht vorgelegen seien. Die Beantwortung der Frage, ob die Auftraggeberin berechtigt war, sich bei der Lieferung der Verbrauchsmaterialien, der zugehörigen Spender und der sonstigen Hygienematerialien sowie der Wartung und Reparatur der Spender ausschließlich auf die mitbeteiligte Partei zu beschränken, ist in der vorliegenden Konstellation sohin eng mit der Beurteilung der Frage, ob eine fortgeführte Verwendung der bestehenden Spender zulässig war, verknüpft. Dabei handelt es sich aber nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts um keine im Rahmen der Beurteilung der Antragslegitimation zu klärende Frage, sondern es ist dies Sache des Feststellungsverfahrens (dazu siehe unten Punkt 3.1.2.). Das Vorbringen der Antragstellerin insoweit als zutreffend unterstellt, ist, wie nachfolgend gezeigt wird, folglich nicht ausgeschlossen, dass sich die Antragstellerin bei Bestimmung des Beschaffungsbedarfs im Sinne der von ihr vertretenen, einen gänzlichen Tausch der Spender umfassenden Alternative, an diesem neuen Vergabeverfahren beteiligen hätte können.

Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin grundsätzlich außerstande gewesen wäre, im Falle der ihrerseits in den Raum gestellten Alternative, nämlich des gänzlichen Austausches der vorhandenen Spender, die Lieferung der verfahrensgegenständlichen Spender sowie die Lieferung der betreffenden Verbrauchsmaterialien vorzunehmen, sind nicht zutage getreten. Wenngleich der Verwaltungsgerichtshof die alleinige Berufung auf den Geschäftszweig nicht als ausreichend für ein plausibles Darlegen eines Schadens angesehen hat, so ist vorliegend über einen Verweis auf das Tätigkeitsfeld der Antragstellerin hinaus auch darauf hinzuweisen, dass sich die Antragstellerin bereits an dem vorangehenden Vergabeverfahren betreffend die Lieferung diverser Hygienematerialien an die Flughafen Wien AG beteiligt hat, in welchem die grundsätzliche Eignung der Antragstellerin nicht in Frage gestellt wurde. Wenn die Auftraggeberin und die mitbeteiligte Partei einwenden, die Antragstellerin wäre angesichts ihrer auf den Großhandel einerseits und im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebs andererseits eingeschränkten Gewerbeberechtigung zur Leistungserbringung nicht befugt, ist Folgendes festzuhalten:

Bei der Ausübung des Handelsgewerbes ist zwischen Kleinhandel und Großhandel zu differenzieren. Die Antragstellerin verweist hierzu auf den Bericht des Handelsausschusses, 941 BgStProt XIII. GP, zum damaligen § 34 GewO (Rechte der Händler), wonach unter Großhandel allgemein jene Handelstätigkeit verstanden wird, bei der Waren vornehmlich nicht an Verbraucher, sondern an Wiederverkäufer, Erzeuger, Verarbeiter usw. abgesetzt werden. Den Literaturstimmen ist zu entnehmen, dass unter Kleinhandel der Verkauf von Waren an Letztverbraucher und unter Großhandel jener an Wiederverkäufer verstanden wird (Grabler/Stolzlechner/Wendl, Kommentar zur GewO 19943, § 154 Rz 4). Thomas Riesz führt dazu weiter aus, dass unter Letztverbrauchern jene natürlichen und juristischen Personen bzw. Unternehmen zu verstehen sind, die die Ware weder weiter veräußern noch sonst gewerblich verwenden, sodass auch juristische Personen oder Unternehmen als Letztverbraucher zu qualifizieren sind, wenn das konkrete Geschäft nicht den Unternehmensgegenstand des jeweiligen Unternehmens bildet bzw. zum Betrieb gehört. Demgegenüber erfasst Großhandel den Absatz an Wiederverkäufer, Weiterverarbeiter, gewerbliche Verwender (Gaststätten u.a.) oder sonstige Institutionen (Vereine u.a.), sofern es sich abgrenzungstechnisch dabei nicht um Letztverbraucher handelt (Ennöckl/Raschauer/Wessely, Kommentar zur GewO 19941, § 154 Rz 4). Auch von der Rechtsprechung wird zum einen der Handel, bei dem der Absatz der Ware nicht an den Konsumenten, sondern an den Wiederverkäufer erfolgt, als Großhandel und demgegenüber der Verkauf an nicht unternehmerisch tätige Letztverbraucher als Kleinverkauf (auch Einzelhandel) verstanden (OGH 27.07.2017, 4Ob53/17y).

Da der Erwerb der gegenständlichen Hygienematerialien für den Flughafen Wien zentral für das Funktionieren des Flughafenbetriebes erforderlich ist und damit das konkrete Geschäft zum Betrieb des Flughafens gehört, ist die Auftraggeberin vorliegend nicht als nicht unternehmerisch tätiger Letztverbraucher anzusehen. Die Befugnis der Antragstellerin ist sohin auf Grundlage ihrer Gewerbeberechtigung, nämlich des Handelsgewerbes eingeschränkt auf den Großhandel, als gegeben anzusehen.

Die Zugrundelegung dieser Begriffsdefinition, wovon das Bundesverwaltungsgericht ausgeht, bedeutet auch, dass die Antragstellerin, gemäß § 32 Abs. 1 Z 6 iVm Abs. 2 GewO berechtigt ist, die von ihr vertriebenen Waren (Spender) bei der Auftraggeberin zu warten und zu reparieren.

Schließlich vermag auch die im Standort auf die Ausübung des Bürobetriebes eingeschränkte Gewerbeberechtigung nicht dazu zu führen, dass der Antragstellerin im gegenständlichen Fall keine Befugnis zukäme. Das Gewerbe ist für den Standort, für den es angemeldet wurde, zwar auf die Ausübung des Bürobetriebes eingeschränkt. Dies hindert die Antragstellerin aber nicht an der Gewerbeausübung, zumal etwa der Rückgriff auf ein - bloß der Aufbewahrung dienendes - Lager keiner weiteren anzeigepflichtigen Betriebsstätte bedarf (Hanusch, Kommentar zur Gewerbeordnung, § 46 Rz 10, 14. Lfg).

Soweit die Auftraggeberin von der Antragstellerin mangelndem Interesse am Vertragsabschluss (im Hinblick auf sämtliche konkret zur Vergabe gelangten Leistungen) ausgeht, ist festzuhalten, dass die Antragstellerin vorerst bei Antragstellung keine genaue Kenntnis über die tatsächlich zur Vergabe gelangten Leistungen hatte bzw.

haben konnte (siehe unten Punkt 4. zur Antragsfrist). Wie die Antragstellerin zu Recht ausführt, musste der Auftragsgegenstand nicht zwangsläufig mit jenem des Vergabeverfahrens aus dem Jahr 2008 übereinstimmen und tut er dies auch tatsächlich nicht. Die auf Rollenhandtücher und Flüssigseife eingeschränkte Bezeichnung des Vergabeverfahrens im Feststellungsantrag der Antragstellerin dient insofern allein der Identifikation des als rechtswidrig erachteten Vergabeverfahrens, dessen Auftragsgegenstand der Antragstellerin zu diesem Zeitpunkt allerdings nicht vollumfänglich bekannt war. Und tatsächlich war der Auftraggeberin angesichts der Bezeichnung durch die Antragstellerin offenbar klar, um welches Vergabeverfahren es sich handelt (Möslinger-Gehmayer in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, § 332 Rz 30, 1. Lfg). In weiterer Folge führte die Antragstellerin aus, sie habe auch Toilettensitzreiniger und Duftspender im Sortiment und hätte diese bei Durchführung eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens auch liefern können. Das Bundesverwaltungsgericht vermag insofern nicht zu erkennen, dass die Antragstellerin, deren Geschäftszweig unbestritten den Handel mit nicht nur auf Rollenhandtücher und Seife beschränkten Hygienematerialien darstellt, lediglich an einem auf die Lieferung mit Rollenhandtüchern und Seife eingeschränkten Vertragsabschluss mit der Auftraggeberin interessiert gewesen wäre.

Abschließend ist sohin festzuhalten, dass das Vorliegen eines der Antragstellerin drohenden und im Verlust der Teilnahmemöglichkeit an einem Vergabeverfahren liegenden Schadens als plausibel angesehen und das Interesse der Antragstellerin am Abschluss des Vertrages als gegeben erachtet wird.

4. Zur Antragsfrist:

Im Hinblick auf die in § 332 Abs. 3 BVergG vorgesehene sechsmonatige Ausschlussfrist als Schranke für die Einbringung eines der dort aufgezählten Feststellungsanträge hat der Verwaltungsgerichtshof bereits mehrfach festgehalten, dass in Folge des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union vom 26.11.2015 in der Rechtssache C-166/14, MedEval, diese Antragsfrist als verdrängt anzusehen ist. Die belangte Behörde hätte daher den zugrundeliegenden Feststellungsantrag infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen (zuletzt: VwGH 07.11.2017, Ra 2017/04/0049 [betreffend die Ausschlussfrist gemäß § 36 Abs. 2 WVRG 2014]; VwGH 18.05.2016, 2016/04/0001; VwGH 16.03.2016, 2015/04/0004). Den Erläuternden Bemerkungen zur Regierungsvorlage für ein Bundesvergabegesetz 2018 ist diesbezüglich zu entnehmen, dass der Verwaltungsgerichtshof aufgrund des Anwendungsvorranges des Unionsrechtes die Bestimmung des § 332 Abs. 3 BVergG um die absolute sechsmonatige Ausschlussfrist reduziert hat, sodass Feststellungsanträge ab diesem Zeitpunkt unbefristet eingebracht werden konnten (EBRV 69 BlgNR XXVI. GP, 206).

Für den vorliegenden Fall bedeutet das, dass bereits aus diesem Grund eine Zurückweisung des gegenständlichen Feststellungsantrages wegen Fristversäumung nicht in Betracht kommt.

Abgesehen davon geht das Bundesverwaltungsgericht entgegen der Auffassung der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei allerdings auch nicht davon aus, dass die Antragstellerin bereits im Jahr 2014 von der gegenständlichen Auftragsvergabe betreffend die Lieferung von Schaumseife, Handtuchrollen, Lufterfrischern und Toilettensitzreinigern sowie die Bereitstellung von Spendern Kenntnis hatte bzw. zumindest Kenntnis haben hätte können. Allein aufgrund einer Beteiligung in einem vorangegangenen Vergabeverfahren, dessen Auftragsgegenstand im Übrigen mit dem nunmehr durchgeführten Verfahren zwar weitgehend aber nicht zur Gänze übereinstimmt, ist nicht anzunehmen, dass die Antragstellerin auch ausreichend Kenntnis von den Rahmenbedingungen der verfahrensgegenständlichen Auftragsvergabe haben konnte, um die - ihres Erachtens - vorliegende Rechtswidrigkeit der neuerlichen Zuschlagserteilung erkennen und geltend machen zu können. In Fällen, in denen es an einer ausdrücklichen Bekanntmachung fehlt, birgt die absolute Sechsmontatsfrist nämlich die Gefahr, dass eine geschädigte Person nicht die für eine etwaige Klage notwendigen Informationen sammeln kann (siehe EuGH 26.11.2015, C-166/14, MedEval, Rn 43 und 46). Die Antragstellerin wäre insofern aber auch nicht angehalten gewesen, bei der Auftraggeberin aktiv und laufend nachzufragen, ob, wie und wann eine erneute Beschaffung erfolgen wird bzw. bereits erfolgt ist oder in den Räumlichkeiten am Flughafen Wien persönlich Nachschau zu halten. Dies überspannt nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts die Anforderung an einen Unternehmer, Kenntnis über einen Vergaberechtsverstoß erlangen zu können.

3.1.2. Inhaltliche Beurteilung:

1. In der vorliegenden Konstellation beruft sich die Auftraggeberin bei ihrer Entscheidung zur Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb mit einem einzigen Unternehmer auf das Vorliegen der Voraussetzungen für die Heranziehung der Ausnahmetatbestände gemäß § 195 Z 3 bzw. Z 5 BVergG und führt dafür im Wesentlichen ins Treffen, dass die Befüllung der verfahrensgegenständlichen Spender durch andere Unternehmer als die mitbeteiligte Partei aufgrund des Vorliegens von ausschließlichen Rechten nicht in Frage komme, dass andere Nachfüllpackungen mit den Spendern nicht kompatibel wären sowie dass es bei einem Wechsel des bisherigen Lieferanten und einem Wechsel des bestehenden Spendersystems zu

völlig unverhältnismäßigen technischen Schwierigkeiten und ebenso völlig unwirtschaftlichen Aufwänden käme. Die Antragstellerin bestreitet das Vorhandensein der Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb. Bei rechtskonformer Vorgangsweise wäre die Aufrechterhaltung des bestehenden Spendersystems nicht möglich gewesen.

2. Rechtsgrundlagen:

Gemäß § 5 BVergG sind Lieferaufträge entgeltliche Aufträge, deren Vertragsgegenstand der Kauf, das Leasing, die Miete, die Pacht oder der Ratenkauf, mit oder ohne Kaufoption, von Waren, einschließlich von Nebenarbeiten wie dem Verlegen und der Installation, ist.

Gemäß § 187 Abs. 1 BVergG sind Vergabeverfahren nach einem in diesem Bundesgesetz vorgesehenen Verfahren, unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes entsprechend den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbes und der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter durchzuführen. Die Vergabe hat an befugte, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmer zu angemessenen Preisen zu erfolgen.

Gemäß § 246 Abs. 1 BVergG sind die Leistungen bei einer konstruktiven Leistungsbeschreibung so eindeutig, vollständig und neutral zu beschreiben, dass die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Eine konstruktive Leistungsbeschreibung hat technische Spezifikationen zu enthalten und ist erforderlichenfalls durch Pläne, Zeichnungen, Modelle, Proben, Muster und dergleichen zu ergänzen. Gemäß § 246 Abs. 2 erster Satz BVergG haben bei einer funktionalen Leistungsbeschreibung die technischen Spezifikationen gemäß § 247 das Leistungsziel so hinreichend genau und neutral zu beschreiben, dass alle für die Erstellung des Angebotes maßgebenden Bedingungen und Umstände erkennbar sind. Gemäß § 246 Abs. 3 BVergG dürfen die Leistung und die Aufgabenstellung nicht so umschrieben werden, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen.

Gemäß § 247 Abs. 9 BVergG darf in technischen Spezifikationen, soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmer oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann. Solche Verweise sind ausnahmslos mit dem Zusatz "oder gleichwertig" zu versehen.

Gemäß § 195 Z 3 BVergG können Sektorenauftraggeber auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb zurückgreifen, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder auf Grund des Schutzes von ausschließlichen Rechten nur von einem bestimmten Unternehmer durchgeführt werden kann. Gemäß § 195 Z 5 BVergG können Sektorenauftraggeber auf ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb im Falle von Lieferaufträgen bei zusätzlichen, vom ursprünglichen Lieferanten durchzuführenden Lieferungen, die entweder zur teilweisen Erneuerung gängiger Lieferungen oder Einrichtungen oder zur Erweiterung von Lieferungen oder bestehenden Einrichtungen bestimmt sind, wenn ein Wechsel des Lieferanten den Sektorenauftraggeber zum Kauf von Material unterschiedlicher technischer Merkmale zwingen würde und dies eine technische Unvereinbarkeit oder unverhältnismäßige technische Schwierigkeiten bei Gebrauch oder Wartung mit sich bringen würde, zurückgreifen.

3. Grundsätzlich obliegt die Entscheidung, welche Leistungen der Auftraggeber seinen Bedürfnissen und Vorstellungen entsprechend zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben braucht und welche Leistung oder Menge dafür nach den Grundsätzen der Zweckmäßigkeit und Sparsamkeit am besten geeignet ist, unter Berücksichtigung der Grundsätze des Vergabeverfahrens gemäß § 19 Abs. 1 BVergG bzw. § 187 Abs. 1 BVergG ausschließlich dem Auftraggeber; er trägt die politische Verantwortung gegenüber der Allgemeinheit für die Erfüllung seiner Aufgaben und damit für das Funktionieren der zu diesem Zweck beschafften Leistungen (u.a. BVA 03.01.2011, BVA/0075-BVA/14/2010-56 mwN; BVA 15.09.2009, N/0081-BVA/10/2009-60; BVA 20.09.2006, N/0068-BVA/03/2006-20).

Wesentlich ist allerdings im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben sind bzw. nicht so umschrieben sind, dass bestimmte Bieter von vornherein Wettbewerbsvorteile genießen (siehe u.a. VwGH 01.01.2017, Ro 2016/04/0054 mwN). Heid/Kurz weisen darauf hin, dass das Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung den Auftraggeber allerdings nicht daran hindere, seiner Ausschreibung ein bestimmtes System zu Grunde zu legen (Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht⁴, Rz 1187). Öhler hält

insofern fest, dass der Auftraggeber Herr des Verfahrens sei und als solcher obliege ihm auch, was er im Rahmen eines Verfahrens beschaffen will. Erfolge die Leistungsbeschreibung hingegen so, dass kein echter Wettbewerb mehr gewährleistet ist, so bedürfe die Leistungsbeschreibung einer besonderen sachlichen Begründung (Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung in Schramm/Aicher [Hrsg], Vergaberecht und PPP [2004], 18, 23). Als rechtfertigende Gründe nennt Öhler beispielsweise unvermeidbare unverhältnismäßige Nachteile bei der Wartung sowie uneinschätzbare oder hohe Kompatibilitätsrisiken. Der Gesetzgeber bezeichnet etwa die Wahrung der technischen Einheit bei der Erweiterung oder Instandhaltung von Systemen als eine produktspezifische Leistungsbeschreibung (§ 96 Abs. 8 BVergG bzw. vorliegend § 247 Abs. 9 BVergG) rechtfertigende besondere Umstände (EBRV BlgNR 1171 XXII. GP, 75; vgl. ebenso EBRV BlgNR 69 XXVI. GP, 133). Diesem Rechtfertigungsgrund steht die Literatur allerdings kritisch gegenüber, weil auch mit einem bestehenden System kompatible Lösungen bzw. allenfalls auch eine Ablöse eines bestehenden Systems angeboten werden könnte (Heid/Kurz in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht4, Rz 1197).

Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union ist die Gewährleistung des freien Dienstleistungsverkehrs und die Öffnung für einen unverfälschten Wettbewerb in allen Mitgliedstaaten das Hauptziel der Gemeinschaftsvorschriften über das öffentliche Auftragswesen (VwGH 08.10.2010 2007/04/0188 u.a. unter Verweis auf EuGH 11.01.2005, C-26/2003, Stadt Halle). Jede Ausnahme von den Vorschriften, die die Wirksamkeit der im Gemeinschaftsrecht anerkannten Rechte im Bereich des öffentlichen Auftragswesens gewährleisten sollen, sind nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union eng auszulegen (u.a. EuGH 15.10.2009, C-275/08, Kommission/Deutschland, Rn 55 mwN). Soweit es durch die Bestimmung des Leistungsgegenstandes sohin zu einer Wettbewerbsbeschränkung kommt, ist dessen sachliche Rechtfertigung streng zu prüfen (siehe wiederum VwGH 08.10.2010, 2007/04/0188).

Zum Verhandlungsverfahren im Besonderen ist festzuhalten, dass diesem Verfahren nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union Ausnahmecharakter zukommt. Die Ausnahmetatbestände sind ausdrücklich und abschließend normiert. Insofern ist eine Erweiterung des Ausnahmekatalogs durch den nationalen Gesetzgeber nicht zulässig. Die Beweislast dafür, dass die eine Ausnahme rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände vorliegen, trägt derjenige, der sich darauf berufen will (wiederum EuGH 15.10.2009, C-275/08, Kommission/Deutschland, Rn 56 mwN; siehe auch VwGH 21.01.2014, 2011/04/0003; Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch4, Rz 874). Dies hat der Auftraggeber zu berücksichtigen, wenn die Durchführung eines Verfahrens ohne vorherige Bekanntmachung erwogen wird (VwGH 09.09.2015, Ro 2015/04/0013). Die bloße Behauptung, dass eine Gesamtheit von Arbeiten komplex und schwierig sei, genügt beispielsweise nicht für den Beweis dafür, dass sie nur ein und demselben Unternehmen anvertraut werden könnte (EuGH 14.09.2004, C-385/02, Kommission/Italien, Rn 21). Im Vorfeld der Verfahrenswahl hat der Auftraggeber, jeweils "ernsthafte Nachforschungen auf europäischer Ebene" anzustellen, ob ein anderer Unternehmer zu einer entsprechenden Leistungserbringung in der Lage ist (wiederum Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch4, Rz 875 mit Verweis auf EuGH 15.10.2009, C-275/08, Kommission/Deutschland). Der Auftraggeber hat das Vorliegen der Umstände, die die Inanspruchnahme rechtfertigen, darzulegen (siehe auch EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 45). Dies ändert aber nichts daran, dass demjenigen, dem die Beweislast obliegt (im vorliegenden Fall der Auftraggeberin), im Vergabekontrollverfahren die Gelegenheit gegeben werden muss, den ihm obliegenden Beweis zu erbringen. Die Vergabekontrolle ist demnach nicht darauf beschränkt, zu prüfen, ob der Nachweis der Zulässigkeit der Heranziehung des Ausnahmetatbestands bereits in den Vergabeunterlagen erbracht worden ist (wiederum VwGH 21.01.2014, 2011/04/0003). Allerdings hat die für das Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle im Rahmen ihrer Kontrolle zu würdigen, ob der öffentliche Auftraggeber, als er die Entscheidung gefällt hat, einen Auftrag unter Durchführung des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung zu vergeben, sorgfältig gehandelt hat und ob er der Ansicht sein durfte, dass die für das gewählte Verhandlungsverfahren aufgestellten Voraussetzungen tatsächlich erfüllt waren (EuGH 11.09.2014, C-19/13, Fastweb II).

Die Inanspruchnahme des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung, wenn aus technischen Gründen ein Wettbewerb nicht vorhanden ist, erfordert, dass zwei kumulative Voraussetzungen erfüllt sind: zum einen müssen die Leistungen, die Gegenstand des Auftrags sind, eine technische Besonderheit aufweisen, und zum anderen muss es auf Grund dieser technischen Besonderheit unbedingt erforderlich sein, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen zu vergeben, d.h. nur dieses Unternehmen ist in der Lage diese Leistungen zu erbringen (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 46; vgl. ebenso EBRV BlgNR 69 XXVI. GP, 68). Zu diesen Gründen könnte entsprechend Erwägungsgrund 61 der Richtlinie 2014/25/EU beispielsweise gehören, dass es für einen anderen Wirtschaftsteilnehmer technisch nahezu unmöglich ist, die geforderte Leistung zu erbringen, oder dass es nötig ist, spezielles Wissen, spezielle Werkzeuge oder Hilfsmittel zu verwenden, die nur einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer zur Verfügung stehen. Technische Gründe können demnach auch zurückzuführen sein auf konkrete Anforderungen an die Interoperabilität, die erfüllt sein müssen, um das Funktionieren der zu beschaffenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen zu gewährleisten.

Während die Berücksichtigung von technischen (oder künstlerischen) Besonderheiten auf die tatsächlichen Verhältnisse von Mitbieter abstellt, geht es beim Schutz eines Ausschließlichkeitsrechtes um die rechtlichen Möglichkeiten von potentiellen Mitbieter (Schramm/Öhler in Schramm/Aicher/Fruhmam, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, §§ 28-30, 43, 1. Lfg). Bei den Ausschließlichkeitsrechten ist vor allem an Patent-Urheber-, Marken- und Musterschutzrechte zu denken. Es handelt sich somit um absolute, d.h. gegen jedermann wirkende Rechte (Fink/Heid in Heid/Preslmayr, Handbuch⁴, Rz 875). Nach den Erläuternden Bemerkungen zum mit § 195 Z 3 BVergG vergleichbaren § 29 Abs. 2 Z 2 BVergG sind unter den Tatbestand "Schutz eines Ausschließlichkeitsrechts" auch jene Fälle zu subsumieren, in denen ein bestimmter Unternehmer das ausschließliche Verfügungs- oder Nutzungsrecht besitzt. In der Rechtssache C-328/92, Kommission/Spanien, hat der Gerichtshof der Europäischen Union des Weiteren betont, dass es nicht genügt, dass die in Rede stehenden Produkte (Arzneimittel und Arzneispezialitäten) durch Ausschließlichkeitsrechte geschützt sind. Es ist auch erforderlich, dass sie nur von einem bestimmten Unternehmer hergestellt oder geliefert werden können. Diese Voraussetzungen liegen nach dem Gerichtshof der Europäischen Union nur bei denjenigen Arzneimitteln und Arzneispezialitäten vor, für die es auf dem Markt keinen Wettbewerb gibt. Diese Ausnahmebestimmung kann auch nicht in Anspruch genommen werden, wenn Dritte über Lizenzen zur Nutzung dieses ausschließlichen Rechts verfügen oder in angemessener Weise erlangen können (EBRV 1171 BlgNR XXII. GP, 46; vgl ebenso EBRV 69 BlgNR XXVI. GP, 68). Das Vorliegen des Ausschließlichkeitsrechts muss es demnach unbedingt erforderlich machen, den Auftrag an ein bestimmtes Unternehmen und nur an dieses zu vergeben (VfGH 05.12.2008, G113/08).

Öhler weist zu den hier in Rede stehenden, restriktiv auszulegenden Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit einem einzigen Unternehmer überdies darauf hin, dass deren Vorliegen wesentlich von der Definition der Leistungsbeschreibung abhängt. Angesichts des zu wahren Grundsatzes des freien Wettbewerbs sei auch hier nach einer Alternative bis hin zur Ablöse eines bestehenden Systems und Lieferung durch einen gänzlich neuen Systemlieferanten zu fragen (Öhler, Zum Gebot der neutralen Leistungsbeschreibung in Schramm/Aicher [Hrsg], Vergaberecht und PPP [2004], 31). Die Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung muss insofern ultima ratio sein (LVwG OÖ 05.07.2016, LVwG-840105/13/KLi/BHu/ICH, LVwG-840108/6/KLi/BH/IH).

In Erwägungsgrund 61 der Richtlinie 2014/25/EU, welche mit dem Bundesvergabegesetz 2018 umgesetzt werden soll (siehe EBRV 69 BlgNR XXVI. GP), wird betont, dass angesichts der negativen Auswirkungen auf den Wettbewerb Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb nur unter sehr außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen sollten. Nur Situationen einer objektiven Ausschließlichkeit können den Rückgriff auf das Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb rechtfertigen, sofern die Ausschließlichkeitssituation nicht durch den Auftraggeber selbst mit Blick auf das anstehende Vergabeverfahren herbeigeführt wurde.

Ein Rückgriff auf ein Verhandlungsverfahren ohne Vergabebekanntmachung scheidet sohin, auch bereits nach der bisherigen Rechtsprechung, etwa dann aus, wenn der Auftraggeber - ohne Durchführung eines bekanntgemachten (transparenten) Verfahrens - eine Vorselektion durchführt und damit die "Exklusivität", auf die er sich bei der Wahl des Verhandlungsverfahrens beruft, erst selbst geschaffen hat (BVA 29.12.2011, F/0012-BVA/13/2011-18).

Für den vorliegenden Fall bedeutet das Folgendes:

Der Auftraggeberin ist eingangs dahingehend Recht zu geben, dass ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich - allerdings im Rahmen der durch das Vergaberecht gesetzten Grenzen - frei ist, seinen Bedarf zu definieren; kommt es daher hierdurch zu einer Einengung des Bieterkreises - etwa durch Festlegung auf ein bestimmtes System - bedarf es einer besonderen sachlichen Rechtfertigung. Die Bestimmung des Auftragsgegenstandes muss sach- und auftragsbezogen sowie willkürfrei erfolgt sein. Dabei ist zu beachten, dass eine Leistungsbestimmung, die zu einem völligen Wettbewerbsausschluss führt, größerer Darlegungs- und Rechtfertigungstiefe bedarf als eine solche, die unter Aufrechterhaltung des Vergabewettbewerbs im Ergebnis "nur" zu einer hersteller- oder produktspezifischen Leistungsbeschreibung führt.

Im vorliegenden Fall ist nun von Folgendem auszugehen: Aufgrund des im Jahr 2008 durchgeführten Vergabeverfahrens (betreffend die Lieferung von Hygieneverbrauchsmaterial aus Papier und Zellstoff wie Toilettenpapier, Rollenhandtücher, Falthandtücher, Putzpapierrollen, Zellstofftücher und von Flüssigseife und Duftpatronen sowie die Ausstattung mit dazugehörigen Spendern [Rollenhandtuchspender, Seifenspenden und Duftspender] und Hygienebehältern) befanden sich nach Ablauf der Vertragsdauer des im Jahr 2009 zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei abgeschlossenen Vertrages im Juni 2014 die genannten Spender in den sanitären Anlagen am Flughafen Wien-Schwechat. Es war daher ausgehend von dieser Sachlage vorerst eine Entscheidung darüber zu treffen, ob das bestehende "Spendersystem" beibehalten werden konnte oder aber ob eine gänzliche Neuanschaffung erforderlich war.

Die Auftraggeberin entschied sich dafür, keinen Austausch der bestehenden Infrastruktur vorzunehmen, um den Betrieb der sanitären Einrichtungen aufrechtzuerhalten. Da diese Entscheidung allerdings, wie zu zeigen sein wird, zur Folge hat, dass die mitbeteiligte Partei das einzige Unternehmen ist, welches diesen Auftrag durchführen kann, stellt sich die Frage, ob für die Bestimmung des Leistungsgegenstandes im Sinne einer fortgesetzten Verwendung der bereits vorhandenen Infrastruktur, deren Störungsbehebung und einer Belieferung mit den damit kompatiblen Hygieneverbrauchsmaterialien zum maßgeblichen Zeitpunkt hinreichende sachliche und auftragsbezogene Gründe vorgelegen sind.

Sowohl die Auftraggeberin als auch die Antragstellerin verweisen übereinstimmend darauf, dass die hier ausschreibungsgegenständlichen Spender im Allgemeinen eine Produktlebensdauer bis zu 15 Jahren hätten. Die mitbeteiligte Partei hält hierzu fest, dass die Lebensdauer zwar auch abhängig von der Besucherfrequenz sei, eine Reparatur des Spenders bzw. der Tausch einzelner Spenderkomponenten aber einem Austausch des gesamten Spenders, welcher nur in Ausnahmefällen stattfinden würde, vorgehe. Weiters führt nach den Angaben der Auftraggeberin nicht bereits eine bloße Abnutzung eines Spenders zu dessen Austausch. Angesichts der prognostizierten Lebensdauer der Spender kann daher festgehalten werden, dass im Jahr 2014 eine komplette oder auch nur über den Einzelfall hinausgehende umfangreiche Erneuerung der bei der Auftraggeberin montierten Spender unter dem Gesichtspunkt des Vorhandenseins einer zwar nicht neuen, aber in der Sache dennoch intakten Infrastruktur (noch) nicht erforderlich war. Aus diesem Grund durfte die Auftraggeberin zum maßgeblichen Zeitpunkt im Jahr 2014 ihrer Entscheidung zugrunde legen, dass grundsätzlich, abgesehen von einer partiellen Erneuerung der Spender im Fall einer Störung bzw. eines Defekts, eine Deckung ihres Beschaffungsbedarfs weiterhin - für die von ihr beabsichtigte Vertragslaufzeit von maximal vier Jahren - durch überwiegende Verwendung der vorhandenen Spender gewährleistet werden kann. Dass sich diese Annahme auch als richtig herausstellen sollte, wird dadurch bestätigt wird, dass im Dezember 2017 noch immer ein überwiegender Teil der auf der Grundlage der Ausschreibung 2008 montierten Spender in Verwendung stand.

Soweit die Auftraggeberin - im Rahmen ihrer Argumentation für das Vorliegen einer technischen Besonderheit iSd § 195 Z 3 BVerfG oder das Vorliegen unverhältnismäßiger technischer Schwierigkeiten bei Gebrauch oder Wartung iSd § 195 Z 5 BVerfG - auf den mit einem gänzlichen Austausch einhergehenden administrativen, technischen, wirtschaftlichen und zeitlichen Aufwand verweist, so stellen sich diese Erwägungen als objektiv nachvollziehbar und sachbezogen dar. Dabei handelt es sich insbesondere zum einen um die von der Auftraggeberin dargestellten Kosten, welche die Demontage der alten und die Montage der neuen Spender unmittelbar wie auch mittelbar (etwa infolge der Beschädigung Fliesen oder Glasflächen) verursachen würden, und zum anderen um den für die Koordinierung dieser Umstellung insgesamt einhergehenden administrativen Aufwand. Darüber hinaus sind zutreffend auch jene wirtschaftlichen Überlegungen, wonach erhebliche Investitionen in die bestehende Infrastruktur (durch Montage der gegenständlichen Spender und deren laufende Wartung) getätigt wurden und diese Investitionen durch einen kompletten Austausch der Spender und damit eine Beendigung der Verwendung intakter Spender vor Ablauf der Lebensdauer wertmäßig vernichtet wären, zu berücksichtigen.

Es sind aber keinesfalls allein Wirtschaftlichkeitsüberlegungen, die ein Beibehalten der vorhandenen Spender rechtfertigen können, sondern es ist in diesem Zusammenhang auch dem Argument, wonach eine funktionierende Ausstattung nicht frühzeitig demontiert und schlimmstenfalls, da kein relevanter Markt für gebrauchte Spender bestehen würde, vernichtet werden soll, im Sinne einer umweltbewussten, nachhaltigen Beschaffung Rechnung zu tragen. Darüber hinaus vermögen auch die Überlegungen, eine ununterbrochene Funktionsfähigkeit der Spender bzw. der sanitären Einrichtungen zu gewährleisten und eine erhebliche Beeinträchtigung des laufenden Flughafenbetriebs so lange wie möglich zu vermeiden, zu überzeugen; wengleich dieses Argument auch nur mit Blick auf die in der Lebensdauer der Spender liegende zeitliche Komponente von Relevanz sein kann. Dies gilt auch für die angesichts der hohen Sicherheitsanforderungen auf einem internationalen Flughafen grundsätzlich nachvollziehbare Erwägung, dass der Kreis jener Personen, welchen der Zugang zum Sicherheitsbereich und insbesondere zur Airside gestattet wird, aus Sicherheitsgründen klein zu halten ist, und, solange dies vermeidbar ist, Erweiterungen der zum Zutritt legitimierten Personen daher restriktiv gehandhabt werden. Zuletzt sind auch jene Überlegungen, dass ein einheitliches Erscheinungsbild zu gewährleisten wäre, nicht gänzlich von der Hand zu weisen, wengleich diese Begründung allein jedenfalls nicht tragfähig wäre.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die von der Auftraggeberin gegen einen kompletten Austausch der "alten" gegen neue Spender dargelegten Gründe nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts hinreichende sachliche und auftragsbezogene Überlegungen darstellen.

Ausgehend davon, dass die Auftraggeberin der Bestimmung des konkreten Auftragsgegenstands die Notwendigkeit einer Neuanschaffung der Spender nicht zugrunde legen musste, führt die Ausübung des so definierten Leistungsbestimmungsrechts allerdings auch dazu, dass derzeit allein die mitbeteiligte Partei

berechtigt ist, die gegenständlichen Leistungen zu erbringen. Wie nachstehend gezeigt wird, erblickt das Bundesverwaltungsgericht darin unter Berücksichtigung der insofern geforderten restriktiven Handhabung der Ausnahmebestimmungen für ein Verhandlungsverfahren ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb keine Rechtswidrigkeit im Vorgehen der Auftraggeberin.

Die mitbeteiligte Partei war und ist Eigentümerin der in den Räumlichkeiten der Auftraggeberin am Flughafen Wien-Schwechat montierten Seifen- und Duftspender. Die Vorlieferantin der mitbeteiligten Partei, die XXXX, war und ist Eigentümerin der am Flughafen Wien-Schwechat montierten Rollenhandtuchspender.

Das Eigentumsrecht ist das zentrale Sachenrecht. Als absolutes Recht ist es von anderen zu respektieren und darf gegen jedermann, insbesondere mit Herausgabe-, Unterlassungs- und Beseitigungsansprüchen verteidigt und durchgesetzt werden. Die Auftraggeberin hat damit keine rechtliche Möglichkeit, Dritten gegen den Willen der oben genannten Eigentümerinnen die betreffenden Spender "zugänglich" zu machen. Insofern sind der Auftraggeberin in der konkreten Konstellation aufgrund des ihrerseits zu beachtenden Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten die Disposition über die Spender, deren Verwendung und Wartung, einschließlich der Reparatur im Fall eines Störfalls bis hin zum Austausch von Spendern, sowie die Bestimmung des für die Lieferung der betreffenden Verbrauchsmaterialien zuständigen Unternehmers entzogen. Andernfalls würde die Auftraggeberin nicht nur unberechtigterweise in das Eigentumsrecht eingreifen, sondern auch - wie von der Auftraggeberin plausibel dargelegt wurde - Gefahr laufen, dass ein kontinuierliches und reibungsloses Funktionieren der Spender nicht mehr gewährleistet wäre, da eine von im Einzelfall zu klärenden Haftungsfragen unabhängige Störungsbehebung im Sinn einer Reparatur bzw. eines Austausches eines Spenders bzw. von Spenderkomponenten nicht bzw. nicht mehr unter den bisherigen, auch wirtschaftlich günstigen Bedingungen zu erwarten wäre.

Entsprechend den im Vorfeld des hier gegenständlichen Vergabeverfahrens durchgeführten Erkundigungen der Auftraggeberin zu den Möglichkeiten der Leistungserbringung konnte die Auftraggeberin davon ausgehen, dass die XXXX erneut die mitbeteiligten Partei exklusiv mit der Lieferung der Verbrauchsmaterialien und der Rollenhandtuchspender und mit deren Wartung, Austausch und Montage betrauen würde. Folge dessen war die mitbeteiligte Partei als Eigentümerin der Seifen- und Duftspender und als von der Eigentümerin der Rollenhandtuchspender exklusiv vorgesehene Vertragspartnerin die einzige Unternehmerin die den gegenständlichen Auftrag, so wie die Auftraggeberin ihn nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts zu definieren berechtigt war, durchführen konnte.

Dies gilt auch im Hinblick auf die ebenfalls Gegenstand des Auftrages darstellende Erweiterung mit neuen Spendern. Insofern ist insbesondere objektiv nachvollziehbar, dass aufgrund der bereits angeführten hohen Sicherheitserfordernisse auf einem Flughafen lediglich ein Unternehmer über entsprechende Zutrittsberechtigungen verfügen soll und weiters, dass mit dem Anspruch an eine reibungslose Servicierung die "Kundenbetreuung" nur aus einer Hand kommen möge. Daher ist eine gemeinsame Ausschreibung auch dieser - geringfügigen - Erweiterung als gerechtfertigt anzusehen. Dass die Auftraggeberin auf diese Weise missbräuchlich beabsichtigt haben könnte, den Bestand der Spender so weit zu erhöhen, um die Möglichkeit, sich auf einen Ausnahmetatbestand zu stützen, zu perpetuieren (über die Lebensdauer der 2009 beschafften Spender hinaus), ist nicht ersichtlich und auch faktisch nicht erfolgt.

Soweit seitens der Antragstellerin in Frage gestellt wird, dass die mitbeteiligte Partei und deren Vorlieferantin, die XXXX, Eigentümerinnen der im Jahr 2008 ausgeschriebenen Spender geblieben seien, wird Folgendes ausgeführt:

Die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen hat nach ständiger Rechtsprechung und dem einschlägigen Schrifttum auch im Vergaberecht nach den Regeln der §§ 914f ABGB zu erfolgen (siehe ua BVA 18.01.2008, N/0118- BVA/04/2007-36; BVA 11.01.2008, N/0112-BVA/14/2007-20; Rummel, Zivilrechtliche Probleme des Vergaberechts, ÖZW 1999, 1). Ausschreibungsunterlagen sind demnach nach ihrem objektiven Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt zu interpretieren (stRspr, zB VwGH 18.03.2015, Ra 2015/04/0017; VwGH 22.11.2011, 2006/04/0024; VwGH 01.07.2010, 2006/04/0139, mwN; VwGH 19.11.2008, 2007/04/0018 und 2007/04/0019; ebenso ua BVA vom 02.05.2011, N/0021-BVA/10/2011-33 mwN).

Die vorliegende Ausschreibung aus dem Jahr 2008 ist dadurch gekennzeichnet, dass darin sowohl die Begriffe "Lieferung" und "Ausstattung" als auch der Begriff "Einkauf" Verwendung finden. Bezüglich der Verwendung des Begriffs "Lieferung" ist in Erinnerung zu rufen, dass von einem weiten Begriff des Lieferauftrags iSd § 5 BVergG auszugehen und eine funktionelle Betrachtung des Lieferauftrags anzustellen ist. Es geht demnach allein um einen Vertrag zur Beschaffung von Waren. Nicht entscheidend für die Qualifikation als Lieferauftrag ist der Vertragstypus und auch nicht die Eigentumsübertragung der Leistung (Öhler/Schramm in Schramm/Aicher/Fruhmann, Kommentar zum Bundesvergabegesetz 2006, § 5 Rz 5ff, 1. Lfg.). Die Verwendung

des Begriffs "Lieferung" vermag sohin, keine Antwort auf die zivilrechtliche Qualifikation zu geben. Auch der Begriff der "Ausstattung", verstanden im Sinn der Einrichtung bzw. Bestückung des Flughafens mit den betreffenden Spendern (siehe www.duden.de), ist isoliert betrachtet wenig aufschlussreich. Es bedarf daher einer Gesamtbetrachtung und -würdigung. Der Begriff der "Ausstattung" wird zum einen ausschließlich in Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Spendern verwendet. Zum anderen zeigt ein Blick auf das Preisblatt, dass die Preise für die Verbrauchsmaterialien, für Ersatzspender bei Beschädigung durch Vandalismus sowie für die gegebenenfalls alternativ angebotene Befestigung für Behältnisse jeweils in eigenen Preispositionen erfasst werden. Die ebenso geschuldete "Ausstattung" mit den "Spendersystemen" sowie deren Montage und Wartung sind kalkulatorisch bei den Verbrauchsmaterialien zu berücksichtigen; eine eigene Preisposition ist hierfür jedoch nicht vorgesehen. Die Wartung der Spender im Sinne einer Reparatur oder eines Ersatzes durch einen neuen Spender bzw. von Spenderkomponenten fallen sohin letztlich in die Verantwortung des Auftragnehmers, dem es allerdings insofern überlassen bleibt, wie er die Funktionsfähigkeit der Spender aufrechterhält; eine gesonderte Abrechnung für einen Ersatzspender ist nur für die nicht zu verantwortende Notwendigkeit eines Tausches bei Vandalismus vorgesehen. In der Zusammenschau dieser Festlegungen mit der Vertragsdauer ergibt sich sohin für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt erkennbar, dass ein (zivilrechtlicher) Eigentumsübergang bezüglich der Spender nicht beabsichtigt und die "Ausstattung" mit den betreffenden Spendern im Sinne einer Bereitstellung/Zurverfügungstellung der "Ausstattung" für den Vertragszeitraum von vier bzw. fünf Jahren zu verstehen war. Diese Zurverfügungstellung war in den Preisen der Verbrauchsmaterialien abzubilden, weswegen, selbst wenn von "kostenloser" Bereitstellung die Rede sein mag, hier auch keine Unentgeltlichkeit des Auftrages vorliegt. An diesem Ergebnis vermag auch die Verwendung des Begriffs "Einkauf" (auf dem Deckblatt "Angebotsschreiben") nichts zu ändern, zumal diese Begriffsverwendung aus der Tatsache heraus, dass die Beschaffungsvorgänge über den "Zentralen Einkauf" der Auftraggeberin gesteuert werden, allgemein den "Einkauf" von Leistungen im Sinne der Beschaffung von Leistungen bezeichnet.

Dass auch die Antragstellerin die Ausschreibung in dem aufgezeigten Sinn verstanden hat, wird insbesondere auch dadurch deutlich, dass sie, ebenso wie auch die mitbeteiligte Partei, die (kostenlose) Zurverfügungstellung der Spender für die Laufzeit des Vertrages angeboten hat. In der mündlichen Verhandlung wurde des Weiteren bestätigt, dass die Spender im Eigentum der Antragstellerin geblieben wären.

Wenn die Antragstellerin vorbringt, die Auftraggeberin wäre zum einen willkürlich vorgegangen und hätte zum anderen die Ausschließlichkeitssituation selbst herbeigeführt, ist Folgendes festzuhalten:

Wie bereits oben gargelegt wurde, handelt es sich bei der Annahme, dass ein Ende der Lebensdauer der Spender während der gegenständlich vereinbarten Vertragslaufzeit von vier Jahren nicht in einem Ausmaß eintreten würde, welches einen bloß punktuellen Austausch der Spender bei weitem übersteigt, um eine plausible Prognose. Eine zum maßgeblichen Zeitpunkt 2014 missbräuchliche, weil willkürlich erfolgte Inanspruchnahme des Ausnahmeverfahrens nach § 195 Z 3 BVergG kann unter diesem Blickwinkel nicht angenommen werden. Anders würde es sich allerdings verhalten, wenn ein Spenderwechsel, dessen negative Auswirkungen die Auftraggeberin ja gerade vermeiden wollte, angesichts des voraussichtlichen Endes der regulären Produktlebensdauer oder auch des Produktzyklus der ursprünglich bereitgestellten Spender bereits angezeigt und absehbar ist. Die Sorgfalt, die an eine derartige Prüfung angelegt werden muss, steigt naturgemäß mit fortschreitendem Alter der Spender unter Berücksichtigung der Benutzerfrequenz und der beabsichtigten Vertragsdauer. Damit werden auch die Grenzen einer insofern gerechtfertigten Wettbewerbseinschränkung aufgezeigt. Die vorliegenden Leistungen können einem Wettbewerb sohin keinesfalls, wie von der Antragstellerin befürchtet, gleichsam auf Dauer entzogen werden. Dies auch, weil die Berufung auf das Vorliegen eines Ausschließlichkeitsrechts bei weitgehender Erneuerung der Spender jedenfalls nicht mehr möglich ist. Die Auftraggeberin wäre sodann angehalten, neuerlich eine Ausschreibung, die eine entsprechende Produktneutralität gewährleistet, durchzuführen.

Zur Beurteilung der Frage, ob die Auftraggeberin die vorliegende Situation mit Blick auf das gegenständliche Vergabeverfahren selbst herbeigeführt hat, ist darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung der Auftraggeberin, die Eigentumsrechte an den Spendern nicht zu erwerben, wiederum in der durch die Grundsätze des Vergaberechts eingeschränkten Freiheit des Auftraggebers liegt, den Beschaffungsbedarf nach den eigenen Vorstellungen zu bestimmen. Hintergrund dafür war, auf diese Weise das reibungslose Funktionieren des Spendersystems sichern zu können und hierbei überdies niedrigere Anschaffungskosten zu verzeichnen als bei einem Kauf der Spender und einem Abschluss eines gesonderten Wartungsvertrags. Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Auftraggeberin diese Entscheidung bereits mit Blick darauf getroffen hat, dass sie dadurch künftig öffentlich bekannt zu machende Ausschreibungen vermeiden könnte, sind vorliegend nicht erkennbar. Im Übrigen hat die Auftraggeberin die Neuanschaffung der Spender und der zugehörigen Verbrauchsmaterialien in einem europaweit bekannt gemachten Verfahren ausgeschrieben und damit die Exklusivität jedenfalls nicht rechtswidrig selbst geschaffen. Ergänzend ist an dieser Stelle anzumerken, dass auch nicht erkannt werden kann,

dass die Auftraggeberin bei der Ausschreibung aus dem Jahr 2008 das Gebot der Neutralität der Leistungsbeschreibung missachtet hätte.

Entsprechend der aufgezeigten Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs waren hinsichtlich des Nachweises des Vorliegens der Voraussetzungen für die Heranziehung eines Ausnahmetatbestands auch die von der Auftraggeberin erst im gegenständlichen Feststellungsverfahren vorgenommenen Erwägungen und Erläuterungen grundsätzlich beachtlich, wenngleich im Verfahrensvermerk die Verfahrenswahl lediglich ohne weitergehenden Nachweis rudimentär damit begründet wird, dass nur die mitbeteiligte Partei die Füllungen für die am Flughafen vorhandenen Spender liefern würde und ein Wechsel der Spender aufwändig, kostspielig und mit einer Störung des Gesamteindrucks des Passagier-Bereiches verbunden wäre. Angesichts der dem gewählten Vergabeverfahren zugrunde zu legenden Eigentumsverhältnisse an den Spendern, ist in dieser konkreten Konstellation die von der Auftraggeberin durchgeführte Zulässigkeitsprüfung, welche im Wesentlichen eine Nachfrage bei der bisherigen Auftragnehmerin, der mitbeteiligten Partei (siehe Telefonat zwischen Frau XXXX und Frau XXXX) umfasst, nicht aber weitergehende Nachforschungen auf europäischer Ebene, ob andere Unternehmen für die Erbringung der gegenständlichen Leistung in Frage kommen würden, als hinreichend anzusehen. Eine Beauftragung eines Dritten käme nämlich - wie bereits aufgezeigt - schon insofern nicht in Betracht, als dies einen Eingriff in das - zu schützende - Eigentumsrecht der mitbeteiligten Partei wie auch der XXXX bedeutet hätte. Auch wenn die Auftraggeberin ausführt, es sei für die Entscheidung der Auftraggeberin nur sekundär gewesen, wer Eigentum an den Spendern habe, so führt sie letzten Endes dennoch mehrfach ins Treffen, dass die Eigentümerinnen an den Spendern jeden Dritten von der Nutzung ihres Eigentums ausschließen durften, weswegen eine Beauftragung eines Dritten aufgrund dieser Ausschließlichkeitsrechte nicht in Frage gekommen wäre; und des Weiteren würde die Auftraggeberin diesfalls Gefahr laufen, dass die Funktionsfähigkeit des Systems aufgrund zu klärender Haftungsfragen nicht gewährleistet wäre.

In diesem konkreten Fall hat die Auftraggeberin sohin ausgehend von der Bestimmung des Auftragsgegenstandes, welche nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts nachvollziehbar begründet und sachlich gerechtfertigt erfolgte, ihre Entscheidung für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Veröffentlichung einer Bekanntmachung ausreichend sorgfältig getroffen. Sie ist zu Recht zu der Einschätzung gelangt, ihre Entscheidung aufgrund des Schutzes eines Ausschließlichkeitsrechts auf § 195 Z 3 BVergG stützen zu können.

Zu B)

Unzulässigkeit der Revision:

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

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

European Case Law Identifier

ECLI:AT:BVWG:2018:W139.2162939.2.00