



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak und die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision des Mag. S B, vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH in Wien, gegen das Erkenntnis und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Jänner 2022, Zl. W187 2219311-1/62E, betreffend ein vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien: 1. Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokuratur, und 2. U S), den **Beschluss**

gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Der Revisionswerber hat der erstmitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von € 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung:

- 1 Laut Akteninhalt liegen dem Revisionsfall folgende unstrittige Tatsachen zugrunde:

Mit Kundmachung vom 23. März 2018 schrieb die erstmitbeteiligte Partei (im Folgenden: Auftraggeberin) im Wege der öffentlichen Ausschreibung gemäß § 25 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996) die Tabaktrafik am Standort F als Tabakfachgeschäft mit einem zu erwartenden erzielbaren Tabakwarenjahresumsatz von € 3,3 Mio aus. In der Kundmachung wurde auf das Vorzugsrecht gemäß § 29 TabMG 1996 hingewiesen.

Mit Schriftsatz vom 11. April 2018 bewarb sich der Revisionswerber um die ausgeschriebene Tabaktrafik. Mit Schreiben vom 17. Mai 2018 teilte die Auftraggeberin dem Revisionswerber mit, dass die Besetzungskommission sein Ansuchen um Verleihung der Konzession für die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik abgelehnt habe. Der zum Zuge gelangende Bewerber gehöre gemäß § 29 Abs. 3 Z 4 TabMG 1996 dem Kreis der vorzugsberechtigten Personen an und sei daher dem Revisionswerber bei der Vergabe der Tabaktrafik vorzuziehen.





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

Am 30. Oktober 2018 schloss die Auftraggeberin mit der Zweitmitbeteiligten einen „Temporären Bestellungsvertrag“ betreffend die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik für die Dauer von 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019. Die Bestellung der Zweitmitbeteiligten als Betreiberin dieser Tabaktrafik wurde von der Auftraggeberin am 1. November 2018 auf deren Homepage veröffentlicht.

- 2 Mit Eingabe beim Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) vom 24. Mai 2019 beantragte der Revisionswerber in Bezug auf die Bestellung der Zweitmitbeteiligten als Betreiberin der Tabaktrafik am Standort F - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - die Durchführung eines Feststellungsverfahrens gemäß § 78 Abs. 3 Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018), gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 die Feststellung, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik ohne vorherige Bekanntmachung wegen Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei, sowie gemäß § 100 Abs. 2 BVergGKonz 2018 den Bestellungsvertrag der Auftraggeberin mit der Zweitmitbeteiligten für nichtig zu erklären, in eventu gemäß § 100 Abs. 9 BVergGKonz 2018 eine wirksame, angemessene und abschreckende Geldbuße zu verhängen und die Auftraggeberin gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten.
- 3 Mit Beschluss vom 7. August 2019 wies das Verwaltungsgericht sowohl den Feststellungsantrag (Spruchpunkt A.1.) als auch den Antrag auf Nichtigklärung bzw. Verhängung einer Geldbuße (Spruchpunkt A.2.) des Revisionswerbers zurück.



Begründend führte das Verwaltungsgericht zusammengefasst aus, dass das BVergGKonz 2018 nicht auf die Vergabe einer Tabaktrafik anwendbar sei, weshalb der Feststellungsantrag abzuweisen sei.

Selbst unter der Annahme der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 sei jedoch der Feststellungsantrag verspätet gewesen, weil der Revisionswerber ab dem 1. November 2018 von der Vergabe Kenntnis hätte haben können.

- 4 Der dagegen vom Revisionswerber erhobenen Revision gab der Verwaltungsgerichtshof mit Erkenntnis vom 20. Juli 2021, Ro 2019/04/0231, auf dessen Begründung gemäß § 43 Abs. 2 VwGG verwiesen wird, teilweise Folge, hob den angefochtenen Beschluss im Umfang seines Spruchpunktes A.1. wegen Rechtswidrigkeit seines Inhaltes auf und wies die Revision im Übrigen ab.
- 5 Die Aufhebung des angefochtenen Beschlusses im Umfang der Abweisung des Feststellungsantrags (Spruchpunkt A.1.) begründete der Verwaltungsgerichtshof zusammengefasst dahin, dass mit dem Bestellungsvertrag iSd Tabakmonopolgesetzes (TabMG 1996) keine vom Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 ausgenommene „bloße“ Genehmigung oder Lizenz vorliege. Gegenstand des Bestellungsvertrages iSd TabMG 1996 sei somit die Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd BVergGKonz 2018. Die Bestimmungen des BVergGKonz 2018 seien daher - entgegen der insofern unrichtigen Rechtsansicht des Verwaltungsgerichts im angefochtenen Beschluss - auf das Verfahren zur Bestellung von Tabaktrafikanten nach dem TabMG 1996 anzuwenden. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts für die verfahrensgegenständlichen Anträge sei daher gegeben. Indem das Verwaltungsgericht dies verkannt habe, habe es den angefochtenen Beschluss mit Rechtswidrigkeit des Inhaltes belastet.

In Bezug auf die Zurückweisung des Feststellungsantrags wegen Verspätung sei es betreffend die gemäß § 98 Abs. 2 BVergGKonz 2018 sechsmonatige Einbringungsfrist im Wesentlichen um die Frage gegangen, zu welchem Zeitpunkt der Revisionswerber von der verfahrensgegenständlichen



Auftragsvergabe Kenntnis gehabt habe bzw. Kenntnis hätte erlangen können. Der Revisionswerber habe dazu auf der Tatsachenebene unter anderem mit dem Vorliegen irreführender Informationen, die ihn an der Kenntnisnahme der relevanten Tatsachen gehindert hätten, argumentiert. Deshalb sei die Sichtweise des Verwaltungsgerichts nicht nachvollziehbar, dass in der Beschwerde keine Rechts- oder Tatfragen aufgeworfen worden seien, die eine mündliche Verhandlung erfordert hätten. Die Voraussetzungen für das Absehen von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung gemäß § 83 Abs. 1 BVergGKonz 2018 seien deshalb fallbezogen nicht vorgelegen. Das Verwaltungsgericht habe den angefochtenen Beschluss insofern mit Rechtswidrigkeit wegen Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

Im Übrigen habe das Verwaltungsgericht die Anträge des Revisionswerbers auf Nichterklärung und Verhängung einer Geldbuße mangels Antragslegitimation zu Recht zurückgewiesen.

- 6 Im zweiten Rechtsgang beantragte der Revisionswerber mit Eingabe an das Verwaltungsgericht vom 10. November 2021 - ergänzend zum noch verfahrensgegenständlichen Feststellungsantrag - gemäß § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 die Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung an die Zweitmitbeteiligte ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung sowie die Verpflichtung der Auftraggeberin gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Gebühren.
- 7 Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den Antrag, gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Durchführung des Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen sei, ab (Spruchpunkt I. A.1.). Den Antrag, gemäß § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 festzustellen, dass die Zuschlagsentscheidung an die Zweitmitbeteiligte ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018 bzw. die hierzu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig gewesen



sei, wies das Verwaltungsgericht zurück (Spruchpunkt I. A.2.) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt I. B.).

- 8 Gleichzeitig wies das Verwaltungsgericht mit dem ebenfalls angefochtenen Beschluss den Antrag des Revisionswerbers, die Auftraggeberin gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten, zurück (Spruchpunkt II. A) und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei (Spruchpunkt II. B).

- 9 Ergänzend zu den eingangs wiedergegebenen unstrittigen Tatsachen stellte das Verwaltungsgericht nachfolgenden wesentlichen Sachverhalt fest:

Am „30. Juli 2021“ (wohl gemeint: 30. Juli 2018) habe eine Besprechung zwischen dem Geschäftsführer und dem Prokuristen der Auftraggeberin über die weitere Vorgangsweise betreffend die Fortführung der Tabaktrafik am Standort F stattgefunden. Dabei sei über den damaligen Stand des Verfahrens, die Möglichkeit einer Neuausschreibung samt Überbrückung mittels interimistischer Führung durch einen anderen Tabaktrafikanten und die Möglichkeit der Weiterführung durch den bisherigen Tabaktrafikanten gesprochen worden.

Im Schreiben vom 11. Oktober 2018 an den Bundesminister für Finanzen habe der Rechtsvertreter des Revisionswerbers „Missstände bei der Besetzung von Tabaktrafiken“ unter anderem in Bezug auf das Bestellungsverfahren für die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik gerügt und um Bekanntgabe des Ergebnisses der Ermittlungen und Maßnahmen des Bundesministers im Rahmen der Wahrnehmung seiner Aufsichtspflicht und politischen Verantwortung ersucht.

Mit Schreiben vom 7. November 2018 habe der Bundesminister für Finanzen geantwortet und zusammengefasst zum Bestellungsverfahren betreffend die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik ausgeführt, dass die erst- und zweitgereihten Bewerber ihre jeweiligen Bewerbungen zurückgezogen hätten, weshalb die Ausschreibung gemäß § 25 Abs. 9 TabMG1996 von der Auftraggeberin widerrufen worden sei. Da an diesem Standort jedenfalls eine aufrechte Tabakwarenversorgung sichergestellt werden müsse und ein



neuerliches Nachbesetzungsverfahren noch einige Zeit in Anspruch nehmen werde, sei eine zeitlich befristete interimistische Lösung mit dem bisherigen Trafikanten getroffen worden. Der Revisionswerber habe nicht berücksichtigt werden können, weil er nicht dem Kreis der Vorzugsberechtigten angehöre. Es hätten sich keine Anhaltspunkte für eine rechtswidrige Vorgangsweise der Auftraggeberin ergeben.

Auf Anfrage des Revisionswerbers mit Schreiben vom 10. Mai 2019, wann mit einer Ausschreibung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik zu rechnen sei, habe die Auftraggeberin ihm mit Schreiben vom 20. Mai 2019 mitgeteilt, dass die Ausschreibungen von Tabaktrafiken auf ihrer Homepage ersichtlich gemacht würden. Eine individuelle Verständigung von Bewerbern sei nicht vorgesehen.

Die Zweitmitbeteiligte sei vom 1. November 2018 bis 31. Oktober 2019 die Betreiberin der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik gewesen. Nach dem Businessplan könne davon ausgegangen werden, dass mit dem Handel mit Tabakwaren ein möglicher Jahresumsatz von € 3,3 Mio zu erzielen sei.

Dem Revisionswerber sei die „Trafikensuche“ auf der Homepage der Auftraggeberin spätestens seit 11. Oktober 2018 bekannt.

- 10 Rechtlich führte das Verwaltungsgericht aus, der geschätzte Wert der vorliegend gegenständlichen Konzession, und zwar der vorläufigen Bestellung eines Trafikanten für ein Jahr gemäß § 32 Abs. 3 TabMG 1996 betrage € 3,3 Mio und liege unterhalb des Schwellenwerts des Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 2014/23/EU. Diese Richtlinie sei daher, auch wenn die Umsetzungsfrist gemäß deren Art. 51 Abs. 1 bereits abgelaufen sei, nicht anwendbar. Die Regelungen des AEUV seien mangels grenzüberschreitenden Interesses vorliegend ebenfalls nicht anwendbar. Das BVergGKonz 2018 sei am 21. August 2018 in Kraft getreten. Gemäß § 118 Abs. 4 BVergGKonz 2018 seien Konzessionsvergabeverfahren, die zu den Zeitpunkten des § 118 Abs. 1 und 2 BVergGKonz 2018 (21. August 2018 und 18. Oktober 2018) bereits eingeleitet gewesen seien, nach der zum Zeitpunkt der Einleitung des jeweiligen Konzessionsvergabeverfahrens geltenden Rechtslage zu Ende zu



führen. Die Einleitung eines Vergabeverfahrens für eine Konzession erfolge zu jenem Zeitpunkt, zu dem der Auftraggeber die Art des Verfahrens auswähle und endgültig entscheide, ob die Verpflichtung zu einem vorherigen Aufruf zum Wettbewerb für die Vergabe eines öffentlichen Auftrags bestehe. Im Hinblick auf die sich aus der Gesprächsnotiz vom 30. Juli 2018 ergebende Festlegung der Auftraggeberin auf eine interimistische Führung der verfahrensgegenständlichen Trafik durch einen bereits bestellten Trafikanten, somit auf das Verfahren zur vorläufigen Bestellung gemäß § 32 Abs. 3 TabMG 1996, sei das BVergGKonz 2018 nicht auf die vorliegende Konzessionsvergabe anwendbar. Das BVergGKonz 2018 biete daher keine Rechtsgrundlage für die Feststellungsanträge.

Selbst unter der Voraussetzung der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 erweise sich der am 24. Mai 2019 eingebrachte Feststellungsantrag gemäß § 98 Abs. 2 BVergGKonz 2018 als verspätet. Am 1. November 2018 sei auf der Homepage der Auftraggeberin veröffentlicht worden, dass die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik von der Zweitmitbeteiligten betrieben werde. Dies setze die Erteilung der Konzession an die Zweitmitbeteiligte und den Abschluss einer Vereinbarung zwischen den beiden mitbeteiligten Parteien voraus. Der Revisionswerber hätte somit bereits ab der Veröffentlichung am 1. November 2018 Kenntnis von der Vergabe der Tabaktrafik haben können. Schließlich habe der Revisionswerber immer wieder Daten über Trafiken auf der Homepage der Auftraggeberin, wie etwa am 11. Oktober 2018, abgefragt. Durch die Beteiligung am vorhergehenden Vergabeverfahren betreffend die verfahrensgegenständliche Trafik und „das Ergreifen von Rechtsmitteln gegen die aus seiner Sicht negative Entscheidung über die Vergabe der Trafik“ habe der Revisionswerber Interesse an dieser Trafik gezeigt.

Da der Revisionswerber den mit Schriftsatz vom 10. November 2021 eingebrachten Feststellungsantrag bereits gemeinsam mit dem Feststellungsantrag vom 24. Mai 2019 hätte stellen können, sei dieser weitere Feststellungsantrag jedenfalls gemäß § 98 Abs. 2 BVergGKonz 2018 verspätet.

Im Übrigen sei bei der Berechnung des geschätzten Auftragswerts des Gesamtvorhabens ausschließlich die vergebene Konzession zu betrachten und



es seien lediglich jene Umsätze einzurechnen, die aufgrund der Konzession zu erzielen seien. Der geschätzte Auftragswert liege vorliegend mit € 3,3 Mio unter dem relevanten Schwellenwert des § 11 Abs. 1 BVergGKonz 2018. Gemäß § 11 Abs. 2 BVergGKonz 2018 handle es sich daher vorliegend um ein Vergabeverfahren im Unterschwellenbereich.

Neben Vorschriften des TabMG 1996 über die Ausübung der Konzession gehöre die Vorzugsberechtigung für bestimmte Bewerber gemäß § 29 Abs. 3 TabMG 1996 zu spezifischen Merkmalen, auf Grund derer kein grenzüberschreitendes Interesse an der Beteiligung am vorliegenden Vergabeverfahren bestehe. Ein grenzüberschreitendes Interesse sei nicht in Bezug auf die Nationalität oder die Staatsangehörigkeit der an der Konzession interessierten Personen zu beurteilen, sondern im Hinblick auf deren Sitz, Niederlassung oder Wohnort. Der Umstand, dass der in W lebende und dort die Schule besuchende Sohn des Revisionswerbers über einen slowakischen Reisepass verfüge und sich in jüngerer Zeit ebenfalls um die Vergabe einer Trafik bemüht habe, biete keinen Hinweis auf ein grenzüberschreitendes Interesse. Vorliegend handle es sich daher um eine Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich, an der im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein grenzüberschreitendes Interesse bestehe. Selbst unter der Annahme der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 hätte die Auftraggeberin gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 leg. cit. ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wählen können, weshalb der am 24. Mai 2019 eingebrachte Feststellungsantrag abzuweisen sei.

Der weitere, erst im zweiten Rechtsgang gestellte Feststellungsantrag sei hingegen wegen Verspätung zurückzuweisen.

Zur Zurückweisung des Antrags auf Ersatz der Pauschalgebühr vom 10. November 2021 führte das Verwaltungsgericht begründend aus, dass es mit Beschluss vom 7. August 2019 den Antrag des Revisionswerbers auf Ersatz der Pauschalgebühren in Bezug auf den Feststellungsantrag vom 24. Mai 2019 abgewiesen habe. Dieser Beschluss sei in Rechtskraft erwachsen und stehe einer neuerlichen Entscheidung entgegen.



- 11 Gegen diese Entscheidungen erhob der Revisionswerber zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 1. März 2022, E 452/2022-5, ablehnte und die Beschwerde mit Beschluss vom 21. März 2022, E 452/2022-7, dem Verwaltungsgerichtshof zur Entscheidung abtrat. In seinem Ablehnungsbeschluss führte der Verfassungsgerichtshof unter anderem begründend aus, dass spezifisch verfassungsrechtliche Überlegungen zur Beantwortung der aufgeworfenen Fragen, etwa, ob das Verwaltungsgericht durch den nach der Geschäftsverteilung zuständigen und richtig zusammengesetzten Senat entschieden habe, nicht anzustellen seien.
- 12 In der Folge erhob der Revisionswerber die vorliegende außerordentliche Revision mit dem Antrag auf Aufhebung der angefochtenen Entscheidungen. Die erstmitbeteiligte Partei beantragte in ihrer Revisionsbeantwortung die kostenpflichtige Zurück-, in eventu Abweisung der Revision. Die Zweitmitbeteiligte erstattete keine Revisionsbeantwortung.
- 13 Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).
- 14 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren mit Beschluss zurückzuweisen.
- 15 Nach § 34 Abs. 1a VwGG hat der Verwaltungsgerichtshof die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.





Einwand der Entscheidung durch ein nach der Geschäftsverteilung des
Verwaltungsgerichts unzuständiges Entscheidungsorgan

- 16 Der Revisionswerber bringt zur Zulässigkeit der Revision zunächst vor, die Zuweisung der gegenständlichen Rechtssache zur Gerichtsabteilung W187 und die Zusammensetzung des Senats, insbesondere die Bestellung von Dr. W zum fachkundigen Laienrichter, seien anhand der anzuwendenden Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts nicht nachvollziehbar. Der Feststellungsantrag vom 24. Mai 2019 sei zunächst der Gerichtsabteilung W123 zugewiesen worden. Aus nicht nachvollziehbaren Gründen seien der Sachbeschluss und der Kostenbeschluss, jeweils vom 7. August 2019, von der Gerichtsabteilung W187 ausgefertigt worden. „Die Frage der (funktionellen Un-)Zuständigkeit“ des Verwaltungsgerichts stelle sich nun auch im zweiten Rechtsgang, nachdem das Feststellungsverfahren in der Gerichtsabteilung W187 fortgeführt worden sei. Es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes einerseits zu den Anforderungen an die Nachvollziehbarkeit einer Änderung der Zuständigkeit während eines laufenden vergaberechtlichen Feststellungsverfahrens und andererseits zur Relevanz einer „(funktionellen Un-)Zuständigkeit“ in einem fortgesetzten Verfahren nach Aufhebung eines Sachbeschlusses durch den Verwaltungsgerichtshof.
- 17 Soweit der Revisionswerber damit die fehlende Nachvollziehbarkeit der Zuständigkeit der Gerichtsabteilung bzw. der Geschäftsverteilung geltend macht, ist auf Folgendes hinzuweisen:

Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die vom Personalsenat eines Gerichtes beschlossene Geschäftsverteilung als gemäß Art. 87 Abs. 2 B-VG zu qualifizierender Akt der Gerichtsbarkeit der Überprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof entzogen. Auch der Verfassungsgerichtshof geht davon aus, dass es sich bei der von einem Personalsenat eines Gerichtes als Kollegialorgan erlassenen Geschäftsverteilung im Sinne des Art. 87 Abs. 2 B-VG nicht um eine Verordnung, sondern um einen Akt der (ordentlichen) Gerichtsbarkeit handelt. Demnach erachtet sich auch der Verfassungsgerichtshof zur Überprüfung



dieser Akte der Gerichtsbarkeit für nicht zuständig. Das gilt vor dem Hintergrund des Art. 134 Abs. 7 B-VG, der unter anderem die sinngemäße Anwendung des Art. 87 Abs. 2 B-VG für die Mitglieder der Verwaltungsgerichte normiert, auch für die vom Geschäftsverteilungsausschuss des Bundesverwaltungsgerichts - siehe zu dessen Zusammensetzung und zur sinngemäßen Anwendbarkeit der Vorschriften des RStDG über die Personalsenate § 11 BVwGG - gemäß § 15 Abs. 1 BVwGG jeweils für das nächste Jahr zu beschließende Geschäftsverteilung und für deren Änderungen während des laufenden Jahres nach § 15 Abs. 4 BVwGG sowie für Verfügungen des Geschäftsverteilungsausschusses nach § 17 Abs. 3 BVwGG (vgl. VwGH 22.1.2021, Ra 2020/21/0457, Rn. 22, mwN).

- 18 Mit dem bloßen Zulässigkeitsvorbringen, die Zuteilung der Rechtssache an die Gerichtsabteilung W187 und die Senatszusammensetzung seien für den Revisionswerber nicht nachvollziehbar, zeigt er keine Unzuständigkeit infolge Entscheidung durch ein nach der Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts unzuständiges Entscheidungsorgan auf.

Feststellungsantrag vom 24. Mai 2019

- 19 Das Verwaltungsgericht begründet die Abweisung des Feststellungsantrags vom 24. Mai 2019 im Wesentlichen damit, dass unter der Annahme der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 das vorliegende Konzessionsvergabeverfahren eine Dienstleistungskonzession im Unterschwellenbereich betreffe, an der im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehe. Die Auftraggeberin habe deshalb gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 ein Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung wählen können.
- 20 Gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 kann eine Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergeben werden, wenn im Unterschwellenbereich im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht. In Bezug auf die mit Antrag vom 24. Mai 2019 begehrte Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung des





Konzessionsvergabeverfahrens zur Besetzung der verfahrensgegenständlichen Tabaktrafik ohne vorherige Bekanntmachung ist somit wesentlich, ob es sich um ein Konzessionsverfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich handelte und ob im Hinblick auf die spezifischen Merkmale der Konzession kein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestand.

- 21 Der Revisionswerber bringt dazu in seinen Zulässigkeitsausführungen vor, aufgrund „der (verhältnismäßigen) ‚Neuheit‘ der Rechtsmaterie“ fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Berechnung des Auftragswerts und damit zur Zuordnung zum Ober- oder Unterschwellenbereich im Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 im Fall der Vergabe unmittelbar aufeinanderfolgender Dienstleistungskonzessionen an dieselbe Person. Überdies fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Frage, wann ein grenzüberschreitendes Interesse an einer Auftragsvergabe iSd § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 bestehe und daher die Vergabe einer Konzession ohne vorherige Bekanntmachung vergaberechtswidrig sei.
- 22 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hat die revisionswerbende Partei in der gesonderten Zulassungsbegründung konkret darzulegen, in welchen Punkten die angefochtene Entscheidung von welcher Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht und konkret welche Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof uneinheitlich oder noch gar nicht beantwortet hat. Lediglich pauschale Behauptungen erfüllen diese Voraussetzungen nicht (vgl. etwa VwGH 7.10.2025, Ra 2025/04/0194, Rn. 16, mwN). Diesem Erfordernis wird das Zulässigkeitsvorbringen, das sich auf die beiden Voraussetzungen für die Vergabe einer Konzession ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018 bezieht und dazu keine näher konkretisierten Ausführungen enthält, nicht gerecht.
- 23 Allein der Hinweis auf die „Neuheit“ der Rechtsmaterie vermag keine grundsätzliche Rechtsfrage iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG darzulegen, da mit dem bloßen Hinweis auf fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu einer näher bezeichneten Verwaltungsvorschrift nicht dargelegt wird, welche konkret auf die vorliegende Revisionssache bezogene grundsätzliche



Rechtsfrage der Verwaltungsgerichtshof erstmals zu lösen hätte (vgl. etwa VwGH 18.8.2025, Ro 2024/04/0035, Rn. 25, mwN).

- 24 Konkret moniert der Revisionswerber in seinem Zulässigkeitsvorbringen fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur „Berechnung des Auftragswerts“ und damit zur „Zuordnung zum Ober- bzw. Unterschwellenbereich im Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 im Fall der Vergabe unmittelbar aufeinanderfolgender Dienstleistungskonzessionen an dieselbe Person“. Soweit der Revisionswerber dazu unter Bezugnahme auf § 12 Abs. 4 Z 1 BVergGKonz 2018 ausführt, es ergebe sich „aus dem regulären Vergabeverfahren und aus dem BVergGKonz selbst, das detaillierte Vorschriften über die Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession enthält, dass auch Verlängerungen eines Dienstleistungskonzessionsvertrags bei der Berechnung des Auftragswerts zu berücksichtigen“ seien, ist darauf hinzuweisen, dass bei einem klaren Gesetzeswortlaut eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung selbst dann nicht vorliegt, wenn zu der relevanten Norm noch keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes vorliegt (vgl. etwa VwGH 14.4.2021, Ra 2019/06/0167, 0168, Rn. 18, mwN).
- 25 Gemäß § 11 Abs. 1 BVergGKonz 2018 in der vorliegend maßgeblichen Stammfassung BGBl. I Nr. 65/2018 erfolgen Konzessionsverfahren im Oberschwellenbereich, wenn der geschätzte Wert der Konzession mindestens € 5.382.000,-- beträgt. Im Unterschwellenbereich erfolgen Konzessionsverfahren, wenn der geschätzte Wert der Konzession den in Abs. 1 genannten Betrag nicht erreicht (Abs. 2). Gemäß § 12 Abs. 1 BVergGKonz 2018 ist Grundlage für die Berechnung des geschätzten Wertes einer Konzession der vom Konzessionär während der Vertragslaufzeit erzielte Gesamtumsatz ohne Umsatzsteuer aller im Zusammenhang mit der Konzession stehenden Gegenleistungen. Der geschätzte Wert einer Konzession ohne Umsatzsteuer ist vom Auftraggeber vor der Durchführung der Konzessionsvergabe sachkundig zu ermitteln. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Ermittlung ist der Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens durch den Auftraggeber. Bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung ist dies der



Zeitpunkt der ersten nach außen in Erscheinung tretenden Entscheidung (Abs. 2). Der geschätzte Wert einer Konzession ist nach einer in den Konzessionsunterlagen anzugebenden objektiven Methode zu berechnen. Bei der Berechnung hat der Auftraggeber insbesondere unter anderem den Gesamtwert aller Optionen und etwaige Verlängerungen der Konzession (Abs. 4 Z 1) zu berücksichtigen. Die Wahl der angewandten Berechnungsmethode darf nicht den Zweck verfolgen, die Anwendung der Vorschriften des BVergGKonz 2018 zu umgehen. Sofern nicht sachliche Gründe vorliegen, darf eine Konzession nicht so unterteilt werden, dass sie nicht den Vorschriften des BVergGKonz 2018 für den Oberschwellenbereich unterliegt (Abs. 6).

- 26 Nach dem klaren Wortlaut des § 12 Abs. 1 und 2 BVergGKonz 2018 ist somit der maßgebliche Zeitpunkt für die Ermittlung des geschätzten Werts einer Konzession bei Verfahren ohne vorherige Bekanntmachung die erste nach außen in Erscheinung tretende Entscheidung und für die Berechnung des geschätzten Werts die Vertragslaufzeit wesentlich. Die Laufzeit einer Konzession ist in § 13 BVergGKonz 2018 näher geregelt. Gemäß dessen Abs. 1 dürfen Konzessionsverträge nur auf eine bestimmte Zeit abgeschlossen werden und es ist die Laufzeit einer Konzession vom Auftraggeber in Abhängigkeit der von der Konzession umfassten Bau- oder Dienstleistungen festzulegen.
- 27 Vorliegend hat der Revisionswerber in seinen Zulässigkeitsausführungen kein fallbezogenes Vorbringen dahin erstattet, inwieweit in Bezug auf die Bestellung der Zweitmitbeteiligten als Tabaktrafikanterin für die verfahrensgegenständliche Tabaktrafik bereits zum gemäß § 12 Abs. 2 BVergGKonz 2018 maßgeblichen Zeitpunkt die Möglichkeit etwaiger Verlängerungen des Bestellungsvertrages zwischen den mitbeteiligten Parteien vereinbart worden sei oder die Beschränkung des Bestellungsvertrages auf ein Jahr der Umgehung der Vorschriften des BVergGKonz 2018 zu Konzessionsvergabeverfahren im Oberschwellenbereich dienen sollte.
- 28 Mit seinem Vorbringen, es fehle Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Berechnung des Auftragswerts im Fall der Vergabe unmittelbar



aufeinanderfolgender Dienstleistungskonzessionen an dieselbe Person gemäß § 12 Abs. 4 Z 1 BVergGKonz 2018, hat der Revisionswerber in Bezug auf die vorliegend vergebene Konzession keine konkrete, fallbezogen entscheidungsrelevante Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung aufgezeigt.

29 Dies gilt gleichermaßen für das Zulässigkeitsvorbringen zu dem vom Verwaltungsgericht verneinten Vorliegen eines eindeutig grenzüberschreitenden Interesses iSd § 22 Abs. 3 Z 4 BVergGKonz 2018.

30 Der Revisionswerber hat somit zur wesentlichen rechtlichen Begründung des Verwaltungsgerichts für die Abweisung des Feststellungsantrags vom 24. Mai 2019 keine grundsätzliche Rechtsfrage aufgezeigt. Die vorliegende Revision hängt daher nicht von der Lösung der im Zulässigkeitsvorbringen darüber hinaus dargelegten Rechtsfragen zur Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 auf den konkreten Sachverhalt sowie zu einer allfällig gemäß § 98 Abs. 2 BVergGKonz 2018 verspäteten Einbringung des Feststellungsantrags ab (vgl. etwa zur Unzulässigkeit einer Revision, wenn das angefochtene Erkenntnis auf einer tragfähigen Alternativbegründung beruht und zu dieser keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung dargelegt wird VwGH 18.6.2023, Ra 2020/04/0146, Rn. 23, mwN).

Feststellungsantrag vom 10. November 2021

31 Der Revisionswerber moniert in seinem Zulässigkeitsvorbringen fehlende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur Rechtsfrage, ob nach rechtzeitiger Einleitung eines Feststellungsverfahrens im nach einer aufhebenden Entscheidung des Verwaltungsgerichtshof fortgesetzten Feststellungsverfahren vor dem Verwaltungsgericht ein weiterer Antrag gemäß § 97 BVergGKonz 2018 - vorliegend der Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 97 Abs. 1 Z 4 BVergGKonz 2018 - zulässig sei. Es sei keine Präklusionsvorschrift ersichtlich, die einer Ergänzung oder Präzisierung im fortgesetzten vergaberechtlichen Feststellungsverfahren entgegenstünde. Der Gesetzgeber habe das Feststellungsverfahren nach dem BVergGKonz 2018 als ein einheitliches Verfahren konzipiert. Dies ergebe sich



bereits aus der Überschrift zum 4. Abschnitt des 2. Teils des BVergGKonz 2018 („Feststellungsverfahren“). Die Rechtswidrigkeit eines Vergabeverfahrens ohne Bekanntmachung impliziere auch, dass ein in einem solchen Verfahren erteilter Zuschlag ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung rechtswidrig sei.

- 32 Gemäß § 97 Abs. 1 BVergGKonz 2018 kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergGKonz 2018 unterliegenden Konzessionsvertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, unter anderem die Feststellung beantragen, dass jeweils wegen eines Verstoßes gegen das BVergGKonz 2018, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht die Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung (Z 2) oder die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung (Z 3) rechtswidrig war. Diese Umschreibung des zulässigen Antragsinhalts korrespondiert mit den diesbezüglich in § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 BVergGKonz 2018 festgelegten Kompetenzen des Bundesverwaltungsgerichts hinsichtlich der Feststellung nach der Zuschlagserteilung. Der Antragsteller kann in einem Antrag mehrere Feststellungen nach § 78 Abs. 3 Z 1, 3 und 4 BVergGKonz 2018 beantragen (§ 97 Abs. 1 zweiter Satz BVergGKonz 2018). Gemäß § 98 Abs. 1 BVergGKonz 2018 hat ein Antrag gemäß § 97 Abs. 1 leg. cit. unter anderem ein bestimmtes Begehren (Z 7) und die Angaben, die erforderlich sind, um zu beurteilen, ob der Antrag rechtzeitig eingebracht wurde (Z 8), zu enthalten. Anträge gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 und 3 BVergGKonz 2018 sind binnen sechs Monaten ab dem Zeitpunkt einzubringen, in dem der Antragsteller vom Zuschlag Kenntnis erlangt hat oder Kenntnis erlangen hätte können (§ 98 Abs. 2 leg. cit.).

- 33 Aus dem klaren Wortlaut dieser Bestimmungen ergibt sich, dass zwischen dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung und dem Antrag auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne



Mitteilung der Zuschlagsentscheidung zu unterscheiden ist. Die nachträgliche Einbringung des Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß § 97 Abs. 1 Z 3 BVergGKonz 2018 ist demnach keine bloße Ergänzung oder Präzisierung des bereits zuvor eingebrachten Antrags auf Feststellung der Rechtswidrigkeit der Durchführung eines Konzessionsvergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018. Werden, wie vorliegend, die Feststellungen nach § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 BVergGKonz 2018 nicht gemäß § 97 Abs. 1 zweiter Satz BVergGKonz 2018 in einem Antrag gestellt, sondern getrennt, ist die Einhaltung der sechsmonatigen Einbringungsfrist des § 98 Abs. 2 BVergGKonz 2018 für jeden der beiden Anträge gesondert zu prüfen.

34 Ausgehend davon ergibt sich die Verfristung des erst im zweiten Rechtsgang am 10. November 2021 eingebrachten Feststellungsantrags bereits aus dem klaren Wortlaut des § 97 Abs. 1 Z 2 und 3 sowie Abs. 1 zweiter Satz iVm § 78 Abs. 3 Z 3 und 4 BVergGKonz 2018. Die Bestreitung der Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 durch die Auftraggeberin steht dem nicht entgegen. Schließlich konnte der Revisionswerber den Feststellungsantrag gemäß § 97 Abs. 1 Z 2 BVergGKonz 2018 unabhängig von diesem Rechtsstandpunkt der Auftraggeberin im Mai 2019 einbringen. Ebenso wenig ist in diesem Zusammenhang eine Missachtung des unionsrechtlichen Grundsatzes der Effektivität und der Äquivalenz zu erblicken.

35 Der Revisionswerber vermag somit auch in Bezug auf den als verspätet zurückgewiesenen Feststellungsantrag vom 10. November 2021 keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung darzulegen.

Zurückweisung des Antrags auf Ersatz der Pauschalgebühren

36 Gemäß § 85 Abs. 1 BVergGKonz 2018 setzt die Verpflichtung des Auftragsgebers zum Ersatz der vom Antragsteller gemäß § 84 leg. cit. entrichteten Gebühren ein zumindest teilweises Obsiegen des Antragstellers oder eine Klaglosstellung während des anhängigen Verfahrens voraus.



37 Angesichts des Umstandes, dass der Revisionswerber in Bezug auf die Ab- bzw. Zurückweisung seiner Feststellungsanträge durch das Verwaltungsgericht in seiner außerordentlichen Revision keine Rechtsfrage grundsätzlicher Bedeutung iSd Art. 133 Abs. 4 B-VG aufzeigen konnte, er daher mit seinen Feststellungsanträgen zur Gänze unterlag, kommt ihm bereits deshalb kein Ersatzanspruch nach § 85 Abs. 1 BVergGKonz 2018 zu.

Ergebnis

38 In der Revision werden daher insgesamt keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 und 3 VwGG zurückzuweisen.

39 Von der in der Revision beantragten Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.

40 Der Ausspruch über den Aufwandersatz gründet sich auf die §§ 47 ff, insbesondere § 51 VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

W i e n , am 2. Dezember 2025

