



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch die Vorsitzende Senatspräsidentin Dr. Pollak, den Hofrat Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator, den Hofrat Mag. Brandl sowie die Hofrätin Dr. Funk-Leisch als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Vonier, über die Revision des S B, vertreten durch die RIHS Rechtsanwalt GmbH in Wien, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Februar 2022, Zl. W187 2250142-2/28E, und den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 10. Februar 2022, Zl. W187 2250142-3/2E, betreffend ein vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: Monopolverwaltung GmbH, vertreten durch die Finanzprokurator), zu Recht erkannt:

Das angefochtene Erkenntnis und der angefochtene Beschluss werden wegen Rechtswidrigkeit ihres Inhaltes aufgehoben.

Der Bund hat dem Revisionswerber Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Entscheidungsgründe:

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

Die mitbeteiligte Partei schrieb unter der Bezeichnung „Konzession Tabakfachgeschäft ..., Referenznummer ...“ die Vergabe einer Dienstleistungskonzession mit dem CPV-Code 55900000-9 Einzelhandelsdienste, und zwar den „Betrieb des Tabakfachgeschäftes gem. Tabakmonopolgesetz in ...“, in einem einstufigen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung ohne Verhandlungen gemäß Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergGKonz 2018) nach dem Bestangebotsprinzip mit einem geschätzten Auftragswert von € 83.492.281,-- ohne USt. aus.

- 2 **1.1 Mit Schriftsatz vom 31. Dezember 2021 beantragte der Revisionswerber - soweit im Revisionsverfahren wesentlich - die Nichtigserklärung der gesamten Ausschreibung gemäß § 91 Abs. 1**





BVergGKonz 2018, in eventu einzelner Festlegungen der Ausschreibung. Überdies beantragte der Revisionswerber, die Antragsgegnerin (mitbeteiligte Partei) gemäß § 85 BVergGKonz 2018 zum Ersatz der entrichteten Gebühren zu verpflichten.

- 3 Der Revisionswerber brachte dazu - soweit vorliegend wesentlich - zusammengefasst vor, die Auftraggeberin lege in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen als Eignungskriterium „technische Leistungsfähigkeit“ fest, dass ein Bieter zum Ende der Angebotsfrist eine begünstigte Behinderung oder einen gleichwertigen Status aufweisen müsse. Nicht begünstigte Behinderte, wie der Revisionswerber, seien dadurch im Widerspruch zum Grundsatz eines freien, fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerbs vom Vergabeverfahren ausgeschlossen. Diese Einschränkung stehe überdies im Widerspruch zu § 30 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG 1996). Gemäß dieser Bestimmung seien auch nicht vorzugsberechtigte Bieter zu Vergabeverfahren um einen Konzessionsvertrag nach dem TabMG 1996 zugelassen. Die Einschränkung des Bieterkreises sei auch sachlich nicht gerechtfertigt. Es sei nicht zulässig, die Vorzugsberechtigung als Eignungskriterium zu definieren.
- 4 **1.2** Mit dem angefochtenen Erkenntnis wies das Verwaltungsgericht den Antrag des Revisionswerbers, „die gesamte Ausschreibung gem. § 91 Abs 1 BVergGKonz 2018 für nichtig zu erklären“, sowie sämtliche Eventualanträge ab und sprach aus, dass die Revision nicht zulässig sei. Mit dem ebenfalls angefochtenen Beschluss wies das Verwaltungsgericht „die Anträge“ auf Ersatz der Pauschalgebühr gemäß § 85 BVergGKonz 2018 ab und sprach wiederum aus, dass die Revision nicht zulässig sei.



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

Die Ausschreibungsbedingungen lauten auszugsweise:

**„Ausschreibungsbedingungen
Tabakfachgeschäft**

...

6 Eignungskriterien

6.1 Allgemeines

Der Bieter muss für die Erbringung der ausschreibungsgegenständlichen Leistung geeignet sein. Geeignet sind Bieter, die befugt, technisch, finanziell und wirtschaftlich leistungsfähig sowie zuverlässig sind. Die Leistungsfähigkeit (siehe Punkt 6.3 bis 6.5) und Zuverlässigkeit (siehe Punkt 6.6) müssen spätestens zum Ende der Angebotsfrist vorliegen, ansonsten wird das Angebot ausgeschieden. Die Eignung ist durch Vorlage der in diesen Ausschreibungsbedingungen beschriebenen Urkunden (Nachweise, Bescheinigungen, etc.) nachzuweisen und zu belegen.

...

6.3 Technische Leistungsfähigkeit - Begünstigter Behinderter

Der Bieter muss zum Ende der Angebotsfrist eine begünstigte Behinderung oder einen gleichwertigen Status aufweisen. Als gleichwertig gelten die im § 29 Abs. 3 Tabakmonopolgesetz 1996 (TabMG), BGBl. Nr. 830/1995 idF BGBl. Nr. 44/1996 (DFB) in der geltenden Fassung, angeführten Fälle. Es muss daher einer der folgenden Punkte auf den Bieter zutreffen:

1. Begünstigter Behinderter im Sinne des § 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBl. Nr. 22/1970 (nachzuweisen über einen rechtsgültigen Bescheid des Sozialministeriumservice);
2. Inhaber einer Amtsbescheinigung oder eines Opferausweises nach § 4 des Opferfürsorgegesetzes, BGBl. Nr. 183/1947;
3. Empfänger einer Beschädigtenrente nach dem Kriegsopferversorgungsgesetz 1957, BGBl. Nr. 152, oder dem Heeresversorgungsgesetz, BGBl. Nr. 27/1964, wenn seine Erwerbsfähigkeit um mindestens 50 vH gemindert ist;
4. Empfänger einer Witwen- oder Witwerrente oder Witwen- oder Witwerbeihilfe nach dem Opferfürsorgegesetz, dem Kriegsopferversorgungsgesetz 1957 oder dem Heeresversorgungsgesetz.





Die Erfüllung dieser Anforderung ist durch die im Angebotsblatt genannten Dokumente nachzuweisen.

...“

Die mehrmals verlängerte Frist zur Abgabe von Angeboten habe am 25. Februar 2022, 12.00 Uhr, geendet. Die Angebotsöffnung habe noch nicht stattgefunden. Die Auftraggeberin habe weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt.

- 6 In seiner rechtlichen Beurteilung verneinte das Verwaltungsgericht zunächst die Berechtigung des Einwands, der vorliegende Akt sei entgegen § 6 Abs. 1 der Geschäftsordnung des Bundesverwaltungsgerichts der Gerichtsabteilung W187 zugewiesen worden. Zum „Zeitpunkt des verfahrenseinleitenden Nachprüfungsantrags“ sei die Gerichtsabteilung W187 jene gewesen, der ein neu einlangendes Verfahren der Zuweisungsgruppe VER zuzuweisen gewesen sei.
- 7 Zum Nachprüfungsantrag führte das Verwaltungsgericht in rechtlicher Hinsicht zusammengefasst aus, vorzuschicken sei, dass die vorliegende Ausschreibung einerseits als Dienstleistungskonzession dem BVergGKonz 2018, andererseits in Bezug auf die Vergabe einer Trafik dem TabMG 1996 unterliege.
- 8 Die Bestimmungen des BVergGKonz 2018 seien auf das Verfahren der Bestellung von Tabaktrafikannten nach dem TabMG 1996 einschließlich der in § 29 Abs. 3 leg. cit. vorgeschriebenen Bevorzugung des in dieser Bestimmung genannten im wirtschaftlichen Leben benachteiligten Personenkreises anzuwenden, um diesem die Gründung einer Existenz und die Ausübung eines Berufes zu ermöglichen.
- 9 Neben § 14 Abs. 6 BVergGKonz 2018 und den Materialien zur wortgleichen Bestimmung des § 20 Abs. 6 BVergG 2018 (RV 69 BlgNR 26. GP 54) stehe auch das Unionsrecht einer Berücksichtigung vergabefremder sozialpolitischer Ziele nicht entgegen. In Erwägungsgrund 66 der RL 2014/23/EU (Konzessionsvergaberichtlinie) werde festgehalten, dass unter anderem Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten



Personen und Angehörigen sozial schwacher Gruppen Gegenstand von Zuschlagskriterien oder Bedingungen für die Konzessionsausführung sein könnten, sofern sie mit den im Rahmen der Konzession zu erbringenden Bau- und Dienstleistungen im Zusammenhang stünden. Es sei zweifelsfrei zulässig, sozialpolitische Kriterien bei der Vergabe von Konzessionen nach dem BVergGKonz 2018 miteinfließen zu lassen. Strittig sei, ob dies in Form eines Eignungskriteriums oder eines Zuschlagskriteriums zu erfolgen habe.

- 10 Beschränkungen im Rahmen der Festlegung von Eignungskriterien seien am allgemeinen Sachlichkeitsgebot zu messen, hätten einer anerkannten Zielsetzung zu dienen und zu dieser in einer vernünftigen Relation zu stehen.
- 11 Die mitbeteiligte Partei verfolge durch die Festlegung der „begünstigten Behinderung“ in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen als Eignungskriterium das Ziel, vorzugsberechtigten Personen iSd § 29 Abs. 3 TabMG 1996 eine Erwerbsgrundlage zu verschaffen. Entgegen der Rechtsansicht des Revisionswerbers zu § 30 TabMG 1996 habe der Gesetzgeber keineswegs „ausdrücklich und verbindlich“ auch die Vergabe an nicht vorzugsberechtigte Personen vorgesehen. Liege für ein zu besetzendes Tabakfachgeschäft nach Ablauf der Angebotsfrist kein Anbot eines nach § 29 Abs. 3 TabMG 1996 vorzugsberechtigten Bieters vor, könne die Auftraggeberin die Ausschreibung gemäß § 25 Abs. 9 TabMG 1996 widerrufen. Ob die Auftraggeberin von dieser Möglichkeit Gebrauch mache, liege in ihrem Ermessen. Sie habe jedoch gemäß § 14 Abs. 1 TabMG 1996 (auch) sozialpolitische Zielsetzungen zu verfolgen. Sowohl das BVergGKonz 2018 als auch das TabMG 1996 räumen der Auftraggeberin einen Spielraum ein, in welcher Form und in welchem Ausmaß sie diese sozialpolitischen Zielsetzungen berücksichtige. Zur Zulässigkeit der Einschränkung des Bieterkreises aus sozialpolitischen Gründen, habe der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) in seinem Urteil vom 6. Oktober 2021, C-598/19, *Conacee*, Rn. 31 ff, festgehalten, dass die in Art. 20 Abs. 1 RL 2014/24/EU angeführten Voraussetzungen nicht abschließend seien und die Mitgliedstaaten die Möglichkeiten hätten, gegebenenfalls zusätzliche Voraussetzungen aufzustellen, die zu erfüllen seien,



um an einem Verfahren zur Vergabe vorbehaltener öffentlicher Aufträge teilnehmen zu dürfen. Voraussetzung für eine solche Einschränkung des Bieterkreises sei eine entsprechende nationale Rechtsgrundlage, welche auch außerhalb des BVergGKonz 2018 liegen könne. Vorliegend sei dies § 29 Abs. 3 TabMG 1996. Dass die Auftraggeberin nicht verpflichtet sei, diese sozialpolitischen Aspekte lediglich im Rahmen der Auswahl als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen, zeige sich in § 14 Abs. 6 BVergGKonz 2018, der die Berücksichtigung sozialer Ziele in allen Phasen und auf allen Ebenen des Vergabeverfahrens ermögliche. Vorliegend werde dies durch die mit § 25 Abs. 9 TabMG 1996 geschaffene Möglichkeit des Widerrufs bekräftigt. Es stehe daher im Ermessen der Auftraggeberin, ob sie die Vorzugsberechtigung nach § 29 Abs. 3 TabMG 1996 als weitere Voraussetzung für die vorliegende Vergabe in Form eines Eignungskriteriums oder eines Zuschlagskriteriums berücksichtige. Die Festlegung des Vorhandenseins einer „begünstigten Behinderung“ in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen als Eignungskriterium stelle daher keine rechtswidrige und unsachliche Einschränkung des Bieterkreises dar.

12 In Bezug auf die übrigen vom Revisionswerber angefochtenen Festlegungen in den Ausschreibungsbedingungen ergebe sich zusammengefasst keine deren Nichtigkeitserklärung begründende Unzulässigkeit. Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung der Ausschreibung und aller Eventualanträge sei daher abzuweisen.

13 **1.3** Gegen diese Entscheidungen erhob der Revisionswerber zunächst Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof, der deren Behandlung mit Beschluss vom 14. Juni 2022, E 766/2022-8, E 768/2022-8, ablehnte. Mit Beschluss vom 28. Juni 2022, E 766/2022-10, E 768/2022-10, trat der Verfassungsgerichtshof die Beschwerde über nachträglichen Antrag dem Verwaltungsgerichtshof ab.

14 **1.4** In der Folge erhob der Revisionswerber die vorliegende außerordentliche Revision. Die mitbeteiligte Partei beantragte in ihrer nach Einleitung des Vorverfahrens durch den Verwaltungsgerichtshof erstatteten





Revisionsbeantwortung die kostenpflichtige Zurück-, in eventu Abweisung der Revision.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

15 **2.** Der Revisionswerber macht in seiner Revision - entgegen dem Vorbringen der mitbeteiligten Partei in ihrer Revisionsbeantwortung - hinreichend deutlich die Verletzung im Recht auf Nichtigerklärung der Ausschreibung als zulässigen Revisionspunkt geltend.

16 Die Revision erweist sich zu der im Zulässigkeitsvorbringen dargelegten Rechtsfrage, ob gemäß dem BVergGKonz 2018 der Bieterkreis aus „vergabefremden sozialpolitischen Zielen“ durch die Festlegung des Eignungskriteriums „vorzugsberechtigte Behinderung“ eingeschränkt werden kann, mangels Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes als zulässig; sie ist auch berechtigt.

Rechtslage

17 **3.1** Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesgesetzes, mit dem das Tabakmonopol neu geregelt wird (Tabakmonopolgesetz 1996 - TabMG 1996), BGBl. Nr. 830/1995 idF BGBl. Nr. 44/1996, in der vorliegend wesentlichen Fassung BGBl. I Nr. 5/2019 (§ 14), BGBl. I Nr. 117/2016 (§§ 25 und 27), BGBl. Nr. 830/1995 (§§ 29 und 30) lauten auszugsweise:

„...“

Aufgaben, Ziele und Befugnisse der Monopolverwaltung GmbH

§ 14. (1) Zu der Monopolverwaltung, die von der Monopolverwaltung GmbH zu besorgen ist, gehören die Angelegenheiten des Kleinhandels mit Tabakerzeugnissen unter Verfolgung von gesundheits-, sozial- und fiskalpolitischen Zielsetzungen. Dazu zählen insbesondere die Bestellung einer Zahl von Tabaktrafikanen, die zur Nahversorgung mit Tabakerzeugnissen erforderlich ist, und die damit im Zusammenhang stehenden Angelegenheiten.

...

Ausschreibung von Tabaktrafiken





§ 25. (1) Der Bestellung eines Tabaktrafikanten hat eine Einladung zur Stellung von Anboten (Ausschreibung) voranzugehen, sofern Abs. 6 oder 7 nicht anderes bestimmt.

(1) Die Ausschreibung ist von der Monopolverwaltung GmbH durchzuführen.

...

(9) Liegt für ein zu besetzendes Tabakfachgeschäft nach Ablauf der Anbotsfrist kein Anbot eines nach § 29 Abs. 3 vorzugsberechtigten Bewerbers vor, kann die Monopolverwaltung GmbH die erfolgte Ausschreibung widerrufen.

...

Ausschließungsgründe

§ 27. ...

(2) Um ein Tabakfachgeschäft dürfen sich ausschließlich bewerben

1. natürliche Personen,
2. unter der Voraussetzung, dass die Führung dieses Tabakfachgeschäfts als Schulungstrafik für die Ausbildung von Tabaktrafikanten vorgesehen ist, Organisationen der Kriegsoffer oder Behinderten, die im Beirat gemäß § 10 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBl. Nr. 22/1970, vertreten sind, sowie juristische Personen, die im Alleineigentum dieser Organisationen stehen.

Vorzugsrechte

§ 29. (1) Bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern sind die im Abs. 3 genannten Personen bevorzugt zu berücksichtigen.

...

(3) Vorzugsberechtigt sind:

1. Inhaber einer Amtsbescheinigung oder eines Opferausweises nach § 4 des Opferfürsorgegesetzes, BGBl. Nr. 183/1947;
2. Empfänger einer Beschädigtenrente nach dem Kriegsofferversorgungsgesetz 1957, BGBl. Nr. 152, oder dem Heeresversorgungsgesetz, BGBl. Nr. 27/1964, wenn ihre Erwerbsfähigkeit um mindestens 50 vH gemindert ist;
3. Empfänger einer Witwen- oder Witwerrente oder Witwen- oder Witwerbeihilfe nach dem Opferfürsorgegesetz, dem Kriegsofferversorgungsgesetz 1957 oder dem Heeresversorgungsgesetz;
4. begünstigte Behinderte im Sinne des § 2 des Behinderteneinstellungsgesetzes 1969, BGBl. Nr. 22/1970.





Auswahl unter mehreren Bewerbern

§ 30. (1) Bewerben sich um eine öffentlich ausgeschriebene Tabaktrafik sowohl vorzugsberechtigte aktive Inhaber eines Tabakfachgeschäftes, die ihre Tabaktrafik schon seit mindestens 5 Jahren innehaben, als auch vorzugsberechtigte oder nicht vorzugsberechtigte Nichttrafikanten, so sind vorzugsberechtigte Tabakfachgeschäftsinhaber bevorzugt zu berücksichtigen. Unter mehreren vorzugsberechtigten Trafikanten sind die Auswahlkriterien der Abs. 2 bis 4 anzuwenden.

...

(3) Unter gleich bedürftigen Vorzugsberechtigten sind Personen vorzuziehen, deren Erwerbsfähigkeit gemindert ist oder die eine Behinderung aufweisen. Unter diesen entscheidet der Grad der Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung). Unter Bewerbern gleichen Grades der Minderung der Erwerbsfähigkeit (Grad der Behinderung) gebührt blinden Personen der Vorzug. Die Auswahl unter Bewerbern, deren Erwerbsfähigkeit nicht oder in gleichem Grade gemindert ist beziehungsweise die nicht oder im gleichen Grade behindert sind, ist nach kaufmännischen Grundsätzen zu treffen.

(4) Die Auswahl unter nicht vorzugsberechtigten Bewerbern ist nach kaufmännischen Grundsätzen zu treffen.

(5) Bei einer Auswahl nach kaufmännischen Grundsätzen ist insbesondere auf die Erfordernisse der Nahversorgung, die Ausbildung und berufliche Erfahrung der Bewerber und die Eignung der Geschäftslokale Bedacht zu nehmen.

...“

18 **3.2** Die §§ 2, 14, 16 und 59 des Bundesgesetzes über die Vergabe von Konzessionsverträgen (Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 - BVergGKonz 2018), in der Stammfassung BGBl. I Nr. 65/2018, lauten auszugsweise:

„...“

Begriffsbestimmungen

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

...

14. Kriterien:

...

b) **Eignungskriterien** sind die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, mit dem Gegenstand der Konzession in Verbindung



stehenden und zu diesem verhältnismäßigen Mindestanforderungen betreffend die Befugnis, Zuverlässigkeit und Leistungsfähigkeit (Eignung) an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind.

c) **Zuschlagskriterien bzw. Zuschlagskriterium** sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden und mit dem Gegenstand der Konzession in Verbindung stehenden Kriterien, nach welchen das für den Auftraggeber technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot ermittelt wird; die Zuschlagskriterien dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen und müssen die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbes gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Zuschlagskriterien stehen mit dem Gegenstand der Konzession in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Stadium des Lebenszyklus auf die gemäß der Konzession zu erbringenden Leistungen beziehen. Dies schließt Faktoren ein, die mit dem bestimmten Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung der zu erbringenden Leistung oder des Handels damit oder einem bestimmten Prozess in Bezug auf ein anderes Stadium des Lebenszyklus zusammenhängen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Gegenstandes der Konzession auswirken. Zuschlagskriterien können unter anderem ökologische, soziale oder innovationsbezogene Kriterien enthalten.

...

Grundsätze des Konzessionsvergabeverfahrens

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

...

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



...

Vorbehaltene Konzessionen zugunsten sozialer und beruflicher Integration

§ 16. (1) Der Auftraggeber kann bei Konzessionsvergabeverfahren vorsehen, dass an diesen Verfahren nur geschützte Werkstätten, integrative Betriebe oder sonstige Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von sonstigen benachteiligten Personen ist, teilnehmen können oder dass die Durchführung von Konzessionen im Rahmen von Programmen mit geschützten Beschäftigungsverhältnissen zu erfolgen hat, wobei mindestens 30% der Arbeitnehmer des die Konzession durchführenden Unternehmens Menschen mit Behinderung oder sonstige benachteiligte Arbeitnehmer sein müssen.

(2) Sofern eine Bekanntmachung erfolgt, ist auf eine Beschränkung des Teilnehmerkreises oder des ausführungsberechtigten Kreises gemäß Abs. 1 hinzuweisen.

...

Technische und funktionelle Anforderungen

§ 59. (1) Die Leistungsbeschreibung hat technische und funktionelle Anforderungen zu enthalten, die allen Bewerbern und Bieterinnen den gleichen Zugang zum Konzessionsvergabeverfahren gewähren müssen und den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern dürfen.

...“

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

- 19 **4.1** Der Revisionswerber wendet zunächst die „Unzuständigkeit der erkennenden Gerichtsabteilung W187“ des Verwaltungsgerichts ein und bringt dazu zusammengefasst vor, die Zuweisung der gegenständlichen Rechtssache zur Gerichtsabteilung W187 sei anhand der anzuwendenden Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts und der im Zeitraum vom 7. Dezember 2021 bis zum Einlangen des Nachprüfungsantrags des Revisionswerbers am 3. Jänner 2022 erfolgten Zuweisungen von Rechtssachen in der Zuweisungsgruppe „VER“ des Verwaltungsgerichts nicht nachvollziehbar. Insbesondere sei die Zuweisung einer ursprünglich in der Gerichtsabteilung W120 anhängig gewesenen Rechtssache am 7. Dezember 2021 infolge der Auflösung dieser Gerichtsabteilung an die



Gerichtsabteilung W131 „aufklärungsbedürftig“. Es sei „schwer vorstellbar“, dass die aufgelöste Gerichtsabteilung W120 „lediglich eine einzige Rechtssache behandelte, die neu zugewiesen wurde, und damit einmalig und ausgerechnet am 7.12.2021 die Zuweisung veränderte“.

20 **4.2** Vorauszuschicken ist zunächst Folgendes: 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. etwa VwGH 2.12.2025, Ra 2022/04/0053, Rn. 17, mwN).

21 Mit dem bloßen Vorbringen, die Zuweisung seines am 3. Jänner 2022 beim Verwaltungsgericht eingelangten Nachprüfungsantrags an die Gerichtsabteilung W187 sei für ihn nicht nachvollziehbar, zeigt der Revisionswerber keine Unzuständigkeit infolge Entscheidung durch ein nach der Geschäftsverteilung des Verwaltungsgerichts unzuständiges Entscheidungsorgan auf. Insbesondere legt der Revisionswerber nicht dar, weshalb die Zuweisung des gegenständlichen Nachprüfungsantrags im



Hinblick auf den für die Zuweisung wesentlichen Zeitpunkt dessen Einlangens beim Verwaltungsgericht am 3. Jänner 2022 nicht den Bestimmungen der Geschäftsverteilung in der damals geltenden Fassung über die Zuweisung entsprochen haben soll.

Einwand der Befangenheit

- 22 **5.1** Der Revisionswerber begründet den Einwand der Befangenheit des Vorsitzenden des erkennenden Senats des Verwaltungsgerichts mit der Einbringung einer Disziplinaranzeige gegen seine rechtsfreundliche Vertretung beim Disziplinarrat der Rechtsanwaltskammer Wien. Die Disziplinaranzeige entbehre jeglicher sachlichen Grundlage und ziele darauf ab, den Rechtsschutz des Revisionswerbers einzuschränken bzw. ihn einzuschüchtern. Das dieses Verfahren abschließende Erkenntnis habe der Vorsitzende auf Feststellungen gestützt, zu denen es weder Vorbringen einer Partei gegeben habe, noch dem Revisionswerber Parteiengehör gewährt worden sei. Überdies habe der Vorsitzende in einem „Parallelverfahren“ die mitbeteiligte Partei angeleitet, „Beweismittel zu finden und vorzulegen“, um die Anwendbarkeit des BVergGKonz 2018 zu negieren. Der Revisionswerber habe daher Anlass zu Zweifeln an der Unbefangenheit des Vorsitzenden.
- 23 **5.2** Nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes begründet der Einwand der Befangenheit der entscheidenden Richter nur dann die Zulässigkeit der Revision, wenn vor dem Hintergrund des konkret vorgelegten Sachverhaltes die Teilnahme eines oder mehrerer Mitglieder des Verwaltungsgerichtes an der Verhandlung und Entscheidung tragende Rechtsgrundsätze des Verfahrensrechtes verletzt hätte bzw. in unvertretbarer Weise erfolgt wäre (vgl. etwa VwGH 28.12.2023, Ra 2023/16/0103, Rn. 18, mwN). Die Erstattung von - wenn auch allenfalls unbegründeten - Straf- oder Disziplinaranzeigen gegen einen Parteienvertreter begründet als solche kein Indiz für Befangenheit (vgl. VwGH 3.4.2023, Ra 2021/12/0032, Rn. 9, mwN). Ebenso vermögen Verfahrensmängel für sich genommen in der Regel keine Befangenheit zu begründen, es sei denn, diese Mängel wären so schwerwiegend, dass sie die mangelnde Objektivität des





Richters erkennen ließen (vgl. VwGH 20.10.2025, Ra 2025/12/0029, Rn. 15, mwN).

- 24 Derartiges zeigt die Revision in ihrem Vorbringen zur Befangenheit des Vorsitzenden des erkennenden Senats des Verwaltungsgerichts nicht auf.

Eignungskriterium - „Begünstigter Behinderter“

- 25 **6.1** Der Revisionswerber bringt zu der vom Verwaltungsgericht als zulässig erachteten Einschränkung des Bieterkreises auf „begünstigte Behinderte“ und Personen mit einem gleichwertigen Status vor, dem stehe die ständige Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofs zur strengen Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH 19.6.2003, C-315/01, *GAT*) zu den Eignungskriterien entgegen. Bei der Festlegung des Eignungskriteriums „vorzugsberechtigte Behinderung“ handle es sich nicht um eine unternehmensbezogene Mindestanforderung im Sinne des Vergaberechts. Der Katalog möglicher Eignungsnachweise sei im BVergG 2018 abschließend geregelt. Den Auftraggebern sei es verwehrt, andere Mindestanforderungen (Eignungskriterien) festzulegen. Zur Erreichung des „vorgeblichen sozialpolitischen Motivs“ wäre es geboten, sozialpolitische Erwägungen bei den Zuschlagskriterien zu berücksichtigen, etwa durch positive Bewertung der Beschäftigung vorzugsberechtigter Behinderter oder Behinderter nach dem Behinderteneinstellungsgesetz (BEinstG). Die Einschränkung des Bieterkreises auf „vorzugsberechtigte Behinderte iSd TabMG 1996“ sei insofern unverhältnismäßig. Selbst das TabMG 1996 sehe in § 30 Abs. 5 vor, dass eine Auswahl nach kaufmännischen Grundsätzen zu treffen sei, wenn sich ausschließlich „Nicht-Vorzugsberechtigte“ um einen Trafikstandort bewerben würden. Damit habe der Gesetzgeber eindeutig erkennen lassen, dass für das Fehlen eines Interesses Vorzugsberechtigter der Wettbewerb um eine Trafik auch „Nicht-Vorzugsberechtigten“ wohl im Sinn der Sicherstellung der Versorgung der Bevölkerung mit Tabakwaren offenstehen solle. Der Möglichkeit der Einschränkung des Bieterkreises auf geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe stehe entgegen, dass es sich bei Trafiken nicht um integrative Betriebe im Sinn der einschlägigen unionsrechtlichen



Vergaberichtlinien oder des BVergGKonz 2018 handle. Durch die Einschränkung des Bieterkreises werde der Revisionswerber von der Teilnahme am gegenständlichen Vergabeverfahren ausgeschlossen.

- 26 **6.2** Die mitbeteiligte Partei wendet dagegen in ihrer Revisionsbeantwortung zusammengefasst ein, sie habe gemäß § 14 Abs. 1 TabMG 1996 den klaren gesetzlichen Auftrag, neben gesundheits- und fiskalpolitischen vor allem sozialpolitische Zielsetzungen zu verfolgen. Die Förderung dieser Ziele sei ihr Kernauftrag. Die Vergabe von freiwerdenden Tabakfachgeschäften erfolge aufgrund der sozialpolitischen Zielsetzung des TabMG 1996 grundsätzlich nur an Personen mit einer vorzugsberechtigten Behinderung. Die in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen festgelegten Kriterien entsprächen vollumfänglich § 14 Abs. 6 BVergGKonz 2018. Das BVergGKonz 2018 kenne keine Einschränkung der Art der Berücksichtigung sozialer Kriterien. Die Aufzählung der zulässigen Zielsetzungen und der Gestaltungsmöglichkeiten in § 14 Abs. 6 BVergGKonz 2018 erfolge lediglich demonstrativ. Nach der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zum „klassischen Vergaberegime“ liege es im Ermessen eines Auftraggebers, welche Eignungsnachweise er verlange. Auch der EuGH (Urteil vom 6.10.2021, C-598/19, *Conacee*) habe zum „klassischen Vergaberegime“ bereits ausgesprochen, dass die in Art. 20 Abs. 1 der RL 2014/24/EU angeführten Voraussetzungen nicht abschließend seien und die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, gegebenenfalls zusätzliche Voraussetzungen für die Teilnahme an einem Vergabeverfahren zu definieren. Diese Rechtsprechung gelte für den mit Art. 20 Abs. 1 der RL 2014/24/EU inhaltsgleichen Art. 24 der RL 2014/23/EU gleichermaßen. Die vorliegende Einschränkung des Bieterkreises auf Basis der nationalen Rechtsgrundlage des § 29 TabMG 1996 als mittels allgemeingültiger Rechtsnorm von einem Mitgliedstaat aufgestellte weitere Voraussetzung entspreche der Rechtsprechung des EuGH. Die diesbezügliche Festlegung in den Ausschreibungsunterlagen erfolge transparent, nachvollziehbar und entsprechend der gesetzlich klar vorgegebenen Kriterien des TabMG 1996. Eine unsachliche Diskriminierung liege nicht vor.



- 27 **6.3** Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist Gegenstand des Bestellungsvertrages iSd TabMG 1996 in der vorliegend vor der Änderung des TabMG 1996 durch das Abgabenänderungsgesetz 2023, BGBl. I Nr. 110/2023, maßgeblichen Fassung BGBl. I Nr. 104/2019, die Vergabe einer Dienstleistungskonzession iSd BVergGKonz 2018. Die Bestimmungen des BVergGKonz 2018 sind daher auf das Verfahren zur Bestellung von Tabaktrafikannten nach dem TabMG 1996 anzuwenden (vgl. VwGH 20.7.2021, Ro 2019/04/0231, Rn. 48). Dementsprechend hat die mitbeteiligte Partei den Abschluss eines Vertrages über die Erbringung einer Dienstleistungskonzession im Oberschwellenbereich (kurz „Konzessionsvertrag“) betreffend den Betrieb eines Tabakfachgeschäftes gemäß dem TabMG 1996 an einem näher bezeichneten Standort in einem einstufigen Vergabeverfahren nach vorheriger Bekanntmachung gemäß den Bestimmungen des BVergGKonz 2018 ausgeschrieben.
- 28 **6.4** Die mitbeteiligte Partei hat im Kapitel „6 Eignungskriterien“ unter Punkt „6.3 Technische Leistungsfähigkeit - Begünstigter Behinderter“ der Ausschreibungsbedingungen festgelegt, dass der Bieter zum Ende der Angebotsfrist eine begünstigte Behinderung oder einen gleichwertigen Status aufzuweisen hat. Diese Anforderung an die Person des Bieters stellt ein Eignungskriterium iSd § 2 Z 14 lit. b BVergGKonz 2018 dar (vgl. zur Abgrenzung von Eignungskriterien und Zuschlagskriterien gemäß dem dazu im Wesentlichen identen BVergG 2006 VwGH 26.6.2009, 2009/04/0024, Pkt. 3.2., mwN insbesondere auf EuGH, 24.1.2008, C-532/06, *Lianakis*).
- 29 Diese Einschränkung des Bieterkreises leitet sich aus dem Gegenstand der ausgeschriebenen Konzession, und zwar dem Abschluss eines Konzessionsvertrages über den Betrieb eines Tabakfachgeschäftes gemäß dem TabMG 1996 ab. Das in Punkt 6.3. der Ausschreibungsbedingungen festgelegte Eignungskriterium setzt insofern unter anderem voraus, dass sie im TabMG 1996 Deckung findet.
- 30 **6.5** Gemäß § 14 Abs. 1 TabMG 1996 hat die mitbeteiligte Partei im Rahmen der Monopolverwaltung bei der Besorgung der Angelegenheiten des Kleinhandels mit Tabakerzeugnissen, wozu auch die Bestellung von



Tabaktrafikannten zählt, unter anderem sozialpolitische Zielsetzungen zu verfolgen. Das wesentliche sozialpolitische Ziel ist die Schaffung von Existenzgrundlagen für Behinderte (vgl. etwa IA BlgNR 513/A 26. GP 2). Das in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen festgelegte Eignungskriterium orientiert sich an dieser Zielsetzung. Dieses Ziel ist in § 29 Abs. 1 TabMG 1996 durch das zugunsten der in Abs. 3 genannten Personen festgelegte Vorzugsrecht bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern um eine öffentlich ausgeschriebene Tabaktrafik umgesetzt.

- 31 Im Gegensatz zur Einschränkung des Bieterkreises in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen auf den Personenkreis, der jenem des § 29 Abs. 3 TabMG 1996 entspricht, und dem damit verbundenen Ausschluss von nicht vorzugsberechtigten Personen von der Teilnahme am Vergabeverfahren, sieht das TabMG 1996 in § 29 Abs. 1 lediglich ein Vorzugsrecht für den begünstigten Personenkreis vor. Gemäß § 27 Abs. 2 iVm § 30 Abs. 5 TabMG 1996 sind nicht vorzugsberechtigte Bewerber, wie vorliegend der Revisionswerber, nicht von vornherein von der Vergabe öffentlich ausgeschriebener Tabaktrafiken ausgeschlossen. § 30 Abs. 5 TabMG 1996 regelt vielmehr die Auswahl unter nicht vorzugsberechtigten Bewerbern nach kaufmännischen Grundsätzen.
- 32 Gemäß § 25 Abs. 9 TabMG 1996 kann die Auftraggeberin die Ausschreibung zwar widerrufen, sofern für ein zu besetzendes Tabakfachgeschäft nach Ablauf der Anbotsfrist kein Anbot eines nach § 29 Abs. 3 leg. cit. vorzugsberechtigten Bewerbers vorliegt. Auch diese Bestimmung dient der sozialpolitischen Zielsetzung, möglichst viele Menschen mit Behinderung durch Verleihung eines Tabakfachgeschäftes in ihrer Existenzgrundlage zu unterstützen (vgl. RV 1352 BlgNR 25. GP 25).
- 33 Das Widerrufsrecht nach § 25 Abs. 9 TabMG 1996 ist jedoch nicht mit dem Ausschluss nicht vorzugsberechtigter Bieter von der Teilnahme am Vergabeverfahren gemäß Punkt 6.3. der angefochtenen Ausschreibungsbedingungen gleichzusetzen. Vielmehr geht der Ausschluss selbst unter Bedachtnahme auf das Widerrufsrecht nach § 25 Abs. 9 TabMG 1996 über die Bevorzugung des Personenkreises nach



§ 29 Abs. 3 TabMG 1996 und die im TabMG 1996 festgelegte sozialpolitische Zielsetzung der Schaffung einer Existenzgrundlage für begünstigte Behinderte durch Einräumung eines Vorzugsrechts hinaus. Das in Punkt 6.3. festgelegte Eignungskriterium findet daher im TabMG 1996 und damit auch im Gegenstand der Konzession keine hinreichende Deckung.

34 **6.6** Im Übrigen bezieht sich dieses Eignungskriterium nicht ausdrücklich auf § 16 Abs. 1 BVergGKonz 2018. Bieter mit einer „begünstigten Behinderung oder einem gleichwertigen Status“ im Sinne dieses Eignungskriteriums sind weder nach dem Wortlaut der Ausschreibungsbedingungen noch nach dem systematischen Zusammenhang als „geschützte Werkstätten“, „integrative Betriebe“ oder „sonstige Unternehmen“ iSd § 16 Abs. 1 BVergGKonz 2018 zu verstehen. Der in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen festgelegte Vorbehalt der Teilnahme am Konzessionsverfahren zu Gunsten von Personen mit einer „begünstigten Behinderung oder einem gleichwertigen Status“ kann daher nicht auf § 16 Abs. 1 BVergGKonz 2018 gestützt werden.

35 **6.7** Das in Punkt 6.3 der Ausschreibungsbedingungen festgelegte Eignungskriterium der Beschränkung des Bieterkreises auf Bieter mit einer „begünstigten Behinderung oder einem gleichwertigen Status“ und der damit verbundene Ausschluss nicht vorzugsberechtigter Personen an der Teilnahme am Konzessionsverfahren erweist sich daher auf Basis der hier maßgeblichen Fassung des TabMG 1996 als unzulässig.

Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung

36 **7.** Gemäß § 91 Abs. 2 BVergGKonz 2018 kommt als Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen auch die Streichung von für Unternehmer diskriminierenden Anforderungen in der Ausschreibung in Betracht.

37 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ist die Streichung einzelner Bestimmungen (anstelle der Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung) dann ausgeschlossen, wenn danach kein Ausschreibungsgegenstand verbliebe, die Ausschreibung dadurch einen gänzlich anderen Inhalt bekäme oder ein anderer Bieterkreis angesprochen würde. In diesen Fällen wäre die gesamte Ausschreibung für nichtig zu



erklären (vgl. etwa zur mit § 91 Abs. 2 BVergGKonz 2018 inhaltsgleichen Bestimmung des § 347 Abs. 2 BVergG 2018 VwGH 1.2.2024, Ro 2020/04/0020 bis 0022, Rn. 65, mwN).

- 38 Vorliegend ist die Streichung des in Punkt 6.3 festgelegten Eignungskriteriums mit einer Änderung des Bieterkreises verbunden, weshalb sich bereits deshalb die gesamte Ausschreibung als nichtig erweist.
- 39 Ausgehend davon erübrigt es sich, auf die weiteren vom Revisionswerber für die Nichtigerklärung der gesamten Ausschreibung herangezogenen Gründe bzw. die einzelnen von ihm bekämpften Festlegungen in der Ausschreibung und das diesbezügliche Revisionsvorbringen näher einzugehen.

Ergebnis

- 40 **8.** Vor diesem Hintergrund erweist sich das angefochtene Erkenntnis als inhaltlich rechtswidrig und war gemäß § 42 Abs. 2 Z 1 VwGG aufzuheben.
- 41 Der Verwaltungsgerichtshof hat festgehalten, dass in einem Fall, in dem ein Abspruch über einen Antrag auf Pauschalgebührenersatz mit der Entscheidung über den zugrunde liegenden vergaberechtlichen Nachprüfungsantrag in einem untrennbaren Zusammenhang steht, mit der Aufhebung der letztgenannten Entscheidung auch der Entscheidung über den Pauschalgebührenersatz die rechtliche Grundlage entzogen und diese Entscheidung somit aufzuheben ist (vgl. etwa VwGH 29.9.2025, Ra 2022/04/0141, 0142, Rn. 30, mwN). Der angefochtene Beschluss war daher ebenfalls aufzuheben.
- 42 Von einer mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 4 und 6 VwGG abgesehen werden.
- 43 Die Entscheidung über den Aufwandsersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014.

W i e n , am 18. Februar 2026

