

TE Vwgh Erkenntnis 2014/2/26 2011/04/0134

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 26.02.2014

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3L E06300000;
E3L E06302000;
E3L E06303000;
E3R E07201000;
E3R E07202000;
001 Verwaltungsrecht allgemein;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

31989L0665 Rechtsmittel-RL;
31992L0013 Vergabekoordinierungs-RL Wasser Energie Verkehr 1992;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 ;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs2;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs4;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs5;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs6;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs7;
BVergG 2006 §11;
BVergG 2006 §141 Abs3;
BVergG 2006 §141 Abs5;
BVergG 2006 §141;
BVergG 2006 §177;
BVergG 2006 §280;
BVergG 2006 §331 Abs1;
BVergG 2006 §332 Abs5;
BVergG 2006 §351 Z16;
EURallg;
VwRallg;

1. BVergG 2006 § 11 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 11 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 11 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010

4. BVergG 2006 § 11 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 141 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 141 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 141 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 177 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 177 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 177 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 177 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 177 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 280 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 280 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 280 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 280 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 280 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
6. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 351 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 351 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 351 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
4. BVergG 2006 § 351 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
5. BVergG 2006 § 351 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
6. BVergG 2006 § 351 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
7. BVergG 2006 § 351 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Beck, die Hofräte Dr. Grünstäudl, Dr. Kleiser und Dr. Mayr sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Pichler, über die Beschwerde der

W GmbH in W, vertreten durch die B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen den Bescheid des Bundesvergabebeamten vom 1. Juni 2011, Zl. F/0003- BVA/14/2011-45, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (weitere Partei: Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend; mitbeteiligte Parteien:

1. Republik Österreich (Bund), vertreten durch die Bundesministerin für Verkehr, Innovation und Technologie, 2. S Gesellschaft mbH, beide in Wien und beide vertreten durch die Finanzprokurator in 1011 Wien, Singerstraße 17-19,
3. Ö Aktiengesellschaft in W), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Beschwerde wird als unbegründet abgewiesen.

Die Beschwerdeführerin hat dem Bund Aufwendungen in der Höhe von EUR 610,60 sowie der erstmitbeteiligten Partei und der zweitmitbeteiligten Partei gemeinsam Aufwendungen in der Höhe von insgesamt EUR 980,-- binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.römisch eins.

1. Am 12. Dezember 2009 veröffentlichte die Republik Österreich (Bund) im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften nachstehende öffentliche Vorinformation:

"AT-Wien: Direktvergabe Linienbündel Bundesgebiet

Österreich

2009/S 240-343648

Öffentliche Vorinformation gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße Öffentliche Vorinformation gemäß Artikel 7 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße

Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2, 1030 Wien, beabsichtigt, unmittelbar oder im Wege einer vergebenden Stelle als Aufgabenträger des ÖPNRV zur Erfüllung des Grundangebots im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr (§ 7 ÖPNRV-G 1999 idgF) voraussichtlich im ersten Halbjahr 2010 mehrere Dienstleistungsaufträge gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt zu vergeben, unter der Voraussetzung, dass dies nach Inkrafttreten der Bundesvergabegesetzesnovelle 2009 zulässig sein wird. Der Leistungsumfang erfasst Schienenpersonennah- und Regionalverkehrsleistungen (CPV 60210000) auf den von der Ö AG bedienten Strecken im Gesamtnetz des Bundesgebietes sowie auf den von einzelnen anderen Bahnen jeweils bedienten Strecken der Republik Österreich (NUTS-Code AT), Dienstleistungskategorie Anhang II Teil B, Nr. 18, Richtlinie 2004/18/EG. Kontaktstelle: Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2, 1030 Wien, beabsichtigt, unmittelbar oder im Wege einer vergebenden Stelle als Aufgabenträger des ÖPNRV zur Erfüllung des Grundangebots im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr (Paragraph 7, ÖPNRV-G 1999 idgF) voraussichtlich im ersten Halbjahr 2010 mehrere Dienstleistungsaufträge gemäß Artikel 5, Absatz 6, VO (EG) Nr. 1370 aus 2007, direkt zu vergeben, unter der Voraussetzung, dass dies nach Inkrafttreten der Bundesvergabegesetzesnovelle 2009 zulässig sein wird. Der Leistungsumfang erfasst Schienenpersonennah- und Regionalverkehrsleistungen (CPV 60210000) auf den von der Ö AG bedienten Strecken im Gesamtnetz des Bundesgebietes sowie auf den von einzelnen anderen Bahnen jeweils bedienten Strecken der Republik Österreich (NUTS-Code AT), Dienstleistungskategorie Anhang römisch zwei Teil B, Nr. 18, Richtlinie 2004/18/EG. Kontaktstelle:

Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Verkehr, Abteilung V/Infra 6 Öffentlicher Personennah- und - regionalverkehr (ÖPNRV), z. Hd. ..."

Mit an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (im Weiteren: BMVIT) gerichtetem Schreiben vom 17. Februar 2010 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag auf "Erteilung von Dienstleistungsaufträgen auf der Strecke Wien - Salzburg - Wien". Dem Schreiben war ein "Angebot der W GmbH ab 12/2011" beigegeben. In der Folge wurde der Beschwerdeführerin seitens des BMVIT mehrfach (mit Schreiben vom 11. März 2010, vom 21. Juli 2010 und

vom 19. August 2010) mitgeteilt, dass es nicht möglich sei, mit der Beschwerdeführerin über die Erbringung der derzeit aktuellen (noch im Jahr 2010 umzusetzenden) gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu verhandeln, weil die Beschwerdeführerin ihren Betrieb nach eigenen Angaben frühestens Ende 2011 aufnehmen werde. Im Schreiben vom 19. August 2010 wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für die nunmehr erstmalig anfallende Art der Leistungsbestellung der Weg der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden: VO 1370/2007) gewählt worden sei. Mit an das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (im Weiteren: BMVIT) gerichtetem Schreiben vom 17. Februar 2010 stellte die Beschwerdeführerin den Antrag auf "Erteilung von Dienstleistungsaufträgen auf der Strecke Wien - Salzburg - Wien". Dem Schreiben war ein "Angebot der W GmbH ab 12/2011" beigegeben. In der Folge wurde der Beschwerdeführerin seitens des BMVIT mehrfach (mit Schreiben vom 11. März 2010, vom 21. Juli 2010 und vom 19. August 2010) mitgeteilt, dass es nicht möglich sei, mit der Beschwerdeführerin über die Erbringung der derzeit aktuellen (noch im Jahr 2010 umzusetzenden) gemeinwirtschaftlichen Leistungen zu verhandeln, weil die Beschwerdeführerin ihren Betrieb nach eigenen Angaben frühestens Ende 2011 aufnehmen werde. Im Schreiben vom 19. August 2010 wurde ausdrücklich darauf hingewiesen, dass für die nunmehr erstmalig anfallende Art der Leistungsbestellung der Weg der Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (im Folgenden: VO 1370 aus 2007,) gewählt worden sei.

Am 3. Februar 2011 schloss die S Gesellschaft mbH (zweitmitbeteiligte Partei) mit der Ö AG (drittmitbeteiligte Partei) einen Vertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr (Verkehrsdienstevertrag) ab. Gegenstand des Vertrages ist die Beauftragung von gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen gemäß Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 für den Bund sowie die dafür im Gegenzug zu entrichtenden Zahlungen. Der Verkehrsdienstevertrag trat rückwirkend mit 1. April 2010 in Kraft und ist bis zum 31. Dezember 2019 befristet. Am 3. Februar 2011 schloss die S Gesellschaft mbH (zweitmitbeteiligte Partei) mit der Ö AG (drittmitbeteiligte Partei) einen Vertrag betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr (Verkehrsdienstevertrag) ab. Gegenstand des Vertrages ist die Beauftragung von gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen gemäß Artikel 5, Absatz 6, der VO 1370 aus 2007, für den Bund sowie die dafür im Gegenzug zu entrichtenden Zahlungen. Der Verkehrsdienstevertrag trat rückwirkend mit 1. April 2010 in Kraft und ist bis zum 31. Dezember 2019 befristet.

2. Mit Schreiben vom 2. März 2011 beantragte die Beschwerdeführerin die Feststellung, "dass der Zuschlag (Vertragsabschluss über gemeinwirtschaftliche Leistungen) gegen das BVergG, die hiezu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht erteilt (abgeschlossen) wurde und daher rechtswidrig war (§ 312 Abs 3 Z 1 iVm § 331 Abs 1 Z 1 BVergG) sowie dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Direktvergabe für Dienstleistungsaufträge im Schienenverkehr (GWL-Verträge) ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war (§ 312 Abs 3 Z 3 iVm § 331 Abs 1 Z 2 BVergG)". Weiters beantragte die Beschwerdeführerin die Nichtigserklärung, in eventu Aufhebung des Vertrages über gemeinwirtschaftliche Leistungen, in eventu die Verhängung einer Geldstrafe. 2. Mit Schreiben vom 2. März 2011 beantragte die Beschwerdeführerin die Feststellung, "dass der Zuschlag (Vertragsabschluss über gemeinwirtschaftliche Leistungen) gegen das BVergG, die hiezu ergangenen Verordnungen und unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht erteilt (abgeschlossen) wurde und daher rechtswidrig war (Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer eins, in Verbindung mit Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer eins, BVergG) sowie dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Direktvergabe für Dienstleistungsaufträge im Schienenverkehr (GWL-Verträge) ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war (Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3, in Verbindung mit Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG)". Weiters beantragte die Beschwerdeführerin die Nichtigserklärung, in eventu Aufhebung des Vertrages über gemeinwirtschaftliche Leistungen, in eventu die Verhängung einer Geldstrafe.

3. Mit dem angefochtenen Bescheid vom 1. Juni 2011 wies das Bundesvergabeamt (im Weiteren: belangte Behörde) diese Anträge zurück.

3.1. Die belangte Behörde stellte zunächst fest, dass der Bund auf Grund der am 3. Dezember 2009 in Kraft getretenen

Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße sein System der Bestellung von Leistungen im öffentlichen Schienenpersonennah- und -regionalverkehr von einer "Tarifbestellung" auf eine "Leistungsbestellung" umgestellt habe. Der letzte auf dem "alten" System basierende fünfjährige Rahmenbestellvertrag zwischen dem Bund und der drittmittelbeteiligten Partei sei am 30. September 2010 ausgelaufen. Bei der Beschwerdeführerin handle es sich - so die belangte Behörde weiter - um ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, dem mit Bescheid vom 29. Mai 2009 die eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Personenverkehr unter Auflagen erteilt worden sei. Die Eröffnung des Verkehrs habe bis zum 31. Dezember 2011 zu erfolgen. Bis dato sei keine Anzeige der Eröffnung des Verkehrs an das BMVIT erfolgt.

3.1. Die belangte Behörde stellte zunächst fest, dass der Bund auf Grund der am 3. Dezember 2009 in Kraft getretenen Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße sein System der Bestellung von Leistungen im öffentlichen Schienenpersonennah- und -regionalverkehr von einer "Tarifbestellung" auf eine "Leistungsbestellung" umgestellt habe. Der letzte auf dem "alten" System basierende fünfjährige Rahmenbestellvertrag zwischen dem Bund und der drittmittelbeteiligten Partei sei am 30. September 2010 ausgelaufen. Bei der Beschwerdeführerin handle es sich - so die belangte Behörde weiter - um ein Eisenbahnverkehrsunternehmen, dem mit Bescheid vom 29. Mai 2009 die eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung für die Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen im Personenverkehr unter Auflagen erteilt worden sei. Die Eröffnung des Verkehrs habe bis zum 31. Dezember 2011 zu erfolgen. Bis dato sei keine Anzeige der Eröffnung des Verkehrs an das BMVIT erfolgt.

3.2. Den Inhalt der Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin fasste die belangte Behörde wie folgt zusammen:

Die Beschwerdeführerin habe insbesondere gerügt, dass die Vorabinformation vom 12. Dezember 2009 nicht die Anforderungen an eine Veröffentlichung im Sinne des Nichtdiskriminierungs- bzw. Transparenzgebotes erfülle und nicht die in Art. 7 Abs. 2 der VO 1370/2007 vorgeschriebenen Mindestinhalte aufweise. Weiters habe die Beschwerdeführerin moniert, dass sich das BMVIT mit ihrem Antrag auf Erteilung von Dienstleistungsaufträgen nicht adäquat auseinandergesetzt habe, obwohl sie angegeben habe, ab Dezember 2011 Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Personen auf der Westbahnstrecke zwischen Wien und Salzburg zu erbringen. Sie sei somit "beinahe während der gesamten Laufzeit" des abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrages leistungsbereit und auch anspruchsberechtigt gewesen. Die Beschwerdeführerin habe insbesondere gerügt, dass die Vorabinformation vom 12. Dezember 2009 nicht die Anforderungen an eine Veröffentlichung im Sinne des Nichtdiskriminierungs- bzw. Transparenzgebotes erfülle und nicht die in Artikel 7, Absatz 2, der VO 1370 aus 2007, vorgeschriebenen Mindestinhalte aufweise. Weiters habe die Beschwerdeführerin moniert, dass sich das BMVIT mit ihrem Antrag auf Erteilung von Dienstleistungsaufträgen nicht adäquat auseinandergesetzt habe, obwohl sie angegeben habe, ab Dezember 2011 Eisenbahnverkehrsleistungen zur Beförderung von Personen auf der Westbahnstrecke zwischen Wien und Salzburg zu erbringen. Sie sei somit "beinahe während der gesamten Laufzeit" des abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrages leistungsbereit und auch anspruchsberechtigt gewesen.

3.3. Anschließend stellte die belangte Behörde die wesentlichen Inhalte der Stellungnahme der erstmittelbeteiligten und der zweitmittelbeteiligten Partei (Antragsgegner) dar: Zum einen sei vorgebracht worden, dass der Feststellungsantrag gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 2006 unzulässig sei, weil der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff BVergG 2006 hätte geltend gemacht werden können. Die Entscheidung des Auftraggebers, die gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Rahmen der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 zu vergeben, stelle nämlich eine anfechtbare Entscheidung iSd § 2 Z 16 lit. a sublit. nn BVergG 2006 dar.

3.3. Anschließend stellte die belangte Behörde die wesentlichen Inhalte der Stellungnahme der erstmittelbeteiligten und der zweitmittelbeteiligten Partei (Antragsgegner) dar: Zum einen sei vorgebracht worden, dass der Feststellungsantrag gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 unzulässig sei, weil der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff BVergG 2006 hätte geltend gemacht werden können. Die Entscheidung des Auftraggebers, die gemeinwirtschaftlichen Leistungen im Rahmen der Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, der VO 1370 aus 2007, zu vergeben, stelle nämlich eine anfechtbare Entscheidung iSd Paragraph 2, Ziffer 16, Litera a, Sub-Litera, n, n, BVergG 2006 dar.

Weiters hätten die Antragsgegner darauf hingewiesen, dass die drittmittelbeteiligte Partei als einziges Eisenbahnverkehrsunternehmen aktuell zur österreichweiten Versorgung des Grundangebotes in der Lage sei. Deshalb sei zwecks kontinuierlicher Aufrechterhaltung des Grundangebotes die Leistungsbeziehung mit der drittmittelbeteiligten Partei eingegangen worden. Demgegenüber hätte die Beschwerdeführerin die Eröffnung des

Verkehrs der Behörde bis dato nicht angezeigt. Die Beschwerdeführerin sei nicht in der Lage, die Leistungen des Verkehrsdienstevertrages in seiner Gesamtheit zu erbringen, weil sie nur die Strecke Wien - Salzburg - Wien bediene und den Betrieb frühestens mit Dezember 2011 aufnehmen werde. Die Beschwerdeführerin sei somit nicht antragslegitimiert.

3.4. In einem weiteren Schriftsatz - so die belangte Behörde -

habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, nicht die Wahl der Direktvergabe, sondern die rechtswidrige Art und Weise der Durchführung des Vergabeverfahrens sowie des Zuschlages zu bekämpfen. Weiters habe die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 27. April 2011 klargestellt, dass ihre Feststellungsanträge materiell-rechtlich auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, insbesondere auch auf Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 gestützt würden. Nach Auffassung der belangten Behörde habe die Beschwerdeführerin somit ihre ursprünglichen Anträge vom 2. März 2011 modifiziert. habe die Beschwerdeführerin vorgebracht, nicht die Wahl der Direktvergabe, sondern die rechtswidrige Art und Weise der Durchführung des Vergabeverfahrens sowie des Zuschlages zu bekämpfen. Weiters habe die Beschwerdeführerin in ihrer Replik vom 27. April 2011 klargestellt, dass ihre Feststellungsanträge materiell-rechtlich auf jeden erdenklichen Rechtsgrund, insbesondere auch auf Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, gestützt würden. Nach Auffassung der belangten Behörde habe die Beschwerdeführerin somit ihre ursprünglichen Anträge vom 2. März 2011 modifiziert.

3.5. Schließlich stellte die belangte Behörde die wesentlichen Inhalte und Ergebnisse der am 29. April 2011 durchgeführten mündlichen Verhandlung dar. Der als Zeuge befragte Geschäftsführer der Beschwerdeführerin habe dabei angegeben, dass im Dezember 2011 der Betrieb mit eigenen Zügen aufgenommen werden solle. Vorher bestünde die Möglichkeit, mit anderen Bahngesellschaften derart zu kooperieren, dass mit deren Zügen in Österreich Leistungen erbracht werden könnten. Weder die erstmitbeteiligte Partei noch die zweitmitbeteiligte Partei sei aber über derartige mögliche Kooperationsmodelle unterrichtet worden.

3.6. In ihrer rechtlichen Beurteilung hielt die belangte Behörde zunächst fest, dass der Verkehrsdienstevertrag von der zweitmitbeteiligten Partei abgeschlossen worden sei, sodass diese im gegenständlichen Verfahren als Auftraggeberin anzusehen sei. Vorliegend handle es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG 2006, der im Wege einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 vergeben worden sei. Die Zurückweisung der beiden Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin begründete die belangte Behörde wie folgt: 3.6. In ihrer rechtlichen Beurteilung hielt die belangte Behörde zunächst fest, dass der Verkehrsdienstevertrag von der zweitmitbeteiligten Partei abgeschlossen worden sei, sodass diese im gegenständlichen Verfahren als Auftraggeberin anzusehen sei. Vorliegend handle es sich um einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß Paragraph 6, BVergG 2006, der im Wege einer Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, der VO 1370 aus 2007, vergeben worden sei. Die Zurückweisung der beiden Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin begründete die belangte Behörde wie folgt:

3.6.1. Zum einen wies die belangte Behörde die Feststellungsanträge mangels Antragslegitimation zurück. Da die Beschwerdeführerin den Betrieb ihrer Tätigkeit erst im Dezember 2011 aufnehmen werde, könne kein Interesse an einer voraussichtlich in der ersten Jahreshälfte 2010 stattfindenden Auftragsvergabe bestehen. Auch im letztlich maßgeblichen Zeitpunkt der Zuschlagserteilung am 3. Februar 2011 könne ein derartiges Interesse mangels "Betriebsaufnahme" noch nicht vorhanden gewesen sein.

Auch das kumulativ zu erfüllende Erfordernis eines Schadens sah die belangte Behörde als nicht gegeben an. Zwar genüge eine plausible Behauptung eines Schadenseintrittes, im vorliegenden Fall sei die Möglichkeit eines Schadenseintrittes allerdings zu verneinen. Mangels Eröffnung des Verkehrs (somit mangels Aufnahme des Betriebs) zum Zeitpunkt der Auftragsvergabe konnte der Beschwerdeführerin durch ihre Nichtberücksichtigung kein Schaden entstanden sein, weil sie zu diesem Zeitpunkt zur Leistungserbringung nicht in der Lage gewesen wäre. Darüber hinaus wäre die Beschwerdeführerin auch infolge mangelnder technischer Leistungsfähigkeit zur Erbringung der in Rede stehenden Dienstleistungen nicht imstande gewesen, weil sie weder über die erforderlichen Fahrbetriebsmittel noch über die notwendigen personellen Ressourcen verfügt habe. Zu dem in der mündlichen Verhandlung erstatteten Vorbringen betreffend allfällige Kooperationen mit anderen Bahnunternehmen hielt die belangte Behörde fest, dass allenfalls angestrebte Kooperationsmodelle weder dem BMVIT noch der zweitmitbeteiligten Partei gegenüber offengelegt worden seien. Die Beschwerdeführerin habe auch nicht glaubhaft darlegen können, dass eine allfällige Bereitstellung von Fahrbetriebsmitteln durch Dritte im Vergabezeitpunkt bereits verbindlich gewährleistet gewesen

wäre. Es sei somit ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin ohne den behaupteten Rechtsverstoß den Zuschlag erhalten hätte. Weiters verwies die belangte Behörde darauf, dass die Beschwerdeführerin mit dem gegenüber dem BMVIT bekanntgegebenen Leistungsangebot der Bedienung der Westbahnstrecke Wien - Salzburg den im Verkehrsdienstevertrag enthaltenen Leistungsumfang nicht abgedeckt habe.

3.6.2. Zum anderen erachtete die belangte Behörde die Feststellungsanträge aber auch infolge Subsidiarität des Feststellungsverfahrens gegenüber dem Nachprüfungsverfahren gemäß § 332 Abs. 5 BVergG 2006 als unzulässig.

3.6.2. Zum anderen erachtete die belangte Behörde die Feststellungsanträge aber auch infolge Subsidiarität des Feststellungsverfahrens gegenüber dem Nachprüfungsverfahren gemäß Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006 als unzulässig.

Diesbezüglich ging die belangte Behörde im Wesentlichen davon aus, dass es sich bei der am 12. Dezember 2009 veröffentlichten Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 der VO 1370/2007 um eine gesondert anfechtbare Entscheidung (im Hinblick auf den hier maßgeblichen Sektorenbereich iSd § 280 Abs. 5 erster Satz BVergG 2006) gehandelt habe. Da die Beschwerdeführerin (ungeachtet ihrer Behauptung, die Wahl der Direktvergabe nicht zu bekämpfen) der Sache nach die Nichtdurchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens ohne Einbindung weiterer Interessenten bekämpft habe, hätte sie die gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl der Direktvergabe (und somit die Vorinformation vom 12. Dezember 2009) fristgerecht bekämpfen müssen. Durch die Versäumung der Anfechtungsfrist sei auch das Recht zur Stellung eines Feststellungsantrags verwirkt. Die Feststellungsanträge seien daher auch aus diesem Grund zurückzuweisen gewesen. Diesbezüglich ging die belangte Behörde im Wesentlichen davon aus, dass es sich bei der am 12. Dezember 2009 veröffentlichten Vorinformation nach Artikel 7, Absatz 2, der VO 1370 aus 2007, um eine gesondert anfechtbare Entscheidung (im Hinblick auf den hier maßgeblichen Sektorenbereich iSd Paragraph 280, Absatz 5, erster Satz BVergG 2006) gehandelt habe. Da die Beschwerdeführerin (ungeachtet ihrer Behauptung, die Wahl der Direktvergabe nicht zu bekämpfen) der Sache nach die Nichtdurchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens ohne Einbindung weiterer Interessenten bekämpft habe, hätte sie die gesondert anfechtbare Entscheidung der Wahl der Direktvergabe (und somit die Vorinformation vom 12. Dezember 2009) fristgerecht bekämpfen müssen. Durch die Versäumung der Anfechtungsfrist sei auch das Recht zur Stellung eines Feststellungsantrags verwirkt. Die Feststellungsanträge seien daher auch aus diesem Grund zurückzuweisen gewesen.

3.6.3. Schließlich ging die belangte Behörde noch davon aus, dass die (ursprünglichen) Anträge der Beschwerdeführerin vom 2. März 2011 durch die Modifikation vom 27. April 2011 weggefallen seien. Der Feststellungsantrag betreffend den (behauptetermaßen) rechtswidrigen Zuschlag, der binnen sechs Wochen ab Kenntnis vom Zuschlag einzubringen gewesen wäre, sei daher auch auf Grund von Verfristung zurückzuweisen gewesen.

3.7. Infolge der Zurückweisung der Feststellungsanträge als unzulässig seien auch die Anträge auf Nichtigerklärung bzw. Aufhebung des Vertrages sowie auf Verhängung von Sanktionen als unzulässig zurückzuweisen gewesen.

4. Gegen diesen Bescheid richtet sich die vorliegende Beschwerde.

Die belangte Behörde legte die Verwaltungsakten vor und erstattete eine Gegenschrift. Die erstmitbeteiligte Partei und die zweitmitbeteiligte Partei erstatteten gemeinsam eine Gegenschrift. Die drittmitheteiligte Partei erstattete ebenfalls eine Gegenschrift.

II. römisch zwei.

Der Verwaltungsgerichtshof hat über diese Beschwerde erwogen:

1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG idF BGBl. I Nr. 122/2013, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, BGBl. I Nr. 33/2013, - wie vorliegend - nicht anderes bestimmt ist, in dem mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden sind. 1. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass gemäß Paragraph 79, Absatz 11, letzter Satz VwGG in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 122 aus 2013,, soweit durch das Verwaltungsgerichtsbarkeits-Übergangsgesetz, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, - wie vorliegend - nicht anderes bestimmt ist, in dem mit Ablauf des 31. Dezember 2013 beim Verwaltungsgerichtshof anhängigen Beschwerdeverfahren die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2013 geltenden Bestimmungen weiter anzuwenden sind.

2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 idF BGBl. I Nr. 15/2010, lauten wie folgt: 2.1. Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006, BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17 in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010,, lauten wie folgt:

"Dienstleistungsaufträge

§ 6. Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind." Paragraph 6, Dienstleistungsaufträge sind entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge römisch drei (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder römisch vier (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind."

"Verkehrsleistungen

§ 169. (1) Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs sind die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen). Paragraph 169, (1) Sektorentätigkeiten im Bereich des Verkehrs sind die Bereitstellung oder das Betreiben von Netzen zur Versorgung der Allgemeinheit mit Verkehrsleistungen auf der Schiene, mit automatischen Systemen, mit der Straßenbahn, mit Bus, mit Oberleitungsbussen oder mit Kabel (Seilbahnen).

1. (2) Absatz 2, Im Verkehrsbereich liegt ein Netz vor, wenn die Verkehrsleistung gemäß den von einer zuständigen Behörde festgelegten Bedingungen erbracht wird; dazu gehören die Festlegung der Strecken, der Transportkapazitäten und der Fahrpläne."

"Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge

§ 280. (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Sektorenauftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 6, 9, 164 bis 166, 175, 180 Abs. 1 und 3, 181, 184, 188 Abs. 2, 3 und 5, 189, 205, 210, 212, 247 und 279 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Paragraph 280, (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Sektorenauftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des Paragraph 2, Ziffer 16,, die Paragraphen 6, 9, 164, bis 166, 175, 180 Absatz eins, und 3, 181, 184, 188 Absatz 2, 3, und 5, 189, 205, 210, 212, 247 und 279 Absatz 9, sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

1. (2) Absatz 2, Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Sektorenauftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in § 195 genannten Voraussetzungen vorliegt. Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Sektorenauftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauten Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in Paragraph 195, genannten Voraussetzungen vorliegt.
2. (3) Absatz 3, Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des Schwellenwertes gemäß § 180 Abs. 1 Z 1 nicht erreicht. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem

formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100 000 Euro zulässig; die Anwendung des Artikel 5, Absatz 2, und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des Schwellenwertes gemäß Paragraph 180, Absatz eins, Ziffer eins, nicht erreicht.

3. (4) Absatz 4, Im Oberschwellenbereich sind vergebene nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gemäß § 217 bekannt zu geben. Im Oberschwellenbereich sind vergebene nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gemäß Paragraph 217, bekannt zu geben.
4. (5) Absatz 5, Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Sektorenauftraggebers. Der Sektorenauftraggeber hat, außer in sachlich gerechtfertigten Ausnahmefällen, die Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmern bekannt zu geben und eine angemessene, vom Sektorenauftraggeber festzusetzende Stillhaltefrist zu beachten. Der Zuschlag bzw. der Widerruf darf bei sonstiger Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit nicht innerhalb der festgesetzten Stillhaltefrist erteilt bzw. erklärt werden."

"Zuständigkeit

§ 312. (1) ...Paragraph 312, (1) ...

...

1. (3) Absatz 3, Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesvergabeamt zuständig

1. im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten

Beschwerdepunkte zur Feststellung, ob wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

2. ...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren

rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

...

6. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages; 6. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3, bis 5 zur Nichtigklärung oder Aufhebung des Vertrages;

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7. 7. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3, bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7,

..."

"Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dassParagraph 331, (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

1. der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses

Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, oder

2. 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 Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war, oder

..."

"Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrags

§ 332. (1) ...Paragraph 332, (1) ...

...

1. (5) Absatz 5, Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können. Ein Antrag auf Feststellung gemäß Paragraph 331, Absatz eins, ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den Paragraphen 320, ff hätte geltend gemacht werden können.

..."

"Bezugnahme auf Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaft

§ 351. ... Paragraph 351, ...

...

16. Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 S. 1."

16. Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates, Amtsblatt Nummer L 315 vom 03.12.2007 Seite 1."

2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (VO 1370/2007) lauten auszugsweise wie folgt: 2.2. Die maßgeblichen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (VO 1370 aus 2007,) lauten auszugsweise wie folgt:

"in Erwägung nachstehender Gründe

...

1. (21) Absatz 21, Ein wirksamer Rechtsschutz sollte nicht nur für

Aufträge gelten, die unter die Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und die Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge fallen, sondern auch für andere gemäß der vorliegenden Verordnung abgeschlossene Verträge gelten. Es ist ein wirksames Nachprüfungsverfahren erforderlich, das mit den entsprechenden Verfahren gemäß der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge bzw. der Richtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25. Februar 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Gemeinschaftsvorschriften über die Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor vergleichbar sein sollte.

...

1. (25) Absatz 25, Der öffentliche Schienenpersonenverkehr wirft

spezielle Fragen in Bezug auf die Investitionslast und die Infrastrukturkosten auf. Die Kommission hat im März 2004 eine Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der

Gemeinschaft vorgeschlagen, damit alle Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft zur Durchführung grenzüberschreitender Personenverkehrsdienste Zugang zur Infrastruktur aller Mitgliedstaaten erhalten. Mit der vorliegenden Verordnung soll ein Rechtsrahmen für die Gewährung einer Ausgleichsleistung und/oder ausschließlicher Rechte für öffentliche Dienstleistungsaufträge geschaffen werden; eine weitere Öffnung des Marktes für Schienenverkehrsdienste ist nicht beabsichtigt.

1. (26)Absatz 26,Diese Verordnung gibt den zuständigen Behörden im

Falle öffentlicher Dienstleistungen die Möglichkeit, auf der Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags einen Betreiber für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste auszuwählen. Angesichts der unterschiedlichen territorialen Organisation der Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht ist es gerechtfertigt, den zuständigen Behörden zu gestatten, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt zu vergeben.

...

Artikel 2

Begriffsbestimmungen

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

...

h) 'Direktvergabe' die Vergabe eines öffentlichen

Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens;

...

Artikel 5

Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

1. (1)Absatz eins,Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben.

Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.

...

1. (3)Absatz 3,Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen, so müssen die zuständigen Behörden die öffentlichen Dienstleistungsaufträge außer in den in den Absätzen 4, 5 und 6 vorgesehenen Fällen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben. Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.

...

1. (6)Absatz 6,Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr - mit Ausnahme anderer schienengestützter Verkehrsträger wie Untergrund- oder Straßenbahnen - direkt zu vergeben. Abweichend von Artikel 4 Absatz 3 haben diese Aufträge eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, soweit nicht Artikel 4 Absatz 4 anzuwenden ist.

2. (7)Absatz 7,Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß den Absätzen 2 bis 6 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung

des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können.

...

Artikel 7

Veröffentlichung

...

1. (2) Absatz 2, Jede zuständige Behörde ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:

- a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;
- b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen

Dienste und Gebiete.

Die zuständigen Behörden können beschließen, diese Informationen nicht zu veröffentlichen, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 50 000 km aufweist.

Sollten sich diese Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen. Diese Berichtigung erfolgt unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe oder des wettbewerblichen Vergabeverfahrens.

..."

3. Die Beschwerdeführerin erachtet den angefochtenen Bescheid zunächst schon deswegen als rechtswidrig, weil im Spruch die angewendeten Gesetzesvorschriften nicht angeführt worden sind. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt festgehalten, dass die Verletzung des § 59 Abs. 1 AVG hinsichtlich der Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmungen nicht schlechthin unter der Sanktion der Aufhebung des Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof steht, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, dass auch die Begründung des Bescheides Zweifel über die angewendeten Vorschriften nicht beseitigt. Im vorliegenden Fall lassen sich der Begründung des angefochtenen Bescheides die für die Zurückweisung der Feststellungsanträge herangezogenen Gesetzesbestimmungen (nämlich § 331 Abs. 1 bzw. § 332 Abs. 5 BVergG 2006) eindeutig entnehmen. Damit ist aber die Beschwerdeführerin an einer Verfolgung ihrer Rechte nicht gehindert und der Verwaltungsgerichtshof in der Lage, seiner Kontrollbefugnis nachzukommen (vgl. etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Jänner 2011, Zl. 2008/08/0020, mwN).

3. Die Beschwerdeführerin erachtet den angefochtenen Bescheid zunächst schon deswegen als rechtswidrig, weil im Spruch die angewendeten Gesetzesvorschriften nicht angeführt worden sind. Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt festgehalten, dass die Verletzung des Paragraph 59, Absatz eins, AVG hinsichtlich der Anführung der angewendeten Gesetzesbestimmungen nicht schlechthin unter der Sanktion der Aufhebung des Bescheides durch den Verwaltungsgerichtshof steht, sondern nur unter der weiteren Voraussetzung, dass auch die Begründung des Bescheides Zweifel über die angewendeten Vorschriften nicht beseitigt. Im vorliegenden Fall lassen sich der Begründung des angefochtenen Bescheides die für die Zurückweisung der Feststellungsanträge herangezogenen Gesetzesbestimmungen (nämlich Paragraph 331, Absatz eins, bzw. Paragraph 332, Absatz 5, BVergG 2006) eindeutig entnehmen. Damit ist aber die Beschwerdeführerin an einer Verfolgung ihrer Rechte nicht gehindert und der Verwaltungsgerichtshof in der Lage, seiner Kontrollbefugnis nachzukommen vergleiche etwa das hg. Erkenntnis vom 19. Jänner 2011, Zl. 2008/08/0020, mwN).

4. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass der Bund der in Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 normierten Verpflichtung zur Festlegung eines effektiven Rechtsschutzverfahrens, das auch Direktvergaben erfasse, nicht nachgekommen sei. Da eine unmittelbare Anwendung des Rechtsschutzsystems des BVergG 2006 nicht in Betracht komme, werde "vorsichtsweise" die Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes eingewandt. 4. Die Beschwerdeführerin geht davon aus, dass der Bund der in Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, normierten Verpflichtung zur

Festlegung eines effektiven Rechtsschutzverfahrens, das auch Direktvergaben erfasse, nicht nachgekommen sei. Da eine unmittelbare Anwendung des Rechtsschutzsystems des BVergG 2006 nicht in Betracht komme, werde "vorsichtsweise" die Unzuständigkeit des Bundesvergabeamtes eingewandt.

Zu diesem Vorbringen ist Folgendes anzumerken:

Auch die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass im vorliegenden Fall eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß § 6 iVm Anhang IV Kategorie 18 des BVergG 2006 zur Auftragsvergabe gelangt ist. Mit der Bundesvergabegesetz-Novelle BGBl. I Nr. 15/2010 wurde im Zusammenhang mit den Regelungen für nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge in den §§ 141 und 280 BVergG 2006 (ebenso wie für Dienstleistungskonzessionen in den §§ 11 und 177 BVergG 2006) jeweils vorgesehen, dass die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der VO 1370/2007 unberührt bleibt. Der Verwaltungsgerichtshof hat im hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2013, Zl. 2012/04/0082, mit Verweis auf die Rechtsprechung des OGH im Beschluss vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a, klargestellt, dass nach § 141 Abs. 3 und 5 BVergG 2006 iVm der VO 1370/2007 bei der (beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen nach Art. 5 Abs. 6 der genannten Verordnung nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern sämtliche im Zuge des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers anfechtbar sind. Die Wortfolge "die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt" in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 ist dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der VO 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde (vgl. zum Ganzen das zitierte Erkenntnis Zl. 2012/04/0082). Mit den dargestellten Regelungen in den §§ 141 und 280 BVergG 2006) sollte nach den Erläuterungen (RV 327 BlgNR 24. GP 9) das Regelungsniveau der VO 1370/2007, das im Bereich der Direktvergabe von Dienstleistungskonzessionen und nicht prioritären Dienstleistungen weniger restriktive Regelungen enthält als das BVergG 2006, im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im BVergG 2006 verankert werden. Ebenso wurde durch die genannte Novelle die VO 1370/2007 in die Auflistung der durch das BVergG 2006 umgesetzten bzw. berücksichtigten Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften aufgenommen und dem § 351 BVergG 2006 als Z 16 angefügt. Daher ist auch - soweit nicht die Vergabe einer Dienstleistungskonzession vorliegt (für die der 4. Teil des BVergG 2006 nicht gilt) - der Rechtsschutzteil des BVergG 2006 anwendbar (vgl. auch das hg. Erkenntnis vom 9. April 2013, Zl. 2011/04/0042, mit Hinweis auf den Beschluss des OGH vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a). Auch der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 22. Februar 2011, A 23/10, festgehalten, dass das Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 auch in Umsetzung des Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 im Fall von Dienstleistungsverträgen den Rechtszug an das Bundesvergabeamt vorsieht. Schließlich enthält auch die VO 1370/2007 keine Vorschriften, die einer Anwendbarkeit der fallbezogen maßgeblichen Bestimmungen des BVergG 2006 entgegenstehen würden. Die belangte Behörde hat somit ihre Zuständigkeit zu Recht in Anspruch genommen.

Auch die Beschwerdeführerin bestreitet nicht, dass im vorliegenden Fall eine nicht prioritäre Dienstleistung gemäß Paragraph 6, in Verbindung mit Anhang römisch vier Kategorie 18 des BVergG 2006 zur Auftragsvergabe gelangt ist. Mit der Bundesvergabegesetz-Novelle Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 15 aus 2010, wurde im Zusammenhang mit den Regelungen für nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge in den Paragraphen 141, und 280 BVergG 2006 (ebenso wie für Dienstleistungskonzessionen in den Paragraphen 11, und 177 BVergG 2006) jeweils vorgesehen, dass die Anwendung des Artikel 5, Absatz 2, und 4 bis 6 der VO 1370 aus 2007, unberührt bleibt. Der Verwaltungsgerichtshof hat im hg. Erkenntnis vom 11. Dezember 2013, Zl. 2012/04/0082, mit Verweis auf die Rechtsprechung des OGH im Beschluss vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a, klargestellt, dass nach Paragraph 141, Absatz 3, und 5 BVergG 2006 in Verbindung mit der VO 1370 aus 2007, bei der (beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen nach Artikel 5, Absatz 6, der genannten Verordnung nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern sämtliche im Zuge des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers anfechtbar sind. Die Wortfolge "die Anwendung des Artikel 5, Absatz 2, und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, bleibt unberührt" in Paragraph 141, Absatz 3, BVergG 2006 ist dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Artikel 5, Absatz 6, der VO 1370 aus 2007, zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Artikel 5, Absatz 6, der VO 1370 aus 2007, den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde vergleiche , zum Ganzen das zitierte Erkenntnis Zl. 2012/04/0082). Mit den dargestellten Regelungen in den Paragraphen 141, und 280 BVergG 2006) sollte nach den Erläuterungen Regierungsvorlage 327, BlgNR 24. Gesetzgebungsperiode 9,) das Regelungsniveau der VO 1370 aus 2007,, das im Bereich der Direktvergabe von

Dienstleistungskonzessionen und nicht prioritären Dienstleistungen weniger restriktive Regelungen enthält als das BVerG 2006, im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im BVerG 2006 verankert werden. Ebenso wurde durch die genannte Novelle die VO 1370 aus 2007, in die Auflistung der durch das BVerG 2006 umgesetzten bzw. berücksichtigten Rechtsakte der Europäischen Gemeinschaften aufgenommen und dem Paragraph 351, BVerG 2006 als Ziffer 16, angefügt. Daher ist auch - soweit nicht die Vergabe einer Dienstleistungskonzession vorliegt (für die der 4. Teil des BVerG 2006 nicht gilt) - der Rechtsschutzteil des BVerG 2006 anwendbar vergleiche , auch das hg. Erkenntnis vom 9. April 2013, Zl. 2011/04/0042, mit Hinweis auf den Beschluss des OGH vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a). Auch der Verfassungsgerichtshof hat in seinem Beschluss vom 22. Februar 2011, A 23/10, festgehalten, dass das Rechtsschutzsystem des BVerG 2006 auch in Umsetzung des Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, im Fall von Dienstleistungsverträgen den Rechtszug an das Bundesvergabeamt vorsieht. Schließlich enthält auch die VO 1370 aus 2007, keine Vorschriften, die einer Anwendbarkeit der fallbezogen maßgeblichen Bestimmungen des BVerG 2006 entgegenstehen würden. Die belangte Behörde hat somit ihre Zuständigkeit zu Recht in Anspruch genommen.

5. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch die Zurückweisung ihrer Feststellungsanträge in ihrem Recht auf Durchführung eines effektiven Überprüfungsverfahrens gemäß Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 verletzt. Die belangte Behörde habe diese Bestimmung rechtswidriger Weise nicht angewendet. Mit diesem Vorbringen zeigt sie schon aus nachstehenden Gründen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf: 5. Die Beschwerdeführerin erachtet sich durch die Zurückweisung ihrer Feststellungsanträge in ihrem Recht auf Durchführung eines effektiven Überprüfungsverfahrens gemäß Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, verletzt. Die belangte Behörde habe diese Bestimmung rechtswidriger Weise nicht angewendet. Mit diesem Vorbringen zeigt sie schon aus nachstehenden Gründen keine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Bescheides auf:

Die belangte Behörde begründete die Zurückweisung der Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin u.a. mit der fehlenden Antragslegitimation gemäß § 331 Abs. 1 BVerG 2006. Ausgehend von der erst für Dezember 2011 in Aussicht genommenen Aufnahme des Betriebs und der (auch dann) auf die Strecke Wien - Salzburg beschränkten Tätigkeit der Beschwerdeführerin verneinte die belangte Behörde ein Interesse der Beschwerdeführerin am gegenständlichen Vertrag ebenso wie die Möglichkeit eines Schadenseintrittes. Die belangte Behörde begründete die Zurückweisung der Feststellungsanträge der Beschwerdeführerin u.a. mit der fehlenden Antragslegitimation gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVerG 2006. Ausgehend von der erst für Dezember 2011 in Aussicht genommenen Aufnahme des Betriebs und der (auch dann) auf die Strecke Wien - Salzburg beschränkten Tätigkeit der Beschwerdeführerin verneinte die belangte Behörde ein Interesse der Beschwerdeführerin am gegenständlichen Vertrag ebenso wie die Möglichkeit eines Schadenseintrittes.

Für Feststellungsanträge ist gemäß § 331 Abs. 1 BVerG 2006 das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung (vgl. das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, Zl. 2011/04/0043). Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt 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 (vgl. das - einen Nachprüfungsantrag betreffende - hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128, mwN). Für Feststellungsanträge ist gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVerG 2006 das Erfordernis eines durch die behauptete Rechtswidrigkeit entstandenen oder zu entstehen drohenden Schadens Voraussetzung vergleiche das hg. Erkenntnis vom 12. Mai 2011, Zl. 2011/04/0043). Ein dem Antragsteller drohender Schaden liegt 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 vergleiche das - einen Nachprüfungsantrag betreffende - hg. Erkenntnis vom 22. Juni 2011, Zl. 2009/04/0128, mwN).

Die belangte Behörde legte ihrer Entscheidung zugrunde, dass die Beschwerdeführerin nach eigenen Aussagen ihren Betrieb erst im Dezember 2011 aufnehmen werde. Sie begründete weiters in nicht zu beanstandender Weise, warum die erstmals in der mündlichen Verhandlung angesprochene Möglichkeit, Kooperationen mit anderen Bahnunternehmen einzugehen (und somit eventuell bereits zu einem früheren Zeitpunkt Verkehrsleistungen anbieten zu können), nicht als verbindliche Leistungszusage anzusehen sei, die eine frühere Aufnahme von Tätigkeiten gewährleistet hätte. Die Beschwerdeführerin hat im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren - den insoweit

unbestritten gebliebenen Feststellungen der belangten Behörde zufolge - vorgebracht, "beinahe" im gesamten Leistungszeitraum leistungsbereit zu sein. In der Beschwerde wird diesbezüglich unsubstantiiert vorgebracht, die Beschwerdeführerin habe die Antragsvoraussetzungen ausführlich "dargelegt (und bewiesen)".

Die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, kann durch eine behauptete Rechtswidrigkeit aber dann nicht beeinträchtigt werden, wenn nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin die auftragsgegenständliche Leistung - jedenfalls in zeitlicher Hinsicht - nicht vollständig erbringen kann, weil sie erst zu einem (hier: mehrere Monate) nach Vertragsabschluss liegenden Zeitpunkt ihren Betrieb aufnimmt. Ergänzend ist in diesem Zusammenhang anzumerken, dass der Umstand des Eintritts der Leistungsbereitschaft der Beschwerdeführerin mit Dezember 2011 entgegen ihrer Auffassung nicht dazu führt, dass die Vergabe spätestens im Dezember 2011 "invalidieren" werde. Der im vorliegenden Fall zu beurteilende Leistungsgegenstand besteht nämlich in Dienstleistungen, die bereits ab 1. April 2010 (und nicht erst ab Dezember 2011) zu erbringen waren. Die Auffassung der belangten Behörde, es fehle der Beschwerdeführerin an der Antragslegitimation, ist somit nicht zu beanstanden.

Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang ins Treffen führt, dass Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 unmittelbar anwendbar sei und nicht auf "bestimmte Fristen oder auf das Vorliegen gesondert anfechtbarer Entscheidungen" abstelle, genügt es, auf Folgendes hinzuweisen: Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 normiert eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einen wirksamen und raschen Rechtsschutz sicherzustellen. Dieser Verpflichtung wird, soweit es sich - wie vorliegend - um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages handelt, durch die Anwendbarkeit des BVergG 2006 Rechnung getragen. Dass die nähere Ausgestaltung der Antragslegitimation an das Erfordernis eines Interesses am Vertragsabschluss und an die Möglichkeit eines Schadens durch die behauptete Rechtswidrigkeit geknüpft werden, ist schon deshalb als unbedenklich anzusehen, weil - was auch von der Beschwerdeführerin zugestanden wird - Art. 5 Abs. 7 der VO 1370/2007 vorsieht, dass das Recht der Antragstellung (nur) Personen zukommt, die ein Interesse daran haben, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die durch einen Rechtsverstoß geschädigt sind oder werden können. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass - wie sich Erwägungsgrund 21 der VO 1370/2007 entnehmen lässt - das wirksame Nachprüfungsverfahren nach dieser Verordnung mit demjenigen nach den vergaberechtlichen Rechtsmittelrichtlinien (Richtlinie 89/665/EWG bzw. Richtlinie 92/13/EWG) vergleichbar sein soll. Die genannten Richtlinien sehen aber für die Antragslegitimation ebenfalls die Voraussetzungen des Interesses und des Schadens vor. Soweit die Beschwerdeführerin in diesem Zusammenhang ins Treffen führt, dass Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, unmittelbar anwendbar sei und nicht auf "bestimmte Fristen oder auf das Vorliegen gesondert anfechtbarer Entscheidungen" abstelle, genügt es, auf Folgendes hinzuweisen: Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, normiert eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten, einen wirksamen und raschen Rechtsschutz sicherzustellen. Dieser Verpflichtung wird, soweit es sich - wie vorliegend - um die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages handelt, durch die Anwendbarkeit des BVergG 2006 Rechnung getragen. Dass die nähere Ausgestaltung der Antragslegitimation an das Erfordernis eines Interesses am Vertragsabschluss und an die Möglichkeit eines Schadens durch die behauptete Rechtswidrigkeit geknüpft werden, ist schon deshalb als unbedenklich anzusehen, weil - was auch von der Beschwerdeführerin zugestanden wird - Artikel 5, Absatz 7, der VO 1370 aus 2007, vorsieht, dass das Recht der Antragstellung (nur) Personen zukommt, die ein Interesse daran haben, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die durch einen Rechtsverstoß geschädigt sind oder werden können. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass - wie sich Erwägungsgrund 21 der VO 1370 aus 2007, entnehmen lässt - das wirksame Nachprüfungsverfahren nach dieser Verordnung mit demjenigen nach den vergaberechtlichen Rechtsmittelrichtlinien (Richtlinie 89/665/EWG bzw. Richtlinie 92/13/EWG) vergleichbar sein soll. Die genannten Richtlinien sehen aber für die Antragslegitimation ebenfalls die Voraussetzungen des Interesses und des Schadens vor.

6. Da die Zurückweisung der Feststellungsanträge aus den dargelegten Gründen nicht als rechtswidrig zu erkennen war, erübrigt es sich, auf das weitere Beschwerdevorbringen zur Begründetheit der Anträge und zu den ins Treffen geführten primärrechtlichen und sekundärrechtlichen Vorgaben einzugehen.

Ausgehend von der zu Recht verneinten Antragslegitimation der Beschwerdeführerin im vergaberechtlichen Feststellungsverfahren sowie, daraus abgeleitet, betreffend die begehrte Nichtigkeitserklärung des Vertrages fehlt es auch dem Vorbringen der Beschwerdeführerin betreffend die Verletzung von Verfahrensvorschriften durch die

Verweigerung der Akteneinsicht in den gegenständlichen Verkehrsdienstvertrag an der erforderlichen Relevanzdarstellung. Schließlich vermag die Beschwerdeführerin auch keine maßgebliche Unschlüssigkeit oder Mangelhaftigkeit der Bescheidbegründung aufzuzeigen.

7. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und war daher gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen. 7. Die Beschwerde erweist sich somit als unbegründet und war daher gemäß Paragraph 42, Absatz eins, VwGG abzuweisen.

Die Entscheidung über den Aufwandsatz beruht - gemäß § 79 Abs. 11 letzter Satz VwGG sowie § 3 Z 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, BGBl. II Nr. 518/2013 idF BGBl. II Nr. 8/2014 - im Rahmen des gestelltenDie Entscheidung über den Aufwandsatz beruht - gemäß Paragraph 79, Absatz 11, letzter Satz VwGG sowie Paragraph 3, Ziffer eins, der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2014, Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 518 aus 2013, in der Fassung Bundesgesetzblatt Teil 2, Nr. 8 aus 2014, - im Rahmen des gestellten

Begehrens auf den §§ 47 ff VwGG iVm § 1 der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, BGBl. II Nr. 455. Begehrens auf den Paragraphen 47, ff VwGG in Verbindung mit Paragraph eins, der VwGH-Aufwandsatzverordnung 2008, Bundesgesetzblatt , römisch zwei Nr. 455.

Wien, am 26. Februar 2014

Schlagworte

Auslegung Anwendung der Auslegungsmethoden Verhältnis der wörtlichen Auslegung zur teleologischen und historischen Auslegung Bedeutung der Gesetzesmaterialien VwRallg3/2/2 Gemeinschaftsrecht Verordnung EURallg5

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2014:2011040134.X00

Im RIS seit

31.03.2014

Zuletzt aktualisiert am

03.10.2017

Quelle: Verwaltungsgerichtshof VwGH, <http://www.vwgh.gv.at>

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at