

TE Bvwg Beschluss 2018/5/16 W187 2189272-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 16.05.2018

Entscheidungsdatum

16.05.2018

Norm

AVG §68

BVergG 2006 §12 Abs2

BVergG 2006 §131

BVergG 2006 §141 Abs3

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §2 Z8

BVergG 2006 §272

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §312 Abs2 Z2

BVergG 2006 §312 Abs3

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §324

BVergG 2006 §334 Abs2

BVergG 2006 §6

B-VG Art.133 Abs4

VwGG §30 Abs1

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

1. AVG § 68 heute
2. AVG § 68 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. AVG § 68 gültig von 01.07.1995 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 471/1995
4. AVG § 68 gültig von 01.02.1991 bis 30.06.1995
1. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.04.2012 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 12 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
4. BVergG 2006 § 12 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

- [illegible]

3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 324 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
3. BVergG 2006 § 324 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 334 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 334 gültig von 01.02.2006 bis 04.03.2010

1. BVergG 2006 § 6 gültig von 01.02.2006 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

1. B-VG Art. 133 heute
2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

1. VwGG § 30 heute
2. VwGG § 30 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
3. VwGG § 30 gültig ab 01.01.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 122/2013
4. VwGG § 30 gültig von 01.03.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 33/2013
5. VwGG § 30 gültig von 01.08.2004 bis 28.02.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 89/2004
6. VwGG § 30 gültig von 05.01.1985 bis 31.07.2004

1. VwGVG § 24 heute
2. VwGVG § 24 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2017 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 24 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

1. VwGVG § 28 heute
2. VwGVG § 28 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
3. VwGVG § 28 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2018

1. VwGVG § 31 heute
2. VwGVG § 31 gültig ab 01.09.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 57/2018
3. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2017 bis 31.08.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 24/2017
4. VwGVG § 31 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2016

Spruch

W187 2189272-2/28E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA „[HR1]“ vertreten durch B&S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Vorarlberg ab 9. Dezember 2018 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO)" der Auftraggeberin Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als

fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA „[HR1] vertreten durch B&S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonen- und -regionalverkehr im Bundesland Vorarlberg ab 9. Dezember 2018 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten gemäß Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO)" der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, beschlossen:

A)

1. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "die Entscheidung der Auftraggeberin (und Antragsgegnerin) vom 8.3.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären" zurück.

2. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "die Entscheidung der Auftraggeberin (und Antragsgegnerin) vom 8.3.2018 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären" zurück.

3. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" zurück.

4. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" zurück.

5. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "feststellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" zurück. 5. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "feststellen, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" zurück.

6. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA, das BVwG möge "jedenfalls den Vertrag, mit dem die Auftraggeberin die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die ÖBB-PV vergeben hat, für nichtig erklären" zurück.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Am 14. März 2018 beantragte die AAAA „[HR2] vertreten durch B&S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 8. März 2018 - und die damit getroffene Wahl des Vergabeverfahrens-, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 8. März 2018 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers-, den Ersatz der Pauschalgebühr, die Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die

hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig, die Feststellung, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, die Nichtigerklärung des Vertrags, mit dem die Auftraggeberin die gegenständlichen Schienenverkehrsdienstleistungen an die ÖBB-PV vergeben hat, sowie den Ersatz der Pauschalgebühr.¹ Am 14. März 2018 beantragte die AAAA „[HR2] vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 8. März 2018 - und die damit getroffene Wahl des Vergabeverfahrens-, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 8. März 2018 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfänger-, den Ersatz der Pauschalgebühr, die Feststellung, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde, die Feststellung, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig, die Feststellung, dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen das BVergG 2006, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, die Nichtigerklärung des Vertrags, mit dem die Auftraggeberin die gegenständlichen Schienenverkehrsdienstleistungen an die ÖBB-PV vergeben hat, sowie den Ersatz der Pauschalgebühr.

1.1 Als Anfechtungsgegenstand bezeichnet die Antragstellerin die Direktvergabe des gesamten Schienenpersonennah- und -regionalverkehrs im Bundesland Vorarlberg ab dem 9. Dezember 2018 durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie im Wege der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH. Angefochten wurden die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des Zuschlagsempfängers. Mit der Presseaussendung des Pressedienstes der Parlamentsdirektion vom 8. März 2018 sei erstmals die iSd BVergG "gesondert anfechtbare Entscheidung" der Auftraggeberin SCHIG zum Ausdruck gebracht worden, die gegenständlichen Leistungen im Bundesland Vorarlberg direkt an die ÖBB-PV vergeben zu wollen. Diese Entscheidung werde angefochten. Daraus ergebe sich, dass man mit dem Bundesland Vorarlberg "bereits zu einem Abschluss gelangt" sei. Die Antragstellerin verweist auf eine Reihe bereits beim Bundesverwaltungsgericht anhängiger und abgeschlossener Nachprüfungsverfahren. Aus dem Wortlaut der Presseaussendung ergebe sich, dass auf eine völlige Neuvergabe der diesbezüglichen Leistungen zu schließen sei.

1.2 Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts, in der die Antragstellerin Tatsachen und Wertungen vermengt und dennoch erstaunlich viele Details kennt, die nicht der Presseaussendung zu entnehmen sind, nimmt die Antragstellerin zu den Abrechnungsmodalitäten, der Tragung des Risikos durch die Auftraggeberin und einer allfälligen günstigeren Erbringung der Leistung durch sie selbst Stellung. Sie verweist auf Vergaben in Bayern in einem wettbewerblichen Verfahren, das günstigere Preise erbracht hätte. Sie führt aus, dass sie durch die Direktvergabe diskriminiert werde. Der Auftraggeberin sei seit Jahren bekannt, dass die Antragstellerin leistungsbereit und an der Erbringung gemeinwirtschaftlicher Leistungen interessiert sei. Der Wettbewerb werde durch die Direktvergabe verzerrt.

1.3 Rechtsgrundlage der gegenständlichen Vergabe sei die PSO-VO. Art 5 Abs 6 PSO-VO ermögliche eine Direktvergabe nur im Ausnahmefall. In § 141 BVergG habe der Gesetzgeber klargestellt, dass Art 5 Abs 6 PSO-VO entgegenstehendes nationales Recht punktuell aufgehoben werde. Gemäß Art 5 Abs 7 PSO-VO sei eine wirksame, der Vergabekontrolle vergleichbare Rechtskontrolle einzurichten. Die PSO-VO enthalte eine eindeutige Verpflichtung zu wettbewerblichen Verfahren. Die Ausnahme der Direktvergabe sei restriktiv auszulegen.¹³ Rechtsgrundlage der gegenständlichen Vergabe sei die PSO-VO. Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO ermögliche eine Direktvergabe nur im Ausnahmefall. In Paragraph 141, BVergG habe der Gesetzgeber klargestellt, dass Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO entgegenstehendes nationales Recht punktuell aufgehoben werde. Gemäß Artikel 5, Absatz 7, PSO-VO sei eine wirksame, der Vergabekontrolle vergleichbare Rechtskontrolle einzurichten. Die PSO-VO enthalte eine eindeutige Verpflichtung zu wettbewerblichen Verfahren. Die Ausnahme der Direktvergabe sei restriktiv auszulegen.

§ 141 Abs 3 BVergG erlaube eine Direktvergabe nur bis zu einem Schwellenwert von € 100.000. Es gelten die primärrechtlichen Grundsätze, insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz. Sie seien auch bei der

gegenständlichen Vergabe anzuwenden und gingen der PSO-VO vor. Die Wahl der Direktvergabe sei unzulässig, weil die Grundsätze der Transparenz, des Effizienzgebotes und des Diskriminierungsverbotes nicht beachtet worden seien. Die Bestimmungen der Auftragsvergabe seien vor der ersten nach außen tretenden Entscheidung zwischen der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin abgestimmt worden. Es verstoße gegen die Verpflichtung zur Transparenz, dass die Abrechnungsparameter nicht veröffentlicht worden seien. Die Direktvergabe widerspreche dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip. Die Bruttovergabe verstoße gegen das Wettbewerbsprinzip und Effizienzgebot. Weiters verstoße die Auftraggeberin gegen das Gleichbehandlungsgebot und das allgemeine Diskriminierungsverbot des Art 18 AEUV. Die Rücknahme der wettbewerblichen Vergabe von Paragraph 141, Absatz 3, BVergG erlaube eine Direktvergabe nur bis zu einem Schwellenwert von € 100.000. Es gelten die primärrechtlichen Grundsätze, insbesondere der Gleichbehandlung und der Transparenz. Sie seien auch bei der gegenständlichen Vergabe anzuwenden und gingen der PSO-VO vor. Die Wahl der Direktvergabe sei unzulässig, weil die Grundsätze der Transparenz, des Effizienzgebotes und des Diskriminierungsverbotes nicht beachtet worden seien. Die Bestimmungen der Auftragsvergabe seien vor der ersten nach außen tretenden Entscheidung zwischen der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin abgestimmt worden. Es verstoße gegen die Verpflichtung zur Transparenz, dass die Abrechnungsparameter nicht veröffentlicht worden seien. Die Direktvergabe widerspreche dem vergaberechtlichen Wettbewerbsprinzip. Die Bruttovergabe verstoße gegen das Wettbewerbsprinzip und Effizienzgebot. Weiters verstoße die Auftraggeberin gegen das Gleichbehandlungsgebot und das allgemeine Diskriminierungsverbot des Artikel 18, AEUV. Die Rücknahme der wettbewerblichen Vergabe von

Schienenpersonenverkehrsleistungen durch die Novelle 2009 zum BVergG sei wegen eines Widerspruchs zur PSO-VO unionsrechtswidrig. Sollten Dienstleistungen nach der PSO-VO als prioritäre Dienstleistungen zu bezeichnen sein, würde die Direktvergabe gegen das BVergG verstoßen. Die Wahl des Auftragnehmers sei auch deshalb rechtswidrig, weil die Auftraggeberin das Initiativangebot der Antragstellerin nicht berücksichtigt habe.

1.4 Die Antragstellerin bezeichnet die erstmals mit der oben genannten Presseaussendung vom 8. März 2018 nach außen getretene Entscheidung der SCHIG über die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers als angefochtene Entscheidung. Es handle sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht. Das Bundesverwaltungsgericht sei zuständig. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und sei leistungsfähig. Auch bei einer Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO sei eine "Hinterzimmervergabe" nicht zulässig. Der Nachprüfungsantrag solle der Antragstellerin die Möglichkeit geben, ein Angebot zu legen. Der Antragstellerin drohe ein Schaden, weil sie einen Gewinn von 1 % des Auftragswerts erziele könne. Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf Teilnahme, auf gesetzeskonforme Wahl des Vergabeverfahrens und Durchführung eines den unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der PSO-VO sowie den Grundfreiheiten der EU-Verträge entsprechenden, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens sowie in ihren Rechten aus der PSO-VO, insbesondere gemäß Art 7 Abs 2 und Abs 4 sowie Art 5 Abs 3 und Abs 7 PSO-VO verletzt. Darüber hinaus sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem wettbewerblichen Verfahren zur Vergabe von Eisenbahnverkehrsleistungen verletzt. Schließlich sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Information (Transparenz) und Bietergleichbehandlung (Nichtdiskriminierung) verletzt. Diese Rechtsverletzungen seien wesentlich, weil ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten sei. Die Antragstellerin sei an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gehindert. Sie sei leistungsbereit. Die Direktvergabe verstoße gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, nämlich die PSO-VO. Die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl der Zuschlagsempfängerin seien rechtswidrig. Die Antragstellerin regt die Vorlage eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union an.

1.4 Die Antragstellerin bezeichnet die erstmals mit der oben genannten Presseaussendung vom 8. März 2018 nach außen getretene Entscheidung der SCHIG über die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers als angefochtene Entscheidung. Es handle sich um gesondert anfechtbare Entscheidungen des Auftraggebers. Der Nachprüfungsantrag sei fristgerecht. Das Bundesverwaltungsgericht sei zuständig. Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss und sei leistungsfähig. Auch bei einer Direktvergabe nach Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO sei eine "Hinterzimmervergabe" nicht zulässig. Der Nachprüfungsantrag solle der Antragstellerin die Möglichkeit geben, ein Angebot zu legen. Der Antragstellerin drohe ein Schaden, weil sie einen Gewinn von 1 % des Auftragswerts erziele könne. Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf Teilnahme, auf gesetzeskonforme Wahl des Vergabeverfahrens und Durchführung eines den unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der PSO-VO sowie den Grundfreiheiten der EU-Verträge entsprechenden, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens sowie

in ihren Rechten aus der PSO-VO, insbesondere gemäß Artikel 7, Absatz 2 und Absatz 4, sowie Artikel 5, Absatz 3 und Absatz 7, PSO-VO verletzt. Darüber hinaus sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem wettbewerblichen Verfahren zur Vergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen verletzt. Schließlich sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Information (Transparenz) und Bietergleichbehandlung (Nichtdiskriminierung) verletzt. Diese Rechtsverletzungen seien wesentlich, weil ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens zu erwarten sei. Die Antragstellerin sei an der Teilnahme an einem Vergabeverfahren gehindert. Sie sei leistungsbereit. Die Direktvergabe verstoße gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, nämlich die PSO-VO. Die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl der Zuschlagsempfängerin seien rechtswidrig. Die Antragstellerin regt die Vorlage eines Vorabentscheidungsersuchens an den Gerichtshof der Europäischen Union an.

2. Am 16. März 2018 gab die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG die rechtsfreundliche Vertretung der ÖBB-Personenverkehr AG bekannt.

3. Am 23. März 2018 erteilten die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, in der Folge SCHIG, und die Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, in der Folge BMVIT, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, verweisen darauf, dass die Unterlagen des Vergabeverfahrens zu den Verfahren des Bundesverwaltungsgerichts zu den Zahlen W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 vorgelegt worden seien und sich derzeit aufgrund der Revision der Antragstellerin gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts (BVwG 39. 9. 2016, W187 2131055-2/47E, W187 2131178-2/46E und W187 2131180-1/46E) zu den Zahlen Ra 2016/04/0134 bis 0136-2 beim Verwaltungsgerichtshof befänden. Auftraggeberin sei die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, zuständige nationale Behörde die Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, die keinesfalls Auftraggeber sein könne. Weiters verwies die Auftraggeberin auf den zulässigen Umfang der Akteneinsicht.

3.1 Zum Nachprüfungsantrag führen die Auftraggeberin und die zuständige Behörde im Wesentlichen aus, dass nicht alle Entscheidungen gesondert anfechtbare Entscheidungen seien. Die angefochtene Presseaussendung sei keine gesondert anfechtbare Entscheidung, weil sie keinen Hinweis auf eine vergaberechtlich anfechtbare Festlegung enthalte. Es werde lediglich dargestellt, dass Abstimmungsgespräche stattfänden. In der Presseaussendung werde keine Aussage über einen noch abzuschließenden Verkehrsdienstvertrag getroffen. Eine verkürzte Darstellung eines komplexen Beschaffungsvorgangs für die Öffentlichkeit sei in einer Presseaussendung zulässig. Mangels gesondert anfechtbarer Entscheidung seien sämtliche Nachprüfungsanträge wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen. Weiters drohe der Antragstellerin aus der Presseaussendung kein Schaden. Auch sei die Presseaussendung nicht wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens. Dieses sei mit einer Vorinformation eingeleitet worden und die Entscheidungen des Landesverwaltungsgerichts Vorarlberg und des Bundesverwaltungsgerichts blieben aufrecht.

3.2 Es habe weder über die Wahl des Vergabeverfahrens noch über die Wahl des Zuschlagsempfängers gegenüber dem oben genannten Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts irgendeine neue Entscheidung der Auftraggeberin stattgefunden. Die Willensentscheidungen seien ausschließlich im Wege der Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 22. 7. 2016 zur Zahl 2016/S 140-253220 erfolgt. Es habe seither keine Änderung gegeben. Mit ihren Nachprüfungsanträgen vom 27. Juli 2016 habe die Antragstellerin diese gesondert anfechtbaren Entscheidungen bereits angefochten. Die Nachprüfungsanträge seien daher wegen res iudicata zurückzuweisen.

3.3 Feststellungsanträge setzten die Beendigung des Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf voraus. Es sei noch kein Vertrag über die verfahrensgegenständlichen Leistungen erfolgt. Sie seien daher zurückzuweisen.

3.4 Zweck des Nachprüfungsverfahrens sei ausschließlich die Rechtmäßigkeitskontrolle, nicht die Zweckmäßigkeitskontrolle. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts sei daher auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung beschränkt. Die Vergabepaxis des Freistaates Bayern sei daher unbeachtlich. Die Antragstellerin beantragt die Zurück- in eventu Abweisung sämtlicher Anträge.

4. Am 26. März 2018 erhob die ÖBB-Personenverkehr AG, Am Hauptbahnhof 2

1100 Wien, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, begründete Einwendungen. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die SCHIG Auftraggeberin sei, wie der Verwaltungsgerichtshof entschieden habe.

4.1 Die Antragstellerin habe die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl der Zuschlagsempfängerin bereits angefochten. Dieses Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts betreffe den identen Sachverhalt und bezöge sich auf dieselbe Vorinformation. Diese Nachprüfungsanträge enthielten auch das gleiche Vorbringen. Es sei darüber entschieden worden. Die Revision beseitige nicht die Rechtskraft des Erkenntnisses, weshalb res iudicata vorläge. Daher seien sämtliche Anträge zurückzuweisen.

4.2 Der Antragstellerin drohe kein Schaden. Es liege im Wesen der Direktvergabe, dass sie ohne Beteiligung weiterer Interessenten durchgeführt werde. Daher habe die Antragstellerin kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem solchen Verfahren. Die Anträge seien auch aus diesem Grund zurückzuweisen.

4.3 Die Feststellungsanträge seien unzulässig, weil das Vergabeverfahren nicht abgeschlossen sei.

4.4 Ein Initiativangebot sei unerheblich. Die Reaktionsmöglichkeit nach einer Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO diene dazu, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen. Der Auftraggeber habe bei einer Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO die Möglichkeit, den Vertragspartner ohne wettbewerbliches Verfahren frei auszuwählen. Die Antragstellerin habe kein subjektives Recht auf Teilnahme an diesem Verfahren. Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens liege in der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters, wobei im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens lediglich eine Rechtmäßigkeitskontrolle und keine Zweckmäßigkeitskontrolle durchgeführt werde. Das Bundesverwaltungsgericht sei nicht zur Prüfung von Netzeffekten oder Überkompensationen zuständig. Im Übrigen verweist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf ihre zu W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 erstatten Schriftsätze vom 8. August 2016 und 37. September 2016 und erhebt das dort erstattete Vorbringen ausdrücklich zum Vorbringen im gegenständlichen Verfahren. Weiters führt sie zum Umfang der Akteneinsicht aus und beantragt die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge.

4.4 Ein Initiativangebot sei unerheblich. Die Reaktionsmöglichkeit nach einer Vorinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO diene dazu, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen. Der Auftraggeber habe bei einer Direktvergabe nach Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO die Möglichkeit, den Vertragspartner ohne wettbewerbliches Verfahren frei auszuwählen. Die Antragstellerin habe kein subjektives Recht auf Teilnahme an diesem Verfahren. Der Zweck des Nachprüfungsverfahrens liege in der Durchsetzung subjektiver Rechte des Bieters, wobei im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens lediglich eine Rechtmäßigkeitskontrolle und keine Zweckmäßigkeitskontrolle durchgeführt werde. Das Bundesverwaltungsgericht sei nicht zur Prüfung von Netzeffekten oder Überkompensationen zuständig. Im Übrigen verweist die in Aussicht genommene Zuschlagsempfängerin auf ihre zu W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 erstatten Schriftsätze vom 8. August 2016 und 37. September 2016 und erhebt das dort erstattete Vorbringen ausdrücklich zum Vorbringen im gegenständlichen Verfahren. Weiters führt sie zum Umfang der Akteneinsicht aus und beantragt die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge.

5. Am 4. April 2018 erstatteten das Land Vorarlberg, Römerstraße 15, 6901 Bregenz, und die Verkehrsverbund Vorarlberg Gesellschaft mbH, Herrengasse 12, 6800 Feldkirch, vertreten durch CHG Rechtsanwälte Czernich Haidlen Guggenberger und Partner Rechtsanwälte, Bozner Platz 4 - Palais Hauser, 6020 Innsbruck, eine Stellungnahme. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass das Land Vorarlberg und die Verkehrsverbund Vorarlberg Gesellschaft mbH nicht Auftraggeber seien, da sie keinen Leistungsvertrag mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin abschließen würden. Es gebe eine Kooperationsvereinbarung zwischen den Mitbeteiligten und der SCHIG. Der überwiegende Finanzierungsanteil liege beim Bund. Das Land Vorarlberg und die Verkehrsverbund Vorarlberg Gesellschaft mbH seien daher nicht Parteien des Nachprüfungsverfahrens, schlossen sich aber inhaltlich dem Vorbringen der Finanzprokuratur in ihrer Stellungnahme vom 23. März 2018 an.

6. Am 10. April 2018 bestritt die Antragstellerin das Vorbringen der anderen Verfahrensparteien, sofern es nicht ausdrücklich außer Streit gestellt werde. Insbesondere werde das Vorliegen von res iudicata bestritten. Sie beantragt die Zustellung sämtlicher Schriftsätze und Unterlagen und verweist auf das bisherige Vorbringen.

6.1 Die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO stehe im Ermessen der handelnden Behörde, da er rechtsstaatlich gebunden sei. Es handle sich um eine Ausnahmeregelung zu dem Grundsatz des wettbewerblichen Verfahrens. Der Wettbewerbsgrundsatz sei anzuwenden. Die Vergabe unterliege den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Transparenz. In Deutschland sei zwingend ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen. Die Wahl der Direktvergabe bedürfe einer Begründung durch die Auftraggeberin. Bei der Direktvergabe sei entsprechend den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung ein nicht-förmliches Wettbewerbsverfahren durchzuführen. Die Ausschaltung

jeglichen Wettbewerbs sei mit Art 5 Abs 6 PSO-VO schlechthin unvereinbar. Interessenten sollten nach der Vorinformation die Möglichkeit haben, ein Angebot abzugeben. Da durch die Festlegungen der Auftraggeber potentielle Mitbewerber von vornherein von einer Angebotslegung ausgeschlossen würden, sei das als Mindestmaß geforderte "nicht förmliche Vergabeverfahren" unmöglich. Daher seien die Entscheidungen der Auftraggeber rechtswidrig.

6.1 Die Direktvergabe nach Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO stehe im Ermessen der handelnden Behörde, da er rechtsstaatlich gebunden sei. Es handle sich um eine Ausnahmeregelung zu dem Grundsatz des wettbewerblichen Verfahrens. Der Wettbewerbsgrundsatz sei anzuwenden. Die Vergabe unterliege den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Transparenz. In Deutschland sei zwingend ein wettbewerbliches Verfahren durchzuführen. Die Wahl der Direktvergabe bedürfe einer Begründung durch die Auftraggeberin. Bei der Direktvergabe sei entsprechend den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung ein nicht-förmliches Wettbewerbsverfahren durchzuführen. Die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs sei mit Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO schlechthin unvereinbar. Interessenten sollten nach der Vorinformation die Möglichkeit haben, ein Angebot abzugeben. Da durch die Festlegungen der Auftraggeber potentielle Mitbewerber von vornherein von einer Angebotslegung ausgeschlossen würden, sei das als Mindestmaß geforderte "nicht förmliche Vergabeverfahren" unmöglich. Daher seien die Entscheidungen der Auftraggeber rechtswidrig.

6.2 Bei der Presseaussendung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, weil sich der Satz "Mit Vorarlberg sei man bereits zu einem Abschluss gelangt." darin finde. Es gehe daher eindeutig daraus hervor, dass die Direktvergabe erfolgt sei. Nach § 141 Abs 3 BVergG sei jede nach außen in Erscheinung getretene Entscheidung des Auftraggeber gesondert anfechtbar.

6.2 Bei der Presseaussendung handle es sich um eine gesondert anfechtbare Entscheidung, weil sich der Satz "Mit Vorarlberg sei man bereits zu einem Abschluss gelangt." darin finde. Es gehe daher eindeutig daraus hervor, dass die Direktvergabe erfolgt sei. Nach Paragraph 141, Absatz 3, BVergG sei jede nach außen in Erscheinung getretene Entscheidung des Auftraggeber gesondert anfechtbar.

6.3 Gegenstand der von der Auftraggeberin, der zuständigen Behörde und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin genannten Verfahren sei nicht die Presseaussendung vom 8. März 2018 gewesen. Daher liege keine res iudicata vor.

6.4 Die gegenständliche Vergabe sei intransparent. Es sei realitätsfremd, dass noch kein Vertrag abgeschlossen sei, wenn die Erbringung der Leistung im Dezember 2018 beginnen solle.

6.5 Die Vergabe verstoße gegen das Transparenz-, Effizienz- und Gleichbehandlungsgebot. Weiters zieht die Antragstellerin die Kriterien für Kontrollen durch den Rechnungshof heran. Aus dem Gleichheitssatz der Verfassung sei ein allgemeines Diskriminierungsverbot abzuleiten. Daher hätten auch Vergaben öffentlicher Aufträge grundsätzlich nach sachlichen Kriterien, nämlich nach Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit zu erfolgen. Ein sorgfältiger Auftraggeber hätte zumindest ein nicht-förmliches Vergabeverfahren eingeleitet.

6.6 Die Antragstellerin sei leistungsfähig und leistungswillig. Ihr drohe durch den Ausschluss von diesem Verfahren ein Schaden in der Höhe des mit dem Auftrag erwirtschafteten Gewinns.

6.7 Der Antragstellerin komme volle Akteneinsicht zu. Eine Einschränkung sie nur auf solche Aktenbestandteile möglich, die nicht in die Entscheidung einfließen. Die Antragstellerin hält alle Anträge aufrecht.

7. Am 17. April 2018 erstatte die Antragstellerin eine weitere Stellungnahme. Darin beantragt sie erneut die Einsicht in die Unterlagen des Vergabeverfahrens und verweist auf das bisherige Vorbringen.

8. Am 15. Mai 2018 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Sie hatte im Wesentlichen folgenden

Verlauf:

Dr. Stefan Ullreich, Rechtsvertreter der Auftraggeberin: Zur Frage, ob durch die Erhebung der außerordentlichen Revision das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes rechtskräftig geworden ist, sei auf die Entscheidung VfGH 13.12.2016, G 248/2016 ua, VwGH 26.11.2015, Ra 2015/07/0018, OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f, verwiesen. Nach der eindeutigen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und des OGH ändert die Möglichkeit zur Erhebung einer Revision auch im neuen System nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 nichts an der Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Die Bindungswirkung ist Ausfluss der materiellen Rechtskraft. Der Umstand, dass der Beschwerde an den VfGH nach Art 144 B-VG keine den Eintritt der Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen

Erkenntnisses hindernde Wirkung zu kommt, führt nach der eindeutigen Judikatur des OGH zum Ergebnis, dass auch der Möglichkeit, den VfGH anzurufen, obwohl das Verwaltungsgericht Revision für nicht zulässig erklärt hat, keine andere Wirkung auf die Rechtskraft eingeräumt werden kann (vgl. insbesondere OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f). Damit ist von einer Bindung der Gerichte an ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis auszugehen, auch wenn dagegen eine außerordentliche Revision erhoben wurde. Dr. Stefan Ullreich, Rechtsvertreter der Auftraggeberin: Zur Frage, ob durch die Erhebung der außerordentlichen Revision das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichtes rechtskräftig geworden ist, sei auf die Entscheidung VfGH 13.12.2016, G 248 aus 2016, ua, VfGH 26.11.2015, Ra 2015/07/0018, OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f, verwiesen. Nach der eindeutigen Judikatur der Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts und des OGH ändert die Möglichkeit zur Erhebung einer Revision auch im neuen System nach der Verwaltungsgerichtsbarkeitsnovelle 2012 nichts an der Rechtskraft der verwaltungsgerichtlichen Entscheidung. Die Bindungswirkung ist Ausfluss der materiellen Rechtskraft. Der Umstand, dass der Beschwerde an den VfGH nach Artikel 144, B-VG keine den Eintritt der Rechtskraft eines verwaltungsgerichtlichen Erkenntnisses hindernde Wirkung zu kommt, führt nach der eindeutigen Judikatur des OGH zum Ergebnis, dass auch der Möglichkeit, den VfGH anzurufen, obwohl das Verwaltungsgericht Revision für nicht zulässig erklärt hat, keine andere Wirkung auf die Rechtskraft eingeräumt werden kann vergleiche insbesondere OGH 24.11.2015, 1 Ob 127/15f). Damit ist von einer Bindung der Gerichte an ein verwaltungsgerichtliches Erkenntnis auszugehen, auch wenn dagegen eine außerordentliche Revision erhoben wurde.

Es wird einvernehmlich festgestellt, dass die strittige Leistung Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen im Bundesland Vorarlberg ab 9. Dezember 2018 sind.

Mag. Rüdiger Schender, Rechtsvertreter der Antragstellerin: Aus der Presseinformation ist für uns nicht erkennbar, wer tatsächlich Auftraggeber im vergaberechtlichen Sinn ist. Unsere Motivation die Presseaussendung anzufechten war vor allem, dass wir die Presseaussendung so verstehen mussten, dass bereits ein Vertrag abgeschlossen wurde.

BBBB , Mitarbeiter der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH , ausgewiesen durch Personalausweis, Nr. XXXX , ausgestellt vom XXXX : Seitens der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH wurde bisher kein Vertrag über die gegenständlichen Leistungen abgeschlossen. Es gibt Vertragsverhandlungen zwischen SCHIG und ÖBB PV. Derzeit ist der Vertragsabschluss so geplant, wie er im Jahr 2016 in der Vorinformation bekannt gemacht wurde, nämlich zwischen SCHIG und ÖBB PV. Über Befragen von Mag. Rüdiger Schender: Die Vertragsverhandlungen sind noch nicht abgeschlossen. Das Land Vorarlberg ist in die Verhandlungen eingebunden, da das das ÖPNRVG so verlangt. Es handelt sich um jene Verkehrsleistungen, die von der Vorinformation aus dem Jahr 2016 umfasst sind. BBBB , Mitarbeiter der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH , ausgewiesen durch Personalausweis, Nr. römisch 40 , ausgestellt vom römisch 40 : Seitens der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH wurde bisher kein Vertrag über die gegenständlichen Leistungen abgeschlossen. Es gibt Vertragsverhandlungen zwischen SCHIG und ÖBB PV. Derzeit ist der Vertragsabschluss so geplant, wie er im Jahr 2016 in der Vorinformation bekannt gemacht wurde, nämlich zwischen SCHIG und ÖBB PV. Über Befragen von Mag. Rüdiger Schender: Die Vertragsverhandlungen sind noch nicht abgeschlossen. Das Land Vorarlberg ist in die Verhandlungen eingebunden, da das das ÖPNRVG so verlangt. Es handelt sich um jene Verkehrsleistungen, die von der Vorinformation aus dem Jahr 2016 umfasst sind.

Dr. Georg Zellhofer: CCCC hätte zur heutigen Verhandlung für die ÖBB PV kommen sollen. Er ist erkrankt, hat jedoch ein E-Mail geschickt, aus dem hervorgeht, dass der Vertrag über die gegenständlichen Leistungen noch nicht abgeschlossen wurde. Über Befragen von Mag. Rüdiger Schender: Ich nehme an, dass die Trassen für diese Leistungen bereits bestellt sind, habe jedoch keine eigene Wahrnehmung darüber. Ich möchte es dahingehend präzisieren, dass ich davon ausgehe, dass ein Ersuchen um Bereitstellung der Trassen gestellt wurde.

Mag. Rüdiger Schender: Die Schienennetz-Nutzungsbedingungen der ÖBB Infrastruktur AG verlangen ausdrücklich, dass bis zum April des jeweiligen Jahres (Hauptbestelltermin) Trassen zu bestellen sind.

Es wird kein weiteres Vorbringen erstattet.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen römisch zwei. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Auftraggeberin veröffentlichte eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 22. Juli 2016, 2016/S 140-253220. Diese lautet auszugsweise:

"...

Abschnitt II: Auftragsgegenstand

II.1) Beschreibung römisch zwei.1) Beschreibung

II.1.1) Bezeichnung des Auftrags: römisch zwei.1.1) Bezeichnung des Auftrags:

Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Vorarlberg.

II.1.2) Art des Auftrags, vom öffentlichen Verkehrswesen abgedeckte(r) Bereich(e) römisch zwei.1.2) Art des Auftrags, vom öffentlichen Verkehrswesen abgedeckte(r) Bereich(e)

Dienstleistungskategorie Nr T-01: Eisenbahnverkehr

Vom öffentlichen Verkehrswesen abgedeckte Bereiche

Hauptort der Ausführung, Lieferung oder Dienstleistungserbringung:

Nr. T-01: Eisenbahnverkehr

NUTS-Code AT34,AT341,AT342

II.1.3) Kurze Beschreibung des Auftrags römisch zwei.1.3) Kurze Beschreibung des Auftrags

Die Republik Österreich und das Land Vorarlberg beabsichtigen, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2,1030 Wien, als zuständige Behörde gemäß Art. 2 lit bVO (EG) 1370/2007 im Wege der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIGmbH) einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt an die ÖBB-Personenverkehr AG zu vergeben. Die Republik Österreich und das Land Vorarlberg beabsichtigen, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2,1030 Wien, als zuständige Behörde gemäß Artikel 2, lit bVO (EG) 1370 aus 2007, im Wege der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIGmbH) einen Dienstleistungsauftrag gemäß Artikel 5, Absatz 6, VO (EG) Nr. 1370 aus 2007, direkt an die ÖBB-Personenverkehr AG zu vergeben.

Beabsichtigter Auftragsgegenstand ist die Erbringung von SPNV-Leistungen ab 9. Dezember 2018 auf folgenden Streckenabschnitten mit folgendem beschriebenen Systemangebot. Ein dem aktuellen Entwurfsstandentsprechender Musterfahrplan, der noch Änderungen in der Planung und trassentechnischen Umsetzbarkeit unterliegt, ist unter folgender Adresse ersichtlich:

<https://www.bmvit.gv.at/verkehr/nahverkehr/downloads/vergaben/at34.pdf>

Die angegebenen Kilometerwerte (km) beziehen sich auf Fahrplan-Kilometer pro Jahr:

Systemangebot auf der Linie S 1 Lindau-Bregenz-Feldkirch-Bludenz (rund 2 800 000 km p. a.):

S-Bahn-Grundtakt täglich: je Richtung 36 bzw. 38 Kurse;

S-Bahn-Grundtakt Mo-Fr: je Richtung 1 bzw. 2 Kurse;

S-Bahn-Grundtakt Wochenende: je Richtung 1 bzw. 2 Kurse;

REX-Grundtakt täglich: je Richtung 13 bzw. 14 Kurse;

REX-Fernverkehrs zu- und -abbringer Feldkirch-Bregenz-(Lindau): ca. 8 Zugpaare.

zusätzliche Kurse in der Hauptverkehrszeit v. a. Mo.-Fr.: ca. 14 Verbindungen (z. T. nur auf Teilabschnitten)

Systemangebot auf der Linie S 2 Feldkirch-Buchs (rund 84 000 km p. a.):

S-Bahn Grundtakt Mo.-Fr.: 9 Zugpaare.

Systemangebot auf der Linie S 3 Bregenz-St. Margrethen (rund 247 000 km p. a.):

S-Bahn-Studentakt täglich: 19 Zugpaare;

S-Bahn-Ergänzung zu 1/2-Studentakt Mo.-Fr.: ca. 12 Zugpaare;

S-Bahn-Wochenende: 1 Zugpaar.

Systemangebot auf der Linie S 5 St. Margrethen - Dornbirn (rund 53 000 km p. a.):

S-Bahn Mo. - Fr. : 6 Zugpaare in der HVZ;

Die Betriebsaufnahme erfolgt mit Fahrplanwechsel nach Fertigstellung des Infrastrukturprojektes "St.Margrethen - Lauterach;

nahverkehrsgerechter Ausbau und Attraktivierung", derzeit geplant für 2020.

Insgesamt beträgt das Auftragsvolumen voraussichtlich rund 3,2 Mio km. p.a., davon rund 3,1 Mio km. p. a. zu Vertragsbeginn. Die genannten Systemangebote entsprechen den Zielsetzungen des Aufgabenträgers und sind vorbehaltlich der Beurteilung der Netzzugangsstelle für die Zugtrassenzuteilung zu verstehen. Verschiebungen der Zeitenlage oder ein Entfall von einzelnen vorgesehenen Kursen sind möglich und vorbehalten.

Die vom EVU zu erbringende Zugkilometerleistung unterliegt ausschließlich von der SCHIGmbH abzurufenden Anpassungen (Reduzierung, Ausweitung und Umschichtungen) aufgrund von laufenden Änderungen der Verkehrsbedürfnisse der Bevölkerung hinsichtlich geänderter demographischer, wirtschaftlicher oder infrastruktureller Rahmenbedingungen (z.B. geänderte Schulbeginnzeiten und -standorte, Veränderung der Arbeitsplatzsituation größerer Wirtschaftsstandorte; Nachfrageverlagerung im Bereich Freizeiteinrichtungen und Einkaufsstandorte; räumliche Verlagerungen im Zubringersystem, Entfall/Neuinbetriebnahme von Haltepunkten), insbesondere im Zuge des jährlichen Fahrplanwechsels. Solche Anpassungen der geschuldeten Leistung sind vertragsimmanente Erfüllungshandlungen.

Leistungsanpassungen in Zugkilometer sowie deren Auswirkungen auf den Abgeltungsbetrag dürfen nicht mehr als plus 10 % bzw. minus 10 % der Zugkilometerleistung oder des Auftragswerts des Gesamtangebotes(exklusive Valorisierung) betragen.

Für die Erbringung der Verkehrsdienste sind vorrangig (Ausnahmen bei einzelnen Kursen in der Hauptverkehrszeit sind möglich) elektrisch betriebene Nahverkehrszüge mit folgenden Eigenschafteneinzusetzen:

Sitzplatzkapazität: rund 300 Plätze;

Länge: rund 100 m;

Anzahl Türen: mindestens 8 pro Fahrzeugseite;

Breite Türen: rund 1 300 mm;

Einstiegshöhe: 600 mm über Schienenoberkante;

Höchstgeschwindigkeit: 160 km/h.

Zudem sollen die Fahrzeuge folgende Eigenschaften vorweisen:

Barrierefreiheit, Klimatisierung, Fahrgastinformationssysteme, Sanitäranlagen, Mehrzweckabteil, Zulassung für Österreich und Deutschland, optional Schweiz.

Auf den im Rahmen der Beauftragung zu erbringenden Leistungen sind grundsätzlich die Tarife der Verkehrsverbund Vorarlberg GmbH gültig. Über die Ausgabe von Fahrkarten zu unternehmensspezifischen Tarifen hat sich das Eisenbahnunternehmen gegebenenfalls mit dem Auftraggeber sowie der Verkehrsverbund Vorarlberg GmbH ins Einvernehmen zu setzen.

Die Vergabe des gegenständlichen Auftrages durch die zuständige Behörde ist mit Fahrplanwechsel 2028/2029 beschränkt. Der Auftraggeber behält sich eine vorzeitige Kündigung, unter Bedingungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen fixiert werden, vor. Die Vergabe des gegenständlichen Auftrages durch die zuständige Behörde ist mit Fahrplanwechsel 2028 aus 2029, beschränkt. Der Auftraggeber behält sich eine vorzeitige Kündigung, unter Bedingungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen fixiert werden, vor.

Da

1. § 141 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 2006 diese in Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 zugelassene Direktvergabe ausdrücklich einräumt, 1. Paragraph 141, Absatz 3, Bundesvergabegesetz 2006 diese in Artikel 5, Absatz 6, VO (EG) 1370 aus 2007, zugelassene Direktvergabe ausdrücklich einräumt,

2. durch die Wahl eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens von bisher von der ÖBB-Personenverkehr AG erbrachten SPNV-Leistungen der zuständigen Behörde Kosten entstehen, deren Kompensation durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht zu erwarten ist und darüber hinaus

3. eine zur effizienten und kurzfristigen Erreichung der verkehrspolitische Zielsetzungen erforderliche Harmonisierung des derzeit bestehenden dualen Bestellsystems und die dafür erforderliche Kündigung der bisher vom Land vergebenen Leistungen ohne eine weitere direkte Beauftragung von gemeinwirtschaftlichen SPNV-Leistungen vertragsrechtlich nicht möglich und

4. die Steigerung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der bestehenden gemeinwirtschaftlichen SPNV-Leistungen auch in einem nachfolgend weiterhin direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag sichergestellt werden kann

entspricht die Wahl eines direkten Vergabeverfahrens an die ÖBB-Personenverkehr AG am besten den Anforderungen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit auf der Grundlage der Ordnungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit.

Im Vergleich mit der bestellten Leistung der vorhergehenden Dienstleistungsaufträge auf den betreffenden Losen führt die geplante Bestellung zu einer deutlichen Qualitätsverbesserung. Diese beruht auf dem schrittweisen Einsatz qualitativ hochwertiger Neufahrzeuge während der Vertragslaufzeit und der Ausweitung des Qualitätsmanagements auf die nunmehr auch mitangekündigte und bisher vom Land bestellte Verkehrsleistung. In weitere Folge wird dadurch ein einheitlicher Qualitätsstandard mit damit verbundenen Effizienzverbesserungen erreicht.

II.1.4) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)römisches zwei.1.4) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)

60210000

...

II.2) Menge und/oder Wert der Dienstleistungen:römisches zwei.2) Menge und/oder Wert der Dienstleistungen:

Fahrplanjahr (FJ) 2018/19 bis 2027/2028: bis zu rund 3 200 000 km. p. a., davon rund 3 100 000 zu Vertragsbeginn.

km öffentlicher Personenverkehrsleistung: 32000000

Geschätzter Wert ohne MwSt:

Spanne von 0 bis 999 999 999,99 EUR

II.3) Geplanter Beginn und Laufzeit des Auftrags oder Schlussterminrömisches zwei.3) Geplanter Beginn und Laufzeit des Auftrags oder Schlusstermin

Beginn: 9.12.2018

in Tagen: 120 (ab Auftragsvergabe)

II.4) Kurze Beschreibung der Art und des Umfangs der Bauleistungerrömisches zwei.4) Kurze Beschreibung der Art und des Umfangs der Bauleistungen

Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

III.1) Bedingungen für den Auftragrömisches drei.1) Bedingungen für den Auftrag

III.1.1) Kostenparameter für Ausgleichszahlungen:römisches drei.1.1) Kostenparameter für Ausgleichszahlungen:

III.1.2) Informationen über ausschließliche Rechte:römisches drei.1.2) Informationen über ausschließliche Rechte:

Ausschließliche Rechte werden eingeräumt: nein

III.1.3) Zuteilung der Erträge aus dem Verkauf von Fahrscheinenrömisches drei.1.3) Zuteilung der Erträge aus dem Verkauf von Fahrscheinen:

An den Betreiber vergebener Prozentsatz: 0(%) (der verbleibende Anteil entfällt auf die zuständige Behörde)

III.1.4) Soziale Standards:römisch drei.1.4) Soziale Standards:

III.1.5) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen:römisch drei.1.5) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen:

Spezifikationen:

Spezifikationen: Teilnahme am Verkehrsverbund Vorarlberg, Beitritt zu allen hierfür erforderlichen Verbundverträgen.

III.1.6) Sonstige besondere Bedingungen:römisch drei.1.6) Sonstige besondere Bedingungen:

Für die Ausführung des Auftrags gelten besondere Bedingungen: ja

Der Vertrag wird als Bruttovertrag konzipiert, das Erlörisiko liegt beim Auftraggeber.

III.2) Teilnahmebedingungenrömisch drei.2) Teilnahmebedingungen

III.2.1) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeitrömisch drei.2.1) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

III.2.2) Technische Anforderungenrömisch drei.2.2) Technische Anforderungen

III.3) Qualitätsziele für Dienstleistungsaufträgerömisch drei.3) Qualitätsziele für Dienstleistungsaufträge

Beschreibung: Mit dem Dienstleistungsauftrag wird ein umfassendes Qualitätsmanagement implementiert. Zielsetzung ist ein hohes Qualitätsniveau der bestellten Leistungen. Dafür werden zahlreiche Qualitätsparameter identifiziert, für welche Zielwerte vereinbart werden. Die Qualitätsparameter machen die Qualität der Leistungen nach einheitlichen Kriterien mess- und bewertbar. Bei der Definition und Messung der Qualitätskriterien wird grundsätzlich unterschieden in objektiv gemessene und subjektiv von den Fahrgästen wahrgenommene Qualität.

Die objektiv gemessenen Parameter werden entweder auf Grundlage von automatischen Messungen bewertet oder von geschulten Qualitätsprüfern erhoben. Diese ermöglicht die laufende Messung und Überwachung der Abwicklung des Zugverkehrs. Die subjektiv von den Fahrgästen wahrgenommene Qualität wird mittels standardisierter Fragebögen bei umfangreichen Kundenbefragungen erhoben.

Information und Fahrkarten: Es gelten die Tarifbestimmungen der Verkehrsverbund Vorarlberg GmbH

Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit:

Zugausfälle:

Prämien und Sanktionen:

Sauberkeit des Fahrzeugmaterials und der Bahnhofseinrichtungen:

Befragung zur Kundenzufriedenheit:

Beschwerdebearbeitung:

Betreuung von Personen mit eingeschränkter Mobilität:

Sonstige:

Abschnitt IV: Verfahren

IV.1) Verfahrensart römisch vier.1) Verfahrensart

für Eisenbahnverkehr (Art. 5.6 von 1370/2007) für Eisenbahnverkehr (Artikel 5 Punkt 6, von 1370 aus 2007,)

IV.2) Zuschlagskriterien römisch vier.2) Zuschlagskriterien

...

Abschnitt V: Auftragsvergabe

Name und Anschrift des gewählten Betreibers

ÖBB Personenverkehr AG

Am Hauptbahnhof 2

1100 Wien

Österreich

Internet-Adresse: <http://personenverkehr.oebb.at/de/personenverkehr>

Abschnitt VI: Weitere Angaben

VI.1) Zusätzliche Angaben:römisch sechs.1) Zusätzliche Angaben:

Die Auftraggeberin behält sich einen Widerruf dieser Vorinformation aus aus Auftraggebersicht wichtigen Gründen vor.

Die Angabe der Preisspanne entspricht dem maximal möglichen Rahmen in eNotices und wurde nur angegeben, da diese Angabe in eNotices entgegen Art. 7 Abs. 2 VO (EG) Nr. 1370/2007 zwingend als Pflichtfeld vorgesehen ist. Weiters ist der Preis und damit in weiterer Folge die Höhe der Ausgleichsleistung Verhandlungsgegenstand mit dem Auftragnehmer. Die Angabe der Preisspanne entspricht dem maximal möglichen Rahmen in eNotices und wurde nur angegeben, da diese Angabe in eNotices entgegen Artikel 7, Absatz 2, VO (EG) Nr. 1370 aus 2007, zwingend als Pflichtfeld vorgesehen ist. Weiters ist der Preis und damit in weiterer Folge die Höhe der Ausgleichsleistung Verhandlungsgegenstand mit dem Auftragnehmer.

VI.2) Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahrenrömisch sechs.2) Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren

VI.2.1) Zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahrenrömisch sechs.2.1) Zuständige Stelle für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren

Bundesverwaltungsgericht

...

VI.4) Tag der Absendung dieser Bekanntmachung:römisch sechs.4) Tag der Absendung dieser Bekanntmachung: 20.7.2016"

Der Vorinformation sind Musterfahrpläne für die genannten Strecken angeschlossen.

(Unterlagen des Vergabeverfahrens in den verbundenen Verfahren W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1)

1.2 Die Presseaussendung des Pressediensts der Parlamentsdirektion, Parlamentskorrespondenz, vom 8. März 2018, veröffentlicht über APA OTS lautet auszugsweise wie folgt:

"...

Was die Verkehrsdienstverträge angeht, so wolle man in Zukunft zu gemeinsamen Leistungsbestellungen von Bund, Ländern und Verkehrsbetrieben kommen, um eine bessere Planbarkeit sicherzustellen. Mit Vorarlberg sei man bereits zu einem Abschluss gelangt. Noch vor dem Sommer sei ein Abschluss der Verhandlungen mit Tirol, Steiermark und Kärnten zu erwarten. Mit Oberösterreich, Salzburg und der Ostregion laufen derzeit die Abstimmungsgespräche an.

..."

(Beilage ./1 zum Nachprüfungsantrag OZ 1 des gegenständlichen Verfahrensaktes)

1.3 Die Auftraggeberin hat weder das Vergabeverfahren widerrufen noch den Zuschlag erteilt. Es finden derzeit Verhandlungen zwischen der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH und der ÖBB Personenverkehr AG statt, wobei auf Seiten der Auftraggeberin ausschließlich die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH den Vertrag unterschreiben soll. (Vorbringen der Auftraggeberin; Aussage von BBBB , Mitarbeiter der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH in der mündlichen Verhandlung; Vorbringen der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin)

1.4 Die Antragstellerin bezahlte Pauschalgebühren in der Höhe von €

1.540. (Verfahrensakt)

2. Beweiswürdigung

2.1 Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den jeweils in Klammern genannten Quellen. Diese sind Veröffentlichungen und die Unterlagen des Vergabeverfahrens, sowie Auskünfte, die nur die Auftraggeberin erteilen

kann. Soweit Schriftstücke von der Antragstellerin vorgelegt wurden, spricht der Anschein für ihre Echtheit. Die herangezogenen Beweismittel sind daher echt. Ihre inhaltliche Richtigkeit steht außer Zweifel. Widersprüche traten nicht auf.

2.2 In den verbunden Verfahren W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 waren alle Parteien und Beteiligten im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren eingebunden. Sie hatten in diesem Verfahren Parteistellung und konnten Einsicht nehmen. Sie waren in der mündlichen Verhandlung am 28. September 2016 anwesend und das Bundesverwaltungsgericht stellte allen Parteien und Beteiligten des gegenständlichen Verfahrens das abschließende Erkenntnis BVwG 29. 9. 2016, W187 2131055-2/47E, W187 2131178-2/26E und W187 2131180-1/46E zu, das die Antragstellerin beim Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen Ra 2016/04/0134 bis 0136 angefochten hat. Die im vorliegenden Erkenntnis getroffenen Feststellungen entsprechen Feststellungen aus diesem Erkenntnis. Aus der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ergibt sich, dass das Bundesverwaltungsgericht Ermittlungsergebnisse aus anderen Verfahren verwerten kann (VwGH 20. 12. 2017, Ra 2017/04/0003). Das muss umso mehr gelten, als alle am gegenständlichen Verfahren Beteiligten auch an dem Vorverfahren beteiligt waren.

3. Rechtliche Beurteilung

3.1 Anzuwendendes Recht

3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl I 2013/10 idgF, lauten: 3.1.1 Die maßgeblichen Bestimmungen des Bundesverwaltungsgerichtsgesetz - BVwGG, BGBl römisch eins 2013/10 idgF, lauten:

"Einzelrichter

§ 6. Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist." Paragraph 6, Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist."

3.1.2 Zu Bestimmungen gemäß § 58 Abs 2 VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl I 2006/17 idgF, lauten: 3.1.2 Zu Bestimmungen gemäß Paragraph 58, Absatz 2, VwGVG zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält und daher als lex specialis den Bestimmungen des BVergG vorgeht. Die einschlägigen Bestimmungen des Bundesgesetzes über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 - BVergG 2006), BGBl römisch eins 2006/17 idgF, lauten:

"Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes

§ 291. Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 1 B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen. Paragraph 291, Das Bundesverwaltungsgericht ist zuständig zur Entscheidung über Anträge wegen Rechtswidrigkeit eines Verhaltens eines Auftraggebers in den Angelegenheiten des öffentlichen Auftragswesens, soweit es sich um Auftraggeber handelt, die gemäß Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, B-VG in den Vollziehungsbereich des Bundes fallen.

Senatszuständigkeit und -zusammensetzung

§ 292. (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des § 291, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß § 319 Abs. 3 oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten. Paragraph 292, (1) Das Bundesverwaltungsgericht entscheidet in den Angelegenheiten des Paragraph 291,, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz gemäß Paragraph 319, Absatz 3, oder die Entscheidung über eine Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungsantrages handelt, in Senaten.

(2) Der Senat besteht aus einem Mitglied als Vorsitzenden und zwei fachkundigen Laienrichtern als Beisitzern. Von den fachkundigen Laienrichtern muss jeweils einer dem Kreis der Auftraggeber und der andere dem der Auftragnehmer angehören.

...

Anzuwendendes Verfahrensrecht

§ 311. Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl. I Nr. 33/2013, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der §§ 1 bis 5 sowie des IV. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden. Paragraph 311, Soweit in diesem Bundesgesetz und im Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 33 aus 2013,, nichts anderes bestimmt ist, sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme der Paragraphen eins bis 5 sowie des römisch vier. Teiles in den Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht nach diesem Bundesgesetz sinngemäß anzuwenden.

Zuständigkeit

§ 312. (1) ...Paragraph 312, (1) ...

(2) Bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens ist das Bundesverwaltungsgericht zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte.

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht 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 Unionsrecht 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. in einem Verfahren gemäß Z 1, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte; 2. in einem Verfahren gemäß Ziffer eins, 4 und 5 auf Antrag des Auftraggebers zur Feststellung, ob der Antragsteller auch bei Einhaltung der entsprechenden Bestimmungen keine echte Chance auf Erteilung des Zuschlages gehabt hätte;

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 erteilt wurde; 4. zur Feststellung, ob der Zuschlag rechtswidriger Weise ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den Paragraphen 131, bzw. 272 erteilt wurde;

5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen § 152 Abs. 4 bis 6, § 158 Abs. 2 bis 5 oder § 290 Abs. 2 bis 5 rechtswidrig war; 5. zur Feststellung, ob der Zuschlag bei der Vergabe einer Leistung auf Grund einer Rahmenvereinbarung oder eines dynamischen Beschaffungssystems wegen eines Verstoßes gegen Paragraph 152, Absatz 4 bis 6, Paragraph 158, Absatz 2 bis 5 oder Paragraph 290, Absatz 2 bis 5 rechtswidrig war;

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

7. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 77. in einem Verfahren gemäß den Ziffer 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß Paragraph 334, Absatz 7,

(4) ...

Einleitung des Verfahrens

§ 320. (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern Paragraph 320, (1) Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die

Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1. er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und
2. ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

(2) ...

Parteien des Nachprüfungsverfahrens

§ 324. (1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber. Paragraph 324, (1) Parteien des Nachprüfungsverfahrens vor dem Bundesverwaltungsgericht sind jedenfalls der Antragsteller und der Auftraggeber.

(2) Parteien des Nachprüfungsverfahrens sind ferner jene Unternehmer, die durch die vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlichen geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (Antragsgegner); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nachprüfungsverfahrens.

(3) Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (§ 323 Abs. 4) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Abs. 2 verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach § 323 Abs. 1 erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. § 42 Abs. 3 AVG gilt sinngemäß. (3) Der in einer Zuschlagsentscheidung für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter verliert seine Parteistellung, wenn er seine begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Zustellung der Verständigung über die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens (Paragraph 323, Absatz 4,) erhebt. Andere Parteien im Sinne des Absatz 2, verlieren ihre Parteistellung, wenn sie ihre begründeten Einwendungen gegen die vom Antragsteller begehrte Entscheidung nicht binnen zehn Tagen ab Bekanntmachung der Verfahrenseinleitung nach Paragraph 323, Absatz eins, erheben. Sofern eine mündliche Verhandlung vor Ablauf dieser Fristen stattfindet, können die Einwendungen spätestens in der mündlichen Verhandlung erhoben werden. Paragraph 42, Absatz 3, AVG gilt sinngemäß.

(4) ...

Feststellung von Rechtsverstößen, Nichtigerklärung und Verhängung von Sanktionen

§ 334. (1) ...Paragraph 334, (1) ...

(2) Soweit in diesem Absatz und in den Abs. 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß § 312 Abs. 3 Z 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Abs. 4 oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte. (2) Soweit in diesem Absatz und in den Absatz 4 und 5 nicht anderes bestimmt ist, hat das Bundesverwaltungsgericht im Oberschwellenbereich den Vertrag im Anschluss an eine Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 für absolut nichtig zu erklären. Das Bundesverwaltungsgericht hat von einer Nichtigerklärung des Vertrages oder einer Aufhebung des Vertrages gemäß den Absatz 4, oder 5 abzusehen, wenn der Auftraggeber dies beantragt hat und zwingende Gründe eines Allgemeininteresses es rechtfertigen, den Vertrag aufrechtzuerhalten. Wirtschaftliche Interessen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem betreffenden Vertrag stehen, können die Aufrechterhaltung des Vertrages nicht rechtfertigen, andere wirtschaftliche Interessen nur dann, wenn die Nichtigkeit in Ausnahmefällen unverhältnismäßige Folgen hätte.

(3) ..."

3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl I 2013/33 idgF, lauten: 3.1.3 Die maßgeblichen Bestimmungen des Verwaltungsgerichtsverfahrensgesetz - VwGVG, BGBl römisch eins 2013/33 idgF, lauten:

"Anwendungsbereich

§ 1. Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes. Paragraph eins, Dieses Bundesgesetz regelt das Verfahren der Verwaltungsgerichte mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes.

...

Erkenntnisse

§ 28. (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen. Paragraph 28, (1) Sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen.

(2) Über Beschwerden gemäß Art. 130 Abs. 1 Z 1 B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn (2) Über Beschwerden gemäß Artikel 130, Absatz eins, Ziffer eins, B-VG hat das Verwaltungsgericht dann in der Sache selbst zu entscheiden, wenn

1. der maßgebliche Sachverhalt feststeht oder

2. die Feststellung des maßgeblichen Sachverhalts durch das Verwaltungsgericht selbst im Interesse der Raschheit gelegen oder mit einer erheblichen Kostenersparnis verbunden ist.

(3) ...

Beschlüsse

§ 31. (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss. Paragraph 31, (1) Soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

(2) ...

(3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind § 29 Abs. 1 zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5 und § 30 sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse. (3) Auf die Beschlüsse des Verwaltungsgerichtes sind Paragraph 29, Absatz eins, zweiter Satz, 2a, 2b, 4 und 5 und Paragraph 30, sinngemäß anzuwenden. Dies gilt nicht für verfahrensleitende Beschlüsse.

...

Inkrafttreten

§ 58. (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft Paragraph 58, (1) Dieses Bundesgesetz tritt mit 1. Jänner 2014 in Kraft.

(2) Entgegenstehende Bestimmungen in Bundes- oder Landesgesetzen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht sind, bleiben unberührt.

(3) ..."

3.1.4 Die maßgeblichen Bestimmungen des Allgemeinen Verwaltungsverfahrensgesetzes 1991 - AVG, BGBl 1991/51 idgF lauten:

"Abänderung und Behebung von Amts wegen

§ 68. (1) Anbringen von Beteiligten, die außer den Fällen der §§ 69 und 71 die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, sind, wenn die Behörde nicht den Anlaß zu einer Verfügung gemäß den Abs. 2 bis 4 findet, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen. Paragraph 68, (1) Anbringen von

Beteiligten, die außer den Fällen der Paragraphen 69 und 71 die Abänderung eines der Berufung nicht oder nicht mehr unterliegenden Bescheides begehren, sind, wenn die Behörde nicht den Anlaß zu einer Verfügung gemäß den Absatz 2 bis 4 findet, wegen entschiedener Sache zurückzuweisen.

(2) ..."

3.2 Formale Voraussetzungen

3.2.1 Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 8 BVergG ist die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH. Sie steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. Ihre Anteile werden vom Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie verwaltet. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 3 Abs 1 Z 2 BVergG (st Rspr zB VwGH 21. 12. 2016, Ra 2016/04/0139; BVwG 2. 10. 2015, W134 2114723-1/2E; BVA 1. 6. 2011, F/0003-BVA/14/2011-45). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen "öffentlichen Dienstleistungsauftrag" gemäß Art 2 lit i PSO-VO (siehe zur vom Vergaberecht abweichenden Definition Berger/?Zleptnig in Heid/?Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht⁴ [2015] Rz 55), der gleichzeitig ein nicht prioritärer Dienstleistungsauftrag nach § 6 iVm Anh IV Kategorie 18 BVergG ist (siehe dazu Götzl, Vergabe und Wettbewerbsrecht in Hinblick auf die Eisenbahnliberalisierung, ZVR 2012/241). Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des § 12 Abs 1 Z 2 BVergG, sodass gemäß § 12 Abs 1 BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.1 Auftraggeberin im Sinne des Paragraph 2, Ziffer 8, BVergG ist die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH. Sie steht zu 100 % im Eigentum der Republik Österreich. Ihre Anteile werden vom Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie verwaltet. Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß Paragraph 3, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG (st Rspr zB VwGH 21. 12. 2016, Ra 2016/04/0139; BVwG 2. 10. 2015, W134 2114723-1/2E; BVA 1. 6. 2011, F/0003-BVA/14/2011-45). Bei der gegenständlichen Ausschreibung handelt es sich um einen "öffentlichen Dienstleistungsauftrag" gemäß Artikel 2, Litera i, PSO-VO (siehe zur vom Vergaberecht abweichenden Definition Berger/?Zleptnig in Heid/?Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht⁴ [2015] Rz 55), der gleichzeitig ein nicht prioritärer Dienstleistungsauftrag nach Paragraph 6, in Verbindung mit Anh römisch vier Kategorie 18 BVergG ist (siehe dazu Götzl, Vergabe und Wettbewerbsrecht in Hinblick auf die Eisenbahnliberalisierung, ZVR 2012/241). Der geschätzte Auftragswert des Gesamtvorhabens liegt jedenfalls über dem relevanten Schwellenwert des Paragraph 12, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG, sodass gemäß Paragraph 12, Absatz eins, BVergG ein Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich vorliegt.

3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich der PSO-VO. Der Rechtsschutz nach dem IV. Teil des BVergG ist anwendbar (Madl, OGH: 3.2.1.2 Der gegenständliche Beschaffungsvorgang liegt somit im sachlichen und persönlichen Geltungsbereich der PSO-VO. Der Rechtsschutz nach dem römisch vier. Teil des BVergG ist anwendbar (Madl, OGH:

Rechtsschutzsystem des BVergG auf öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Westbahnstrecke anwendbar, RPA 2011, 323). Zivilrechtlicher Vertragspartner der ÖBB Personenverkehr AG soll die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH werden. Dies ist das allgemeine Kriterium, nach dem die Auftraggebereigenschaft und damit die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde bestimmt werden (VfGH 13. 10. 2005, KI-2/05 ua; B 573 ua; VfSlg 17.678). Allfällige Finanzierungsanteile anderer öffentlicher Auftraggeber bleiben dabei außer Betracht (VfGH 25. 2. 2008, B 1738/07, VfSlg 18.348). Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von Nachprüfungsverfahren entsprechend § 312 Abs 2 BVergG iVm Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG ist sohin gegeben, da es sich bei der SCHIG um ein Unternehmen nach Art 126 Abs 2 B-VG handelt.

Rechtsschutzsystem des BVergG auf öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Westbahnstrecke anwendbar, RPA 2011, 323). Zivilrechtlicher Vertragspartner der ÖBB Personenverkehr AG soll die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH werden. Dies ist das allgemeine Kriterium, nach dem die Auftraggebereigenschaft und damit die Zuständigkeit der Vergabekontrollbehörde bestimmt werden (VfGH 13. 10. 2005, KI-2/05 ua; B 573 ua; VfSlg 17.678). Allfällige Finanzierungsanteile anderer öffentlicher Auftraggeber bleiben dabei außer Betracht (VfGH 25. 2. 2008, B 1738/07, VfSlg 18.348). Die allgemeine Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Überprüfung des Vergabeverfahrens und zur Durchführung von

Nachprüfungsverfahren entsprechend Paragraph 312, Absatz 2, BVergG in Verbindung mit Artikel 14 b, Absatz 2, Ziffer eins, Litera c, B-VG ist sohin gegeben, da es sich bei der SCHIG um ein Unternehmen nach Artikel 126, Absatz 2, B-VG handelt.

3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß § 312 Abs 2 Z 2 BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig. 3.2.1.3 Da darüber hinaus laut Stellungnahme der Auftraggeberin das Vergabeverfahren nicht widerrufen und der Zuschlag noch nicht erteilt wurde, ist das Bundesverwaltungsgericht damit gemäß Paragraph 312, Absatz 2, Ziffer 2, BVergG zur Nichtigerklärung rechtswidriger Entscheidungen des Auftraggebers zuständig.

3.2.2 Zu Spruchpunkt A) - Zurückweisung der Anträge

3.2.2.1 Allgemeines

3.2.2.1.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Abs 1 BVergG nicht offensichtlich (zur Geltung dieser Voraussetzungen für die Nachprüfung von Vergaben nach der PSO-VO Reisner in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz 1919). 3.2.2.1.1 Der Antragstellerin fehlen die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz eins, BVergG nicht offensichtlich (zur Geltung dieser Voraussetzungen für die Nachprüfung von Vergaben nach der PSO-VO Reisner in Heid/Preslmayr [Hrsg], Handbuch Vergaberecht4 [2015] Rz 1919).

3.2.2.1.2 Der Antrag auf Nichtigerklärung der Presseaussendung, veröffentlicht am 8. März 2018, richtet sich jedenfalls insofern gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung, als mit ihr die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO und die Wahl des Zuschlagsempfängers möglicherweise bekanntgemacht wurden, da eine Presseaussendung an sich keine gesondert anfechtbare Entscheidung ist. Wie wird erst dann zur gesondert anfechtbaren Entscheidung, wenn sie erstmals vergaberechtlich relevante Festlegungen des Auftraggebers die für die Qualität als Entscheidung nötige Publizität verleiht. Als angefochtene Entscheidung ist daher der vergaberecht relevante Inhalt der Presseaussendung, im gegenständlichen Verfahren die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des Zuschlagsempfängers, heranzuziehen, wie es die Antragstellerin auch in ihrem Nachprüfungsantrag gemacht hat. Das Rechtsschutzregime des BVergG ist im Rahmen der bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen gesondert anfechtbarer Entscheidungen anwendbar (Reisner, Auch eine Vorinformation muss genügend Informationen über die Leistung enthalten, RPA 2014, 146). Aus § 141 Abs 5 BVergG ergibt sich, dass jeden nach außen tretende Entscheidung des Auftraggebers gesondert anfechtbar ist. Damit sind die Anfechtungsgegenstände im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zulässig. 3.2.2.1.2 Der Antrag auf Nichtigerklärung der Presseaussendung, veröffentlicht am 8. März 2018, richtet sich jedenfalls insofern gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung, als mit ihr die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO und die Wahl des Zuschlagsempfängers möglicherweise bekanntgemacht wurden, da eine Presseaussendung an sich keine gesondert anfechtbare Entscheidung ist. Wie wird erst dann zur gesondert anfechtbaren Entscheidung, wenn sie erstmals vergaberechtlich relevante Festlegungen des Auftraggebers die für die Qualität als Entscheidung nötige Publizität verleiht. Als angefochtene Entscheidung ist daher der vergaberecht relevante Inhalt der Presseaussendung, im gegenständlichen Verfahren die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des Zuschlagsempfängers, heranzuziehen, wie es die Antragstellerin auch in ihrem Nachprüfungsantrag gemacht hat. Das Rechtsschutzregime des BVergG ist im Rahmen der bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen gesondert anfechtbarer Entscheidungen anwendbar (Reisner, Auch eine Vorinformation muss genügend Informationen über die Leistung enthalten, RPA 2014, 146). Aus Paragraph 141, Absatz 5, BVergG ergibt sich, dass jeden nach außen tretende Entscheidung des Auftraggebers gesondert anfechtbar ist. Damit sind die Anfechtungsgegenstände im Nachprüfungsverfahren grundsätzlich zulässig.

3.2.2.2 Zu Spruchpunkten A) 1. und 2. - Zurückweisung der Nachprüfungsanträge

3.2.2.2.1 Fraglich ist jedoch, ob die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO zur Vergabe der fraglichen Leistungen und die Wahl der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten wurden. 3.2.2.2.1 Fraglich ist jedoch, ob die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO zur Vergabe der fraglichen Leistungen und die Wahl der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin nicht bereits vor dem Bundesverwaltungsgericht angefochten wurden.

3.2.2.2.2 In den Verfahren W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 beantragte die Antragstellerin ua

die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens und der Wahl des Zuschlagsempfängers. Das Begehren entspricht also dem Begehren im gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Diese Anträge betrafen das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Vorarlberg" der Auftraggeberin SCHIG (zur Auftraggebereigenschaft bei dieser Vergabe siehe VwGH 21. 12. 2016, Ra 2016/04/0139). Wie sich aus der in diesen Verfahren ebenfalls angefochtenen Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 22. Juli 2016, 2016/S 140-253220, ergibt, sollte der Beginn der Leistungen der 9. Dezember 2019 sein. Dieses Verfahren hat das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis abgeschlossen (BVwG 29. 9. 2016, W187 2131055-2/47E, W187 2131178-2/26E und W187 2131180-1/46E), das die Antragstellerin beim Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen Ra 2016/04/0134 bis 0136 angefochten hat. Sie kennt daher die Details des Gegenstandes des Vergabeverfahrens und des Auftraggebers, über den das Bundesverwaltungsgericht in diesem Verfahren entschieden hat. 3.2.2.2.2 In den Verfahren W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 beantragte die Antragstellerin ua die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens und der Wahl des Zuschlagsempfängers. Das Begehren entspricht also dem Begehren im gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Diese Anträge betrafen das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Vorarlberg" der Auftraggeberin SCHIG (zur Auftraggebereigenschaft bei dieser Vergabe siehe VwGH 21. 12. 2016, Ra 2016/04/0139). Wie sich aus der in diesen Verfahren ebenfalls angefochtenen Vorinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 22. Juli 2016, 2016/S 140-253220, ergibt, sollte der Beginn der Leistungen der 9. Dezember 2019 sein. Dieses Verfahren hat das Bundesverwaltungsgericht mit Erkenntnis abgeschlossen (BVwG 29. 9. 2016, W187 2131055-2/47E, W187 2131178-2/26E und W187 2131180-1/46E), das die Antragstellerin beim Verwaltungsgerichtshof zu den Zahlen Ra 2016/04/0134 bis 0136 angefochten hat. Sie kennt daher die Details des Gegenstandes des Vergabeverfahrens und des Auftraggebers, über den das Bundesverwaltungsgericht in diesem Verfahren entschieden hat.

3.2.2.2.3 Die Nachprüfungsanträge im gegenständlichen Verfahren betreffen als gesondert anfechtbare Entscheidungen ebenfalls die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des Zuschlagsempfängers. Sie beziehen sich auf die "Direktvergabe des gesamten Schienenpersonennah- und -regionalverkehrs im Bundesland Vorarlberg ab dem 9. Dezember 2018". Als Auftraggeberin bezeichnet die Antragstellerin "das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie im Wege der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH". Diese Bezeichnung entspricht der auch in den Verfahren W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 gewählten. Nun behauptet die Antragstellerin, durch die Presseaussendung erstmals von der Vergabe erfahren zu haben. Die Presseaussendung enthält kein Datum, an dem die Ausführung des Auftrags beginnen sollte. Dieses hat die Antragstellerin jedoch zum Gegenstand des Vergabeverfahrens gemacht. Dabei kann sie nur auf die oben genannte Vorinformation und die Informationen aus den Nachprüfungsverfahren beim Bundesverwaltungsgericht zu den Zahlen W187 2131055-2, W187 2131178-2 und W187 2131180-1 zurückgegriffen haben. Gleiches gilt für die Annahme eines geschätzten Auftragswerts von € 400 Mio und weitere Detailkenntnis sowie das Initiativangebot. Damit ist davon auszugehen, dass das zu Grunde liegende Vergabeverfahren mit dem bereits behandelten übereinstimmt. Die angefochtenen gesondert anfechtbaren Entscheidungen sind ident.

3.2.2.2.4 Die Revision hat gemäß § 30 Abs 1 VwGG keine aufschiebende Wirkung, sodass das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts in Rechtskraft erwachsen ist (zB VwGH 26. 11. 2015, Ro 2015/07/0018), die der Verwaltungsgerichtshof durch seine Entscheidung ex tunc beseitigen kann. Alle Parteien des Verfahrens haben einen Rechtsanspruch auf Beachtung dieser Rechtskraft (zB VwGH 19. 1. 2016, Ra 2015/01/0070). Die Rechtsprechung zu § 68 AVG ist sinngemäß heranzuziehen (zB VwGH 24. 4. 2015, 2011/17/0244). Es handelt sich bei den vorliegenden Nachprüfungsanträgen daher um entschiedene Sachen, über die nicht neuerlich entschieden werden kann. Eine neuerliche inhaltlich Entscheidung würde gegen den Grundsatz ne bis in idem verstoßen (zB VwGH 24. 5. 2016, Ra 2016/03/0050; 28. 4. 2017, Ra 2017/03/0027). Die Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe und der Wahl des Zuschlagsempfängers im gegenständlichen Vergabeverfahren sind daher wegen res iudicata zurückzuweisen. 3.2.2.2.4 Die Revision hat gemäß Paragraph 30, Absatz eins, VwGG keine aufschiebende Wirkung, sodass das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts in Rechtskraft erwachsen ist (zB VwGH 26. 11. 2015, Ro 2015/07/0018), die der Verwaltungsgerichtshof durch seine Entscheidung ex tunc beseitigen kann. Alle Parteien des Verfahrens haben einen Rechtsanspruch auf Beachtung dieser Rechtskraft (zB VwGH 19. 1. 2016, Ra 2015/01/0070). Die Rechtsprechung zu Paragraph 68, AVG ist sinngemäß heranzuziehen (zB VwGH 24. 4. 2015, 2011/17/0244). Es

handelt sich bei den vorliegenden Nachprüfungsanträgen daher um entschiedene Sachen, über die nicht neuerlich entschieden werden kann. Eine neuerliche inhaltlich Entscheidung würde gegen den Grundsatz ne bis in idem verstoßen (zB VwGH 24. 5. 2016, Ra 2016/03/0050; 28. 4. 2017, Ra 2017/03/0027). Die Anträge auf Nichtigkeitserklärung der Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe und der Wahl des Zuschlagsempfängers im gegenständlichen Vergabeverfahren sind daher wegen res iudicata zurückzuweisen.

3.2.2.3 Zu Spruchpunkten A) 3., 4. und 5. - Zurückweisung der Feststellungsanträge

3.2.2.3.1 Feststellungsanträge wie in den Spruchpunkten A) 3., 4. und 5. wiedergegeben sind gemäß § 312 Abs 3 BVergG nur nach Zuschlagserteilung, dh Vertragsabschluss zulässig. 3.2.2.3.1 Feststellungsanträge wie in den Spruchpunkten A) 3., 4. und 5. wiedergegeben sind gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG nur nach Zuschlagserteilung, dh Vertragsabschluss zulässig.

3.2.2.3.2 In der mündlichen Verhandlung hat sich aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen seitens der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben, dass bisher kein Vertrag über die Leistungen abgeschlossen wurde. Die in eventu gestellten Feststellungsanträge sind daher unzulässig, da andere als in § 312 BVergG genannte Zuständigkeiten dem Bundesverwaltungsgericht im Bereich der Vergabekontrolle nicht zukommen (VwGH 14. 3. 2012, 2008/04/0228; 25. 9. 2012, 2008/04/0045) und die Auftraggeberin noch keinen Vertrag abgeschlossen hat, dieser jedoch gemäß § 312 Abs 3 BVergG Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über diese Anträge ist (VwGH 1.2.2017, Ra 2016/04/0149; 11. 5. 2017, Ra 2016/04/0048). Die Feststellungsanträge sind daher wegen Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäß § 312 Abs 3 BVergG zurückzuweisen. 3.2.2.3.2 In der mündlichen Verhandlung hat sich aus den Aussagen der einvernommenen Zeugen seitens der Auftraggeberin und der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin ergeben, dass bisher kein Vertrag über die Leistungen abgeschlossen wurde. Die in eventu gestellten Feststellungsanträge sind daher unzulässig, da andere als in Paragraph 312, BVergG genannte Zuständigkeiten dem Bundesverwaltungsgericht im Bereich der Vergabekontrolle nicht zukommen (VwGH 14. 3. 2012, 2008/04/0228; 25. 9. 2012, 2008/04/0045) und die Auftraggeberin noch keinen Vertrag abgeschlossen hat, dieser jedoch gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über diese Anträge ist (VwGH 1.2.2017, Ra 2016/04/0149; 11. 5. 2017, Ra 2016/04/0048). Die Feststellungsanträge sind daher wegen Unzuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts gemäß Paragraph 312, Absatz 3, BVergG zurückzuweisen.

3.2.2.4 Zu Spruchpunkt A) 6.- Zurückweisung Antrags auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags

3.2.2.4.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß § 334 Abs 2 BVergG einen Vertrag für nichtig zu erklären, wenn es eine der im Gesetz genannten Feststellungen trifft. Dabei handelt es sich um eine Nichtigkeitserklärung, die es von Amts wegen auszusprechen hat. 3.2.2.4.1 Das Bundesverwaltungsgericht hat gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG einen Vertrag für nichtig zu erklären, wenn es eine der im Gesetz genannten Feststellungen trifft. Dabei handelt es sich um eine Nichtigkeitserklärung, die es von Amts wegen auszusprechen hat.

3.2.2.4.2 Daher ist der Antrag auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags an sich unzulässig, weil das Bundesverwaltungsgericht bei Vorliegen der Voraussetzungen den abgeschlossenen Vertrags gemäß § 334 Abs 2 BVergG ex lege für nichtig erklären muss. Ein Antragsrecht steht keiner Verfahrenspartei zu (VwGH 9. 9. 2015, Ro 2015/04/0013). Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags ist daher wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen. 3.2.2.4.2 Daher ist der Antrag auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags an sich unzulässig, weil das Bundesverwaltungsgericht bei Vorliegen der Voraussetzungen den abgeschlossenen Vertrags gemäß Paragraph 334, Absatz 2, BVergG ex lege für nichtig erklären muss. Ein Antragsrecht steht keiner Verfahrenspartei zu (VwGH 9. 9. 2015, Ro 2015/04/0013). Der Antrag auf Nichtigkeitserklärung des Vertrags ist daher wegen Unzulässigkeit zurückzuweisen.

3.3 Zu Spruchpunkt B) - Unzulässigkeit der Revision

3.3.1 Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen. 3.3.1 Gemäß Paragraph 25 a, Absatz eins, VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

3.3.2 Die Revision ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer

Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Beantwortung der Rechtsfrage stützt sich in erster Linie auf die Auslegung der Ausschreibung. Sofern sie in vertretbarer Weise vorgenommen wird, ist sie nicht revisibel (zB VwGH 18. 8. 2017, Ra 2017/04/0022, 0023). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter II.3.2 dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs.3.3.2 Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Die Beantwortung der Rechtsfrage stützt sich in erster Linie auf die Auslegung der Ausschreibung. Sofern sie in vertretbarer Weise vorgenommen wird, ist sie nicht revisibel (zB VwGH 18. 8. 2017, Ra 2017/04/0022, 0023). Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Dabei verweist das Bundesverwaltungsgericht auf die unter römisch zwei.3.2 dieses Erkenntnisses zitierte Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofs.

Schlagworte

Antragsrecht, Dienstleistungsauftrag, Direktvergabe,
Diskriminierungsverbot, entschiedene Sache, Ermessen,
Feststellungsantrag, Gleichbehandlung, mündliche Verhandlung,
Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, ne bis in idem,
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung Auftraggeberentscheidung,
öffentlicher Auftraggeber, Rechtskraft der Entscheidung,
Rechtswidrigkeit, res iudicata, Schaden, Transparenz,
Unzuständigkeit BVwG, Vergabeverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens,
Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W187.2189272.2.00

Zuletzt aktualisiert am

21.06.2018

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at