jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Beschluss 2017/9/18 W131 2164740-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 18.09.2017

Entscheidungsdatum

18.09.2017

Norm

BVergG 2006 §1 Abs1
BVergG 2006 §141
BVergG 2006 §291
BVergG 2006 §292 Abs1
BVergG 2006 §312 Abs2
BVergG 2006 §312 Abs3 Z3
BVergG 2006 §312 Abs3 Z4
BVergG 2006 §320 Abs1
BVergG 2006 §323
BVergG 2006 §331 Abs1 Z2
BVergG 2006 §334
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §31 Abs1

1. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.01.2008 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 1 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

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

1. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2014 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
3. BVergG 2006 § 291 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 291 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018

2. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 292 gültig von 05.03.2010 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 292 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 312 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 312 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007

1. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 323 gültig von 12.07.2013 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
3. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
4. BVergG 2006 § 323 gültig von 01.02.2006 bis 31.03.2012

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

1. BVergG 2006 § 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. 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 StGBl. Nr. 4/1945
11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934

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

W131 2121539-2/111E

W131 2121539-3/91E

W131 2164739-1/30E

W131 2164739-2/29E

W131 2164740-1/30E

W131 2164740-2/30E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und die beiden fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Ing Wilhelm WEINMEIER als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend die am (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 vorgetragenen Rechtsschutzbegehren der XXXX jeweils wegen der Unzulässigkeit einer Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für den Fahrplan 2016 durch den Auftraggeber SCHIG (Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH) im Auftrag des BMVIT (Bund) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, wie am 01.08.2017 mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt, beschlossen:Das Bundesverwaltungsgericht hat durch Mag Reinhard GRASBÖCK als Vorsitzenden und die beiden fachkundigen Laienrichter Mag Franz PACHNER (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Ing Wilhelm WEINMEIER als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend die am (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 vorgetragenen Rechtsschutzbegehren der römisch 40 jeweils wegen der Unzulässigkeit einer Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für den Fahrplan 2016 durch den Auftraggeber SCHIG (Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH) im Auftrag des BMVIT (Bund) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung, wie am 01.08.2017 mündlich verkündet und hiermit schriftlich ausgefertigt, beschlossen:

A)

I. Die vier Nichtigerklärungsbegehren, wie in den Eingaben vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 gestellt, nämlichrömisch eins. Die vier Nichtigerklärungsbegehren, wie in den Eingaben vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 gestellt, nämlich

erstens das Nichtigerklärungsbegehren, nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 10.02.2016 - und damit die getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens- für nichtig zu erklären, protokolliert zu W131 2121539-2,

zweitens das Nichtigerklärungsbegehren, nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 15.02.2016 - und damit die getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens- für nichtig zu erklären, protokolliert zu W131 2121539-3,

drittens das Nichtigerklärungsbegehren, nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 10.02.2016 - und damit die getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig zu erklären, protokolliert zu W131 2164739-1,

und viertens das Nichtigerklärungsbegehren, nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 10.02.2016 - und damit die getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig zu erklären, protokolliert zu W131 2164740-1,

werden zurückgewiesen.

II. Die Feststellungsbegehren zu den Geschäftszahlen W131 2164739-2 und W131 2164740-2 in den formulierten Eventualanträgen gemäß der jeweiligen Ziffern 1 und 2. der jeweiligen Seite 35 der Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016,römisch zwei. Die Feststellungsbegehren zu den Geschäftszahlen W131 2164739-2 und W131 2164740-2 in den formulierten Eventualanträgen gemäß der jeweiligen Ziffern 1 und 2. der jeweiligen Seite 35 der Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016,

nämlich erstens das Begehren zu W131 2164739-2 vom 16.02.2016,

1. nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung festzustellen, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde

und

2. nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung festzustellen, dass die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung wegen Verstoß gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war,

und zweitens das Begehren zu W131 2164740-2 vom 19.02.2016

1. nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung festzustellen, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde

und

2. nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung festzustellen, dass die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung wegen Verstoß gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war,

werden - nach Interpretation als jeweils ein einziges Begehren je vom 16.02.2016 und vom 19.02.2016 gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG - zurückgewiesen.werden - nach Interpretation als jeweils ein einziges Begehren je vom 16.02.2016 und vom 19.02.2016 gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - zurückgewiesen.

III. Die Begehren zu den Geschäftszahlen W131 2164739-2 und W131 2164740-2 auf Nichtigerklärung eines Vertrags, wie in den Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 jeweils enthalten, nämlichrömisch drei. Die Begehren zu den Geschäftszahlen W131 2164739-2 und W131 2164740-2 auf Nichtigerklärung eines Vertrags, wie in den Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 jeweils enthalten, nämlich

erstens das Begehren zu W131 2164739-2 vom 16.02.2016,

jedenfalls den Vertrag, mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die XXXX vergeben hat, für nichtig zu erklären,jedenfalls den Vertrag, mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die römisch 40 vergeben hat, für nichtig zu erklären,

und

zweitens das Begehren zu W131 2164740-2 vom 19.02.2016,

jedenfalls den Vertrag, mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die XXXX vergeben hat, für nichtig zu erklären,jedenfalls den Vertrag, mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die römisch 40 vergeben hat, für nichtig zu erklären,

werden zurückgewiesen.

B)

I. Die Revision gegen die Spruchpunkte A) I. und III. ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.römisch eins. Die Revision gegen die Spruchpunkte A) römisch eins. und römisch drei. ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

II. Die Revision gegen den Spruchpunkt A) II. ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.römisch zwei. Die Revision gegen den Spruchpunkt A) römisch zwei. ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang:römisch eins. Verfahrensgang:

1. Am 12.12. 2009 wurde im Internet ausweislich zB des VwGH - Erk 2011/04/0134 folgende Vorabinformation kundgemacht:

"AT-Wien: Direktvergabe Linienbündel Bundesgebiet

Österreich

XXXXrömisch 40

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

Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2, 1030 Wien, beabsichtigt, unmittelbar oder im Wege einer vergebenden Stelle als Aufgabenträger des ÖPNRV zur Erfüllung des Grundangebots im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr (§ 7 ÖPNRV-G 1999 idgF) voraussichtlich im ersten Halbjahr 2010 mehrere Dienstleistungsaufträge gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt zu vergeben, unter der Voraussetzung, dass dies nach Inkrafttreten der Bundesvergabegesetznovelle 2009 zulässig sein wird. Der Leistungsumfang erfasst Schienenpersonennah- und Regionalverkehrsleistungen (CPV 60210000) auf den von der XXXX bedienten Strecken im Gesamtnetz des Bundesgebietes sowie auf den von einzelnen anderen Bahnen jeweils bedienten Strecken der Republik Österreich (NUTS-Code AT), Dienstleistungskategorie Anhang II Teil B, Nr. 18, Richtlinie 2004/18/EG. Kontaktstelle:Die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2, 1030 Wien, beabsichtigt, unmittelbar oder im Wege einer vergebenden Stelle als Aufgabenträger des ÖPNRV zur Erfüllung des Grundangebots im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr (Paragraph 7, ÖPNRV-G 1999 idgF) voraussichtlich im ersten Halbjahr 2010 mehrere Dienstleistungsaufträge gemäß Artikel 5, Absatz 6, VO (EG) Nr. 1370 aus 2007, direkt zu vergeben, unter der Voraussetzung, dass dies nach Inkrafttreten der Bundesvergabegesetznovelle 2009 zulässig sein wird. Der Leistungsumfang erfasst Schienenpersonennah- und Regionalverkehrsleistungen (CPV 60210000) auf den von der römisch 40 bedienten Strecken im Gesamtnetz des Bundesgebietes sowie auf den von einzelnen anderen Bahnen jeweils bedienten Strecken der Republik Österreich (NUTS-Code AT), Dienstleistungskategorie Anhang römisch zwei Teil B, Nr. 18, Richtlinie 2004/18/EG. Kontaktstelle:

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

Siehe dazu zB auch die mit der OZ 78 des Akts W131 2121539-2 vorgelegte Beilage ./8

Die SCHIG = AG hat danach - teilweise rückwirkend auf 2010 einen Verkehrsdienstvertrag (= VDV), geltend bis zum Ende des Jahres 2019 mit der XXXX (= MB) abgeschlossen, welcher am 31.12.2019 endet. Dieser VDV war Gegenstand zB des Verfahrens des VwGH zu Zl 2011/04/0134.Die SCHIG = AG hat danach - teilweise rückwirkend auf 2010 einen Verkehrsdienstvertrag (= VDV), geltend bis zum Ende des Jahres 2019 mit der römisch 40 (= MB) abgeschlossen, welcher am 31.12.2019 endet. Dieser VDV war Gegenstand zB des Verfahrens des VwGH zu Zl 2011/04/0134.

Vor dem Hintergrund dieses Verkehrsdienstvertrags fixiert die AG jährlich in Fahrplänen abgebildete Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, die von der MB erbracht werden.

2. Am 15.2.2016 wurde der Fahrplan 2016 rückwirkend auf 15.12.2015 vertraglich zwischen der AG und der ZE fixiert.

3. Die XXXX (= Antragstellerin = ASt), die wie oben iZm VwGH Zl2011/04/0134 zitiert bereits den VDV beim Bundesvergabeamt bekämpft hatte, ging gegen den "Fahrplan 2016" bereits zuvor in anderen Rechtsschutzgesuchen erstinstanzlich beim BVwG vor, die letztlich Gegenstand der VwGH – Entscheidung zu Zl Ra 2016/04/0149 waren.3. Die

römisch 40 (= Antragstellerin = ASt), die wie oben iZm VwGH Zl 2011/04/0134 zitiert bereits den VDV beim Bundesvergabeamt bekämpft hatte, ging gegen den "Fahrplan 2016" bereits zuvor in anderen Rechtsschutzgesuchen erstinstanzlich beim BVwG vor, die letztlich Gegenstand der VwGH – Entscheidung zu Zl Ra 2016/04/0149 waren.

5. (Datiert) mit 16.2.2016 formulierte die ASt vorerst zwei Nichtigerklärungsbegehren gegen – vorgebrachte – Entscheidungen vom 10.02.2016 und stellte in dieser Eingabe letztlich auch ein dem § 331 Abs 1 Z 2 BVergG letztlich interpretativ zuordenbares Feststellungsbegehren und ein Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags.5. (Datiert) mit 16.2.2016 formulierte die ASt vorerst zwei Nichtigerklärungsbegehren gegen – vorgebrachte – Entscheidungen vom 10.02.2016 und stellte in dieser Eingabe letztlich auch ein dem Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG letztlich interpretativ zuordenbares Feststellungsbegehren und ein Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags.

Diesbezüglich wurde beim BVwG vorerst insb die Geschäftszahl W149 2121539-2 vergeben und zu dieser Geschäftszahl eine angefochtene Entscheidung über die Wahl des Vergabeverfahrens gemäß § 323 BVergG im Internet kundgemacht.Diesbezüglich wurde beim BVwG vorerst insb die Geschäftszahl W149 2121539-2 vergeben und zu dieser Geschäftszahl eine angefochtene Entscheidung über die Wahl des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 323, BVergG im Internet kundgemacht.

6. Mit 19.02.2016 überreichte die ASt ein weiteres Rechtsschutzgesuch, das wiederum vorerst zur Geschäftszahl W149 2121539-3 zugewiesen wurde und bei dem einige Zeit danach zu dieser Geschäftszahl wiederum die Wahl des Vergabeverfahrens gemäß § 323 BVergG als angefochten kundgemacht wurde. Auch in dieser Eingabe waren ein dem § 331 Abs 1 Z 2 BVergG letztlich interpretativ zuordenbares Feststellungsbegehren und ein Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags enthalten.6. Mit 19.02.2016 überreichte die ASt ein weiteres Rechtsschutzgesuch, das wiederum vorerst zur Geschäftszahl W149 2121539-3 zugewiesen wurde und bei dem einige Zeit danach zu dieser Geschäftszahl wiederum die Wahl des Vergabeverfahrens gemäß Paragraph 323, BVergG als angefochten kundgemacht wurde. Auch in dieser Eingabe waren ein dem Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG letztlich interpretativ zuordenbares Feststellungsbegehren und ein Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags enthalten.

7. Letztlich verfügte der Geschätsverteilungsausschuss des BVwG vor dem Hintergrund einer längerfristigen Verhinderung in der GAbt W149 Mitte Juli 2017 die Abnahme der vorgenannten Rechtschutzgesuche zur Ermöglichung einer möglichst zeitnahen Erledigung gemäß § 17 Abs. 3 BVwGG und Neuzuweisung an die GAbt W131.7. Letztlich verfügte der Geschätsverteilungsausschuss des BVwG vor dem Hintergrund einer längerfristigen Verhinderung in der GAbt W149 Mitte Juli 2017 die Abnahme der vorgenannten Rechtschutzgesuche zur Ermöglichung einer möglichst zeitnahen Erledigung gemäß Paragraph 17, Absatz 3, BVwGG und Neuzuweisung an die GAbt W131.

8. In der GAbt W131 erfolgte nach Urlaubsrückkehr des Leiters der GAbt W131 am 18.07.2017 vorerst die Strukturierung des Verfahrensgeschehens je nach gesonderter Erledigbarkeit, wie den Verfahrensparteien am 19.07.2017 kommuniziert und im nachstehend wiedergegebenen Verhandlungsprotokoll gleichfalls ersichtlich:

9. Danach wurde die zweifach angefochtene Wahl des Zuschlagsempfängers gemäß § 323 BVergG kundgemacht und eine von der ASt begehrte Akteneinsicht im Beisein der ASt, der AG und der ZE (zwecks Erörterung der jeweiligen Geheimhaltungsinteressen) am 27.07.2017 kontradiktorisch durchgeführt und letztlich am 01.08.2017 die mündliche Verhandlung durchgeführt, nach welcher die vorliegende Entscheidung mündlich verkündet wurde.9. Danach wurde die zweifach angefochtene Wahl des Zuschlagsempfängers gemäß Paragraph 323, BVergG kundgemacht und eine von der ASt begehrte Akteneinsicht im Beisein der ASt, der AG und der ZE (zwecks Erörterung der jeweiligen Geheimhaltungsinteressen) am 27.07.2017 kontradiktorisch durchgeführt und letztlich am 01.08.2017 die mündliche Verhandlung durchgeführt, nach welcher die vorliegende Entscheidung mündlich verkündet wurde.

Die rasch nach Neuzuweisung anberaumte Verhandlung verlief in den

hier interessierenden Teilen am 01.08.2017 laut

Verhandlungsniederschrift wie folgt [R = vorsitzender Richter; AStV

= Rechtsvertreter der ASt; AGV = Rechtsvertreter der AG; MBV =

Rechtsvertreter der MB]:

[ ]

hält fest, welche Begehren zu welchen Geschäftszahlen abgehandelt werden.

- -Strichaufzählung
  Das Nichtigerklärungsbegehren gegen die Wahl des Vergabeverfahrens vom 16.2.2016 wird weiter zur Zl 2121539-2 abgehandelt.
- -Strichaufzählung
  Das Nichtigerklärungsbegehren gegen die Wahl des Vergabeverfahrens vom 19.2.2016 wird weiter zur Zl 2121539-3 abgehandelt
- -Strichaufzählung
  Das Nichtigerklärungsbegehren gegen die Wahl des Zuschlagsempfängers vom 16.2.2016 wird neu zur Zl 2164739-1 abgehandelt.
- -Strichaufzählung
  Das Nichtigerklärungsbegehren gegen die Wahl des Zuschlagsempfängers vom 19.2.2016 wird neu zur Zl 2164740-1 abgehandelt.
- -Strichaufzählung
  Die Eventualfeststellungsbegehren und die diversen sonstigen Anträge vom 16.2.2016 (insb iZm Unterlagenvorlagen) werden neu zur Zl 2164739-2 abgehandelt.
- -Strichaufzählung
  Die Eventualfeststellungsbegehren und die diversen sonstigen Anträge vom 19.2.2016 (insb iZm Unterlagenvorlagen) werden neu zur Zl 2164740-2 abgehandelt.
- -Strichaufzählung
  Die Gebührenersatzbegehren (erstmalig) vom 16.2.1016 werden zur Zl 2164739-3 abgehandelt.
- -Strichaufzählung
  Die Gebührenersatzbegehren vom (erstmalig) 19.2.1016 werden zur Zl 2164740-3 abgehandelt.

Unter Berücksichtigung, dass die mündliche Verhandlung auch dem Rechtsgespräch dient, wird nunmehr erörtert wie folgt:

1. R ersucht ASt um Klarstellung in wie weit die diversen Unterlagenvorlagebegehren bzw Begehren, dass aufgetragen werden soll, gewissen Unterlagen vorzulegen derart gestellt wurden, dass damit ein förmlicher Abspruch des Gerichtes verlangt wird bzw. ob diese Begehren dahin zu verstehen sind, dass das Gericht diese Unterlagen von der Prozessgegenseite verlangen soll bzw mangels Vorlage von seiner Säumnisentscheidungsbefügnis gem. § 313 Abs. 2 BVergG Gebrauch machen soll.1. R ersucht ASt um Klarstellung in wie weit die diversen Unterlagenvorlagebegehren bzw Begehren, dass aufgetragen werden soll, gewissen Unterlagen vorzulegen derart gestellt wurden, dass damit ein förmlicher Abspruch des Gerichtes verlangt wird bzw. ob diese Begehren dahin zu verstehen sind, dass das Gericht diese Unterlagen von der Prozessgegenseite verlangen soll bzw mangels Vorlage von seiner Säumnisentscheidungsbefügnis gem. Paragraph 313, Absatz 2, BVergG Gebrauch machen soll.

AStV: Die gerade hinterfragten Begehren sind im Sinne von Vorlageaufträgen bei sonstigen Säumnisentscheidungen zu verstehen.

Die Verhandlung wird um 10:14 Uhr unterbrochen.

Die Verhandlung wird um 10: 19 Uhr fortgesetzt.

2. Als nächstes wird rechtlich festgehalten, dass die Rechtsschutzzäsur in §312 Abs 2 und 3 derart vorgesehen ist, dass Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nur zulässig sind solange das Vergabeverfahren nicht widerrufen ist bzw solange der Zuschlag nicht erteilt ist.2. Als nächstes wird rechtlich festgehalten, dass die Rechtsschutzzäsur in §312 Absatz 2 und 3 derart vorgesehen ist, dass Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung nur zulässig sind solange das Vergabeverfahren nicht widerrufen ist bzw solange der Zuschlag nicht erteilt ist.

Danach wird Bezug genommen auf VwGH Ra 2016/04/0149 (Revisionszurückweisung gegen die Entscheidungen der Gerichtsabteilungen W134 vom 03.11.2016.) Danach wird darauf hingewiesen, dass die ASt am 18.04.2016 bzw. danach zuletzt am 28.07.2017 vorgebracht hat, dass der Fahrplan 2016 am 15.02.2016 schriftlich fixiert wurde, wie dies

zum Beispiel auch von VwGH bezogenen Entscheidung als vertretbar qualifiziert wurde.

R ersucht nun mehr AStV um Bekanntgabe, ob die Nichtigerklärungsbegehren vor Zuschlagserteilung aufrecht bleiben bzw. in wie weit diese als rechtzeitig zu betrachten sind, wenn der Vertragsabschluss nach dem eigenen Vorbringen am 15.02.2016 war.

AStV: Die Nachprüfungsanträge wurden zusätzlich zu den In-Eventu-Feststellungsanträgen gestellt, aufgrund der Intransparenz bei der gegenständlichen Direktvergabe, da der schriftliche Vertragsabschluss der Antragstellerin nach wie vor nicht offen vollständig gelegt ist werden sämtliche Anträge aus Gründen der advokatorischen Vorsicht aufrecht erhalten. Dem gegenständlichen Verfahren liegen zwei Anträge bzw zwei angefochtene Entscheidungen zu Grunde welche richtigerweise zur gemeinsamen Entscheidung verbunden wurde. Die Auftraggeberentscheidung vom 15.02.2016 ist Gegenstand des Nachprüfung In-Eventu-Feststellungsantrags vom 19.02.2016. Da es sich erst bei dieser Entscheidung laut dem vom Gericht soeben zitierten VwGH Beschluss um die Zuschlagserteilung handelt, kann folgerichtig die mit Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsantrag vom 16.02.2016 bzw. 17.02.2016 angefochtene Auftraggeberentscheidung noch nicht die Zuschlagserteilung sein kann. Diesbezüglich ist der Nachprüfungsantrag zulässig und auch innerhalb der sieben tägigen Frist eingebracht worden. Der erste Nachprüfungsantrag vom 16.02.2016 ist deswegen rechtzeitig, weil diesen die angefochtene Entscheidung vom 10.02.2016 Beilage 4 zu Grunde liegt.

R ersucht insoweit AStV nochmals im Sinne eines Verbesserungsauftrags§ 13 Abs 3 AVG bei sonstiger Zurückweisung der Nichtigerklärungsbegehren um Vervollständigung des Parteienvorbringens im Punkte des § 322 Abs 1 Z 8 BVergG, warum die Nichtigerklärungsbegehren rechtzeitig vor Zuschlagserteilung gestellt worden, wobei insoweit auf die Eingabe der ASt vom 28.07.2017 S. 5 und S. 6 hingewiesen wird, wo die ASt selber vorbringt, dass die Fahrplananpassung 2016 bzw. der schriftliche Vertragsabschluss am 15.02.2016 durchgeführt wurden.R ersucht insoweit AStV nochmals im Sinne eines Verbesserungsauftrags Paragraph 13, Absatz 3, AVG bei sonstiger Zurückweisung der Nichtigerklärungsbegehren um Vervollständigung des Parteienvorbringens im Punkte des Paragraph 322, Absatz eins, Ziffer 8, BVergG, warum die Nichtigerklärungsbegehren rechtzeitig vor Zuschlagserteilung gestellt worden, wobei insoweit auf die Eingabe der ASt vom 28.07.2017 S. 5 und S. 6 hingewiesen wird, wo die ASt selber vorbringt, dass die Fahrplananpassung 2016 bzw. der schriftliche Vertragsabschluss am 15.02.2016 durchgeführt wurden.

AStV: Zuschlagserteilung ist laut dem zitierten VwGH Beschluss am 15.02.2016 erfolgt. Daher sind hinsichtlich des Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsantrages vom 19.02.2016, worin diese Auftraggeberentscheidung angefochten wurde, jedenfalls die Feststellungsanträge fristgerecht eingebracht worden und sind diese Anträge daher zulässig. Hinsichtlich des Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsantrages vom 16.02.2016 wurde die Entscheidung der Auftraggeberin vom 10.02.2016 angefochten. Nach Rechtsansicht der Antragstellerin hat es sich auch dabei um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gehandelt, sodass auch die diesbezüglich gestellten Anträge rechtzeitig und zulässig sind.

R an AGV: Wurde die Fahrplananpassung 2016 am 15.02.2016 schriftlich fixiert? In welcher Unterlage, die dem Gericht vorliegt ist diese schriftliche Fixierung enthalten?

AGV: Ja, die Fahrplananpassung 2016 wurde am 15.02.2016 schriftlich fixiert. Im Wege der jährlichen Fahrplananpassungen wird nicht der VDV selbst, sondern die entsprechenden Anlagen zum VDV angepasst. Im Vergabeakt befinden sich diese angepassten Anlagen, welche jeweils ein Deckblatt enthalten, auf dem die Unterfertigung der Anpassung durch die Vertragsparteien am 15.02.2016 ersichtlich ist.

Die dem BVwG vorgelegten Anlagen sind jene, die im Zuge der Fahrplananpassung adaptiert und am 15.02.2016 unterschrieben wurden.

R erfolgt vor dem Hintergrund der Unzulässigkeit von Erkundungsbeweisen eine substantiierte Bestreitung der soeben gehörten Auftraggeberangaben.

AStV: Die Anlagen zum VDV wurden der ASt bis dato nicht vollständig offen gelegt. Ohne vollständige Akteneinsicht in diese Anlagen kann die ASt naturgemäß kein substantiiertes Vorbringen zum Inhalt dieser Anlagen erstatten. Wie sich aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin ergibt, soll in diesen Anlagen die inhaltliche Ausgestaltung der gegenständlichen Direktvergabe, welche von der Antragsgegnerin zu Unrecht als reine Fahrplananpassung dargestellt

wird, enthalten seien. Der Inhalt dieser Unterlagen ist daher eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für das gegenständliche Verfahren. Gemäß § 314 BVergG können Parteien und Beteiligte bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen des allgemein Interessens oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht nachvollziehbar, warum die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen zur Gänze aus den genannten Schutzgründen auszunehmen sind, von der Akteneinsicht. Sollten tatsächlich einzelne Betriebsgeheimnisse oder schützenswerte persönliche Daten wie z.B. Preisangaben enthalten sein, so können diese Bestandteile geschwärzt werden. Dass die gesamten Unterlagen Betriebsgeheimnisse sind, ist insbesondere deswegen nicht möglich, da über die öffentlich zugänglichen Fahrpläne die bereits erbrachte Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen offen einsehbar sind und daher kein Betriebsgeheimnis darstellen können. Zum Beweis dafür wird beantragt, die von der Antragsgegnerin vorgelegten Anträge zum VDV, ein einzuholendes eisenbahntechnisches Sachverständigungsgutachten, ein einzuholendes betriebswirtschaftliches Sachverständigungsgutachten sowie die Parteienvernehmung des Geschäftsführers der Antragstellerin Dr F***. Die Antragstellerin beantragt daher die Akteneinsicht in die vorgelegten Anlagen zum VDV In-Eventu jener Bestandteile dieser Anlagen, die weder aus zwingenden Gründen eines allgemein Interesses noch zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen im Sinne des § 314 BVergG von der Akteneinsicht auszunehmen sind, zu gewähren.AStV: Die Anlagen zum VDV wurden der ASt bis dato nicht vollständig offen gelegt. Ohne vollständige Akteneinsicht in diese Anlagen kann die ASt naturgemäß kein substantiiertes Vorbringen zum Inhalt dieser Anlagen erstatten. Wie sich aus dem Vorbringen der Antragsgegnerin ergibt, soll in diesen Anlagen die inhaltliche Ausgestaltung der gegenständlichen Direktvergabe, welche von der Antragsgegnerin zu Unrecht als reine Fahrplananpassung dargestellt wird, enthalten seien. Der Inhalt dieser Unterlagen ist daher eine wesentliche Entscheidungsgrundlage für das gegenständliche Verfahren. Gemäß Paragraph 314, BVergG können Parteien und Beteiligte bei der Vorlage von Unterlagen an das Bundesverwaltungsgericht verlangen, dass bestimmte Unterlagen oder Bestandteile von Unterlagen aus zwingenden Gründen des allgemein Interessens oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen von der Akteneinsicht ausgenommen werden. Es ist nicht ersichtlich und auch nicht nachvollziehbar, warum die von der Antragsgegnerin vorgelegten Unterlagen zur Gänze aus den genannten Schutzgründen auszunehmen sind, von der Akteneinsicht. Sollten tatsächlich einzelne Betriebsgeheimnisse oder schützenswerte persönliche Daten wie z.B. Preisangaben enthalten sein, so können diese Bestandteile geschwärzt werden. Dass die gesamten Unterlagen Betriebsgeheimnisse sind, ist insbesondere deswegen nicht möglich, da über die öffentlich zugänglichen Fahrpläne die bereits erbrachte Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen offen einsehbar sind und daher kein Betriebsgeheimnis darstellen können. Zum Beweis dafür wird beantragt, die von der Antragsgegnerin vorgelegten Anträge zum VDV, ein einzuholendes eisenbahntechnisches Sachverständigungsgutachten, ein einzuholendes betriebswirtschaftliches Sachverständigungsgutachten sowie die Parteienvernehmung des Geschäftsführers der Antragstellerin Dr F***. Die Antragstellerin beantragt daher die Akteneinsicht in die vorgelegten Anlagen zum VDV In-Eventu jener Bestandteile dieser Anlagen, die weder aus zwingenden Gründen eines allgemein Interesses noch zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen im Sinne des Paragraph 314, BVergG von der Akteneinsicht auszunehmen sind, zu gewähren.

R: Klargestellt wird zur Verfahrensführung, dass nach dem aktuellen Wortlaut des § 314 BVergG bereits das Begehren auf Ausnahme von der Akteneinsicht ausreicht, um eine Akteneisicht zu verhindern.R: Klargestellt wird zur Verfahrensführung, dass nach dem aktuellen Wortlaut des Paragraph 314, BVergG bereits das Begehren auf Ausnahme von der Akteneinsicht ausreicht, um eine Akteneisicht zu verhindern.

AStV hält seinen Akteneisichtantrag aufrecht.

3. Nun mehr wird ersucht, die Anträge vom 16.02.2016 und 19.02.2016 zur Hand zu nehmen.

Im Bereich des jeweiligen Eventualfeststellungsantrages ist jeweils das Begehren ersichtlich, einen Vertrag für nichtig zu erklären.

Der Antragstellerin wird die Entscheidung VwGH Ro 2014/04/0007 in Rechtssatzform vorgehalten, wonach im Niederösterreichischen Landesvergaberecht bzw auch sonst derartige Anträge nicht von einem Antragsrecht gedeckt sind.

AStV wird um Stellungnahme ersucht:

Der Antragstellerin ist der Inhalt nicht bekannt, sie war auch nicht Partei dieses Verfahrens. Ferner betrifft der Rechtssatz primär das Niederösterreichische Landesvergabeprüfungsgesetz. Die Antragstellerin ersucht daher zur Wahrung ihres Parteiengehörs zu dieser Entscheidung schriftlich binnen einer vom BVwG festzusetzenden Frist Stellung nehmen zu dürfen. Für ein substantiiertes Vorbringen zu dieser Entscheidung die aus dem Jahr 2015 stammt, ist eine Aushebung und ein Studium dieser Entscheidung erforderlich.

R: Diesbezüglich wird keine Schriftsatzmöglichkeit eingeräumt, da es sich ausschließlich um Rechtsfragen handelt.

AStV: Ich bringe inhaltlich nur vor, die soeben zitierte Entscheidung des VwGH ist auf den gegenständlichen Sachverhalt nicht anwendbar. Insbesondere auch auf Grund der Anwendbarkeit der PSO-Verordnung auf den gegenständlichen Sachverhalt. Im Übrigen wird zur Zulässigkeit und zur Berechtigung der gestellten Anträge auf das bisherige Vorbringen verwiesen.

MBV: Rechtsanwälte sind nach der RAO verpflichtet, die bestehende Judikatur präsent zu haben. Die Nachfrist während der Verhandlung ist nicht zulässig.

AStV: Ich bestreite dahingehend, dass der Sachverhalt sämtlicher VwGH Entscheidungen der Antragstellerin nicht präsent sein kann. Die Kenntnis des Sachverhalts, der einer Entscheidung zu Grunde liegt, ist jedoch entscheidend um substantiiert herausarbeiten zu können in wie weit und ob überhaupt diese Entscheidung auch für andere Sachverhalte relevant ist.

R: Die Erörterung einer subjektiven Antragsrechtes § 334 BVergG wird sohin beendetR: Die Erörterung einer subjektiven Antragsrechtes Paragraph 334, BVergG wird sohin beendet.

4. R ersucht nun mehr nochmals, die verfahrenseinleitenden Eingaben vom 16.02.2016 und 19.02.2016 zur Hand zu nehmen.

Vorerst wird die Eingabe vom 16.02.2016 erörtert, dort Seite 35.

4. R ersucht AStV um Klarstellung, in wie weit im Eventualantrag das dort unter Punkt 1. formulierte Begehren einen zulässigen Feststellungsbegehren gemäß § 331 Abs. 1 BVergG zugeordnet werden kann, wenn man ein jeweiligen Wortlaut betrachtet.4. R ersucht AStV um Klarstellung, in wie weit im Eventualantrag das dort unter Punkt 1. formulierte Begehren einen zulässigen Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, BVergG zugeordnet werden kann, wenn man ein jeweiligen Wortlaut betrachtet.

AStV ersucht um Bekanntgabe der Zweifel an der Zulässigkeit.

MBV spricht sich dagegen aus. Es handelt sich um einen rechtskundigen Parteienvertreter, eine Anleitung ist unzulässig.

AStV: Es wird nicht um eine Anleitung, sondern nur um eine Fragenpräzisierung ersucht.

MBV: Die Frage ist mehr als präzise.

R: Die Frage anders gestellt, vermeint die ASt, dass sie mit dem Wortlaut ihrer Begehren zulässigerweise Feststellungsbegehren vorgetragen hat, die im Gesetz vorgesehen sind.

AStV: Das Begehren nach Punkt 4.1 der Eingabe stimmt nach Ansicht der Antragstellerin mit dem Text des § 331 Abs. 1 Z 2 überein. In Punkt 4.2. ist auch die Feststellung des Verstoßes der ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts begehrt.AStV: Das Begehren nach Punkt 4.1 der Eingabe stimmt nach Ansicht der Antragstellerin mit dem Text des Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, überein. In Punkt 4.2. ist auch die Feststellung des Verstoßes der ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts begehrt.

R an AG: Ist für die AG erkennbar, welcher konkreten Ziffer des § 331 Abs. 1 BVergG das Feststellungsbegehren noch der Ziffer 1 der Seite 35 der Eingabe der ASt am 16.02.2016 zuordenbar ist. Die gleiche Frage ergeht zur Ziffer 2 der Seite 35 der Eingabe vom 16.02.2016.R an AG: Ist für die AG erkennbar, welcher konkreten Ziffer des Paragraph 331, Absatz eins, BVergG das Feststellungsbegehren noch der Ziffer 1 der Seite 35 der Eingabe der ASt am 16.02.2016 zuordenbar ist. Die gleiche Frage ergeht zur Ziffer 2 der Seite 35 der Eingabe vom 16.02.2016.

AGV: Nein, dies ist nicht erkennbar. Gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 sowie der höchstgerichtlichen

Judikatur ist im Hinblick auf die Zulässigkeit von Feststellungsanträgen auf dem genauen Wortlaut der Anträge betreffend § 331 BVergG 2006 abzustellen. Keiner der gestellten Eventual-Anträge auf Feststellung, dies betrifft sowohl die Anträge 4.1. und 4.2. vom 16.02.2016 als auch die Eventual-Anträge 4.1. und 4.2. vom 19.02.2016; entspricht den Vorgaben des § 331 Ab. 1 BVergG 2006. Daher sind sämtliche dieser Anträge als unzulässig zurückzuweisen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine Neuformulierung der Feststellungsanträge mit Rücksicht auf die hierfür erforderlich einzuhaltende Frist von sechs Monaten ab Vertragsabschluss eindeutig verspätet und daher ebenfalls zurückzuweisen wäre. Im Hinblick auf die jeweils Punkt 4.3. gestellten Eventual-Anträge vom 16.02.2016 bzw. 19.02.2016 ist festzuhalten, dass auch nach Rechtsansicht der Antragsgegnerin unter Berufung auf das zitierte Erkenntnis des VwGH RO2014/04/0007 ein diesbezüglicher Nichtigerklärungsantrag unzulässig ist. Somit steht fest, dass nicht nur sämtliche Nachprüfungsanträge, sondern auch sämtliche Feststellungsanträge der ASt vom 16.02.2016 und 19.02.2016 als unzulässig zurückzuweisen sind.AGV: Nein, dies ist nicht erkennbar. Gemäß den Bestimmungen des BVergG 2006 sowie der höchstgerichtlichen Judikatur ist im Hinblick auf die Zulässigkeit von Feststellungsanträgen auf dem genauen Wortlaut der Anträge betreffend Paragraph 331, BVergG 2006 abzustellen. Keiner der gestellten Eventual-Anträge auf Feststellung, dies betrifft sowohl die Anträge 4.1. und 4.2. vom 16.02.2016 als auch die Eventual-Anträge 4.1. und 4.2. vom 19.02.2016; entspricht den Vorgaben des Paragraph 331, Ab. 1 BVergG 2006. Daher sind sämtliche dieser Anträge als unzulässig zurückzuweisen. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass eine Neuformulierung der Feststellungsanträge mit Rücksicht auf die hierfür erforderlich einzuhaltende Frist von sechs Monaten ab Vertragsabschluss eindeutig verspätet und daher ebenfalls zurückzuweisen wäre. Im Hinblick auf die jeweils Punkt 4.3. gestellten Eventual-Anträge vom 16.02.2016 bzw. 19.02.2016 ist festzuhalten, dass auch nach Rechtsansicht der Antragsgegnerin unter Berufung auf das zitierte Erkenntnis des VwGH RO2014/04/0007 ein diesbezüglicher Nichtigerklärungsantrag unzulässig ist. Somit steht fest, dass nicht nur sämtliche Nachprüfungsanträge, sondern auch sämtliche Feststellungsanträge der ASt vom 16.02.2016 und 19.02.2016 als unzulässig zurückzuweisen sind.

MBV schließt sich dem AGV an.

R gibt dem AStV die Möglichkeit zu einer kurzen Replik

AStV: Bestreite das Vorbringen der Antragsgegnerin und der Mitbeteiligen Partei. Die gestellten Anträge vom 16.02.2016 und 19.02.2016 sind zulässig und berechtigt. Es ist aus der Textierung der gestellten Anträge klar ersichtlich, dass ein Feststellungsbegehren im Sinne des § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG gestellt wurde, nämlich dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrechts rechtswidrig war.AStV: Bestreite das Vorbringen der Antragsgegnerin und der Mitbeteiligen Partei. Die gestellten Anträge vom 16.02.2016 und 19.02.2016 sind zulässig und berechtigt. Es ist aus der Textierung der gestellten Anträge klar ersichtlich, dass ein Feststellungsbegehren im Sinne des Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG gestellt wurde, nämlich dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrechts rechtswidrig war.

R beendet die Erörterung der Frage der Zuordenbarkeit der diversen Feststellungsbegehren zu einem bestimmten Feststellungstatbestand (gem. § 331 Abs. 1 BVergG).R beendet die Erörterung der Frage der Zuordenbarkeit der diversen Feststellungsbegehren zu einem bestimmten Feststellungstatbestand (gem. Paragraph 331, Absatz eins, BVergG).

5. R nimmt Bezug auf § 331 Abs. 2 BVergG, wonach Feststellungsbegehren rechtzeitig nur nach Zuschlagserteilung gestellt werden dürfen.5. R nimmt Bezug auf Paragraph 331, Absatz 2, BVergG, wonach Feststellungsbegehren rechtzeitig nur nach Zuschlagserteilung gestellt werden dürfen.

Unter nochmaligen Hinweis auf das Verbot vom Erkundungsbeweisanträgen gem VwGHRa 2014/02/0059 wird AStV ersucht, klarzustellen in wie weit er gem. § 332 Abs 1 Z 9 BVergG definitiv eine Zuschlagserteilung im Zusammenhang mit seiner Feststellungsbegehren behauptet hat bzw. behauptet.Unter nochmaligen Hinweis auf das Verbot vom Erkundungsbeweisanträgen gem VwGH Ra 2014/02/0059 wird AStV ersucht, klarzustellen in wie weit er gem. Paragraph 332, Absatz eins, Ziffer 9, BVergG definitiv eine Zuschlagserteilung im Zusammenhang mit seiner Feststellungsbegehren behauptet hat bzw. behauptet.

AStV: Behauptet wird die Zuschlagserteilung gem. der Entscheidung des VwGH. Zum Zeitpunkt der schriftlichen Vertragsunterfertigung somit laut VwGH 15.02.2016. Die Feststellungsbegehren sind somit zumindest im Hinblick auf den Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsantrag vom 19.02.2016 fristgerecht, zulässig und berechtigt. Dieser Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsanträgen bezieht sich auf diese Auftraggeberentscheidung vom 15.02.2016 und wurde somit vier Kalendertrage danach eingebracht. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass - mangels einer ordnungsgemäßen Vorinformation gem. Art. 7 Abs. 2 PSO-Verordnung und auf Grund der die gegenständliche Direktvergabe beherrschenden Intransparenz von Seiten der AG - mehr Informationen als bisher bereits vorgebracht der ASt nicht zur Verfügung stehen und auch nicht zur Verfügung stehen können.AStV: Behauptet wird die Zuschlagserteilung gem. der Entscheidung des VwGH. Zum Zeitpunkt der schriftlichen Vertragsunterfertigung somit laut VwGH 15.02.2016. Die Feststellungsbegehren sind somit zumindest im Hinblick auf den Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsantrag vom 19.02.2016 fristgerecht, zulässig und berechtigt. Dieser Nachprüfungs-In-Eventu-Feststellungsanträgen bezieht sich auf diese Auftraggeberentscheidung vom 15.02.2016 und wurde somit vier Kalendertrage danach eingebracht. Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass - mangels einer ordnungsgemäßen Vorinformation gem. Artikel 7, Absatz 2, PSO-Verordnung und auf Grund der die gegenständliche Direktvergabe beherrschenden Intransparenz von Seiten der AG - mehr Informationen als bisher bereits vorgebracht der ASt nicht zur Verfügung stehen und auch nicht zur Verfügung stehen können.

R hält fest, dass die Erörterung des Art. 7 Abs 2 PSO-VO im rechtserheblichen Ausmaß erfolgen wird.R hält fest, dass die Erörterung des Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO im rechtserheblichen Ausmaß erfolgen wird.

6. R hält fest, dass in den Eingaben vom 16.02.2016 und vom 19.02.2016 jeweils offenbar Eventualanträge gestellt werden sollten.

R verweist auf den Grundsatz, dass bedingte Prozesshandlungen unzulässig sind, dies mit Ausnahme von echten Eventualanträgen. Dazu wird auf z.B. VwGH 2012/06/102 hingewiesen bzw. auf Thienel/Schulev-Steindl, Verwaltungsverfahrensrecht, 5. Auflage,

111.

Sohin ist gegenständlich der Parteiwille zu erforschen, vor dem Hintergrund welcher Bedingung die ASt ihre Feststellungsanträge am 16.02.2016 und 19.02.2016 formuliert hat oder ob diese bedingungslos formuliert worden sind.

AStV: Diese sind dahingehen als bedingungslos zu verstehen, dass über diese Anträge jedenfalls eine Sachentscheidung durch das BVwG begehrt wird. Aufgrund der Konzeption des BVergG kann jedoch hinsichtlich ein und derselben Auftraggeberentscheidung nicht gleichzeitig ein Nachprüfungsantrag und ein Feststellungsantrag berechtigt sein. Aus Sicht der Antragstellerin entspricht es der Verfahrensökonomie, zuerst die Berechtigung eines Nachprüfungsantrages und dann die Berechtigung des Feststellungsantrages zu prüfen. Aus diesem Grund wurden die Nachprüfungsanträge jeweils vorgereiht. Es wird jedoch eine Sachentscheidung sowohl hinsichtlich der Nachprüfungs- als auch hinsichtlich der Feststellungsanträge begehrt. Es handelt sich keinesfalls um unzulässige bedingte Prozesshandlungen. Da der ASt nach wie vor die Akteneinsicht in jene Anlagen des VDV aus denen sich die schriftliche Zuschlagserteilung ergeben soll, verwehrt wird, es keine entsprechende Vorinformation im Sinne des Art. 7 Abs 2 PSO-VO hinsichtlich der gegenständlichen Direktvergabe gibt und auf Grund der sehr knappen Fristen des BVergG musste die ASt sowohl Nachprüfungs- als auch Feststellungsanträge stellen und wurden auch sämtliche Anträge ordnungsgemäß vergebührt.AStV: Diese sind dahingehen als bedingungslos zu verstehen, dass über diese Anträge jedenfalls eine Sachentscheidung durch das BVwG begehrt wird. Aufgrund der Konzeption des BVergG kann jedoch hinsichtlich ein und derselben Auftraggeberentscheidung nicht gleichzeitig ein Nachprüfungsantrag und ein Feststellungsantrag berechtigt sein. Aus Sicht der Antragstellerin entspricht es der Verfahrensökonomie, zuerst die Berechtigung eines Nachprüfungsantrages und dann die Berechtigung des Feststellungsantrages zu prüfen. Aus diesem Grund wurden die Nachprüfungsanträge jeweils vorgereiht. Es wird jedoch eine Sachentscheidung sowohl hinsichtlich der Nachprüfungs- als auch hinsichtlich der Feststellungsanträge begehrt. Es handelt sich keinesfalls um unzulässige bedingte Prozesshandlungen. Da der ASt nach wie vor die Akteneinsicht in jene Anlagen des VDV aus denen sich die schriftliche Zuschlagserteilung ergeben soll, verwehrt wird, es keine entsprechende Vorinformation im

Sinne des Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO hinsichtlich der gegenständlichen Direktvergabe gibt und auf Grund der sehr knappen Fristen des BVergG musste die ASt sowohl Nachprüfungs- als auch Feststellungsanträge stellen und wurden auch sämtliche Anträge ordnungsgemäß vergebührt.

R: Soll nach den Gehörten gegenständlich jeweils vorerst über die Nachprüfungsanträge abgesprochen werden und danach definitiv auch über die Feststellungsbegehren, oder soll über die Feststellungsbegehren unter einer bestimmten Bedingung abgesprochen werden.

AStV: Es soll nicht nur unter einer bestimmten Bedingung, sondern jedenfalls sowohl über die Nachprüfungs- als auch über die Feststellungsanträge abgesprochen werden. Aus Sicht der ASt entspricht es der Verfahrensökonomie, über sämtliche gestellten Anträge der ASt in dem gegenständlichen Verfahren in einem Erkenntnis abzusprechen.

R an AG und MB: War für Sie aus dem bisherigen Eingaben der ASt nach dem objektiven Wortlaut ersichtlich, ob über die Feststellungsbegehren definitiv oder nur unter einer bestimmten Bedingung abgesprochen werden soll.

AGV: Nein, war es nicht. Die Eventual-Feststellungsanträge vom 16.02.2016 richten sich jedenfalls nicht gegen die vertragliche Durchführung der Fahrplananpassung 2016 vom 15.02.2016 (davor hat es keine vertragliche Vereinbarung gegeben) – daher gehen diese Eventual-Feststellungsanträge jedenfalls ins Leere und sind als unzulässig zurückzuweisen.

Die Eventual-Feststellungsanträge vom 19.02.2016 sollen sich scheinbar gegen die vertragliche Durchführung der Fahrplananpassung 2016 vom 15.02.2016 richten (der Gegenstand der Anträge vom 19.02.2016 ist jedenfalls bis dato unklar und jedenfalls nicht gesetzeskonform ausgeführt) – Feststellungsanträge, welche sich gegen die vertragliche Durchführung der Fahrplananpassung 2016 vom 15.02.2016 richten, hätten jedenfalls als Hauptanträge und nicht als Eventualanträge ausgeführt werden müssen und sind daher sämtliche Eventual-Feststellungsanträge vom 19.02.2016 auch aus diesem Grund als unzulässig zurückzuweisen.

MBV schließt sich an und ergänzt, dass es aus keiner Weise ersichtlich ist, wofür oder wogegen sich diese Anträge richten.

AGV schließt sich dem MBV an.

AStV: Die Vergabe ist bereits am Rubrum hinreichend konkretisiert, es wird ferner die angefochtenen Auftraggeberentscheidung genau angeführt. Selbst der Inhalt der gegenständlichen Vergabe wird in den Schriftsätzen, jeweils soweit dies für die ASt unter enormen technischen Aufwand möglich war, zumindest teilweise, angeführt. Noch genauere Angaben sind erstens nicht erforderlich für die Zulässigkeit und Berechtigung der gegenständlichen Anträge und konnten deswegen nicht gemacht werden, weil es keine der den Art 7 Abs 2 PSO-VO entsprechende Vorabinformation gegeben hat, weil der ASt nach wie vor die Akteneinsicht in maßgebliche Anlagen zum VDV verweigert wird und weil die gegenständliche Direktvergabe von Intransparenz seitens der AG geprägt ist. Zum Beweis dafür werden die bereits bisher gestellten Beweisanträge aufrechterhalten und ausdrücklich nochmal die Zeugenvernehmung von Herrn DI P*** beantragt. Herr DI P*** hat soweit dies möglich war, den Inhalt der gegenständlichen Direktvergabe an Hand von Fahrplänen und Fahrplanentwürfen für die ASt herausgearbeitet.AStV: Die Vergabe ist bereits am Rubrum hinreichend konkretisiert, es wird ferner die angefochtenen Auftraggeberentscheidung genau angeführt. Selbst der Inhalt der gegenständlichen Vergabe wird in den Schriftsätzen, jeweils soweit dies für die ASt unter enormen technischen Aufwand möglich war, zumindest teilweise, angeführt. Noch genauere Angaben sind erstens nicht erforderlich für die Zulässigkeit und Berechtigung der gegenständlichen Anträge und konnten deswegen nicht gemacht werden, weil es keine der den Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO entsprechende Vorabinformation gegeben hat, weil der ASt nach wie vor die Akteneinsicht in maßgebliche Anlagen zum VDV verweigert wird und weil die gegenständliche Direktvergabe von Intransparenz seitens der AG geprägt ist. Zum Beweis dafür werden die bereits bisher gestellten Beweisanträge aufrechterhalten und ausdrücklich nochmal die Zeugenvernehmung von Herrn DI P*** beantragt. Herr DI P*** hat soweit dies möglich war, den Inhalt der gegenständlichen Direktvergabe an Hand von Fahrplänen und Fahrplanentwürfen für die ASt herausgearbeitet.

R beendet die Erörterung der Frage der Zulässigkeit der Eventualanträge unter dem Aspekt der Frage einer zulässigen Eventualantragsformulierung.

7. Es ergeht die Umfrage, ob substantiiert bestritten wird, dass die in streitgegenständlichen Fahrplan 2016 abgebildeten Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen bereits erbracht worden sein müssen bzw. erbracht wurden zumal derzeit ein Fahrplan aus 2017 gelten dürfte.

AStV: Betreffend die verfahrensgegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen werden diese seit Beginn des Fahrplanjahres 2016 erbracht. Dieses beginnt im Dezember 2015 und endet im Dezember 2016.

AGV: Die Leistungen in der vereinbarten Fassung der Fahrplananpassung 2016 wurden bereits erbracht.

MBV schließt sich AGV an.

8. Bezug genommen wird vorerst auf die Art 5 Abs 6 und Art 7 Abs. 28. Bezug genommen wird vorerst auf die Artikel 5, Absatz 6 und Artikel 7, Absatz 2

PSO-VO.

R fasst seine Wahrnehmungen über den Schriftsatzinhalt der Verfahrensparteien komprimiert dahin zusammen, dass die AG vorbringt, dass auf Basis des im Jahr 2011 unterfertigten Verkehrsdienstvertrages (=VDV) am 15.02.2016 die Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen für den Fahrplan 2016 schriftlich fixiert wurden, ohne das insoweit eine Neuvergabe im Sinne des Vergabeverfahrensbegriffes gem.§ 1 Abs. 1 Z 3 BVergG stattgefunden hat, während die ASt betreffend die Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen gem. Fahrplan 2016 eine Neuvergabe im Wege einer Direktvergabe erblickt, die zu dem noch Art. 7 Abs. 2 PSO-VO nicht vorab kundgemacht worden sein soll.R fasst seine Wahrnehmungen über den Schriftsatzinhalt der Verfahrensparteien komprimiert dahin zusammen, dass die AG vorbringt, dass auf Basis des im Jahr 2011 unterfertigten Verkehrsdienstvertrages (=VDV) am 15.02.2016 die Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen für den Fahrplan 2016 schriftlich fixiert wurden, ohne das insoweit eine Neuvergabe im Sinne des Vergabeverfahrensbegriffes gem.Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG stattgefunden hat, während die ASt betreffend die Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen gem. Fahrplan 2016 eine Neuvergabe im Wege einer Direktvergabe erblickt, die zu dem noch Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO nicht vorab kundgemacht worden sein soll.

In den Schriftsätzen der ASt wird zudem insbesondere auch auf das Unionsprimärrecht hingewiesen, wonach eine Direktvergabe für den Fahrplan 2016 auch aus primärrechtlichen Gründen unzulässig gewesen sein soll.

Rechtlich könnte erheblich sein, ob und in wie weit bei Wahrunterstellung des "Neuvergabestandpunktes" der ASt über die Vorinformation für den VDV 2011 hinaus eine

weitere Vorinformation gem. Art. 7 Abs. 2 PSO-VO für den Fahrplan 2016 geschaltet hätte werden müssenweitere Vorinformation gem. Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO für den Fahrplan 2016 geschaltet hätte werden müssen.

Mit anderen Worten geht es dem Gericht insbesondere, in wie weit eine Vorinformation nach Art 7 Abs 2 PSO-VO Rechtsbedingung für eine zulässige Direktvergabe gem Art 5 Abs. 6 PSO-VO [ist]. Die Parteien werden nun mehr auf Art 7 Abs. 2 vorletzter Satz PSO-VO hingewiesen, wonach Berichtigungen einer bereits erfolgten Vorinformation unbeschadet des Zeitpunktes der Einleitung der Direktvergabe erfolgen.Mit anderen Worten geht es dem Gericht insbesondere, in wie weit eine Vorinformation nach Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO Rechtsbedingung für eine zulässige Direktvergabe gem Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO [ist]. Die Parteien werden nun mehr auf Artikel 7, Absatz 2, vorletzter Satz PSO-VO hingewiesen, wonach Berichtigungen einer bereits erfolgten Vorinformation unbeschadet des Zeitpunktes der Einleitung der Direktvergabe erfolgen.

Vor dem Hintergrund der gerade vorgehaltenen Bestimmung aus der PSO-VO werden die Parteien um nochmalige komprimierte Zusammenfassung ihres Standpunktes ersucht, in wie weit sie eine Vorinformation als Rechtsbedingung für eine individualschutzrechtlich zu überprüfende Direktvergabe ansehen oder aber um eine individualschutzrechtlich nicht sanktionierte Ordnungsvorschrift.

AStV: Bei den gegenständlichen

Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen handelt es sich nicht bloß um die Änderung von Informationen, sondern um eine Neuvergabe, für die gem Art 7 Abs 2 PSO-VO zwingend eine entsprechende Vorinformation erforderlich gewesen wäre. Eine solche Vorinformation ist jedoch unterblieben. Dies belastet die gegenständliche Direktvergabe mit Rechtswidrigkeit, die ASt wurde dadurch in ihrem subjektiven Rechten insbesondere in dem Recht an der Vergabe teilzunehmen und ein Angebot für die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen zu legen, das

qualitativ zumindest gleichwertig wie jenes der Mitbeteiligten XXXX , aber für die öffentliche Auftraggeberin deutlich kostengünstiger gewesen wäre. Aufgrund der wesentlich effizienteren Strukturen der Antragstellerin hätte sie bei Zuschlagserteilung an die ASt trotzdem einen Gewinn erwirtschaften können. Es ist eine Rechtsbedingung aus Sicht der ASt, dass vorab eine Vorinformation zum Fahrplan 2016 zu schalten gewesen wäre. Hinsichtlich der Schädigung und Antragslegitimation der ASt wird auch auf das Erkenntnis des BVwG vom 31.07.2017 zu den GZl. W138 2159835-5/47E, W138 2159256-2/48E und W138 2159507-2/50E, insbesondere wird verwiesen auf die Ausführungen in diesen Erkenntnis auf die S. 49 ff. wo das BVwG unter Verweis auf einschlägige VwGH Judikatur ausführt, dass ein drohender Schaden bereits dann vorliege, wenn die Möglichkeit des Antragstellers am Vergabeverfahren teilzunehmen durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Ferner wird in diesem Erkenntnis auch die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der ASt festgehalten. Beweis: Wie bisher beantragt insbesondere PV Dr. F***, einzuholendes eisenbahntechnisches Sachverständigengutachten, einzuholendes betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens beizuschaffender Akt des BVwG zu den oben genannten GZl. der Abteilung W138.Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen handelt es sich nicht bloß um die Änderung von Informationen, sondern um eine Neuvergabe, für die gem Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO zwingend eine entsprechende Vorinformation erforderlich gewesen wäre. Eine solche Vorinformation ist jedoch unterblieben. Dies belastet die gegenständliche Direktvergabe mit Rechtswidrigkeit, die ASt wurde dadurch in ihrem subjektiven Rechten insbesondere in dem Recht an der Vergabe teilzunehmen und ein Angebot für die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen zu legen, das qualitativ zumindest gleichwertig wie jenes der Mitbeteiligten römisch 40 , aber für die öffentliche Auftraggeberin deutlich kostengünstiger gewesen wäre. Aufgrund der wesentlich effizienteren Strukturen der Antragstellerin hätte sie bei Zuschlagserteilung an die ASt trotzdem einen Gewinn erwirtschaften können. Es ist eine Rechtsbedingung aus Sicht der ASt, dass vorab eine Vorinformation zum Fahrplan 2016 zu schalten gewesen wäre. Hinsichtlich der Schädigung und Antragslegitimation der ASt wird auch auf das Erkenntnis des BVwG vom 31.07.2017 zu den GZl. W138 2159835-5/47E, W138 2159256-2/48E und W138 2159507-2/50E, insbesondere wird verwiesen auf die Ausführungen in diesen Erkenntnis auf die S. 49 ff. wo das BVwG unter Verweis auf einschlägige VwGH Judikatur ausführt, dass ein drohender Schaden bereits dann vorliege, wenn die Möglichkeit des Antragstellers am Vergabeverfahren teilzunehmen durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Ferner wird in diesem Erkenntnis auch die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der ASt festgehalten. Beweis: Wie bisher beantragt insbesondere PV Dr. F***, einzuholendes eisenbahntechnisches Sachverständigengutachten, einzuholendes betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens beizuschaffender Akt des BVwG zu den oben genannten GZl. der Abteilung W138.

R ersucht AStV unter den Aspekt eines rechtmäßigen Alternativverhaltens um kurze Bekanntgabe, in wie weit es sich gegenständlich um eine "Interne Vergabe" gem. Art. 5 Abs 2 PSO-VO handeln könnte.R ersucht AStV unter den Aspekt eines rechtmäßigen Alternativverhaltens um kurze Bekanntgabe, in wie weit es sich gegenständlich um eine "Interne Vergabe" gem. Artikel 5, Absatz 2, PSO-VO handeln könnte.

AStV: Die für die Auftragsvergabe zuständige SCHIG kann weder in technischer Hinsicht noch in rechtlicher Hinsicht im Hinblick auf ihren gesetzlichen Handlungsauftrag Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen selbst anbieten oder erbringen. Bei der SCHIG handelt es sich um eine GmbH, bei der Mitbeteiligten XXXX um eine [Aktiengesellschaft] und keine Behörden. Die XXXX ist nicht im unmittelbaren Eigentum einer Behörde oder einer Gebietskörperschaft, weshalb die gegenständliche Bestimmung sowohl im gegenständlichen Fall als auch generell für die Erbringung von Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen in Österreich nicht von Relevanz ist. Zwischen der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten XXXX bestehen keinerlei gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und auch keine zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse. Wenn sich die öffentliche Auftraggeberin entscheidet an ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen zu vergeben, so hat es die potentiellen Bieter zu denen, wie der öffentlichen Auftraggeberin bereits vor der gegenständlichen Direktvergabe bekannt, auch die leistungsbereite Antragstellerin zählt, gleich zu behandeln, dies auch im Hinblick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot. Bei rechtmäßigem Alternativverhalten der öffentlichen Auftraggeberin hätte die ASt ein Konkurrenzfähiges Angebot für die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrs- dienstleistungen legen können. Da die öffentliche Auftraggeberin gehalten ist, im Interesse der öffentlichen Hand zu entscheiden, hätte sie einem qualitativ zumindest gleichwertigen, jedoch für die Auftraggeberin und damit letzten Endens für den Steuerzahler kostengünstigeren, Angebot der ASt, den Zuschlag erteilen müssen.AStV: Die für die Auftragsvergabe zuständige SCHIG kann weder in technischer Hinsicht noch in rechtlicher Hinsicht im Hinblick auf ihren gesetzlichen Handlungsauftrag Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen

selbst anbieten oder erbringen. Bei der SCHIG handelt es sich um eine GmbH, bei der Mitbeteiligten römisch 40 um eine [Aktiengesellschaft] und keine Behörden. Die römisch 40 ist nicht im unmittelbaren Eigentum einer Behörde oder einer Gebietskörperschaft, weshalb die gegenständliche Bestimmung sowohl im gegenständlichen Fall als auch generell für die Erbringung von Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen in Österreich nicht von Relevanz ist. Zwischen der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten römisch 40 bestehen keinerlei gesellschaftsrechtlichen Verflechtungen und auch keine zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse. Wenn sich die öffentliche Auftraggeberin entscheidet an ein privatrechtlich organisiertes Unternehmen zu vergeben, so hat es die potentiellen Bieter zu denen, wie der öffentlichen Auftraggeberin bereits vor der gegenständlichen Direktvergabe bekannt, auch die leistungsbereite Antragstellerin zählt, gleich zu behandeln, dies auch im Hinblick auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot. Bei rechtmäßigem Alternativverhalten der öffentlichen Auftraggeberin hätte die ASt ein Konkurrenzfähiges Angebot für die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrs- dienstleistungen legen können. Da die öffentliche Auftraggeberin gehalten ist, im Interesse der öffentlichen Hand zu entscheiden, hätte sie einem qualitativ zumindest gleichwertigen, jedoch für die Auftraggeberin und damit letzten Endens für den Steuerzahler kostengünstigeren, Angebot der ASt, den Zuschlag erteilen müssen.

MBV zur Frage der Rechtsbedingung für eine zulässige Direktvergabe, sofern man das Direktvergabevorbringen der ASt im Sinne von VwGH Zl. RA2016/19/0290 als wahr unterstellt:

MBV: Es ist eine sanktionslose Ordnungsvorschrift.

MBV zur Frage der allfälligen Zulässigkeit einer Internen Vergabe bzw. Inhouse Vergabe:

MBV: Sie wäre zulässig, weil nach derzeitigem Stand des Unionsrechts eine Kontrolle der Schwestergesellschaften als ausreichend angesehen wird.

AGV: Die AG schließt sich dem Vorbringen des MBV an.

Zunächst wird festgehalten, dass sämtliche Fahrplananpassungen und somit auch die Fahrplananpassung 2016 vom 2011 abgeschlossenen VDV mitumfasst sind und daher die Wahrunterstellung einer Neuvergabe ausdrücklich bestritten wird. Jede Fahrplananpassung beruht auf dem ÖPNRV-G 1999 und auf der Richtlinie 2001/14/EG. Die Planungen der für die Planung von Fahrplananpassungen zuständigen Länder (im Sinne von Bundesländern) sind jeweils erst kurz vor dem jeweiligen Fahrplanwechsel abgeschlossen. Selbst unter der Annahme, dass es sich im konkreten Fall um eine Direktvergabe handelt, was ausdrücklich bestritten wird, kann Art 7 Abs 2 PSO-VO im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangen, da auch Berichtigungen einer Vorinformation nur in bestimmten Umfang zulässig sind. Es handelt sich daher im konkreten Fall um eine sanktionslose Ordnungsvorschrift.Zunächst wird festgehalten, dass sämtliche Fahrplananpassungen und somit auch die Fahrplananpassung 2016 vom 2011 abgeschlossenen VDV mitumfasst sind und daher die Wahrunterstellung einer Neuvergabe ausdrücklich bestritten wird. Jede Fahrplananpassung beruht auf dem ÖPNRV-G 1999 und auf der Richtlinie 2001/14/EG. Die Planungen der für die Planung von Fahrplananpassungen zuständigen Länder (im Sinne von Bundesländern) sind jeweils erst kurz vor dem jeweiligen Fahrplanwechsel abgeschlossen. Selbst unter der Annahme, dass es sich im konkreten Fall um eine Direktvergabe handelt, was ausdrücklich bestritten wird, kann Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO im konkreten Fall nicht zur Anwendung gelangen, da auch Berichtigungen einer Vorinformation nur in bestimmten Umfang zulässig sind. Es handelt sich daher im konkreten Fall um eine sanktionslose Ordnungsvorschrift.

Weiters wird darauf hingewiesen, dass auch im Falle der Durchführung einer Direktvergabe gem Art 5 Abs 6 PSO-VO die Antragstellerin kein subjektives Recht auf Teilnahme eines solchen Verfahrens hätte und ihr daher auch kein Schaden im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen einer Teilnahme am Vergabeverfahren entstehen kann (Vergleiche BVwG 03.11.2016, W134 2114723-2; diese Entscheidung wurde erst jüngst vom VwGH bestätigt).Weiters wird darauf hingewiesen, dass auch im Falle der Durchführung einer Direktvergabe gem Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO die Antragstellerin kein subjektives Recht auf Teilnahme eines solchen Verfahrens hätte und ihr daher auch kein Schaden im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen einer Teilnahme am Vergabeverfahren entstehen kann (Vergleiche BVwG 03.11.2016, W134 2114723-2; diese Entscheidung wurde erst jüngst vom VwGH bestätigt).

Im Hinblick auf Art 5 Abs 2 PSO-VO wird ergänzend vorgebracht, dass die PSO-VO zwischen den Auftraggeber und der zuständigen Behörde unterscheidet. Zuständige Behörde für den VDV im Sinne von Art 2 lit b PSO-VO ist das BMVIT, weshalb die Anwendbarkeit von Art 5 Abs 2 PSO-VO möglich ist.Im Hinblick auf Artikel 5, Absatz 2, PSO-VO wird ergänzend vorgebracht, dass die PSO-VO zwischen den Auftraggeber und der zuständigen Behörde unterscheidet.

Zuständige Behörde für den VDV im Sinne von Artikel 2, Litera b, PSO-VO ist das BMVIT, weshalb die Anwendbarkeit von Artikel 5, Absatz 2, PSO-VO möglich ist.

[ ]

AStV: Ich bestreite und verweise auf das bisherige Vorbringen und bringe noch ergänzend vor, dass auch das BMVIT technisch nicht in der Lage ist, Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen wie die hier gegenständlichen selbst anzubieten und oder zu erbringen. Es ist auch rechtlich nicht vorgesehen, dass das BMVIT derartige Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen selbst anbietet und oder erbringt. Im Übrigen ist das BMVIT ebenfalls nicht Eigentümerin der Mitbeteiligten Partei. Beweis: Wie bisher beantragt insbesondere PV Dr. E*** F***einzuholen das eisenbahntechnisches Sachverständigengutachten, einzuholendes betriebswirtschaftliches Sachverständigengutachten, beizuschaffender Akt des BVwG zu den oben genannten GZlen der Abteilung W138.

R: Die Verhandlung wird nun mehr ab 13:00 Uhr bis ca. 14:20 Uhr unterbrochen, wobei klargestellt wird, dass derzeit ein Schluss des Ermittlungsverfahrens angedacht ist.

[ ]

Es ergeht die Umfrage, ob größere Protokollierungsmängel vorhanden sind.

Sohin werden Schreibfehler und ähnliches einvernehmlich korrigiert.

Sohin wird das Ermittlungsverfahren vorbehalten einer Wiedereröffnung geschlossen.

AStV: Zu dem Vorbringen auf der Seite 12, zur Klarstellung, es handelt sich nach Rechtsansicht der ASt bei Art 7 Abs. 2 PSO-VO nicht um eine sanktionslose Ordnungsvorschrift. Bei diesem Vorbringen auf der Seite 12, die XXXX ist nicht in unmittelbaren Eigentum einer Behörde oder einer Gebietskörperschaft, weshalb die gegenständliche Bestimmung (Art 5 Abs. 2 PSO-VO) nicht von Relevanz ist.AStV: Zu dem Vorbringen auf der Seite 12, zur Klarstellung, es handelt sich nach Rechtsansicht der ASt bei Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO nicht um eine sanktionslose Ordnungsvorschrift. Bei diesem Vorbringen auf der Seite 12, die römisch 40 ist nicht in unmittelbaren Eigentum einer Behörde oder einer Gebietskörperschaft, weshalb die gegenständliche Bestimmung (Artikel 5, Absatz 2, PSO-VO) nicht von Relevanz ist.

R: Gibt es weitere Beweisanträge?

AStV: Die bisher gestellten Beweisanträge werden aufrechterhalten. Zusätzlich wird noch beantragt, die Ladung und Vernehmung als Zeugen des Herrn M*** per Adresse der Mitbeteiligten zum Beweis dafür, dass es sich bei dem gegenständlichen Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen um gravierende Änderungen handelt, die zwingend ein entsprechendes Vergabeverfahren einschließlich einer Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 PSO-VO erfordert hätten. Herr M*** war insbesondere mit Änderungen und Umgestaltungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme des Wiener Hauptbahnhofes befasst.AStV: Die bisher gestellten Beweisanträge werden aufrechterhalten. Zusätzlich wird noch beantragt, die Ladung und Vernehmung als Zeugen des Herrn M*** per Adresse der Mitbeteiligten zum Beweis dafür, dass es sich bei dem gegenständlichen Schienenpersonenverkehrs Dienstleistungen um gravierende Änderungen handelt, die zwingend ein entsprechendes Vergabeverfahren einschließlich einer Vorinformation nach Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO erfordert hätten. Herr M*** war insbesondere mit Änderungen und Umgestaltungen im Zusammenhang mit der Inbetriebnahme des Wiener Hauptbahnhofes befasst.

AGV und MBV bestreiten unter Hinweis auf das bisherige Vorbringen.

R: Gibt es über die bisherigen Akteneinsichtsanträge hinaus weitere Akteneinsichtsanträge.

Da kein weiteres Vorbringen erstattet wird, zieht sich der Senat um 15:05 Uhr zu einer Beratung zurück.

Die Verhandlung wird um 15: 07 Uhr fortgesetzt.

R: Das Ermittlungsverfahren bleibt geschlossen und wird die Entscheidung mündlich verkündet, gemäß Beilage A zur heutigen Niederschrift.

[Beilage ./A zur Niederschrift:]

Das BVwG hat durch Mag Reinhard Grasböck als Vorsitzenden und die beiden FLR Mag Franz Pachner (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Ing Wilhelm Weinmeier als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend die am 16.02.2016 und 19.02.2016 vorgetragenen Rechtsschutzbegehren der XXXX iZm dem "Fahrplan 2016" beschlossen:Das BVwG hat

durch Mag Reinhard Grasböck als Vorsitzenden und die beiden FLR Mag Franz Pachner (als Beisitzer der Auftraggeberseite) und Ing Wilhelm Weinmeier als Beisitzer der Auftragnehmerseite) betreffend die am 16.02.2016 und 19.02.2016 vorgetragenen Rechtsschutzbegehren der römisch 40 iZm dem "Fahrplan 2016" beschlossen:

A)

I. Die vier Nichtigerklärungsbegehren, wie in den Eingaben vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 gestellt, werden zurückgewiesen.römisch eins. Die vier Nichtigerklärungsbegehren, wie in den Eingaben vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 gestellt, werden zurückgewiesen.

II. Die Feststellungsbegehren in den formulierten Eventualanträgen gemäß der jeweiligen Ziffern 1 und 2. der jeweiligen Seite 35 der Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016, werden - nach Interpretation als jeweils ein einziges Begehren vom 16.02.2016 und 19.02.2016 gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG - zurückgewiesen.römisch zwei. Die Feststellungsbegehren in den formulierten Eventualanträgen gemäß der jeweiligen Ziffern 1 und 2. der jeweiligen Seite 35 der Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016, werden - nach Interpretation als jeweils ein einziges Begehren vom 16.02.2016 und 19.02.2016 gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG - zurückgewiesen.

III. Die Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags, wie in den Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 jeweils enthalten, werden zurückgewiesen.römisch drei. Die Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags, wie in den Eingaben der Antragstellerin vom (datiert) 16.02.2016 und 19.02.2016 jeweils enthalten, werden zurückgewiesen.

B)

I. Die Revision gegen die Spruchpunkte A) I. und III: ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.römisch eins. Die Revision gegen die Spruchpunkte A) römisch eins. und III: ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig.

II. Die Revision gegen den Spruchpunkt A) II. ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.römisch zwei. Die Revision gegen den Spruchpunkt A) römisch zwei. ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG zulässig.

Tragende Begründung:

1. Die Nichtigerklärungsbegehren waren vorerst deshalb zurückzuweisen, weil die Antragstellerin nicht substantiiert bestritten hat, dass der Zuschlag bei Wahrunterstellung ihres eigenen Vorbringens spätestens am 15.02.2016 erteilt gewesen ist, womit eine weitere Nichtigerklärung gemäß § 312 Abs 2 BVergG ausscheidet.1. Die Nichtigerklärungsbegehren waren vorerst deshalb zurückzuweisen, weil die Antragstellerin nicht substantiiert bestritten hat, dass der Zuschlag bei Wahrunterstellung ihres eigenen Vorbringens spätestens am 15.02.2016 erteilt gewesen ist, womit eine weitere Nichtigerklärung gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG ausscheidet.

Die Revision war unbeschadet eines weiteren alternativ spruchtragenden Zurückweisungsgrunds hier nicht zuzulassen, weil die Rechtslage gemäß § 312 BVergG eindeutig ist und insoweit auch vom VwGH so gesehen wird, siehe zB VwGH Zl Ra 2016/04/0149.Die Revision war unbeschadet eines weiteren alternativ spruchtragenden Zurückweisungsgrunds hier nicht zuzulassen, weil die Rechtslage gemäß Paragraph 312, BVergG eindeutig ist und insoweit auch vom VwGH so gesehen wird, siehe zB VwGH Zl Ra 2016/04/0149.

2. Die Feststellungsbegehren, interpretiert als solche gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG waren zurückzuweisen, weil der primärrechtlich unbedenkliche Art 5 Abs 6 PSO - VO eine solche nach dem Wortlaut zulässt. Mangels rechtlich gesicherten Teilnahmeanspruchs an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren, eben wegen der Direktvergabezulässigkeit in Österreich, waren diese Feststellungsbegehren bei Wahrunterstellung einer Neuvergabe für den "Fahrplan 2016" mangels Schadens zurückzuweisen.2. Die Feststellungsbegehren, interpretiert als solche gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG waren zurückzuweisen, weil der primärrechtlich unbedenkliche Artikel 5, Absatz 6, PSO - VO eine solche nach dem Wortlaut zulässt. Mangels rechtlich gesicherten Teilnahmeanspruchs an einem wettbewerblichen Vergabeverfahren, eben wegen der Direktvergabezulässigkeit in Österreich, waren diese Feststellungsbegehren bei Wahrunterstellung einer Neuvergabe für den "Fahrplan 2016" mangels Schadens zurückzuweisen.

Die Vorabinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO - VO ist insoweit individualschutzrechtlich nicht sanktioniert, denn sonst könnten ja Kundmachungsberichtigungen nicht unbeschadet einer Einleitung einer Direktvergabe erfolgen. Vom

Unionsgesetzgeber wäre insoweit die ausdrückliche Normierung einer Zulässigkeitsvorschrift für die Direktvergabe in Abhängigkeit von einer Vorabkundmachung zu erwarten gewesen.Die Vorabinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO - VO ist insoweit individualschutzrechtlich nicht sanktioniert, denn sonst könnten ja Kundmachungsberichtigungen nicht unbeschadet einer Einleitung einer Direktvergabe erfolgen. Vom Unionsgesetzgeber wäre insoweit die ausdrückliche Normierung einer Zulässigkeitsvorschrift für die Direktvergabe in Abhängigkeit von einer Vorabkundmachung zu erwarten gewesen.

Die Revision war insoweit mangels Vorliegens einer verfestigten Rechtsprechung des VwGH zu Art 5 Abs 6 PSO-VO zuzulassen.Die Revision war insoweit mangels Vorliegens einer verfestigten Rechtsprechung des VwGH zu Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO zuzulassen.

3. Die Begehren auf Nichtigerklärung eines Vertrags je vom 16.02.2016 und 19.02.2016 waren zurückzuweisen und war die Revision insoweit nicht zuzulassen, weil der VwGH insoweit eindeutig von einem fehlenden Antragsrecht ausgeht. Daher war auch die Revision wegen eindeutiger VwGH - Rsp nicht zuzulassen, siehe Zl Ro 2014/04/0007 ua.

Bei diesem Ergebnis musste auf weitere allfällig denkmögliche Zurück- oder Abweisungsgründe nicht mehr eingegangen werden - § 39 Abs 3 AVG.Bei diesem Ergebnis musste auf weitere allfällig denkmögliche Zurück- oder Abweisungsgründe nicht mehr eingegangen werden - Paragraph 39, Absatz 3, AVG.

AStV beantragt die schriftliche Ausfertigung einer Entscheidung, und meldet Revision an.

[ ]

9. Die ASt begehrte unmittelbar nach der Verkündung und schließlich auch schriftlich nach Niederschriftsausfolgung die Ausfertigung des Beschlusses zwecks Revisionserhebung:

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

1. Feststellungen:

Über den Verfahrensgang hinaus ist festzustellen wie folgt:

1.1. Die im Fahrplan 2016 abgebildeten Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen wurden am 15.02.2016 teilweise auch rückwirkend auf den Dezember 2015 schriftlich konsensual zwischen AG und MB fixiert.

1.2. Unstrittig ist damit streitgegenständlich von einer Zuschlagserteilung spätestens am 15.02.2016 auszugehen.

1.3. Unstrittig sind die streitgegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen gemäß dem Fahrplan 2016 im Jahr 2017 bereits erbracht gewesen.

1.4. Die AG vertritt (übereinstimmend mit der MB) zusammenfassend den Standpunkt, dass auf Basis des im Jahr 2011 unterfertigten Verkehrsdienstvertrages (= VDV) am 15.02.2016 die Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen für den Fahrplan 2016 schriftlich fixiert wurden, ohne das insoweit eine Neuvergabe im Sinne des Vergabeverfahrensbegriffes gemäß § 1 Abs 1 Z 3 BVergG stattgefunden hat, während die ASt betreffend die Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen gemäß Fahrplan 2016 eine Neuvergabe im Wege einer Direktvergabe erblickt, die zudem nach Art 7 Abs. 2 PSO-VO nicht vorab kundgemacht worden wäre.1.4. Die AG vertritt (übereinstimmend mit der MB) zusammenfassend den Standpunkt, dass auf Basis des im Jahr 2011 unterfertigten Verkehrsdienstvertrages (= VDV) am 15.02.2016 die Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen für den Fahrplan 2016 schriftlich fixiert wurden, ohne das insoweit eine Neuvergabe im Sinne des Vergabeverfahrensbegriffes gemäß Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG stattgefunden hat, während die ASt betreffend die Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen gemäß Fahrplan 2016 eine Neuvergabe im Wege einer Direktvergabe erblickt, die zudem nach Artikel 7, Absatz 2, PSO-VO nicht vorab kundgemacht worden wäre.

1.5. Die ASt kennt den 2011 fixierten VDV bis auf einige Anlagen, ohne dass die ASt im Rahmen der historischen Bekämpfung des VdV beim BVA erreichen hätte können, dass der VDV mit den darin zB in § 5 enthaltenen Vertragsänderungsbestimmungen aus dem Rechtsbestand beseitigt worden wäre – VwGH Zl 2011/04/0134.1.5. Die ASt kennt den 2011 fixierten VDV bis auf einige Anlagen, ohne dass die ASt im Rahmen der historischen Bekämpfung des Vdrömisch fünf beim BVA erreichen hätte können, dass der VDV mit den darin zB in Paragraph 5, enthaltenen Vertragsänderungsbestimmungen aus dem Rechtsbestand beseitigt worden wäre – VwGH Zl 2011/04/0134.

(IZm dem VDV findet sich im Internet eine 12 – seitige Bekanntmachung gemäß Art 7 Abs 3 der VO 1370/2007, datiert

mit 31.03.2011 und auffindbar unter www.google.at mit den Suchworten XXXX . In dieser Kundmachung wird auf die Dauer des VDV bis 31.12.2019 hingewiesen; bzw auf Leistungsänderungen bzw Leistungsanpassungen gemäß vertraglichen Vereinbarungen.)(IZm dem VDV findet sich im Internet eine 12 – seitige Bekanntmachung gemäß Artikel 7, Absatz 3, der VO 1370 aus 2007,, datiert mit 31.03.2011 und auffindbar unter www.google.at mit den Suchworten römisch 40 . In dieser Kundmachung wird auf die Dauer des VDV bis 31.12.2019 hingewiesen; bzw auf Leistungsänderungen bzw Leistungsanpassungen gemäß vertraglichen Vereinbarungen.)

1.7. Die ASt hat gemäß Aktenstand des BVwG keine vergabespezifischen Rechtsbehelfe eingelegt, um die Vorabinformation aus 2009 gemäß Art 7 Abs 2 der VO 1370/2007 aus dem Rechtsbestand zu beseitigen, wie zu VwGH Z l 2011/04/0134 wiedergegeben.1.7. Die ASt hat gemäß Aktenstand des BVwG keine vergabespezifischen Rechtsbehelfe eingelegt, um die Vorabinformation aus 2009 gemäß Artikel 7, Absatz 2, der VO 1370 aus 2007, aus dem Rechtsbestand zu beseitigen, wie zu VwGH Zl 2011/04/0134 wiedergegeben.

2. Beweiswürdigung:

Der Verfahrensgang und die Feststellungen ergeben sich aus dem Akteninhalt.

2.1. Die Feststellung, dass der Zuschlag jedenfalls auch nach ASt – Auffassung am 15.02.2016 erteilt gewesen ist, ergibt sich daraus, dass die ASt, die sich vor dem 01.08.2017 noch nicht exakt auf diese Angabe im Punkte der Behauptung der Rechtzeitigkeit ihrer Nachprüfungs- und Feststellungsbegehren (entsprechend der Behauptungslast gemäß § 322 Abs 1 und 332 Abs 1 BVergG) festgelegt hatte, sich insoweit letztlich bei der Erörterung der Rechtzeitigkeit ihrer Feststellungsbegehren auf dieses Datum als Zuschlagserteilungszeitpunkt festgelegt hat. Diese Festlegung der ASt korrespondiert – unbeschadet der Frage, ob am 15.02.2016 ein vorab dem Vergabewettbewerb zu unterziehender Vertrag abgeschlossen worden ist, mit dem Tatsachenvortrag der AG und der MB, dass am 15.02.2016 der Fahrplan 2016 schriftlich fixiert wurde, dies unbeschadet des Standpunkts der AG und der MB, dass am 15.02.2016 gerade keine zB als Vertragsänderung erneut dem Vergaberecht unterliegender Vertragsabschluss passierte.2.1. Die Feststellung, dass der Zuschlag jedenfalls auch nach ASt – Auffassung am 15.02.2016 erteilt gewesen ist, ergibt sich daraus, dass die ASt, die sich vor dem 01.08.2017 noch nicht exakt auf diese Angabe im Punkte der Behauptung der Rechtzeitigkeit ihrer Nachprüfungs- und Feststellungsbegehren (entsprechend der Behauptungslast gemäß Paragraph 322, Absatz eins und 332 Absatz eins, BVergG) festgelegt hatte, sich insoweit letztlich bei der Erörterung der Rechtzeitigkeit ihrer Feststellungsbegehren auf dieses Datum als Zuschlagserteilungszeitpunkt festgelegt hat. Diese Festlegung der ASt korrespondiert – unbeschadet der Frage, ob am 15.02.2016 ein vorab dem Vergabewettbewerb zu unterziehender Vertrag abgeschlossen worden ist, mit dem Tatsachenvortrag der AG und der MB, dass am 15.02.2016 der Fahrplan 2016 schriftlich fixiert wurde, dies unbeschadet des Standpunkts der AG und der MB, dass am 15.02.2016 gerade keine zB als Vertragsänderung erneut dem Vergaberecht unterliegender Vertragsabschluss passierte.

Das BVwG hatte insoweit keinen Grund, an der schriftlichen Fixierung des Fahrplans 2016 per 15.02.2016 zu zweifeln.

2.2. Dass die ASt in Kenntnis des Textes des VDV – abseits des Textes einiger Anlagen zum VDV – ist, ergibt sich zB aus dem Schriftsatz der AG, OZ 8 des Akts W131 2121539-2/8Z iVm der Niederschrift über die Akteneinsicht vom 27.07.2017, OZ 90Z aus dem Akt W131 2121539-2, wo die ASt die vollständige Kenntnis der OZ 8 dieses Akts, und damit auch des VDV – Textes (- soweit es nicht Anlagen zum VDV ging -) bestätigt hat.2.2. Dass die ASt in Kenntnis des Textes des VDV – abseits des Textes einiger Anlagen zum VDV – ist, ergibt sich zB aus dem Schriftsatz der AG, OZ 8 des Akts W131 2121539-2/8Z in Verbindung mit der Niederschrift über die Akteneinsicht vom 27.07.2017, OZ 90Z aus dem Akt W131 2121539-2, wo die ASt die vollständige Kenntnis der OZ 8 dieses Akts, und damit auch des VDV – Textes (- soweit es nicht Anlagen zum VDV ging -) bestätigt hat.

3. Rechtliche Beurteilung:

3.1. Gemäß § 6 BVwGG iVm § 292 BVergG hatte das BVwG gegenständlich unstrittig durch den gegenständlichen Senat gemäß der Geschäftsverteilung des BVwG für 2017 zu entscheiden und dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften im Bundesvergabegesetz 2006 idF BGBl I 2016/7 (= BVergG) das VwGVG und das AVG anzuwenden.3.1. Gemäß Paragraph 6, BVwGG in Verbindung mit Paragraph 292, BVergG hatte das BVwG gegenständlich unstrittig durch den gegenständlichen Senat gemäß der Geschäftsverteilung des BVwG für 2017 zu entscheiden und dabei abseits von Sonderverfahrensvorschriften im Bundesvergabegesetz 2006 in der Fassung BGBl römisch eins 2016/7 (= BVergG) das VwGVG und das AVG anzuwenden.

Zu A)

3.2. Die beiden Nichtigerklärungsbegehren vom 16.02.2016 und die weiteren beiden Nichtigerklärungsbegehren vom 19.02.2016 waren – bei Wahrunterstellung der Zuschlagserteilung am 15.02.2017 entsprechend den Behauptungen der ASt - zurückzuweisen, da damit der Zuschlag jedenfalls unstrittig spätestens am 15.02.2016 erteilt gewesen ist und die Nichtigerklärungsbegehren daher erst nach Zuschlagserteilung - mit Schriftsätzen vom 16.02.2016 und 19.02.2016 - sohin maW unzulässig nach Zuschlagserteilung - gemäß § 312 Abs 2 BVergG - gestellt worden sind.3.2. Die beiden Nichtigerklärungsbegehren vom 16.02.2016 und die weiteren beiden Nichtigerklärungsbegehren vom 19.02.2016 waren – bei Wahrunterstellung der Zuschlagserteilung am 15.02.2017 entsprechend den Behauptungen der ASt - zurückzuweisen, da damit der Zuschlag jedenfalls unstrittig spätestens am 15.02.2016 erteilt gewesen ist und die Nichtigerklärungsbegehren daher erst nach Zuschlagserteilung - mit Schriftsätzen vom 16.02.2016 und 19.02.2016 - sohin maW unzulässig nach Zuschlagserteilung - gemäß Paragraph 312, Absatz 2, BVergG - gestellt worden sind.

Bei diesem Verfahrensergebnis musste nicht länger erörtert bzw begründet werden, dass die Nichtigerklärungsbegehren auch deshalb zurück- bzw allenfalls abzuweisen gewesen wären, weil wegen der Zulässigkeit einer Direktvergabe die ASt gegenständlich auch keinen Schaden gemäß § 320 Abs 1 BVergG erlitten hat bzw der ASt kein solcher Schaden drohte; weil eben Art 5 Abs 6 VO (EG) 1370/2007 eine Direktvergabe jedenfalls zuließ; bzw weil denkmöglich bzw ansprechend den Behauptungen der AG und der MB am 15.02.2016 überhaupt keine Vergabe iSd Vergabeverfahrensbegriffs des § 1 Abs 1 Z 3 BVergG stattgefunden hat .Bei diesem Verfahrensergebnis musste nicht länger erörtert bzw begründet werden, dass die Nichtigerklärungsbegehren auch deshalb zurück- bzw allenfalls abzuweisen gewesen wären, weil wegen der Zulässigkeit einer Direktvergabe die ASt gegenständlich auch keinen Schaden gemäß Paragraph 320, Absatz eins, BVergG erlitten hat bzw der ASt kein solcher Schaden drohte; weil eben Artikel 5, Absatz 6, VO (EG) 1370 aus 2007, eine Direktvergabe jedenfalls zuließ; bzw weil denkmöglich bzw ansprechend den Behauptungen der AG und der MB am 15.02.2016 überhaupt keine Vergabe iSd Vergabeverfahrensbegriffs des Paragraph eins, Absatz eins, Ziffer 3, BVergG stattgefunden hat .

3.3. Zur Zurückweisung der als Feststellungsbegehren gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG interpretierten Feststellungsbegehren vom 16.02.2016 und 19.02.2016 sind vorerst folgende Bestimmungen wiederzugeben bzw zusammenzufassen:3.3. Zur Zurückweisung der als Feststellungsbegehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG interpretierten Feststellungsbegehren vom 16.02.2016 und 19.02.2016 sind vorerst folgende Bestimmungen wiederzugeben bzw zusammenzufassen:

3.3.1. Die hier interessierenden Bestimmungen aus der VERORDNUNG (EG) Nr. 1370/2007 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates = VO 1370/2007 = PSO – VO lauten:3.3.1. Die hier interessierenden Bestimmungen aus der VERORDNUNG (EG) Nr. 1370 aus 2007, DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates = VO 1370 aus 2007, = PSO – VO lauten:

Artikel 5

Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

[ ]

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

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

Sind die für die Nachprüfungsverfahren zuständigen Stellen keine Gerichte, so sind ihre Entscheidungen stets

schriftlich zu begründen. In einem solchem Fall ist ferner zu gewährleisten, dass Beschwerden aufgrund rechtswidriger Handlungen der Nachprüfungsstellen oder aufgrund fehlerhafter Ausübung der diesen übertragenen Befugnisse der gerichtlichen Überprüfung oder der Überprüfung durch andere Stellen, die Gerichte im Sinne von Artikel 234 des Vertrags und unabhängig von der vertragsschließenden Behörde und der Nachprüfungsstellen sind, unterzogen werden können.

[...]

Artikel 7

Veröffentlichung

[ ]

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

a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;

b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;

c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete.

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

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

Dieser Absatz findet keine Anwendung auf Artikel 5 Absatz 5.

(3) Bei der Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr nach Artikel 5 Absatz 6 macht die zuständige Behörde innerhalb eines Jahres nach der Auftragsvergabe folgende Informationen öffentlich zugänglich:

a) den Namen des Auftraggebers, seine Eigentümer sowie gegebenenfalls den/die Namen der Partei oder Parteien, die eine rechtliche Kontrolle ausübt/ausüben;

b) die Dauer des öffentlichen Dienstleistungsauftrags;

c) eine Beschreibung der zu erbringenden Personenverkehrsdienste;

d) eine Beschreibung der Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung;

e) Qualitätsziele wie beispielsweise in Bezug auf Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit und anwendbare Prämien und Sanktionen;

f) Bedingungen in Bezug auf die wichtigsten Wirtschaftsgüter

(4) Die zuständige Behörde übermittelt jeder interessierten Partei

auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung

über die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

Es bestehen für das BVwG keine unionsprimärrechtlichen Bedenken gegen diese sekundärrechtlichen Vorschriften (und auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die nationale Zulassung der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 der VO 1370/2007 gemäß den jeweiligen Fassungen des § 141 BVergG seit 2011), zumal dies rücksichtlich der zB auch durch das geltende Bundesbahngesetz geschaffenen Struktur auch sachlich sowie im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber erscheint, wenn man mitbedenkt, dass jener Schienenpersonenverkehr, der von Art 5 Abs 6 PSO - VO erfasst ist, auch in Österreich notorisch als wesentlicher Teil der nationalen Infrastruktur bzw Daseinsvorsorge zu bewerten sein wird. Insoweit formuliert bereits Art 1 Abs 1 der PSO – VO in Zusammenschau mit den Erwägungsgründen 1ff zur PSO – VO programmatisch wie folgt: "Zweck dieser Verordnung ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich

des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte." Mit dieser Grundsatzbestimmung hat der Unionsgesetzgeber klargestellt, dass der freie Wettbewerb (und damit ein vergaberechtlicher Parallelwettbewerb im hier interessierenden Bereich) für ihn aktuell noch nicht per se in jedem Fall die erste Wahl der Mittel zur Verkehrsgrundversorgung der Bevölkerung gewesen ist.Es bestehen für das BVwG keine unionsprimärrechtlichen Bedenken gegen diese sekundärrechtlichen Vorschriften (und auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die nationale Zulassung der Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, der VO 1370 aus 2007, gemäß den jeweiligen Fassungen des Paragraph 141, BVergG seit 2011), zumal dies rücksichtlich der zB auch durch das geltende Bundesbahngesetz geschaffenen Struktur auch sachlich sowie im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber erscheint, wenn man mitbedenkt, dass jener Schienenpersonenverkehr, der von Artikel 5, Absatz 6, PSO - VO erfasst ist, auch in Österreich notorisch als wesentlicher Teil der nationalen Infrastruktur bzw Daseinsvorsorge zu bewerten sein wird. Insoweit formuliert bereits Artikel eins, Absatz eins, der PSO – VO in Zusammenschau mit den Erwägungsgründen 1ff zur PSO – VO programmatisch wie folgt: "Zweck dieser Verordnung ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte." Mit dieser Grundsatzbestimmung hat der Unionsgesetzgeber klargestellt, dass der freie Wettbewerb (und damit ein vergaberechtlicher Parallelwettbewerb im hier interessierenden Bereich) für ihn aktuell noch nicht per se in jedem Fall die erste Wahl der Mittel zur Verkehrsgrundversorgung der Bevölkerung gewesen ist.

3.3.2. Der § 141 BVergG ließ in seinem jeweiligen Abs 3 seit 05.03.2010 und auch in seiner aktuellen, seit 12.07.2013 geltenden Fassung gemäß BGBl I 2016/7 die Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 der PSO – VO zu3.3.2. Der Paragraph 141, BVergG ließ in seinem jeweiligen Absatz 3, seit 05.03.2010 und auch in seiner aktuellen, seit 12.07.2013 geltenden Fassung gemäß BGBl römisch eins 2016/7 die Direktvergabe gemäß Artikel 5, Absatz 6, der PSO – VO zu.

3.3.3. Vertritt man wie hier entgegen der Auffassung der AG und der MB, die für sich zB VwGH Zlen2002/04/0176 und 2004/04/0012 ins Treffen führen könnten, die Auffassung, dass die Feststellungsbegehren der ASt vom 16.02.2016 und 19.02.2016 abseits ihres schlichten Wortlauts gemäß § 13 AVG und iSv zB VwGH Zl2004/04/0028 rechtsschutzfreundlich als jeweils ein Begehren gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG je vom 16.02.2016 und 19.02.2016 zu bewerten sind, hatte eine Zurückweisung allein nur wegen der Begehrensformulierung zu unterbleiben. Entsprechend der Erörterung in der Verhandlung am 01.08.2017 und entsprechend der letzten diesbezüglichen Angabe des AStV war gegenständlich- nach Erforschung des Parteiwillens in der Verhandlung - von zwei zu erledigenden Begehren gemäß § 331 Abs 1 Z 2 BVergG auszugehen.3.3.3. Vertritt man wie hier entgegen der Auffassung der AG und der MB, die für sich zB VwGH Zlen 2002/04/0176 und 2004/04/0012 ins Treffen führen könnten, die Auffassung, dass die Feststellungsbegehren der ASt vom 16.02.2016 und 19.02.2016 abseits ihres schlichten Wortlauts gemäß Paragraph 13, AVG und iSv zB VwGH Zl 2004/04/0028 rechtsschutzfreundlich als jeweils ein Begehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG je vom 16.02.2016 und 19.02.2016 zu bewerten sind, hatte eine Zurückweisung allein nur wegen der Begehrensformulierung zu unterbleiben. Entsprechend der Erörterung in der Verhandlung am 01.08.2017 und entsprechend der letzten diesbezüglichen Angabe des AStV war gegenständlich- nach Erforschung des Parteiwillens in der Verhandlung - von zwei zu erledigenden Begehren gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG auszugehen.

In gleicher Weise wurde die Zurückweisung der Feststellungsbegehren trotz deren formeller "Eventual" - Formulierung vom BVwG nicht auf das Vorliegen unzulässig bedingter Anträge gestützt, da das BVwG unter Berücksichtigung von VwGH Zl Ra 2014/04/0013 in der Verhandlung ermittelt hatte, dass die ASt ausweislich der AStV - Angaben jedenfalls Absprüche über diese Feststellungsbegehren anstrebt.

Derart lautete der § 331 Abs 1 Z 2 BVergG zum Zeitpunkt der Antragstellung im Februar 2016 und lautet auch aktuell in seiner durch BGBl I 2013/128 geschaffenen Textfassung:Derart lautete der Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG zum Zeitpunkt der Antragstellung im Februar 2016 und lautet auch aktuell in seiner durch BGBl römisch eins 2013/128 geschaffenen Textfassung:

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes

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

1. der Zuschlag [...], oder

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

[...]

3.3.4. Unterstellt man vor dem Hintergrund des Prinzips der Verfahrensökonomie gemäß § 39 AVG iSv VwGH Zl Ra 2016/19/0290 entgegen dem Standpunkt der AG und der MB mit der ASt als wahr, dass nach dem letztgültigen Standpunkt der ASt der Zuschlag am 15.02.2016 erteilt worden wäre, ist der ASt dennoch durch die letztlich vorgebrachte Direktvergabe kein Schaden entstanden.3.3.4. Unterstellt man vor dem Hintergrund des Prinzips der Verfahrensökonomie gemäß Paragraph 39, AVG iSv VwGH Zl Ra 2016/19/0290 entgegen dem Standpunkt der AG und der MB mit der ASt als wahr, dass nach dem letztgültigen Standpunkt der ASt der Zuschlag am 15.02.2016 erteilt worden wäre, ist der ASt dennoch durch die letztlich vorgebrachte Direktvergabe kein Schaden entstanden.

Das BVwG hat insoweit zB bereits zu den Zlen W134 2114723- 2/69E und W134 2116832-2/41E ausgeführt:

Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass Voraussetzung zur Stellung eines Feststellungsantrages nach § 331 Absatz 1 BVergG 2006 unter anderem ist, dass einem Unternehmer durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Auftraggeberin hat den gegenständlichen Verkehrsdienstevertrag gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) direkt vergeben. Die Direktvergabe wird in Art. 2 lit. h der PSO VO definiert als "die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens" (vgl auch BVwG 29.09.2016, W187 2131055-2/47E ua). Da somit Verfahren gem. Art. 5 Abs. 6 PSO-VO grundsätzlich ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens durchgeführt werden können, hat die Antragstellerin (bei Einhaltung der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO) kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren und kann ihr daher auch kein Schaden im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen zur Teilnahme am Vergabeverfahren (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 331 Rz 3) entstehen. Auch aus diesem Grund waren daher die Feststellungsanträge zurückzuweisen.Im Übrigen ist darauf zu verweisen, dass Voraussetzung zur Stellung eines Feststellungsantrages nach Paragraph 331, Absatz 1 BVergG 2006 unter anderem ist, dass einem Unternehmer durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Die Auftraggeberin hat den gegenständlichen Verkehrsdienstevertrag gemäß Artikel 5, Absatz 6, der Verordnung (EG) Nr. 1370 aus 2007, (PSO-VO) direkt vergeben. Die Direktvergabe wird in Artikel 2, Litera h, der PSO VO definiert als "die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens" vergleiche auch BVwG 29.09.2016, W187 2131055-2/47E ua). Da somit Verfahren gem. Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO grundsätzlich ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens durchgeführt werden können, hat die Antragstellerin (bei Einhaltung der Voraussetzungen des Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO) kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren und kann ihr daher auch kein Schaden im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen zur Teilnahme am Vergabeverfahren (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 331, Rz 3) entstehen. Auch aus diesem Grund waren daher die Feststellungsanträge zurückzuweisen.

Dementsprechend war in Übernahme dieser Rechtsansicht der GAbt W134 des BVwG auch gegenständlich auszusprechen, dass der ASt durch die behauptete Zuschlagerteilung am 15.02.2016 kein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht (-e), weil die AG gemäß Art 5 Abs 6 der PSO – VO gegenständlich einen Vertragsabschluss bzw eine Vergabe ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens durchführen durfte. Die ASt hatte auch gegenständlich eben kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem diesbezüglichen Vergabeverfahren; gerade deshalb kann (konnte) ihr kein Schaden - im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren - entstanden sein bzw entstehen. Es durfte eben direkt gemäß Art 5 Abs 6 PSO – VO vergeben

werden.Dementsprechend war in Übernahme dieser Rechtsansicht der GAbt W134 des BVwG auch gegenständlich auszusprechen, dass der ASt durch die behauptete Zuschlagerteilung am 15.02.2016 kein Schaden entstanden ist bzw zu entstehen droht (-e), weil die AG gemäß Artikel 5, Absatz 6, der PSO – VO gegenständlich einen Vertragsabschluss bzw eine Vergabe ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens durchführen durfte. Die ASt hatte auch gegenständlich eben kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem diesbezüglichen Vergabeverfahren; gerade deshalb kann (konnte) ihr kein Schaden - im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren - entstanden sein bzw entstehen. Es durfte eben direkt gemäß Artikel 5, Absatz 6, PSO – VO vergeben werden.

3.3.5. Insoweit verbleibt es noch, ergänzend auf Art 7 Abs 2 der PSO – VO einzugehen3.3.5. Insoweit verbleibt es noch, ergänzend auf Artikel 7, Absatz 2, der PSO – VO einzugehen.

Aus dieser oben bereits zitierten Bestimmung über eine Vorinformation sei hier nochmals insb folgende Passage wiedergegeben:

Sollten sich diese Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen. Diese Berichtigung erfolgt unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe oder des wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Wenn der Unionsgesetzgeber mit dieser Bestimmung klargestellt hat, dass die Berichtigung einer Vorinformation unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe "erfolgt", also zu erfolgen hat, kann die Vorinformation rechtlich nicht Rechtsbedingung, sprich Zulässigkeitsvoraussetzung, einer Direktvergabe iSv Art 5 Abs 6 PSO-VO sein. Eine Berichtigung erfolgt eben nach dem klaren Wortlaut der PSO-VO gerade unbeschadet der Direktvergabe. Damit ist die Unterlassung einer Vorabinformation auch bei Wahrunterstellung einer Zuschlagserteilung am 15.02.2016 individualschutzrechtlich gemäß Art 5 Abs 7 PSO – VO iVm § 141 BVergG ausweislich dieser unionsrechtlichen Verordnungsbestimmung nicht sanktioniert, zumal der Unionsgesetzgeber in Art 5 Abs 6 PSO – VO die Direktvergabezulässigkeit mit keinem einzigen Wort von der Vorabinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO – VO abhängig gemacht hat.Sollten sich diese Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen. Diese Berichtigung erfolgt unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe oder des wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Wenn der Unionsgesetzgeber mit dieser Bestimmung klargestellt hat, dass die Berichtigung einer Vorinformation unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe "erfolgt", also zu erfolgen hat, kann die Vorinformation rechtlich nicht Rechtsbedingung, sprich Zulässigkeitsvoraussetzung, einer Direktvergabe iSv Artikel 5, Absatz 6, PSO-VO sein. Eine Berichtigung erfolgt eben nach dem klaren Wortlaut der PSO-VO gerade unbeschadet der Direktvergabe. Damit ist die Unterlassung einer Vorabinformation auch bei Wahrunterstellung einer Zuschlagserteilung am 15.02.2016 individualschutzrechtlich gemäß Artikel 5, Absatz 7, PSO – VO in Verbindung mit Paragraph 141, BVergG ausweislich dieser unionsrechtlichen Verordnungsbestimmung nicht sanktioniert, zumal der Unionsgesetzgeber in Artikel 5, Absatz 6, PSO – VO die Direktvergabezulässigkeit mit keinem einzigen Wort von der Vorabinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO abhängig gemacht hat.

Hätte der Unionsgesetzgeber dies individualschutzrechtlich sanktioniert gewollt, wäre von ihm insoweit eine ausdrückliche Formulierung einer derartigen Direktvergabe - Zulässigkeitsbedingung zu erwarten gewesen, zumal nach Art 5 Abs 7 PSO – VO nur die Einhaltung der Vorschriften des Art 5 Abs 2 bis 6 PSO – VO der individualschutzrechtlichen Überprüfung zugeführt können werden müssen; der Unionsgesetzgeber hat insoweit gerade keine weitergehende Pflicht zum Individualrechtsschutz zB gemäß Art 5 Abs 6 iVm Art 7 Abs 2 PSO – VO normiert.Hätte der Unionsgesetzgeber dies individualschutzrechtlich sanktioniert gewollt, wäre von ihm insoweit eine ausdrückliche Formulierung einer derartigen Direktvergabe - Zulässigkeitsbedingung zu erwarten gewesen, zumal nach Artikel 5, Absatz 7, PSO – VO nur die Einhaltung der Vorschriften des Artikel 5, Absatz 2 bis 6 PSO – VO der individualschutzrechtlichen Überprüfung zugeführt können werden müssen; der Unionsgesetzgeber hat insoweit gerade keine weitergehende Pflicht zum Individualrechtsschutz zB gemäß Artikel 5, Absatz 6, in Verbindung mit Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO normiert.

(Zur vorhandenen Möglichkeit der Verfolgung gewähnter objektiv - unionsrechtlicher Vergaberechtswidrigkeiten, zB iZm Art 7 Abs 2 PSO – VO denkbar, abseits eines Individualrechtsschutzes (gemäß der RL 89/665/EWG bzw gemäß Art 5 Abs 7 PSO – VO) siehe zB den Rechtsweg gemäß dem Vertragsverletzungsverfahren des EuGH zu Rs C-275/08. Insoweit kann ein allfälliger Verstoß gegen Art 7 Abs 2 PSO – VO über eine Vertragsverletzungsbeschwerde und ein diesbezügliches Verfahren aufgegriffen werden, womit keine gänzliche Sanktionslosigkeit vorliegt.)(Zur vorhandenen

Möglichkeit der Verfolgung gewähnter objektiv - unionsrechtlicher Vergaberechtswidrigkeiten, zB iZm Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO denkbar, abseits eines Individualrechtsschutzes (gemäß der RL 89/665/EWG bzw gemäß Artikel 5, Absatz 7, PSO – VO) siehe zB den Rechtsweg gemäß dem Vertragsverletzungsverfahren des EuGH zu Rs C-275/08. Insoweit kann ein allfälliger Verstoß gegen Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO über eine Vertragsverletzungsbeschwerde und ein diesbezügliches Verfahren aufgegriffen werden, womit keine gänzliche Sanktionslosigkeit vorliegt.)

3.3.5.1. Bei diesem Verfahrensstand konnte dahinstehen, ob die ASt allenfalls auf Basis der ihr sonst bekannten Tatsachen, wie zB allenfalls der Vorabinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO – VO zum VDV aus 2009 und insb auf Basis des VDV und auf Basis des Bundesgesetzes über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999) ohnehin rechtzeitig in Kenntnis jener Tatsachen gewesen wäre, die sie bei Wahrunterstellung der Zuschlagserteilung am 15.02.2016 für den Fahrplan 2016 auch bei einer diesbezüglichen zusätzlichen vorangehenden Vorabinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO – VO erwarten hätte dürfen.3.3.5.1. Bei diesem Verfahrensstand konnte dahinstehen, ob die ASt allenfalls auf Basis der ihr sonst bekannten Tatsachen, wie zB allenfalls der Vorabinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO zum VDV aus 2009 und insb auf Basis des VDV und auf Basis des Bundesgesetzes über die Ordnung des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 – ÖPNRV-G 1999) ohnehin rechtzeitig in Kenntnis jener Tatsachen gewesen wäre, die sie bei Wahrunterstellung der Zuschlagserteilung am 15.02.2016 für den Fahrplan 2016 auch bei einer diesbezüglichen zusätzlichen vorangehenden Vorabinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO erwarten hätte dürfen.

3.3.5.2. Bei diesem Verfahrensstand konnte weiters insb auch dahinstehen, ob allenfalls entgegen dem Standpunkt der ASt der "Fahrplan 2016" und damit die für den Geltungszeitraum dieses Fahrplans fixierten Schienenpersonenverkehrsleistungen gerade keine Neuvergabe darstellen und daher am 15.02.2016 gerade keine Zuschlagserteilung für den Fahrplan 2016 stattgefunden hat, weil man allenfalls den Argumenten der AG und der MB zu folgen hätte, dass bei einer vorgebrachten geringfügigen Kilometerleistungserhöhung bei einer gleichzeitig vorgebrachten geringfügigen Entgeltsreduktion entsprechend der unionsrechtlichen und nationalen (Folge-) Rsp zu EuGH Rs C-454/06 gerade keine Neuvergabe stattgefunden hat,

wobei gleichfalls zB auch nicht näher ermittelt bzw erörtert werden musste, inwieweit aus allgemeineren Überlegungen bei einer mit dem VDV aus 2011 bis 31.12.2019 bereits vertraglich vorskizzierten Leistungserbringung die ASt nachträglich nach dem 03.02.2011 und nach ihrem Unterliegen zu VwGH-Zl 2011/04/0134 neuerlich für einen Restzeitzeitraum - als mitunter zwischenzeitig vergaberechtlich geeignete Unternehmerin - eine erneute Vergabewettbewerbschance - eben für einen Restzeitraum - durchsetzen können muss.

3.4. Zur Zurückweisung der beiden Begehren auf Nichtigerklärung des Vertrags ist iSd mündlichen Beschlussverkündung nunmehr nochmals darauf hinzuweisen, dass nach der Rsp des VwGH einem Antragsteller eines Feststellungsbegehrens gegen eine rechtswidrig erachtete Direktvergabe kein subjektives (Antrags-)recht zukommt, dass die Vergabekontrolle je nach einem Antrag des Feststellungsantragstellers entweder die Vertragsnichtigerklärung oder aber eine Geldbuße auszusprechen hätte. Mangels Antragsrechts der ASt waren die auf Vertragsnichtigerklärung gerichteten Begehren zurückzuweisen.

Daher erübrigt sich eine weitere Erörterung bzw Begründung, dass eine Vertragsnichtigerklärung nach dem Konzept des § 334 BVergG jedenfalls auch positive Feststellung gemäß § 312 Abs 3 Z 3 bis 5 bzw insb § 331 Abs 1 Z 2 BVergG voraussetzen würde, was die ASt bislang gerade nicht erwirkt hat.Daher erübrigt sich eine weitere Erörterung bzw Begründung, dass eine Vertragsnichtigerklärung nach dem Konzept des Paragraph 334, BVergG jedenfalls auch positive Feststellung gemäß Paragraph 312, Absatz 3, Ziffer 3 bis 5 bzw insb Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG voraussetzen würde, was die ASt bislang gerade nicht erwirkt hat.

Zu B) Zur nur teilweisen Revisionszulässigkeit:

3.6. Die Revision gegen die Spruchpunkte A)I. und A) III. war nicht zuzulassen, da insoweit eine jeweils einhellige gefestigte Rsp des VwGH und damit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorlag, siehe dazu die in der obigen Begründung jeweils zitierte VwGH - Rsp.3.6. Die Revision gegen die Spruchpunkte A)I. und A) römisch drei. war nicht zuzulassen, da insoweit eine jeweils einhellige gefestigte Rsp des VwGH und damit keine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung vorlag, siehe dazu die in der obigen Begründung jeweils zitierte VwGH - Rsp.

Die Revision gegen Spruchpunkt A) II. war zuzulassen, da insoweit – insb zum Zeitpunkt der Verkündung dieses

Beschlusses am 01.08.2017 - keine insb auf der Homepage des VwGH veröffentlichte - gefestigte Rsp des VwGH zur Frage der Direktvergabezulässigkeit gemäß Art 5 Abs 6 PSO – VO in Abhängigkeit von einer Vorabinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO – VO vorgelegen hat.Die Revision gegen Spruchpunkt A) römisch zwei. war zuzulassen, da insoweit – insb zum Zeitpunkt der Verkündung dieses Beschlusses am 01.08.2017 - keine insb auf der Homepage des VwGH veröffentlichte - gefestigte Rsp des VwGH zur Frage der Direktvergabezulässigkeit gemäß Artikel 5, Absatz 6, PSO – VO in Abhängigkeit von einer Vorabinformation gemäß Artikel 7, Absatz 2, PSO – VO vorgelegen hat.

Schlagworte

Dienstleistungen, Dienstleistungsauftrag, Dienstvertrag, Direktvergabe, Diskriminierungsverbot, Feststellungsantrag, mündliche Verhandlung, Nichtigerklärung, Revision teilweise zulässig, Schaden, Transparenz, Vergabeverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2017:W131.2164740.2.00

Zuletzt aktualisiert am

16.10.2017

Quelle: Bundesverwaltungsgericht BVwg, https://www.bvwg.gv.at

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at