jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Vwgh Erkenntnis 2018/10/1 Ra 2015/04/0060

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.10.2018

Index

E000 EU- Recht allgemein;
E3R E07201000;
E3R E07202000;
97 Öffentliches Auftragswesen;

Norm

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs2;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs4;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs5;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs6;
32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art7 Abs2;
BVergG 2006 §141 Abs3;
BVergG 2006 §141 Abs5;
BVergG 2006 §320 Abs1;
BVergG 2006 §331 Abs1;
EURallg;

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, den Hofrat Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie die Hofräte Dr. Pürgy und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Tiefenböck, über die Revision der Ö AG in W, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Bartensteingasse 2-4, gegen das Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien vom 18. Februar 2015, Zlen. VGW-123/061/34871/2014-50, VGW- 123/061/34874/2014, VGW-123/061/875/2015, VGW-123/061/905/2015, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: W GmbH in W, vertreten durch die B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, in 1040 Wien, Gußhausstraße 6), zu Recht erkannt:

Spruch

Die Revision wird als unbegründet abgewiesen.

Die Revisionswerberin hat der mitbeteiligten Partei Aufwendungen in der Höhe von EUR 1.106,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Begründung

I.

1 1. Die V GmbH (Auftraggeberin) veröffentlichte am 12. Dezember 2014 im Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung 1370/2007. Die Auftraggeberin beabsichtigte unter der Bezeichnung "Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen" eine Direktvergabe betreffend einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 an die revisionswerbende Partei. Als Leistungsbeginn war der 13. Dezember 2015 vorgesehen.

2 Die Vorinformation lautete auszugsweise wie folgt:

"Österreich-Wien: Öffentlicher Schienentransport/öffentliche Schienenbeförderung 2014/S 240- 422259

Vorinformation

Dienstleistungen

Richtlinie 2004/18/EG

Abschnitt I: Öffentlicher Auftraggeber:

(...)

Abschnitt II: B: Auftragsgegenstand (Lieferungen oder Dienstleistungen)

II.1) Bezeichnung des Auftrags durch den öffentlichen Auftraggeber:

Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen.

II.2) Art des Auftrags und Ort der Lieferung bzw. Ausführung Dienstleistungskategorie Nummer 18: Eisenbahnverkehr

Ostösterreich.

NUTS-Code AT1, AT13, AT11, AT12

II.3) Angaben zur Rahmenvereinbarung

Die Bekanntmachung betrifft den Abschluss einer Rahmenvereinbarung: nein

II.4) Kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Werts der Waren bzw. Dienstleistungen:

Auftragsgegenstand sind durch ein neues Fahrplantaktmodell der Ö AG (Integrierter Taktverkehr 2016) bedingte Mehrleistungen (Schienenverkehrsdienstleistungen) in Wien, Niederösterreich und Burgenland. Da die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes (§ 7 ÖPNRV-G), mit dessen Erfüllung die Ö AG beauftragt ist, bildet, wird die Beauftragung der Ö AG mit den gegenständlichen systembedingten Mehrleistungen im Wege der Direktvergabe nach Bekanntmachung bzw. Konkretisierung der Bestellung des Grundangebotes durch den Bund für das Fahrplanjahr 2016 erfolgen.

Diese Direktvergabe wird weiters Schienenverkehrsdienstleistungen im Nah- und Regionalverkehr umfassen, die durch Adaptierungen im Fernverkehrsangebot in Ostösterreich im Zuge der Vollinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind. Zusätzlich werden Mehrleistungen durch die Wiederaufnahme von Baustellen bedingt vorübergehend eingeschränkten Schienenverkehr zu erbringen sein. Schlussendlich wird es ab Dezember 2015 zu punktuellen Intervallverdichtungen und Verlängerungen von Zugriffen im Bereich der Wiener Schnellbahn Stammstrecke und deren Außenästen kommen.

Da es sich bei der beabsichtigten Auftragsvergabe um Leistungen handelt, die über das vom Bund zur Verfügung zu stellende Grundangebot hinausgehen, sind diese von den Ländern gemäß § 13 ÖPNRV-G zu bestellen und zu finanzieren. Die Länder Wien, Niederösterreich und Burgenland haben diese Aufgabe der V GmbH übertragen, die im eigenen Namen auftritt.

Lose:

Aufteilung des Auftrages in Lose: nein

(...)

II.6) Voraussichtlicher Beginn der Vergabeverfahren

13.12.2015

(...)

II.8) Zusätzliche Angaben:

Hierbei handelt es sich um eine Ankündigung gemäß Art. 7

Abs. 2 der VO 1370/2007.

(...)

VI.4) Tag der Absendung dieser Bekanntmachung:

9.12.2014"

3 1.2. Mit Schriftsatz vom 19. Dezember 2014 stellte die mitbeteiligte Partei beim Verwaltungsgericht Wien (im Folgenden: Verwaltungsgericht) einen Antrag auf Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12. Dezember 2014 sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. Letzterem gab das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 30. Dezember 2014 teilweise statt.

4 1.3. Am 21. Jänner 2015 veröffentlichte die Auftraggeberin eine "Berichtigung" der Vorinformation vom 12. Dezember 2014 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union mit auszugsweise folgendem Wortlaut:

"II.4. Kurze Beschreibung der Art und Menge oder des Wertes der Dienstleistungen:

Auftragsgegenstand sind durch ein neues Fahrplantaktmodell der Ö AG (Integrierter Taktverkehr 2016) bedingte Mehrleistungen (Schienenverkehrsdienstleistungen) in Wien, Niederösterreich und Burgenland. Da die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes (§ 7 ÖPNRV-G), mit dessen Erfüllung die Ö AG beauftragt ist, bildet, wird die Beauftragung der Ö AG mit den gegenständlichen systembedingten Mehrleistungen im Wege der Direktvergabe nach Bekanntmachung bzw. Konkretisierung der Bestellung des Grundangebotes durch den Bund für das Fahrplanjahr 2016 erfolgen. Diese Direktvergabe wird weiters Schienenverkehrsdienstleistungen im Nah- und Regionalverkehr umfassen, die durch Adaptierungen im Fernverkehrsangebot in Ostösterreich im Zuge der Vollinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind. Zusätzlich werden Mehrleistungen durch die Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Schienenverkehren zu erbringen sein. Schlussendlich wird es ab Dezember 2015 zu punktuellen Intervallverdichtungen und Verlängerungen von Zugläufen im Bereich der Wiener Schnellbahn-Stammstrecke und deren Außenäste bekommen.

Da es sich bei der beabsichtigten Auftragsvergabe um Leistungen handelt, die über das vom Bund zur Verfügung zu stellende Grundangebot hinausgehen, sind diese von den Ländern gemäß § 13 ÖPNRV-G zu bestellen und zu finanzieren. Die Länder Wien, Niederösterreich und Burgenland haben diese Aufgabe des V GmbH übertragen, die im eigenen Namen auftritt.

Aktualisierung der möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete siehe II.8. Hierbei handelt es sich um eine Berichtigung gem Art 7 Abs 2 drittletzter Satz der VO 1370/2007.

Veranschlagte Kosten ohne MwSt:

Spanne von:

bis:

Lose

Aufteilung des Auftrags in Lose: Nein

...

II.8) Zusätzliche Angaben:

Nachstehende Strecken bzw Leistungen werden (als zusätzl Leistungen iSd § 13 ÖPNRVG) von der Direktvergabe möglicherweise betroffen sein: KBS 100 Wien-Tullnerfeld-St.Pölten-Amstetten-St. Valentin: Ö AG beabsichtigt, die (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge auf der Westachse von Wien Westbf nach Wien Hbf zu verlagern. Die dadurch entstandenen Lücken (in der Relation Wien Westbf-Wien Hütteldorf-Tullnerfeld-St. Pölten) sollen geschlossen und die Relation (samt Zwischenhalte) an den Vollknoten (zur Minute 00) in St. Pölten angebunden werden (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen:

ca 400.000 Zug-km/a. Wiederaufnahme des baustellenbedingt eingeschränkten Angebots im Abschnitt Pöchlarn-Ybbs durch Verlängerung der in Pöchlarn beginnenden/endenden R-Züge ab/bis Ybbs (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca. 40.000 Zug-km/a)

KBS 110 Wien-St. Pölten: Vereinheitlichung des Haltemusters von REX und R-Zügen, dadurch halbstündlich versetzte Abfahrt in Wien Westbahnhof und Anbindung an den Knoten zur Min 00 und an den Knoten zur Min 30 in St. Pölten; Brechung des Verkehrs in St. Pölten. Neustrukturierung des S-Bahn-Angebots durch Verlängerung von Zugläufen bis Neulengbach (Fahrplanänderung)

KBS 112 St. Pölten-Tulln: Verlängerung von derzeit in Tulln Stadt beginnenden/endenden S40 ab/bis Tullnerfeld. Neue S 47 Stockerau-Absdorf-Hippersdorf-Tullnerfeld (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen ca 120.000 Zug-km/a)

KBS 113 St. Pölten-Hainfeld/Schrambach: Anbindung des Taktverkehrssystems in St. Pölten an den Knoten zur Min 00. Anbindung der Verstärkerleistungen zur HVZ in St. Pölten an den Knoten zur Min 30. Vereinheitlichung der Taktlagen

KBS 118 St. Pölten-Krems: Anbindung des Taktverkehrssystems in St. Pölten an den Knoten zur Min 00. Anbindung der verstärkerleistungen zur HVZ in St. Pölten an den Knoten zur Min 30. Durchbindung der Verstärkerzüge aus dem Kamptal. Zweistündliche Durchbindung von Zügen des Kamptals bis/ab St. Pölten, dort Anbindung an den Knoten zur Min 00.

Vereinheitlichung der Taktlagen

KBS 120 Pöchlarn-Scheibbs: Fahrplanhtechnische

Neustrukturierung. Anbindung an den REX-Knoten zur Min 30 in Pöchlarn

KBS 130 Amstetten-Kleinreifling: Zusätzl Früh- und

Abendverbindung bei Ausweitung der Streckenöffnungszeiten durch die ÖX AG (die bisher als Schienenersatzverkehr geführt werden) wenn kostenneutrale Umsetzung möglich

RBS 500 Wien-Semmering: Neustrukturierung des Frühverkehrs Richtung Wien ohne Mehrleistungen. Verlängerung von derzeit in Wien Meidling endenden, aus der Stammstrecke kommenden Zügen bis/ab Wien Liesing, während der HVZ (vorausssichtl Leistungsvolumen der zusätl Leistungen ca 50.000 Zug-km/a)

KBS 511 Wien-Wr. Neustadt: Neue Taktlage der S-Bahn mit Knotenanbindung in Wr. Neustadt. Entfall der Schülerverstärker Wr. Neustadt-Ebreichsdorf

KBS 520 Wr. Neustadt-Friedberg: Verschiebung der zeitlichen Lage einzelner REX-Verbindungen zur besseren Anbindung dieser Züge an den Fernverkehrsknoten in WR: Neustadt: Neustrukturierung des Frühverkehrs Richtung Wr. Neustadt ohne Mehrleistungen

KBS 524 Wr. Neustadt-Deutschkreuz: Zeitliche Anpassung der direkten REX Deutschkreutz-Wien in der morgendlichen HVZ ohne Mehrleistungen. Neustrukturierung des Angebots der R-Züge mit besserer Anbindung an den Knoten Wr. Neustadt zur Min 30 ohne Mehrleistungen. Neustrukturierung des Frühverkehrs Richtung Wr. Neustadt ohne Mehrleistungen

KBS 700 Wien-Staatsgrenze nächst Kittsee/Staatsgrenze nächst Nickelsdorf/Neusiedl am See: Schiebung des gesamten Taktgefüges (durch Fernverkehr bedingt). Eventuell Ausweitung der Sitzplatzkapazität bei einzelnen Zügen während der HVZ

KBS 720 Wien-Wr. Neustadt: Wiederaufnahme des baustellenbedingt eingeschränkten Angebots durch Verlängerung der in Wien Grillgasse bzw Kledering beginnenden/endenden R-Züge ab/bis Wien Hbf (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca 10.000 km/a)

KBS 730 Neusiedl am See-Wulkaprodersdorf: Schiebung des gesamten Taktgefüges. 1-2 zusätzl Zugpaare für den Schülerverkehr erforderlich Öffnung von Leerpersonenzügen für den allgemeinen Verkehr, voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen ca 30.000 km/a

KBS 800 Wien FJB-Gmünd: Neustrukturierung des Angebots durch bessere Vertaktung

KBS 810 Wien FJB-Krems: Neustrukturierung des Angebots durch bessere Vertaktung. Schiebung des gesamten Taktgefüges

KBS 820 Krems-Sigmundsherberg: Schiebung des gesamten Taktgefüges. Zweistündliche Durchbindung von Zügen der Kamptalbahn bis/ab St. Pölten, dort Anbindung an den Knoten zur Min 00. Durchbindung der HVZ-Verstärker aus dem Kamptal bis/ab St. Pölten, dort Anbindung an den Knoten zur Min 30.

KBS 900 Stammstrecke und Nebengäste: Verlängerung von derzeit in Wien Meidlung endenden, aus der Stammstrecke kommenden Zügen bis/ab Wien Liesing während der HVZ als Zusatzbestellung (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca 50.000 Zug-km/a, siehe KBS 500)

KBS 901 Wien-Staatsgrenze nächst Bernhardsthal:

Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der Ö AG

KBS 902 Wien-Laa/Th.: Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der Ö AG

KBS 903 Wien-Staatsgrenze nächst Unterretzbach:

Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der Ö AG. Angebotsverdichtung im Abschnitt Floridsdorf - Brünnerstraße durch Ziehung einer bereits im geltenden VDV Wien enthaltenen Option. Verlängerung einzelner bisher in Stockerau endender Züge am späten Abend nach Hollabrunn bzw Retz

KBS 912 Obersdorf-Gr. Schweinbarth-Gänserndorf-Marchegg:

Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der Ö AG."

5 1.4. Dagegen brachte die mitbeteiligte Partei am 23. Jänner 2015 ebenfalls einen Antrag auf Nichtigerklärung ein. Den unter einem gestellten Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wies das Verwaltungsgericht mit Beschluss vom 2. Februar 2015 wegen entschiedener Sache zurück.

6 2.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 18. Februar 2015 erklärte das Verwaltungsgericht nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung sowohl die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 als auch die "Berichtigung" der Vorinformation vom 21. Jänner 2015 für nichtig (Spruchpunkte I. und II). Unter einem verpflichtete das Verwaltungsgericht die Auftraggeberin zum Ersatz der Pauschalgebühren (Spruchpunkt III.) und erklärte die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof für nicht zulässig (Spruchpunkt IV.).

7 2.2. In seiner Begründung führte das Verwaltungsgericht zunächst aus, dass die mitbeteiligte Partei ein in Österreich zugelassenes privates Eisenbahnverkehrsunternehmen (EVU) mit Sitz in W und Standort in L sei. Sie bediene seit 11. Dezember 2011 die Strecke Wien-Salzburg-Wien im Schienenpersonenverkehr. Die ihr von der Eisenbahnsicherheitsbehörde erteilte eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung berechtige die mitbeteiligte Partei zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Schieneninfrastruktur eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens (EIU) in Österreich, in den weiteren Mitgliedstaaten der EU, in den Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweiz. Die Verkehrsgenehmigung entspreche einer Genehmigung der Richtlinie 95/18/EG. Alleiniger Gesellschafter der mitbeteiligten Partei sei die R Holding AG, an der wiederum die f Staatsbahn (über ein Tochterunternehmen) 28 % der Anteile halte. Die in der mündlichen Verhandlung vorgelegte KSV-Auskunft vom 13. Februar 2015 betreffend die mitbeteiligte

Partei laute auszugsweise wie folgt:

"Gesamtbewertung: KSV-Ratung 381

Ausfallwahrscheinlichkeit: 0,98 %

(Basel II): Geringes Risiko

Branchenvergleich: Das KSV-Rating des Unternehmens ist besser

als der Branchendurchschnitt.

Empfehlung: Aus Bonitätsgründen spricht nichts gegen eine Aufnahme einer Geschäftsbeziehung."

8 Dem Vorbringen der revisionswerbenden Partei, die Einbringung der Nachprüfungsanträge gegen die Vorinformation sei verspätet erfolgt, weil die Ankündigung der Vorinformation auf der Internetseite www.beschaffung.at bereits am 9. Dezember 2014 stattgefunden habe, hielt das Verwaltungsgericht entgegen, dass Art. 7 Abs. 2 Verordnung 1370/2007 die Veröffentlichung der angefochtenen Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Union vorsehen würden. Die Internetseite www.beschaffung.at stelle weder ein Publikationsmedium im Sinn des Sonderregimes der Verordnung 1370/2007 dar, noch fänden sich darüber hinaus entsprechende Publikationspflichten. Da keine Obliegenheit für einen potentiellen Auftragnehmer bzw. Antragsteller bestehe, sich regelmäßig auf der Internetseite www.beschaffung.at wegen allfälliger Veröffentlichungen zu erkundigen, habe die dortige Veröffentlichung der Vorinformation am 9. Dezember 2014 auch nicht die siebentägige Frist ausgelöst. Dies sei erst mit der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union am 12. Dezember 2014 erfolgt.

9 Zur Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei führte das Verwaltungsgericht aus, dass diesbezüglich ein Interesse am Vertragsabschluss bestehen und zudem der Schaden bzw. ein drohender Schaden plausibel dargelegt werden müsse. Die mitbeteiligte Partei erbringe als zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen seit dem Jahr 2011 regelmäßig Eisenbahnverkehrsleistungen auf der sogenannten "Weststrecke". Aus dem in der mündlichen Verhandlung vorgelegten Richtoffert ergebe sich, dass die mitbeteiligte Partei in der Lage sei, in mehreren Mitgliedstaaten der EU (so auch in Österreich) zugelassenes Rollmaterial umgehend anzukaufen. Mit den angebotenen vier Zugsgarnituren lasse sich ein Volumen von 1,8 Millionen Zugkilometer pro Jahr bedienen. Weiters belege das Richtoffert, dass die mitbeteiligte Partei grundsätzlich über Rollmaterial verfügen könne, das dem einfachen Genehmigungsverfahren nach § 41 Eisenbahngesetz 1957 unterliege. Selbst bei einem sechs Monate dauernden Genehmigungsverfahren für das Rollmaterial wäre die Leistungserbringung in Hinblick auf den voraussichtlichen Leistungsbeginn mit 13. Dezember 2015 jedenfalls möglich. Mit dem Richtoffert habe die mitbeteiligte Partei auch ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen. Ein solches ergebe sich zudem daraus, dass die mitbeteiligte Partei bereits im Jahr 2012 Verhandlungen mit dem Land Niederösterreich aufgenommen habe. Ebenso sei in der mündlichen Verhandlung vom 18. Februar 2015 übereinstimmend klargestellt worden, dass sich das Interesse der mitbeteiligten Partei auf die Erbringung der der Direktvergabe zu Grunde liegenden Schienenverkehrsdienstleistungen beziehe. Das Interesse am Vertragsabschluss müsse sich deshalb nicht auf den gesamten, im Wege der Direktvergabe zu vergebenden Auftrag beziehen, weil dieser im Stadium der Nachprüfung der Vorinformation noch gar nicht im Detail feststehe. Im Übrigen sei von der Auftraggeberin nicht in Abrede gestellt worden, dass die von ihr in der Vorinformation dargestellten Mehrleistungen teilbar wären. Der mitbeteiligten Partei mangle es somit weder an der technischen noch an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Ein Schaden könne daher nicht gesichert ausgeschlossen werden.

10 In Zusammenhang mit der Wahl des Vergabeverfahrens hielt das Verwaltungsgericht fest, dass es sich gegenständlich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Eisenbahnverkehr handle, der bereits nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 im Weg der Direktvergabe vergeben werden könne, sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt sei. Einem öffentlichen Auftraggeber sei grundsätzlich eine Wahlfreiheit zuzugestehen, Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr entweder in einem wettbewerblichen Verfahren oder im Wege der Direktvergabe zu vergeben. Die Zulässigkeit der Direktvergabe ohne Betragsbeschränkung werde durch den Verweis auf Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 klargestellt.

11 Im vorliegenden Fall kam das Verwaltungsgericht zum Ergebnis, dass die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 nicht den geforderten Informationsgehalt aufgewiesen habe. Ein potentieller Bieter müsse nämlich abschätzen können, ob an einem bestimmten Auftrag ein wirtschaftliches Interesse bestehe und er für dessen Erbringung grundsätzlich geeignet sei. Einem potentiellen Interessenten müsse es anhand der Informationen zwar nicht möglich sein, ein detailliertes Angebot abzugeben, aber er müsse zumindest jene Parameter in die Hand bekommen, die es ihm ermöglichen, in Grundzügen seine Ressourcen einzuschätzen, zu planen und zu kalkulieren und sich auf Basis dieser Überlegungen an den Auftraggeber zu wenden.

Die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 sei schon deshalb mangels Transparenz und der damit verbundenen Diskriminierung potentieller Bieter mit Rechtswidrigkeit belastet, weil die von der Auftraggeberin zu erbringenden

Mehrleistungen in Punkt II.4) "Kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Werts der Waren bzw. Dienstleistungen" zum Zeitpunkt der Veröffentlichung am 12. Dezember 2014 keine entsprechende Abgrenzung zu den vom Bund zu erbringenden Leistungen enthalten hätten. Die zum Zeitpunkt der Veröffentlichung fehlende Abgrenzung zwischen dem vom Bund zu erbringenden Grundangebot und den von der Auftraggeberin zu erbringenden Mehrleistungen sei dem Planungsprozess zuzuschreiben. Die erforderliche Abgrenzung sei jedenfalls möglich gewesen. Auch hätte die Auftraggeberin die Möglichkeit gehabt, anhand der Erfahrungswerte der Vorjahre, anhand des Verkehrsdienstvertrages und anhand des Wissensstandes betreffend die Eröffnung des Hauptbahnhofes zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dem Transparenzerfordernis entsprechend die "möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete" zu bezeichnen. In der Vorinformation hätte veröffentlicht werde müssen, welche Linien, in welcher Region bestellt werden sollen, sowie insbesondere auch jene Strecken oder Kurse und Regionen, die nunmehr zum bisherigen Angebot hinzukommen sollen. Das ergebe sich auch aus einer Gegenüberstellung mit dem Inhalt der nur kurze Zeit später veröffentlichten Berichtigung vom 21. Jänner 2015, die einen entsprechend hohen Detailliertheitsgrad aufweise. Die Vorinformation sei daher wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und der damit verbundenen Diskriminierung der mitbeteiligten Partei für nichtig zu erklären gewesen.

12 Die am 21. Jänner 2015 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte "Berichtigung" habe den voraussichtlichen Leistungsbeginn wiederum mit 13. Dezember 2015 festgelegt. Da die Vorinformation dem Transparenzgebot nicht entsprochen und die Berichtigung die Mindestfrist unterschritten habe, könne die mitbeteiligte Partei durch die Berichtigung - ungeachtet ihres Inhaltes - nicht "klaglos" gestellt werden. Einem potentiellen Bieter müsse nämlich nach der Veröffentlichung jedenfalls ein Jahr verbleiben, um sich an den Auftraggeber wenden zu können. Die Mindestfrist sei zwingend einzuhalten. Die Bestimmungen des BVergG 2006 hinsichtlich der Berichtigung von Ausschreibungen fänden auf das Sondervergaberechtsregime der Verordnung (EG) 1370/2007 keine Anwendung. Die Berichtigung sei daher ebenfalls für nichtig zu erklären gewesen.

13 3. Gegen dieses Erkenntnis richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, die das Verwaltungsgericht unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorgelegt hat.

14 Die mitbeteiligte Partei erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der die kostenpflichtige Abweisung der Revision beantragt wird.

II.

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

1 5 1. Die Revision bringt zu ihrer Zulässigkeit im Wesentlichen vor, das Verwaltungsgericht sei insofern von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen, als es die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei zu Unrecht bejaht habe. Das angefochtene Erkenntnis gehe zudem über die Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes hinaus, wonach eine Vorinformation im Sinn des Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 dazu diene, dass potentielle Betreiber öffentlicher Dienste auf die Bekanntgabe bzw. die Absicht des Auftraggebers, solche Aufträge zu vergeben, "reagieren können". Schließlich fehle Rechtsprechung zur Frage der Möglichkeit der Berichtigung von Vorinformationen. Das Verwaltungsgericht sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass eine Vorinformation keiner Berichtigung zugänglich sei.

16 Die Revision ist zulässig. Sie erweist sich jedoch als nicht begründet.

1 7 2.1. Die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 sowie deren "Berichtigung" vom 21. Jänner 2015 betreffen Dienstleistungen des Eisenbahnverkehrs nach Kategorie 18 des Anhanges IV zum Bundesvergabegesetz 2006 (BVergG 2006) und somit nicht prioritäre Dienstleistungen.

Für diese bestimmt § 141 BVergG 2006 in der FassungBGBl. II Nr. 292/2014 auszugsweise:

"Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge

§ 141. (1) Für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber gelten ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1 und 6, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

(2) Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund des Wertes und des

Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lauteren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 3 bis 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 50 000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes auf Grund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50vH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.

(4) (...)

(5) Als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt jede nach außen in Erscheinung tretende Feststellung des Auftraggebers.

(6) bis (8) (...)"

1 8 2.2. Die Verordnung (EG) Nr. 1370 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. Nr. L 315 vom 3.12. 2007, S. 1 (Verordnung 1370/2007) lautet in der im vorliegenden Fall maßgeblichen Stammfassung auszugsweise wie folgt:

"in Erwägung nachstehender Gründe:

(...)

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

(...)

(29) Hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sollten die zuständigen Behörden - außer bei Notmaßnahmen und Aufträgen für geringe Entfernungen - die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um mindestens ein Jahr im Voraus bekannt zu geben, dass sie solche Aufträge zu vergeben beabsichtigen, so dass potenzielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können.

(30) Bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sollte für größere Transparenz gesorgt werden.

(...)

Artikel 5

Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

(1) bis (5) (...)

(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) (...)

Artikel 7

Veröffentlichung

(1) (...)

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

a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;

b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;

c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste

und Gebiete.

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

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

(3) bis (4) (...)"

19 3.1. Die Revisionswerberin bestreitet in mehrfacher Hinsicht die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei. Die Antragslegitimation wäre zu verneinen gewesen, weil die mitbeteiligte Partei den Nachweis über das Rollmaterial lediglich in Form eines Richtofferts erbracht habe. Damit könne von der mitbeteiligten Partei aber gerade nicht nachgewiesen werden, dass im Sinn des § 76 BVergG 2006 "die für die Ausführung des Auftrages erforderlichen Mittel auch tatsächlich zur Verfügung stehen". Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (Bezug: VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203) sei nämlich der Nachweis zu erbringen, dass der Dritte die betreffenden Mittel der Verfügungsgewalt des Bieters überlassen werde. Letzteres könne durch eine bereits geschlossene Vereinbarung, einen Rahmenvertrag oder etwa durch ein Optionsrecht nachgewiesen werden.

20 Die Antragslegitimation der mitbeteiligten Partei sei auch wegen deren fehlender technischer Leistungsfähigkeit nicht gegeben. Diese müsse objektiv vorliegen. Fehle ein solche, sei auch bei Direktvergaben ein Nachprüfungsantrag mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Das Verwaltungsgericht habe lediglich festgestellt, dass die mitbeteiligte Partei über vier Garnituren verfüge und damit ein Volumen von mehr als 1,8 Millionen Zugkilometer bewerkstelligen könne. Sie sei jedoch nicht in der Lage, sämtliche vergabegegenständlichen Leistungen per 13. Dezember 2015 zu erbringen. Die mitbeteiligte Partei erfülle die technische Leistungsfähigkeit somit nur für einen Teil der vergabegegenständlichen Leistungen. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts hätte die Prüfung der technischen Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei anhand der in der berichtigten Vorinformation bekanntgegebenen Volumina erfolgen müssen.

21 Schließlich bleibe offen, aus welchen Gründen das Verwaltungsgericht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der mitbeteiligten Partei bejaht habe. Die Revisionswerberin habe in der mündlichen Verhandlung Bilanzen der mitbeteiligten Partei vorgelegt, aus denen umfangreiche Verluste ersichtlich seien. Ebenso betrage die Eigenkapitelquote der mitbeteiligten Partei lediglich 5,97 %. Das Verwaltungsgericht vermeine offenbar, dass nur bei offenkundig fehlender technischer und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit die Antragslegitimation zu verneinen sei bzw. dass die Beweislast hiefür die Revisionswerberin und die Auftraggeberin trage. Tatsächlich hätte aber das Verwaltungsgericht von Amts wegen die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin zu prüfen und entsprechende Feststellungen zu treffen.

22 3.2. Die Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren wird durch § 320 Abs. 1 BVergG 2006 dahin umschrieben, dass ein Unternehmer eine gesondert anfechtbare Entscheidung des Auftraggebers wegen Rechtswidrigkeit anfechten kann, wenn er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet und sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht (vgl. zur Antragslegitimation im Nachprüfungsverfahren Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann (Hrsg.), Bundesvergabegesetz 2006 (2012) § 320 Rz. 1).

23 Nach der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes kann die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, durch eine behauptete Rechtswidrigkeit dann nicht beeinträchtigt werden, wenn nach den unbestrittenen Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Beschwerdeführerin

die auftragsgegenständliche Leistung nicht vollständig erbringen kann (vgl. das - ein Feststellungsverfahren betreffende - Erkenntnis VwGH 26.2.2014, 2011/04/0134). Im Erkenntnis vom 26. Februar 2014, 2011/04/0168, hat der Gerichtshof die Auffassung der belangten Behörde nicht beanstandet, wonach der Beschwerdeführerin unter Zugrundelegung des vorliegenden Vertragsgegenstandes ein Schaden nicht entstehen oder drohen könnte, weil sie fallbezogen nicht in der Lage gewesen wäre, die nachgefragte Leistung in ihrer Gesamtheit zu erbringen. Im Erkenntnis vom 24. Februar 2010, 2009/04/0209, hat der Gerichtshof für die Zulässigkeit eines vergaberechtlichen Nachprüfungsantrages darauf abgestellt, dass keine Anhaltspunkte dafür vorlägen, wonach die Antragstellerin nicht in der Lage gewesen wäre, bei Ausschreibung der gegenständlichen Leistung ein für den Zuschlag in Frage kommendes Angebot zu legen.

24 Der entstandene oder drohende Schaden ist somit vor dem Hintergrund der Möglichkeit zu beurteilen, die auftragsgegenständliche Leistung erbringen zu können (vgl. VwGH 17.6.2014, 2012/04/0032, 0034). Für die Antragslegitimation kommt es darauf an, dass ein entsprechendes Interesse am Vertragsabschluss in plausibler Weise dokumentiert wurde (vgl. VwGH 16.12.2015, Ro 2014/04/0065). Auch dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist (vgl. VwGH 2011/04/0134, mwN).

25 Im bereits zitierten Erkenntnis Ro 2014/04/0065 hat der Verwaltungsgerichtshof festgehalten, dass für die Antragslegitimation betreffend die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht der Nachweis erforderlich ist, dass der Antragsteller zum - in diesen Fällen in der Vergangenheit liegenden - Zeitpunkt der Auftragserteilung über die geforderte Eignung verfügt hat. Dies wäre schon deshalb überschießend, weil bei Durchführung eines (für den Fall, dass dem Feststellungsantrag Berechtigung zukommt:

gebotenen) Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der geforderten Eignungsanforderungen (etwa im Bereich der technischen Leistungsfähigkeit hinsichtlich der zur Verfügung stehenden Geräte) erst herzustellen.

Der Verwaltungsgerichtshof nahm im Erkenntnis Ro 2014/04/0065 eine Abgrenzung zu jenen Fällen vor, in denen die Antragslegitimation verneint wurde, weil dem Angebot die grundsätzliche Eignung fehlte, für den Zuschlag in Betracht gezogen zu werden (vgl. dazu zB das von der Revisionswerberin ins Treffen geführte Erkenntnis VwGH 11.11.2009, 2009/04/0203), während in dem ihm vorliegenden Fall - mangels Teilnahmemöglichkeit - ein Angebot gar nicht vorlag und auch nicht vorliegen konnte.

26 Ähnliches ergibt sich aus den Erläuterungen zu § 320 BVergG 2006, die zur Frage der Antragslegitimation in sogenannten "vorgelagerten" Verfahren (vgl. Thienel, aaO, Rz. 24) Folgendes ausführen:

"Der im Gesetz (und somit auch im 4. Teil) verwendete Begriff ‚Vergabeverfahren' ist in einem weiten Sinn zu verstehen und umfasst auch alle nach dem vorliegenden Gesetz durchgeführten Verfahren, die vor einem auf eine konkrete Auftragsvergabe gerichteten Verfahren liegen; dazu gehören insb.: Wettbewerbe; Prüfsysteme; regelmäßige Bekanntmachungen, die als Aufforderung zum Wettbewerb dienen; Rahmenvereinbarungen. Im Falle der Anfechtung von Entscheidungen in diesen Verfahren kann naturgemäß noch kein Angebot vorliegen; für die Antragslegitimation reicht es in diesen Fällen aus, dass der betreffende Unternehmer sein Interesse durch Beteiligung am betreffenden Verfahren kundgetan hat oder - soweit das nicht möglich ist - in anderer Weise plausibel macht." (RV 1171 BlgNR 22. GP 137).

27 Auch in einem Nachprüfungsverfahren betreffend die Anfechtung einer Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 liegt noch kein Angebot des Antragstellers vor. Zudem lässt sich das vom Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis Ro 2014/04/0065 ins Treffen geführte Argument, dass bei Durchführung eines Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung die Angebotsfrist auch dafür genutzt werden kann, die Erfüllung der Eignungsanforderungen erst herzustellen, auf den vorliegenden Fall der Anfechtung einer Vorinformation übertragen. Dieser zeitliche Aspekt fällt hier noch deutlicher ins Gewicht, weil bei der Prüfung, ob ein - die Vorinformation bekämpfender - Antragsteller die Voraussetzungen des § 320 Abs. 1 BVergG 2006 erfüllt und somit die Antragslegitimation vorliegt, zu berücksichtigen ist, dass die Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder die Direktvergabe gemäß Art. 7 Abs. 2 erster Satz Verordnung (EG) 1370/2007 frühestens ein Jahr nach Veröffentlichung der Vorinformation erfolgen kann. Schließlich kommt hinzu, dass mit der Veröffentlichung der

Vorinformation der Leistungsgegenstand noch nicht abschließend festgelegt ist. Die Vorabveröffentlichung dient in erster Linie dazu, dass Verkehrsunternehmen prüfen können, ob sie am Auftrag interessiert sind und sich gegebenenfalls darum bewerben wollen (vgl. Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder/Fehling, VO (EG) 1370/2007 (2010) Art. 7 Rz. 38).

Die Frage der Antragslegitimation ist daher auch im vorliegenden Fall auf Basis einer Plausibilitätsprüfung zu klären, für die alle maßgeblichen vorgebrachten Umstände in der Person des Antragstellers, die Eigenart des Leistungsgegenstandes und die vom Auftraggeber gestellten Anforderungen berücksichtigt werden können.

28 Ausgehend davon ist es fallbezogen nicht zu beanstanden, dass das Verwaltungsgericht - unter Berücksichtigung, dass es sich bei der mitbeteiligten Partei um ein zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen handelt, das seit dem Jahr 2011 regelmäßig Eisenbahnverkehrsleistungen erbringt, sowie der aufgezeigten Möglichkeit der Beschaffung von allenfalls erforderlichem weiteren Rollmaterial - die Behauptung der mitbeteiligten Partei über ein bestehendes Interesse sowie einen (drohenden) Schaden als plausibel angesehen und die Antragslegitimation dementsprechend bejaht hat.

29 Diesem Ergebnis steht auch nicht entgegen, dass der Verwaltungsgerichtshof im Erkenntnis VwGH 2011/04/0134 die Zurückweisung von Feststellungsanträgen der hier mitbeteiligten Partei mangels Antragslegitimation für rechtmäßig erachtet hat. Im dortigen Verfahren konnte die mitbeteiligte Partei die auftragsgegenständliche Leistung - jedenfalls in zeitlicher Hinsicht - deshalb nicht vollständig erbringen, weil sie erst zu einem mehrere Monate nach Vertragsabschluss liegenden Zeitpunkt ihren Betrieb aufgenommen hat.

30 4.1. In der Revision wird weiters vorgebracht, dass die Vorinformation der Auftraggeberin vom 12. Dezember 2014 den Vorgaben des Art. 7 Abs. 2 Verordnung 1370/2007 entsprochen habe. Entgegen der Auffassung des Verwaltungsgerichts müsse die Vorinformation den Unternehmen lediglich eine Interessenbekundung ermöglichen. Sie habe keineswegs so detailliert zu sein, dass konkrete Vorschläge oder alternative Angebote unterbreitet werden können. Der Zweck des Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 bestehe auch nicht darin, eine Effizienzkontrolle zu ermöglichen. "Reagieren zu können" im Sinn des Erwägungsgrundes 29 der Verordnung (EG)1370/2007 sei so zu verstehen, dass die Bieter die Möglichkeit erhalten, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen oder den Auftraggeber umzustimmen. Hätte der Unionsgesetzgeber Dritten ermöglichen wollen, ein Initiativangebot abzugeben, dann hätte er zu diesem Zweck die Veröffentlichung wesentlich umfangreicherer und detaillierterer Informationen, insbesondere der Leistungsbeschreibung, anordnen müssen. Ebenso könnten aus dem Erwägungsgrund 30 der Verordnung (EG) 1370/2007 keine über Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 hinausgehenden ex ante Transparenzpflichten abgeleitet werden. Der Erwägungsgrund 30 beziehe sich auf Art. 7 Abs. 3 Verordnung (EG) 1370/2007, der umfassende Veröffentlichungspflichten nach erfolgter Direktvergabe vorsehe.

31 4.2. Der Verwaltungsgerichtshof hat im Erkenntnis vom 11. Dezember 2013, 2012/04/0082, mit Verweis auf die Rechtsprechung des OGH im Beschluss vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a, klargestellt, dass nach § 141 Abs. 3 und 5 BVergG 2006 in Verbindung mit der Verordnung (EG) 1370/2007 bei der (beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen nach Art. 5 Abs. 6 der genannten Verordnung nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern sämtliche im Zuge des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers anfechtbar sind. Die Wortfolge "die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt" in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 ist dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde (vgl. zum Ganzen das zitierte Erkenntnis VwGH 2012/04/0082 sowie das daran anschließende Erkenntnis VwGH 2011/04/0134).

32 Der EuGH hat in seinem Urteil vom 27. Oktober 2016 in der Rs C-292/15, Hörmann Reisen GmbH, Rn. 44 und 45) zum Zweck der Verordnung 1370/2007 festgehalten:

"Der Zweck der Verordnung besteht nämlich nach ihrem Art. 1 Abs. 1 Unterabs. 1 darin, ‚festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des (Unionsrechts) im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertiger oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte'.

Dass die Verordnung Nr. 1370/2007 ihrem Wesen nach Modalitäten für das Tätigwerden bei allgemeinen Systemen zur Vergabe öffentlicher Aufträge vorsehen soll, impliziert, dass sie im Verhältnis zu Letzteren Sonderregeln enthält."

33 Durch Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 ist bei Direktvergaben die Verpflichtung zur Veröffentlichung klar vorgegeben. Lit. c) dieser Bestimmung verlangt dabei "die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete" zu veröffentlichen. Aus dem klaren Wortlaut des Erwägungsgrundes 29 der Verordnung (EG) 1370/2007 ergibt sich ohne Zweifel, dass die Veröffentlichung dem Zweck dienen soll, dass potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes "darauf" (gemeint die Bekanntgabe bzw. die Absicht des Auftraggebers, solche Aufträge zu vergeben) reagieren können. Ausgehend von diesem Zweck der Veröffentlichung muss eine Vorinformation in einer einzelfallbezogenen Bewertung so gefasst sein, dass im Sinn des Erwägungsgrundes 29 der Verordnung (EG) 1370/2007 potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können (vgl. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0139, mwN).

34 Ausgehend davon ist im vorliegenden Fall die Auffassung des Verwaltungsgerichts nicht als rechtswidrig zu erkennen, dass die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 in einer einzelfallbezogenen Bewertung nicht als ausreichend zu betrachten sei und diese nicht den geforderten Informationsgehalt aufweise. Vor allem ist dem Argument des Verwaltungsgerichts nicht entgegen zu treten, die in der Vorinformation genannten, von der Auftraggeberin zu erbringenden Mehrleistungen (Pkt. II.4. "Kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Werts der Waren bzw. Dienstleistungen") hätten zum Zeitpunkt der Veröffentlichung am 12. Dezember 2014 keine entsprechende Abgrenzung zu den vom Bund zu erbringenden Leistungen enthalten. Dass eine solche Abgrenzung zu diesem Zeitpunkt möglich gewesen wäre und die Vorinformation Angaben über die zu bestellenden Linien sowie insbesondere die zum bisherigen Angebot hinzukommenden Leistungen hätte enthalten müssen, wird vom Verwaltungsgericht nachvollziehbar begründet.

35 Das Vorbringen der Revisionswerberin, wonach eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 nicht so detailliert sein müsse, dass von potentiellen Bietern konkrete Vorschläge oder alternative Angebote unterbreitet werden können, geht deshalb ins Leere, weil das Verwaltungsgericht seiner Entscheidung, die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 für nichtig zu erklären, nicht diesen Maßstab zugrunde gelegt hat. Es ist vielmehr davon ausgegangen, dass der potentielle Bieter durch die Vorinformation zumindest jene Parameter in die Hand bekommen muss, die es ihm ermöglichen, in Grundzügen seine Ressourcen einzuschätzen, zu planen und zu kalkulieren und sich auf Basis dieser Überlegungen an den Auftraggeber zu wenden. Bereits die Nichterfüllung dieser Vorgaben führte zur Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12. Dezember 2014.

36 5.1. Die Revisionswerberin erblickt schließlich eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses darin, dass die Berichtigung der Vorinformation vom 21. Jänner 2015 zu Unrecht für nichtig erklärt worden sei. Das Verwaltungsgericht verweise selbst auf den hohen Detailliertheitsgrad der Berichtigung. Es begründe die Nichtigerklärung ausschließlich damit, dass der Beginn der Leistungsfrist unverändert mit 13. Dezember 2015 festgelegt und somit die Mindestfrist von einem Jahr unterschritten worden sei. Diese Auffassung des Verwaltungsgerichts erweise sich deshalb als unzutreffend, weil eine Berichtigung keinen Einfluss auf die Einjahresfrist und deshalb die Vergabe wegen einer Berichtigung nicht verschoben werden müsse. Ebenso könne die Berichtigung auch nach Einleitung der Direktvergabe bzw. nach Einleitung des wettbewerblichen Verfahrens erfolgen. Dürften keine Berichtigungen der Vorinformation durchgeführt werden, würde das zum absurden Ergebnis führen, dass jede

Schienenpersonenverkehrsleistungsausschreibung, bei der eine Berichtigung erforderlich wäre, zwingend widerrufen werden müsste. Die Berichtigung der Vorinformation am 21. Jänner 2015 sei auch deshalb jedenfalls noch rechtzeitig erfolgt, weil zwischen der Vorinformation und der Berichtigung knapp fünf Wochen vergangen seien. Der Zeitraum habe auch die Weihnachtsferien umfasst, sodass erfahrungsgemäß während mindestens zwei Wochen Mitarbeiter und Geschäftspartner nur schwer erreichbar gewesen seien. Schließlich dürfe eine Entscheidung des Auftraggebers nur dann für nichtig erklärt werden, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss sei. Aus den genannten Gründen fehle ein solcher Einfluss im vorliegenden Fall.

37 5.2. Art. 7 Abs. 2 dritter Satz Verordnung (EG) 1370/2007 sieht vor, dass in Fällen, in denen sich die Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so rasch wie möglich eine Berichtigung der Vorinformation zu veröffentlichen ist. Diese Berichtigung erfolgt gemäß Art. 7 Abs. 2 vierter Satz Verordnung (EG) 1370/2007 "unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe oder des wettbewerblichen Vergabeverfahrens".

38 Daraus ist - worauf im Schrifttum (vgl. Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder/Fehling, VO (EG) 1370/2007 (2010) Art. 7 Rz. 56) und auch von der Revisionswerberin zutreffend hingewiesen wird - abzuleiten, dass die Veröffentlichung einer Berichtigung zu keiner Änderung des vorgesehenen Zeitpunkts für die Ausschreibung oder die Direktvergabe führt. Nach der Publikation der Berichtigung muss daher nicht erneut eine Jahresfrist eingehalten werden.

39 Die in Art. 7 Abs. 2 vierter Satz Verordnung (EG) 1370/2007 angeordnete Rechtsfolge setzt allerdings voraus, dass eine Art. 7 Abs. 2 erster Satz Verordnung (EG) 1370/2007 entsprechende Veröffentlichung einer Vorinformation stattgefunden hat. Nur eine solche löst den Lauf der Einjahresfrist aus und führt dazu, dass sich eine spätere Berichtigung nicht auf den vorgesehenen Zeitpunkt für die Ausschreibung oder die Direktvergabe auswirkt.

40 Im vorliegenden Fall wies die Vorinformation vom 12. Dezember 2014 nicht den Informationsgehalt auf, den Art. 7 Abs. 2 erster Satz Verordnung (EG) 1370/2007 verlangt (siehe Rn. 35), weshalb ihre Veröffentlichung auch nicht die Einjahresfrist auslöste. Folglich findet die in Art. 7 Abs. 2 vierter Satz Verordnung (EG) 1370/2007 angeordnete Rechtsfolge, wonach die Veröffentlichung einer Berichtigung zu keiner Änderung des vorgesehenen Zeitpunkts für die Direktvergabe führt, auf die am 21. Jänner 2015 veröffentlichte "Berichtigung" keine Anwendung. Diese "Berichtigung" könnte daher ihrerseits eine Vorinformation darstellen. Da in dieser der Leistungsbeginn aber unverändert mit 13. Dezember 2015 festgelegt wurde, hat das Verwaltungsgericht die "Berichtigung" vom 21. Jänner 2015 zu Recht für nichtig erklärt.

41 6. Die Revision war somit gemäß § 42 Abs. 1 VwGG abzuweisen.

42 Der Ausspruch über den Aufwandersatz stützt sich auf die §§ 47 ff VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014.

Wien, am 1. Oktober 2018

Schlagworte

Gemeinschaftsrecht Verordnung EURallg5

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2018:RA2015040060.L00

Im RIS seit

31.10.2018

Zuletzt aktualisiert am

07.01.2019

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

© 2025 JUSLINE

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

www.jusline.at