

TE Vwgh Beschluss 2021/1/18 Ra 2019/04/0082

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.01.2021

Index

E3R E07201000

E3R E07202000

E6j

97 Öffentliches Auftragswesen

Norm

BVergG 2006 §141 Abs3

BVergG 2006 §25 Abs10

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art2 lith

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art5 Abs6

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art7 Abs2

62018CJ0515 Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato VORAB

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Handstanger sowie die Hofräte Dr. Mayr und Mag. Brandl als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag.a Sowa-Janovsky, über die Revision der W GmbH in W, vertreten durch die B&S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen das Erkenntnis (Zl. W187 2163307-1/66E, W187 2163307-2/71E und W187 2163307-3/66E) sowie den Beschluss (Zl. W187 2163307-4/3E, W187 2163307-5/3E und W187 2163307-6/3E) des Bundesverwaltungsgerichtes jeweils vom 13. Mai 2019, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Partei: 1. Sgesellschaft mbH in W, vertreten durch die Finanzprokurator in 1010 Wien, Singerstraße 17-19; 2. Ö AG in W, vertreten durch die Schramm Öhler Rechtsanwälte GmbH in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), den Beschluss gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung

1. Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2017 beantragte die Revisionswerberin die Nichtigerklärung einer näher bezeichneten Entscheidung der erstmitbeteiligten Partei (Auftraggeberin) vom 27. Juni 2017 betreffend die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen im Bundesland Kärnten, und zwar sowohl hinsichtlich der damit erfolgten Wahl der Direktvergabe als auch hinsichtlich der damit erfolgten Wahl der Zuschlagsempfängerin (zweitmitbeteiligte Partei). In eventu wurde die Feststellung beantragt, dass das Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei.

2 Mit zwei weiteren Schriftsätzen vom 4. Juli 2017 brachte die Revisionswerberin jeweils gleichartige Nachprüfungs- und Feststellungsanträge gegen die am 30. Juni 2017 - zum einen auf der Homepage des BMVIT und zum anderen im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union - erfolgte Bekanntmachung der Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße ein. Die Vorinformation betraf die gleichen Verkehrsdienstleistungen wie die Entscheidung vom 27. Juni 2017.

3 Am 7. Dezember 2018 erfolgte die Zuschlagserteilung durch die erstmitbeteiligte Partei an die zweitmitbeteiligte Partei betreffend diese Verkehrsdienstleistungen.

4 2. Mit Schriftsatz vom 21. Jänner 2019 beantragte die Revisionswerberin hinsichtlich dieser Verkehrsdienstleistungen (in Fortsetzung der Nachprüfungsverfahren als Feststellungsverfahren), festzustellen,

a) dass die Erteilung des Zuschlags durch die Auftraggeberin an die zweitmitbeteiligte Partei am 7. Dezember 2018 nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei, in eventu

b) dass die Erteilung des Zuschlags durch die Auftraggeberin an die zweitmitbeteiligte Partei am 7. Dezember 2018 nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei und

c) dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 rechtswidrig gewesen sei.

5 Die Revisionswerberin erachtete sich - auf das Wesentlichste zusammengefasst - in ihrem Recht auf Teilnahme an einem transparenten und wettbewerblichen Vergabeverfahren verletzt. Zudem würden im abgeschlossenen Vertrag Mehr- und Minderleistungen im Ausmaß von bis zu 15 % des Auftragswertes ermöglicht und damit die unionsrechtlich zulässigen Grenzen von nicht wesentlichen Vertragsänderungen überschritten.

6 3. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 13. Mai 2019 wies das Bundesverwaltungsgericht (BVwG) nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung den unter a) gestellten Antrag der Revisionswerberin auf Feststellung, dass die Erteilung des Zuschlags durch die Auftraggeberin an die zweitmitbeteiligte Partei am 7. Dezember 2018 nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei, zurück (Spruchpunkt I.A)). Die unter b) und c) gestellten Anträge auf Feststellung, dass die Erteilung des Zuschlags durch die Auftraggeberin an die zweitmitbeteiligte Partei am 7. Dezember 2018 nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt worden sei, bzw. dass die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw. 272 BVergG 2006 rechtswidrig gewesen sei, wurden abgewiesen (Spruchpunkte II.A)1) und II.A)2)). Mit dem ebenfalls angefochtenen Beschluss vom 13. Mai 2019 wies das BVwG den Antrag der Revisionswerberin auf Ersatz der Pauschalgebühren ab. Die ordentliche Revision wurde hinsichtlich sämtlicher Entscheidungen gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für unzulässig erklärt.

7 Das BVwG gab die wesentlichen Inhalte der Vorinformation vom 30. Juni 2017 wieder: Darin war angegeben, dass eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 an die zweitmitbeteiligte Partei beabsichtigt sei; als geplanter Leistungsbeginn sei der 9. Dezember 2018 angeführt worden. In der Vorinformation sei auf angeschlossene Musterfahrpläne sowie näher beschriebene (vorzunehmende) Anpassungen ab der (Teil)Inbetriebnahme der Koralmbahn verwiesen worden. Des Weiteren sei festgelegt worden, dass Leistungsanpassungen in Form von Mehrleistungen oder Reduktionen von Zugkilometern insgesamt nicht mehr als 15 % des Auftragswertes des Gesamtangebotes während der gesamten Vertragslaufzeit betragen dürften; kosten- und kilometerneutrale Umschichtungen seien jederzeit zulässig. Schließlich sei dargelegt worden, dass die Wahl einer Direktvergabe an die zweitmitbeteiligte Partei am besten den Anforderungen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit entspreche. In dem am 7. Dezember 2018 unterzeichneten Verkehrsdienstvertrag (VDV) seien die Leistungsanpassungen mit plus minus 15 % der beauftragten Fahrplankilometer begrenzt worden. Die Leistungsbeschreibung habe zwischen den vor und nach Eröffnung der Koralmbahn zu erbringenden Leistungen unterschieden.

8 Im Hinblick auf die Bekanntmachung der Vorinformation am 30. Juni 2017 sowie die jeweiligen Übergangsbestimmungen sei - so das BVwG - das Vergabeverfahren (bzw. die Wahl des Vergabeverfahrens) nach der Stamfassung der Verordnung (EG) 1370/2007 - somit in der Fassung vor der Änderung durch die Verordnung (EU)

2016/2338 - bzw. nach dem BVergG 2006 zu beurteilen. Da das Vergabekontrollverfahren zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des BVergG 2018 bereits als Nachprüfungsverfahren beim BVwG anhängig gewesen sei, sei auch das Feststellungsverfahren nach dem BVergG 2006 zu führen.

9 3.1. Zu der unter Spruchpunkt I.A) erfolgten Zurückweisung des dort wiedergegebenen Feststellungsantrages verwies das BVwG auf die abschließende Regelung der Feststellungskompetenzen in § 312 Abs. 3 bis 5 BVergG 2006. Die beantragte Feststellung, dass die Zuschlagserteilung nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei, sehe das BVergG 2006 nicht vor. Der unter a) gestellte Feststellungsantrag sei daher unzulässig.

1 0 3.2. Zu den unter b) und c) gestellten Feststellungsanträgen (Spruchpunkt II.A)) hielt das BVwG fest, dass die Zulässigkeit der Vorgehensweise der Auftraggeberin ausschließlich auf der Grundlage des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 zu beurteilen sei. Die in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 verlangten Inhalte (Namen und Anschrift der zuständigen Behörde, Art des geplanten Vergabeverfahrens sowie die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete) seien in der Vorinformation vom 30. Juni 2017 enthalten. Auf Grund der angeschlossenen Musterfahrpläne ergebe sich ein klares Bild, welche Verkehrsdienstleistungen zu erbringen sein würden.

11 Die Vorinformation diene primär dazu, Verkehrsunternehmen die Prüfung zu ermöglichen, ob ein Interesse am geplanten Auftrag bestehe; der Leistungsgegenstand werde mit der Vorinformation aber nicht abschließend bis ins letzte Detail festgelegt. Die Vorinformation müsse nicht jenen Grad an Detailliertheit aufweisen wie eine Ausschreibung. Ein Interessent könnte etwa auch andere Fahrpläne und andere Zugkilometerleistungen vorschlagen, ohne dass deshalb eine neue Vorinformation notwendig wäre. Angaben, die über die in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 genannten Informationen hinausgingen, seien nicht im gleichen Maß verbindlich wie die Festlegungen in einer Ausschreibung.

12 Eine Verpflichtung der Auftraggeberin, die Revisionswerberin in das Vergabeverfahren einzubeziehen, bestehe nicht, zumal im Bereich des Eisenbahnverkehrs der Wettbewerb für Dienstleistungen nicht geöffnet sei. Da der Auftraggeber einen Auftrag bei der Direktvergabe ohne wettbewerbliches Verfahren vergeben könne, sei er nicht verpflichtet, ein derartiges wettbewerbliches Verfahren zu führen, und ein Unternehmer habe auch kein Recht auf Teilnahme an einer Direktvergabe. Schließlich sei die Auftraggeberin auch nicht verpflichtet gewesen, eine Zuschlagsentscheidung mitzuteilen, weil nur ein Bieter im Vergabeverfahren verblieben sei. Da die im VDV vorgesehenen Abweichungen von plus minus 15 % bereits in der Vorinformation enthalten gewesen seien, liege insoweit auch keine wesentliche Änderung vor.

13 4. Parallel zur Erhebung einer Beschwerde gemäß Art. 144 B-VG, deren Behandlung vom Verfassungsgerichtshof mit Beschluss vom 25. Februar 2020, E 2360/2019, abgelehnt wurde, erhob die Revisionswerberin gegen dieses Erkenntnis sowie den genannten Beschluss die vorliegende außerordentliche Revision.

1 4 5. Nach Art. 133 Abs. 4 B-VG ist gegen ein Erkenntnis des Verwaltungsgerichtes die Revision zulässig, wenn sie von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt, insbesondere weil das Erkenntnis von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abweicht, eine solche Rechtsprechung fehlt oder die zu lösende Rechtsfrage in der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes nicht einheitlich beantwortet wird. Auf Beschlüsse der Verwaltungsgerichte ist Art. 133 Abs. 4 B-VG sinngemäß anzuwenden (Art. 133 Abs. 9 B-VG).

15 Nach § 34 Abs. 1 VwGG sind Revisionen, die sich wegen Nichtvorliegen der Voraussetzungen des Art. 133 Abs. 4 B-VG nicht zur Behandlung eignen, ohne weiteres Verfahren in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss zurückzuweisen.

16 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG vom Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen.

1 7 6.1. Die Revisionswerberin moniert in ihrem Zulässigkeitsvorbringen, es seien während der Vertragslaufzeit umfangreiche Vertragsänderungen (im Ausmaß von plus minus 15 % des Gesamtauftragswertes) möglich. Ein Vorbehalt derart weitreichender Änderungen sei unzulässig. Eine Einordnung als wesentliche Vertragsänderung würde die vorherige Einbeziehung in den Wettbewerb erfordern, was bei einer Direktvergabe nicht der Fall sei. Auch die

vorgesehene Änderung des Fahrplansystems mit Inbetriebnahme der Koralmbahn sei unzulässig. Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu diesen Fragen fehle. Der Vorbehalt derart weitreichender Änderungen gleiche einer gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 rechtswidrigen Bekanntgabe des Auftragsgegenstandes.

18 Nach den insoweit unbestritten gebliebenen Feststellungen des BVwG entsprachen die Anpassungsbestimmungen im VDV (plus minus 15 % des Auftragswertes) derjenigen in der Vorinformation. Ein Abweichen des VDV von der Vorinformation liegt insoweit somit nicht vor. Dass die entsprechende Bestimmung in der Vorinformation der Vorgabe des Art. 7 Abs. 2 Buchst. c der Verordnung (EG) 1370/2007 (Veröffentlichung der „von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“) widerspreche, vermag die Revisionswerberin nicht aufzuzeigen. Ebenso wenig ist ersichtlich, dass durch diese Bestimmung der Zweck der Vorinformation (Verkehrsunternehmer in die Lage zu versetzen, darauf zu reagieren bzw. ihr Interesse am Auftrag zu prüfen; vgl. dazu VwGH 1.10.2018, Ra 2015/04/0060, Rn. 27, 33) vereitelt worden wäre. Gleiches gilt für die vorgesehene Änderung infolge der Inbetriebnahme der Koralmbahn, zumal die diesbezüglichen Anpassungen laut den Feststellungen im angefochtenen Erkenntnis in der Vorinformation beschrieben worden seien. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass der Leistungsgegenstand mit der Veröffentlichung der Vorinformation noch nicht abschließend festgelegt wird (vgl. erneut VwGH Ra 2015/04/0060, Rn. 27). Auch der EuGH hat in seinem Urteil vom 24. Oktober 2019 in der Rs. C-515/18, Autorita Garante, zur Frage der Detailliertheit der im Zusammenhang mit einer beabsichtigten Direktvergabe zu veröffentlichenden Informationen festgehalten, dass sich anhand der in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 aufgezählten Informationen kein Angebot vorbereiten lasse, das Gegenstand einer vergleichenden Bewertung sein könne, und Auftraggeber, die beabsichtigten, einen Auftrag für öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene direkt zu vergeben, nicht verpflichtet seien, alle erforderlichen Informationen zu veröffentlichen, damit möglicherweise interessierte Wirtschaftsteilnehmer ein hinreichend detailliertes Angebot erstellen könnten (Rn. 25 und 37).

1 9 6.2. Die Revisionswerberin bringt weiters vor, das BVwG habe zu Unrecht die Anwendbarkeit der Vergabegrundsätze verneint. Zur Frage, ob bei einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 das Diskriminierungsverbot und der Transparenzgrundsatz anzuwenden seien, gebe es lediglich einen Beschluss des Verwaltungsgerichtshofes (Verweis auf VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0104). Der EuGH habe in seinem Urteil vom 20. September 2018 in der Rs. C-518/17, Rudigier, ausgesprochen, dass auch bei einer der Verordnung (EG) 1370/2007 unterliegenden Vergabe die Grundsätze der Effektivität und der Äquivalenz zu beachten seien. Hätte das BVwG die Anwendbarkeit der Vergabegrundsätze bejaht, wäre den Feststellungsanträgen der Revisionswerberin stattzugeben gewesen. Dass der Revisionswerberin keine Möglichkeit gegeben worden sei, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, widerspreche den Vergabegrundsätzen.

20 In Ermangelung einer Untersagung auf nationaler Ebene (vgl. dazu § 141 Abs. 3 BVergG 2006 sowie die Ausführungen im hg. Erkenntnis VwGH 26.2.2014, 2011/04/0134, mwN) können öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr mit einer Höchstlaufzeit von zehn Jahren gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 direkt vergeben werden. Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe sind gegenständlich erfüllt.

21 Art. 2 Buchst. h der Verordnung (EG) 1370/2007 definiert die Direktvergabe als Vergabe eines Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne vorherige Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Unter Bezugnahme auf diese Definition hat der EuGH im Urteil in der Rs. C-515/18 festgehalten, dass die Direktvergabe jedes vorherige wettbewerbliche Vergabeverfahren ausschließe, und zum Ausdruck gebracht, dass die in der Verordnung (EG) 1370/2007 vorgesehenen erheblichen Unterschiede zwischen der Direktvergabe und dem wettbewerblichen Vergabeverfahren nicht missachtet werden dürfen (Rn. 28 ff). Des Weiteren hat der EuGH im zitierten Urteil eine Verpflichtung des Auftraggebers verneint, eine vergleichende Bewertung aller möglicherweise eingegangenen Angebote vorzunehmen (Rn. 37). Auch nach der Definition des (damals noch maßgeblichen) § 25 Abs. 10 BVergG 2006 wird bei der Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmern, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen.

22 Ausgehend davon kann aber bei einer Direktvergabe kein Anspruch auf Teilnahme eines Unternehmers bestehen, zumal ansonsten die vom EuGH betonten Unterschiede zwischen der Direktvergabe und dem wettbewerblichen Vergabeverfahren missachtet würden. Somit vermag die Revisionswerberin mit ihrem Vorbringen aber nicht aufzuzeigen, inwieweit durch die vorliegend nicht ermöglichte Teilnahme an einem wettbewerblichen

Vergabeverfahren die Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung verletzt worden wären (vgl. zu einer ähnlich gelagerten Konstellation bereits VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0104, Rn. 17). Das Vorbringen ist daher schon aus diesem Grund nicht geeignet, eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung aufzuzeigen. Aus den Ausführungen des EuGH in dem von der Revisionswerberin ins Treffen geführten Urteil in der Rs. C-518/17 zu den im Vergaberechtsschutz von den Mitgliedstaaten zu beachtenden Grundsätzen der Äquivalenz und der Effektivität lässt sich für die hier gegenständliche Frage nichts ableiten.

2 3 6.3. Schließlich rügt die Revisionswerberin noch, das BVwG habe sich nicht mit ihrem - mit Urkunden belegten - Vorbringen, zu dessen Untermauerung weitere Beweise wie die Einvernahme konkret benannter Zeugen und die Einholung von Sachverständigengutachten beantragt worden sei, auseinandergesetzt und keine entsprechenden Beweise aufgenommen. Damit habe das BVwG auch seine Pflicht zur amtswegigen Ermittlung des Sachverhaltes missachtet.

24 Die Revisionswerberin zeigt mit diesem Vorbringen allerdings nicht, wie nach ständiger Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes für die hinreichende Darlegung von Verfahrensmängeln vorausgesetzt, die Relevanz des geltend gemachten Verfahrensmangels auf (vgl. etwa VwGH 2.4.2020, Ra 2020/04/0014, Rn. 8; weiters zum Erfordernis einer Relevanzdarstellung VwGH 22.3.2019, Ra 2017/04/0104, Rn. 17, jeweils mwN).

2 5 6.4. Im Hinblick auf die dargelegten Erwägungen und insbesondere die Ausführungen des EuGH im zitierten Urteil in der Rs. C-515/18 sieht sich der Verwaltungsgerichtshof nicht veranlasst, ein von der Revisionswerberin angeregtes Vorabentscheidungsersuchen betreffend mehrere näher dargestellte Fragen an den EuGH zu richten.

2 6 7. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme.

27 Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

28 Von der Durchführung der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.

Wien, am 18. Jänner 2021

Gerichtsentscheidung

EuGH 62018CJ0515 Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato VORAB

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:VWGH:2021:RA2019040082.L00

Im RIS seit

19.04.2021

Zuletzt aktualisiert am

20.04.2021

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at