

TE Bvwg Beschluss 2016/11/3 W134 2116832-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 03.11.2016

Entscheidungsdatum

03.11.2016

Norm

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §2 Z50

BVergG 2006 §291

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

B-VG Art.133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

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 § 2 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 2 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 2 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 2 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 § 318 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 318 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 318 gültig von 20.11.2007 bis 31.12.2007 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 84/2007
 6. BVergG 2006 § 318 gültig von 01.02.2006 bis 19.11.2007
1. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 319 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. B-VG Art. 133 heute
 2. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2019 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 138/2017
 3. B-VG Art. 133 gültig ab 01.01.2019 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 4. B-VG Art. 133 gültig von 25.05.2018 bis 31.12.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 22/2018
 5. B-VG Art. 133 gültig von 01.08.2014 bis 24.05.2018 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 164/2013
 6. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2014 bis 31.07.2014 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 51/2012
 7. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.2004 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 100/2003
 8. B-VG Art. 133 gültig von 01.01.1975 bis 31.12.2003 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 444/1974
 9. B-VG Art. 133 gültig von 25.12.1946 bis 31.12.1974 zuletzt geändert durch BGBl. Nr. 211/1946
 10. B-VG Art. 133 gültig von 19.12.1945 bis 24.12.1946 zuletzt geändert durch StGBI. Nr. 4/1945
 11. B-VG Art. 133 gültig von 03.01.1930 bis 30.06.1934
1. 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

W134 2114723-2/69E

Beschluss

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Theodor Thanner als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Verfahren auf Grundlage des Art 5 Abs 7 VO (EG) Nr. 1370/2007 wegen Unzulässigkeit einer nachträglichen Vertragsänderung, Unzulässigkeit einer Notvergabe, Unzulässigkeit einer Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für den Fahrplan 2015/2016 durch den Auftraggeber SCHIGDas Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Theodor Thanner als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Feststellungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Verfahren auf Grundlage des Artikel 5, Absatz 7, VO (EG) Nr. 1370 aus 2007, wegen Unzulässigkeit einer nachträglichen Vertragsänderung, Unzulässigkeit einer Notvergabe, Unzulässigkeit einer Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für den Fahrplan 2015 aus 2016, durch den Auftraggeber SCHIG

(Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH) im Auftrag des BMVIT (Bund)", der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die XXXX, aufgrund der Anträge der XXXX, vertreten durch XXXX, vom 22.09.2015 und vom 06.11.2015, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 18.10.2016 wie folgt beschlossen:(Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH) im Auftrag des BMVIT (Bund)", der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die römisch 40 , aufgrund der Anträge der römisch 40 , vertreten durch römisch 40 , vom 22.09.2015 und vom 06.11.2015, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 18.10.2016 wie folgt beschlossen:

A)

I. Die beiden gleichlautenden Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde" werden gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch eins. Die beiden gleichlautenden Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde" werden gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

II. Die beiden gleichlautenden Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung feststellen, 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 jedenfalls den Vertrag mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die XXXX vergeben hat für nichtig zu erklären," werden gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch zwei. Die beiden gleichlautenden Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung feststellen, 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 jedenfalls den Vertrag mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die römisch 40 vergeben hat für nichtig zu erklären," werden gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

III. Die beiden gleichlautenden Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge "jedenfalls der AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen" werden gemäß § 319 BVergG abgewiesen.römisch drei. Die beiden gleichlautenden Anträge, das Bundesverwaltungsgericht möge "jedenfalls der AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen" werden gemäß Paragraph 319, BVergG abgewiesen.

IV. Sämtliche weiteren im Verfahren gestellten Anträge werden gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesenrömisch vier. Sämtliche weiteren im Verfahren gestellten Anträge werden gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 abgewiesen.

B)

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

Text

BEGRÜNDUNG:

I. Verfahrensgang: römisch eins. Verfahrensgang:

Mit Schreiben vom 22.09.2015, beim BVwG eingelangt am 23.09.2015, stellte die Antragstellerin diverse Nachprüfungsanträge und die im Spruch genannten Anträge, sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Begründend wurde von der Antragstellerin im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Antragstellerin sei ein in Österreich zugelassenes, privates Eisenbahnverkehrsunternehmen (idF: "EVU") mit Sitz in Wien und Standort in Linz. Sie bediene seit 11.12.2011 die Strecke Wien - Salzburg - Wien im Schienenpersonenverkehr. Die vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie (idF: "bmvit") als Eisenbahnsicherheitsbehörde vom 29.05.2009 erteilte eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung berechtige die Antragstellerin zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Schieneninfrastruktur eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens (idF: "EIU") in Österreich, in den weiteren Mitgliedsstaaten der Europäischen Union (idF: "EU"), in den Vertragsparteien des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweizer Eidgenossenschaft. Die Verkehrsgenehmigung entspreche einer Genehmigung der Richtlinie 95/18/EG. Die Antragstellerin sei somit jedenfalls berechtigt und auch fähig, im gesamten Bundesgebiet Eisenbahnverkehrsleistungen zu erbringen. Die Antragstellerin sei ein in Österreich zugelassenes, privates Eisenbahnverkehrsunternehmen in der Fassung, "EVU") mit Sitz in Wien und Standort in Linz. Sie bediene seit 11.12.2011 die Strecke Wien - Salzburg - Wien im Schienenpersonenverkehr. Die vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie in der Fassung, "bmvit") als Eisenbahnsicherheitsbehörde vom 29.05.2009 erteilte eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung berechtige die Antragstellerin zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Schieneninfrastruktur eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens in der Fassung, "EIU") in Österreich, in den weiteren Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in der Fassung, "EU"), in den Vertragsparteien des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweizer Eidgenossenschaft. Die Verkehrsgenehmigung entspreche einer Genehmigung der Richtlinie 95/18/EG. Die Antragstellerin sei somit jedenfalls berechtigt und auch fähig, im gesamten Bundesgebiet Eisenbahnverkehrsleistungen zu erbringen.

Die Antragstellerin wende sich gegen die von der Auftraggeberin SCHIG mbH (idF: "SCHIG" oder "Auftraggeberin" oder "AG") offenbar geplante oder bereits durchgeführte Neuvergabe von öffentlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen an die XXXX (idF: "XXXX" oder "mitbeteiligte Partei") für das Fahrplanjahr 2015/2016. Inhaltlich handle es sich dabei um eine unzulässige nachträgliche Änderung eines öffentlichen Auftrages oder eine unzulässige Notvergabe oder ein unzulässige Direktvergabe zu Gunsten der Auftragnehmerin XXXX. Die Antragstellerin wende sich mit ihren Anträgen sowohl gegen die Wahl des Vergabeverfahrens (bzw. die Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren) als auch gegen die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers XXXX. Die Antragstellerin wende sich gegen die von der Auftraggeberin SCHIG mbH in der Fassung, "SCHIG" oder "Auftraggeberin" oder "AG") offenbar geplante oder bereits durchgeführte Neuvergabe von öffentlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen an die römisch 40 in der Fassung, "XXXX" oder "mitbeteiligte Partei") für das Fahrplanjahr 2015 aus 2016. Inhaltlich handle es sich dabei um eine unzulässige nachträgliche Änderung eines öffentlichen Auftrages oder eine unzulässige Notvergabe oder ein unzulässige Direktvergabe zu Gunsten der Auftragnehmerin römisch 40. Die Antragstellerin wende sich mit ihren Anträgen sowohl gegen die Wahl des Vergabeverfahrens (bzw. die Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren) als auch gegen die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers römisch 40.

Der Antragstellerin werde vom AG bislang jede weitergehende Information zu dieser Vergabe verweigert, weshalb nicht einmal klar sei, welche konkreten Schienenverkehrsleistungen für welchen Leistungszeitraum vergeben werden sollten bzw. schon vergeben worden seien. Ebenso unklar bleibe die rechtliche Grundlage auf die diese Vergabe gestützt werden solle bzw. gestützt worden sei.

Aus dem Schriftverkehr der XXXX mit BMVIT/SCHIG sei erkennbar, dass Anfragen und Auskunftersuchen der XXXX generell ausweichend, nur vage oder gar nicht inhaltlich beantwortet würden. Abgesehen von den gesetzlichen Auskunftspflichten der öffentlichen Verwaltung müsse jeder Auftraggeber sein Verhalten im Sinne der gesetzlichen Ziele Transparenz, Nichtdiskriminierung und bestem Kundennutzen ausrichten. Weder von der AG SCHIG/BMVIT noch der XXXX erfolge dies in ausreichender Weise. Aus dem Schriftverkehr der römisch 40 mit BMVIT/SCHIG sei erkennbar, dass Anfragen und Auskunftersuchen der römisch 40 generell ausweichend, nur vage oder gar nicht inhaltlich beantwortet würden. Abgesehen von den gesetzlichen Auskunftspflichten der öffentlichen Verwaltung müsse jeder Auftraggeber sein Verhalten im Sinne der gesetzlichen Ziele Transparenz, Nichtdiskriminierung und bestem Kundennutzen ausrichten. Weder von der AG SCHIG/BMVIT noch der römisch 40 erfolge dies in ausreichender Weise.

In der jüngsten "Antwort" der Auftraggeberin XXXX vom 15.9.2015 sei erstmals zum Thema der Vergabe für Fahrplan 2015/16 bestätigt worden, dass Leistungen der XXXX umgeschichtet werden" (Seite 1, Punkt "Ad Frage 1"). Im gleichen Schreiben nur wenige Zeilen weiter sei die Rede von "vorgenommenen Umschichtungen", wodurch der AG XXXX offen eingestehe, dass er diese "Umschichtungen" bereits durchgeführt habe. In der jüngsten "Antwort" der Auftraggeberin römisch 40 vom 15.9.2015 sei erstmals zum Thema der Vergabe für Fahrplan 2015/16 bestätigt worden, dass Leistungen der römisch 40 umgeschichtet werden" (Seite 1, Punkt "Ad Frage 1"). Im gleichen Schreiben nur wenige Zeilen weiter sei die Rede von "vorgenommenen Umschichtungen", wodurch der AG römisch 40 offen eingestehe, dass er diese "Umschichtungen" bereits durchgeführt habe.

Im Schreiben des AG XXXX vom 15.9.2015 an die XXXX komme erstmals die iSd Gesetzes "gesondert anfechtbare Entscheidung" des Auftraggebers SCHIG zum Ausdruck, die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren freihändig vergeben zu wollen. Nur so könne erklärt werden, wieso eine Vorankündigung iSd PSO-VO unterlassen worden sei und trotz Nachfragen der XXXX jede Auskunft von der AG SCHIG verweigert worden sei. Im Schreiben des AG römisch 40 vom 15.9.2015 an die römisch 40 komme erstmals die iSd Gesetzes "gesondert anfechtbare Entscheidung" des Auftraggebers SCHIG zum Ausdruck, die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren freihändig vergeben zu wollen. Nur so könne erklärt werden, wieso eine Vorankündigung iSd PSO-VO unterlassen worden sei und trotz Nachfragen der römisch 40 jede Auskunft von der AG SCHIG verweigert worden sei.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Vertragsabschluss, es drohe ihr ein Schaden und ihre Rechte würden verletzt.

Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 25.09.2015 gab diese bekannt, dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin iSd § 141 Abs 5 BVergG 2006 handeln könne, da seitens der Antragsgegnerin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung publiziert worden sei und zurzeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt werde, im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können. Auch der Feststellungsantrag gehe zur Gänze ins Leere, da der zwischen der Antragsgegnerin und der XXXX abgeschlossene Verkehrsdienstevertrag vom 03.02.2011 auch in den vergangenen 6 Monaten nicht geändert worden sei bzw. auch sonst keine Vergabeakte im Hinblick auf diesen seitens der Antragsgegnerin durchgeführt worden seien. Mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 25.09.2015 gab diese bekannt, dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin iSd Paragraph 141, Absatz 5, BVergG 2006 handeln könne, da seitens der Antragsgegnerin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung publiziert worden sei und zurzeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt werde, im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können. Auch der Feststellungsantrag gehe zur Gänze ins Leere, da der zwischen der Antragsgegnerin und der römisch 40 abgeschlossene Verkehrsdienstevertrag vom 03.02.2011 auch in den vergangenen 6 Monaten nicht geändert worden sei bzw. auch sonst keine Vergabeakte im Hinblick auf diesen seitens der Antragsgegnerin durchgeführt worden seien.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 02.10.2015, W134 2114723-1/2E, wurde der Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung abgewiesen.

Mit Schreiben vom 05.10.2015 hat die mitbeteiligte Partei XXXX begründete Einwendungen erhoben. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass keine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegen und der Antragstellerin die technische

Leistungsfähigkeit fehlen würde. Mit Schreiben vom 05.10.2015 hat die mitbeteiligte Partei römisch 40 begründete Einwendungen erhoben. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass keine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegen und der Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit fehlen würde.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 14.10.2015 hat diese im Wesentlichen vorgebracht, dass im Fahrplan 2016 vorgesehen sei, dass die Struktur des Angebotes, der Leistungsumfang, die Abgeltung, der Zuglauf, die zeitliche Lage der Züge und auch die Zugbildung (verwendetes Material) wesentlich verändert worden seien. Insgesamt werde damit dem Umfang und der Qualität nach massiv in den bestehenden Fahrplan eingegriffen. Die Auswirkungen auf andere Marktteilnehmer wie die Antragstellerin seien von einer Tragweite, die nur mit einer völligen Neuvergabe ohne jegliches Vergabeverfahren vergleichbar sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 27.10.2015 und vom 29.10.2015 hat diese im Wesentlichen ausgeführt, dass der übliche Ablauf der jährlichen Fahrplanänderungen so ablaufe, dass im Herbst (September bzw. Oktober) ein erster Entwurf der Anlagen 3a bzw. 3c (Zugverzeichnisse) des Verkehrsdienstvertrages des Bundes für das folgende Fahrplanjahr erstellt werde. Aufgrund dieses Entwurfes der Anlagen 3a und 3c des VDV SCHIG mbH erfolge eine weitere Prüfung durch die Auftraggeberin, wobei Änderungen gegenüber der bestehenden beauftragten Zugverzeichnisse von der Auftraggeberin nach bestimmten Kriterien geprüft und beurteilt würden. Festgehalten werde, dass sämtliche bis zum Fahrplan 2015 durchgeführten Fahrplananpassungen des VDV SCHIG mbH nicht verfahrensgegenständlich seien und allfällige Anträge auch jedenfalls verfristet wären. Die von der Auftraggeberin erstellten internen Planungen betreffend die Zugverzeichnisse (Anl. 3a und 3c des VDV SCHIG mbH) der für das Fahrplanjahr 2016 österreichweit zu erbringenden Verkehrsleistungen befänden sich seitens der Auftraggeberin noch in Prüfung und seien daher noch keineswegs abschließend erfolgt. Es liege daher zurzeit noch keine Willensbildung der Auftraggeberin hinsichtlich der Fahrplananpassung 2016 vor. Noch weniger könne daher in diesem Zusammenhang eine nach außen tretende Willenserklärung der Auftraggeberin, welche gegenständlich anzufechten versucht werde, ausgemacht werden. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 27.10.2015 und vom 29.10.2015 hat diese im Wesentlichen ausgeführt, dass der übliche Ablauf der jährlichen Fahrplanänderungen so ablaufe, dass im Herbst (September bzw. Oktober) ein erster Entwurf der Anlagen 3a bzw. 3c (Zugverzeichnisse) des Verkehrsdienstvertrages des Bundes für das folgende Fahrplanjahr erstellt werde. Aufgrund dieses Entwurfes der Anlagen 3a und 3c des VDV SCHIG mbH erfolge eine weitere Prüfung durch die Auftraggeberin, wobei Änderungen gegenüber der bestehenden beauftragten Zugverzeichnisse von der Auftraggeberin nach bestimmten Kriterien geprüft und beurteilt würden. Festgehalten werde, dass sämtliche bis zum Fahrplan 2015 durchgeführten Fahrplananpassungen des VDV SCHIG mbH nicht verfahrensgegenständlich seien und allfällige Anträge auch jedenfalls verfristet wären. Die von der Auftraggeberin erstellten internen Planungen betreffend die Zugverzeichnisse (Anlage 3 a und 3 c des VDV SCHIG mbH) der für das Fahrplanjahr 2016 österreichweit zu erbringenden Verkehrsleistungen befänden sich seitens der Auftraggeberin noch in Prüfung und seien daher noch keineswegs abschließend erfolgt. Es liege daher zurzeit noch keine Willensbildung der Auftraggeberin hinsichtlich der Fahrplananpassung 2016 vor. Noch weniger könne daher in diesem Zusammenhang eine nach außen tretende Willenserklärung der Auftraggeberin, welche gegenständlich anzufechten versucht werde, ausgemacht werden.

Am 30.10.2015 fand im Bundesverwaltungsgericht darüber eine mündliche Verhandlung statt.

Mit Schreiben vom 06.11.2015 stellte die Antragstellerin weitere Nachprüfungs- und Feststellungsanträge (jedoch keinen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung). Diese waren im Wesentlichen gleichlautend wie die Anträge vom 22.09.2015. Auch das Vorbringen war im Wesentlichen gleichlautend wie das in dem Schreiben der Antragstellerin vom 22.09.2015 mit der Ausnahme, dass vorgebracht wurde, dass die nunmehr angefochtene gesondert anfechtbare Entscheidung die erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 30.10.2015 (Seite 6 der Verhandlungsschrift) nach außen in Erscheinung getretene Auftraggeberentscheidung der SCHIG sei, die Vergabe von neuen Schienenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren zu vergeben.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.11.2015 hat diese dazu angegeben, dass es sich dabei jedenfalls um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin im Sinne des § 141 Abs. 5 BVergG handeln könne, da seitens der Antragsgegnerin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung publiziert sondern vielmehr eine Wissenserklärung abgegeben worden sei und zur Zeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt werde im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können. Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 10.11.2015 hat diese dazu

angegeben, dass es sich dabei jedenfalls um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin im Sinne des Paragraph 141, Absatz 5, BVergG handeln könne, da seitens der Antragsgegnerin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung publiziert sondern vielmehr eine Wissenserklärung abgegeben worden sei und zur Zeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt werde im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können.

Mit Schreiben vom 16.11.2015 hat die mitbeteiligte Partei XXXX begründete Einwendungen erhoben. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass keine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegen und der Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit fehlen würde. Mit Schreiben vom 16.11.2015 hat die mitbeteiligte Partei römisch 40 begründete Einwendungen erhoben. Sie brachte im Wesentlichen vor, dass keine gesondert anfechtbare Entscheidung vorliegen und der Antragstellerin die technische Leistungsfähigkeit fehlen würde.

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.11.2015, W134 2114723-2/4E ua., wurden sämtliche Nachprüfungs- und sämtliche Feststellungsanträge zurückgewiesen. Dieser wurde mit Revision beim Verwaltungsgerichtshof bekämpft.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6, wurde die Revision gegen die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge zurückgewiesen, jedoch die angefochtenen Beschlüsse betreffend die Feststellungsanträge aufgehoben.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 10.08.2016 hat diese im Wesentlichen vorgebracht, dass sie weitere Nachprüfungs- und Feststellungsanträge am 17.02.2016 und am 19.02.2016 gegen die Auftraggeberin beim BVwG eingebracht habe. Diese weiteren Verfahren würden inhaltlich, ebenso wie das gegenständliche Verfahren, den Fahrplan 2016, der seit 13.12.2015 in Betrieb sei, betreffen. In allen genannten Verfahren habe die Antragstellerin die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens bzw. der Durchführung der Vergabe zwischen der SCHIG als Auftraggeberin und der XXXX als Auftragnehmerin begehrt. Die SCHIG habe mit Schreiben vom 15.02.2016 mitgeteilt, dass die Zugverzeichnisse des Fahrplanjahres 2016 des mit der XXXX abgeschlossenen VDV von den Vertragsparteien unterfertigt worden seien. Diese nach außen in Erscheinung getretene Auftraggeberentscheidung sei mit Nachprüfungs- und Feststellungsanträgen vom 19.02.2016 angefochten worden. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 10.08.2016 hat diese im Wesentlichen vorgebracht, dass sie weitere Nachprüfungs- und Feststellungsanträge am 17.02.2016 und am 19.02.2016 gegen die Auftraggeberin beim BVwG eingebracht habe. Diese weiteren Verfahren würden inhaltlich, ebenso wie das gegenständliche Verfahren, den Fahrplan 2016, der seit 13.12.2015 in Betrieb sei, betreffen. In allen genannten Verfahren habe die Antragstellerin die Feststellung der Rechtswidrigkeit des Vergabeverfahrens bzw. der Durchführung der Vergabe zwischen der SCHIG als Auftraggeberin und der römisch 40 als Auftragnehmerin begehrt. Die SCHIG habe mit Schreiben vom 15.02.2016 mitgeteilt, dass die Zugverzeichnisse des Fahrplanjahres 2016 des mit der römisch 40 abgeschlossenen VDV von den Vertragsparteien unterfertigt worden seien. Diese nach außen in Erscheinung getretene Auftraggeberentscheidung sei mit Nachprüfungs- und Feststellungsanträgen vom 19.02.2016 angefochten worden.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 06.09.2016 hat diese im Wesentlichen vorgebracht, dass eine der Voraussetzungen zur Stellung eines Feststellungsantrages sei, dass ein dem BVergG 2006 unterliegender Vertrag abgeschlossen worden sei. Die Feststellungsanträge der Antragstellerin im Rahmen ihrer Schriftsätze vom 22.09.2015 und 06.11.2015 hätten ausschließlich Entwurfsfassungen und sonstige im Planungsstadium befindliche Dokumente im Hinblick auf die Fahrplananpassung 2016 zum Gegenstand gehabt. Die von der mitbeteiligten Partei erstellten internen Verhandlungen betreffend die Zugverzeichnisse der für das Fahrplanjahr 2016 österreichweit zu erbringenden Verkehrsleistungen hätten sich sowohl zum Zeitpunkt der Anträge um 23.09.2015 als auch der Anträge vom 06.11.2015 noch in Prüfung befunden. Bei den von der Antragstellerin vorgelegten Kursbüchern handle es sich nicht um veröffentlichte und den Fahrgästen zugänglich gemachte Fahrpläne. Der VwGH assoziiere diese offenkundig mit jenen Kursbüchern, mit welchen früher Eisenbahnfahrpläne in Österreich in ausgedruckter und gebundener Form den Bahnkunden zugänglich gemacht worden seien. Die Produktion solcher ausgedruckter und gebundener Kursbücher finde schon seit Jahren nicht mehr statt, da diese durch online-Fahrplanauskünfte ersetzt worden seien. Bei den von der Antragstellerin vorgelegten Kursbüchern handle es sich um geplante Fahrplanstände, um die Planungsstände in Fahrplanform ersichtlich zu machen. Dabei handle es sich ausschließlich um interne Unterlagen zum internen Gebrauch. Daher sei auch keines der von der Antragstellerin vorgelegten Kursbüchern veröffentlicht bzw. dem

Bahnpublikum zugänglich gemacht worden. Es handle sich dabei also keinesfalls um "fertiggestellte Fahrpläne" wie dies in Rz 14 des Erkenntnisses des VwGH vom 18.05.2016 vermutet werde. Die Fahrplananpassung 2016 sei jedenfalls erst nach erfolgter Prüfung und mit Unterzeichnung der Anlagen für das Jahr 2016 mit 15.02.2016 vertraglich vereinbart worden. Diese vertraglichen Anpassungen vom 15.02.2016 könnten nicht Gegenstand der Anträge vom 22.09.2015 bzw. 06.11.2015 sein, da sie zum Zeitpunkt der Antragseinbringung schlichtweg nicht existent gewesen seien und Feststellungsanträge im Hinblick auf künftig abzuschließende Verträge der Vergaberechtsordnung fremd und daher unzulässig seien. Im Übrigen werde auf die von der Antragstellerin am 18.02.2016 eingeleiteten Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren vor dem BVwG zu den GZ W149 2121539-2 und W149 2121539-3 verwiesen.

Mit Schreiben der mitbeteiligten Partei XXXX vom 12.09.2016 hat diese im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass eine Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung über Feststellungsanträge erst nach Zuschlagserteilung bestehe und eine solche erst im Februar 2016, also nach Stellung der gegenständlichen Feststellungsanträge, erfolgt sei. Mit Schreiben der mitbeteiligten Partei römisch 40 vom 12.09.2016 hat diese im Wesentlichen darauf hingewiesen, dass eine Zuständigkeit des BVwG zur Entscheidung über Feststellungsanträge erst nach Zuschlagserteilung bestehe und eine solche erst im Februar 2016, also nach Stellung der gegenständlichen Feststellungsanträge, erfolgt sei.

Am 18.10.2016 hat darüber im BVwG eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei wurden die 3 Personen, die den Vertrag zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum VDV-Bund) unterzeichnet haben als Zeugen einvernommen. Auf Seiten der mitbeteiligten Partei waren dies das Vorstandsmitglied XXXX sowie der Prokurist XXXX und auf Seiten der Auftraggeberin war dies der Geschäftsführer der Auftraggeberin XXXX. Alle 3 Zeugen haben übereinstimmend angegeben, dass der Vertrag zur Fahrplananpassung 2016 am 15.02.2016 von ihnen unterfertigt worden sei und dass davor ein Vertrag zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum VDV-Bund) nicht unterfertigt worden sei. Der Prokurist der mitbeteiligten Partei hat angegeben, dass es Kursbücher als ausgedrucktes Gesamtkompendium des Fahrplanes der XXXX seit 2012 nicht mehr gebe. Es würden lediglich Streckenfahrpläne gedruckt. Im gegenständlichen Fall habe der Druck der Fahrplanhefte verzögert werden müssen, da auf das Urteil des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 24.11.2015 gewartet worden sei. Die Fahrplanhefte 2016 seien am 30.11.2015 gedruckt worden. Am 18.10.2016 hat darüber im BVwG eine mündliche Verhandlung stattgefunden. Dabei wurden die 3 Personen, die den Vertrag zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum VDV-Bund) unterzeichnet haben als Zeugen einvernommen. Auf Seiten der mitbeteiligten Partei waren dies das Vorstandsmitglied römisch 40 sowie der Prokurist römisch 40 und auf Seiten der Auftraggeberin war dies der Geschäftsführer der Auftraggeberin römisch 40. Alle 3 Zeugen haben übereinstimmend angegeben, dass der Vertrag zur Fahrplananpassung 2016 am 15.02.2016 von ihnen unterfertigt worden sei und dass davor ein Vertrag zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum VDV-Bund) nicht unterfertigt worden sei. Der Prokurist der mitbeteiligten Partei hat angegeben, dass es Kursbücher als ausgedrucktes Gesamtkompendium des Fahrplanes der römisch 40 seit 2012 nicht mehr gebe. Es würden lediglich Streckenfahrpläne gedruckt. Im gegenständlichen Fall habe der Druck der Fahrplanhefte verzögert werden müssen, da auf das Urteil des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 24.11.2015 gewartet worden sei. Die Fahrplanhefte 2016 seien am 30.11.2015 gedruckt worden.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 20.10.2016 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die mündliche Verhandlung vom 18.10.2016 ergeben habe, dass schon zum Zeitpunkt der gegenständlichen Antragstellung im Herbst 2015 eine Willensübereinkunft zwischen der SCHIG als Auftraggeberin und der XXXX als Auftragnehmerin vorgelegen habe. Aus dem Begleitumstand, dass die XXXX schon im April 2015 genau jene passenden Trassen beim Infrastrukturbetreiber bestellen konnte, die später tatsächlich beauftragt worden seien, sei zu schließen, dass es zu einer solchen Willensübereinkunft bereits im Herbst 2015 gekommen sei. Die Tatsache, dass zum Antragszeitpunkt noch kein schriftlicher Vertrag vorgelegen sei, schade nicht. Der Begriff Zuschlag in § 2 Z. 50 BVergG müsse im gegenständlichen Fall einer rechtswidrigen bekanntmachungslosen Vergabe verfassungskonform und unionsrechtskonform interpretiert werden. Vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt sei die faktische Einigung (Vertragsabschluss) zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts, unabhängig davon, ob und wann nachträglich eine schriftliche Vereinbarung zu bloßen Dokumentationszwecken abgeschlossen werde. Mit Schreiben der Antragstellerin vom 20.10.2016 brachte diese im Wesentlichen vor, dass die mündliche Verhandlung vom 18.10.2016 ergeben habe, dass schon zum Zeitpunkt der gegenständlichen Antragstellung im Herbst 2015 eine Willensübereinkunft zwischen der SCHIG als Auftraggeberin und der römisch 40 als Auftragnehmerin vorgelegen habe. Aus dem Begleitumstand, dass die römisch 40 schon im April 2015 genau jene passenden Trassen beim Infrastrukturbetreiber bestellen konnte, die später tatsächlich beauftragt worden seien, sei zu schließen, dass es zu einer solchen Willensübereinkunft bereits im

Herbst 2015 gekommen sei. Die Tatsache, dass zum Antragszeitpunkt noch kein schriftlicher Vertrag vorgelegen sei, schade nicht. Der Begriff Zuschlag in Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG müsse im gegenständlichen Fall einer rechtswidrigen bekanntmachungslosen Vergabe verfassungskonform und unionsrechtskonform interpretiert werden. Vergaberechtlicher Anknüpfungspunkt sei die faktische Einigung (Vertragsabschluss) zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer nach allgemeinen Regeln des Zivilrechts, unabhängig davon, ob und wann nachträglich eine schriftliche Vereinbarung zu bloßen Dokumentationszwecken abgeschlossen werde.

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

§ 5 Abs 1 des Verkehrsdienstevertrages abgeschlossen zwischen der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH als Auftraggeber und der XXXX betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr vom 03.02.2011 (kurz "VDV" genannt) lautet:Paragraph 5, Absatz eins, des Verkehrsdienstevertrages abgeschlossen zwischen der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH als Auftraggeber und der römisch 40 betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr vom 03.02.2011 (kurz "VDV" genannt) lautet:

"§ 5 Änderungen der Verkehrsleistungen während aufrechter Vertragsdauer

(1) Alle Änderungen der in § 4 beschriebenen vereinbarten Verkehrsleistungen, sowohl für die nächstfolgenden Jahresnetzfahrplanperioden als auch Änderungen während der laufenden Jahresnetzfahrplanperiode, sind einvernehmlich und schriftlich zwischen den Vertragspartnern festzulegen. Die Erhöhung oder Verminderung des Abgeltungsbetrags richtet sich nach § 9 und Anlage 5 und 15a sowie 4d dieses Vertrags." (VDV vom 03.02.2011)(1) Alle Änderungen der in Paragraph 4, beschriebenen vereinbarten Verkehrsleistungen, sowohl für die nächstfolgenden Jahresnetzfahrplanperioden als auch Änderungen während der laufenden Jahresnetzfahrplanperiode, sind einvernehmlich und schriftlich zwischen den Vertragspartnern festzulegen. Die Erhöhung oder Verminderung des Abgeltungsbetrags richtet sich nach Paragraph 9 und Anlage 5 und 15a sowie 4d dieses Vertrags." (VDV vom 03.02.2011)

Der VDV umfasst zu den einzelnen Vertragsjahren jeweils mehrere Anlagen in denen Änderungen im Sinne des § 5 VDV vorgenommen wurden wie folgt:Der VDV umfasst zu den einzelnen Vertragsjahren jeweils mehrere Anlagen in denen Änderungen im Sinne des Paragraph 5, VDV vorgenommen wurden wie folgt:

- * Vertragsjahr 2010, gültig ab 01.04.2010, unterfertigt am 03.02.2011
- * Vertragsjahr 2011, gültig ab 12.12.2010 bzw. 01.01.2011, unterfertigt am 15.12.2011
- * Vertragsjahr 2012, gültig ab 11.12.2011 bzw. 01.01.2012, unterfertigt am 10.12.2012
- * Vertragsjahr 2013, gültig ab 09.12.2012 bzw. 01.01.2013, unterfertigt am 24.02.2014
- * Vertragsjahr 2014, gültig ab 15.12.2013 bzw. 01.01.2014, unterfertigt am 05.08.2014
- * Vertragsjahr 2015, gültig ab 14.12.2014 bzw. 01.01.2015, unterfertigt am 17.03.2015
- * Vertragsjahr 2016, gültig ab 13.12.2015 bzw. 01.01.2016, unterfertigt am 15.02.2016

(Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 29.10.2015; zum Vertragsjahr 2016: Aussagen der Zeugen XXXX und XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)(Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 29.10.2015; zum Vertragsjahr 2016: Aussagen der Zeugen römisch 40 und römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)

Die letzte Änderung des VDV im Sinne des § 5 VDV erfolgte am 15.02.2016 im Zuge der Fahrplananpassung 2016. (Aussagen der Zeugen XXXX, XXXX und XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)Die letzte Änderung des VDV im Sinne des Paragraph 5, VDV erfolgte am 15.02.2016 im Zuge der Fahrplananpassung 2016. (Aussagen der Zeugen römisch 40 , römisch 40 und römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)

Bei dem von der Antragstellerin in der Beilage ./36 vorgelegten Kursbuch 110 handelt es sich um einen Fahrplanentwurf aus einem einschlägigen Internetforum (Eisenbahnforum Österreich, EBFÖ, www.bahnforum.info). Dieser Fahrplanentwurf wurde von der Antragstellerin knapp vor dem 14.10.2015 von der Internetseite www.bahnforum.info heruntergeladen. (Aussage des Vertreters der Antragstellerin XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)Bei dem von der Antragstellerin in der Beilage ./36 vorgelegten Kursbuch 110 handelt es sich um einen Fahrplanentwurf aus einem einschlägigen Internetforum (Eisenbahnforum Österreich, EBFÖ,

www.bahnforum.info). Dieser Fahrplanentwurf wurde von der Antragstellerin knapp vor dem 14.10.2015 von der Internetseite www.bahnforum.info heruntergeladen. (Aussage des Vertreters der Antragstellerin römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)

Von der XXXX werden seit 2012 keine Fahrpläne als ausgedrucktes Gesamtkompodium mehr gedruckt. Es werden allerdings Streckenfahrpläne gedruckt. Die Drucklegung dieser Streckenfahrpläne 2016 erfolgte am 30.11.2015, da das Urteil des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 24.11.2015 abgewartet wurde. (Aussage von XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016) Von der römisch 40 werden seit 2012 keine Fahrpläne als ausgedrucktes Gesamtkompodium mehr gedruckt. Es werden allerdings Streckenfahrpläne gedruckt. Die Drucklegung dieser Streckenfahrpläne 2016 erfolgte am 30.11.2015, da das Urteil des Landesverwaltungsgerichtes Wien vom 24.11.2015 abgewartet wurde. (Aussage von römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus den in Klammer genannten Quellen, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

Die Aussagen von XXXX sowie der Zeugen XXXX, XXXX und XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016 waren schlüssig, glaubwürdig und widerspruchsfrei. Die Aussagen von römisch 40 sowie der Zeugen römisch 40, römisch 40 und römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016 waren schlüssig, glaubwürdig und widerspruchsfrei.

3. Rechtliche Beurteilung:

3. a) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte A) I. und II.) β. a) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte A) römisch eins. und römisch zwei.):

Mit Beschluss des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17.11.2015, W134 2114723-2/4E ua., wurden sämtliche Nachprüfungs- und sämtliche Feststellungsanträge zurückgewiesen. Dieser wurde mit Revision beim Verwaltungsgerichtshof bekämpft.

Mit Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6, wurde die Revision gegen die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge zurückgewiesen, jedoch die angefochtenen Beschlüsse betreffend die Feststellungsanträge aufgehoben. Im fortgesetzten Verfahren ist daher nunmehr vorerst zu prüfen, ob der Antragstellerin Antragslegitimation zur Stellung von Feststellungsanträgen zukommt.

Die Antragstellerin hat beantragt festzustellen, "dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde" sowie "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 jedenfalls den Vertrag mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die XXXX vergeben hat für nichtig zu erklären." Die Antragstellerin hat beantragt festzustellen, "dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde" sowie "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 jedenfalls den Vertrag mit dem die AG die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die römisch 40 vergeben hat für nichtig zu erklären."

Die Antragstellerin hat somit Feststellungsanträge gemäß § 331 Absatz 1 Z. 2 BVergG gestellt. Die Antragstellerin hat somit Feststellungsanträge gemäß Paragraph 331, Absatz 1 Ziffer 2, BVergG gestellt.

§ 331 Abs 1 Z 2 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013, lautet: Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, lautet:

"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

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"

Das Erkenntnis des VwGH vom 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6, lautet auszugsweise:

"13 Nach der Aktenlage legte die Revisionswerberin - wie von ihr in der Revision vorgebracht - in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2015 dem Verwaltungsgericht zum Beweis dafür, dass wesentliche Änderungen im Fahrplan aufgrund eines bestehenden öffentlichen Auftrages vorgenommen worden seien und insoweit bereits ein Vertrag betreffend die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für diesen Zeitraum abgeschlossen worden sei, auch - dieser Stellungnahme zufolge - das Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015/2016 (Beilage ./36) vor."13 Nach der Aktenlage legte die Revisionswerberin - wie von ihr in der Revision vorgebracht - in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2015 dem Verwaltungsgericht zum Beweis dafür, dass wesentliche Änderungen im Fahrplan aufgrund eines bestehenden öffentlichen Auftrages vorgenommen worden seien und insoweit bereits ein Vertrag betreffend die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für diesen Zeitraum abgeschlossen worden sei, auch - dieser Stellungnahme zufolge - das Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015 aus 2016, (Beilage ./36) vor.

14 Das Verwaltungsgericht nimmt in der Begründung des angefochtenen Beschlusses auf diesen Beweis Antrag nicht Bezug. Insbesondere fehlt jegliche beweiswürdigende Auseinandersetzung, ob es sich bei dem vorgelegten Kursbuch samt Fahrplänen noch um einen Entwurf oder bereits um die Endfassung handelte und ob bzw. welche Änderungen diese beinhalteten. Diese wäre aber im Hinblick auf die nach dem obigen Verfahrensgegenstand entscheidenden Frage, ob und wann Schienenpersonenverkehrsleistungen für das Fahrplanjahr 2015/2016 vergeben wurden, von Relevanz gewesen. Ohne erfolgten Vertragsschluss wäre eine Produktion der Fahrpläne wohl nicht vorgenommen worden bzw. nicht erklärbar. Zumindest stellen fertiggestellte Fahrpläne ein starkes Indiz für einen für diesen Zeitraum bereits erfolgten Vertragsabschluss dar.14 Das Verwaltungsgericht nimmt in der Begründung des angefochtenen Beschlusses auf diesen Beweis Antrag nicht Bezug. Insbesondere fehlt jegliche beweiswürdigende Auseinandersetzung, ob es sich bei dem vorgelegten Kursbuch samt Fahrplänen noch um einen Entwurf oder bereits um die Endfassung handelte und ob bzw. welche Änderungen diese beinhalteten. Diese wäre aber im Hinblick auf die nach dem obigen Verfahrensgegenstand entscheidenden Frage, ob und wann Schienenpersonenverkehrsleistungen für das Fahrplanjahr 2015 aus 2016, vergeben wurden, von Relevanz gewesen. Ohne erfolgten Vertragsschluss wäre eine Produktion der Fahrpläne wohl nicht vorgenommen worden bzw. nicht erklärbar. Zumindest stellen fertiggestellte Fahrpläne ein starkes Indiz für einen für diesen Zeitraum bereits erfolgten Vertragsabschluss dar.

15 Somit erweist sich die (schon im Hinblick auf § 312 Abs. 3 Einleitungssatz BVergG 2006 maßgebliche) Feststellung des Verwaltungsgerichts, die letzte Änderung des VDV sei am 17. März 2015 im Zuge der Fahrplananpassung 2015 erfolgt, als mangelhaft begründet. Der angefochtene Beschluss ist aus diesem Grund im Umfang der Zurückweisung der Feststellungsanträge mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.15 Somit erweist sich die (schon im Hinblick auf Paragraph 312, Absatz 3, Einleitungssatz BVergG 2006 maßgebliche) Feststellung des Verwaltungsgerichts, die letzte Änderung des VDV sei am 17. März 2015 im Zuge der Fahrplananpassung 2015 erfolgt, als mangelhaft begründet. Der angefochtene Beschluss ist aus diesem Grund im Umfang der Zurückweisung der Feststellungsanträge mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet.

Zur Ausschlussfrist nach § 332 Abs. 3 BVergG 2006 Zur Ausschlussfrist nach Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006

16 Abgesehen von der Frage, ob sich die Feststellungsanträge der Revisionswerberin auch auf die Vertragsänderung vom 17. März 2015 beziehen, ist zu der vom Verwaltungsgericht für die Zurückweisung herangezogenen Ausschlussfrist auf Folgendes hinzuweisen:

17 Der Verwaltungsgerichtshof hat im hg. Erkenntnis vom 16. März 2016, 2015/04/0004, festgehalten, dass in Folge des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 26. November 2015 in der Rechtssache C-166/14, MedEval, die in § 332 Abs. 3 BVergG 2006 vorgesehene sechsmonatige absolute Ausschlussfrist als Schranke für die Einbringung eines der dort aufgezählten Feststellungsanträge als verdrängt anzusehen ist. Die belangte Behörde hätte daher den dieser Rechtssache zugrunde liegenden Feststellungsantrag infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen.17 Der Verwaltungsgerichtshof hat im hg. Erkenntnis vom 16. März 2016, 2015/04/0004, festgehalten, dass in Folge des Urteils des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) vom 26. November 2015 in der Rechtssache C-166/14, MedEval, die in Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 vorgesehene sechsmonatige absolute Ausschlussfrist als Schranke für die

Einbringung eines der dort aufgezählten Feststellungsanträge als verdrängt anzusehen ist. Die belangte Behörde hätte daher den dieser Rechtssache zugrunde liegenden Feststellungsantrag infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht wegen Fristversäumung zurückweisen dürfen.

18 Gleiches gilt aufgrund der zeitlichen Wirkungen von Vorabentscheidungen des EuGH (vgl. dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 23. September 2009, 2006/01/0855, mwN auf Rechtsprechung des EuGH) auch für die vorliegende Rechtssache. Auch hier kann sich das Verwaltungsgericht infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht auf eine Fristversäumung nach § 332 Abs. 3 BVergG 2006 stützen.¹⁸ Gleiches gilt aufgrund der zeitlichen Wirkungen von Vorabentscheidungen des EuGH vergleiche dazu etwa das hg. Erkenntnis vom 23. September 2009, 2006/01/0855, mwN auf Rechtsprechung des EuGH) auch für die vorliegende Rechtssache. Auch hier kann sich das Verwaltungsgericht infolge Verdrängung dieser Antragsfrist durch unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht auf eine Fristversäumung nach Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 stützen."

Der VwGH hat in seinem oben genannten Erkenntnis unter Verweis auf das Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015/16 (Beilage ./36) dargelegt, dass fertig gestellte Fahrpläne ein starkes Indiz für einen für diesen Zeitraum bereits erfolgten Vertragsabschluss zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei darstellen und eine Produktion der Fahrpläne ohne erfolgten Vertragsschluss wohl nicht vorgenommen worden bzw. nicht erklärbar wäre. Der VwGH hat in dem genannten Erkenntnis gerügt, dass das BVwG den Sachverhalt betreffend das Kursbuch 110 (Beilage ./36) nicht entsprechend ermittelt habe. Daher wurden vom BVwG die entsprechenden Ermittlungen durchgeführt. Nach Durchführung dieser Ermittlungen stellt sich das Kursbuch 110 in einem anderen Licht dar. Der VwGH ging nämlich in seiner Einschätzung des Kursbuch 110, wie die mündliche Verhandlung vom 18.10.2016 gezeigt hat, von unzutreffenden Voraussetzungen, nämlich dass eine "Produktion der Fahrpläne" stattgefunden habe und dass es sich um "fertiggestellte Fahrpläne" handeln würde, aus.

Aufgrund der übereinstimmenden und schlüssigen Aussagen der Zeugen XXXX, XXXX und XXXX in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016 steht fest, dass der schriftliche Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum VDV-Bund) am 15.02.2016 unterzeichnet wurde. Dies ist der Antragstellerin auch bekannt und sie hat am 17.02.2016 diesbezüglich auch Feststellungsanträge beim BVwG (GZ W149 2121539) gestellt. Der Rechtsschutz bezüglich dieses schriftlichen Vertrages ist daher gewährleistet. Aufgrund der übereinstimmenden und schlüssigen Aussagen der Zeugen römisch 40 , römisch 40 und römisch 40 in der mündlichen Verhandlung vom 18.10.2016 steht fest, dass der schriftliche Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum VDV-Bund) am 15.02.2016 unterzeichnet wurde. Dies ist der Antragstellerin auch bekannt und sie hat am 17.02.2016 diesbezüglich auch Feststellungsanträge beim BVwG (GZ W149 2121539) gestellt. Der Rechtsschutz bezüglich dieses schriftlichen Vertrages ist daher gewährleistet.

Gemäß § 2 Z. 50 BVergG 2006 ist die Zuschlagserteilung (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Etwaige mündliche Verträge zwischen Auftraggeber und künftigen Auftragnehmer stellen keinen Zuschlag dar. Es sind in dem gegenständlichen Verfahren allerdings auch keine mündlichen Verträge zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei hervorgekommen. Die mündliche Verhandlung vom 18.10.2016 hat vielmehr ergeben, dass es sich bei dem Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015/2016 (Beilage./36) um geplante Fahrplanstände handelt, welche durch eine Indiskretion einer der Mitarbeiter der mitbeteiligten Partei an das Internetforum Eisenbahnforum Österreich (www.bahnforum.info) gelangt sind. Von diesem Internetforum hat schließlich die Antragstellerin das Kursbuch 110 entnommen und als Beilage ./36 dem BVwG vorgelegt. Es handelt sich dabei auch nicht um eine Produktion von Fahrplänen im Sinne von gedruckten Fahrplanheften, da der Druck von Fahrplanheften erst nach dem 30.11.2015 erfolgte, die Beilage ./36 von der Antragstellerin aber am 14.10.2015 dem BVwG vorgelegt wurde. Bei dem Kursbuch 110 (Beilage ./36) sowie auch bei allen anderen ähnlichen Beilagen der Schreiben der Antragstellerin handelt es sich somit nicht um fertiggestellte und produzierte Fahrpläne, sondern vielmehr um Fahrplanentwürfe der mitbeteiligten Partei, welche aufgrund einer Indiskretion an ein Internetforum und dadurch zur Kenntnis der Antragstellerin gelangt sind. Gemäß Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG 2006 ist die Zuschlagserteilung (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Etwaige mündliche Verträge zwischen Auftraggeber und künftigen Auftragnehmer stellen keinen Zuschlag dar. Es sind in dem gegenständlichen Verfahren allerdings auch keine mündlichen Verträge zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei hervorgekommen. Die mündliche Verhandlung vom 18.10.2016 hat vielmehr ergeben, dass es sich bei dem Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015 aus 2016, (Beilage./36) um geplante

Fahrplanstände handelt, welche durch eine Indiskretion einer der Mitarbeiter der mitbeteiligten Partei an das Internetforum Eisenbahnforum Österreich (www.bahnforum.info) gelangt sind. Von diesem Internetforum hat schließlich die Antragstellerin das Kursbuch 110 entnommen und als Beilage ./36 dem BVwG vorgelegt. Es handelt sich dabei auch nicht um eine Produktion von Fahrplänen im Sinne von gedruckten Fahrplanheften, da der Druck von Fahrplanheften erst nach dem 30.11.2015 erfolgte, die Beilage ./36 von der Antragstellerin aber am 14.10.2015 dem BVwG vorgelegt wurde. Bei dem Kursbuch 110 (Beilage ./36) sowie auch bei allen anderen ähnlichen Beilagen der Schreiben der Antragstellerin handelt es sich somit nicht um fertiggestellte und produzierte Fahrpläne, sondern vielmehr um Fahrplanentwürfe der mitbeteiligten Partei, welche aufgrund einer Indiskretion an ein Internetforum und dadurch zur Kenntnis der Antragstellerin gelangt sind.

Voraussetzung für die Antragslegitimation zur Stellung eines Feststellungsantrages gemäß § 331 Absatz 1 BVergG 2006 ist unter anderem, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hatte. Es kommt nicht darauf an, dass der Antragsteller ein Interesse an dem künftigen Vertragsabschluss hat (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, § 331 Rz 3). Voraussetzung für die zulässige Stellung eines Feststellungsantrages ist somit unter anderem, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung ein entsprechender schriftlicher Vertrag iSd § 2 Z 50 BVergG 2006 vorliegt. Im gegenständlichen Fall lag zum Zeitpunkt der Stellung der Anträge (22.09.2015 und 06.11.2015) kein schriftlicher Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei betreffend den Gegenstand dieses Verfahrens, nämlich den Fahrplan 2016 der mitbeteiligten Partei, der seit 13.12.2015 in Betrieb ist (vgl. Punkt I. 2. des Schreibens der Antragstellerin vom 10.08.2016), vor. Ein entsprechender Vertrag wurde erst am 15.02.2016 geschlossen und von der Antragstellerin auch mit Feststellungsanträgen beim BVwG (GZ W149 2121539) bekämpft. Die Feststellungsanträge waren daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Voraussetzung für die Antragslegitimation zur Stellung eines Feststellungsantrages gemäß Paragraph 331, Absatz 1 BVergG 2006 ist unter anderem, dass der Antragsteller ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich des BVergG unterliegenden Vertrages hatte. Es kommt nicht darauf an, dass der Antragsteller ein Interesse an dem künftigen Vertragsabschluss hat (siehe Thienel in Schramm/Aicher/Fruhmann/Thienel, BVergG 2006, Paragraph 331, Rz 3). Voraussetzung für die zulässige Stellung eines Feststellungsantrages ist somit unter anderem, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung ein entsprechender schriftlicher Vertrag iSd Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG 2006 vorliegt. Im gegenständlichen Fall lag zum Zeitpunkt der Stellung der Anträge (22.09.2015 und 06.11.2015) kein schriftlicher Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei betreffend den Gegenstand dieses Verfahrens, nämlich den Fahrplan 2016 der mitbeteiligten Partei, der seit 13.12.2015 in Betrieb ist vergleiche Punkt römisch eins. 2. des Schreibens der Antragstellerin vom 10.08.2016), vor. Ein entsprechender Vertrag wurde erst am 15.02.2016 geschlossen und von der Antragstellerin auch mit Feststellungsanträgen beim BVwG (GZ W149 2121539) bekämpft. Die Feststellungsanträge waren daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen.

Wenn die Antragstellerin darauf verweist, dass es schon vor der schriftlichen Vertragsunterzeichnung am 15.02.2016 zu einer faktischen Einigung zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei gekommen sei so ist sie darauf zu verweisen, dass gemäß § 2 Z. 50 BVergG 2006 die Zuschlagserteilung (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung ist, sein Angebot anzunehmen. Da vor dem 15.02.2016 kein den Verfahrensgegenstand betreffender schriftlicher Vertrag vorlag, kann dahin gestellt bleiben, ob es vor Vertragsunterzeichnung tatsächlich zu einer faktischen Einigung zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei kam. Wenn die Antragstellerin darauf verweist, dass es schon vor der schriftlichen Vertragsunterzeichnung am 15.02.2016 zu einer faktischen Einigung zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei gekommen sei so ist sie darauf zu verweisen, dass gemäß Paragraph 2, Ziffer 50, BVergG 2006 die Zuschlagserteilung (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung ist, sein Angebot anzunehmen. Da vor dem 15.02.2016 kein den Verfahrensgegenstand betreffender schriftlicher Vertrag vorlag, kann dahin gestellt bleiben, ob es vor Vertragsunterzeichnung tatsächlich zu einer faktischen Einigung zwischen der Auftraggeberin und der mitbeteiligten Partei kam.

Zu den Randziffern 16ff des Erkenntnisses des VwGH vom 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6, (Ausschlussfrist nach § 332 Abs. 3 BVergG 2006) ist zu sagen, dass sich die Feststellungsanträge nur auf den Fahrplan 2016 der mitbeteiligten Partei, der seit 13.12.2015 in Betrieb ist (vgl. Punkt I. 2. des Schreibens der Antragstellerin vom 10.08.2016; Punkt 2.1 des Nachprüfungsantrages vom 22.09.2015 und Punkt 2.1 des Nachprüfungsantrages vom 06.11.2015), beziehen und eine etwaige Fristversäumung nunmehr nicht mehr entscheidungsrelevant ist. Zu den Randziffern 16ff des

Erkenntnisses des VwGH vom 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6, (Ausschlussfrist nach Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006) ist zu sagen, dass sich die Feststellungsanträge nur auf den Fahrplan 2016 der mitbeteiligten Partei, der seit 13.12.2015 in Betrieb ist (vergleiche Punkt römisch eins. 2. des Schreibens der Antragstellerin vom 10.08.2016; Punkt 2.1 des Nachprüfungsantrages vom 22.09.2015 und Punkt 2.1 des Nachprüfungsantrages vom 06.11.2015), beziehen und eine etwaige Fristversäumung nunmehr nicht mehr entscheidungsrelevant ist.

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.

3. b) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte A) I. und II.) 3. b) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte A) römisch eins. und römisch zwei.):

Die Antragstellerin hat weiters beantragt, der Antragsgegnerin die vollständige Vorlage der Trassenbestellungen für den Fahrplan 2016 aufzutragen, ein eisenbahntechnisches Sachverständigengutachten einzuholen und XXXX zeugenschaftlich einzuvernehmen. Alle diese Anträge waren abzuweisen, da der Sachverhalt ausreichend ermittelt wurde und die Sache entscheidungsreif ist. Die Antragstellerin hat weiters beantragt, der Antragsgegnerin die vollständige Vorlage der Trassenbestellungen für den Fahrplan 2016 aufzutragen, ein eisenbahntechnisches Sachverständigengutachten einzuholen und römisch 40 zeugenschaftlich einzuvernehmen. Alle diese Anträge waren abzuweisen, da der Sachverhalt ausreichend ermittelt wurde und die Sache entscheidungsreif ist.

4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) VII.): 4. Gebührenersatz (Spruchpunkt A) römisch sieben.):

§ 319 Abs 1 und 2 BVergG 2006 lautet Paragraph 319, Absatz eins und 2 BVergG 2006 lautet:

"§ 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß § 318 entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird." § 319. (1) Der vor dem Bundesverwaltungsgericht wenn auch nur teilweise obsiegende Antragsteller hat Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren durch den Auftraggeber. Der Antragsteller hat ferner Anspruch auf Ersatz seiner gemäß Paragraph 318, entrichteten Gebühren, wenn er während des anhängigen Verfahrens klaglos gestellt wird.

(2) Ein Anspruch auf Ersatz der Gebühren für einen Antrag auf einstweilige Verfügung besteht nur dann, wenn

1. dem Nachprüfungsantrag (Hauptantrag) stattgegeben wird und

2. dem Antrag auf einstweilige Verfügung stattgegeben wurde oder der Antrag auf einstweilige Verfügung nur wegen einer Interessenabwägung abgewiesen wurde."

Da dem Hauptantrag nicht stattgegeben wurde, besteht kein Anspruch auf Ersatz der Gebühren durch die Auftraggeberin.

B) Revision:

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

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vgl. dazu VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149; VwGH 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor. Die Revision ist gemäß Artikel 133, Absatz 4, B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes (vergleiche dazu VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149; VwGH 18.05.2016, Ra 2016/04/0001-6) ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Antragslegitimation, Auftraggeber, Auskunftspflicht, Bekanntgabepflicht, Dienstleistungsauftrag, Direktvergabe, Diskriminierungsverbot, drohende Schädigung, Entwurf, Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, Genehmigung, gesondert anfechtbare Entscheidung, Grundsatz der Transparenz, mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung, Pauschalgebührenersatz, Rechtswidrigkeit, Schaden, Schriftlichkeit, subjektive Rechte, Transparenz, Vergabeverfahren, Vertragsabschluss, vorherige Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, Wettbewerb, Willenserklärung, Wissenserklärung, Zurückweisung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2016:W134.2116832.2.00

Zuletzt aktualisiert am

24.11.2016

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at