

TE Bvwg Beschluss 2015/11/17 W134 2116832-2

JUSLINE Entscheidung

🕒 Veröffentlicht am 17.11.2015

Entscheidungsdatum

17.11.2015

Norm

BVergG 2006 §141 Abs5

BVergG 2006 §280 Abs5

BVergG 2006 §292 Abs1

BVergG 2006 §312

BVergG 2006 §318 Abs1

BVergG 2006 §319

BVergG 2006 §320 Abs1

BVergG 2006 §331 Abs1 Z2

BVergG 2006 §332 Abs3

B-VG Art.133 Abs4

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 § 280 gültig von 12.07.2013 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
2. BVergG 2006 § 280 gültig von 01.04.2012 bis 11.07.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
3. BVergG 2006 § 280 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
4. BVergG 2006 § 280 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
5. BVergG 2006 § 280 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 § 320 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.01.2008 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 3. BVergG 2006 § 320 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2014 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 3. BVergG 2006 § 331 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 4. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 5. BVergG 2006 § 331 gültig von 01.02.2006 bis 31.12.2007
1. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.03.2016 bis 20.08.2018 aufgehoben durch BGBl. I Nr. 65/2018
 2. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2014 bis 29.02.2016 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013
 3. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.04.2012 bis 31.12.2013 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 10/2012
 4. BVergG 2006 § 332 gültig von 05.03.2010 bis 31.03.2012 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 15/2010
 5. BVergG 2006 § 332 gültig von 01.01.2008 bis 04.03.2010 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 86/2007
 6. BVergG 2006 § 332 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 § 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 2114723-2/43E

W134 2116832-1/3E

BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzender sowie Dr. Angelika Schätz als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren 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. Angelika Schätz als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Matthias Wohlgemuth als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren 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 XXXX aufgrund der Anträge der XXXX vertreten durch XXXX vom 22.09.2015 und vom 06.11.2015, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30.10.2015 wie folgt beschlossen:(Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH) im Auftrag des BMVIT (Bund)", der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch 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 30.10.2015 wie folgt beschlossen:

A)

I. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 15.9.2015 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch eins. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 15.9.2015 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

II. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 30.10.2015 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch zwei. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 30.10.2015 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

III. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 15.9.2015 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch drei. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 15.9.2015 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

IV. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 30.10.2015 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären" wird gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch vier. Der Antrag, das Bundesverwaltungsgericht möge "nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der SCHIG vom 30.10.2015 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären" wird gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

V. 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 fünf. 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.

VI. 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 XXXXvergeben hat für nichtig zu erklären," werden gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen.römisch sechs. 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 XXXXvergeben hat für nichtig zu erklären," werden gemäß Paragraph 312, BVergG 2006 zurückgewiesen.

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

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässigDie 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 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 dieXXXX 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 XXXXDie 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 dieXXXX 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 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 römisch 40 offen eingestehe, dass er diese "Umschichtungen" bereits durchgeführt habe.

Im Schreiben des 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 XXXXjede Auskunft von der AG SCHIG verweigert worden sei. Im Schreiben des 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 XXXXjede 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 Verkehrsdienstvertrag 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 Verkehrsdienstvertrag 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.

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

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Mit Schreiben des Verkehrsverbund XXXX ohne Datum (dieses Schreiben wird von der Antragstellerin als Schreiben vom 15.09.2015, Beilage./18 bezeichnet) gerichtet an eine Frau XXXX und einen Herrn Doktor XXXX lautet auszugsweise wie folgt: Mit Schreiben des Verkehrsverbund römisch 40 ohne Datum (dieses Schreiben wird von der Antragstellerin als Schreiben vom 15.09.2015, Beilage./18 bezeichnet) gerichtet an eine Frau römisch 40 und einen Herrn Doktor römisch 40 lautet auszugsweise wie folgt:

"SPNV Leistungsanpassung 2018-Schreiben 6

Ad Frage 1:

Wir verstehen ihre Frage dahingehend, ob Bestellungen der XXXX umgeschichtet werden. Wir verstehen ihre Frage dahingehend, ob Bestellungen der römisch 40 umgeschichtet werden.

Wir können bestätigen, dass unsererseits Leistungen der XXXX umgeschichtet werden. Wir können bestätigen, dass unsererseits Leistungen der römisch 40 umgeschichtet werden.

[...]

Ad Frage 3:

[...]

Die XXXX hat in Bezug auf den Fahrplan 2016 Abstimmungsgespräche mit dem ausführenden EVU durchgeführt, um zu evaluieren inwiefern freiwerdende Kapazitäten und Effizienzgewinne eingesetzt werden können, um den höchstmöglichen Fahrgastnutzen im Taktfahrplangefüge im Rahmen der bestehenden Verträge zu erzeugen. Die römisch 40 hat in Bezug auf den Fahrplan 2016 Abstimmungsgespräche mit dem ausführenden EVU durchgeführt, um zu evaluieren inwiefern freiwerdende Kapazitäten und Effizienzgewinne eingesetzt werden können, um den höchstmöglichen Fahrgastnutzen im Taktfahrplangefüge im Rahmen der bestehenden Verträge zu erzeugen.

Die von der XXXX vorgenommenen Umschichtungen betreffend das gesamte Fahrplangefüge des Gesamtbestelllos elf. Die von der römisch 40 vorgenommenen Umschichtungen betreffend das gesamte Fahrplangefüge des Gesamtbestelllos elf.

[...]

Der exakte Umfang der Umschichtung steht noch nicht fest, jedoch erfolgt jedenfalls eine kostenneutrale Umschichtung."

(Nachprüfungsantrag vom 22.09.2015, Beilage./18)

§ 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

(Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 29.10.2015)

Die letzte Änderung im Sinne des § 5 VDV erfolgte am 17.03.2015 im Zuge der Fahrplananpassung 2015. Eine sonstige Änderung oder ein sonstiger Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der XXXX wurde seit einem Jahr nicht abgeschlossen. (Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 29.10.2015; glaubwürdige Aussage der Zeugen XXXX in der mündlichen Verhandlung) Die letzte Änderung im Sinne des Paragraph 5, VDV erfolgte am 17.03.2015 im Zuge der

Fahrplananpassung 2015. Eine sonstige Änderung oder ein sonstiger Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der römisch 40 wurde seit einem Jahr nicht abgeschlossen. (Aktenvermerk der Auftraggeberin vom 29.10.2015; glaubwürdige Aussage der Zeugen XXXX in der mündlichen Verhandlung)

2. Beweiswürdigung:

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

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

3. Rechtliche Beurteilung:

3. a) Zu den Nachprüfungsanträgen (Spruchpunkte I. bis IV.) 3. a) Zu den Nachprüfungsanträgen (Spruchpunkte römisch eins. bis römisch vier.):

Die Antragstellerin hat beantragt, die Entscheidung der SCHIG vom 15.09.2015 und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens sowie des Zuschlagsempfängers für nichtig zu erklären. Mit der Entscheidung der SCHIG vom 15.09.2015 meint die Antragstellerin offenkundig das Schreiben des XXXX vom 15.09.2015 wie es im Sachverhalt wiedergegeben wird. Die Antragstellerin hat beantragt, die Entscheidung der SCHIG vom 15.09.2015 und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens sowie des Zuschlagsempfängers für nichtig zu erklären. Mit der Entscheidung der SCHIG vom 15.09.2015 meint die Antragstellerin offenkundig das Schreiben des römisch 40 vom 15.09.2015 wie es im Sachverhalt wiedergegeben wird.

§ 320 Abs 1 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013, lautet: Paragraph 320, Absatz eins, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, lautet:

"Ein Unternehmer kann bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zur Widerrufserklärung die Nachprüfung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung des Auftraggebers im Vergabeverfahren wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern

1.-er ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages behauptet, und

2.-ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht."

Wie bereits im Beschluss des BVwG vom 02.10.2015, W134 2114723-1/2E, ausgeführt, ist davon auszugehen, dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung (Schreiben des XXXX vom 15.09.2015) um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin iSd § 141 Abs 5 bzw. § 280 Abs 5 BVergG 2006 handelt, da seitens der Auftraggeberin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung publiziert worden ist und zurzeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt wird, im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Schreiben Beilage ./18 um ein Schreiben der XXXX handelt. Dieses Schreiben kann daher nicht der Antragsgegnerin zugerechnet werden. Dem Nachprüfungsantrag fehlen daher mangels Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin die Antragsvoraussetzungen nach § 320 Absatz 1 BVergG 2006 (VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149). Wie bereits im Beschluss des BVwG vom 02.10.2015, W134 2114723-1/2E, ausgeführt, ist davon auszugehen, dass es sich bei der angefochtenen Entscheidung (Schreiben des römisch 40 vom 15.09.2015) um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Antragsgegnerin iSd Paragraph 141, Absatz 5, bzw. Paragraph 280, Absatz 5, BVergG 2006 handelt, da seitens der Auftraggeberin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung publiziert worden ist und zurzeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt wird, im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können. Weiters ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei dem Schreiben Beilage ./18 um ein Schreiben der römisch 40 handelt. Dieses Schreiben kann daher nicht der Antragsgegnerin zugerechnet werden. Dem Nachprüfungsantrag fehlen daher mangels Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung der Auftraggeberin die Antragsvoraussetzungen nach Paragraph 320, Absatz 1 BVergG 2006 (VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149).

Wenn die Antragstellerin in ihrem zweiten Nachprüfungsantrag vom 06.11.2015 als 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, die Vergabe von neuen Schienenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren zu vergeben sieht, ist ihr entgegenzuhalten, dass sowohl auf der Seite 6 der Verhandlungsschrift als auch in der gesamten mündlichen Verhandlung keine gesondert anfechtbare Entscheidung erkannt werden kann. Die Auftraggeberin bzw. ein Mitarbeiter der Auftraggeberin der als Zeuge vernommen wurde, hat vielmehr in dieser mündlichen Verhandlung ausgesagt, dass Änderungen des VDV betreffend den Fahrplan 2016 noch in einem Planungsstand und bei Weitem noch nicht abschlussreif sind. Darin kann jedenfalls keine gesondert anfechtbare Entscheidung gesehen werden (VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149).

3. b) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte V. und VI.).3. b) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte römisch fünf. und römisch sechs.):

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 somit Feststellungsanträge gemäß § 331 Absatz 1 Z. 2 BVergG gestelltDie 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"

§ 332 Abs 3 BVergG 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 128/2013, lautet auszugsweise: Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006, Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 17 aus 2006, zuletzt geändert durch Bundesgesetzblatt Teil eins, Nr. 128 aus 2013,, lautet auszugsweise:

"Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. [...]" "Anträge gemäß Paragraph 331, Absatz eins, Ziffer 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. [...]"

Aus § 331 Absatz 1 Z. 2 i.V.m. § 332 Abs. 3 BVergG 2006 ergibt sich, dass eine der Voraussetzungen zur Stellung eines Feststellungsantrages gemäß § 331 Absatz 1 Z. 2 BVergG ist, dass ein dem BVergG unterliegender Vertrag abgeschlossen wurde, wobei die Zuschlagserteilung nicht länger als 6 Monate zurückliegt. Aus Paragraph 331, Absatz 1 Ziffer 2, in Verbindung mit Paragraph 332, Absatz 3, BVergG 2006 ergibt sich, dass eine der Voraussetzungen zur Stellung eines Feststellungsantrages gemäß Paragraph 331, Absatz 1 Ziffer 2, BVergG ist, dass ein dem BVergG unterliegender Vertrag abgeschlossen wurde, wobei die Zuschlagserteilung nicht länger als 6 Monate zurückliegt.

Es war daher zu klären, ob die Auftraggeberin mit der von der Antragstellerin benannten Zuschlagsempfängerin XXXX in den letzten 6 Monaten einen Vertrag abgeschlossen oder geändert hat. Es war daher zu klären, ob die Auftraggeberin mit der von der Antragstellerin benannten Zuschlagsempfängerin römisch 40 in den letzten 6 Monaten einen Vertrag abgeschlossen oder geändert hat.

Wie im Sachverhalt dargestellt, erfolgte die letzte Änderung im Sinne des § 5 VDV am 17.03.2015 im Zuge der Fahrplananpassung 2015. Eine sonstige Änderung oder ein sonstiger Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der

XXXX wurde seit einem Jahr jedenfalls nicht abgeschlossen. Somit hat die Auftraggeberin mit der XXXX seit mehr als 6 Monaten seit Antragstellung (23.09.2015) keinen Vertrag abgeschlossen oder einen solchen geändert. Die Feststellungsanträge waren daher zurückzuweisen. Wie im Sachverhalt dargestellt, erfolgte die letzte Änderung im Sinne des Paragraph 5, VDV am 17.03.2015 im Zuge der Fahrplananpassung 2015. Eine sonstige Änderung oder ein sonstiger Vertrag zwischen der Auftraggeberin und der römisch 40 wurde seit einem Jahr jedenfalls nicht abgeschlossen. Somit hat die Auftraggeberin mit der römisch 40 seit mehr als 6 Monaten seit Antragstellung (23.09.2015) keinen Vertrag abgeschlossen oder einen solchen geändert. Die Feststellungsanträge waren daher zurückzuweisen.

Von der Durchführung einer neuerlichen mündlichen Verhandlung konnte im Sinne des § 24 Abs. 4 VWGVG ungeachtet des Parteiantrags abgesehen werden, da klar ist, dass die nochmalige mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Art. 6 EMRK noch Art. 47 GRC entgegenstehen. Von der Durchführung einer neuerlichen mündlichen Verhandlung konnte im Sinne des Paragraph 24, Absatz 4, VWGVG ungeachtet des Parteiantrags abgesehen werden, da klar ist, dass die nochmalige mündliche Erörterung eine weitere Klärung der Rechtssache nicht erwarten lässt und einem Entfall der Verhandlung weder Artikel 6, EMRK noch Artikel 47, GRC entgegenstehen.

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) 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) 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

Feststellungsantrag, Feststellungsverfahren, gesondert anfechtbare Entscheidung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, Pauschalgebührenersatz, Publizität, Rechtswidrigkeit, Vergabeverfahren, Vertragsabschluss, vorherige Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, Willenserklärung

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2015:W134.2116832.2.00

Zuletzt aktualisiert am

11.12.2015

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

© 2026 JUSLINE

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

www.jusline.at