

# TE Vwgh Beschluss 2019/1/30 Ra 2016/04/0134

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 30.01.2019

## Index

E3R E07201000

E3R E07202000

E6j

10/01 Bundes-Verfassungsgesetz (B-VG)

10/07 Verwaltungsgerichtshof

97 Öffentliches Auftragswesen

## Norm

BVergG 2006 §25 Abs10

B-VG Art133 Abs4

VwGG §34 Abs1

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse

62011CJ0226 Expedia VORAB

## Beachte

Miterledigung (miterledigt bzw zur gemeinsamen Entscheidung verbunden):

Ra 2016/04/0136

## Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator und den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung der Schriftführerin Mag. Tiefenböck, in den Revisionsachen der W GmbH in W, vertreten durch die B&S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen das Erkenntnis des Bundesverwaltungsgerichts vom 29. September 2016, 1) Zl. W187 2131055-2/547E, 2) Zl. W187 2131178-2/46E und 3) Zl. W187 2131180-1/46E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. S in W, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstr. 17-19, 2. Ö AG in W, vertreten durch die Schramm-Öhler Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), den Beschluss gefasst:

## Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Die Revisionswerberin hat den mitbeteiligten Parteien Aufwendungen in der Höhe von jeweils € 553,20 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

## Begründung

1 1.1. Die erstmitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) veröffentlichte am 22. Juli 2016 im Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007. Die Auftraggeberin beabsichtigte unter der Bezeichnung „Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Vorarlberg“ eine Direktvergabe betreffend einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 an die zweitmitbeteiligte Partei. Als Leistungsbeginn war der 9. Dezember 2018 vorgesehen.

2 1.2. Die Revisionswerberin stellte am 27. August 2016 beim Bundesverwaltungsgericht (im Folgenden: Verwaltungsgericht) Anträge auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens und der damit getroffenen Wahl des Zuschlagsempfängers, auf Ersatz der Pauschalgebühr sowie in eventu auf Feststellung, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne entsprechende vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde, auf Feststellung, dass die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung wegen Verstöße gegen das BVergG 2006, die hiezu ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war, und auf Nichtigerklärung des Vertrages, mit dem die Auftraggeberin die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die zweitmitbeteiligte Partei vergeben hat.

Die Anträge richteten sich gegen die Vorinformation vom 22. Juli 2016. Zudem brachte die Revisionswerberin im Wesentlichen gleichlautende Anträge gegen die Auftraggeberentscheidung, die mit der am 22. Juli 2016 im Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie stattgefundenen Pressekonferenz und der Presseaussendung des Amtes der Vorarlberger Landesregierung vom 21. Juli 2016 nach außen in Erscheinung getretenen ist, ein.

3 2.1. Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 29. September 2016 wies das Verwaltungsgericht die Nachprüfungsanträge gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2006 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 ab (Spruchpunkt I.) und die in allen drei Verfahren in eventu gestellten Feststellungsanträge gemäß § 312 Abs. 3 BVergG 2006 zurück (Spruchpunkt II.). Der Antrag auf Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren wurde vom Verwaltungsgericht abgewiesen (Spruchpunkt III.). Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig (Spruchpunkt IV.).

4 2.2. In seiner Begründung hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe zur Beauftragung der gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen und der Auswahl der zweitmitbeteiligten Partei auf der Grundlage der Verordnung (EG) 1370/2007 zu beurteilen sei. Nach dieser stehe es dem Auftraggeber frei, Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen mit einer Laufzeit bis zu zehn Jahren im Weg einer Direktvergabe zu vergeben.

Im vorliegenden Fall sei eine „harmonisierte Vergabe“ beabsichtigt. Diese solle durch die Auftraggeberin für den Bund und das Land Vorarlberg erfolgen, um gemeinwirtschaftliche Interessen zu bündeln und eine abgestimmte Fahrplangestaltung zu ermöglichen. Das Land Vorarlberg sei bis in das Jahr 2030 an den bestehenden Vertrag mit der zweitmitbeteiligten Partei, für den es keine Kündigungsmöglichkeit gebe, gebunden. Die Auftraggeberin müsse mit der zweitmitbeteiligten Partei verhandeln, um den bestehenden Vertrag abändern zu können. Auch die Kündigung des bis Ende 2019 laufenden Vertrages durch den Bund lasse sich nur im Weg von Verhandlungen erreichen. Damit komme zumindest seitens des Landes Vorarlberg eine Vergabe an einen anderen Betreiber als den derzeitigen nicht in Betracht.

Die Vorinformation über die Direktvergabe der gegenständlichen Leistungen erfülle die inhaltlichen Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007. Insbesondere ergebe sich auf Grund der angeschlossenen Musterfahrpläne ein klares Bild, welche Verkehrsleistungen zu erbringen sein würden. Die von der Revisionswerberin verlangten Abrechnungsmodalitäten gehörten nicht zu jenen Angaben, die Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 verlange. Insbesondere die Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung seien erst innerhalb eines Jahres nach Vertragsabschluss zu veröffentlichen.

Es sei dem Wesen der Direktvergabe immanent, dass das Verfahren formfrei ablaufe und der Auftraggeber seinen Vertragspartner ohne wettbewerbliches Verfahren frei auswähle. Eine Markterkundung, also Gespräche über Möglichkeiten und allenfalls sogar Preise, seien bei der Direktvergabe denkbar und zulässig. Es bestehe lediglich die

Verpflichtung, eingeholte Angebote oder unverbindliche Preisauskünfte zu dokumentieren. Entsprechend den Grundsätzen des Vergabeverfahrens (§ 19 Abs. 1 BVergG 2006) dürfe die Vergabe nur an geeignete Bieter erfolgen. Die Eignung der zweitmitbeteiligten Partei zur ausgeschriebenen Leistung sei grundsätzlich anzunehmen, zumal auch die Anschaffung des rollenden Materials laufe, wobei dieses nicht ausschließlich für den gegenständlichen Auftrag erfolge, sondern einer Erneuerung der Regionalverkehrsstriebwagen in ganz Österreich diene. Das rollende Material müsse jeder potentielle Betreiber beschaffen.

Zusammenfassend hielt das Verwaltungsgericht fest, dass die Direktvergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen nach Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 zulässig sei. Die gegenständliche Direktvergabe halte sich an den von der zitierten Bestimmung vorgegebenen Rahmen. Die Vorinformation weise die in Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007 geforderten Inhalte auf. Die Nachprüfungsanträge seien daher abzuweisen gewesen. Die in eventu gestellten Feststellungsanträge erachtete das Verwaltungsgericht für unzulässig, weil die Auftraggeberin noch keinen Vertrag abgeschlossen habe. Ein solcher sei jedoch gemäß § 312 Abs. 3 BVergG 2006 Voraussetzung für die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts zur Entscheidung über diese Anträge.

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

6 Die mitbeteiligten Parteien erstatteten eine Revisionsantwortung, in der jeweils die kostenpflichtige Zurück-, in eventu Abweisung der Revision beantragt wird.

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

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

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

8 5.1. Die Revision bringt zu ihrer Zulässigkeit vor, das angefochtene Erkenntnis gehe an wesentlichen Rechtsfragen des gegenständlichen Nachprüfungsverfahrens vorbei. Die Revisionswerberin habe in ihren Nachprüfungsanträgen geltend gemacht, dass geheime detaillierte Vorabstimmungen und völlig intransparente Vorabgespräche zwischen der Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei (als präsumptive Zuschlagsempfängerin) erfolgt seien und daher eine unzulässige „Hinterzimmervergabe“ vorliege. Wenn das Verwaltungsgericht ausführe, dass Verhandlungen vor der Veröffentlichung und mit nur einem Bieter zulässig seien, so weiche das angefochtene Erkenntnis von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab. Dieser habe im Erkenntnis VwGH 11.12.2013, 2012/04/0082, ausgesprochen, dass auch eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 unter Einhaltung des Diskriminierungsverbotes und des Transparenzgebotes zu erfolgen habe.

9 Die Revisionswerberin erachtet sich (als Mitbewerberin der zweitmitbeteiligten Partei) unter anderem deshalb als diskriminiert, weil mit der gegenständlichen „Bruttovergabe“ das gesamte wirtschaftliche Risiko auf die Auftraggeberin überwältigt werde und dadurch der in Aussicht genommenen zweitmitbeteiligten Zuschlagsempfängerin ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil erwachse. Die „Bruttovergabe“ laufe auf eine staatliche finanzielle Subventionierung der zweitmitbeteiligten Partei hinaus und verstoße gegen die - auch bei einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 zu beachtenden - Vergabegrundsätze (Wettbewerbs-, Effizienz-, Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot).

1 0 5.2. Wird eine Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geltend gemacht, hat der Revisionswerber konkret darzulegen, dass der gegenständlich angefochtene Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt einem der von ihm ins Treffen geführten hg. Entscheidungen gleicht, das Verwaltungsgericht im gegenständlichen Fall dennoch anders entschieden hat und es damit von der ständigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes abgewichen ist. Dabei reicht es nicht aus, bloß Rechtssätze zu verschiedenen hg. Erkenntnissen wiederzugeben oder hg. Entscheidungen nach Datum und Geschäftszahl zu nennen, ohne auf konkrete Abweichungen von dieser Rechtsprechung hinzuweisen (vgl. etwa VwGH 24.1.2017, Ra 2017/05/0005, mwN).

11 In dem von der Revisionswerberin zitierten Erkenntnis VwGH2012/04/0082 hat der Verwaltungsgerichtshof, mit Verweis auf die Rechtsprechung des OGH im Beschluss vom 9. August 2011, 4 Ob 100/11a, ausgesprochen, dass nach § 141 Abs. 3 und 5 BVergG 2006 iVm der Verordnung (EG) 1370/2007 bei der (beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen nach Art. 5 Abs. 6 der genannten Verordnung nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern sämtliche im Zuge des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers anfechtbar sind. Dabei kann nicht nur die Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe als solche, sondern auch ein Verstoß gegen das Transparenzgebot geltend gemacht werden. Die Wortfolge „die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt“ in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 ist dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 zur Verfügung steht und von dem im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde.

12 Mit dem Vorbringen, es hätten vor der Veröffentlichung der Vorinformation Verhandlungen nur mit der zweitmitbeteiligten Partei stattgefunden, weshalb eine unzulässige „Hinterzimmervergabe“ vorliege, zeigt die Revisionswerberin keine Abweichung von der oben wiedergegebenen Rechtsprechung auf. Ausgehend davon, dass bei einer Direktvergabe eine Leistung, gegebenenfalls nach Einholung von Angeboten oder unverbindlichen Preisauskünften von einem oder mehreren Unternehmen, formfrei unmittelbar von einem ausgewählten Unternehmer gegen Entgelt bezogen werden kann (vgl. § 25 Abs. 10 BVergG 2006), wird im gegenständlichen Zulässigkeitsvorbringen insbesondere nicht dargelegt, inwieweit die Auftraggeberin durch das Führen von Gesprächen mit der zweitmitbeteiligten Partei gegen die - auch bei einer Direktvergabe geltenden - Vergabegrundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz verstoßen hätte.

13 Soweit die Revisionswerberin rügt, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erwachse durch die gegenständliche Vergabe ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil und deshalb liege eine staatliche finanzielle Subventionierung vor, legt sie nicht dar, inwieweit die Entscheidung der Auftraggeberin für eine „Bruttovergabe“ für sich genommen bereits eine Beihilfe indiziere und der behauptete Umstand zu einer Diskriminierung der Revisionswerberin im gegenständlichen Vergabeverfahren führen könnte.

14 6.1. Die Revisionswerberin sieht die Zulässigkeit der Revision auch deshalb gegeben, weil keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vorliege, ob in Hinblick auf die Auslegungsrichtlinien der Europäischen Kommission zur Verordnung (EG) 1370/2007 eine Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen in Österreich (noch) zulässig sei. Die Kommission unterstreiche in den Auslegungsrichtlinie an mehreren Stellen ausdrücklich, dass eine fortgesetzte Durchführung ausschließlich von Direktvergaben in jedem Fall gegen die Verordnung (EG) 1370/2007 verstoße, weil nur in restriktiven Ausnahmefällen statt einer wettbewerblichen Vergabe eine Direktvergabe zulässig sei. Wenn in Österreich seitens des Bundes und der Länder im Schienenbereich regelmäßig ausschließlich Direktvergaben durchgeführt würden, so sei jede weitere Direktvergabe unumgänglich nicht verordnungskonform, weil hier kein Ausnahmefall, sondern ein Regelverhalten vorliege. Das zulässige „Regelverhalten“ dürfe richtigerweise immer nur die Ausschreibung (wettbewerbliche Vergabe) sein, nicht aber die Direktvergabe.

1 5 6.2. Zum Vorbringen betreffend die Auslegungsrichtlinien der Europäischen Kommission zur Verordnung (EG) 1370/2007 ist zunächst auf die Rechtsprechung des EuGH zu verweisen, wonach derartige Bekanntmachungen der Kommission für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich sind (vgl. bereits VwGH 31.1.2013, 2010/04/0070, mit Verweis auf EuGH 13.12.2012, Rs C-226/11, Expedia, zur sogenannten De-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission im Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts). Zur Auslegung der vom Unionsrecht vorgegebenen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für die Prüfung der Zulässigkeit von Direktvergaben ist alleine die Rechtsprechung des EuGH maßgeblich. Wie vom Verwaltungsgerichtshof schon ausgeführt (vgl. VwGH 1.2.2017, Ra 2016/04/0149), stellt in diesem Sinn die Kommission selbst in der genannten Mitteilung klar, dass sie in dieser Mitteilung ihr Verständnis einiger Bestimmungen der Verordnung erläutere, die Auslegung des EU-Rechts jedoch in jedem Fall Sache des Gerichtshofes der Europäischen Union bleibe (1. Einleitung).

16 Darüber hinaus führt das bloße Fehlen einer Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zu einer Rechtsfrage nicht automatisch zur Zulässigkeit einer Revision (vgl. zB die Nachweise bei Thienel, Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Verwaltungsgerichtsbarkeit, ZVG 2018, 180 [189]). Eine Rechtsfrage von grundsätzlicher Bedeutung liegt dann nicht vor, wenn es trotz fehlender Rechtsprechung auf Grund der eindeutigen Rechtslage keiner

Klärung durch den Verwaltungsgerichtshof bedarf (vgl. zB VwGH 30.6.2016, Ra 2016/19/0052, mwN).

17 Im vorliegenden Fall bedarf es aus folgenden Erwägungen keiner Klärung der Rechtslage durch den Verwaltungsgerichtshof:

18 Gemäß Art. 5 Abs. 3 Verordnung (EG) 1370/2007 müssen öffentliche Dienstleistungsaufträge im Weg eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben werden. Davon ausgenommen sind öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr. Diese können nach Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 direkt vergeben werden. Voraussetzung dafür ist, dass es sich nicht um „andere schienengestützte Verkehrsträger wie Untergrund- oder Straßenbahnen“ handelt, die Aufträge eine Laufzeit von zehn Jahren nicht überschreiten und der nationale Gesetzgeber eine solche Direktvergabe - wie dies in Österreich der Fall ist (vgl. oben Rn. 11) - nicht untersagt.

19 Dass die Voraussetzungen für eine solche Direktvergabe gegenständlich nicht erfüllt wären, wird von der Revisionswerberin nicht vorgebracht. Mit ihrer Rüge, eine „fortgesetzte Durchführung ausschließlich von Direktvergaben“ verstoße jedenfalls gegen die Verordnung (EG) 1370/2007, vermag sie schon deshalb eine Rechtswidrigkeit des angefochtenen Erkenntnisses nicht aufzuzeigen, weil Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 keine über die in Rn. 18 genannten Voraussetzungen hinausgehende Beschränkungen vorsieht.

20 7. In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.

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

21 Die Entscheidung über den Aufwandsersatz stützt sich auf die §§ 47 ff, insbesondere § 49 Abs. 6 VwGG in Verbindung mit der VwGH-Aufwandsersatzverordnung 2014.

Wien, am 30. Jänner 2019

#### **Gerichtsentcheidung**

EuGH 62011CJ0226 Expedia VORAB

#### **European Case Law Identifier (ECLI)**

ECLI:AT:VWGH:2019:RA2016040134.L00

#### **Im RIS seit**

18.01.2022

#### **Zuletzt aktualisiert am**

18.01.2022

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

© 2025 JUSLINE

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

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)