

# TE Bvgw Beschluss 2019/12/17 W139 2226062-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 17.12.2019

## Entscheidungsdatum

17.12.2019

## Norm

BVergG 2018 §2 Z15

BVergG 2018 §2 Z5

BVergG 2018 §327

BVergG 2018 §328 Abs1

BVergG 2018 §333

BVergG 2018 §334 Abs2

BVergG 2018 §339 Abs1

BVergG 2018 §342 Abs1

BVergG 2018 §344 Abs1

BVergG 2018 §353

BVergG 2018 §4 Abs1 Z2

B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §24

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W139 2226062-2/21E

## BESCHLUSS

Das Bundesverwaltungsgericht beschließt durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende sowie Mag. Roland LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und MMag. Dr. Günther FEUCHTINGER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Anträge der XXXX , vertreten durch Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Landstraße 88/2-4, 1030 Wien, betreffend die Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 durch die Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Austria Campus 2, Jakov-Lind-Straße 2, Stiege 2, 1020 Wien, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystraße 2, 1030 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien:

A)

Die Anträge, "das Bundesverwaltungsgericht möge

ein Nachprüfungsverfahren einleiten und die neuerliche Wahl der Direktvergabe für die unter Punkt 1 bezeichneten Strecken für nichtig erklären in eventu;

ein Nachprüfungsverfahren einleiten und die neuerliche Wahl der Direktvergabe für die unter Punkt 1 bezeichneten Strecken für einen Zeitraum von länger als 2 Jahren für nichtig erklären in eventu;

ein Nachprüfungsverfahren einleiten und die neuerliche Wahl der Direktvergabe für die unter Punkt 1 bezeichneten Strecken für einen Zeitraum von 10 Jahren für nichtig erklären; in eventu

feststellen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;

werden zurückgewiesen.

B)

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

#### **Text**

BEGRÜNDUNG:

##### I. Verfahrensgang

1. Am 04.12.2018 wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, 2018/S 233-533558, eine Vorinformation betreffend die geplante Direktvergabe gemäß Artikel 5 Abs 6 PSO-VO zur "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland" ab 15.12.2019 veröffentlicht.

2. Am 11.12.2018 brachte die XXXX en (in der Folge Antragstellerin), einen Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, kundgemacht am 04.12.2018, sowie einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, kundgemacht am 04.12.2018, beim Bundesverwaltungsgericht ein.

3. Das Bundesverwaltungsgericht gab dem auf die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe gerichteten Antrag mit Erkenntnis vom 02.10.2019, W139 2211033-2/47E, dahingehend statt, dass die Wahl der Direktvergabe im Hinblick auf die für das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" vorgesehene Verlängerung der zehnjährigen Laufzeit um weitere fünf Jahre für nichtig erklärt wurde. Im Übrigen wurde der Nachprüfungsantrag abgewiesen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde zurückgewiesen.

4. Am 17.10.2019 brachte die Antragstellerin, vertreten durch Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Landstraße Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung betreffend den Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages für die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 beim Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Beschluss vom 28.10.2019, W139 2224493-2/13E, wurden sämtliche Anträge abgewiesen.

5. Am 02.12.2019 brachte die Antragstellerin zunächst Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ein.

6. Am 02.12.2019, beim Bundesverwaltungsgericht am 03.12.2019 eingelangt, brachte die Antragstellerin die im Spruch bezeichneten Anträge auf Nichtigerklärung bzw Feststellung ein. Diese würden den Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages für die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 betreffen.

Das Bundesverwaltungsgericht habe mit Erkenntnis vom 02.10.2019, W139 2211033-2/47E, dem Antrag, es möge die Wahl der Direktvergabe, kundgemacht am 04.12.2018, für nichtig erklären, dahingehend stattgegeben, "dass die Wahl

der Direktvergabe im Hinblick auf die für das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" vorgesehene Verlängerung der zehnjährigen Laufzeit um weitere fünf Jahre für nichtig erklärt wird". Die Antragsgegnerin habe bisher das Vergabeverfahren nicht widerrufen. Am 03.10.2019 sei eine Presseaussendung des BMVIT erfolgt, in welcher das Bundesministerium angekündigt habe, auf Basis der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes die weiteren Schritte zu analysieren. Aufgrund der Aussage des Verkehrsministers, wonach er erfreut sei, "dass das öffentliche Verkehrsangebot in [...] der Ostregion für Reisende, Pendelnde und die österreichische Wirtschaft ab Fahrplanwechsel 2029 nunmehr sichergestellt ist," sei jedoch nicht auszuschließen, dass die Auftraggeberin mit der mitbeteiligten Partei anstelle eines 15-jährigen Vertrages ohne weitere Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO einen Zehnjahresvertrag oder kürzer auch über das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 abschließe. Dafür spreche auch der Umstand, dass der Nationalrat bereits eine entsprechende Ermächtigung für den Abschluss eines solchen Vertrages seitens des Bundesministers für Verkehr, Innovation und Technologie geschaffen habe. Zuletzt habe auch die Tageszeitung "Der Standard" berichtet, dass Verkehrsminister Andreas Reichhardt die Erbringung der Verkehrsleistungen durch die ÖBB für zumindest zehn Jahre "festzurren" möchte. Demnach liege auch bereits ein Verkehrsdienvetervertrag vor, der Insidern zufolge keine Kündigungsmöglichkeit enthalten soll. Auf Grund des Fahrplanwechsels mit 15.12.2019 und dem Auslaufen des bestehenden Verkehrsdienvetervertrages mit Ende des Jahres habe die Antragstellerin guten Grund zur Annahme, dass eine Unterfertigung des Verkehrsdienvetervertrages unmittelbar bevorstehe oder aber die Entscheidung für die Wahl der Direktvergabe für einen Zeitraum von länger als zwei Jahren an die mitbeteiligte Partei betreffend die unter Punkt 1. markierten Strecken bereits getroffen worden sei. Die letzte Auskunft der Antragsgegnerinnen datiere vom 25.11.2019. Die Anträge seien rechtzeitig.

Betreffend das Vorliegen der Antragslegitimation werde auf die Ausführungen des Bundesverwaltungsgerichtes im Erkenntnis vom 02.10.2019 verwiesen. Es müsse der Antragstellerin als potentieller Leistungserbringerin im Rahmen der Vorbereitung und Durchführung der Direktvergabe möglich sein, auch entsprechend aufzutreten und ein Initiativangebot abzugeben. Es entstehe der Antragstellerin durch die rechtswidrige Direktvergabe ein im Entgang der Auftragserteilung, der Erzielung der Deckung der Geschäftsgemeinkosten und eines angemessenen Gewinns sowie ein in den Kosten für die Rechtsverfolgung und für die sonstige Verfahrensteilnahme liegender Schaden; weiters werde ihr die Möglichkeit genommen, die Dienstleistungen in die bereits von ihr erbrachten Verkehre zu integrieren und Neukunden zu gewinnen.

Gesondert anfechtbare Entscheidung sei die Entscheidung der Antragsgegnerinnen, jene Strecken, die im Hinblick auf das Systemangebot in der Anlage zur Vorinformation vom 04.12.2018 gemäß der Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" farbig dargestellt werden auf der Grundlage eben dieser Vorinformation im Wege der Direktvergabe ohne neuerliche Vorinformation bzw Berichtigung und ohne Einhaltung der Ein-Jahresfrist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO für nunmehr eine Vertragslaufzeit von mehr als zwei Jahren an die mitbeteiligte Partei zu vergeben. Die Antragstellerin bekämpfe die Wahl der Direktvergabe sowie die Auswahl des konkreten Betreibers in Gestalt der mitbeteiligten Partei basierend auf einer rechtswidrigen und nicht den Erfordernissen des Art 7 Abs 2 PSO-VO entsprechenden bzw einer fehlenden Vorinformation.

Bei einer Direktvergabe könne das Fehlen einer Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO dazu führen, dass andere potentiell interessierte Wirtschaftsteilnehmer mangels Kenntnis nicht rechtzeitig Einwände erheben könnten und endgültig von der Teilnahme an der wettbewerblichen Vergabe abgeschnitten seien, was den Effektivitätsgrundsatz verletzen könnte. Genau dies sei gegenständlich der Fall. Der Auftraggeberin sei es nämlich infolge des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 02.10.2019 untersagt, ohne neuerliche Vorinformation die beschriebenen Strecken zu vergeben. Das Ziel einer Vorinformation sei es, Unternehmen die Prüfung, ob sie am jeweiligen Auftrag Interesse haben, sowie das Legen eines allfälligen (Initiativ-)Angebotes zu ermöglichen. Erfolge nun eine wesentliche Änderung einer Vorinformation - im Sinne einer bedeutenden Abweichung von der ursprünglichen Vorinformation - werde dieses Ziel vereitelt. Diese Abweichung liege gegenständlich in der wesentlichen Verkürzung der Laufzeit, welche zu wesentlich anderen Kalkulationsannahmen und damit anderen Angeboten führen und eine Erweiterung des Bieterkreises bedeuten würde. Es handle sich quasi um eine "nachträgliche wesentliche Vertragsänderung". Eine neue Vorinformation unter Einhaltung der Ein-Jahresfrist sei daher zur Wahrung des Effektivitäts- und Gleichbehandlungsgrundsatzes (und des daraus folgenden Transparenzgrundsatzes) unabdingbar. Da eine Vorinformation hinsichtlich des bezeichneten Streckenteiles über eine zehnjährige bzw mehr als zweijährige Laufzeit

infolge des Erkenntnisses des Bundesverwaltungsgerichtes vom 02.10.2019 fehle, sei auch eine Berichtigung der Vorinformation nicht zulässig. Auch im Falle einer Berichtigung wäre aus den aufgezeigten Gründen aber die Einhaltung einer Frist von einem Jahr bis zur tatsächlichen Beauftragung erforderlich.

Weiters habe der Auftraggeber im Rahmen seines pflichtgemäßen Ermessens, auch wenn Art 5 Abs 6 PSO-VO diesbezüglich keine Parameter enthalte, weder unsachlich noch willkürlich die Direktvergabe zu wählen und durchzuführen. Das aus dem Gleichheitssatz erfließende Sachlichkeitsgebot verpflichte im Zusammenhang mit Art 126b B-VG den Auftraggeber, dass er sich ausreichend über die Marktlage und potentielle Leistungserbringer informiere und diese Informationen einer Abwägung unterziehe, um die Direktvergabe an einen bestimmten Auftragnehmer in sachlicher Weise vornehmen zu können. Für den Fall, dass im Rahmen der Durchführung einer Direktvergabe auf Grund der Bekanntmachung mehrere Angebote beim Auftraggeber einlangen, seien diese auf Grund des Gebotes zur Einhaltung des Gleichheitsgrundsatzes im Hinblick auf Qualität und Kosteneffizienz miteinander zu vergleichen. Die Gebarungskriterien gemäß Art 126b B-VG seien indirekt Maßstab dafür, ob die Direktvergabe als solche und die konkrete Wahl des Auftragnehmers unter dem Gesichtspunkt dieser öffentlichen Interessen sachlich gerechtfertigt sei. Auch unter diesem Blickwinkel sei sowohl die neuerliche Wahl der Direktvergabe als solche als auch die konkrete Wahl des zukünftigen Betreibers in Gestalt der XXXX (in der Folge auch XXXX ) rechtswidrig, weil die Verschaffung eines Überblicks über die Marktsituation, die Überprüfung der Preisangemessenheit und die Feststellung der Konditionen und möglichen Qualität bei gleichen Kosten im Falle der Bestellung bei alternativen Leistungserbringern - etwa der Antragstellerin - nicht erfolgt seien und zwar insbesondere nicht im Hinblick auf die nunmehr mindestens um ein Drittel verkürzte Vertragslaufzeit und zwar ohne jede tragfähige sachliche Rechtfertigung, wie sie die von der Antragsgegnerin selbst beauftragten Gutachter als Bedingung der Rechtmäßigkeit der Direktvergabe gefordert hätten. Auch hiergegen müsse Rechtsschutz gegeben sein, was sich aus dem Rechtsschutzgebot des Art 5 Abs 7 PSO-VO ergebe.

7. Am 03.12.2019 nahmen die Antragsgegnerinnen, die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge Auftraggeberin oder SCHIG) sowie die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, zu den gegenständlichen Anträgen Stellung.

Die Antragstellerin begehre im Rahmen ihres Antrages vom 02.12.2019 die Nichtigerklärung einer nicht näher bezeichneten (und tatsächlich auch nicht existenten) nach außen tretenden Entscheidung der Antragsgegnerinnen und behaupte das Vorliegen einer seitens der Auftraggeberin getroffenen Entscheidung.

Gegenstand des Antrages bilde ausschließlich "die Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland hinsichtlich der in der Linientaktkarte ,Fahrplan 2029+' der Vorinformation vom 04.12.2018 farbig dargestellten Linien". Der gegenständliche Antrag referenziere daher ausschließlich auf die dem Verfahren zu BVwG GZ W139 2211033-2 zugrundeliegenden Sachverhalte und Leistungen.

Nur gesondert anfechtbare Entscheidungen könnten Gegenstand eines Nachprüfungsantrages sein. Anträge, die sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richten würden, seien unzulässig. Da der gegenständliche Antrag weder die konkret angefochtene Entscheidung nenne noch das Vergabeverfahren bezeichne, wie dies gemäß § 344 Abs 1 Z 1 BVergG gefordert sei, sei der gegenständliche Antrag unzulässig.

Nach dem System des BVergG solle nicht jede vom Auftraggeber im Vergabeverfahren getroffene Entscheidung selbständig bekämpfbar sein. Nichtig erklärt werden könnten vielmehr nur die nach außen als Entscheidungen in Erscheinung tretenden Teilakte des vergebenden Organs im Vergabeverfahren, also privatrechtliche Willenserklärungen des Auftraggebers. Eine gesondert anfechtbare Entscheidung könne daher nur eine nach außen tretende Erklärung einer Rechtsperson sein, die auf die Herbeiführung von Rechtsfolgen gerichtet sei. Anträge gegen interne Willensbildungsvorgänge, die die Antragstellerin vermute, seien ebenfalls als absolut unzulässig zurückzuweisen. Auch die Anfechtung einer (von der Antragstellerin vermuteten) Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO erfordere das Vorliegen einer gesondert anfechtbaren Entscheidung, wobei das Gesetz in diesem Zusammenhang ausschließlich die "Wahl des Vergabeverfahrens" kenne. Die rechtliche Entscheidung, die durch das gerichtliche Erkenntnis entstanden sei, sei nicht als "Entscheidung" im Sinne einer Willenserklärung der Antragsgegnerinnen zu "deuten".

Im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Leistungen liege daher schlichtweg keine solche "nach außen" getretene Erklärung der Antragsgegnerinnen vor, die nach ihrem objektiven Erklärungswert, und nur auf diesen komme es an, auf die "Herbeiführung von Rechtsfolgen" gerichtet sei.

Darüber hinaus sei bis dato noch kein Vertrag im Hinblick auf Schienenpersonenverkehrsdiestleistungen in der Ostregion abgeschlossen worden.

Des Weiteren habe die Antragstellerin mit ihren Nachprüfungsanträgen vom 11.12.2018 bereits exakt diese gesondert anfechtbare Entscheidung betreffend den abzuschließenden Verkehrsdiestevertrag Ostregion bekämpft sowie mit ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung vom 17.10.2019 ebenfalls exakt jene Antragspunkte zum genau gleichen Sachverhalt geltend gemacht wie mit den nunmehr verfahrensgegenständlichen Anträgen, weswegen hinsichtlich der Nachprüfungsanträge jedenfalls eine res iudicata vorliege.

Unabhängig davon, dass zurzeit wie bereits dargelegt noch keine Festlegung getroffen worden sei, sei auch festzuhalten, dass entgegen der Ansicht der Antragstellerin die Antragsgegnerin bereits zum Zeitpunkt der Publikation der Vorinformation vom 04.12.2018 die Wahl des Vergabeverfahrens dergestalt strukturiert habe, dass sich diese Entscheidung jedenfalls auf eine Vergabe der gesamten geplanten Leistungen, so auch der auf den hier verfahrensgegenständlichen Linien, auf zehn Jahre beziehe und dass nur für einzelne Strecken eine "Verlängerung" stattfinde.

Es werde daher die Zurück-, in eventu die Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin begehrts.

8. Mit Schriftsatz vom 04.12.2019, beim Bundesverwaltungsgericht am 05.12.2019 eingelangt, führte die Antragstellerin ergänzend aus, dass aus einem Artikel der Tageszeitung "Der Standard" hervorgehe, dass der Verkehrsdiestevertrag für die Ostregion nächste Woche unterzeichnet werden solle. Es erfolge somit eine Direktvergabe der unter Punkt 1 des Nachprüfungsantrages bzw des Antrages auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung genannten Strecken und es sei daher bereits eine entsprechende Entscheidung für die Direktvergabe dieser Strecken seitens der Antragsgegnerinnen getroffen worden, sodass die Voraussetzung für die Erlassung einer einstweiligen Verfügung gegeben sei. Weiters seien zusätzliche Informationen eingelangt, dass ein Verkehrsdiestevertrag bereits am 05.12.2019 unterzeichnet werden solle.

9. Am 05.12.2019 gaben die Antragsgegnerinnen dem Bundesverwaltungsgericht unter Hinweis auf eine entsprechende Presseaussendung bekannt, dass am 05.12.2019 zwischen der SCHIG und der XXXX ein Vertrag über die Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdiestleistungen in der Ostregion für das Fahrplanjahr 2020 unterzeichnet worden sei und dass eine Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO betreffend die Erbringung von Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland ab 13.12.2020 für die Fahrplanjahre 2021 bis 2029 an das Amtsblatt der Europäischen Union abgesendet worden sei. Daraus erhelle, dass der von der Antragstellerin in den oben näher bezeichneten Verfahren angenommene Sachverhalt tatsächlich nicht vorliege bzw die von der Antragstellerin vermuteten Vergaben nicht vorgenommen worden seien.

10. Am 11.12.2019 erhab die XXXX (in der Folge mitbeteiligte Partei oder XXXX ), vertreten durch Schramm-Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, begründete Einwendungen.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

#### 1. Feststellungen (Sachverhalt)

Die Republik Österreich (Bund), vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie, veröffentlichte am 04.12.2018 gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU, 2018/S 233-533558, betreffend die Erbringung von Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland. Darin wurde angegeben, hinsichtlich der in der Vorinformation näher bezeichneten Dienste und Gebiete einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO im Wege der zu 100% im Eigentum des Bundes stehenden Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (Auftraggeberin oder SCHIG) direkt an die XXXX (XXXX ) vergeben zu wollen.

Am 11.12.2018 brachte die Antragstellerin dagegen einen Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, kundgemacht am 04.12.2018, sowie einen Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, kundgemacht am 04.12.2018, beim Bundesverwaltungsgericht ein.

Mit Erkenntnis vom 02.10.2019, W139 2211033-2/47E, wurde dem Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe hinsichtlich der "Erbringung von Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland" dahingehend stattgegeben, dass die Wahl der Direktvergabe im Hinblick auf die für das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" vorgesehene Verlängerung der zehnjährigen Laufzeit um weitere fünf Jahre für nichtig erklärt wurde. Im Übrigen wurde dieser Nachprüfungsantrag abgewiesen. Der Antrag auf Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung wurde zurückgewiesen.

Eine Presseaussendung des BMVIT vom 03.10.2019, OTS 0087, lautet auszugsweise:

"... Seitens des BMVIT werden auf Basis dieser Entscheidung die weiteren Schritte analysiert. Verkehrsminister Andreas Reichhardt zeigt sich erleichtert: "Ich bin erfreut, dass das öffentliche Verkehrsangebot in Salzburg sowie der Ostregion für Reisende, Pendelnde und die österreichische Wirtschaft ab Fahrplanwechsel 2019 nunmehr sichergestellt ist."

Am 08.10.2019 wurde der Rechtsvertretung der Antragstellerin auf deren Rückfrage durch die Rechtsvertretung der Auftraggeberin mitgeteilt, dass nach Rücksprache mit der zuständigen Behörde und der Auftraggeberin bestätigt wird, dass hinsichtlich der weiteren Vorgehensweise betreffend den Verkehrsdiestevertrag Ostregion noch keine finale Entscheidung seitens der zuständigen Behörde und der Auftraggeberin getroffen wurde.

Am 17.10.2019 brachte die Antragstellerin Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ein. Mit Beschluss vom 28.10.2019, W139 2224493-2/13E, wurden sämtliche Anträge abgewiesen.

Am 25.11.2019 wurde der Antragstellerin auf deren Rückfrage durch die Rechtsvertretung der Auftraggeberin bestätigt, dass seitens des BMVIT bzw der SCHIG noch keine Entscheidung weder hinsichtlich einer Direktvergabe noch hinsichtlich der Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens betreffend die in der Vorinformation genannten Strecken (VDV VOR) getroffen wurde.

Am 02.12.2019 brachte die Antragstellerin zunächst einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung beim Bundesverwaltungsgericht ein und sodann die gegenständlichen Anträge auf Nichtigerklärung bzw Feststellung. Die Antragstellerin entrichtete für die gegenständlichen Anträge Pauschalgebühren in der Höhe von EUR 583,00.

Am 04.12.2019 erfolgte die Absendung einer Bekanntmachung an das Amtsblatt der Europäischen Union unter Verwendung des betreffenden Standardformulars gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO über die beabsichtigte Direktvergabe von Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ab 13.12.2020 für eine Laufzeit von 108 Monaten. Die Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union zu 2019/S 236-580373 erfolgte am 06.12.2019. Im Rahmen dieser Bekanntmachung wird unter Punkt IV. 1) ausgeführt, dass die "gegenständliche Vorinformation [...] die am 4.12.2018 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlichte Vorinformation (Zahl 2018/S 233-533558) [ersetzt]. Die mit der Vorinformation vom 4.12.2018 (Zahl 2018/S 233-533558), abgesendet am 30.11.2018, bekanntgemachte Wahl des Vergabeverfahrens wird hiermit zurückgezogen (Widerruf der dort genannten Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007)."

Am 05.12.2019 wurde in einer Presseaussendung des BMVIT, OTS 0169, bekannt gegeben, dass zwischen der SCHIG und der XXXX für das Fahrplanjahr 2020 ein Vertrag über die Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdiestleistungen in der Ostregion unterzeichnet wurde sowie dass für die Fahrplanjahre 2021 bis 2029 eine Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO zur Veröffentlichung in der Beilage zum Amtsblatt der EU übermittelt wurde.

Eine Entscheidung, Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" für einen mehr als zweijährigen Zeitraum direkt ohne neuerliche Vorinformation oder Berichtigung und ohne Einhaltung der Ein-Jahresfrist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO zu vergeben, wurde weder getroffen, nach außen kommuniziert noch ist eine solche Entscheidung sonst nach außen in Erscheinung getreten.

## 2. Beweiswürdigung

Der festgestellte Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus dem Akteninhalt sowie aus Veröffentlichungen, wie der Veröffentlichung der Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU, 2019/S 236-580373, vom 06.12.2019 sowie den Presseaussendungen des BMVIT. Für das Bundesverwaltungsgericht sind keine Anhaltspunkte dafür erkennbar, dass die Auftraggeberin - abgesehen von der nunmehrigen Veröffentlichung der Vorinformation sowie dem Abschluss des Verkehrsdiestevertrages am 05.12.2019 für das Fahrplanjahr 2020 - eine weitere Entscheidung betreffend die Vergabe der Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland und damit auch betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 auf der Grundlage dieser Vorinformation vom 04.12.2018 oder von dieser losgelöst getroffen und nach außen zum Ausdruck gebracht hat bzw dass eine solche sonst nach außen in Erscheinung getreten ist. Soweit die Antragstellerin zum Beweis dafür zahlreiche Pressemitteilungen bzw Presseaussendungen anführt, so können diese nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichtes die von der Antragstellerin aufgezeigte Vorgehensweise nicht belegen. Zuletzt wurde vielmehr bereits über eine beabsichtigte Notvergabe für ein oder zwei Jahre sowie über eine öffentliche Bekanntgabe einer Direktvergabe ab voraussichtlich Dezember 2020 berichtet (Der Standard, 23.11.2019 sowie 03.12.2019). Schließlich verweist die Antragstellerin selbst auf Korrespondenz mit der Rechtsvertretung der Auftraggeberin, wonach ihr bestätigt worden sei, dass seitens des BMVIT bzw der SCHIG noch keine bzw keine finale Entscheidung - weder hinsichtlich einer Direktvergabe noch hinsichtlich der Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens - betreffend die in der Vorinformation genannten Strecken (VDV VOR) getroffen worden sei. Es bleibt daher insofern vielmehr bei bloßen Vermutungen, welche durch die nunmehr erfolgte neuerliche Veröffentlichung einer Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO sowie den Abschluss eines Verkehrsdiestevertrages für Wien, Niederösterreich und Burgenland für das Fahrplanjahr 2020 betreffend auch die verfahrensgegenständlichen Strecken jedenfalls als widerlegt zu betrachten sind, als damit klar die Absicht der Auftraggeberin zum Ausdruck kommt, die verfahrensgegenständlichen Leistungen nicht für eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren ohne Wahrung der Transparenzanforderungen der PSO-VO vergeben zu wollen. Hierüber wurde das Bundesverwaltungsgericht seitens der Rechtsvertretung der Auftraggeberin unter Verweis auf die entsprechende Absendung der Vorinformation und den erfolgten Vertragsabschluss in Kenntnis gesetzt. Die herangezogenen Beweismittel sind echt. Es bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit dieser Informationen.

### 3. Rechtliche Beurteilung

#### Zu A)

Gemäß Art 135 Abs 1 B-VG iVm§ 2 VwGVG und § 6 BVwGG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht durch Einzelrichter, sofern nicht in Bundes- oder Landesgesetzen die Entscheidung durch Senate vorgesehen ist. Gemäß § 328 Abs 1 BVergG entscheidet das Bundesverwaltungsgericht in den Angelegenheiten des § 327, soweit es sich nicht um die Entscheidung über einen Antrag auf Bewilligung der Verfahrenshilfe für die Einbringung eines Feststellungsantrags, die Entscheidung über einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, die Entscheidung über den Gebührenersatz oder die Entscheidung über einen Verfahrenseinstellung nach Zurückziehung eines Nachprüfungs- oder Feststellungsantrages handelt, in Senaten. Vorliegend hat das Bundesverwaltungsgericht über die oben wiedergegebenen Anträge auf Nichtigerklärung bzw Feststellung zu entscheiden. Somit liegt gegenständlich Senatszuständigkeit vor.

Das Verfahren der Verwaltungsgerichte ist mit Ausnahme des Bundesfinanzgerichtes gemäß§ 1 VwGVG durch dieses geregelt. Gemäß § 58 Abs 2 VwGVG bleiben entgegenstehende Bestimmungen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Bundesgesetzes bereits kundgemacht wurden, in Kraft. Zu diesen Bestimmungen zählt der 4. Teil des BVergG, der die Bestimmungen über den Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht enthält.

Nach § 333 BVergG sind die Bestimmungen des AVG mit Ausnahme seiner §§ 1 bis 5 sowie seines IV. Teils im Verfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht sinngemäß anzuwenden, soweit nicht das BVergG und das VwGVG anderes bestimmen.

Gemäß § 28 Abs 1 VwGVG hat das Verwaltungsgericht die Rechtssache durch Erkenntnis zu erledigen, sofern die Beschwerde nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist. Gemäß § 31 Abs 1 VwGVG erfolgen die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist.

Die "Wahl des Vergabeverfahrens" ist gemäß § 2 Z 15 lit a sublit gg BVergG bei der Direktvergabe und bei der Durchführung von Verfahren gemäß Art 5 Abs 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 PSO-VO eine gesondert anfechtbare Entscheidung.

Gemäß § 334 Abs 2 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht bis zur Zuschlagserteilung bzw bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens Bundesverwaltungsgericht zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen dieses Bundesgesetz und die hierzu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig 1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen, sowie 2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen des Auftraggebers im Rahmen der vom Antragsteller geltend gemachten Beschwerdepunkte. Gemäß § 334 Abs 3 Z 3 BVergG ist das Bundesverwaltungsgericht nach Zuschlagserteilung zur Feststellung zuständig, ob ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt wurde.

Gemäß § 342 Abs 1 BVergG kann ein Unternehmer 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. Gemäß § 353 Abs 1 Z 2 BVergG kann ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war.

Gemäß § 344 Abs 1 Z 1 BVergG hat ein Antrag gemäß § 342 Abs 1 jedenfalls die Bezeichnung des betreffenden Vergabeverfahrens sowie der gesondert angefochtenen Entscheidung zu enthalten. Gemäß § 344 Abs 2 Z 1 BVergG ist der Antrag jedenfalls unzulässig, wenn er sich nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet.

Die Antragstellerin stellt ihr Interesse am Vertragsabschluss und den ihr durch den Verlust der Chance auf Zuschlagserteilung im gegenständlichen Vergabeverfahren entstandenen bzw drohenden Schaden iSd §§ 342 Abs 1 bzw 353 Abs 1 BVergG plausibel dar, sodass die Antragslegitimation der Antragstellerin gegeben ist (siehe auch BVwG 02.10.2019, W139 2211033-2/47E).

Die Antragstellerin bezeichnet als Auftraggeberin die SCHIG, diese ist Auftraggeberin iSd § 2 Z 5 BVergG. Die SCHIG steht zu 100% im Eigentum der Republik Österreich (Bund). Sie ist öffentliche Auftraggeberin gemäß § 4 Abs 1 Z 2 BVergG (stRspr zB VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0139; ua BVwG 18.02.2019, W187 2211696-2/33E; BVwG 16.05.2018, W187 2189272-2/28E; BVwG 02.10.2015, W134 2114723-1/2E; BVA 01.06.2011, F/0003-BVA/14/2011-45).

Die Antragstellerin bezeichnet als Auftragsgegenstand den "Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages für die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonennah- und - regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 4.12.2018". Der Nachprüfungsantrag richtet sich gegen die "neuerliche Wahl der Direktvergabe hinsichtlich der unter Punkt 1 dargestellten Strecken ohne neuerliche Vorinformation bzw Berichtigung und ohne Einhaltung der in Art 7 Abs 2 PSO-VO vorgesehenen Ein-Jahresfrist einschließlich der Beauftragung der mitbeteiligten Partei betreffend die unter Punkt 1. näher bezeichneten Strecken. Als gesondert anfechtbare Entscheidung bezeichnet die Antragstellerin die "Entscheidung der Antragsgegnerinnen jene Strecken, die im Hinblick auf das Systemangebot in der Anlage zur Vorinformation vom 4.12.2019 gemäß der Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" farbig dargestellt werden auf der Grundlage eben dieser Vorinformation im Wege der Direktvergabe ohne neuerliche Vorinformation bzw Berichtigung und ohne Einhaltung der Ein-Jahresfrist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO für nunmehr eine Vertragslaufzeit von mehr als 2 Jahren an die mitbeteiligte Partei zu vergeben". Demgemäß ist auch das Begehren der Antragstellerin betreffend die Erlassung einer einstweiligen Verfügung im Wesentlichen darauf gerichtet, der Auftraggeberin einen Vertragsabschluss mit der bzw die Zuschlagserteilung an die XXXX ausschließlich für einen länger als zwei Jahre dauernden Leistungszeitraum zu untersagen.

Im Feststellungs- und Nachprüfungsverfahren wird der jeweilige Verfahrensgegenstand durch die vom Antragsteller angefochtene Auftraggeberentscheidung festgelegt (Hofer in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 23 zu § 334). Nach dem Konzept des Bundesvergabegesetzes sind nur nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärungen,

welche dem Auftraggeber zuzurechnen sind, vergaberechtlich relevante Auftraggeberentscheidungen. Bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung, die nicht nach außen treten, und bloßes Untätigsein des öffentlichen Auftraggebers können nicht als anfechtbare Entscheidungen angesehen werden. Unterlassungen des Auftraggebers kommen als anfechtbare Entscheidungen nur insofern in Betracht, als sie einen solchen Erklärungswert besitzen, dass sie als selbständige Teilakte des Vergabeverfahrens nach außen in Erscheinung treten und ein dementsprechendes Rechtsschutzbedürfnis auslösen würden (siehe § 2 Z 15 lit a BVergG 2018; VfGH 02.03.2002, B 691/01, B 856/01; ua VwGH 08.08.2018, Ra 2015/04/0013; VwGH 18.05.2016, Ra 2016/04/0001; VwGH 17.09.2014, 2013/04/0149; VwGH 30.06.2004, 2004/04/0028; VwGH 24.10.2001, 2001/04/0138; Hofer/Fink, Die Zuschlagsentscheidung nach dem Bundesvergabesetz 2002, in Bundesvergabeamt, Standpunkte zum Vergaberecht [2003]; Hofer in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 89ff zu § 334; Götzl in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 100ff zu § 342; RV 69 BlgNR XXVI. GP, 9). Nur vermutete, nicht nach außen in Erscheinung getretene Entscheidungen können demnach nicht Gegenstand eines Nachprüfungsantrages sein (VwGH 24.10.2001, 2001/04/0138).

Bei der "Wahl des Vergabeverfahrens" handelt es sich im Falle der Durchführung eines Verfahrens gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO um eine gesondert anfechtbare Entscheidung gemäß § 2 Z 15 lit a sublit gg BVergG. Damit ist die Entscheidung, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Eisenbahnverkehr gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO direkt vergeben zu wollen, wie dies Art 5 Abs 7 PSO-VO fordert, grundsätzlich einer Anfechtung und nachprüfenden Kontrolle zugänglich. Demgegenüber ist, wenn die Antragstellerin vermeint, es müsse auch die Möglichkeit zur Bekämpfung der Wahl des konkreten Betreibers, mit dem der Vertrag abgeschlossen werden soll, bestehen, darauf zu verweisen, dass gemäß § 2 Z 15 lit a sublit gg BVergG die Zuschlagsentscheidung keine im Rahmen eines nach Art 5 Abs 6 PSO-VO durchgeföhrten Verfahrens ergehende gesondert anfechtbare Entscheidung darstellt. Eine solche Entscheidung ist einer Direktvergabe fremd (siehe etwa RV 69 BlgNR XXVI. GP 75).

Dies bedeutet für die vorliegende Konstellation:

Aus dem gesamten gegenständlichen Antragsvorbringen in Zusammenhang mit jenem Vorbringen zu den Anträgen auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung und den konkret begehrten vorläufigen Sicherungsmaßnahmen erhellt unmissverständlich, dass die Antragstellerin ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe betreffend die in der Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" farbig dargestellten Strecken ohne neuerliche Vorinformation bzw Berichtigung und ohne Einhaltung der in Art 7 Abs 2 PSO-VO vorgesehenen Ein-Jahresfrist für eine Vertragslaufzeit von mehr als zwei Jahren bekämpft; nämlich einerseits, indem sie die Nichtigerklärung dieser Wahl der Direktvergabe und andererseits, indem sie eventualiter die Feststellung der rechtswidrigen Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung begeht.

Im Hinblick auf die von der Antragstellerin als verfahrensgegenständlich bezeichneten Leistungen, nämlich jene Verkehrsdienstleistungen betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018, wurde zunächst in Form eben dieser Vorabveröffentlichung gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO im Supplement zum Amtsblatt der EU, 2018/S 233-533558, vom 04.12.2018 eine Entscheidung, mit welcher die "Wahl des Vergabeverfahrens", vorliegend die Wahl der Direktvergabe, nach außen erkennbar zum Ausdruck gelangte, getroffen. Diese Entscheidung wurde von der Antragstellerin angefochten. Über den betreffenden Nachprüfungsantrag vom 11.12.2018 wurde mit Erkenntnis vom 02.10.2019, W139 2211033-2/47E, rechtskräftig dahingehend abgesprochen, dass die Wahl der Direktvergabe im Hinblick auf die für das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" vorgesehene Verlängerung der zehnjährigen Laufzeit um weitere fünf Jahre für richtig erklärt wurde.

Wie das Ermittlungsverfahren ergeben hat, wurde in der Folge weder auf der Grundlage dieser Vorinformation vom 04.12.2018 noch losgelöst von dieser eine Entscheidung bzw Festlegung dahingehend getroffen, jene Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 ohne neuerliche Vorinformation bzw Berichtigung und ohne Einhaltung der in Art 7 Abs 2 PSO-VO vorgesehenen Ein-Jahresfrist für eine Vertragslaufzeit von mehr als zwei Jahren direkt zu vergeben. Folge dessen ist auch keine derartige, der Auftraggeberin zurechenbare Willenserklärung nach außen in Erscheinung getreten, mit welcher die Entscheidung über die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe (neuerlich) nach außen erkennbar geworden wäre. Insofern ist auch klar zutage

getreten, dass das von der Antragstellerin bezeichnete Vergabeverfahren einer Direktvergabe von Verkehrsdienstleistungen betreffend ausschließlich das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 für eine Vertragslaufzeit von mehr als zwei Jahren nicht bereits durch Zuschlagserteilung abgeschlossen wurde. Dabei handelt es sich sohin um bloße Vermutungen seitens der Antragstellerin. Wie unter Punkt 2. (Beweiswürdigung) aufgezeigt, sind die angeführten Pressemitteilungen bzw. Presseaussendungen insbesondere auch angesichts der Auskunftserteilung der Rechtsvertretung der Auftraggeberin an die Rechtsvertretung der Antragstellerin nicht geeignet, diese Annahmen der Antragstellerin zu stützen. Verdeutlicht wird dies letztlich durch die nunmehr am 06.12.2019 erfolgte Veröffentlichung einer neuerlichen Vorinformation betreffend die Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland einschließlich das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 sowie durch den ausschließlich das Fahrplanjahr 2020 betreffenden Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages.

Es ist daher festzuhalten, dass weder die von der Antragstellerin angefochtene Auftraggeberentscheidung existiert noch ein Vertrag über die bezeichneten Verkehrsdienstleistungen für eine mehr als zweijährige Laufzeit auf Grundlage der Vorinformation vom 04.12.2018 oder losgelöst davon abgeschlossen wurde.

Die Nichtigerklärung einer Entscheidung eines Auftraggebers setzt aber voraus, dass eine solche Entscheidung zum Zeitpunkt der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts auch tatsächlich besteht. "Nichtigerklären" bedeutet, einen (gesetzten) Akt aufzuheben, dh den Stand der Nichtentscheidung herzustellen. Wurde eine Entscheidung eines Auftraggebers aber gar nicht getroffen, kann diese Entscheidung auch nicht für nichtig erklärt werden, da sie nicht dem Rechtsbestand angehört. Die Nachprüfungsanträge waren daher bereits insofern zurückzuweisen (VwGH 24.01.2001, 2001/04/0004; BVwG 05.12.2018, W139 2206369-2/24E mwN; BVwG 28.07.2016, W134 2122936-2/32E).

Ebenso war der gegenständliche Feststellungsantrag bereits mangels Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zurückzuweisen. Feststellungsverfahren setzen die Beendigung eines Vergabeverfahrens durch Zuschlagserteilung oder Widerruf voraus (Hofer in Gast [Hrsg.], BVergG - Leitsatzkommentar, E 100 zu § 334). Der vermutete Vertragsabschluss über Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland betreffend das Systemangebot auf den farbig dargestellten Linien gemäß Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" der Vorinformation vom 04.12.2018 für eine Laufzeit von mehr als zwei Jahren liegt gegenständlich, wie aufgezeigt, nicht vor. Die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichtes zur begehrten Feststellung ist daher nicht gegeben.

Es war daher spruchgemäß zu entscheiden. Über den Antrag auf Gebührenersatz wird gesondert entschieden werden.

Zum Entfall der mündlichen Verhandlung:

Eine mündliche Verhandlung kann gemäß § 339 Abs 1 Z 1 BVergG ungeachtet eines diesbezüglichen Antrags einer Verfahrenspartei entfallen, wenn der verfahrenseinleitende Antrag zurückzuweisen ist. Dem dürfen Art 6 EMRK und Art 47 GRC nicht entgegenstehen.

Die Anträge auf Nichtigerklärung sind als unzulässig zurückzuweisen, weil die angefochtene Auftraggeberentscheidung nicht existiert und sich der Antrag damit nicht gegen eine gesondert anfechtbare Entscheidung richtet (§ 344 Abs 2 Z 1 BVergG). Der Antrag auf Feststellung ist mangels erfolgter Zuschlagserteilung und daher mangels Feststellungskompetenz des Bundesverwaltungsgerichtes zurückzuweisen, was den Entfall der mündlichen Verhandlung trotz eines darauf gerichteten Antrages gemäß § 339 Abs 1 BVergG ermöglicht (zu § 18 Abs 2 Z 1 S.VKG 2007 zB VwGH 20.05.2015, 2013/04/0004; zu § 24 Abs 1 Z 1 VwGVG zB VwGH 20.03.2018, Ra 2018/05/0033; 09.01.2019, Ra 2018/08/0244; 22.01.2019, Ra 2018/05/0282, 0283). Darüber hinaus ist auch deshalb eine Entscheidung aufgrund der Aktenlage möglich, weil zur Ermittlung des maßgeblichen Sachverhaltes keine weitere Erörterung notwendig ist (zu § 24 Abs 4 VwGVG zB VwGH 09.09.2015, Ra 2015/03/0050; 20.12.2016, Ra 2016/03/0113 jeweils mwN). Sämtliche entscheidungsrelevanten Feststellungen ergaben sich aus den Schriftsätze der Parteien, den Beilagen zu den Schriftsätze sowie den aufgezeigten Veröffentlichungen. Deren Inhalt steht eindeutig fest und ist den Verfahrensparteien bekannt. Das Parteiengehör gemäß § 45 Abs 3 AVG wurde durch Übermittlung sämtlicher Schriftsätze der Antragstellerin und der Auftraggeberin jedenfalls gewahrt.

Zu B)

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.

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 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 die grundsätzliche Bedeutung einer zu lösenden Rechtsfrage vor. Dazu wird auf die unter

3. A) zitierte höchstgerichtliche Rechtsprechung verwiesen.

#### **Schlagworte**

Antragslegitimation, Direktvergabe, Feststellungsantrag,  
Feststellungsverfahren, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,  
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung,  
öffentlicher Auftraggeber, Schaden, Vergabeverfahren, vorherige  
Bekanntmachung, Wahl des Vergabeverfahrens, Willenserklärung,  
Zurechenbarkeit, Zurückweisung

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

ECLI:AT:BVWG:2019:W139.2226062.2.00

#### **Zuletzt aktualisiert am**

24.02.2020

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

© 2026 JUSLINE

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

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