

Gericht

Verwaltungsgerichtshof

Entscheidungsdatum

01.02.2017

Geschäftszahl

Ra 2016/04/0149

Betreff

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler und den Hofrat Dr. Kleiser sowie die Hofrätin Mag. Hainz-Sator als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revision der W GmbH in W, vertreten durch B&S Böhmendorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 3. November 2016, Zl. W134 2114723- 2/69E, W134 2116832-2/41 E, betreffend vergaberechtliches Feststellungsverfahren (mitbeteiligte Parteien:

1. Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH in 1020 Wien, Lassallestraße 9b, vertreten durch die Finanzprokurator in 1011 Wien, Singerstraße 17-19, 2. Ö AG in 1100 W, Am Hauptbahnhof 2, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), den **Beschluss** gefasst:

Spruch

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung**Vorgeschichte**

1 Zur Vorgeschichte kann gemäß § 43 Abs.2 VwGG auf das über eine Revision der auch hier revisionswerbenden Partei ergangene hg. Erkenntnis vom 18. Mai 2016, Ra 2016/04/0001, verwiesen werden. In diesem Erkenntnis führte der Verwaltungsgerichtshof (soweit vorliegend wesentlich) aus:

"1 Mit dem angefochtenen Beschluss wurde 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 die erstmitbeteiligte Auftraggeberin nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 30. Oktober 2015 Folgendes entschieden:

...

Die Feststellungsanträge der Revisionswerberin, das Verwaltungsgericht möge feststellen, ,dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt' worden sei bzw. ,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' gewesen sei und jedenfalls den Vertrag, mit dem die erstmitbeteiligte Auftraggeberin die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die zweitmitbeteiligte Partei vergeben habe, für nichtig zu erklären, wurden gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen (Spruchpunkte A.V. und VI.).

...

Zum vorgelegten Kursbuch für 2016

12 Die vorliegenden Feststellungsanträge waren auf die Feststellung gerichtet, dass die erstmitbeteiligte Auftraggeberin ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt hat. Dieses Vergabeverfahren betraf die behauptete Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen an die zweitmitbeteiligte Partei für den Fahrplan (das Fahrplanjahr) 2015/2016.

13 Nach der Aktenlage legte die Revisionswerberin - wie von ihr in der Revision vorgebracht - in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2015 dem Verwaltungsgericht zum Beweis dafür, dass wesentliche Änderungen

im Fahrplan aufgrund eines bestehenden öffentlichen Auftrages vorgenommen worden seien und insoweit bereits ein Vertrag betreffend die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen für diesen Zeitraum abgeschlossen worden sei, auch -dieser Stellungnahme zufolge- das Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015/2016 (Beilage ./36) vor.

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

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

Zur Ausschlussfrist nach § 332 Abs. 3 BVergG 2006 16 Abgesehen von der Frage, ob sich die Feststellungsanträge

der Revisionswerberin auch auf die Vertragsänderung vom 17. März 2015 beziehen, ist zu der vom Verwaltungsgericht für die Zurückweisung herangezogenen Ausschlussfrist auf Folgendes hinzuweisen:

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

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

Ergebnis

19 Wie angeführt ist der angefochtene Beschluss im Umfang der Zurückweisung der Feststellungsanträge (Spruchpunkte A.V. und VI.) mit Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften belastet. Diese Rechtswidrigkeit schlägt auf die weiteren Spruchpunkte (A.VII. und B.) durch.

Der angefochtene Beschluss war daher in dem im Spruch angeführten Umfang gemäß § 42 Abs. 2 Z 2 lit. b und c VwGG aufzuheben."

2 Mit dem im fortgesetzten Verfahren ergangenen und neuerlich angefochtenen Beschluss wurden die (oben angeführten) Feststellungsanträge der Revisionswerberin gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen (A.I. und II.), die Anträge auf Pauschalgebührenerstattung gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen (A.III.) sowie sämtliche weitere im Verfahren gestellten Anträge gemäß § 312 BVergG 2006 abgewiesen (A.IV.). Die Revision wurde für nicht zulässig erklärt (B.)

3 Begründend führte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen aus, es habe zum Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015/2016 entsprechende Ermittlungen geführt. Nach diesen Ermittlungen (Hinweis auf näher bezeichnete Zeugenaussagen) stehe fest, dass der schriftliche Vertrag zwischen der erstmitbeteiligten Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei zur Fahrplananpassung 2016 (Anlage zum Verkehrsdienstvertrag (VDV) - Bund) am 15. Februar 2016 unterzeichnet worden sei. Diesbezüglich habe die Revisionswerberin auch Feststellungsanträge in einem gesonderten Verfahren vor dem Verwaltungsgericht (zur GZ W149 2121539) gestellt. Der Rechtsschutz bezüglich dieses Vertrages sei daher gewährleistet. Es seien im vorliegenden Verfahren auch keine mündlichen Verträge zwischen der erstmitbeteiligten Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei hervorgekommen. Die mündliche Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht habe vielmehr ergeben, dass es sich bei dem Kursbuch 110 für das Fahrplanjahr 2015/2016 um geplante Fahrplanstände gehandelt habe, die im Wege einer Indiskretion an das Internetforum Österreich (www.b***.info) gelangt seien, wo sie von der Revisionswerberin entnommen und dem Verwaltungsgericht als Beweismittel vorgelegt worden seien. Es handle sich nicht um eine Produktion von Fahrplänen, da der Druck von Fahrplanheften erst nach dem 30. November 2015 erfolgt sei, das Kursbuch von der Revisionswerberin aber bereits am 14. Oktober 2015 dem Verwaltungsgericht vorgelegt worden sei.

4 Dagegen sei zum Zeitpunkt der vorliegend zu beurteilenden Feststellungsanträge vom 22. September 2015 und 6. November 2015 kein schriftlicher Vertrag zwischen der erstmitbeteiligten Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei betreffend den Fahrplan 2016 vorgelegen. Zum Vorbringen der Revisionswerberin, es sei schon vor diesem Zeitpunkt zu einer faktischen Einigung gekommen, sei auf § 2 Z 50 BVerG 2006 hinzuweisen, wonach die Zuschlagserteilung (Zuschlag) die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung sei, sein Angebot anzunehmen. Ein solcher schriftlicher Vertrag sei vor dem 15. Februar 2016 nicht vorgelegen.

5 Zudem fehle der Revisionswerberin der notwendige Schaden, da der gegenständliche Verkehrsdienstevertrag gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung 1370/2007 (VO 1370/2007) direkt vergeben worden sei und die Revisionswerberin daher kein subjektives Recht auf Teilnahme an diesem Vergabeverfahren zukomme.

6 Die vom Verwaltungsgerichtshof in den Rz. 16 ff des Erkenntnisses Ra 2016/04/0001 angesprochene Ausschlussfrist sei nicht mehr entscheidungsrelevant.

7 Die Beweisanträge der Revisionswerberin seien abzuweisen gewesen, weil der Sachverhalt ausreichend ermittelt worden sei und die Sache entscheidungsreif sei.

8 Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision.

Rechtslage

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

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

11 Nach § 34 Abs. 1a VwGG ist der Verwaltungsgerichtshof bei der Beurteilung der Zulässigkeit der Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG an den Ausspruch des Verwaltungsgerichtes gemäß § 25a Abs. 1 VwGG nicht gebunden. Die Zulässigkeit einer außerordentlichen Revision gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG hat der Verwaltungsgerichtshof im Rahmen der dafür in der Revision vorgebrachten Gründe (§ 28 Abs. 3 VwGG) zu überprüfen. **Zulässigkeit**

12 Die Revisionswerberin bringt zur Zulässigkeit der Revision vor, es liege keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage vor, ob im Hinblick auf die Auslegungsrichtlinien der Europäischen Kommission zur VO 1370/2007 (Verweis auf die Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsleistungen auf Schiene und Straße 2014/C 92/01, ABl. C 92 vom 29.3.2014, S. 1-21) eine Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen in Österreich noch zulässig sei.

Zu diesem Vorbringen ist auf die Rechtsprechung des EuGH hinzuweisen, wonach derartige Bekanntmachungen der Kommission für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich sind (vgl. das hg. Erkenntnis vom 31. Jänner 2013, 2010/04/0070, mit Verweis auf das Urteil des EuGH vom 13. Dezember 2012 in der Rechtssache C- 226/11, Expedia, zur sogenannten De-minimis-Bekanntmachung der Europäischen Kommission im Bereich des Europäischen Wettbewerbsrechts).

Zu den vom Unionsrecht vorgegebenen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen für die Prüfung der Zulässigkeit einer Änderung bestehender Verträge ist alleine die Rechtsprechung des EuGH maßgeblich.

In diesem Sinne führt die Kommission selbst in der genannten Mitteilung aus, 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).

13 Soweit die Revisionswerberin es als zwingend geboten ansieht, die Rechtsfrage, ob es mit der VO 1370/2007 vereinbar sei, bei der Erbringung von

Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen die Revisionswerberin durch einen gänzlichen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zu diskriminieren, dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) nach Art. 267 Abs. 3 AEUV vorzulegen, genügt es darauf hinzuweisen, dass diese Rechtsfrage nicht Gegenstand des angefochtenen Beschlusses ist. Dieser hat ausschließlich die verfahrensrechtliche Frage der Zulässigkeit zweier näher bezeichneter Feststellungsanträge zum Gegenstand.

14 Die Revision bringt weiter zu ihrer Zulässigkeit vor, es gebe keine Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes zur Frage, wie der Begriff "Zuschlag" in § 2 Z 50 BVerG 2006 im Sinne des Grundsatzes des effektiven Rechtsschutzes verfassungskonform und unionsrechtskonform auszulegen sei. Durch die Verletzung des Transparenzgebotes werde potentiellen Interessenten die Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren genommen. Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-26/03, Stadt Halle, sei

bereits die Aufnahme konkreter Vertragsverhandlungen eine nachprüfbare Willensäußerung des öffentlichen Auftraggebers. Auch habe sich das Verwaltungsgericht im fortgesetzten Verfahren nicht ausreichend mit dem von der Revisionswerberin vorgelegten Kursbuch auseinandergesetzt.

15 Gemäß § 2 Z 50 BVerG 2006 ist der Zuschlag die an den Bieter abgegebene schriftliche Erklärung, sein Angebot anzunehmen. Das Bundesverwaltungsgericht ist gemäß § 312 Abs. 3 BVerG 2006 zuständig, nach Zuschlagserteilung (und damit nach Vertragsschluss) bestimmte, näher spezifizierte Feststellungen zu treffen (vgl. zur Rechtslage vor Einführung der Verwaltungsgerichte den hg. Beschluss vom 25. März 2014, 2011/04/0121). Gegen diese Anknüpfung des Feststellungsverfahrens an den Vertragsschluss bestehen keine verfassungs- und unionsrechtlichen Bedenken, zumal auch die Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG in der Fassung 2007/66/EG bei der den Mitgliedsstaaten möglichen Beschränkung auf Schadenersatz (Art. 2 Abs. 7) auf den Vertragsschluss abstellt. Zum Erfordernis der Schriftlichkeit wird darauf hingewiesen, dass auch der - nach ihrem Art. 1 Abs. 1 für die Anwendbarkeit der Rechtsmittelrichtlinie maßgebliche - Begriff des öffentlichen Auftrags in Art. 2 Abs. 1 Z 5 der Richtlinie 2014/24/EU auf einen schriftlich geschlossenen entgeltlichen Vertrag abstellt. Das von der Revisionswerberin angeführte Urteil des EuGH "Stadt Halle" ist nicht einschlägig, weil es sich auf die Nachprüfung von Entscheidungen eines Auftraggebers vor Vertragsschluss bezieht (vgl. etwa die Rn. 31 und 41).

16 Das Verwaltungsgericht hat daher zutreffend zur Beurteilung der Zulässigkeit der Feststellungsanträge der Revisionswerberin auf den Vertragsschluss im gegenständlichen Vergabeverfahren abgestellt. Dieser sei erst nach der Einbringung der vorliegenden Feststellungsanträge erfolgt und auch Gegenstand eines gesonderten vergaberechtlichen Feststellungsverfahrens. Schon im Hinblick auf diese auf einer nicht als grob fehlerhaft oder unvertretbar zu erkennenden Beweiswürdigung beruhende Feststellung des Verwaltungsgerichts über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses stellt sich die von der Revisionswerberin behauptete Rechtsfrage in der vorliegenden Rechtssache nicht (vgl. zum Vorliegen einer grundsätzlichen Rechtsfrage im Zusammenhang mit einer Beweiswürdigung etwa den hg. Beschluss vom 7. März 2016, Ra 2016/02/0020, mwN).

Ergebnis

17 In der Revision werden keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher zurückzuweisen.

Wien, am 1. Februar 2017

European Case Law Identifier

ECLI:AT:VWGH:2017:RA2016040149.L00