



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.^a Sowa, über die Revision 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 31. Juli 2017, Zlen. W138 2159835-2/47E, W138 2159256-2/48E, W138 2159507-2/50E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. S mbH in W, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstraße 17-19, 2. Ö AG in W, vertreten durch die Schramm-Öhler Rechtsanwälte OG in 1010 Wien, Bartensteingasse 2), den **Beschluss** gefasst:

Die Revision wird zurückgewiesen.

Begründung:

- 1 **1.** Die erstmitbeteiligte Partei (Auftraggeberin) veröffentlichte am 27. Mai 2017 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 Tirol“ eine Direktvergabe betreffend einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 an die zweitmitbeteiligte Partei. Als Leistungsbeginn ist der 15. Dezember 2019 vorgesehen.
- 2 Die Revisionswerberin stellte am 29., 30. und 31. Mai 2017 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 Verstößen gegen das BVergG 2006, die hiezu



ergangenen Verordnungen und das unmittelbar anwendbare Unionsrecht 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 27. Mai 2017. Zudem brachte die Revisionswerberin im Wesentlichen gleichlautende Anträge gegen die Auftraggeberentscheidung ein, die am 22. bzw. 23. Mai 2017 auf der Homepage des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie und mit einer Presseaussendung nach außen in Erscheinung getreten ist.

- 3 **2.1.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 31. Juli 2017 wies das Bundesverwaltungsgericht die Nachprüfungsanträge gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2006 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 ab und die in allen drei Verfahren in eventu gestellten Feststellungsanträge gemäß § 312 Abs. 3 BVergG 2006 zurück. Die ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG erklärte es für nicht zulässig.
- 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. Bei der Wahl der Direktvergabe handle es sich um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers.
- 5 Im vorliegenden Fall sei eine „harmonisierte Vergabe“ beabsichtigt. Die zweitmitbeteiligte Partei solle durch die Auftraggeberin für den Bund und das Land Tirol beauftragt werden, um gemeinwirtschaftliche Leistungen zu bündeln und eine abgestimmte Fahrplangestaltung zu ermöglichen.
- 6 Ein Auftraggeber könne bei einem Wechsel des Betreibers auch soziale Aspekte berücksichtigen. Dazu zähle die Übernahme der bisher mit der



Erbringung des Personenverkehrsdienstes befassten Mitarbeiter. Damit sei eine Berücksichtigung der Personalkosten der zweitmitbeteiligten Partei in den Überlegungen zur Vergabe des Auftrages zulässig.

- 7 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.
- 8 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 sei grundsätzlich anzunehmen, zumal diese bereits Verkehrsdienstleistungen für den Bund und das Land Tirol erbringe. Auch habe die zweitmitbeteiligte Partei eine Rahmenvereinbarung über die Anschaffung von rollendem Material abgeschlossen. Diese diene einer Erneuerung der Regionalverkehrstriebwagen in ganz Österreich. Das rollende Material müsse jeder potentielle Betreiber beschaffen.
- 9 Nach den Regeln der Verordnung (EG) 1370/2007 dürften Gespräche bereits vor Veröffentlichung der Vorinformation und auch innerhalb der Einjahresfrist erfolgen. Bei einer Direktvergabe erweise sich daher das Führen von Gesprächen vor Absendung der Vorinformation als zulässig. Die in diesem Zusammenhang von der Revisionswerberin beantragte Einvernahme eines



Vorstandsmitgliedes der zweitmitbeteiligten Partei und des Geschäftsführers der B GmbH sei somit nicht erforderlich gewesen.

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

11 **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 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.

12 **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 Vorabsprachen 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 angefochtenen 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. Dagegen sei vom Verwaltungsgericht schon deshalb verstoßen worden, weil es einen „Rückgriff auf das Primärrecht der Union im gegenständlichen Fall“ für nicht zulässig erachtet habe.

- 13 Zudem habe die Revisionswerberin im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht Beweise dafür angeboten, dass bereits vor der Veröffentlichung der Vorinformation geheime und völlig intransparente Vorabsprachen zwischen der Auftraggeberin und der zweitmitbeteiligten Partei stattgefunden hätten. Die Anträge, das zuständige Vorstandsmitglied der zweitmitbeteiligten Partei und den Geschäftsführer der B GmbH einzuvernehmen, seien vom Verwaltungsgericht jedoch aus vollkommen verfehlter Rechtsansicht abgewiesen worden. Durch die Einvernahme der Zeugen hätte nachgewiesen werden können, dass der zweitmitbeteiligten Partei die Spezifikationsanforderungen für die zum Einsatz kommenden Zuggarnituren (zumindest teilweise) bereits vor der Veröffentlichung der Vorinformation bekannt gewesen seien und der Bestellvorgang bei der Fahrzeugherstellerin B GmbH in Gang gesetzt worden sei.
- 14 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 als Zuschlagsempfängerin in Aussicht genommenen Zweitmitbeteiligten ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil erwachse. Die „Bruttovergabe“ laufe auf eine staatliche 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). Schließlich stelle sich die Frage, ob eine Berücksichtigung von Personalkosten bzw. Pensionslasten der zweitmitbeteiligten Partei bei der Vergabe des Auftrages zulässig sei.



- 15 **5.2.** Wird eine Abweichung von der Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes geltend gemacht, hat der Revisionswerber konkret darzulegen, dass der der gegenständlich angefochtenen Entscheidung zu Grunde liegende Sachverhalt jenem 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).
- 16 In dem von der Revisionswerberin zitierten Erkenntnis VwGH 2012/04/0082 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 der im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde.
- 17 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. Bei einer Direktvergabe kann 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 (vgl. § 25 Abs. 10 BVergG 2006). Ausgehend davon wird im gegenständlichen Zulässigkeitsvorbringen (auch nicht mit dem allgemeinen Verweis auf das Primärrecht der Europäischen Union) weder 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, noch die Relevanz des behaupteten Verfahrensmangels der unterlassenen Zeugeneinvernahme aufgezeigt (vgl. zum Erfordernis der Relevanzdarstellung etwa VwGH 25.10.2018, Ra 2018/09/0174, mwN). Ebenso wird nicht aufgezeigt, inwieweit die vom Verwaltungsgericht neben anderen Aspekten ins Treffen geführte Berücksichtigung von Personalkosten bzw. Pensionslasten der zweitmitbeteiligten Partei für sich genommen zu einer Verletzung des Diskriminierungsverbotes führe.

- 18 Soweit die Revisionswerberin rügt, der präsumtiven Zuschlagsempfängerin erwachse durch die gegenständliche Vergabe ein erheblicher wirtschaftlicher Vorteil und deshalb liege eine staatliche 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 (vgl. dazu bereits VwGH 30.1.2019, Ra 2016/04/0134 bis 0136).
- 19 **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.

20 **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, C-226/11, *Expedia*, zur sogenannten Deminimis-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 lediglich 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).

21 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).



- 22 Im vorliegenden Fall bedarf es aus folgenden Erwägungen keiner Klärung der Rechtslage durch den Verwaltungsgerichtshof:
- 23 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. 16) - nicht untersagt.
- 24 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 oben genannten Voraussetzungen hinausgehende Beschränkungen vorsieht (vgl. dazu erneut VwGH Ra 2016/04/0134 bis 0136).
- 25 In der Revision werden somit keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinn des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher gemäß § 34 Abs. 1 VwGG zurückzuweisen.
- 26 Von der Durchführung der in der Revision beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 1 VwGG abgesehen werden.

W i e n , am 22. März 2019