



IM NAMEN DER REPUBLIK!

Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Blaschek und die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, die Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie den Hofrat Dr. Pürgy als Richter, im Beisein des Schriftführers Mag. Mitter, über die Revision der W GmbH in W, vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH in 1040 Wien, Gußhausstraße 6, gegen den Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts vom 17. November 2015, Zlen. W134 2114723-2/43E, W134 2116832-1/3E, W134 2116832-2/15E, betreffend vergaberechtliche Nachprüfung (mitbeteiligte Parteien: 1. S Gesellschaft mbH in W, vertreten durch die Finanzprokuratur in 1011 Wien, Singerstraße 17-19, 2. Ö AG in W, vertreten durch Schramm Öhler Rechtsanwälte in 1010 Wien, Bartensteingasse 2):

I. den Beschluss gefasst:

Die Revision wird, soweit sie die Zurückweisung der Nachprüfungsanträge (Spruchpunkte A.I. bis IV. des angefochtenen Beschlusses) bekämpft, zurückgewiesen.

II. zu Recht erkannt:

Im Übrigen wird der angefochtene Beschluss wegen Rechtswidrigkeit infolge Verletzung von Verfahrensvorschriften aufgehoben.

Der Bund hat der Revisionswerberin Aufwendungen in der Höhe von € 1.346,40 binnen zwei Wochen bei sonstiger Exekution zu ersetzen. Das Mehrbegehren wird abgewiesen.

Entscheidungsgründe:

Angefochtener Beschluss

- 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 Nachprüfungsanträge der Revisionswerberin, das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgericht) möge die Entscheidungen der erstmitbeteiligten Auftraggeberin vom 15. September 2015 bzw. vom 30. Oktober 2015 und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens sowie die Entscheidungen der mitbeteiligten Auftraggeberin vom 15. September 2015 bzw. vom 30. Oktober 2015 und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers (zweitmitbeteiligte Partei) für nichtig erklären, wurden gemäß § 312 BVergG 2006 zurückgewiesen (Spruchpunkte A.I. bis IV.).

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.).

Die Anträge der Revisionswerberin, die mitbeteiligte Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr zu verpflichten, wurden gemäß § 319 BVergG 2006 abgewiesen (Spruchpunkt A.VII.).

Die Revision wurde gemäß Art. 133 Abs. 4 B-VG für nicht zulässig erklärt (Spruchpunkt B).

2 Begründend führte das Verwaltungsgericht zu den Nachprüfungsanträgen (Spruchpunkte A.I. bis IV.) im Wesentlichen aus, mit der Entscheidung der



erstmitberechtigten Auftraggeberin vom 15. September 2015 meine die Revisionswerberin offenkundig das Schreiben der V GmbH (V) vom 15. September 2015. Dabei handle es sich um keine gesondert anfechtbare Entscheidung der Auftraggeberin im Sinne des § 141 Abs. 5 bzw. § 280 Abs. 5 BVergG 2006, da seitens der erstmitberechtigten Auftraggeberin keine nach außen in Erscheinung tretende Willenserklärung „publiziert“ worden sei und zur Zeit auch kein Vergabeverfahren (einschließlich einer Direktvergabe) betreffend die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsleistungen durchgeführt werde, im Rahmen dessen eine solche Erklärung getätigt hätte werden können. Das Schreiben vom 15. September 2015 könne auch nicht der erstmitberechtigten Auftraggeberin zugerechnet werden, da es sich nach den Feststellungen um ein Schreiben der V handle.

Sowohl auf Seite 6 der Verhandlungsschrift als auch in der gesamten mündlichen Verhandlung am 30. Oktober 2015 könne keine gesondert anfechtbare Entscheidung der erstmitberechtigten Auftraggeberin vom 30. Oktober 2015 erkannt werden. Die erstmitbereitigte Auftraggeberin (bzw. ein Mitarbeiter der erstmitberechtigten Auftraggeberin, der als Zeuge vernommen worden sei) habe vielmehr in dieser mündlichen Verhandlung ausgesagt, dass Änderungen des Verkehrsdienstvertrages (abgeschlossen zwischen der erstmitberechtigten Auftraggeberin und der zweitmitberechtigten Partei betreffend die Erbringung von Verkehrsleistungen im Schienenpersonenverkehr vom 3. Februar 2011 - VDV) betreffend den Fahrplan 2016 in einem Planungsstand und bei weitem nicht abschlussreif seien. Darin könne jedenfalls keine gesondert anfechtbare Entscheidung gesehen werden.

- 3 Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte A.V. und VI.) führte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen aus, die Revisionswerberin habe Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 gestellt. Aus § 331 Abs. 1 Z 2 iVm § 332 Abs. 3 BVergG 2006 ergebe sich, dass eine der Voraussetzungen zur Stellung eines Feststellungsantrages gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 sei, dass ein dem BVergG 2006 unterliegender Vertrag abgeschlossen worden sei, wobei die Zuschlagserteilung nicht länger als sechs Monate zurückliege.



Die letzte Änderung im Sinne des § 5 VDV sei am 17. März 2015 im Zuge der Fahrplananpassung 2015 erfolgt. Somit habe die erstmitbeteiligte Auftraggeberin mit der zweitmitbeteiligten Partei seit mehr als sechs Monaten seit (gemeint: vor) der Antragstellung (23. September 2015) keinen Vertrag abgeschlossen oder einen solchen geändert. Die Feststellungsanträge seien daher zurückzuweisen gewesen.

- 4 Spruchpunkt A.VII. begründete das Verwaltungsgericht damit, dass dem Hauptantrag nicht stattgegeben worden sei.
- 5 Gegen diesen Beschluss richtet sich die vorliegende außerordentliche Revision, die vom Verwaltungsgericht gemäß § 30a Abs. 7 VwGG unter Anschluss der Akten des Verfahrens vorgelegt wurde. Die erst- und die zweitmitbeteiligte Partei erstatteten eine Revisionsbeantwortung.

Zu I.:

- 6 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).

Nach § 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.



- 7 Die Revisionswerberin bringt in den (alleine maßgeblichen) Zulässigkeitsgründen zur Zurückweisung ihrer Nachprüfungsanträge in den Spruchpunkten A.I. bis IV. zusammengefasst vor, das Verwaltungsgericht sei vom hg. Erkenntnis vom 17. September 2014, 2013/04/0149, abgewichen, da im Schreiben der V vom 15. September 2015 eindeutig und erstmals die anfechtbare Entscheidung der erstmitbeteiligten Auftraggeberin zum Ausdruck gekommen sei, die gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren freihändig zu vergeben. Dass dieses Schreiben von der V stammt, sei rechtlich irrelevant.

Zu diesem Vorbringen ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei „Entscheidungen“ des Auftraggebers, wie der Verwaltungsgerichtshof bereits ausgesprochen hat, nicht um Vorgänge interner Willensbildung, sondern um Willenserklärungen handelt, die nach außen in Erscheinung treten. Bei der Auslegung von Willenserklärungen des Auftraggebers ist der objektive Erklärungswert für einen durchschnittlich fachkundigen Bieter bei Anwendung der üblichen Sorgfalt maßgebend. Bloße Beschlüsse im Rahmen der internen Willensbildung des Auftraggebers können keinesfalls Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens sein (vgl. zu allem das hg. Erkenntnis vom 17. September 2014, 2013/04/0149, mwN, u.a. mit Verweis auf die Erläuterungen zu § 141 Abs. 5 BVergG 2006).

Eine anfechtbare Entscheidung nach § 2 Z 16 lit. a BVergG 2006 wird man erst annehmen können, wenn der Wille des Auftraggebers nach außen in Erscheinung tritt (vgl. *Thienel*, Zuständigkeit, Rz. 122 zu § 312 in *Schramm/Aicher/Fruhmann*, Bundesvergabegesetz 2006 - Kommentar² [2012]).

Willenserklärungen, welche nicht dem Auftraggeber zugerechnet werden können, können daher keine anfechtbaren Entscheidungen dieses Auftraggebers sein (vgl. bereits § 2 Z 16 BVergG 2006, welcher als Entscheidung „jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren“ definiert).



Daher hat das Verwaltungsgericht zutreffend angenommen, dass das Schreiben der V vom 15. September 2015 nicht der erstmitbeteiligten Auftraggeberin zugerechnet werden könne.

- 8 Die Revisionswerberin wendet sich weiter gegen die einzelfallbezogene Auslegung des Verwaltungsgerichtes betreffend die in der mündlichen Verhandlung am 30. Oktober 2015 erfolgte Aussage eines Mitarbeiters der erstmitbeteiligten Auftraggeberin. Ihrer Auffassung nach sei damit erstmals die Absicht der erstmitbeteiligten Auftraggeberin nach außen in Erscheinung getreten, die Vergabe neuer Schienenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren freihändig zu vergeben.

Der Verwaltungsgerichtshof hat bereits wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass die in vertretbarer Weise vorgenommene einzelfallbezogene Auslegung von Parteierklärungen oder Ausschreibungsunterlagen nicht revisibel ist bzw. dass einer vertretbaren Auslegung keine über den konkreten Einzelfall hinausgehende Bedeutung zukommt. Die Auslegung einer Erklärung im Einzelfall wäre nur dann als revisibel anzusehen, wenn dem Verwaltungsgericht eine krasse Fehlbeurteilung unterlaufen wäre (vgl. zu allem den hg. Beschluss vom 16. März 2016, Ra 2016/04/0024, Rz. 7, mwN, betreffend die Auslegung einer Erklärung im vergaberechtlichen Feststellungsverfahren).

Ausgehend davon lässt die Revision entsprechend konkretes Vorbringen vermissen, um eine grundsätzliche Rechtsfrage aufzuzeigen; insbesondere wird nicht dargetan, dass die Auslegung des Verwaltungsgerichtes, es liege keine gesondert anfechtbare Entscheidung (im Sinn einer eindeutigen Willenserklärung) vor, unvertretbar wäre.

- 9 In der Revision werden somit zur Zurückweisung ihrer Nachprüfungsanträge in den (rechtlich trennbaren) Spruchpunkten A.I. bis IV keine Rechtsfragen aufgeworfen, denen im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG grundsätzliche Bedeutung zukäme. Die Revision war daher in diesem Umfang in einem gemäß § 12 Abs. 2 VwGG gebildeten Senat zurückzuweisen.



Zu II.:

Der Verwaltungsgerichtshof hat erwogen:

Zulässigkeit

10 Zur Zurückweisung ihrer Feststellungsanträge in den Spruchpunkten A.V. und VI. bringt die Revisionswerberin als grundsätzliche Rechtsfrage vor, das Verwaltungsgericht habe das Vorbringen der Revisionswerberin in ihrer Stellungnahme vom 14. Oktober 2015 und insbesondere die dabei zum Beweis vorgelegten Kursbücher der Jahre 2010 bis 2016 übergangen und damit eine grobe Verletzung von Verfahrensvorschriften zu verantworten, welche eine grundsätzliche Rechtsfrage begründe.

11 Die Revision ist in diesem Umfang zulässig und auch begründet.

Rechtslage

Die vorliegend maßgeblichen Bestimmungen des Bundesvergabegesetz 2006, BGBl. I Nr. 17/2006 idF BGBl. I Nr. 128/2013 (BVergG 2006), lauten:

„Zuständigkeit

§ 312. ...

(3) Nach Zuschlagserteilung ist das Bundesverwaltungsgericht zuständig

...

3. zur Feststellung, ob ein Vergabeverfahren rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde;

...

1. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Nichtigerklärung oder Aufhebung des Vertrages;

2. in einem Verfahren gemäß den Z 3 bis 5 zur Verhängung von Sanktionen gemäß § 334 Abs. 7.

...





Feststellungsverfahren

Einleitung des Verfahrens

§ 331. (1) Ein Unternehmer, der ein Interesse am Abschluss eines dem Anwendungsbereich dieses Bundesgesetzes unterliegenden Vertrages hatte, kann, sofern ihm durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht, die Feststellung beantragen, dass

...

2. die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorherigen Aufruf zum Wettbewerb wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war, oder

...

Inhalt und Zulässigkeit des Feststellungsantrages

§ 332. ...

(3) Anträge gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 sind binnen sechs Monaten ab dem auf die Zuschlagserteilung folgenden Tag einzubringen. Abweichend vom ersten Satz ist

3. ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 bis 4 - wenn es sich beim Antragsteller um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der Absendung der Mitteilung gemäß den §§ 132 Abs. 2 oder 273 Abs. 2 bzw.
4. ein Antrag gemäß § 331 Abs. 1 Z 2 - wenn es sich beim Antragsteller nicht um einen im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter handelt - binnen 30 Tagen ab dem Tag der erstmaligen Verfügbarkeit einer Bekanntmachung gemäß den §§ 54 Abs. 6, 55 Abs. 6, 217 Abs. 7 oder 219 Abs. 6

einzubringen.

...

(5) Ein Antrag auf Feststellung gemäß § 331 Abs. 1 ist unzulässig, sofern der behauptete Verstoß im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens gemäß den §§ 320 ff hätte geltend gemacht werden können.“

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 Beweisantrag 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.

- 20 Von der beantragten mündlichen Verhandlung konnte gemäß § 39 Abs. 2 Z 6 VwGG abgesehen werden, weil das Verwaltungsgericht - ein



Tribunal im Sinne des Art. 6 MRK und ein Gericht im Sinne des Art. 47 GRC - eine mündliche Verhandlung durchgeführt hat, weshalb weder Art. 6 MRK noch Art. 47 GRC der Abstandnahme von einer mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgerichtshof entgegenstehen (vgl dazu das hg. Erkenntnis vom 17. Dezember 2014, Ro 2014/03/0066, mwN).

Aufwandersatz

- 21 Die Entscheidung über den Aufwandersatz beruht auf den §§ 47 ff VwGG iVm der VwGH-Aufwandersatzverordnung 2014. Das Mehrbegehren war abzuweisen, weil die Umsatzsteuer in dem in der genannten Verordnung pauschalierten Schriftsatzaufwand bereits enthalten ist (vgl. das hg. Erkenntnis vom 18. Februar 2015, Ra 2014/04/0014).

W i e n , am 18. Mai 2016

