



Der Verwaltungsgerichtshof hat durch den Vorsitzenden Senatspräsident Dr. Rigler, die Hofräte Dr. Kleiser und Dr. Mayr, Hofrätin Mag. Hainz-Sator sowie Hofrat Dr. Pürgy als Richter, unter Mitwirkung des Schriftführers Mag. Mitter, in der Revisionssache des S R e.U. in B, vertreten durch MMag. Dr. Claus Casati, Rechtsanwalt in 1060 Wien, Mariahilfer Straße 1b/17, gegen das Erkenntnis des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg vom 15. Juli 2016, Zl. 405-5/13/1/22-2016, betreffend vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren (mitbeteiligte Partei: S GmbH in S, vertreten durch MMag. Dr. Philipp Götzl, Rechtsanwalt in 5020 Salzburg, Imbergstraße 19), den

### **B e s c h l u s s**

gefasst:

Dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) werden nach Art. 267 AEUV folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorgelegt:

1. Ist Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße auch bei der Vergabe eines Dienstleistungsauftrages nach Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz dieser Verordnung für Personenverkehrsdienste mit Bussen gemäß einem in den Vergaberichtlinien (Richtlinie 2004/17/EG oder 2004/18/EG) vorgesehenen Verfahren anwendbar?

2. Bei Bejahung der ersten Frage:

Führt ein Verstoß gegen die Verpflichtung, spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens die in Art. 7 Abs. 2 lit. a bis c der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 enthaltenen Informationen zu veröffentlichen, dazu, dass eine - ohne eine derartige Veröffentlichung ein Jahr vor Verfahrenseinleitung, aber nach Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz dieser Verordnung in einem Verfahren gemäß den Vergaberichtlinien erfolgte - Ausschreibung als rechtswidrig anzusehen ist?

==



3. Bei Bejahung der zweiten Frage:

Stehen die für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Vorschriften des Unionsrechts einer nationalen Regelung entgegen, der zufolge von der in Art. 2 Abs. 1 lit. b der Richtlinie 89/665/EWG vorgesehenen Aufhebung einer - auf Grund einer fehlenden Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 als rechtswidrig anzusehenden - Ausschreibung abgesehen werden kann, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht von wesentlichem Einfluss war, weil der betroffene Betreiber rechtzeitig reagieren konnte und keine Beeinträchtigung des Wettbewerbs vorlag?

**Begründung:**

**I. Sachverhalt und Ausgangsverfahren**

- 1 1. Beginnend mit der Bekanntmachung im April 2016 führte die Auftraggeberin S GmbH (mitbeteiligte Partei) ein offenes Vergabeverfahren im Oberschwellenbereich betreffend den Abschluss einer Rahmenvereinbarung durch. Leistungsgegenstand war die Erbringung von Personenverkehrsdiensten mit Bussen betreffend den „Linienverkehr Salzburg Leistungspaket 2490 Linienbündel Gasteinertal“, wobei mehrere näher bezeichnete Buslinien mit einer Jahreskilometerleistung von insgesamt ca. 670.000 km erfasst waren. Der Auftrag wurde als Dienstleistungsauftrag ausgeschrieben und nahm nicht die Form einer Dienstleistungskonzession an. Ende der Angebotsfrist war der 8. Juni 2016, voraussichtlicher Leistungsbeginn war der 11. Dezember 2016.
- 2 Anhaltspunkte dafür, dass es sich um Verkehrsdienste handelt, die „hauptsächlich aus Gründen des historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden“ (siehe Art. 1 Abs. 2 der Verordnung [EG] Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, ABl. Nr. L 315 vom 3.12.2007, S 1, im Folgenden: Verordnung Nr. 1370/2007), sind weder ersichtlich noch wurden solche im Verfahren vor dem Verwaltungsgerichtshof vorgebracht. Nach den übereinstimmenden





Angaben der Parteien ist keine Veröffentlichung gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 (im Folgenden: Vorinformation) erfolgt.

3 **2.** Mit Schriftsatz vom 31. Mai 2016 beantragte der Revisionswerber, die Ausschreibung dieses Vergabeverfahrens - in eventu einzelne näher bezeichnete Ausschreibungsbestimmungen - für nichtig zu erklären.

4 Der Revisionswerber rügte - unter anderem - die fehlende Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007.

5 **3.** Mit dem angefochtenen Erkenntnis vom 15. Juli 2016 wies das Landesverwaltungsgericht Salzburg diese Anträge als unbegründet ab.

6 Auf die fehlende Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 ging das Verwaltungsgericht in seinen Erwägungen nicht ausdrücklich ein. Das Verwaltungsgericht hielt diesbezüglich lediglich fest, dass der vom Revisionswerber in diesem Zusammenhang ebenfalls ins Treffen geführte § 19 Abs. 4 des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006) der Ausschreibung nicht entgegenstehe, weil die Auftraggeberin rechtlich und wirtschaftlich in der Lage sei, die ausgeschriebene Leistung zu vergeben.

7 **4.** Gegen dieses Erkenntnis erhob der Revisionswerber außerordentliche Revision.

8 Der Revisionswerber moniert - soweit für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen von Relevanz -, das Verwaltungsgericht habe sich nicht inhaltlich mit den rechtlichen Auswirkungen der unterlassenen Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 befasst. Eine derartige Vorinformation wäre im Hinblick auf das Volumen des Auftrags (mehr als 600.000 km/Jahr) erforderlich gewesen.

9 **5.** Die Auftraggeberin erstattete eine Revisionsbeantwortung, in der sie die Zurückweisung - in eventu Abweisung - der Revision beantragt.

10 Zum behaupteten Verstoß durch die fehlende Vorinformation verweist sie darauf, dass vorliegend keine Direktvergabe nach der Verordnung Nr. 1370/2007 durchgeführt worden sei. Überdies habe der Revisionswerber



bereits seit langem Kenntnis von der Betriebsaufnahme der gegenständlichen Buslinien mit 11. Dezember 2016 und von der Notwendigkeit, zuvor ein Vergabeverfahren durchzuführen, gehabt (verwiesen wird in diesem Zusammenhang auf einen Beschluss der Salzburger Landesregierung vom 4. Juni 2007 sowie auf ein weiteres - vor dem Landesverwaltungsgericht Salzburg anhängig gewesenes - vergaberechtliches Rechtsschutzverfahren).

## II. Maßgebliche Bestimmungen des Unionsrechts

11 In den Erwägungsgründen der Verordnung Nr. 1370/2007 (in der noch in Kraft befindlichen Stammfassung) lautet es auszugsweise:

„(7) Studien und die Erfahrungen der Mitgliedstaaten, in denen es schon seit einigen Jahren Wettbewerb im öffentlichen Verkehr gibt, zeigen, dass, sofern angemessene Schutzmaßnahmen vorgesehen werden, die Einführung des regulierten Wettbewerbs zwischen Betreibern zu einem attraktiveren und innovativeren Dienstleistungsangebot zu niedrigeren Kosten führt, ohne dass die Betreiber eines öffentlichen Dienstes bei der Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgaben behindert werden. ...

...

(20) Entscheidet eine Behörde, eine Dienstleistung von allgemeinem Interesse einem Dritten zu übertragen, so muss die Auswahl des Betreibers eines öffentlichen Dienstes unter Einhaltung des für das öffentliche Auftragswesen und Konzessionen geltenden Gemeinschaftsrechts, das sich aus den Artikeln 43 bis 49 des Vertrags ergibt, sowie der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung erfolgen. Insbesondere bleiben die Pflichten der Behörden, die sich aus den Richtlinien über die Vergabe öffentlicher Aufträge ergeben, bei unter jene Richtlinien fallenden öffentlichen Dienstleistungsaufträgen von den Bestimmungen dieser Verordnung unberührt.

...

(29) Hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sollten die zuständigen Behörden - außer bei Notmaßnahmen und Aufträgen für geringe Entfernungen - die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um mindestens ein Jahr im Voraus bekannt zu geben, dass sie solche Aufträge zu vergeben beabsichtigen, so dass potenzielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können.

(30) Bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sollte für größere Transparenz gesorgt werden.





...“

12 Die relevanten Artikel der Verordnung Nr. 1370/2007 lauten auszugsweise:

### **„Artikel 1**

#### **Zweck und Anwendungsbereich**

(1) Zweck dieser Verordnung ist es, festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die unter anderem zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.

...

(2) Diese Verordnung gilt für den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und andere Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße, mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden. ...

...

### **Artikel 5**

#### **Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge**

(1) Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar.

...

(3) Werden die Dienste Dritter, die keine internen Betreiber sind, in Anspruch genommen, so müssen die zuständigen Behörden die öffentlichen Dienstleistungsaufträge außer in den in den Absätzen 4, 5 und 6 vorgesehenen Fällen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben. Das für die wettbewerbliche Vergabe angewandte Verfahren muss allen Betreibern offen stehen, fair sein und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügen. Nach Abgabe der Angebote und einer eventuellen Vorauswahl können in diesem Verfahren unter Einhaltung dieser





Grundsätze Verhandlungen geführt werden, um festzulegen, wie der Besonderheit oder Komplexität der Anforderungen am besten Rechnung zu tragen ist.

...

## **Artikel 7**

### **Veröffentlichung**

(1) ...

(2) Jede zuständige Behörde ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:

- a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;
- b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete.

Die zuständigen Behörden können beschließen, diese Informationen nicht zu veröffentlichen, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 50 000 km aufweist.

Sollten sich diese Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen. Diese Berichtigung erfolgt unbeschadet des Zeitpunkts der Einleitung der Direktvergabe oder des wettbewerblichen Vergabeverfahrens.

...“

- 13 Die relevanten Bestimmungen der Richtlinie 89/665/EWG des Rates vom 21. Dezember 1989 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Anwendung der Nachprüfungsverfahren im Rahmen der Vergabe öffentlicher Liefer- und Bauaufträge (ABl. Nr. L 395 vom 30.12.1989, S 33), in der Fassung der Richtlinien 92/50/EWG, 2007/66/EG und 2014/23/EU, lauten auszugsweise:

### **„Artikel 1**

#### **Anwendungsbereich und Zugang zu Nachprüfungsverfahren**

(1) ...

Die Mitgliedstaaten ergreifen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass hinsichtlich der in den Anwendungsbereich der Richtlinie



2014/24/EU beziehungsweise der Richtlinie 2014/23/EU fallenden Aufträge oder Konzessionen die Entscheidungen der öffentlichen Auftraggeber wirksam und vor allem möglichst rasch nach Maßgabe der Artikel 2 bis 2f dieser Richtlinie auf Verstöße gegen das Unionsrecht im Bereich des öffentlichen Auftragswesens oder gegen die nationalen Vorschriften, die dieses Recht umsetzen, überprüft werden können.

...

## **Artikel 2**

### **Anforderungen an die Nachprüfungsverfahren**

(1) Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass für die in Artikel 1 genannten Nachprüfungsverfahren die erforderlichen Befugnisse vorgesehen werden, damit

...

- b) die Aufhebung rechtswidriger Entscheidungen, einschließlich der Streichung diskriminierender technischer, wirtschaftlicher oder finanzieller Spezifikationen in den Ausschreibungsdokumenten, den Verdingungsunterlagen oder in jedem sonstigen sich auf das betreffende Vergabeverfahren beziehenden Dokument vorgenommen oder veranlasst werden kann;

...“

### **III. Maßgebliche Bestimmungen des nationalen Rechts**

- 14 Die relevanten Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006), BGBl. I Nr. 17/2006 in der Fassung BGBl. I Nr. 17/2016, lauten auszugsweise:

#### **„Begriffsbestimmungen**

§ 2. Im Geltungsbereich dieses Bundesgesetzes sind folgende Begriffsbestimmungen maßgebend:

- 16. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.
  - a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:
    - aa) im offenen Verfahren: die Ausschreibung; ...

...





## **Grundsätze des Vergabeverfahrens**

### **§ 19. ...**

(4) Verfahren zur Vergabe von Aufträgen und Realisierungswettbewerbe sind nur dann durchzuführen, wenn die Absicht besteht, die Leistung auch tatsächlich zur Vergabe zu bringen. Der Auftraggeber ist nicht verpflichtet, ein Vergabeverfahren durch Zuschlag zu beenden.

...“

- 15 Die relevanten Bestimmungen des Salzburger Vergabekontrollgesetzes 2007 (S.VKG 2007), LGBl. Nr. 28/2007 in der Fassung LGBl. Nr. 120/2015 lauten auszugsweise:

### **„Nichtigerklärung von Entscheidungen des Auftraggebers**

**§ 26 (1)** Das Landesverwaltungsgericht hat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller in dem von ihm nach § 23 Abs 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und
2. die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

...“

## **IV. Vorlageberechtigung**

- 16 Der Verwaltungsgerichtshof ist ein Gericht im Sinn des Art. 267 AEUV, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können.
- 17 Der Verwaltungsgerichtshof vertritt die Auffassung, dass sich bei der Entscheidung der von ihm zu beurteilenden Revisionssache die im gegenständlichen Ersuchen um Vorabentscheidung angeführten und im Folgenden näher erläuterten Fragen zur Auslegung des Unionsrechts stellen.
- 18 An der Relevanz der gestellten Fragen für die Entscheidung über die zugrunde liegende Revisionssache würde sich auch nichts ändern, wenn - im Hinblick auf die Abweisung der Nachprüfungsanträge des Revisionswerbers durch das Landesverwaltungsgericht Salzburg - mittlerweile bereits der Zuschlag erteilt



worden sein sollte. Die Entscheidung über die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung ist nämlich jedenfalls Voraussetzung für die Entscheidung über den Gebührenersatz und kann Vorfrage für ein allfälliges Schadenersatzbegehren des Revisionswerbers sein.

## **V. Erläuterungen zu den Vorlagefragen**

### **1. Vorbemerkung**

- 19 Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007 stellt auf die Definition des (öffentlichen) Dienstleistungsauftrages in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG (Vergaberichtlinien) bzw. auf die in diesen Richtlinien vorgesehenen Verfahren ab. Es kann nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes für den vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob - im Hinblick auf die Veröffentlichung der Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union am 20. April 2016 (die Bekanntmachungen auf nationaler Ebene erfolgten demgegenüber nach den Feststellungen des Verwaltungsgerichtes am 15. April 2016 und am 18. April 2016) bzw. den Ablauf der Umsetzungsfrist für die Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU mit 18. April 2016 - bereits die Bestimmungen der beiden zuletzt genannten Richtlinien 2014/24/EU und 2014/25/EU maßgeblich wären (auch die Europäische Kommission geht in ihrer Mitteilung über die Auslegungsleitlinien zur Verordnung Nr. 1370/2007, ABl. Nr. C 92/1 vom 29.3.2014, Pkt. 2.1.1, davon aus, dass die Verweise in der Verordnung Nr. 1370/2007 auf die alten Vergaberichtlinien als Verweise auf die neuen Vergaberichtlinien zu verstehen seien). Der gegenständliche Auftrag ist nämlich - ungeachtet dessen, welche Vergaberichtlinie maßgeblich ist - von der Definition des Dienstleistungsauftrags jedenfalls erfasst und die Auftraggeberin hat ein offenes Verfahren nach dem 2. Teil des BVergG 2006 gewählt und somit ein Verfahren, das in der Richtlinie 2004/18/EG ebenso vorgesehen ist wie nunmehr in der Richtlinie 2014/24/EU.

### **2. Erste Vorlagefrage**

- 20 Seitens des Revisionswerbers wird die Rechtswidrigkeit der angefochtenen Ausschreibung (unter anderem) mit der fehlenden Veröffentlichung nach Art. 7



Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 begründet. Die Prüfung dieses Vorbringens erfordert in einem ersten Schritt die Klärung der Frage, ob eine derartige (hier nicht erfolgte) Vorinformation in einem Fall wie dem vorliegenden überhaupt geboten gewesen wäre.

- 21 Nach der Grundregel des Art. 5 Abs. 1 erster Satz der Verordnung Nr. 1370/2007 werden öffentliche Dienstleistungsaufträge über Personenverkehrsdienste nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Davon abweichend bestimmt der zweite Satz dieser Bestimmung, dass (öffentliche) Dienstleistungsaufträge über Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen, die nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen, gemäß den in den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vorgesehenen Verfahren vergeben werden.
- 22 Im vorliegenden Fall hat die Auftraggeberin - entsprechend Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz der Verordnung Nr. 1370/2007 - ein in den Vergaberichtlinien vorgesehenes Vergabeverfahren durchgeführt. Die Auftragsvergabe sollte somit nicht gemäß ihrem Art. 5 Abs. 1 erster Satz nach Maßgabe der Verordnung Nr. 1370/2007 erfolgen.
- 23 Für Auftragsvergaben nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG bestimmt der dritte Satz des Art. 5 Abs. 1 der Verordnung Nr. 1370/2007, dass die Abs. 2 bis 6 des Art. 5 nicht anwendbar sind.
- 24 Der EuGH hat in seinem Urteil vom 27. Oktober 2016 in der Rs. C-292/15, *Hörmann Reisen GmbH*, festgehalten, dass in keiner anderen Bestimmung der Verordnung Nr. 1370/2007 die Tragweite dieser Ausnahme weiter ausgedehnt werde (Rn. 40). Hieraus ergebe sich, dass bei der Vergabe eines Auftrags für den öffentlichen Personenverkehrsdienst mit Bussen nur die Bestimmungen des Art. 5 Abs. 2 bis 6 der Verordnung Nr. 1370/2007 unanwendbar seien, während die übrigen Vorschriften dieser Verordnung (und somit auch ihr dort in Rede stehender Art. 4 Abs. 7) anwendbar blieben (Rn. 41 f).
- 25 Eine ausdrückliche Ausnahme der Anwendbarkeit ihres Art. 7 Abs. 2 (somit der Verpflichtung zur Vorinformation) bei einer Auftragsvergabe nach ihrem Art. 5 Abs. 1 zweiter Satz enthält die Verordnung Nr. 1370/2007 nicht. Dies





spricht für eine Anwendbarkeit dieser Bestimmung auch bei der Vergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen in einem Verfahren nach den Vergaberichtlinien. Auch Erwägungsgrund 29 der Verordnung Nr. 1370/2007 spricht undifferenziert davon, dass hinsichtlich der „Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge“ Maßnahmen ergriffen werden sollen, um mindestens ein Jahr im Voraus bestimmte Informationen bekannt zu geben, damit potenzielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können.

26 Es erscheint nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes aber nicht ausgeschlossen, anzunehmen, dass eine (oben angesprochene) ausdrückliche Ausnahmeregelung aus folgenden Gründen nicht erforderlich ist: Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 verlangt eine Vorinformation spätestens ein Jahr (entweder vor einer - hier nicht maßgeblichen - Direktvergabe oder) vor Einleitung eines „wettbewerblichen Vergabeverfahrens“. Da auf die Einleitung eines „wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ abgestellt wird, könnte man davon nur die Konstellationen als erfasst ansehen, in denen ein Auftrag im Wege eines „wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ im Sinn des - für die Vergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen gerade nicht anwendbaren - Art. 5 Abs. 3 der Verordnung Nr. 1370/2007 vergeben werden soll. Bei dieser Sichtweise wären Konstellationen, in denen ein Auftrag in einem Vergabeverfahren nach den Vergaberichtlinien vergeben wird, von der Regelung des Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 von vornherein nicht erfasst (und müssten daher auch nicht ausgenommen werden).

27 Gegen eine derartige Auslegung spricht, dass der (für die Vergabe von Busdienstleistungen nach dem oben zitierten Urteil des EuGH C-292/15 anwendbare) Art. 4 Abs. 7 der Verordnung Nr. 1370/2007 ebenfalls auf die Unterlagen des „wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ abstellt. Allerdings war im Urteil C-292/15 eine Konstellation zu beurteilen, in der sowohl die Vergaberichtlinie als auch die Verordnung Nr. 1370/2007 Regeln für die Vergabe von Unteraufträgen enthielten. Der EuGH hat das Verhältnis zwischen diesen Regelungen im zitierten Urteil dahingehend gelöst, dass Art. 4 Abs. 7 der Verordnung Nr. 1370/2007 als *lex specialis* dem Art. 25 der Richtlinie 2004/18/EG vorgehe (Rn. 47).



- 28 Davon abweichend ist der vorliegende Fall dadurch gekennzeichnet, dass die Vergaberichtlinien 2004/18/EG bzw. 2014/24/EU (den Fall einer vom Auftraggeber beabsichtigten Fristverkürzung abgesehen) keine Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Vorinformation vorsehen. Demnach würde - eine Anwendbarkeit des Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 bei der Vergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen nach den Vergaberichtlinien vorausgesetzt - die Verpflichtung zur Veröffentlichung einer Vorinformation die Auftraggeberin zusätzlich zu den Bekanntmachungspflichten der Vergaberichtlinien treffen. Damit würde die Vergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen im Ergebnis insoweit einem strengeren Regime unterliegen als die Vergabe sonstiger Dienstleistungen. Ausdrückliche Hinweise dahingehend, dass dies von der Verordnung Nr. 1370/2007 intendiert wäre, sind für den Verwaltungsgerichtshof nicht ersichtlich. Auch die Europäische Kommission führt in ihrer Mitteilung über die Auslegungsleitlinien zur Verordnung Nr. 1370/2007 als geltende Rechtsgrundlagen für die Vergabe von Personenverkehrsdiensten mit Bussen - allein - die Richtlinien 2014/24/EU bzw. 2014/25/EU an (siehe Tabelle S 3).
- 29 Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang noch auf den Schlussantrag von Generalanwalt Wahl in der Rs. C-207/13, *Wagenborg Passagierdiensten PV ua*, vom 27. März 2014, in dem auf die Folgen, die sich aus der Nichteinhaltung der in Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 geregelten Bekanntmachungspflichten ergeben, nicht mehr einzugehen war, weil im dort zugrunde liegenden Fall (konkret ging es um den Personenverkehr auf Wasserstraßen) die Vergabe von Konzessionen ohne Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens unzulässig war (Rn. 110).

### **3. Zweite Vorlagefrage**

- 30 Nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 ergreift jede zuständige Behörde „die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens“ die in den lit. a bis c angeführten Mindestinformationen veröffentlicht werden. Ausdrückliche Regelungen über die Folgen einer unterbliebenen



Vorinformation - etwa für die Frage der Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit von Entscheidungen eines Auftraggebers in einem Vergabeverfahren - enthält die Verordnung Nr. 1370/2007 nicht (siehe auch *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder/Fehling*, VO (EG) 1370/2007, Art. 7 Rz. 57).

- 31 Im Hinblick auf die verfolgten Zielsetzungen der Beachtung des Transparenzgebotes und der Nichtdiskriminierung ist nach Ansicht des Verwaltungsgerichtshofes jedenfalls in den Fällen, in denen die Auftragserteilung im Wege der Direktvergabe erfolgen soll, nicht davon auszugehen, dass es sich bei der Regelung des Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 bloß um eine sanktionslose Obliegenheit handelt.
- 32 Es finden sich zwar keine ausdrücklichen Hinweise darauf, dass hinsichtlich der Konsequenzen eines Verstoßes gegen die Verpflichtung zur Vorinformation danach zu differenzieren ist, ob in weiterer Folge eine Direktvergabe erfolgt oder ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt wird. Allerdings ist eine Gefährdung bzw. Beeinträchtigung des Transparenzgebotes durch Unterlassung der Vorinformation in jenen Konstellationen, in denen ohnehin ein den Vorgaben der Vergaberichtlinien entsprechendes Vergabeverfahren durchgeführt wird, nicht in gleichem Maße zu befürchten wie im Fall einer Direktvergabe. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass nach den einschlägigen Bestimmungen der Vergaberichtlinien (Art. 38 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. Art. 47 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU) der Auftraggeber bei der Festsetzung der Fristen (etwa für die Angebotslegung) ohnehin die Komplexität des Auftrags und die Zeit, die für die Ausarbeitung der Angebote erforderlich ist, zu berücksichtigen hat.
- 33 Umgekehrt ist aber nicht auszuschließen, dass die unterbliebene Vorinformation auch in Fällen, in denen ein den Vergaberichtlinien entsprechendes Vergabeverfahren durchgeführt wird, im Einzelfall eine Diskriminierung nach sich ziehen kann, etwa wenn dem bisherigen Betreiber des Personenverkehrsdienstes dadurch ein Informationsvorsprung und somit ein Wettbewerbsvorteil zukommt (siehe dazu *Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder/Fehling*, VO (EG) 1370/2007, Art. 7 Rz. 63 f).





- 34 Ausgehend davon stellt sich die Frage, ob ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur Veröffentlichung nach Art. 7 Abs. 2 der Verordnung Nr. 1370/2007 in den Fällen, in denen ein den Vorgaben der Vergaberichtlinien entsprechendes Vergabeverfahren durchgeführt wird, dessen ungeachtet, dass dem Transparenzgebot durch die Bekanntmachung entsprochen wird, zur Rechtswidrigkeit der ohne Vorinformation erfolgten Ausschreibung führt.

#### **4. Dritte Vorlagefrage**

- 35 Die Rechtswidrigkeit einer ohne Vorinformation erfolgten Ausschreibung vorausgesetzt, stellt sich für den Verwaltungsgerichtshof weiters die Frage, ob dies jedenfalls zur Aufhebung bzw. Nichtigkeitserklärung der Ausschreibung führen muss.
- 36 Nach dem hier maßgeblichen § 26 Abs. 1 Z 2 S.VKG 2007 hat das Landesverwaltungsgericht eine rechtswidrige Entscheidung eines Auftraggebers nur dann für nichtig zu erklären, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist. Die Richtlinie 89/665/EWG und insbesondere ihr Art. 2 Abs. 1 enthält - soweit ersichtlich - keine näheren Regelungen über die Voraussetzungen für die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung.
- 37 Die Frage nach den zulässigen Voraussetzungen für die Aufhebung einer rechtswidrigen Auftraggeberentscheidung ist im vorliegenden Fall deshalb von Bedeutung, weil die Auftraggeberin in diesem Zusammenhang (bereits im Verfahren vor dem Landesverwaltungsgericht) vorgebracht hat, dass der Revisionswerber ungeachtet der fehlenden Vorinformation schon seit längerem Kenntnis von der bevorstehenden Ausschreibung der gegenständlichen Linien gehabt habe und eine zusätzliche Vorinformation für ihn daher keine Änderung gebracht hätte. Ist es zulässig, die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung vom wesentlichen Einfluss der Rechtswidrigkeit auf den Ausgang des Vergabeverfahrens abhängig zu machen, dann wäre die Aufhebung der Ausschreibung nicht geboten, wenn die unterlassene Vorinformation keine Bevorzugung einzelner Betreiber bzw. keine Beeinträchtigung des fairen Wettbewerbs nach sich ziehen konnte. Umgekehrt



hätte eine Bejahung der dritten Vorlagefrage zur Folge, dass es auf das diesbezügliche Vorbringen der Auftraggeberin nicht ankommen kann und die den Nachprüfungsantrag des Revisionswerbers abweisende Entscheidung des Landesverwaltungsgerichtes Salzburg als rechtswidrig aufzuheben wäre.

- 38 In inhaltlicher Hinsicht wird auf die Ausführungen im Schlussantrag von Generalanwalt Mischo in der Rs. C-448/01, *EVN AG und Wienstrom GmbH*, verwiesen, denen zufolge es das Unionsrecht nicht verbiete, die Aufhebung einer rechtswidrigen Entscheidung vom Nachweis eines wesentlichen Einflusses für den Ausgang des Vergabeverfahrens abhängig zu machen, wenn die unionsrechtlichen Grundsätze der Äquivalenz und Effektivität gewahrt blieben (Rn. 124). In seinem Urteil vom 5. April 2017 in der Rs. C-391/15, *Marina del Mediterráneo SL*, hat der EuGH unter Verweis auf seine ständige Rechtsprechung - wenn auch betreffend einen anderen Regelungsgegenstand als den hier maßgeblichen - festgehalten, dass es mangels einer Unionsregelung dem nationalen Recht obliegt, die Modalitäten für das Gerichtsverfahren zu regeln, das den Schutz der dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten soll, wobei die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität gewahrt werden müssen (Rn. 32).
- 39 Der Verwaltungsgerichtshof teilt diese Auffassung und er hat auch keine Bedenken dahingehend, dass durch die hier gegenständliche Regelung die Ausübung der durch die Unionsrechtsordnung verliehenen Rechte praktisch unmöglich gemacht oder übermäßig erschwert wird bzw. dass diese Regelung weniger günstig ausgestaltet ist als für entsprechende innerstaatliche Nachprüfungsverfahren. Eine Beeinträchtigung der praktischen Wirksamkeit der Richtlinie 89/665/EWG dadurch, dass eine festgestellte Rechtswidrigkeit dann nicht zur Aufhebung der Entscheidung führt, wenn der Rechtsverstoß für den Ausgang des Vergabeverfahrens nicht relevant ist und somit auch bei rechtskonformer Vorgangsweise des Auftraggebers kein anderes Ergebnis des Vergabeverfahrens möglich ist, ist nicht ersichtlich. Eine Aussage des EuGH zur Zulässigkeit einer derartigen Regelung gibt es bislang allerdings noch nicht.





## 5. Ergebnis

40 Da die richtige Anwendung des Unionsrechts nicht als derart offenkundig erscheint, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum bleibt (vgl. dazu das Urteil des EuGH vom 6. Oktober 1982 in der Rs. C-283/81, *Srl C.I.L.F.I.T. ua*), werden die eingangs formulierten Vorlagefragen gemäß Art. 267 AEUV mit dem Ersuchen um Vorabentscheidung vorgelegt.

W i e n , am 29. Juni 2017

