

TE Bvgw Erkenntnis 2019/10/2 W139 2211033-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 02.10.2019

Entscheidungsdatum

02.10.2019

Norm

BVergG 2018 §141
BVergG 2018 §151 Abs2
BVergG 2018 §2 Z15
BVergG 2018 §2 Z5
BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §328 Abs1
BVergG 2018 §333
BVergG 2018 §334 Abs2
BVergG 2018 §342 Abs1
BVergG 2018 §344 Abs1
BVergG 2018 §347
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2
B-VG Art. 133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W139 2211033-2/47E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende, DI Dr. Sabine RÖDLER als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der XXXX , vertreten durch Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, und CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland ab 15. Dezember 2019 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiesten gemäß Artikel 5 Abs 6 PSO-VO)" der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, zuständige Behörde gemäß Art 2

lit b PSO-VO Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 05.03.2019 und Beschlussfassung am 05.03.2019

A)

I. zu Recht erkannt:

Dem Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Wahl der Direktvergabe, kundgemacht am 04.12.2018 für nichtig erklären", wird 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. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag abgewiesen.

II. beschlossen:

Der Antrag, "das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung, bekanntgemacht am 04.12.2018 für nichtig erklären", wird zurückgewiesen.

B)

I.

Die Revision gegen Spruchpunkt A) I) ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig.

II.

Die Revision gegen Spruchpunkt A) II) ist gemäß Art 133 Abs 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 11.12.2018 stellte die XXXX , vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, in der Folge Antragstellerin, die im Spruch ersichtlichen Nachprüfungsanträge sowie einen Antrag auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und Ersatz der Pauschalgebühr.

Die Antragsgegnerin habe am 04.12.2018 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorinformation betreffend die Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland veröffentlicht. Als Verfahren sei die Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 VO (EG) 1370/2007 gewählt worden. In der Vorinformation werde ausgeführt, dass die Republik Österreich, vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, über die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge SCHIG) als Auftraggeberin beabsichtige, einen Dienstleistungsauftrag direkt an die XXXX (in der Folge XXXX) zu vergeben.

Der Gegenstand des Auftrages wäre in der Vorinformation nicht näher konkretisiert. Lediglich der Auftragsumfang werde mit rund 545 Mio. Zugkilometern angegeben. Ein Link in der Vorinformation verweise auf die Homepage des BMVIT, dort finde sich eine ergänzende Beschreibung der Beschaffung. Der Leistungszeitraum sei laut Vorinformation auf den Fahrplanwechsel 2029/2030 beschränkt. Abweichend davon werde für alle, außer für die in der Vorinformation beiliegenden Linientaktkarte "Fahrplan 2029+" grau markierten Strecken, eine Vertragslaufzeit von 15 Jahren festgelegt. Die von der Laufzeitverlängerung umfasste Leistung werde mit rund 15,8 Mio. km p. a. angegeben.

Angefochten werde die Wahl der Direktvergabe betreffend Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland, kundgemacht im Amtsblatt der EU am 04.12.2018, sowie die Zuschlagsentscheidung, bekanntgemacht im Rahmen der Auftragsbeschreibung auf der Homepage des BMVIT ebenfalls am 04.12.2018. Die Antragstellerin bezeichnete als jene Rechte, in denen sich verletzt erachte, das Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens, insbesondere das Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, das Recht auf Einhaltung aller (primärrechtlichen) Vergabegrundsätze, das Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Verfahren sowie hilfsweise das Recht auf Widerruf des Vergabeverfahrens und Teilnahme an einem neuen rechtskonformen Vergabeverfahren. Die Antragstellerin habe als im Schienenpersonenverkehr aktives und seit mehreren Jahren aufstrebendes Unternehmen ein besonderes Interesse

am Vertragsabschluss über die verfahrensgegenständlichen Leistungen. Die Antragstellerin könne die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen, soweit diese bekannt seien, durchführen. Sie sei auch produktionstechnisch in der Lage, die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen zu erbringen, sie könne das erforderliche Rollmaterial durch die Nachnutzung von bestehendem Material übernehmen, sowie in beschränktem Umfang bei Bedarf auch durch Anmietung von Dritten bereitstellen. Im Übrigen sei die Leistungsfähigkeit und damit die Antragslegitimation der Antragstellerin durch das Urteil des VwG Wien vom 18.02.2015 rechtskräftig bestätigt worden. Darüber hinaus werde die Antragstellerin nach Erhalt der dafür notwendigen Informationen und Durchführung einer soweit möglichen entsprechenden Kalkulation ein Angebot betreffend die Erbringung der verfahrensgegenständlichen Leistungen legen.

Durch die rechtswidrige Direktvergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen an ein anderes Unternehmen, entstehe der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des bei der Leistungserbringung zu erwirtschaftenden Gewinns. Zusätzlich entstehe ein noch nicht exakt bezifferbarer Schaden aus dem Verlust der Möglichkeit der Integration der Dienstleistungen in die bereits von der Antragstellerin erbrachten Verkehre, sowie der damit verbundenen Möglichkeit, Neukunden durch Erweiterung des Angebots zu gewinnen. Weiters seien der Antragstellerin bereits Rechtsberatungskosten in Höhe von Euro 5.000 erwachsen.

Zur Rechtswidrigkeit der Wahl der Direktvergabe führte die Antragstellerin im Wesentlichen Folgendes aus: Es sei rechtswidrig, dass mit Ausnahme der in der Auftragsbeschreibung bzw. der ihr beiliegenden Präsentation genau gekennzeichneten Strecken für die zu erbringenden Leistungen eine Vertragslaufzeit von 15 Jahren vorgesehen sei. Die Vorinformation sei am 04.12.2018 kundgemacht worden. Die Veröffentlichung müsse gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO spätestens ein Jahr vor der Direktvergabe des Auftrages erfolgen. Die gegenständlichen Leistungen dürften daher frühestens am 04.12.2019 vergeben werden. Eine Vertragslaufzeit von 15 Jahren, wie sie für die gegenständlichen Leistungen vorgesehen sei, sei daher gemäß Art 8 Abs 2 PSO-VO unzulässig.

Weiters würden die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen noch Änderungen in der Planung und trassentechnischen Umsetzbarkeit unterliegen. Es seien, ausgenommen für das erste Jahr, keinerlei konkrete Strecken oder Rahmenbedingungen für die Leistungserbringung in der Auftragsbeschreibung enthalten. Weiters seien für die gesamte Vertragslaufzeit, mit Ausnahme des ersten Leistungsjahres, auf unterschiedlichen Strecken Varianten vorgesehen und für das erste Jahr seien auf allen Strecken Änderungen des Haltemusters in Abstimmung mit dem Besteller möglich. Daraus zeige sich, dass gegenständlich nicht die Vergabe eines Auftrages geplant sei, sondern vielmehr der Abschluss einer Rahmenvereinbarung, aus der bei Bedarf gewisse Leistungen - nach entsprechender Modifikation und Konkretisierung des Vertrages - abgerufen werden sollen. Nach der Rechtsprechung des VwGH seien Direktvergaben einer Rahmenvereinbarung unzulässig, weil die Rahmenvereinbarung selbst kein Auftrag iSd BVergG sei und eine diesbezügliche gesetzliche Ermächtigung zur Direktvergabe von Rahmenvereinbarungen nicht bestehe. Art 5 Abs 6 PSO-VO erlaube ebenfalls ausschließlich die Direktvergabe von Aufträgen, weswegen die Wahl der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO, mit der der Abschluss einer Rahmenvereinbarung geplant sei, rechtswidrig sei.

Darüber hinaus erfolge durch die Einbeziehung von nichtbeschaffungsrelevanten Leistungen eine Umgehung des Vergaberechts. Für das Fahrplanjahr 2019/2020 würden in der Auftragsbeschreibung Mustertabellen, Fahrpläne und Streckeninformationen vorliegen, während für alle darauffolgenden Jahre lediglich Informationen in Form von Gesamtnetzplänen und kurzen Beschreibungen in der Präsentation zur Verfügung gestellt worden seien. Aufgrund der Fertigstellung mehrerer baulicher Großprojekte im Bereich der Ostregion bzw. im österreichischen Schienenverkehr mit Bezug zur Ostregion, seien weitreichende Anpassungen des SPNV geplant. Entgegen den dortigen Darstellungen sei der Zeitpunkt, wann diese Bauprojekte fertiggestellt werden würden, äußerst unsicher. Teilweise würden sich diese Infrastrukturprojekte sogar erst in Planung befinden. Es habe daher einen entscheidenden Vorteil, diese derzeit noch unsicheren Entwicklungen in die jetzige Vorinformation zu integrieren, bevor Art 5 idF gemäß Verordnung 2016/2388 in Kraft trete bzw. die Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO nicht mehr zulässig sei. Die Einbeziehung dieser Leistungen in die jetzige Ausschreibung sei als Umgehung des Vergaberechts rechtswidrig. Selbst wenn der avisierte Zeitpunkt tatsächlich zutreffen sollte, sei die Ausschreibung von Leistungen, die ab frühestens 2024 benötigt werden würden, mangels derzeitigen konkreten Beschaffungsbedarfes als Umgehung des Vergaberechtes rechtswidrig.

Weiters sei die Wahl des Vergabeverfahrens aus dem Grund rechtswidrig, dass darin wesentliche Vertragsänderungen,

die die Vergabe eines neuen Auftrags erfordern würden, in primärrechtswidriger Weise vorbehalten werden würden. Eine derart wesentliche Vertragsänderung liege insbesondere dann vor, wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweiterte oder verringerte. Gegenständlich würden für einzelne Jahre keinerlei Informationen zu Leistungsumfang und Konditionen wie Strecken, Taktung, Haltestellen, etc. bereitgestellt werden. Darüber hinaus seien für die gesamte Vertragslaufzeit, mit Ausnahme des ersten Leistungsjahres, auf unterschiedlichen Strecken Varianten vorgesehen. Diese könnten unter anderem dazu führen, dass überhaupt keine Personenverkehrsdienste auf den betreffenden Strecken zu erbringen seien. Weiters sei für einen Großteil der Strecken die Finanzierung derzeit unklar, sodass abhängig davon der Umfang der zu erbringenden Leistungen entsprechend dem Finanzierungsanteil der Länder um bis zu 20 Prozent variieren könnte. Zudem seien ganz allgemein Anpassungen der zu erbringenden Zugkilometerleistung im Rahmen der Abrufe der SCHIG aufgrund von laufenden Änderungen der Verkehrsbedürfnisse zugelassen. Derartige Anpassungen würden überdies als vertragsimmanente Erfüllungshandlungen eingeordnet werden. Weiters seien Mehrleistungen bzw. Reduktionen von Zugkilometern zulässig, wenn sie insgesamt nicht mehr als +/- 15 Prozent des Auftragswerts des Gesamtangebotes während der gesamten Vertragslaufzeit betragen würden. Sohin seien jedenfalls wesentliche Änderungen im Sinn der Rechtsprechung des EuGH als möglich definiert. Weiters würden für diverse unterschiedliche Linien jeweils zusätzliche Änderungsvorbehalte festgelegt werden. Da gegenständlich wesentliche Vertragsänderungen im Sinn der Rechtsprechung des EUGH vorbehalten werden würden, widerspreche die Wahl der Direktvergabe den primärrechtlichen Grundsätzen. Es werde dadurch unter anderem auch das Transparenzgebot verletzt, weil die gegenständliche Vorinformation dadurch viel zu unbestimmt sei und diese Vorinformation nicht einmal den gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO gebotenen Mindestinhalt aufweise.

Schließlich befreie die Wahl der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO entgegen der offenkundigen Ansicht der Antragsgegner nicht von der Einhaltung der primärrechtlichen Grundsätze. Dies werde auch in den Erwägungsgründen zur PSO-VO festgehalten. Auch aus dem grundlegenden Ziel der PSO-VO, die inländischen Märkte für Schienenpersonenverkehrsdienste dem Wettbewerb zu öffnen und die Rahmenbedingungen für derartige Vergaben zu vereinheitlichen, sei die Anwendbarkeit der primärrechtlichen Grundsätze auf Vergaben nach der PSO-VO abzuleiten. Das Unionsrecht beschränke sich im Rahmen der PSO-VO auf die Vorgabe von Rahmenbedingungen und lege keine vollharmonisierenden Regelungen fest. Auch in dem Falle, dass der sekundärrechtliche Unionsgesetzgeber die Direktvergabe ermögliche, sei das Primärrecht höherrangig und daher zu beachten. In diesem Sinne würden auch die europäische Kommission sowie die Lehre bestätigen, dass die primärrechtlichen Grundsätze insbesondere auch bei der Vergabe gemäß Art 5 PSO-VO einzuhalten seien.

Das primärrechtliche Diskriminierungsverbot schließe nach der Rechtsprechung des EuGH eine Verpflichtung zur Transparenz sowie den Grundsatz der Gleichbehandlung der Anbieter ein. Der Grundsatz des freien Wettbewerbs sei eine besondere Ausprägungsform des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Gegen diese Grundsätze würden die Antragsgegner verstößen, indem trotz Kenntnis von der Leistungsbereitschaft der Antragstellerin und der Fähigkeit der Antragstellerin, die verfahrensgegenständlichen Leistungen anzubieten und zu erbringen, dieser keine Möglichkeit gegeben worden sei, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen, ein Angebot zu legen und den Zuschlag zu erhalten. Die Antragstellerin wäre damit durch die Wahl der Direktvergabe diskriminiert, zumal darin bereits bekanntgegeben worden sei, welcher Unternehmer in das Vergabeverfahren einzbezogen werde.

Ziel des Art 7 Abs 2 PSO-VO sei, potentiellen Betreibern eines öffentlichen Dienstes zu ermöglichen, auf die Veröffentlichung bzw. die zur Vergabe gelangenden Leistungen reagieren zu können. Dieses Ziel werde konterkariert, wenn der Auftraggeber den Unternehmer, dem er diese Leistungen direkt vergeben möchte, bereits vor der Veröffentlichung kontaktiere, den Leistungsinhalt abstimme und dann lediglich pro forma eine Veröffentlichung gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO erfolge.

Damit würden die Antragsgegner gegen die primärrechtlichen Vergabegrundsätze verstößen, weil sie bereits vor Einleitung des Vergabeverfahrens einen Unternehmer zur Bestimmung der Leistungen heranziehen und diesen gegenüber anderen Unternehmen begünstigen. Darüber hinaus würden die Antragsgegner dadurch gegen das Transparenzgebot verstößen, welches verlange, dass die Bedingungen der Auftragsvergabe für alle Bieter vorhersehbar seien.

Neben der Wahl des Vergabeverfahrens werde überdies die Zuschlagsentscheidung angefochten. In der auf der Homepage des BMVIT am 04.12.2018 bekanntgemachten Auftragsbeschreibung werde festgelegt, dass der

Dienstleistungsauftrag gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO direkt an die XXXX vergeben werden solle. Damit sei diese Auftragsbeschreibung materiell betrachtet eine Zuschlagsentscheidung gemäß § 2 Z 49 BVergG. Diese Zuschlagsentscheidung sei rechtswidrig.

2. Am 21.12.2018 legten die Antragsgegnerinnen, die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge SCHIG) sowie die Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor, ersuchten um Ausnahme von der Akteneinsicht, erteilten die allgemeinen Auskünfte und nahmen zum Antragsvorbringen wie folgt Stellung:

Aus verkehrsplanerischen Gründen sei die Neuvergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland ab 15.12.2019 notwendig gewesen. Auftraggeberin der beabsichtigten Direktvergabe iSd § 2 Z 5 BVergG sei ausschließlich die SCHIG. Diese soll den in der Vorinformation angekündigten Dienstleistungsvertrag mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließen. Die Beauftragung der SCHIG durch das BMVIT erfolge auf Grundlage der am 03.02.2011 zwischen dem Bund, vertreten durch den BM für Verkehr, Innovation und Technologie, und der SCHIG vereinbarten Richtlinie über die Abwicklung der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Schienenpersonenverkehr. Die SCHIG sei sohin im Sinne der Legaldefinition des § 2 Z 5 BVergG jener Rechtsträger, der vertraglich einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen zu erteilen beabsichtige und somit Auftraggeber. Der gegenständliche Sachverhalt entspreche vollständig jenem, der der höchstgerichtlichen Entscheidung des VwGH vom 21.12.2016, Ra 2016/04/0139, zugrunde gelegen sei. Der VwGH habe im Rahmen dieses Erkenntnisses bestätigt, dass in dieser Konstellation eindeutig die SCHIG als öffentlicher Auftraggeber agiere und ausschließlich das BVwG für die Vergabekontrolle zuständig sei.

Eine Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdiendienstleistungen sei bereits nach dem klaren Wortlaut von Art 5 Abs 6 PSO-VO, §§ 2 Z 15 lit. a sublit. gg iVm 151 Abs 2 BVergG und Art 5 Abs 4a PSO-VO idF der Verordnung 2016/2338 sowie der Judikatur des VwGH und des EuGH jedenfalls zulässig. Dies habe auch jüngst das BVwG zweifelsfrei in zwei Entscheidungen klargestellt und der VwGH abermals bestätigt. Die konkreten Voraussetzungen einer Direktvergabe würden sich ausschließlich in Art 5 Abs 6 (iVm Art 4 Abs 4 und Art 8 Abs 2 und 2a) sowie in Art 7 Abs 2 PSO-VO finden und seien sämtliche dieser Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt. Die Wahl der Direktvergabe sei eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde. Die Direktvergabe sei im konkreten Fall mit den Ergebnissen zahlreicher rechtlicher, volkswirtschaftlicher und weiterer Erwägungen, Prüfungen und Analysen untermauert worden und ergäbe die abwägende Gesamtbetrachtung der zuständigen Behörde die bessere Eignung der Direktvergabe. Nachprüfungsverfahren dienten ausschließlich dazu, die Beachtung der einschlägigen Regelungen des Unionsrechts oder der einzelstaatlichen Vorschriften, die diese Regelungen umsetzen, sicherzustellen. Die Zuständigkeit des BVwG sei folgerichtig auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung beschränkt. Andere Kriterien, wie etwa die Zweckmäßigkeit oder Effizienz einer Entscheidung, dürften bei der Prüfung nicht herangezogen werden. Dies werde durch die aktuelle Rechtsprechung des BVwG bestätigt.

Nach Darstellung des Sachverhaltes wurde zu den vorgebrachten Rechtswidrigkeiten im Wesentlichen Nachstehendes ausgeführt: Wie das BVwG erst jüngst eindeutig festgestellt habe, könne eine Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO erfolgen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt seien. Dabei handle es sich um eine abschließende Aufzählung.

1. Es dürfe gemäß § 5 Abs 6, 1. Satz, 1. Halbsatz PSO-VO nach mitgliedstaatlichem Recht nicht untersagt sein, Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO durchzuführen.
2. Es müsse sich gemäß Art 5 Abs 6, 1. Satz, 2. Halbsatz PSO-VO um Eisenbahnverkehrsdiendienstleistungen handeln.
3. Die Höchstlaufzeit einer solchen Direktvergabe dürfe gemäß Art 5 Abs 6, 2. Satz iVm Art 4 Abs 4 und Art 8 Abs 2 und 2a PSO-VO maximal 10 bzw. 15 Jahre betragen.
4. Es sei gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO spätestens ein Jahr vor der Direktvergabe eine Vorinformation EU-weit bekanntzumachen. Im gegenständlichen Fall sei die Vorinformation am 30.11.2018 versendet worden, sodass mehr als ein Jahr Zeit bis zum voraussichtlichen Vertragsbeginn am 15.12.2019 bleibe.
5. Der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde seien gemäß Art 7 Abs 2 lit. a PSO-VO bekanntzumachen.
6. Die Art des geplanten Vergabeverfahrens sei gemäß Art 7 Abs 2 lit. b PSO-VO bekanntzumachen.

7. Die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete seien gemäß Art 7 Abs 2 lit. c PSO-VO in der Vorinformation zu nennen.

8. Der geplante Beginn und die geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrages seien gemäß Art 7 Abs 2 lit. d PSO-VO bekanntzumachen.

Die Auftraggeberin habe sämtliche dieser Voraussetzungen erfüllt, weswegen die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe rechtmäßig erfolgt sei.

Zur behaupteten Rechtswidrigkeit der vorgesehenen Laufzeit sei festzuhalten, dass es sich bei der Festlegung der Laufzeiten von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen um eine Ermessensentscheidung handle und dem Aufgabenträger dabei in Anbetracht der zahlreichen wirtschaftlichen und verkehrlichen Erwägungen ein weiter Beurteilungsspielraum zukomme. Nachdem der Unionsgesetzgeber mit dieser normativen Festlegung bereits eine antizipierte Abwägung zwischen Wettbewerbsintensität und Amortisationsdauer vorgenommen habe, sei im Übrigen nach der einschlägigen Literatur auch die Entscheidung des Aufgabenträgers, die in der PSO-VO vorgesehenen Höchstlaufzeiten zu nutzen, vergabekontrollbehördlich nicht überprüfbar.

Gemäß Art 8 Abs 2 PSO-VO dürften Verträge, die vor dem 03.12.2019 gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO vergeben werden, eine Laufzeit von 15 Jahren aufweisen. Entgegen der Behauptung der Antragstellerin werde dieser Bestimmung im konkreten Fall jedenfalls entsprochen. Maßgeblich für den Beginn des Laufs der Einjahresfrist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO sei jedenfalls der Tag der Absendung der Vorinformation an das Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. Diese Ansicht vertrete auch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union selbst. Weiters seien, nachdem die PSO-VO keinerlei Festlegungen zum Beginn der Frist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO normiere, die allgemeinen vergaberechtlichen Bestimmungen heranzuziehen. Gleich eine Vielzahl von Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU würde in diesem Zusammenhang vorsehen, dass Fristen mit dem Tag der Absendung zu laufen beginnen. Weiters müssten gemäß Art 51 Abs 5 der Richtlinie 2014/24/EU Auftraggeber in der Lage sein, den Tag der Absendung der Bekanntmachung nachzuweisen. Dieser Nachweis über das Datum der Absendung sei nach den Bestimmungen der Richtlinie 2014/24/EU mehrfach von Relevanz. Der Zeitpunkt der Absendung einer Bekanntmachung sei nach dem Unionsvergaberecht auch für weitere Anknüpfungen relevant, so zB für den maßgeblichen Zeitpunkt der Auftragswertschätzung gemäß Art 5 Abs 4 der Richtlinie 2014/24/EU. Überdies gelte selbst für die rechtsschutzrelevante Stillhaltefrist betreffend den Zuschlag gemäß Art 2a Abs 2 Rechtsmittelrichtlinie der Tag der Absendung als fristauslösendes Ereignis. Weiters könne aus der Tatsache, dass die Frist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO bereits mit Absendung der Bekanntmachung an das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union beginne, keine Beschränkung des Rechtsschutzes abgeleitet werden, zumal die 10-Tages-Frist ohnedies erst ab Kenntnisnahmemöglichkeit zu laufen beginne und sich diese selbstverständlich auch innerhalb der Jahresfrist befindet. Auch nach der einschlägigen Literatur sei der Zeitpunkt der Absendung der Vorinformation maßgeblich für den Beginn des Fristenlaufes von Art 7 Abs 2 PSO-VO. Wäre der Tag der Veröffentlichung der Vorinformation maßgeblich, so hätte es das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union in der Hand, den Fristenlauf von Vergabeverfahren zu steuern. Die Kompetenz zur Festlegung des Beginns von Vergabeverfahren bzw. des Laufs der einschlägigen Fristen liege aber einzig und allein beim Aufgabenträger und nicht bei der Europäischen Union bzw. dem Amt für Veröffentlichungen. Auch aus diesem Grunde erhelle, dass ausschließlich der Zeitpunkt der Absendung maßgeblich sein könne, da nur dieser als objektiv feststellbares und fristauslösendes Ereignis angesehen werden könne. Weiters stehe nach der Judikatur fest, dass eine Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 keine Rechtsbedingung im Sinne einer Zulässigkeitsvoraussetzung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO sein könne. Das Veröffentlichungsdatum einer Vorinformation stehe daher in keinerlei Relation oder Kausalität zum Vertragsabschluss eines gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO direkt vergebenen Verkehrsdienstevertrages.

Im Übrigen spreche Art 8 Abs 2 PSO-VO dezidiert davon, dass die Laufzeit von Aufträgen, die gemäß Art 5 Abs 6 leg cit zwischen dem 03.12.2019 und dem 24.12.2023 vergeben werden würden, höchstens zehn Jahre betrage. Der Begriff "Auftragsvergabe" sei in Art 1 Abs 2 der Richtlinie 2014/24/EU unionsrechtlich definiert und skizziere daher den gesamten Beschaffungsprozess von der Einleitung des Vergabeverfahrens bis zum Abschluss des öffentlichen Auftrages. Hätte der Unionsgesetzgeber beabsichtigt, mit Art 8 Abs 2 PSO-VO, welcher durch die Verordnung 2016/2338 und somit nach Publikation und Inkrafttreten der Richtlinie 2014/24/EU in die PSO-VO eingefügt worden sei, auf den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses abzustellen, so hätte er vom Abschluss des öffentlichen Auftrages und nicht von der Vergabe gesprochen. Die Vergabe könne nach Ansicht der Antragsgegnerinnen daher nur als Einleitung

des Vergabeverfahrens verstanden werden und diese finde bereits durch Absendung der Vorinformation statt. Nachdem im konkreten Fall die Absendung der Vorinformation am 30.11.2018 erfolgt sei und somit jedenfalls vor dem 03.12.2019, sei auch in dieser Hinsicht den Vorgaben des Art 8 Abs 2 PSO-VO entsprochen worden.

Im konkreten Fall berufe sich der Aufgabenträger ausdrücklich auf den Tatbestand in Art 4 Abs 4 UAbs 1 PSO-VO. Für die Anwendung dieses Tatbestands stelle die PSO-VO drei Voraussetzungen auf, nämlich die Erforderlichkeit einer Verlängerung unter Berücksichtigung der Amortisierungsdauer der Wirtschaftsgüter, die Bereitstellung eines wesentlichen Anteils der insgesamt erforderlichen Wirtschaftsgüter für die Erbringung der Personenverkehrsdienste durch den Betreiber sowie eine vorwiegende Bindung an die Personenverkehrsdienste, für welche die verlängerte Vertragsdauer gelten solle. Diese Voraussetzungen seien im konkreten Fall erfüllt. Da im konkreten Fall die eingesetzten Fahrzeuge auf den genannten Strecken voraussichtlich einer Amortisierungsdauer von 30 Jahren unterliegen würden und da diese in Zusammenhang mit Leistungsausweitungen und der Ausmusterung von Bestandsfahrzeugen erst nach Beginn der regulären Vertragslaufzeit beschafft und eingesetzt werden würden, sei eine Verlängerung um 5 Jahre sinnvoll und ökonomisch. Das beauftragte Eisenbahnverkehrsunternehmen bringe das Wirtschaftsgut Rollmaterial im Übrigen vollständig selbst ein. Die zu beschaffenden Fahrzeuge würden weiters nahezu vollständig zur Erfüllung dieses gemeinwirtschaftlichen Leistungsangebotes eingesetzt werden.

Zur behaupteten Vergabe einer Rahmenvereinbarung sei festzuhalten, dass auftragsgegenständlich ausschließlich ein Dienstleistungsauftrag sei. Dieser Dienstleistungsauftrag sei bereits seinem Wesen nach und nach dem eindeutigen objektiven Erklärungswert der Vorinformation weder einem gesonderten Abruf noch einer Parallelausbeschreibung zugänglich.

Es sei bereits der Vorinformation zu entnehmen, zu welchem Zeitpunkt welche konkreten Verkehrsleistungen auf mittels Fahrplanbildern oder Linientaktkarten konkret zuordenbaren Linien zu erbringen sein werden. Die einmalige Variantenentscheidung für die übrige Vertragslaufzeit ab dem zweiten Vertragsjahr habe jedenfalls im Laufe des Jahres 2019 und somit noch vor der gegenständlichen Beauftragung zu erfolgen. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin würden für jede Zeitscheibe, in der zum jetzigen Zeitpunkt Änderungen absehbar seien, detaillierte Linientaktkarten beiliegen, in der nicht nur die Strecken, sondern auch die vorgesehene Anzahl der Zwischenhalte, die Taktung sowie auch die geplanten Abfahrts-/Ankunftsminuten an den Knotenbahnhöfen definiert seien. Genauer könne man ein Fahrplansystem kaum beschreiben. Weiters sei der Rechtsprechung des EuGH zu entnehmen, dass ein öffentlicher Dienstleistungsauftrag eine über mehrere gesonderte Schritte umfassende Konstruktion umfassen könne und die Vergabe eines dahingehenden Auftrages unter Berücksichtigung der Gesamtheit dieser Schritte sowie ihrer Zielsetzung zu prüfen sei und nicht anhand ihrer zeitlichen Abfolge.

Würde man der Argumentation der Antragstellerin folgen, so wäre jeder Dienstleistungsauftrag, der eine Option enthalte, ebenfalls zwingend eine Rahmenvereinbarung. Dies wäre eine Konsequenz, die klar und eindeutig dem BVergG 2018 widerspreche.

Es handle sich nicht um ein Abrufsystem betreffend die konkreten Verkehrsdienstleistungen, wodurch der Leistungsvertrag erst mit Abruf zustande käme, sondern es würden die Verkehrsleistungen und deren Art, Zeit, Ort und sonstige Umstände der Erbringung direkt und unmittelbar sowie durchsetzbar im Vertrag selbst geregelt und definiert werden.

Abgesehen davon würden lediglich die in § 151 Abs 2 Satz 2 BVergG 2018 abschließend aufgezählten Bestimmungen des BVergG 2018 anwendbar sein, sodass weder die Definition der Arten der Verfahren zur Vergabe von Aufträgen iSd § 31 BVergG 2018, noch die Bestimmungen hinsichtlich der Vergabe von Rahmenvereinbarungen, die allgemeinen Bestimmung hinsichtlich Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen oder die Bestimmungen über Direktvergaben anzuwenden seien.

Zur behaupteten Einbeziehung von nichtbeschaffungsrelevanten Leistungen sei auszuführen, dass es vollkommen klar sei, dass die Leistungsbeschreibung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags, welcher wie gegenständlich völlig korrekter Weise unter Ausübung des weiten Ermessensspielraums des Aufgabenträgers mit einer Laufzeit innerhalb der unionsrechtlich vorgesehenen Höchstfrist abgeschlossen werden soll, Rücksicht auf bereits vorhersehbare infrastrukturelle und verkehrliche Entwicklungen zu nehmen habe. Aus diesem Grund werde auch im Rahmen der gegenständlichen Vorinformation exakt aufgegliedert, welche Leistungen in welchen Zeitscheiben beauftragt werden sollen. Damit werde in höchstem Ausmaß dem Transparenzgebot des Art 7 PSO-VO Genüge getan.

Das konkrete Datum der jeweiligen Zeitscheibe sei ein voraussichtliches, falle aber jedenfalls in die geplante Vertragslaufzeit. Gerade deswegen seien die Leistungen aus Sicht der zuständigen Behörde miteinander zu verknüpfen, da ansonsten weder die konkrete Laufzeit der Leistungserbringung bis zur Fertigstellung der Infrastruktur noch der Beginn der Laufzeit danach bekannt wäre. Darüber hinaus sollen die Verkehre auf den von der Laufzeitverlängerung betroffenen Linien zum Großteil von Beginn an umfasst sein und handle es sich dabei nicht um eine Neubestellung von Verkehrsdiensleistungen. Weiters würde die einmalige Variantenentscheidung jedenfalls im Laufe des Jahres 2019 und somit noch vor der gegenständlichen Beauftragung erfolgen.

Weiters sei zusätzlich erwähnt, dass die zuständige Behörde die Leistungen auch in einem eigenen Dienstleistungsauftrag später - bis Ende 2023 - vergeben könnte, würden nicht die genannten Gründe für die Bestellung in einem Dienstleistungsvertrag sprechen.

Zur behaupteten Ermöglichung wesentlicher Vertragsänderungen sei darauf hinzuweisen, dass entsprechende vertragliche Anpassungsklauseln bereits in den bisherigen Vorinformationen, welche im Wege des Gesamtangebotsbestellsystems zu vergebende Verkehrsdiensleerverträge betrafen, enthalten gewesen seien und diese von den jeweiligen Vergabekontrollbehörden noch in keinem einzigen Fall als unzulässig erklärt worden seien. Weiters stehe eindeutig fest, dass die Auftraggeberin durch die Bekanntgabe, dass im Zuge der Vertragsverhandlungen eine entsprechende Anpassungsklausel implementiert werden solle, ihre Verpflichtung zur Transparenz und zur höchstmöglichen Detaillierung der Vorinformation mustergültig nachgekommen sei. Weiters dürften entsprechende Anpassungsklauseln sowohl unionsrechtlich als auch nach österreichischem Vergaberecht ebenfalls zulässigerweise vereinbart werden. Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang auch darauf, dass § 365 BVergG 2018 gemäß § 151 Abs 3 BVergG 2018 bei der gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO erfolgenden Vergabe von Schienenverkehrsdiensleistungen gar nicht anzuwenden sei. Weiters habe, wie bereits erwähnt, die einmalige Variantenentscheidung jedenfalls im Laufe des Jahres 2019 zu erfolgen. Es würden auch keine zusätzlichen Änderungsvorbehalte festgelegt werden, dabei handle es sich lediglich um die Beschreibung, dass auch vom Grundtakt abweichende Züge enthalten seien, diese seien in den Musterfahrplänen auch eindeutig ersichtlich und absolut klar definiert. Überdies würden, wie bereits erläutert, für jede Zeitscheibe detaillierte Linientaktkarten beiliegen. Weiters sei darauf hinzuweisen, dass im Schienenverkehr jährlich Fahrplanänderungen und Leistungsanpassungen erfolgen würden und solche Anpassungen daher jedenfalls systemimmanent seien. Zudem müssten die international festgelegten Fahrpläne für den internationalen Schienenpersonen- und -güterverkehr berücksichtigt werden. Wie in der Vorinformation transparent ausgeschildert, müssten daher Änderungen der Verkehrsbedürfnisse hinsichtlich geänderter demographischer, wirtschaftlicher und infrastruktureller Rahmenbedingungen sowie Maßnahmen ausländischer Infrastrukturbetreiber, Aufgabenträger oder Verkehrsunternehmen mit Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und technische Machbarkeit der Verkehrsleistungen in der Vertragsgenese Berücksichtigung finden.

Zur behaupteten Pflicht zur Beachtung der primärrechtlichen Grundsätze sei auszuführen, dass Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO jedenfalls mit dem Primärrecht der Union vereinbar seien. Vom EuGH sei in der Rechtssache Corsica Ferries France ausgesprochen worden, dass die Grundfreiheiten und damit das EU-Primärrecht im Verkehrsbereich ohne sekundärrechtliche Marktöffnung keine Anwendung finden würden. Eine derartige sekundärrechtliche Marktöffnung im Eisenbahnbereich sehe die PSO-VO nicht vor. Im Verkehrsbereich sei der Binnenmarkt nicht verwirklicht worden. Aus dem EU-Primärrecht würden sich keine zusätzlichen Verfahrenserfordernisse ergeben. Der Rückgriff auf das Primärrecht der Union sei weder notwendig noch zulässig. Dies sei ebenfalls vom BVwG zu nahezu identen Sachverhalten der Direktvergabe von Verkehrsdiensleerverträgen mit Hinblick auf Eisenbahnverkehrsdiensleistungen in den Bundesländern Vorarlberg und Tirol bestätigt worden. Erst jüngst habe das BVwG in diesem Zusammenhang unter Verweis auf die eindeutige Judikatur des EuGH auch zweifelsfrei festgehalten, dass abschließend harmonisierte Bereiche des Unionsrechts nicht anhand der Bestimmungen des Primärrechts, sondern anhand dieser Harmonisierungsmaßnahmen zu beurteilen seien. Das BVwG hege auch keine unionsprimärrechtlichen und auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die nationale Zulassung der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO, zumal dies auch sachlich sowie im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber erscheine, da der von Art 5 Abs 6 PSO-VO erfasste Schienenpersonenverkehr in Österreich notorisch als wesentlicher Teil der nationalen Infrastruktur bzw. Daseinsvorsorge zu bewerten sei.

Die in der PSO-VO abschließend geregelten Transparenzverpflichtungen seien durch Veröffentlichung der

Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU und Bekanntgabe der darin enthaltenen Informationen selbstverständlich eingehalten worden. Mit der gegenständlichen Vorinformation sei sogar weit über die Vorgaben von Art 7 Abs 2 PSO-VO hinausgegangen worden.

Zu den behaupteten unzulässigen Vorabstimmungen sei festzuhalten, dass diese Behauptungen der Antragstellerin unwahr seien und diese daher aufs Schärfste zurückzuweisen seien. Die Erst- und Zweitantragsgegnerin hätten sämtliche rechtlichen Voraussetzungen der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO berücksichtigt und auch explizit eine tiefgreifende Begründung für die sachliche Rechtfertigung dieses Vorgehens dargelegt. Geheime Zusagen oder gar abgeschlossene Verträge mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen würden jedenfalls nicht existieren. Vorgespräche mit dem in Aussicht genommenen Vertragspartner seien im Übrigen sowohl gemäß der Ursprungsfassung der PSO-VO, als auch nach der novellierten PSO-VO, welche ausdrücklich auf die Verbesserung der Qualität der Dienste oder Kosteneffizienz oder von beidem im Vergleich zu dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag abstelle, jedenfalls zulässig. Die Zulässigkeit von Vorgesprächen sei jedenfalls auch seitens des BVwG bereits mehrfach zweifelsfrei bestätigt worden.

Die Bestimmungen der PSO-VO und des BVergG 2018 über die Direktvergabe der verfahrensgegenständlichen Leistung seien insbesondere durch eine detaillierte geographische und inhaltliche Beschreibung mustergültig eingehalten worden. Es sei jedenfalls Aufgabe eines öffentlichen Auftraggebers, die zu vergebende Leistung festzulegen und zu beschreiben. Diese Beschreibung der zu beauftragenden Verkehrsleistungen sei durch die Musterfahrpläne erfolgt.

Nicht zuletzt belege zudem die im konkreten Vergabeverfahren penibel dokumentierte und detailliert ausgearbeitete sachliche Rechtfertigung, dass im konkreten Fall sowohl dem Gebot der Nichtdiskriminierung, als auch dem Gleichbehandlungsgebot jedenfalls entsprochen worden sei.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der "Zuschlagsentscheidung" sei jedenfalls zurückzuweisen, da gemäß § 2 Z 5 lit. a sublit. gg BVergG 2018 bei der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ausschließlich die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar sei.

Zur Zulässigkeit von Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO sei auszuführen, dass nach dieser Bestimmung, sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt sei, die zuständigen Behörden entscheiden können, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt zu vergeben. Der österreichische Gesetzgeber habe auf eine diesbezügliche Untersagung verzichtet. Die Voraussetzungen die Art 5 Abs 6 PSO-VO für die Direktvergabe aufstelle, seien lediglich, dass die Direktvergabe nicht nach nationalem Recht untersagt sei, dass es sich um öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr, ausgenommen Untergrund- und Straßenbahnen, handle und der Auftraggeber eine Höchstlaufzeit von 10 Jahren einhalte. Weitere Voraussetzungen enthalte diese Bestimmung nicht. Es handle sich bei der Wahl der Direktvergabe um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Sohin sei der Auftraggeber frei, das Verfahren der Direktvergabe zu wählen.

Es sei darauf hinzuweisen, dass die gegenständliche Vergabe auch nach den bereits in Kraft befindlichen Vergaberechtsrichtlinien 2014 ausschließlich der PSO-VO unterliege. Dass die PSO-VO den allgemeinen EU-Vergaberrichtlinien als lex specialis vorgehe, habe der EuGH ebenfalls eindeutig festgestellt.

Die PSO-VO sei am 03.12.2009 in Kraft getreten und demnach als unmittelbar anwendbares, sekundäres Unionsrecht auch ohne nationale Umsetzung in Österreich anzuwenden.

Von dem Grundsatz, dass die in der PSO-VO angeführten Aufträge in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben seien, welches in Art 5 Abs 3 PSO-VO näher definiert sei, bestehe unter anderem eine Ausnahme hinsichtlich der Vergabe von Eisenbahndienstleistungen, welche iSd Art 5 Abs 6 PSO-VO direkt vergeben werden können. Folglich sei die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO der Gegenbegriff zum wettbewerblichen Verfahren nach Art 5 Abs 3 PSO-VO und damit mehr als der bloße Verzicht auf eines der typisierten Vergabeverfahren. Daraus folge auch, dass der Begriff der Direktvergabe als bewusster Gegensatz zum wettbewerblichen Verfahren nach der PSO-VO zu sehen sei.

Die Leistungen des innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehrs im Sinne der PSO-VO seien in Österreich nach dem BVergG 2018 zu vergeben. Das BVergG 2018 trage der Besonderheit der PSO-VO nun in § 151 Abs 2 Rechnung, indem es bestimme, dass wiederrum die Anwendbarkeit des Art 5 Abs 6 der PSO-VO unberührt bleibe.

Bei der Durchführung eines derartigen Direktvergabeverfahrens seien gemäß § 151 Abs 2 BVergG 2018 ausschließlich die §§ 1, 2, 61 Abs 1, der 4. Teil sowie die §§ 358 und 366 leg.cit. anwendbar. Der Gesetzgeber habe mit dem BVergG 2018 somit die Wahlfreiheit des Auftraggebers zur Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO im Bereich von Dienstleistungsaufträgen auf der Schiene weiterhin beibehalten. Im Übrigen spreche sich der VwGH eindeutig für die Möglichkeit der Direktvergabe, also die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens, aus. Erst kürzlich habe auch das BVwG in diesem Zusammenhang zu mit zwei dem gegenständlichen Sachverhalt völlig gleich gelagerten Fällen festgehalten, dass die Zulässigkeit der Vorgangsweise der Auftraggeberin ausschließlich auf Grundlage des Art 5 Abs 6 PSO-VO zu beurteilen sei. Der Schwellenwert des § 141 Abs 3 BVergG 2018 sei für die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdiestleistungen ohne Bedeutung. Die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe habe im Übrigen auch bereits das Bundesvergabeamt bestätigt.

Weiters ergebe die Wortlautinterpretation der Mitteilung der europäischen Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO-VO, dass mit der Einhaltung der Verpflichtungen gemäß Art 7 Abs 2 und 3 PSO-VO auch den Grundsätzen des Vertrages genüge geleistet werde und dass es sich bei diesen Bestimmungen um eine sekundärrechtliche Ausformulierung der primärrechtlichen Grundsätze für den Fall der Direktvergabe im Rahmen der PSO-VO handle. Zum selben Ergebnis gelange man im Übrigen unter Heranziehung der Materialien zum BVergG 2006. Auch die Lehre betone in diesem Zusammenhang, dass sich die einzuhaltenden Transparenzpflichten im Kontext einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ausschließlich aus Art 7 PSO-VO ergeben würden. Dieser Ansicht habe sich auch das LVwG Wien angeschlossen. Abermals sei auch durch das BVwG erst kürzlich in zwei völlig gleich gelagerten Fällen die Zulässigkeit einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO vollinhaltlich bestätigt worden. Die Direktvergabe im Eisenbahnbereich sei in der österreichischen Rechtsordnung auch nicht wieder zugelassen worden. Der Gesetzgeber habe nach Inkrafttreten der PSO-VO am 03.12.2009 vollkommen zulässigerweise eine Reaktion auf die Möglichkeiten, welche die sekundärrechtliche PSO-VO vorsehe und jeden Mitgliedsstaat gewähre, getroffen. Beschränkungen für Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO seien nicht vorgesehen gewesen, insbesondere sei auch der Schwellenwert des § 141 Abs 3 BVergG 2006 für die Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiestleistungen nicht anwendbar gewesen.

Das BVergG 2018 behalte nunmehr ebenfalls die Wahlfreiheit des Auftraggebers zur Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Absatz 6 PSO-VO im Bereich von Dienstleistungsaufträgen auf der Schiene weiterhin bei und Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdiestleistungen auf der Schiene könnten daher gemäß § 151 Abs 2 BVergG 2018 jedenfalls im Wege einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO vergeben werden.

Zum Ablauf einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO sei auszuführen, dass diese im Wege eines dreistufigen Entscheidungsprozesses erfolge.

Für die erste Stufe bestehet die Begründungspflicht hinsichtlich der Wahl der Direktvergabe, welche auf sachlichen Erwägungen zu beruhen habe. Die in der ersten Stufe mit weitem Ermessensspielraum zu berücksichtigenden sachlichen Erwägungen des Auftraggebers seien nach der Literatur sehr weit gefasst und würden etwa Überlegungen hinsichtlich des Anbietermarktes oder Gesichtspunkte aus dem Bereich der Behörde selbst beinhalten.

In der zweiten Stufe erfolge die Entscheidung für einen bestimmten Betreiber. Melde sich im Zuge der Direktvergabe ein interessanter Betreiber, so sei die zuständige Behörde selbstverständlich nicht verpflichtet, eine wettbewerbliche Vergabe einzuleiten oder das Direktvergabeverfahren in eine solche überzuleiten. Denn nach dem Sinn und Zweck der Direktvergabe und nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 2 lit h PSO-VO sei für sie ausdrücklich kein vorausgehendes wettbewerbliches Vergabeverfahren und auch keinerlei Drittbe teiligung vorgeschrieben. Insbesondere sei es damit auch nicht notwendig, ein eingegangenes Initiativangebot zu werten.

Die dritte Stufe beinhaltet schließlich die Vertragsverhandlungen und den Vertragsabschluss mit dem ausgewählten Betreiber. Die daraus resultierende Einigung sei als Auftragsvergabe iSd Art 7 Abs 3 PSO-VO anzusehen und setze die dort normierte Bekanntmachungsfrist bezüglich der erfolgten Auftragsvergabe in Gang.

Resümierend handle die Behörde bei einer Direktvergabe iSd Art 5 Abs 6 PSO-VO jedenfalls unionsrechtskonform, dh diskriminierungsfrei und gleichheitssichernd, wenn sie richtigerweise davon ausgehe, dass sie einen Beurteilungsspielraum wahrnehme und die rechtlichen Voraussetzungen iSd Art 5 Abs 6 PSO-VO erfüllt seien, den

Sachverhalt hinreichend aufkläre und die der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen richtig, vollständig und belastbar seien sowie wenn sie keine offensichtlichen Beurteilungsfehler begehe.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei im Rahmen einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO nicht sämtlichen Marktteilnehmern die Möglichkeit zur Angebotsabgabe einzuräumen. Sollte ein interessiertes Eisenbahnverkehrsunternehmen nach Entscheidung der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ein eigenes Angebot unterbreiten, so sei die zuständige Behörde nicht verpflichtet, diesen Betreiber und dieses Angebot zu prüfen, ein neues wettbewerbliches Auswahlverfahren einzuleiten oder die Direktvergabe in ein solches überzuleiten. Denn nach dem Sinn und Zweck der Direktvergabe und nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 2 lit h PSO-VO sei für sie ausdrücklich kein vorausgehendes wettbewerbliches Vergabeverfahren und auch keinerlei Drittbe teiligung vorgeschrieben. Insbesondere sei es damit auch nicht notwendig, ein eingegangenes Initiativangebot zu werten. Dies leite sich auch aus der Gesetzgebungsgeschichte der PSO-VO ab. Dies habe auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, wonach bei Einhaltung der Voraussetzungen des Art 5 Abs 6 PSO-VO kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren bestehe und insofern auch kein Schaden im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen zur Teilnahme am Vergabeverfahren entstehe.

Des Weiteren seien Direktvergaben auch nach der Neufassung der PSO-VO zulässig. Art 5 Abs 4a PSO-VO idF VO 2016/2338, welcher eine neue Form der Direktvergabe normiere, gelte gemäß Art 8 Abs 2 sublit ii leg. cit. ab 03.12.2019. Art 5 Abs 6 PSO-VO sei von der VO 2016/2338 unverändert beibehalten worden und finde gemäß Art 8 Abs 2 sublit iii PSO-VO idF VO 2016/2338 erst ab dem 25.12.2023 keine Anwendung mehr. Festzuhalten sei daher, dass die PSO-VO zwischen 3.12.2019 und 24.12.2023 zumindest zwei im konkreten Fall anwendbare verschiedene Direktvergabenormen für Schienenpersonenverkehrsdi enste, nämlich Art 5 Abs 4a und Abs 6, enthalten werde. Ab dem 25.12.2023 könnten Direktvergaben im Eisenbahnbereich nur mehr unter den Voraussetzungen des Art 5 Abs 4a PSO-VO idF VO 2016/2338 stattfinden. Der neue Art 5 Abs 4 PSO-VO enthalte detaillierte Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für den Schienenpersonenverkehr, die bisher in der PSO-VO nicht enthalten und in dieser Konkretheit auch nicht aus den primärrechtlichen Grundsätzen ableitbar gewesen seien. Diese Voraussetzungen seien sekundärrechtliche Konkretisierungen und Präzisierungen der primärrechtlichen und daher notwendig generellen Prinzipien. Es sei jedenfalls zulässig und wohl auch angezeigt, dass eine zuständige Behörde bereits unter dem geltenden Recht nach diesen Kriterien beurteile, ob eine Direktvergabe zulässig sei.

Die Wahl der Direktvergabe sei eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde, wobei es sich um ein an das Vorliegen der Voraussetzung des Art 5 Abs 4a lit a und lit b PSO-VO gebundenes Ermessen handle. Die Voraussetzungen der lit a und lit b müssten kumulativ erfüllt sein. Art 5 Abs 4a PSO-VO sei dahingehend zu verstehen, dass auch bei möglichen wettbewerblichen Verfahren eine Direktvergabe zulässig sei, wenn sie aus den in lit a leg. cit. genannten Gründen besser geeignet erscheine, die Qualität- und Kosteneffizienz der Schienenpersonenverkehrsdi enste zu erhöhen. Die zuständige Behörde müsse daher darlegen können, dass markt-, netz- oder auftragsbezogene Störfaktoren vorhanden seien, die einen fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb beeinträchtigen oder die Umsetzung der der Verkehrsverbesserung dienenden Zielsetzungen der zuständigen Behörde erschweren würden. Diese Darlegung liege im gegenständlichen Fall jedenfalls vor.

Ausweislich des klaren Wortlautes des Art 5 Abs 4a lit a PSO-VO sei als Vergleichsmaßstab der bestehende öffentliche Dienstleistungsauftrag und jedenfalls nicht das in einem wettbewerblichen Verfahren allenfalls erzielbare Ergebnis heranzuziehen.

Die in Art 5 Abs 4a lit a PSO-VO genannten einzelnen Kriterien, also

die jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale des Netzes,

die jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale des Marktes und die jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale der vom Auftrag abgedeckten Dienste müssten daher in einer abwägenden Gesamtbetrachtung die bessere Eignung der Direktvergabe erweisen. Diese Gesamtbetrachtung sei durch die zuständige Behörde im vorliegenden Fall durchgeführt worden und sei diese bessere Eignung einer Direktvergabe aus nachfolgenden Gründen jedenfalls als erfüllt anzusehen.

Als erster Schritt zur Umsetzung der verkehrspolitischen Zielsetzungen sei zwischen dem Bund und den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland eine Harmonisierung des Bestellsystems für

gemeinwirtschaftliche SPNV-Leistungen in Wien, Niederösterreich und Burgenland eingeleitet und vereinbart worden, dass der Bund die SCHIG beauftragen werde, das für den Zeitraum 2020-2029 in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland insgesamt zu erbringende gemeinwirtschaftliche SPNV-Angebot bei dazu geeigneten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beauftragen.

Hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens seien die Ergebnisse der verkehrlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfung einer rechtlichen Beurteilung unterzogen worden. Auf Basis dieser Grundlagen sei vom BMVIT entschieden worden, die für den Zeitraum 2020 bis 2029 in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland gemeinwirtschaftlich zu beauftragenden SPV-Leistungen im Wege der SCHIG als Auftraggeberin gemäß § 2 Z 5 BVergG 2018 bei der XXXX direkt zu beauftragen.

Die im Zusammenhang mit der Wahl des Vergabeverfahrens von Aicher/Lessiak im Rechtsgutachten vom 18.07.2016 dargelegten Sachverhalte und deren rechtliche und wirtschaftliche Beurteilung seien jedoch nicht nur für das Bundesland Vorarlberg, sondern grundsätzlich für das gesamte Bundesgebiet und somit auch für die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen SPV-Leistungen für die Bundesländer Wien, Niederösterreich und Burgenland zutreffend.

Als prägende Merkmale des derzeitigen und künftigen Schienenpersonenverkehrsmarktes in Österreich und als Begründung der sachlichen Rechtfertigung der konkreten Direktvergabe seien folgende Parameter identifiziert worden:

a. Die Monopolstellung der XXXX sei Teil der Struktur des österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarktes. Mit dem am 03.02.2011 abgeschlossenen Verkehrsdienvstevertrag des Bundes sei die XXXX im Wege der Direktvergabe von der SCHIG mit der Erbringung der aus dem Grundangebot gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 vom Bund zu finanzierenden Schienenpersonenverkehrsleistungen bis zum 31.12.2019 beauftragt worden. Die Direktbeauftragung habe gewählt werden müssen, weil der neue Verkehrsdienvstevertrag des Bundes der PSO-VO folgend dazu genutzt worden sei, das seinerzeitige System der überwiegenden Tarifbestellung nach den gemeinwirtschaftlichen Leistungsverträgen auf ein System der Leistungsbestellung umzustellen. Dieser Systemwechsel habe nicht in einem wettbewerblichen Verfahren, sondern nur in direkten Verhandlungen mit dem bisherigen Vertragspartner für das betreffende Grundangebot mit der XXXX vollzogen werden können. Die Rechtmäßigkeit dieser Direktvergabe sei vom Bundesvergabeamt sowie vom VwGH bestätigt worden. Festzuhalten sei daher, dass die XXXX auf PSO-VO-konformer Grundlage monopolistischer Verkehrsdienvstleister für aus dem Grundangebot finanzierte Schienenpersonenverkehre sei, deren Stellung sich aufgrund der Streuung der aus dem Grundangebot finanzierten Verkehre auf ganz Österreich erstrecke.

b. Der österreichische Verkehrsraum sei in Verkehrsverbundorganisationen hinsichtlich der Bundesländer organisiert und die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsdienvstleistungen erfolge durch die Länder oder durch Verkehrsverbundorganisationen. Deshalb komme es in Österreich zu einer regionalen einheitlichen Tarifsystematik in den einzelnen Verkehrsverbünden, die ein überregionales Tarifsystem unter anderem der XXXX berücksichtige.

Im Bereich der sich über die regionalen Verbundräume hinaus erstreckenden Verkehrsverbindungen des SPV komme fast ausschließlich das österreichweite Tarifsystem der XXXX zur Anwendung. Die Koordination mit den diesbezüglichen Leistungsbestellungen des Bundes, die sich auch auf den Eisenbahnverkehr erstrecken und die freie Zugwahl seien Teil der Struktur des österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarktes.

c. Zurzeit bestehe in Österreich im Hinblick auf gemeinwirtschaftlich erbrachte Schienenpersonenverkehrsleistungen ein duales Bestellsystem. Die von den einzelnen Bundesländern noch vor Inkrafttreten der PSO-VO abgeschlossenen Verkehrsdienvsteverträge würden unterschiedliche Laufzeiten aufweisen und seien auch im Hinblick auf die zu erbringende Verkehrsdienvstleistung unterschiedlich gestaltet. Da die Landesverträge bei Abschluss des Verkehrsdienvstevertrages des Bundes mit der XXXX in Geltung gewesen seien, sei im Rahmen der Bundeszuständigkeit die Bestellung des Grundangebotes im Verkehrsdienvstevertrag des Bundes von der Tarifbestellung auf die Leistungsbestellung umgestellt worden, wovon die Landesverträge betreffend das Zusatzangebot unberührt geblieben seien. Sohin sei das duale Bestell- und Finanzierungssystem bis heute fortgeschrieben worden.

Die aktuelle Entwicklung der letzten Jahre habe dabei gezeigt, dass ein optimales Erreichen der Zielsetzung, die Möglichkeiten eines zukünftigen Wettbewerbsmarktes zu nutzen, zurzeit noch nicht möglich sei, da ein duales und getrenntes Bestellsystem der Beauftragung einer effizienten und kostengünstigen Erbringung von sinnvoll produzierbaren Verkehrsdienvstleistungen im Wege stehe und zuvor umgestaltet werden müsse.

Die insofern erforderliche gemeinsam zu erarbeitende Beauftragung und Abwicklung von Schienenpersonenverkehrsleistungen können nur durch eine Synchronisierung der einzelnen abgeschlossenen Verträge umgesetzt werden, wodurch es erforderlich sei, die derzeit für die EVU bestehenden unterschiedlichen Finanzierungsverträge in ein einheitlich geregeltes Vertragssystem überzuführen. Wesentlicher Punkt dieser geplanten Umgestaltung sei die Aufteilung eines bisher zentral vergebenen Verkehrsdienstevertrages für den Bund mit Zusatzbestellungen der einzelnen Länder in regional angepasste gemeinsame Verkehrsdiensteverträge. Dadurch werde die, bisher vor allem inhaltliche, Dualität der vertraglichen Grundlagen beseitigt und einheitliche, österreichweite Standards würden eingeführt werden. Zudem würden dadurch eine zwischen Bund und Länder koordinierte Vorgangsweise bei der Beauftragung von Verkehrsdienstleistungen mit Neufahrzeugen sowie eine individuelle Umsetzung von Brutto- bzw. Nettoverträgen je Bundesland möglich.

Vor allem erleichtere das System der Gesamtangebotsbestellung die zur Verbesserung und Attraktivierung des Angebots im öffentlichen Personenverkehr erforderliche Einführung eines österreichweiten integrierten Taktfahrplanes nach Schweizer Vorbild.

Um eine diesbezüglich einheitliche Vorgangsweise zu ermöglichen, sei es allerdings erforderlich, die bestehenden, verschiedenen Verkehrsdiensteverträge anzupassen bzw. in ein für das bzw. die jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen einheitliches, öffentliches Dienstleistungsvertragssystem überzuführen, das sowohl die Bestimmungen der PSO-VO erfülle, als auch die Realisierung eines österreichweiten integrierten Taktfahrplans aller öffentlichen Verkehrsträger ermögliche.

Es sei daher festzuhalten, dass das derzeitige duale Finanzierungs- und Bestellsystem und die gebotene Umwandlung in das System der Gesamtangebotsbestellung durch die SCHIG bis zu deren Abschluss Teil des Strukturwandels im österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarkt sei.

d. Aufgrund der gegebenen Gesetzeslage würde der Verlust von Losen im wettbewerblichen Verfahren an ein anderes Eisenbahnverkehrsunternehmen für die zuständige Behörde unmittelbar zu einer Kostenbelastung führen, die über der Kosteneinsparung liege, welche sie bei Vergabe im wettbewerblichen Verfahren allenfalls erzielen würde. Das habe seinen Grund im Wesentlichen darin, dass die Mitarbeiter des XXXX Konzerns zu rund 58 % definitiv gestellte Dienstnehmer seien.

Aus den arbeits- und sozialrechtlichen Sonderregelungen für die Definitivgestellten und der für die sonstigen Mitarbeiter geltenden günstigen Arbeitszeitregelung resultiere ein Produktionskostennachteil der XXXX, der sich auf den produzierten Zugkilometer umlegen lasse. Diesen Produktionskostennachteil könne die XXXX im Wettbewerb nicht kompensieren.

Überdies wirke sich das Pensionsrecht der definitiv gestellten XXXX Beschäftigten im konkreten Fall aus. Die Kosten für Pensionsansprüche bei Ruhestandsversetzung würden nicht der jeweiligen XXXX Gesellschaft, sondern dem Bund zur Last fallen. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin im wettbewerblichen Verfahren Lose an Mitbewerber verlieren würde, könnten nicht mehr alle in der Zugproduktion Definitivgestellten wegen des Verlustes von zu produzierenden Zugkilometern bei der XXXX und in den produktionsbeteiligten Tochtergesellschaften beschäftigt werden. In diesem Falle wäre der Vorstand der XXXX und der XXXX genötigt,

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