

# TE Lvwg Beschluss 2015/11/24 VGW- 123/061/11058/2015, VGW- 123/061/11065/2015, VGW- 123/061/11331/2015

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 24.11.2015

## Entscheidungsdatum

24.11.2015

## Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

50/03 Personenbeförderung Güterbeförderung

93 Eisenbahn

E3R E07201000

E3R E07202000

## Norm

WVRG 2014 §1 Abs2 Z4

WVRG 2014 §11 Abs1

WVRG 2014 §13 Abs1

WVRG 2014 §13 Abs7

WVRG 2014 §20 Abs1

WVRG 2014 §22 Abs1

WVRG 2014 §22 Abs2

WVRG 2014 §26 Abs1

BVergG 2006 §3 Abs1 Z2

BVergG 2006 §6

BVergG 2006 §141 Abs1

BVergG 2006 §141 Abs2

BVergG 2006 §141 Abs3

BVergG 2006 §141 Abs5

ÖPNRV-G 1999 §1

ÖPNRV-G 1999 §7

ÖPNRV-G 1999 §13

ÖPNRV-G 1999 §17 Abs1

ÖPNRV-G 1999 §18 Abs1

ÖPNRV-G 1999 §18 Abs2

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 1

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 5

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 7 Abs2

EisbG §65 Abs1

## Text



Verwaltungsgericht

Wien

1190 Wien, Muthgasse 62

Telefon: (43 01) 4000 DW 38730

Telefax: (43 01) 4000 99 38730

E-Mail: post@vgw.wien.gv.at

DVR: 4011222

GZ: VGW-123/061/11058/2015-66

Wien, 24.11.2015

GZ: VGW-123/061/11065/2015

GZ: VGW-123/061/11331/2015

X. GmbH

Geschäftsabteilung: VGW-R

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Maga Schreiner-Hasberger als Berichterin und Mag. Fischer als Beisitzer über die Anträge der X. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, betreffend "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 in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland durch den Auftraggeber V. GmbH", vertreten durch Rechtsanwälte, nach Durchführung einer öffentlichen, mündlichen Verhandlung am 24.11.2015 durch Verkündung

folgenden Beschluss gefasst:

- I. Gemäß § 13 Abs. 7 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 werden die Nachprüfungsanträge vom 22.9.2015 als unzulässig zurückgewiesen.
- II. Gemäß § 13 Abs. 7 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 wird der Feststellungsantrag vom 22.9.2015 als unzulässig zurückgewiesen.
- III. Gemäß § 16 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 hat die Antragstellerin die Gebühren in Höhe von 1.050 Euro selbst zu tragen.
- IV. Gegen diesen Beschluss ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

## ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

1. Am 15.9.2015 erging seitens der Antragsgegnerin, der V. GmbH, Wien, ..., per E-Mail eine Stellungnahme zu zwei Schreiben der Antragstellerin, der X. GmbH, Wien, ..., vom 11.9.2015. In dieser Stellungnahme vom 15.9.2015 nahm die Antragsgegnerin unter der Bezeichnung „SPNV Leistungsanpassung 2018 – Schreiben 6“ und „SPNV Leistungsanpassung 2018 – Schreiben 7“ jeweils auf vier Fragen der Antragstellerin Bezug.

Gegen diese an die Antragstellerin gerichtete Stellungnahme vom 15.9.2015 richtet sich die am 22.9.2015 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangte Beschwerde der Antragstellerin, in welcher diese zwei Nachprüfungsanträge, einen Feststellungsantrag sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stellt.

In ihren Nachprüfungsanträgen begehrt die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge

1. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Entscheidung der V. GmbH vom 15.9.2015 – und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären,
2. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Entscheidung der V. GmbH vom 15.9.2015 – und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers – für nichtig erklären und,
3. jedenfalls dem AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen.

Weiters stellte die Antragstellerin (in eventu) den Feststellungsantrag, das Verwaltungsgericht Wien möge

1. nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne vorherige Bekanntmachung bzw. ohne vorhergehenden Aufruf zum Wettbewerb durchgeführt wurde,
2. nach Anberaumung einer mündlichen Verhandlung feststellen, dass die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung wegen Verstoßes gegen das BVergG, der hierzu ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war, und
3. jedenfalls den Vertrag mit dem die Antragsgegnerin die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die P. vergeben hat, für nichtig erklären, sowie
4. jedenfalls der Antragsgegnerin den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft zu Händen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution auferlegen.

Mit Beschluss des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.9.2015, ... wurde dem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung stattgegeben und der Antragsgegnerin für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens der Abschluss eines Verkehrsdienstvertrages und die Änderung des ursprünglichen Vertrages mit der P. untersagt.

2. Inhaltlich macht die Antragstellerin zusammengefasst geltend, sie sei ein in Österreich zugelassenes, privates Eisenbahnverkehrsunternehmen („EVU“) mit Sitz in Wien und Standort in ....

Sie wende sich gegen die von der Auftraggeberin V. GesmbH (idF „V.“ oder „AG“) offenbar geplante oder bereits durchgeführte Neuvergabe von öffentlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen an die P. (idF „P.“ oder „mitbeteiligte Partei“) für das Fahrplanjahr 2015/2016. Inhaltlich handle es sich dabei um eine unzulässige nachträgliche Änderung eines öffentlichen Auftrages oder eine unzulässige Notvergabe oder eine unzulässige Direktvergabe zu Gunsten der Auftragnehmerin P.. Die Antragstellerin wende sich mit ihren Anträgen sowohl gegen die Wahl des Vergabeverfahrens (bzw. die Nichteinhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Verfahren) als auch gegen die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers P..

Den Feststellungsantrag stelle sie, da ihr keine Informationen dahingehend vorlägen, ob die Direktvergabe (die unzulässige Vertragsanpassung, Notvergabe) schon erfolgt sei oder nicht.

Der Nachprüfungsantrag richte sich auf die Nichtigklärung der erstmals im Schreiben vom 15.9.2015 (Blg./18) nach außen in Erscheinung getretenen Entscheidung der Antragsgegnerin, die Vergabe von neuen Schienenverkehrsleistungen ohne jegliches Verfahren zu vergeben. Die Anträge der X. würden sich somit gegen die Wahl des Vergabeverfahrens an sich sowie gegen die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers P. richten.

Die Antragstellerin habe ein besonderes Interesse am Vertragsabschluss, weil sie als bereits in der Region im Schienenpersonenverkehr aktives Unternehmen die von der geplanten Vergabe betroffenen Verkehrsleistungen selbst erbringen möchte. Sie sei leistungsfähig (vgl. ...).

Da nach Art. 5 Abs. 2 PSO die Vergabe im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu erfolgen habe, wäre die Antragstellerin bei gesetzmäßiger (und insbesondere PSO-konformer) Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens durch die Auftraggeberin in der Lage, in eigenes Angebot zu stellen, das kostenmäßig günstiger und qualitativ

zumindestens gleichwertig wäre, wie alle bekannten Angebote der P.. Die Antragsgegnerin sei bei europarechtskonformer Auslegung und Anwendung des Art. 5 Abs. 6 PSO jedenfalls verpflichtet, die Antragstellerin am Verfahren zu beteiligen.

Der Antragstellerin drohe durch die behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden im Sinne des Art. 5 Abs. 7 PSO, sollte die Antragsgegnerin die gegenständliche Vergabe an die P. vornehmen. Mit der gegenständlich unzulässigen Vergabe solle eine Verlegung und Verdichtung der von der Mitbeteiligten geführten R.-Verbindungen zwischen ... und Wien erreicht werden. Diese R.-Verkehre stellten unmittelbare Konkurrenzprodukte zu den Verkehren der Antragstellerin dar, da diese ebenfalls mit 200 km/h verkehren und ein ähnliches Haltemuster aufweisen würden, wie die schon jetzt bestehenden Verkehre der Antragstellerin.

Es sei im Übrigen auffallend, dass die zweite Vorinformation vom ... 2015 im Amtsblatt der EU betreffend die S-Bahn-Verdichtung lediglich ein Volumen von ... Zugkilometer pro Jahr zum Inhalt habe. Weshalb bei der gegenständlichen Vergabe, trotz des deutlich größeren Auftragsvolumens und Auftragswerts von der Antragsgegnerin dennoch auf die vorgeschriebene Vorveröffentlichung im Sinne der PSO-VO verzichtet worden sei, sei nicht nachvollziehbar. Daran zeige sich klar, dass es sich um eine wesentliche Änderung im Sinne der EuGH-Judikatur handle. Dies ergebe sich auch aus den Auslegungsleitlinien der EU-Kommission zur PSO (VO 1370/2007), EU-ABI 2014/C92/01.

Aus all diesen Gründen werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme, auf gesetzeskonforme Wahl des Vergabeverfahrens und Durchführung eines den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Personenverkehrsverordnung (VO (EG) 1370/2007) sowie den Grundfreiheiten der EU-Verträge entsprechend, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens sowie in ihren Rechten aus der PSO-VO, insbesondere gemäß Art. 7 Abs. 2 und Abs. 4 PSO und Art. 5 Abs. 3 und Abs. 7 PSO verletzt. Darüber hinaus werde die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem wettbewerblichen Verfahren zur Vergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen verletzt. Die Antragstellerin sei zudem in ihrem Recht auf Information (Transparenz) und Bietergleichbehandlung (Nichtdiskriminierung) verletzt.

Eine Neuvergabe sei jedenfalls dann notwendig, wenn sich die neuen Vertragsbestimmungen wesentlich vom ursprünglichen Vertrag unterscheiden würden und sich daraus die Absicht der Vertragsparteien zeigen würde, wesentliche Bedingungen dieses Vertrages neu auszuhandeln. Sollte sich die Antragsgegnerin darauf berufen, es lägen lediglich Umschichtungen vor, sei ihr zu entgegnen, dass aufgrund des Umfangs und der Auswirkungen eine wesentliche Änderung des Vertrages vorliege und die Vertragsparteien V. und P. ihren Willen zur Neuverhandlung evident erkennen ließen (EuGH RS C-454/6, Rn 34 sowie RSC-337/98, Rn 44 und 46). Anders könne es nicht verstanden werden, wenn die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 15.9.2015 (Blg./18) bestätige, dass Veränderungen mit der Auftragnehmerin P. abgesprochen worden seien und diese bereits vorab diese Veränderungen in ihrem Fahrplanabfragesystem veröffentlicht habe.

Schon allein aus der Begünstigung der P. im Wettbewerb zeige sich nach dem EuGH, dass die Änderung wesentlich sei und zwingend eine Neuvergabe durchzuführen sei (EuGH RS C-454/6, Rn 37). Die Erweiterung eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages werde vom EuGH jedenfalls als wesentliche Änderung gesehen (EuGH RS C-454/6, Rn 36).

Auch aus einer von der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vorgenommene Gegenüberstellung des Angebotes an „R. Verkehren“ betreffend den Fahrplan 2015 und den Fahrplan 2016 ergebe sich, dass es sich hier um keine unwesentliche Vertragsänderung, sohin um eine unzulässige Direktvergabe, handle.

Auch liege keine Notsituation für die Antragsgegnerin vor. Nicht auszuschließen sei nämlich, dass die Antragsgegnerin angesichts der Entstehungsgeschichte der gegenständlichen Vergabe nunmehr im zweiten Anlauf versuche, die mit Urteil des Verwaltungsgerichts vom 18.2.2015 gestoppte Vergabe an den Vergabegesetzen vorbei dennoch durchzusetzen. In rechtsirriger Meinung könnte die Antragsgegnerin versuchen, eine Notmaßnahme nach der PSO-VO zu argumentieren. Die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 5 PSO lägen nicht vor.

Ebenso wenig seien die Voraussetzungen der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO-VO erfüllt. Dies resultiere bereits allein aus der zwingend vorgesehenen Vorankündigung gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO.

Im Ergebnis erfolge keine gesetzeskonforme Vergabe, dies ergebe sich auch aus den von der Mitbeteiligten vorgenommenen Trassenbestellungen. Die letzte Möglichkeit als EVU eine Trassenbestellung für den Fahrplan 2016 (ab Dezember 2015) vorzunehmen, die nicht nachrangig bei der Trassenfindung sei, sei im April 2015 gewesen. Diese

Tatsache sei ein starkes Indiz dafür, dass die verfahrensgegenständlichen Änderungen schon länger zwischen der Antragsgegnerin und der mitbeteiligten Partei abgesprochen seien. Anders könne es nicht erklärt werden, falls die P. zufällig genau jene Trassen bereits im April 2015 reserviert habe, die V. nun neu bestellen möchte. Aus dem von der Antragsgegnerin vorgelegten Vergabeakt ergebe sich, dass die Bestellungen von V. angeblich erst am 22.7.2015 erfolgt sein sollen. Tatsächlich müsse die P. aber ganz offensichtlich schon im April 2015 im Detail gewusst haben, welche Trassen von V. neu bestellt würden und habe diese genau diese Trassen zu mindestens reserviert. Ohne verbindliche Zusage der Beauftragung würde kein wirtschaftlich orientiertes Unternehmen Trassenbestellungen vornehmen, weil bei allfälliger Stornierung auch Kostenfolgen drohen würden.

Das bestehende gemeinwirtschaftliche Angebot der Antragsgegnerin decke die Pendlerbedürfnisse ab, daher sei das Argument kostenneutraler Umschichtungen nicht nachvollziehbar. Bei Aufrechterhaltung dieses Angebotes würde auch keine „Lücke“ entstehen.

Eine gänzliche Neubestellung von rund 218.000 Zugkilometern (soweit dies von der Antragstellerin aufgrund der spärlichen Informationen rekonstruiert werden habe können) könne auch nicht unwesentlich im Sinne der EuGH Judikatur sein.

Die von der Antragstellerin näher dargestellte Gegenüberstellung des R-Angebots der P. im Fahrplan 2015 und Fahrplan 2016 (ab Dezember 2015) zeige, dass es zu deutlichen Veränderungen käme. Die V. Bestellungen würden von 5 Zügen pro Tag auf ca. 14 Zügen pro Tag wesentlich ausgeweitet. Unklar sei, ob ihr auch neue Bestellungen der SCHIG im Auftrag des BMVIT Teile der neuen Angebote betreffen würden.

Hintergrund der gegenständlichen Fahrplan-Änderungen sei, dass die P. ihre ... Züge ab 2016 von ...bahnhof Wien auf den Hauptbahnhof verlagere. Diese ... Verbindungen seien eigenwirtschaftliche Verkehre der P. (unabhängig von öffentlichen Bestellungen), die in direkter Konkurrenz zu den (nicht subventionierten Zügen) der Antragstellerin stehen würden. Durch die Verlegung der ...-Züge auf den Hauptbahnhof Wien entfalle dieses Angebot der P. dem Markt ...bahnhof. Durch die neuen R. Züge werde dennoch ein Zubringerservice offeriert - und das mit gemeinwirtschaftlicher Bestellung. Für Passagiere ab ...bahnhof sei dann mit bestellten R. der Umstieg in die ...-Züge Richtung Westen frühestens in ... möglich und für die ... Kunden zuletzt in .... Ohne diese bestellten Angebote würde die X. mit ihrem aktuellen direkten Verkehrsangebot von Wien ...bahnhof bis ... massiv profitieren.

Damit der P. der Markt ...bahnhof trotz Verlegung der ...-Züge erhalten bleibe, würden nun Anschlusszüge ab ...bahnhof für die ... Züge eingeführt werden, die von der öffentlichen Hand finanziert würden. Die im Fahrplan 2016 ersatzlos gestrichenen Regionalzüge würden durch die neueren R.-Verkehre mit weniger Halten ersetzt werden. Diese neuen R.-Züge würden als ... Zubringer ... fungieren. Da der ... Zubringer aus Sicht der P. möglichst schnell (und im Vergleich zur X. konkurrenzfähig) nach ... kommen solle, würden weniger Stationen angefahren als bisher R.-Züge offerierten und zudem erfolge auch eine neue Streckenführung. Die dadurch bewusst in Kauf genommenen Angebotslücken (insbesondere für Pendler) würden nach Wunsch der P. durch Verlängerung von Schnellbahnverkehren zum Teil kompensiert werden. Profiteur dieser Gesamtänderung des Fahrplans auf der Strecke sei allein die P..

Zusammengefasst würden erst diese Änderungen im Fahrplan 2016 der marktbeherrschenden P. die Erschließung des neuen Markts „Wien Hauptbahnhof“ und die Aufrechterhaltung ihres Angebots ab Wien ...bahnhof ermöglichen. Im Fahrplan 2015 eigenwirtschaftlich betriebene Verbindungen der P. würden ohne sachlich nachvollziehbare Gründe zu gemeinwirtschaftlichen öffentlichen bestellten Verkehren mutieren. Es müsse konkret befürchtet werden, dass die Antragsgegnerin V. (und möglicherweise auch SCHIG/BMVIT) ihre Bestellungen im öffentlichen Interesse tatsächlich einzig nach dem betriebswirtschaftlichen Notwendigkeiten der Ex-Monopolisten P. vornehmen würden.

Es würde auch zu einer wesentlichen Änderung der Kosten kommen. Es sei europarechtlich normiert, dass die Erbringung von gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht überkompensiert werden dürfe, also kein überhöhter Preis durch die öffentlichen Besteller gezahlt werden dürfe: Im Anhang 2 der PSO sei die Berechnung von sogenannten „positiven Netzeffekten“ gesetzlich normiert.

Durch die genauen Berechnungsvorgaben der PSO sollten - auch nur temporäre -Überkompensationen ebenso wie allfällige Querfinanzierungen verhindert werden, um eine diskriminierungsfreie Vertragsgestaltung sicherzustellen. Die X. gehe davon aus, dass insbesondere aufgrund der hohen Langstreckenanteile der Umsteigepassagiere ... die positiven Netzeffekte der gegenständlichen Vergabe auf Seiten der P. so hoch wären, dass die gesetzlichen

Abzugsfaktoren dazu führen würden, dass hier keine Abgeltungen zur Auszahlung gelangen dürften. Damit sei gegenständlich schon aus diesem Rechtsgrund eine Vergabe der gegenständlichen gemeinschaftlichen Leistungen an die P. nicht zulässig, weil die Berechnungsmodalitäten der PSO nicht beachtet werden würden.

Zur Vermeidung einer Überkompensation und Berücksichtigung von positiven Netzeffekten im Sinn der PSO führt die Antragstellerin weiters aus, dass Art. 1 Abs. 1 2. Unterabsatz PSO regle, unter welchen Bedingungen die zuständige Behörde (V.) dem Betreiber eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihm durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursachten Kosten im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren dürfe, wenn entsprechende Aufträge vergeben würden.

Diese Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen seien in Art. 2 lit. g definiert als „jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt werde.“

Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen seien im öffentlichen Dienstleistungsauftrag klar zu definieren und müssten im Vorhinein in objektiver und transparenter Weise auch die Parameter aufgestellt werden, anhand derer die Ausgleichsleistung berechnet werde.

Dabei solle eine übermäßige Ausgleichsleistung (Überkompensation) vermieden werden (Art. 4 Abs. 1 PSO). In lit. b der zitierten Bestimmung der PSO fänden sich nähere Kriterien der Berechnung für Direktvergaben nach der PSO: Die Ausgleichsleistung dürfe jenen Betrag nicht übersteigen, der erforderlich sei, um die finanziellen Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zurückzuführen seien, wobei die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes erzielten und einbehaltenen Einnahmen und ein angemessener Gewinn berücksichtigt würde.

Unter der Wendung „finanzielle Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen“ würden gemäß Art. 3 Abs. 2 PSO sowohl die positiven als auch die negativen finanziellen Auswirkungen durch Erfüllung eines gemeinwirtschaftlichen Auftrages verstanden. Die angesprochenen positiven finanziellen Auswirkungen würden auch als positive Netzeffekte bezeichnet. Zur gemäß PSO strikt zu vermeidenden Überkompensation durch eine übermäßige Ausgleichsleistung seien die positiven Netzeffekte für den Auftragnehmer bei der Berechnung der angemessenen Ausgleichsleistung in Abzug zu bringen.

Art. 6 Abs. 1 PSO normiere für Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 2, 4, 5 und 6 PSO genaue Berechnungsregeln für die Ermittlung der angemessenen Ausgleichsleistung, die im Anhang zur PSO im Detail vorgeschrieben seien. Ein sorgfältiger Auftraggeber hätte insbesondere:

Die Ausgleichsleistung mit dem Nettoeffekt aller positiven und negativen Auswirkungen begrenzen müssen;

Alle positiven finanziellen Auswirkungen, die innerhalb des Netzes entstehen, das im Rahmen des betreffenden gemeinwirtschaftlichen betrieben wird, in Abzug bringen müssen;

Zur Vermeidung einer Überkompensation bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts alle quantifizierbaren finanziellen Auswirkungen (positive Netzeffekte) auf die betroffenen Netze des Auftragnehmers berücksichtigen müssen;

Führe ein Auftragnehmer eines öffentlichen Dienstes auch andere Tätigkeiten aus (wie zum Beispiel die mitbeteiligte P. mit ihren eigenwirtschaftlichen Verkehren), so müsse die Rechnungslegung für diese öffentlichen Dienste getrennt erfolgen. Dadurch solle ausdrücklich die Transparenz erhöht und eine Quersubventionierung vermieden werden. Dazu sind weitere Vorgaben im Anhang zu PSO geregelt, wie bspw die getrennte Kontoführung für jede betriebliche Tätigkeit und die strikte Aufteilung der variablen Kosten.

Schließlich müsse die Ausgangsleistung einen Anreiz zur Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung des Auftragnehmers, die objektiv nachprüfbar sei geben.

Aus Art. 9 Abs. 1 PSO ergebe sich, dass die aufgrund der PSO gewährten Ausgleichsleistungen nicht per se vom unionsrechtlichen Beihilfeverbot und Wettbewerbsrecht ausgenommen seien. Nur unter Einhaltung der strengen und detaillierten Vorgaben der PSO und ihres Anhangs (insbesondere keine Überkompensation und eine transparente Berechnungsmethode) müssten diese Ausgleichsleistungen nicht als Beihilfen bei der europäischen Kommission

notifiziert werden. Würden die gesetzlichen Berechnungsvorgaben der PSO aber nicht vollständig erfüllt werden, sei die dann fälschlich zu hoch ermittelte Ausgleichsleistung (als verpönte) staatliche Beihilfe zu werten und unterliege der uneingeschränkten Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission. Auch nach den Erwägungsgründen 25, 28 und 34 der PSO seien übermäßige Ausgleichsleistung unbedingt zu vermeiden. Die Antragstellerin habe den begründeten Verdacht, dass gegenständlich (wieder) eine Überkompensation durch die Auftraggeberin zu Gunsten der P. beabsichtigt oder zumindest in Kauf genommen werde. Hinsichtlich der in der Vergangenheit - allesamt direkt - vergebenen gemeinwirtschaftlichen Aufträgen an die P. - habe die Auftraggeberin V. die Berücksichtigung der positiven Netzeffekte - nach Kenntnisstand der Antragstellerin - noch nie gesetzeskonform berücksichtigt und auch nicht im Sinne der PSO öffentlich gemacht. Dadurch sei die tatsächliche Berechnung und vor allem, ob die positiven Netzeffekte für die P. korrekt in Abzug gebracht würden, nicht überprüfbar.

Informiere ein Auftraggeber - wie vorliegend - nicht ausreichend rechtzeitig und nicht ausreichend detailliert über die geplante Direktvergabe und würden die Abgeltungsparameter und die genaue Berechnung der Ausgleichsleistung nicht offengelegt, sei die verfahrensgegenständlich geplante Direktvergabe schon aus diesem Grund unzulässig.

Auch habe es Widersprüche im gegenständlichen Verfahren gegeben, so zwischen der Aussage des Geschäftsführers der Antragsgegnerin, Herrn Mag. S., in der mündlichen Verhandlung vor dem Verwaltungsgericht am 18.2.2015 und der Aussage des Herrn Mag. E. von der SCHIG 30.10.2015 vor dem Bundesverwaltungsgericht.

2.1. Die Antragsgegnerin wendet zusammengefasst die Verfristung der Anträge ein.

Inhaltlich bringt sie vor, die Antragsgegnerin habe in Übereinstimmung mit bzw. in Umsetzung der Erkenntnisse des Verwaltungsgerichts Wien vom 18.2.2015 in der Zwischenzeit zwei Vorinformationen gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 „über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ (in der Folge PSO) veröffentlicht. Die Vorinformationen würden einerseits die Strecke „Wien - ...“ und andererseits die Strecke „...“ betreffen. Die Vorinformationen enthielten alle Informationen, die „interessierte Unternehmen benötigen, um sich mit einem Angebot ins Spiel bringen zu können.“

Aus diesem Grund habe die Antragstellerin die Vorinformationen auch nicht angefochten. Die Vorinformationen und die Wahl der Vergabeverfahrensart Direktvergabe für diese Leistungen seien längst bestandsfest.

Gegenstand des neuerlichen Nachprüfungsantrags sei - soweit er die Antragsgegnerin betreffe bzw. in die Zuständigkeit des VWG falle - die Entscheidung der Antragsgegnerin, den bestehenden, mit der P. im Jahr 2012 abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrag (in der Folge „VDV“) unwesentlich anzupassen, ohne ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen. Die Anpassung betreffe zum größten Teil die Strecke „Wien - ...“. Die unwesentliche Anpassung sei noch nicht vereinbart worden, weil Einzelheiten noch Gegenstand von Abstimmungen zwischen der Antragsgegnerin und der P. seien.

Der größte Teil der übrigen von der Antragstellerin aufgegriffenen allfälligen Auftragsvergabe oder allfälligen Fahrplananpassungen würde nicht die Antragsgegnerin betreffen. Für diese sei das VWG daher nicht zuständig. Aus diesem Grund habe die Antragstellerin am 23. September 2015 einen (offenbar weitgehend inhaltsgleichen) Nachprüfungsantrag gegen die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIG GmbH) beim Bundesverwaltungsgericht eingebracht. Hintergrund für die von der Antragsgegnerin in Aussicht genommene unwesentliche Anpassung sei der Umstand, dass die Durchführung einer Direktvergabe gemäß § 141 Abs. 2 BVergG in Verbindung mit Art. 5 Abs. 6 PSO die Einhaltung einer mindestens einjährigen Wartezeit nach Veröffentlichung der Vorinformation vor dem Vertragsabschluss voraussetze. Im Ergebnis solle mit der Vertragsanpassung lediglich der Zeitraum bis zur Vergabe der in der Vorinformation festgelegten Leistungen überbrückt werden.

Für die Bundesländer Wien, Niederösterreich und Burgenlandland sei V. als Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft im Sinne des §§ 17 ÖPNRV-G zur Vergabe jener zusätzlichen Leistungen zuständig, die über das Grundangebot des Bundes hinausgingen. Im Gebiet des Verkehrsverbundes seien ungefähr 90 % der (nicht eigenwirtschaftlichen) Leistungen des Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs vom Grundangebot umfasst. Die verbleibenden 10 % der Leistungen würden von V. als zusätzliche Leistungen beauftragt. Im Ergebnis würden mit den im Bereichen des V. beauftragten zusätzlichen Leistungen die Angebotslücken des Grundangebots ausgeglichen bzw. geschlossen.

Vor diesem Hintergrund habe V. am 12.12.2014 eine Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) 1370/2007 „über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ (in der Folge „PSO“) über die

beabsichtigte Direktvergabe von solchen zusätzlichen Leistungen im Amtsblatt der EU veröffentlicht. Daran anschließend sei am 21.1.2015 eine Berichtigung der Vorinformation im Amtsblatt der EU veröffentlicht worden. Sowohl die Vorinformation vom 12.12.2014 als auch deren Berichtigung vom 21.1.2015 seien vom Verwaltungsgericht Wien für nichtig erklärt worden. Das Verwaltungsgericht Wien habe darin in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung des UVS Oberösterreich und des Verwaltungsgerichtshofes bestätigt, dass bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr grundsätzlich Wahlfreiheit zwischen einem wettbewerblichen Vergabeverfahren und einer Direktvergabe bestehe. Gleichzeitig habe das Verwaltungsgericht Wien grundsätzliche Klarstellungen zu den inhaltlichen Anforderungen an die Beschreibung des Auftragsgegenstandes in einer Vorinformation getroffen.

Voraussetzung für die Vergabe eines Dienstleistungsauftrages im Eisenbahnverkehr sei gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO die EU - weite Veröffentlichung einer Vorinformation spätestens ein Jahr vor der Einleitung des Vergabeverfahrens. Die Wartezeit bestehe unabhängig davon, ob Leistungen im Wege eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder einer Direktvergabe vergeben würden. Im Ergebnis sei für eine Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr ein Zeitraum von mindestens 12 Monaten erforderlich.

Aufgrund des dringenden Handlungsbedarfs im Hinblick auf die Strecke „Wien - ...“ und der für eine Auftragsvergabe einzuhaltenden Vorlaufzeiten habe V. folgende Entscheidung getroffen:

Zunächst solle der bestehende VDV für das Land Niederösterreich und das Land Wien unwesentlich angepasst werden, damit zusätzliche Leistungen für die Strecke „Wien - ...“ ab dem europaweiten Fahrplanwechsel am 13.12.2015 erbracht werden könnten, die für die Aufrechterhaltung bzw. Sicherstellung des gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs im gesamten Einzugsgebiet dieser Strecke erforderlich seien.

Damit verbunden solle eine neue Vorinformation über die Direktvergabe von Leistungen für die Strecke „Wien - ...“ veröffentlicht werden, die ab dem europaweiten Fahrplanwechsel im Dezember 2017 erbracht werden solle. Diese Direktvergabe solle weiterreichende Änderungen zum Gegenstand haben.

Unabhängig davon solle eine neue Vorinformation über die Direktvergabe von Leistungen für die Strecke „...“ veröffentlicht werden, die ab 1.9.2016 erbracht werden sollen.

Mit der Anpassung des VDV solle daher lediglich der Zeitraum bis zur Vergabe der in der Vorinformation festgelegten Leistungen überbrückt werden. Die Anpassung betreffe daher auch nur einen Bruchteil jener Leistungen, die Gegenstand der aufgehobenen Vorinformation gewesen bzw. die Gegenstand der neuen Vorinformation seien.

Auslöser des dringenden Handlungsbedarfes sei der Umstand, dass die P. mit der (Voll-) Inbetriebnahme des Wiener Hauptbahnhofs (eigenwirtschaftlich) betriebene Fernverkehrszüge der sogenannten ... (zwischen Wien und ...) vom ...bahnhof (zum Wiener Hauptbahnhof) verlagere. Die Verlagerung erfolge zum Fahrplanwechsel am 13.12.2015 (an diesem Tag komme es europaweit zu einem Fahrplanwechsel). Als Folge müsse die Strecke „Wien - ...“ mit Leistungen des Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs im Verbundtarif ergänzt werden.

Bei einem vollständigen Entfall dieser zusätzlichen (gemeinwirtschaftlichen) Leistungen würde es sohin zu erheblichen Angebotslücken kommen. Im Ergebnis könnte der Verkehrsbedarf in der betroffenen Region nicht mehr befriedigt werden. Dies hätte insbesondere die volkswirtschaftlich unerwünschte Folge, dass Pendler vermehrt auf das KfZ umsteigen würden.

Da die Antragstellerin wiederholt Anfragen an V. gerichtet habe, ob bzw. wann die in der aufgehobenen Vorinformation angeführten Leistungen vergeben würden, habe am 21.7.2015 - auf Einladung des V. - ein Gespräch zwischen V. und der Antragstellerin in den Büroräumlichkeiten von V. stattgefunden. An diesem Gespräch hätten auf Seiten des V. beide Geschäftsführer, Herr Mag. S. und Herr B., MBA, und auf Seiten der Antragstellerin Herr Dr. Fo. (Geschäftsführer) und Herr Mag. M. (Prokurist) teilgenommen. Ziel des Gespräches sei es gewesen, der Antragstellerin die Entscheidung über das oben beschriebene Vorgehen bekanntzugeben und gleichzeitig Klarheit darüber zu bekommen, ob die Entscheidung von der Antragstellerin akzeptiert werde oder ob mit Nachprüfungsanträgen und damit verbunden zeitlichen Verzögerungen gerechnet werden müsse.

Im Rahmen dieses Gesprächs sei ausdrücklich klargestellt worden, dass die für die Strecke „...“ erforderlichen zusätzlichen Leistungen im Wege einer unwesentlichen Anpassung des VDV ohne vorherige Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens bzw. ohne Veröffentlichung einer Vorinformation bei der P. beauftragt werden sollen.

Ausdrücklich klargestellt sei auch geworden, dass die unwesentliche Anpassung mittels kostenneutraler Umschichtungen bereits bestellter Leistungen erfolgen solle. Die Antragstellerin habe im Gespräch auch Verständnis für die Notwendigkeit der Vertragsanpassung gezeigt, gleichzeitig habe sie die Antragsgegnerin zu diesem „mutigen Schritt“ beglückwünscht, eine Vorinformation für die Strecke „Wien - ...“ zu veröffentlichen. Die Antragstellerin habe erklärt, dass garantiert mit einem Angebot für diese Strecke gerechnet werden könne, sie schien sich für die S-Bahn Leistungen auf der Strecke „...“ jedoch nicht wirklich zu interessieren.

Aufgrund der eindeutigen Ergebnisse dieses Gesprächs mit der Antragstellerin habe V. mit Schreiben vom 22.7.2015 der P. die erforderlichen Anpassungen bekannt gegeben. Die Anpassungen seien noch nicht vereinbart worden, weil Einzelheiten noch Gegenstand von Abstimmungen zwischen V. und P. seien. Dementsprechend sei in der Fragebeantwortung vom 15.9.2015 angegeben worden, dass der „exakte Umfang der Umschichtung noch nicht feststehe“. Anschließend habe Herr Geschäftsführer B. aus Dokumentationsgründen den wesentlichen Inhalt des Gesprächs vom 21.7.2015 im E-Mail vom 22.7.2015 nochmals zusammengefasst und der Antragstellerin übersendet.

Am 29.7.2015 habe V. zwei neue Vorinformationen gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO an das Amtsblatt der EU versendet. Die Veröffentlichung im Amtsblatt sei am ... 2015 erfolgt.

Die Vorinformationen würden einerseits die Strecke „...“ (SPNV Leistungsanpassung 2016) mit einem voraussichtlichen Betriebsstart am 1.9.2016 und einem Auftragsvolumen von ca. ... km pro Jahr und andererseits die Strecke „Wien - ...“ (SPNV Leistungsanpassung 2018) mit einem voraussichtlichen Betriebsstart zum (europaweiten) Fahrplanwechsel 2017 und einem Auftragsvolumen von ca. ... km pro Jahr betreffen.

Beide Vorinformationen seien in Übereinstimmung mit dem Erkenntnis des Verwaltungsgerichts Wien erfolgt. Die Vorinformationen enthielten alle Informationen, die interessierte Unternehmen benötigten, „um sich mit einem Angebot ins Spiel bringen zu können“. Zu beiden Vorinformationen habe die Antragstellerin Anfragen an V. gestellt, die jeweils mit gesonderter Fragebeantwortung beantwortet worden seien.

Da die Antragstellerin die Vorinformationen und die Fragebeantwortungen nicht angefochten habe, seien diese bestandsfest geworden. Im Hinblick auf das Schreiben des Vertreters der Antragstellerin vom 22.9.2015 und die Anfechtungsfrist gemäß § 24 Absatz 3 WVRG seien die Anträge der Antragstellerin verfristet.

Gegenständlich handle es sich um eine unwesentliche Anpassung des bestehenden VDV bzw. um eine Notmaßnahme. Bezogen auf die vorliegende Konstellation bestehe keine Pflicht zur Veröffentlichung einer Vorinformation bzw. zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens, wenn ein bestehender Dienstleistungsauftrag lediglich unwesentlich geändert werde und im Falle einer Unterbrechung des Verkehrsdienstes oder bei unmittelbarer Gefahr des Eintretens einer solchen Situation (sogenannte Notmaßnahme gemäß Art. 5 Abs. 5 PSO) für einen Zeitraum von maximal zwei Jahren.

In der vorliegenden Konstellation solle der zwischen V. und P. bestehende Dienstleistungsauftrag im Wege einer kostenneutralen Umschichtung bestehender Leistungen unwesentlich geändert werden. Demgegenüber sollen wesentliche Änderungen im Wege einer PSO-konformen Direktvergabe vergeben werden. Die entsprechende Vorinformation sei bereits veröffentlicht worden. Darüber hinaus könne die unwesentliche Anpassung auch auf den Tatbestand der Notmaßnahme gemäß Art. 5 Abs. 5 PSO gestützt werden, weshalb die Anpassungen auch auf diese Rechtsgrundlage gestützt würden.

Nach der Rechtsprechung bestehe keine Pflicht zur Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens, wenn ein bestehender öffentlicher Auftrag nachträglich bloß unwesentlich geändert würde (siehe Heid/Steindl in Heid/Preslmayr, Handbuch Vergaberecht 226, 227; EuGH 19.6.2008, Rs C-454/06, presstext und EuGH 29.4.2004, Rs C-496/99p, CAS Succhi di Frutta SpA). Diese Rechtsprechung gelte auch für die Frage nach der Ausschreibungspflicht bei Auftragsvergaben nach der PSO (siehe die Mitteilung der europäischen Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO, Abl 2014/C 92/01, 12 und 13). Damit auch für die Frage nach der Pflicht zur Veröffentlichung einer Vorinformation.

Die Umschichtungen würden ohne Änderung des Abgeltungsbetrages erfolgen.

2.3. Die mitbeteiligte Partei verweist auf die fehlende technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin.

Sie wendet zusammengefasst ein, da ihre Fernverkehrszüge zwischen Wien und ... vom ...bahnhof zum Hauptbahnhof

verlagert würden, beabsichtige die V. GmbH, die „Neubaustrecke“ (...) bereits ab Dezember 2015 geringfügig mit gemeinwirtschaftlichen Leistungen auf Basis der bestehenden Verträge zu verstärken. Nach Nichtigerklärung der Vorinformation vom Dezember 2014/Jänner 2015 hätten daher auf Wunsch der V. GesmbH diesbezüglich Gespräche im Rahmen der jährlichen Leistungsanpassungen mit der V. GmbH stattgefunden.

Im April 2015 habe die V. GesmbH die Mitbeteiligte im Hinblick auf diese Gespräche ersucht, auf Basis der avisierten Leistungsanpassungen Trassenbestellungen vorzunehmen. Nach den bestehenden Verkehrsdienstverträgen mit der V. GesmbH für den Landesbereich bzw. mit der SCHIG mbH für den Bundesbereich seien jährliche Leistungsanpassungen vorgesehen und zulässig. Wie weiter unten dargestellt, seien derartige Leistungsanpassungen im Schienenverkehr immanent.

Umfangreiche Erweiterungen der Leistungen auf der ...strecke würden hingegen erst im Dezember 2017 erfolgen, wie sich aus der Vorinformation vom ... 2015 (ABI 2015/S ...) ergebe. Wie im Folgenden dargelegt würde, handle es sich bei den von der V. GesmbH beabsichtigten Leistungsanpassungen keinesfalls um wesentliche Vertragsänderungen oder unzulässige Direktvergaben. Es handle sich um eine zulässige derivative Leistungsanpassung. In den von der V. GesmbH bereits vorgelegten Verkehrsdienstverträgen für Niederösterreich (VDV NÖ) und Wien (VDV Wien) würden insbesondere die zu fahrenden Strecken (Anlage 1), die einzusetzenden Fahrzeuge (Anlage 2) und die zu fahrenden Leistungen (Anlage 3a) definiert.

§ 5 VDV NÖ regle die „Änderungen der Verkehrsleistungen während aufrechter Vertragsdauer“. Dessen Abs. 1 laute wie folgt: „Alle Änderungen der in § 4 beschriebenen und vereinbarten Verkehrsleistungen, sowohl für die nächstfolgenden Jahresnetzfahrplanperioden als auch Änderungen während der laufenden Jahresnetzfahrplanperiode, sind einvernehmlich und schriftlich zwischen den Vertragspartnern festzulegen. Die in den jeweils geltenden Schienennetznutzungsbedingungen veröffentlichten Bestellfristen sind hiefür zu beachten. Die Erhöhung oder Verminderung des Abgeltungsbetrages richtet sich nach § 9 und Anlage X sowie Anlage XX X dieses Vertrags.“ Eine gleichlautende Bestimmung fände sich im VDV Wien.

Diese Bestimmung sei vor dem Hintergrund zu sehen, dass gegenständlich (wie auch sonst im Schienenverkehr) jährlich Fahrplanänderungen und Leistungsanpassungen erfolgen würden und daher systemimmanent sein, weil schon nach § 65 Eisenbahngesetz 1967 (EisbG) sämtliche geplanten Zugbewegungen und Bewegungen des rollenden Materials auf von Zugangsrechten betroffenen Schieneninfrastrukturen in einem Netzfahrplan von der Zuweisungsstelle einmal im Kalenderjahr zu erstellen seien. Dementsprechend stelle auch § 4 Abs. 1 VDV NÖ bzw. Wien auf die Jahresnetzfahrplanperiode ab.

Hinsichtlich des Abgeltungsbetrages und der zu berücksichtigenden Größen werde auf §§ 7 Abs. 1 und 9 und die Bezug habenden Anlagen VDV NÖ und Wien verwiesen.

Ein Fahrplan könne nicht zum Vertragsbeginn „versteintert“ werden, sondern müsse laufend an geänderte Gegebenheiten angepasst werden.

§ 65 Abs. 1 EisbG normiere, dass sämtliche geplanten Zugbewegungen und Bewegungen des rollenden Materials auf von Zugangsrechten betroffenen Schieneninfrastrukturen in einem Netzfahrplan, der von der Zuweisungsstelle einmal im Kalenderjahr zu erstellen sei, festzulegen seien. Dieser Netzfahrplan müsse neben den Reisezügen des Personenverkehrs auch sämtliche Güterverkehre und Dienstzüge berücksichtigen. Weiters seien bei der Fahrplanerstellung für den Schienenpersonenverkehr, insbesondere die im Rahmen vom Forum Train Europe (FTE) entwickelten und festgelegten Fahrpläne für den internationalen Schienenpersonen- und Güterverkehr zu beachten. Erst auf Basis dieser Fahrpläne könnten die (daran anknüpfenden) Fahrpläne im nationalen Verkehr erstellt werden. Für die Staaten der Europäischen Union habe der Jahresfahrplanwechsel jährlich am zweiten Samstag im Dezember um 24 Uhr zu erfolgen.

Ebenso müsse der Auftraggeber die Möglichkeit haben, die iRd Verkehrsplanung geänderten demographischen Gegebenheiten, geänderten Verkehrsströme (z.B. Neueröffnung von Krankenhäusern, Bildungseinrichtungen und dgl. geänderte Schulbeginnzeiten, erforderliche Anpassungen an geänderte Fahrpläne in Nachbarländern) oder etwa Einschränkungen/Änderungen der Infrastruktur (Baustellen, neue Strecken und Bahnhöfe, etc.) zu berücksichtigen. Verlangte man aus vergaberechtlichen Gründen eine Versteinerung des Fahrplans, würde dies eine massive Einschränkung der Attraktivität des öffentlichen Verkehrs bewirken. Der öffentliche Verkehr habe gegenüber dem motorisierten Individualverkehr nur dann eine Chance, wenn eine Flexibilität der Leistungserbringung gewahrt bleibe.

Selbst bei Annahme, es handle sich um eine originäre (d.h. im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehene) Vertragsänderung würden gegenständlich die sich in der Rechtsprechung des EuGH (insbesondere Rs C-454/06 „Presstext“) niederschlagenden Kriterien nicht zutreffen und bestünde sohin keine Pflicht zur Neuvergabe.

Es käme auch nicht zu einer (verbotenen) Überkompensation.

Hinsichtlich der von der Antragstellerin ins Treffen geführten Widersprüche in den Aussagen von Mag. S. und Mag. E. werde ausgeführt dass die beiden Aussagen nicht nur in unterschiedlichen Nachprüfungsverfahren erfolgt seien, sondern auch unterschiedliche Auftraggeber, Zeitpunkte und Sachverhalte betreffen würden.

Festzuhalten sei, dass zwischen der Mitbeteiligten und der V. GesmbH aufrechte, zumindest bis Ende XXXX laufende, Verträge für Niederösterreich und Wien mit einem Gesamtvolumen von XXXX Millionen Zugkilometer/a bestünden, in denen das konkrete Fahrplanbild jährlich konkretisiert werde. Den bisherigen Aussagen im gegenständlichen Nachprüfungsverfahren, aber auch im Nachprüfungsverfahren vor dem Bundesverwaltungsgericht ... sei klar zu entnehmen, dass seitens beider Auftraggeber noch keine endgültige Definition der Leistungsanpassungen bzw. der Abgeltung erfolgt sei. Dass dies nicht unüblich sei, zeige auch der von der Antragstellerin vorgelegte Aktenvermerk der SCHIG. Aus diesem gehe hervor, dass auch die Leistungsanpassungen der vorangegangenen Jahre nicht immer im Dezember, sondern auch danach erfolgt seien.

Zum von der Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung am 29. Oktober 2015 gestellten Beweisantrag auf Einholung eines Auszugs aus dem M-AMA (modulares Auftragsmanagement) der I. zum Nachweis dafür, dass tatsächlich mehr „Umschichtungen“ stattfinden, als in der Verhandlung offenbart worden seien und dass eine wie auch immer gestaltete Vereinbarung oder Zusicherung der Auftraggeberin erfolgt sein müsse, werde ausgeführt, dass es sich hier um unzulässige Anträge auf Einholung eines Erkundungsbeweises, die nicht eine konkrete Behauptung, sondern lediglich eine unbestimmte Vermutung zum Gegenstand hätten, handeln würde.

Schließlich sei der Beweisantrag auch deshalb abzuweisen, weil aus der erfolgten Trassenbestellung durch die Mitbeteiligte kein Rückschluss auf eine Bestellung seitens der Auftraggeberin gezogen werden könne. Wie sich vielmehr aus der Aussage des Zeugen DI F. ergebe, käme es in der Praxis immer wieder zu Änderungen in Bezug auf bereits bestellte Trassen.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin handle es sich auch nicht um eine völlig andere Streckenführung, sondern lediglich um eine Verlagerung innerhalb der ...strecke. Ebenso sei nicht nachvollziehbar, inwiefern eine andere Verteilung der Züge über den Tag bzw. eine Verknüpfung mit anderen Anschlüssen eine wesentliche Änderung der Leistung darstellen solle.

Die Einwände der Antragstellerin seien sohin insgesamt unberechtigt.

2.4. Am 29.10.2015, 12.11.2015 und am 24.11.2015 führte das Verwaltungsgericht in dieser Angelegenheit jeweils öffentliche, mündliche Verhandlungen durch. Die Verhandlungen fanden unter Teilnahme der Antragstellerin, der Antragsgegnerin und der Mitbeteiligten sowie deren Vertreter und deren rechtsfreundlicher Vertreter statt.

Zum Beweis wurden der Geschäftsführer der Antragstellerin, Herr Dr. Fo., deren Prokurist Mag. M. sowie die Geschäftsführer der Antragsgegnerin, Herr Mag. S., Herr B., MBA, Herr DI Mi., Bediensteter der Mitbeteiligten als Parteien sowie der Zeuge DI Po. einvernommen.

In der Verhandlung vom 29.10.2016 wurde im Anschluss an die nicht öffentliche Beweisaufnahme Folgendes verlesen.

„Der Leistungsinhalt der Vorinformation 2017, verlautbart am ... 2015, wird durch die ggst. Umschichtung nicht berührt. Es steht noch kein Zuschlagsempfänger fest.

Umschichtungen betreffen nur „...“ ausschließlich auf der Strecke „Wien - ...“. Der aktuelle Planungsstand liegt bei voraussichtlich X Zugpaaren.“

In der Verhandlung vom 12.11.2016 wurde nach erfolgter Interessensabwägung wurde Folgendes vom Senat verlesen:

„§ 5 Änderungen der Verkehrsleistungen während aufrechter Vertragsdauer

(1) Alle Änderungen der im § 4 beschriebenen und vereinbarten Verkehrsleistungen, sowohl für die nächstfolgenden Jahresnetzfahrplanperioden als auch Änderungen während der laufenden Jahresnetzfahrplanperiode, sind einvernehmlich und schriftlich zwischen den Vertragspartnern festzulegen. Die in den jeweils geltenden

Schienennutzungsbedingungen veröffentlichten Bestellfristen sind hierfür zu beachten. Die Erhöhung oder Verminderung des Abgeltungsbetrages richtet sich nach § 9 und Anlage X sowie Anlage X dieses Vertrages.

Der derzeitige Planungsstand hat sich im Verhältnis zum in der Verhandlung vom 29.10.2015 bekannt gegebenen nicht verändert. Es handelt sich immer noch um X Zugpaare der Marke ....

Das zusätzliche Zugkilometervolumen liegt bei ca. ... Kilometer.

Die Aufforderung zur Angebotslegung, welche am 22.7.2015 an die Mitbeteiligte ergangen ist, umfasste XX Zugpaare der Marke ....

Der Mitbeteiligte ist mit der Bekanntgabe des Abs. 1 mit dem vom Senat vorgenommenen Schwärzungen einverstanden.“

Im Anschluss an die Verhandlung vom 24.11.2015 wurde die Entscheidung mündlich verkündet.

3. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

### 3.1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 4 WVRG 2014 regelt dieses Landesgesetz die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVerGG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVerGGVS 2012):

Die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung jedenfalls die Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 Abs. 3 B-VG und des Art. 127a Abs. 3 B-VG;

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVerGG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind;

Gemäß § 11 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache mit Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Abs. 2 sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

Gemäß § 13 Abs. 7 WVRG 2014 erfolgen, soweit nicht ein Erkenntnis zu fällen ist, die Entscheidungen und Anordnungen durch Beschluss.

Gemäß § 20 Abs. 1 erster Satz WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVerGG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit a BVerGG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 22 Abs. 1 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien jedenfalls die Antragstellerin oder der Antragsteller und die Auftraggeberin oder der Auftraggeber.

Gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens ferner jene Unternehmerinnen oder

Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigerklärungsverfahrens.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 6 BVergG 2006 sind Dienstleistungsaufträge entgeltliche Aufträge, die keine Bau- oder Lieferaufträge sind und deren Vertragsgegenstand Dienstleistungen im Sinne der Anhänge III (prioritäre Dienstleistungsaufträge) oder IV (nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge) sind.

Gemäß § 141 Abs. 1 BVergG 2006 gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

Nach § 141 Abs. 2 BVergG 2006 sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge von Auftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies aufgrund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 2, 4 oder 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

Gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2006 ist die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes aufgrund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50 VH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.

Gemäß § 141 Abs. 5 BVergG 2006 gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Der Auftraggeber hat, außer in sachlich gerechtfertigten Ausnahmen, die Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmern bekannt zu geben und eine angemessene, vom Auftraggeber festzusetzende Stillhaltefrist zu beachten. Der Zuschlag bzw. der Widerruf darf bei sonstiger Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit nicht innerhalb der festgesetzten Stillhaltefrist erteilt bzw. erklärt werden.

Gemäß § 1 ÖPNRV-G (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999) legt dieses Bundesgesetz die or

**Quelle:** Landesverwaltungsgericht Wien LVwg Wien, <http://www.verwaltungsgericht.wien.gv.at>

© 2025 JUSLINE

JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.

[www.jusline.at](http://www.jusline.at)