

# TE Lvwg Erkenntnis 2015/2/18 VGW- 123/061/34871/2014, VGW- 123/061/34874/2014, VGW- 123/061/875/2015, V

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 18.02.2015

## Entscheidungsdatum

18.02.2015

## Index

L72009 Beschaffung Vergabe Wien

97 Öffentliches Auftragswesen

50/03 Personenbeförderung Güterbeförderung

E3R E07201000

E3R E07202000

## Norm

WVRG 2014 §24 Abs3

BVergG 2006 §141

ÖPNRV-G 1999 §1

ÖPNRV-G 1999 §7

ÖPNRV-G 1999 §13

ÖPNRV-G 1999 §17 Abs1

ÖPNRV-G 1999 §18 Abs1

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 1

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 2

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 5

32007R1370 öffentliche Personenverkehrsdienste Schiene Strasse Art. 7

## Text

IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Maga Schreiner-Hasberger als Berichterin und Dr. Neumann als Beisitzer über die Anträge der W. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung 1) der Vorinformation vom 12.12.2014 2) deren Berichtigung vom 21.1.2015 jeweils betreffend das Vergabeverfahren Direktvergabe-Verkehrsdienstvertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.2.2015

zu Recht e r k a n n t:

I. Die Vorinformation vom 12.12.2014 wird für nichtig erklärt.

II. Die Berichtigung der Vorinformation vom 21.1.2015 wird für nichtig erklärt.

III. Dem Antrag auf Erstattung der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben und der Antragsgegnerin die Erstattung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 1.500,- zu Händen des Antragstellervertreeters binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen, aufgetragen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2, 11, 13, 16, 20, 22 Abs. 1 und Abs. 2, 26 WVRG 2014 iVm § 141 Abs. 2, 3 und 5 BVergG 2006 iVm Art. 2, 5 Abs. 6 und 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007.

E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e

I. Zuständigkeit:

Gemäß § 7 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie

2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die gegenständlichen Beschwerden enthalten Anträge auf Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12.12.2014 und der Berichtigung vom 21.1.2015 sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. In den Beschwerden werden Verstöße gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht behauptet.

Gemäß § 7 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2014 ist daher die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien zur Entscheidung über die vorliegenden Beschwerden gegeben.

Die Zuständigkeit des Senates ergibt sich aus § 2 Abs. 4 WVRG 2014.

II. Zur Sache:

1. Verfahrensgang

Am 12.12.2014 veröffentlichte die Antragsgegnerin V. GesmbH die mit Nachprüfungsanträgen vom 19.12.2014 (Zlen. VGW-123/061/34871/2014, VGW-123/061/34874/2014) bekämpfte Vorinformation iSd Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO).

Dieser Veröffentlichung liegt der Sachverhalt zugrunde (siehe III. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung), dass die Antragsgegnerin V. GesmbH unter der Bezeichnung „Direktvergabe-Verkehrsdienstvertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen“ eine Direktvergabe betreffend einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) an die O. AG beabsichtigt.

Mit Schreiben vom 17.12.2014 „rügte“ die Antragstellerin die Vorinformation gegenüber der Antragsgegnerin.

Mit Schreiben vom 18.12.2014 nahm die Antragsgegnerin dazu Stellung.

Mit der am 19.12.2014 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Beschwerde stellte die Antragstellerin zwei Nachprüfungsanträge (Zlen. VGW-123/061/34871/2014, VGW-123/061/34874/2014) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Zlen. VGW-123/V/061/34872/2014, VGW-123/V/061/34875/2014).

In ihren Nachprüfungsanträgen beehrte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge

1. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 12.12.2014 – und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich eine Direktvergabe durchzuführen – für nichtig erklären,
2. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 12.12.2014 – und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers – für nichtig erklären,
3. dem AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides (wohl richtig Erkenntnisses) auferlegen.

In ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge den Antragsgegnern (1. V. GesmbH, 2. Land Wien, 3. Land Niederösterreich, 4. Land Burgenland) nach deren Verständigung vom Eingang dieses Antrags mittels einstweiliger Verfügung bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung in diesem Verfahren

1. die Fortsetzung des mit der Veröffentlichung vom 12.12.2014 begonnenen Verfahrens zur Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland und den Abschluss eines Verkehrsdienstvertrages mit der O. Aktiengesellschaft untersagen,
2. den AG aufgeben, bei erneuter Eröffnung des Vergabeverfahrens die Vorgaben der Verordnung (EG) 1370/2007 und des EU-Primärrechts zu berücksichtigen, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen und dabei insbesondere
  - a. die zu vergebenden Leistungen bereits in der Veröffentlichung im Sinne des Art 7 Abs. 2 PSO hinreichend genau beschrieben unter Angabe der betroffenen Strecken, von Frequenz, Haltepunkten, Vertragsdauer und Entgeltkriterien,
  - b. eine Interessenbekundung zuzulassen und die eingehenden Interessenbekundungen und Angebote diskriminierungsfrei zu prüfen,
  - c. eine Auswahl der Verhandlungspartner unter fairen, diskriminierungsfreien Bedingungen zu treffen und
  - d. die Verhandlungen sowie die Auswahlentscheidungen diskriminierungsfrei und transparent durchzuführen.

Mit Beschluss vom 30.12.2014 (Zln. VGW-123/V/061/34872/2014-1, VGW-123/V/061/34875/2014) gab das Verwaltungsgericht Wien dem Antrag der Antragstellerin vom 19.12.2014 teilweise statt und erließ folgende einstweilige Verfügung:

„1. Der Antragsgegnerin V. GesmbH, Wien, E.-platz, wird im Vergabeverfahren „Direktvergabe-Verkehrsdienstvertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen“ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt.

2. Der Antrag der W. GmbH, das Verwaltungsgericht Wien möge der Antragsgegnerin aufgeben, bei erneuter Eröffnung des Vergabeverfahrens die Vorgaben der Verordnung (EG) 1370/2007 und des EU-Primärrechts zu berücksichtigen, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen und dabei insbesondere

- a. die zu vergebenden Leistungen bereits in der Veröffentlichung im Sinne des Art 7 Abs. 2 PSO hinreichend genau beschrieben unter Angabe der betroffenen Strecken, von Frequenz, Haltepunkten, Vertragsdauer und Entgeltkriterien,
- b. eine Interessenbekundung zuzulassen und die eingehenden Interessenbekundungen und Angebote diskriminierungsfrei zu prüfen,
- c. eine Auswahl der Verhandlungspartner unter fairen, diskriminierungsfreien Bedingungen zu treffen und
- d. die Verhandlungen sowie die Auswahlentscheidungen diskriminierungsfrei und transparent durchzuführen, wird abgewiesen.

Diese Verfügung ist sofort vollstreckbar (§ 31 Abs. 8 WVRG 2014).“

Klargestellt wurde, dass Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren allein die V. GesmbH ist.

Am 21.1.2015 veröffentlichte die Antragsgegnerin die sog. „Berichtigung der Vorinformation vom 12.12.2014“, im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

Mit Schreiben vom 22.1.2015 „rügte“ die Antragstellerin die Berichtigung gegenüber der Antragsgegnerin.

Mit der am 23.1.2015 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Beschwerde stellte die Antragstellerin wiederum zwei Nachprüfungsanträge sowie einen (fast wortgleichen) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

In ihren Nachprüfungsanträgen begehrt die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge

1. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 21.1.2015 – und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich eine Direktvergabe durchzuführen – für nichtig erklären,
2. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 21.1.2015 – und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers – für nichtig erklären,
3. dem AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides (wohl richtig Erkenntnisses) auferlegen.

Mit Beschluss vom 2.2.2015, Zlen. VGW-123/V/061/878/2015-12, VGW-123/V/061/907/2015, wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen entschiedener Sache zurück. Begründend wurde ausgeführt, die Antragstellerin könne durch die Erlassung einer weiteren einstweiligen Verfügung keinen Mehrwert hinsichtlich ihres Rechtsschutzes generieren, sie sei mit der Durchsetzung ihrer Rechte auf § 1a Abs. 2 VVG verwiesen.

Klargestellt wurde in dieser einstweiligen Verfügung auch, dass nach Ansicht des Gerichtes die Auslegung der Antragsgegnerin, von der Verfügung sei die „eigentliche Direktvergabe“ nicht betroffen, unrichtig sei. Die Vorinformation vom 12.12.2014 sei Teil des Vergabeverfahrens und der Entscheidung des Auftraggebers, im Wege der Direktvergabe zu vergeben, nach- und der Vergabe (dem Vertragsabschluss) als solcher vorgeschaltet.

Mit Schriftsatz vom 11.2.2015 beantragte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge die einstweilige Verfügung vom 30.12.2014 vollstrecken.

Mit Schriftsatz vom 16.2.2015 zog die Antragstellerin diesen Antrag zurück.

Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2015 erfolgte seitens der Mitbeteiligten ein Antrag auf Akteneinsicht und ein Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht.

Das Verwaltungsgericht Wien gab dem Antrag auf Akteneinsicht teilweise statt.

Vorbringen:

In ihren Nachprüfungsanträgen macht die Antragstellerin zusammengefasst geltend, sie sei ein in Österreich zugelassenes, privates Eisenbahnverkehrsunternehmen („EVU“) mit Sitz in Wien und Standort in Linz. Sie bediene seit 11.12.2011 die Strecke Wien-Salzburg-Wien im Schienenpersonenverkehr. Die vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie („bmvit“) als Eisenbahnsicherheitsbehörde vom 29.5.2009 erteilte eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung berechtige die Antragstellerin zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Schieneninfrastruktur eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens („EIU“) in Österreich, in den weiteren Mitgliedstaaten der Europäischen Union („EU“), in den Vertragsparteien des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweizer Eidgenossenschaft. Die Verkehrsgenehmigung entspreche einer Genehmigung der Richtlinie 95/18/EG. Die Antragstellerin sei somit jedenfalls berechtigt und auch fähig, im gesamten Bundesgebiet Eisenbahnverkehrsleistungen zu erbringen. Alleinige Gesellschafterin der Antragstellerin sei die R. AG, FN ..., an der wiederum die S. (über ein Tochterunternehmen) 28 % der Anteile halte.

Die Vorinformation werde von der Antragstellerin als gesondert anfechtbare Entscheidung gewertet, diese Ankündigung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Sie reiche in keiner Weise aus, um potentielle Wettbewerber die Entscheidung zu ermöglichen, eine Interessenbekundung und gegebenenfalls ein Angebot abzugeben.

Die Wahl der Direktvergabe sei rechtswidrig, da sie gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, namentlich gegen die PSO - VO sowie gegen die Grundfreiheiten der EU-Verträge und gegen die auf diesen beruhenden vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung verstoßen würde. Die Antragsgegnerin scheine sich für die Wahl der sog. „Direktvergabe“ auf Art. 5 Abs. 6 PSO – VO zu stützen, nach dem Wortlaut der VO stünde die Wahl dieses Verfahrens im Ermessen der Behörde und sei diese jedoch rechtsstaatlich gebunden, nämlich dahingehend „ob“ eine Direktvergabe vorgenommen werden dürfe, als auch dahingehend „wie“. Art. 5 Abs. 6 der

Verordnung sei eine Ausnahmeregelung. Dies ergebe sich aus dem in Art. 5 Abs. 3 der Verordnung formulierten Grundsatz, wonach Vergaben im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben werden müssten, soweit nicht eine Ausnahmenvorschrift greife. Da der V. in der Vergangenheit noch keine Vergabeverfahren betreffend Bahnleistungen ausgeschrieben habe, sei gegenständlich eine Direktvergabe (aus in weiterer Folge von der Antragstellerin näher dargestellten Gründen) jedenfalls rechtswidrig und unzulässig.

Die Wahl des Auftragnehmers bzw. „Zuschlagsempfängers“ sei rechtswidrig, da die Antragstellerin als EVU im Personenverkehr ebenfalls Interesse an der von der Antragsgegnerinnen geplanten Vergabe dieser Eisenbahnverkehrsdienstleistungen habe. Die Antragstellerin wolle sich um den Zuschlag bewerben, werde jedoch durch die rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerinnen daran gehindert. Die Festlegung auf einen einzelnen Unternehmer sei rechtswidrig, dies ergebe sich aus der Verpflichtung zur Durchführung eines (zumindest) „nicht förmlichen Vergabeverfahrens“. Die Festlegung, exklusive Verhandlungen mit einem Anbieter zu führen, sei unzulässig und verstoße gegen das verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, um einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit für alle interessierten Bieter sicher zu stellen, hätte ein direkter oder indirekter Aufruf zur Teilnahme am Wettbewerb an alle Mitbewerber stattfinden müssen. Verwiesen werde auf ein Schreiben der Europäischen Kommission vom 13.10.2004 an die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf die Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber.

Durch die im Antrag näher dargestellte Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Partizipation an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren von öffentlichen Eisenbahnverkehrsdienstleistungen im Personenverkehr verletzt.

Die Entscheidungen der Antragsgegnerin widersprächen nationalem und europäischem Vergaberecht, der PSO-VO sowie dem Europäischen Primärrecht. Sie seien deshalb für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages, sie wolle als bereits in der Region im Schienenpersonenverkehr aktives Unternehmen die von der geplanten Vergabe betroffenen Verkehrsdienstleistungen selbst erbringen. Sie könne das für diese Leistungen erforderliche Rollmaterial verfügbar machen, sie sei leistungsbereit und leistungswillig. Der Antragstellerin drohe bei ungehindertem Fortgang der geplanten, rechtswidrigen Direktvergabe der Verlust ihres Rechtes, sich durch ein alternatives Angebot der Antragsgegnerin als Bieter vorzustellen und mit dem Angebot gegebenenfalls zum Zuge zu kommen. Würde die Antragstellerin ordnungsgemäß beteiligt, hätte sie aufgrund ihrer Kosteneffizienz eine unmittelbare Chance auf Erhalt jedenfalls von Teilen des Auftrags.

Die Antragstellerin habe dem V. und dem Land Niederösterreich Schienenverkehrsdienstleistungen auf der Strecke A. - Wien angeboten und dabei ein wesentlich günstigeres Angebot gelegt, als die mitbeteiligte O. AG. Das Interesse der Antragstellerin gehe aber darüber hinaus, weil sie auch leistungsbereit hinsichtlich der Beauftragung für andere in der gegenständlichen Vorabinformation genannte Strecken sei.

Noch deutlicher werde die unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin unter Berücksichtigung der von der O. AG schon jetzt geführten REX200- Verbindungen zwischen A. und Wien. Von der in der gegenständlichen Vorabinformation angekündigten Verdichtung der Verkehre sei auch der Premium Nahverkehrszug REX200 der O. AG erfasst. Diese REX200 Verkehre stellten unmittelbare Konkurrenzprodukte für die Verkehre 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. Damit sei auch deutlich, dass die in der Vorinformation behauptete „kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes“ tatsächlich kein Argument für die beabsichtigte Beauftragung der O. AG sei, weil diese Bedingung auch die Antragstellerin mit ihren bestehenden Verkehren erfülle und hinsichtlich aller gegenständlich zu vergebenden Schienenverkehrsdienstleistungen leistungsbereit sei.

Aufgrund der mit 21.1.2015 erfolgten Berichtigung bekämpft die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde vom 23.1.2015 auch diese, sie verweist in diesem Zusammenhang darauf hin, sie habe Interesse an der Erbringung des Auftrages, sie sei sehr wohl technisch leistungsbereit.

Bereits mit Schreiben vom 30.12.2011 habe der damalige Geschäftsführer der Antragstellerin dem niederösterreichischen Verkehrslandesrat ... vom Interesse der Antragstellerin, für das Land Niederösterreich Verkehrsdienste zu erbringen, informiert. Die Antragstellerin habe zudem im Jahr 2012 mit dem Land Niederösterreich

konkrete Gespräche über die Einführung eines qualitativ hochwertigen Pendlerverkehrs, der mit 200 km/h geführt werden hätte sollen, geführt. Im Zuge dieser Verhandlungen habe die Antragstellerin ein konkretes Angebot für die Erbringung von durch das Land Niederösterreich bzw. dem vorbestellten Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen vorgelegt. Gegenstand dieser Gespräche seien gleichwertige, wenn nicht sogar (zumindest zum Teil) dieselben Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, die nun Gegenstand der gegenständlich geplanten Direktvergabe seien, gewesen. Die Verhandlungen seien vom Land Niederösterreich unter Einbindung des V. geführt worden. Mit E-Mail vom 07.11.2012 habe der Geschäftsführer der Antragstellerin Dr. F. einen Entwurf eines Konzeptes für einen niederösterreichischen Qualitätspendlerzug übermittelt. In der Folge habe auf Einladung des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung am 06.12.2012, beim V., eine Präsentation des Angebotes der Antragstellerin stattgefunden. Teilnehmer seien Prof. Z. (Amt der niederösterreichischen Landesregierung), Mag. Sch. (Geschäftsführer des V.), Mag. L. (V.), Mag. Ra. (V.) und Dr. F. (W.) gewesen. Im Zuge dieses Termins sei anhand einer PowerPoint Präsentation „Niederösterreich-W. Pendler-Lösung“ vom (mittlerweiligen) Geschäftsführer der Antragstellerin, Dr. F., erläutert worden.

Die Verhandlungen seien Seitens des Landes Niederösterreich und des V.s ohne nähere Begründung abgebrochen worden, obwohl die Antragstellerin ein Angebot gelegt habe, welches kostenmäßig deutlich unter dem Angebot der O. AG gelegen sei.

Die Gesprächsbereitschaft des V. mit der Antragstellerin habe sich nach dem überraschenden einseitigen Abbruch der Verhandlungen nicht mehr verbessert. Dies obwohl sich die Antragstellerin wiederholt um eine Wiederaufnahme der Gespräche bemüht habe. Die Antragstellerin sei zu diesem Zeitpunkt (2012) Mitglied des V. gewesen. Zwischen den beteiligten Unternehmen, insbesondere der mitbeteiligten Partei O. AG und der Antragstellerin sei die Einnahmenaufteilung im V. über die Jahre 2012 und 2013 ungeklärt und strittig. Die O. AG habe mit dem ihr zustehenden Veto-Recht jeden Vorschlag für eine diskriminierungsfreie Einnahmenaufteilungsregel verhindert. Durch diese anhaltenden Malversationen, für die kein sachlicher Anlass gegeben gewesen sei und die Blockade der O. AG hinsichtlich eines Verteilungsschlüssels der Einnahmen, sei die Diskriminierung der Antragstellerin nicht verhindert worden. Aufgrund der finanziellen Lage sei die Antragstellerin somit gezwungen gewesen, in ihren damals bestehenden Pendlerverkehren einen Preisaufschlag für die Endkonsumenten einzuheben, um die Auswirkungen der dargestellten Diskriminierung auszugleichen. Diese Maßnahme der Antragstellerin sei in weiterer Folge als Anlass genommen worden, die Antragstellerin von der Mitgliedschaft im V. überhaupt auszuschließen. Dadurch sei es und käme es immer noch zu einer weiteren zusätzlichen Diskriminierung der Antragstellerin, weil sie durch den Ausschluss von der Mitgliedschaft beim V. keine Möglichkeit mehr habe, über bilaterale Kontakte genauere Informationen über geplante Vergaben zu erhalten.

Diese konkreten Überlegungen der Antragstellerin und die Verhandlungen mit der Antragstellerin schon im Jahr 2012! würden belegen, dass es für die Antragstellerin möglich gewesen wäre, ohne große produktionstechnische Probleme die nunmehr angefragten Leistungen zu erbringen. Sie würden zudem belegen, dass der Antragsgegnerin bereits seit langem bekannt gewesen sei und ist, dass die Antragstellerin ein großes Interesse an Anbotslegung für Verkehrsdienstleistungen im Raum Niederösterreich/Wien habe. Damit seien aber auch die Ausführungen der Vorinformation, dass die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes bilden würden, schlichtweg falsch und sei die Wahl der Direktvergabe an die O. AG unzulässig.

Da zumindest der V. und das Land Niederösterreich Kenntnis von der Leistungsbereitschaft der Antragstellerin und insbesondere Kenntnisse über die wirtschaftlichen (günstigeren) Rahmenbedingungen hätten, unter denen die zu bestellenden Verkehre von der Antragstellerin erbracht werden könnten, sei eine Direktvergabe an die O. AG nicht nur unzulässig, sondern müsste die Vergabe an die O. AG zu einem weit höheren Preis, als jenem, den die Antragstellerin anzubieten in der Lage wäre, erfolgen. Damit werde aber durch die Auftraggeberin bewusst gegen das Effizienzgebot verstoßen und ein Schaden der öffentlichen Hand in Kauf genommen. Dies widerspreche diametral den grundlegendsten Zielrichtungen des Vergaberechts und führe zu einer Nichtigkeit der vorliegenden Auftraggeberentscheidung.

Dass die Kosten der O. AG höher seien, als jene des Angebotes der Antragstellerin (und vor allem eines der Antragstellerin konkret möglichen Angebotes) ergebe sich aus dem bestehenden Verkehrsdienstvertrag, den der V. im Auftrag des Landes Wien abgeschlossen habe. Aus diesem (öffentlich zugänglichen) Vertrag sei in Anlage 14d der

Abgeltungsbetrag für die optionalen Zug-km, der Abgeltungsvertrag für den kurzen Wiener Teil der REX 200 Verkehre geregelt. Dieser sei unter Paket 1. ersichtlich und sei mit einem km-Satz von EUR 39,96 exorbitant hoch.

In ihren begründeten Einwendungen vom 30.12.2014 führte die mitbeteiligte Partei O. AG (im Folgenden Mitbeteiligte) Folgendes aus.

Die Nachprüfungsanträge seien im Hinblick auf § 24 Abs. 3 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 verfristet, so betrage die Frist für die Anfechtung einer Direktvergabe sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt habe, oder erlangen hätte können. Eine EU-weite Bekanntmachung sei zwar erst am 12.12.2014 erfolgt, allerdings sei auf der Seite [www.e-beschaffung.at](http://www.e-beschaffung.at) die Bekanntmachung bereits am 09.12.2014 verfügbar gewesen. Da somit die Antragstellerin bereits am 09.12.2014 Kenntnis von der beabsichtigten Direktvergabe erhalten hätte können, hätte sie diese bis spätestens 16.12.2014 anfechten müssen. Aufgrund der Verfristung der Anfechtung der Direktvergabe sei die Antragstellerin auch hinsichtlich der auf der Wahl der Direktvergabe aufbauende Entscheidung über die Wahl des Zuschlagsempfängers präkludiert.

Weiters sei die Antragstellerin nicht antragslegitimiert.

Die Leistungserbringung sei der Vorinformation nach für das Fahrplanjahr 2016 vorgesehen. Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, sie würde das für die Erbringung der Schienenpersonenverkehrsleistungen erforderliche Rollmaterial von Dritten, insbesondere ihrem Geschäftspartner St. AG (einem Hersteller von Schienenfahrzeugen), aber auch von der an ihr indirekt beteiligten S., „kurzfristig anmieten“ können.

Aufgrund unterschiedlicher technischer Anforderungen könne jedoch rollendes Material aus Frankreich nicht ohne Weiteres auf österreichischen Eisenbahnstrecken verwendet werden. Ebenso sei die Firma St. AG bislang nicht als Vermieterin von rollendem Material aufgetreten; nach dem Wissensstand der mitbeteiligten Partei verfüge die Firma St. AG auch nicht über einen Pool an Fahrzeugen, die kurzfristig auf dem österreichischen Eisenbahnnetz einsetzbar wären. Die Antragstellerin selbst gestehe zu, dass sie nicht in der Lage sei, kurzfristig Schienenpersonenverkehrsleistungen zu erbringen, da sie auf ihr Angebot aus dem Jahr 2012 verweise, in dem sie anführe, dass eine Umsetzung jederzeit binnen 18 Monaten möglich sei. Schon daraus sei ersichtlich, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns nicht über das erforderliche Rollmaterial verfügen werde. Vergleiche dazu das Erkenntnis des VwGH Zl. 2011/04/0134, in dem die Antragslegitimation der Antragstellerin verneint worden sei, da die Leistungsbereitschaft erst nach dem Vertragsbeginn eingetreten sei.

Da die Antragstellerin somit zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns Dezember 2015 nicht über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde, mangle es ihr an der technischen Leistungsfähigkeit und damit an der Antragslegitimation.

Zur Zulässigkeit der Direktvergabe führt die Mitbeteiligte aus, die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden: „PSO“) bilde den Rechtsrahmen für die Finanzierung bzw. Beschaffung öffentlicher Personennahverkehrsdienste auf der Schiene und der Straße. Die PSO sei am 03.12.2009 in Kraft getreten und gelte als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht auch ohne nationale Umsetzung in Österreich. Regelungsgegenstand der PSO seien die Bedingungen, unter denen die zuständige Behörde dem Betreiber des Personenverkehrsdienstes Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewähre.

Die PSO-VO sehe im Sinne eines regulierten Wettbewerbs um den Personenverkehrsmarkt eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht von Personenverkehrsdienstleistungen vor. Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 PSO normierten jedoch zahlreiche Ausnahmen von dieser Ausschreibungspflicht. So dürften gemäß Art. 5 Abs. 6 öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr (ausgenommen U-Bahn und Straßenbahn) direkt vergeben werden. In Art. 5 Abs. 6 PSO sei gleichzeitig ein nationaler Untersagungsvorbehalt vorgesehen, dh. dass die Direktvergabeausnahme der PSO nur dann gelte, „sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“.

In der Bundesvergabegesetz-Novelle 2010 sei (nach Abklärung mit der Europäischen Kommission) u.a. § 141 Abs. 3 BVergG dahingehend ergänzt worden, dass die Anwendung der PSO-Direktvergabeausnahmen unberührt bleibe:

„(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist 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 Materialien zur BVergG-Novelle 2010 hielten dazu Folgendes fest:

„Die vorgeschlagene Regelung hat zum Ziel, das Regelungsniveau der Verordnung im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im BVergG 2006 zu verankern. Durch die Formulierung „die Anwendung des ... bleibt unberührt“ soll zum Ausdruck kommen, dass die nationalen Vorschriften (in concreto: das BVergG 2006) die Anwendung des Art. 5 Abs. 2, 4 und 6 der Verordnung nicht untersagen.“

Das BVA habe im Feststellungsbescheid W. vom 01.06.2011 zu F/0003-BVA/14/2011-45 (im Hinblick auf das Argument der Antragstellerin, dass nicht die Wahl der Direktvergabe, sondern die konkrete Art der Durchführung der Direktvergabe beeinträchtigt werde) ausgeführt, dass die PSO klar zwischen der Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 6 und dem in Art. 5 Abs. 3 normierten wettbewerblichen Verfahren unterscheidet bzw. dass mit der BVergG-Novelle 2010 „die Möglichkeit der Direktvergabe öffentlicher Schienendienstleistungsaufträge in einem für die Direktvergabe charakteristischen formfreien Verfahren eröffnet“ wird und dass das BVergG „die in der unmittelbar innerstaatlich anwendbaren EU-Verordnung getroffene und dem nationalen Recht im Falle einer entgegenstehenden nationalen Regelung vorgehende Unterscheidung von wettbewerblichem Verfahren und Direktvergabe auf nationaler Ebene mit [vollzieht]“. Folglich sei - wie das BVA ausdrücklich anführe - eine Direktvergabe charakteristischer Weise ohne Beteiligungsanspruch weiterer Interessenten durchzuführen.

Zu demselben Ergebnis käme der VwGH in seinem Erkenntnis vom 11.12.2013, ZI.2012/04/0082. Im gegenständlichen Fall habe ein Auftraggeber eine Vorinformation über Schienenpersonenverkehrsdienste veröffentlicht, die jedoch nach Ansicht des UVS Oberösterreich unzureichend gewesen und daher für nichtig erklärt worden sei. Der VwGH habe zwar den Bescheid des UVS Oberösterreich bestätigt (und habe der Ansicht des UVS zugestimmt, dass die Kurzbeschreibung nicht jene Informationen enthielten, die notwendig gewesen seien, damit im Sinne des ErwGr 29 PSO-VO potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes auf die Bekanntmachung reagieren können), allerdings halte der VwGH zur Direktvergabemöglichkeit von Schienenpersonenverkehrsleistungen Folgendes fest:

„So ist die Wortfolge „die Anwendung des Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 bleibt unberührt“ in § 141 Abs 3 BVergG dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art 5 Abs 6 der VO 1370/2007 zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Art 5 Abs 6 der VO 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde.“

Daher sei auch nach Ansicht des VwGH eine Direktvergabe im Sinne des Art 5 Abs. 6 PSO zulässig. Weitere Voraussetzungen sehe Art 5 Abs. 6 PSO nicht vor, dass es sich gegenständlich um Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen handle, werde von der Antragstellerin nicht bestritten.

Soweit die Antragstellerin vorbringe, dass es sich bei den im Rahmen der BVergG-Novelle 2010 erfolgten Änderungen um eine unzulässige „Wiederzulassung der Direktvergabe“ handle (NPA Seite 31 Pkt. 3.), sei sie auf die eben zitierte Rechtsprechung des VwGH zu verweisen, nach der die Direktvergabe zulässig sei.

Die Antragstellerin irre, wenn sie vermeine (NPA Seite 13, Seite 22), dass die Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 6 PSO in Wirklichkeit als wettbewerbliches (wenngleich „nicht förmliches“) Vergabeverfahren durchzuführen sei. Dies ergebe sich aus dem klaren Wortlaut des Art. 2 lit. h PSO.

Dort werde die Direktvergabe definiert als „die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens“. Folgte man der Ansicht der Antragstellerin, dann müssten auch die anderen Direktvergabeausnahmen der PSO, nämlich

- die Inhouse-Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 PSO
- die de minimis Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 4 PSO
- die Direktvergabe bei Notmaßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 5 PSO

in Wirklichkeit als „nicht-förmliches“ wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden, was dem Wortlaut und Zweck der PSO klar widerspreche.

Der Verweis der Antragstellerin auf die Rechtsprechung des EuGH zu nichtprioritären Dienstleistungen (NPA Seite 19, Pkt. 1.5), auf das EuGH-Urteil An Post (NPA Seite 20, Pkt. 1.5), bzw. die primärrechtlichen Anforderungen an die Beschaffung von Leistungen (NPA Seite 22, Pkt. 1.7.2) gehe schon deshalb ins Leere, weil die zitierte Rechtsprechung

noch aus der Zeit vor dem Erlass der PSO stamme.

Der von der Antragstellerin (NPA Seite 21, Pkt. 1.6) zitierte Beschluss des BGH vom 08.02.2011 zu X ZB4/10 sei für den österreichischen Rechtsrahmen irrelevant, weil man es in Deutschland - wie die Antragstellerin selbst zugestehe - eben verabsäumt habe, eine der österreichischen BVergG-Novelle 2010 vergleichbare Regelung aufzunehmen, sodass dort der in Art. 5 Abs. 6 PSO statuierte Untersagungsvorbehalt durchgeschlagen habe.

Die Behauptung der Antragstellerin (NPA Seite 22), dass eine Direktvergabe im Sinne eines nicht-förmlichen Vergabeverfahrens zumindest die Elemente (i) Aufruf zum Wettbewerb im EU-Amtsblatt mit kurzer Leistungsbeschreibung und angemessener Frist von Interessensbekundungen, (ii) Prüfung von Interessensbekundungen, (iii) gegebenenfalls Auswahl mehrerer Verhandlungspartner, (iv) Durchführung nichtdiskriminierender Verhandlungen und (v) Bekanntmachung über die Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt enthalten müsse, weil dies die Kommission in einem Schreiben im Jahr 2006 gefordert habe, sei zum einen durch die zwischenzeitig erlassene PSO überholt, sie sei aber auch inhaltlich absurd. Die hier genannten fünf Elemente eines „nichtförmlichen“ Direktvergabe-Verfahrens würden im Wesentlichen dem Art. 5 Abs. 3 PSO entsprechen, der aber die Anforderungen an wettbewerbliche Verfahren festlege. Folgte man daher der Ansicht der Antragstellerin, gebe es zwei Arten wettbewerblicher Verfahren: jene, die aufgrund von Art. 5 Abs. 3 PSO durchgeführt würden, und jene, die „Direktvergabe“ hießen, aber nach demselben Schema ablaufen würden. Dass dies in diametralem Widerspruch zum Wortlaut und Telos der PSO stehe, liege auf der Hand.

Zu den Anforderungen an die Vorinformation führt die Mitbeteiligte aus, die Antragstellerin irre weiters, wenn sie vermeine, die Vorinformation müsse sie in die Lage versetzen, ein Angebot zu legen.

Art. 7 Abs. 2 PSO habe folgenden Wortlaut:

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

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

Zunächst sei daher festzuhalten, dass die Anforderungen der PSO an die Vorinformation in gleicher Weise für wettbewerbliche Vergabeverfahren wie für Direktvergaben gelten würden. Nach dem Erwägungsgrund 29 PSO bezwecke diese Regelung, dass „potenzielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf [auf die Vorinformation des wettbewerblichen Verfahrens bzw. der Direktvergabe] reagieren können.“

Das „reagieren können“ in Erwägungsgrund 29 sei dabei keineswegs so zu verstehen, dass potenzielle Betreiber in die Lage versetzt werden müssten, konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Dies ergebe sich zum einen aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 PSO. Der zweite Kommissionsvorschlag für die PSO aus dem Jahre 2002 habe in Art. 7a (der damals noch auf Direktvergaben beschränkt war) vorgesehen, dass binnen 6 Monaten nach der Vorinformation (somit 6 Monate vor der beabsichtigten Direktvergabe) andere potenzielle Betreiber Alternativangebote unterbreiten könnten, indem sie die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erzielten Ergebnisse bestreiten und Alternativlösungen vorschlagen könnten, woraufhin der Aufgabenträger diese Angebote in Betracht zu ziehen habe und die Gründe bekanntzugeben habe, aus denen er sie annehme oder ablehne. Ein derartiges Verfahren sei jedoch in Art. 7 Abs. 2 idGF nicht mehr enthalten. Daher müsse die Vorinformation keineswegs so detailliert sein, dass konkrete Vorschläge oder alternative Angebote unterbreitet werden könnten. Dass die Vorinformation die Bieter keineswegs in die Lage versetzen müsse, konkrete Vorschläge zu unterbreiten, ergebe sich auch daraus, dass Art. 7 Abs. 2 PSO nunmehr nicht nur für Direktvergabe, sondern auch für Ausschreibungen gelte. Es wäre jedoch vollkommen absurd, wenn bereits ein Jahr vor Durchführung der beabsichtigten Ausschreibung bereits eine Voraussschreibung mit sämtlichen für eine Angebotsabgabe erforderlichen Informationen zu erfolgen hätte. Das „reagieren können“ des ErwGr 29 sei daher hinsichtlich der Direktvergabe so zu verstehen, dass die Bieter die Möglichkeit erhalten sollen, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen (etwa weil es sich nicht um Eisenbahnpersonenverkehrsdienste im Sinne des Art. 5 Abs. 6 PSO handle oder die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 PSO nicht erfüllt seien), oder den Auftraggeber umzustimmen, nicht jedoch, dass die Vorinformation im Sinne von

Ausschreibungsunterlagen die Übermittlung vergleichbarer Angebote verlangen würde. Zu demselben Ergebnis kommt eine von der Kommission beauftragte Studie zur Implementierung der PSO: „This provision [Art 7 Abs. 2, Anm] would allow potential operators to express their interest in the prospective contract and possibly trigger a change in the award procedure“.

Auch aus ErwGr 30 PSO könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. ErwGr 30 PSO besage, dass bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für größere Transparenz gesorgt werden sollte. Da PSO und BVergG eindeutig zwischen wettbewerblichem Verfahren und Direktvergabe unterscheiden würden, die Vorinformationspflicht des Art. 7 Abs. 2 PSO jedoch in gleicher Weise für wettbewerbliche Vergaben und Direktvergaben gelte, könne sich ErwGr 30 PSO nur auf die ex post Bekanntmachung des Art. 7 Abs. 3 PSO beziehen, sodass aus ErwGr 30 keine über die Vorinformation hinausgehende ex ante Transparenzpflicht abgeleitet werden könnte. Bezeichnenderweise habe sich auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 11.12.2013 zu 2012/04/0082 nur auf ErwGr 29 PSO, nicht jedoch auf den noch vom UVS Oberösterreich herangezogenen ErwGr 30 PSO gestützt. Vor diesem Hintergrund erfülle die Vorinformation die Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 PSO.

Zur Zulässigkeit der Wahl des Zuschlagsempfängers führt die Teilnahmeberechtigte aus, wengleich die PSO die Durchführung der Direktvergabe nicht an das Vorliegen sachlicher Gründe knüpfe und solche Gründe auch nicht in der Vorinformation bekanntzugeben seien, habe die Auftraggeberin bereits in der Vorinformation zahlreiche sachliche Gründe für die gegenständlich beabsichtigte Direktvergabe angeführt. Ausdrücklich bestritten werde weiters die Behauptung, dass die Antragstellerin die gegenständlichen Dienste günstiger als die mitbeteiligte Partei erbringen könne. Das von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang zitierte Schreiben der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2004 sei durch die zwischenzeitig erlassene PSO als obsolet anzusehen.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 26.01.2015 führt die Mitbeteiligte zur angeblichen fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin darüber hinaus Folgendes aus.

Gemäß § 32ff Eisenbahngesetz (EisbG) sei für Schienenfahrzeug eine Bauart- und Betriebsgenehmigung erforderlich. Die Bauartgenehmigung sei gemäß § 32 Abs. 1 EisbG eine Voraussetzung für die Betriebsgenehmigung. Die Bauartgenehmigung sei nur dann zu erteilen, wenn ein das betreffende Schienenfahrzeug dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Beantragung der Bauartgenehmigung unter Berücksichtigung der Sicherheit und Ordnung auf den für den Einsatz vorgesehenen Strecken entspreche (§ 32b Abs. 1). Es dürften zwar auch gebrauchte ausländische Schienenfahrzeuge dann zugelassen werden, wenn sie bei der erstmaligen Zulassung im Ausland dem damaligen Stand der Technik entsprochen hätten, allerdings sei diesfalls durch Vorkehrungen sicherzustellen, dass trotz Abweichung zum aktuellen Stand der Technik die Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes anderer Schienenfahrzeuge auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn, auf der es betrieben werden solle, gewährleistet werde.

Selbst für den Fall, dass die Antragstellerin tatsächlich so kurzfristig Zugriff auf zulassungsfähiges rollendes Material hätte, müsse das (ausländische) Rollmaterial erst das eisenbahnrechtliche Zulassungsverfahren beim Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie durchlaufen, welches gemäß § 73 AVG sechs Monate in Anspruch nehmen würde. Auch eine Kompatibilitätsüberprüfung (Netzzulassung) durch die ÖBB-Infrastruktur AG habe zu erfolgen.

Die Antragstellerin habe daher konkret und substantiiert nachzuweisen, dass sie zum Leistungsbeginn der verfahrensgegenständlichen Zusatzleistungen (Dezember 2015) über den österreichischen Sicherheitsvorschriften entsprechendes rollendes Material verfügen werde. Nach der Rechtsprechung müsse die technische Leistungsfähigkeit objektiv gegeben sein. So sei (auch wenn eine Ausschreibung keine diesbezüglichen Feststellungen enthalte) das Angebot eines Bieters auszuschneiden, dessen personelle Ausstattung objektiv als zu gering zu bewerten sei (VwGH v. 18.05.2005, Zl. 2004/04/0094; ebenso BVA v. 04.10.2013, Zl. N/0088-BVA/10/2013-40, wonach die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ungeachtet fehlender Festlegungen in der Ausschreibung gegeben sein müsse). Könne die Antragstellerin diesen Nachweis nicht erbringen, sei ihre Antragslegitimation schon aus diesem Grund zu verneinen.

Die Antragstellerin versuche, ihre fehlende technische Leistungsfähigkeit mit der Argumentation zu „umschiffen“, eine Trassenbestellung für das folgende Fahrplanjahr habe bis im April des laufenden Fahrplanjahres zu erfolgen; da eine Direktvergabe erst im Dezember 2015 erfolgen könne und eine Trassenbestellung nur mit abgeschlossenem Vertrag

möglich sei, könne die Trassenbestellung erst im April 2016 für das Fahrplanjahr 2017 erfolgen. Dabei übersehe die Antragstellerin jedoch, dass der Abschluss eines Verkehrsdienstvertrages keineswegs Voraussetzung für die Trassenbestellung sei. Wie aus Pkt. 2.2.1 SNNB ersichtlich sei, sei für die Trassenbestellung ein Zugangsrecht im Sinne der §§ 57ff EisbG (z.B. Sitz des Eisenbahnverkehrsunternehmens in Österreich) sowie eine aufrechte Verkehrsgenehmigung und -konzession als Eisenbahnverkehrsunternehmen (§ 15ff EisbG) erforderlich; für die Trassenzuweisung sei weiters der Nachweis der Sicherheitsbescheinigung notwendig (§ 37ff EisbG), ein Verkehrsdienstvertrag oder dergleichen sei jedoch weder bei der Trassenbestellung noch bei der Trassenzuweisung vorzulegen. Dies ergebe sich auch aus dem Auszug Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 der ÖBB Infrastruktur AG, welche als Beilage ./3 der Stellungnahme angeschlossen sei.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass 1. die verfahrensgegenständlichen Leistungen ab Dezember 2015 zu erbringen seien und 2. die Antragstellerin in keiner Weise nachgewiesen habe, dass sie zu diesem Zeitpunkt über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde, sodass ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei.

Weiters habe die Antragstellerin am Gesamtauftrag des V.s kein Interesse. Dies gehe aus den Verhandlungen mit dem V. im Jahr 2012 klar hervor. Die Antragstellerin sei keineswegs am Erhalt des Gesamtauftrages, sondern nur an der Erbringung einzelner - ihr genehmer - Verkehrsleistungen interessiert, nämlich Verkehrsleistungen auf der Strecke zwischen Wien und A.. Das im Nachprüfungsantrag erwähnte Angebot der Antragstellerin aus dem Jahr 2012 betraf ausschließlich diese Strecke. Es sei jedoch geradezu absurd, wenn der V., nur um die Interessen der Antragstellerin zufrieden zu stellen, ebendiese Leistungen aus dem Gesamtpaket herauslösen und einem Wettbewerb zuführen müsse. Vielmehr sei auch aus diesem Grund das Interesse und somit die Antragslegitimation der Antragstellerin zu verneinen.

Zum Ausscheiden der Antragstellerin aus dem V. führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass diese niemals Mitglied der V. GesmbH gewesen sei. Sie sei lediglich Mitglied im V.. Die Antragstellerin habe gegen die von ihr abgeschlossenen Vereinbarungen hinsichtlich der Verbundtarifangebote verstoßen und sei daher (völlig zu Recht) aus dem Verkehrsverbund ausgeschlossen worden. Gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG habe der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen gegen das Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts begangen hätten, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sei. Wie das Oberlandesgericht Düsseldorf festgehalten habe, sei ein vorsätzlicher, erheblicher Vertragsverstoß als schwere berufliche Verfehlung anzusehen (OLG Düsseldorf v. 10.12.2001, Zl. Verg 41/01). Mit der Antragstellerin sei ein Verbundkooperationsvertrag geschlossen worden, der die Verrechnung einheitlicher Tarife und die Anerkennung der Fahrausweise innerhalb des Verbundes beinhalte. Gerade gegen diese zentralen Vertragsinhalte habe die Antragstellerin durch die Verrechnung von Peak-Aufschlägen verstoßen, sodass es sich zweifellos um eine schwere berufliche Verfehlung handle. Diese Vorgangsweise sei auch zweifellos vorsätzlich gewesen, zumal sie von der Antragstellerin auch vorab angekündigt worden sei. Der Verstoß sei auch von der V. GmbH nachweislich festgestellt worden und habe zum Ausscheiden der Antragstellerin aus dem Verkehrsverbund geführt. Daher sei die Antragslegitimation der Antragstellerin auch aufgrund ihrer mangelnden beruflichen Zulässigkeit zu verneinen.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 PSO verweist die Mitbeteiligte darauf, dass, auch wenn kein dahingehendes Erfordernis bestehe, etwas im Wege der Direktvergabe zu vergeben, eine Reihe von zwingenden bzw. sachlichen Gründen für eine Direktvergabe der zu beschaffenden Verkehrsdienstleistung bestehen würden. Die gegenständlichen Leistungen bildeten eine produktionstechnische und kommerzielle Einheit mit den vom Bund bestellten Leistungen bzw. bestehe ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den Bundes- und Landesleistungen.

Die Mitbeteiligte verweist auf die Replik der Antragsgegnerin vom 18.12.2014 zur Rüge der Antragstellerin. Daraus sei ersichtlich, dass es sich bei den gegenständlichen zusätzlichen, vom V. voraussichtlich bestellten Leistungen um

- den Ausgleich von Angebotslücken des Bundes durch Beauftragung zusätzlicher Kurse;
- Verlängerung von Zugläufen (z.B. Verlängerung der vom Grundangebot umfassten, in Wien Meidling endenden Schnellbahnzüge nach Liesing);
- Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Streckenabschnitten (z.B. im Abschnitt P.-...-A.);

jeweils in Ergänzung der vom Bund bestellten Leistungen handle. Die produktionstechnische und kommerzielle Einheit liege aus folgenden Gründen vor:

Es käme zu einem Qualitätsverlust beim Herauslösen von Streckenteilen bzw. Strecken. Das Ziel des ÖPNRV-G sei ein möglichst qualitätsvoller, nahtloser, benutzerfreundlicher öffentlicher Personennahverkehr, bei dem

- die ÖPNV-Systeme zugänglich seien (§ 31 Z 1 ÖPNRV-G), u.a. durch Berücksichtigung der Bedürfnisse von in ihrer Mobilität physisch beeinträchtigten Personen, und durch optimale Anknüpfung und Verbindung der Verkehre durch abgestimmte Fahrpläne,
- ein möglichst hoher Fahrkomfort durch minimierte Fahrt- und Umsteigedauer und durch Zuverlässigkeit und Häufigkeit der Fahrten erreicht werde (§ 31 Z 4 ÖPNRV-G).

Diese Ziele würden durch das Herauslösen und die Vergabe von Teilstrecken an dritte Unternehmen völlig konterkariert.

Zwang zum Umstieg:

Bei den von den Ländern bestellten zusätzlichen Leistungen handle es sich weit überwiegend nicht um „in sich geschlossene“, separate Kurse, bei denen die Fahrgäste ohnehin am jeweiligen Anfangs- und Endpunkt ein- und aussteigen müssten, sondern um „Anschlussstrecken“. Auf einer Strecke von A über B nach C würde daher z.B. der Bund die Teilstrecke A-B bestellen, das Land hingegen die Teilstrecke B-C.

Es wäre jedoch der Auftraggeberin und den Fahrgästen aus folgenden Gründen völlig unzumutbar, wenn die Auftraggeberin nunmehr die Teilstrecke B-C im Wettbewerb vergeben müssten:

Wenn Fahrgäste, die von A nach C reisen wollen, in B aussteigen müssten, das passende Gleis für den Anschlusszug zu finden und auf diesen warten müssten, würde dies eine wesentlich längere Gesamtfahrzeit nach sich ziehen. Der massive Zeitverlust ergebe sich auch daraus, dass die SNNB für Umsteigeverbindungen für jeden Bahnhof eine bestimmte Mindestübergangszeit festlegen würden. Die Mindestübergangszeit sei jene Zeit, die für das Umsteigen von Reisenden in Zügen am selben Bahnsteig bzw. bei niveaugleichem (benachbarten) Bahnsteigwechsel und bei Wechsel auf einen anderen (übrigen entfernten) Bahnsteig unter Benützung von Unter- bzw. Überführungen erforderlich sei (Pkt. 4.4.5.5 SNNB). Eine solche Mindestübergangszeit könne (wie z.B. am Wiener Westbahnhof) 10 Minuten betragen. Dies sei im Verhältnis zur durchschnittlichen Fahrzeit im ÖPNV erheblich.

Das Umsteigeerfordernis würde darüber hinaus den Fahrkomfort erheblich verschlechtern und eine geringere Zuverlässigkeit der Fahrzeiten nach sich ziehen. Das massive Komfortverlust sei vergleichbar mit der für den Fluggast verpflichteten Buchung eines Fluges mit Umsteigeerfordernis an Stelle eines Direktfluges (inkl. Risiko den Anschlussflug zu verpassen).

Verengung von Fahrwegkapazitäten:

Darüber hinaus würde das Herauslösen von Teilstrecken aufgrund der zusätzlich erforderlichen Rangierarbeiten und Fahrzeugmanipulationen zusätzliche Fahrwegkapazitäten binden. In Pkt. 4.4.6 SNNB werde dazu Folgendes festgehalten:

Fahrzeugmanipulationen (z.B. Kurswagen, Autoreisezugwagen, Triebfahrzeuge von Wendezügen) binden Infrastrukturkapazität, erschweren die Betriebsabwicklung und sind damit in erheblichem Ausmaß geeignet, Verspätungen von Zugfahrten zu verursachen und Kapazitäten für potenzielle zusätzliche Zugfahrten zu verbrauchen.

Daher werden insbesondere in den Bahnhöfen Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof, Salzburg Hauptbahnhof, Schwarzach-St. Veit, Graz Hauptbahnhof und Villach Hauptbahnhof, aber auch in allen anderen Bahnhöfen diese nur genehmigt, wenn dadurch

? weitere Trassenbestellungen für den Jahresfahrplan nicht eingeschränkt werden und

? die Pünktlichkeit nicht gefährdet wird.

In vielen Fällen würde ein Herauslösen von Teilstrecken schon aufgrund der fehlenden Fahrwegkapazitäten nicht umsetzbar sein. Wie z.B. in Pkt. 4.4.6 SNNB festgehalten sei, könnten aufgrund der beschränkten Kapazitäten etwa in Wien Meidling keine Anschlüsse abgewartet werden. Doch selbst wenn im Einzelfall ein Herauslösen „trassentechnisch“ möglich wäre, dann würde das Herauslösen von Teilstrecken sich aufgrund der geringen

verfügbaren Kapazitäten, der einzuhaltenden Mindestaufenthaltszeiten und -wendezeiten (Pkt. 4.4.5.2 SNNB: Mindestaufenthaltszeiten im Personennahverkehr 0,2 und 2 Minuten; Mindestwendezeiten je nach Zuglänge bis zu 12 Minuten), der Mindestübergangszeiten (bis zu 10 Minuten, Pkt. 4.4.5.5 SNNB) und erforderlichen Rangierarbeiten auch negativ auf die Stabilität des gesamten Fahrplanes und den Komfort der Fahrgäste auswirken.

Unter „Weitere Risiken“ führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass der Auftraggeber bei einer getrennten Vergabe Folgendes riskieren würde:

- eine geringere Verlässlichkeit, dass Umsteigeverbindungen abgestimmt seien und auch im Falle einer Verspätung noch funktionieren würden;
- inkonsistentere Linienplanung, weil die Abstimmung auf die Fahrgastströme nur im geringeren Umfang möglich sei;
- höhere Kostenbelastung des Auftraggebers: Da die vom V. zusätzlich bestellten Leistungen bei Vergabe an O. mit bestehendem Rollmaterial erbracht werden, würde eine getrennte Vergabe einzelner Strecken eine Duplizierung des Aufwandes für das rollende Material und eine höhere Anzahl der Leerfahrten und Standzeiten bewirken;
- höhere Beschaffungs- und Überwachungskosten im Vergleich zur Vergabe eines Gesamtvertrages;
- höheres Schnittstellenrisiko des Auftraggebers.

Stecken könnten nicht willkürlich herausgelöst werden, weil diese nicht sinnvoll getrennt vergeben bzw. produziert werden könnten.

Zur Ausführung im Nachprüfungsantrag Seite 13, Seite 22 Pkt. (ii), wonach die Antragstellerin behauptete, es bestehe eine Pflicht zur Zerteilung der Zusatzleistungen in Kleinstlose oder Teilstrecken führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass das streng prioritäre Vergaberegime dem Auftraggeber in § 22 Abs. 1 BVergG ein weites Ermessen einräume, ob er Leistungen getrennt oder gemeinsam vergabe. Nach der Rechtsprechung sei der Ermessenspielraum des Auftraggebers weit zu verstehen und liege seine Grenze in der willkürlichen Vorgangsweise, das hieße dort, wo eine Gesamtausschreibung oder die getrennte Vergabe nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten nicht mehr vertretbar sei. Somit könnten sogar unterschiedliche Leistungen zusammengefasst werden, sofern dies nicht willkürlich erfolge und hätten Bieter keinen Anspruch auf eine gemeinsame oder getrennte Vergabe. Auch im streng prioritären Vergaberegime sei es zulässig, Dienstleistungen, die nur von einem Dienstleistungserbringer erbracht werden könnten, mit Dienstleistungen zu verknüpfen, die auch von anderen Dienstleistern erbracht werden könnten, wenn dies sachgerecht sei. Dies gelte umso mehr im gegenständlichen Fall, indem 1. eine nichtprioritäre Dienstleistung vergeben werde und 2. die Direktvergabe ohnehin gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO zulässig sei, dass keine Verpflichtung zur Aufteilung in Kleinstlose und wettbewerbliche Vergabe de

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

© 2024 JUSLINE

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

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