jusline®
»» Recht. Schnell

Sie können die QR Codes nützen um später wieder auf die neuste Version eines Gesetzestexts zu gelangen.

TE Bvwg Erkenntnis 2018/11/28 W134 2207104-3

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 28.11.2018

Entscheidungsdatum

28.11.2018

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §341
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W134 2207104-1/4E

W134 2207104-2/25E

W134 2207104-3/3E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Thomas Gruber als Vorsitzenden sowie Mag. Wolfgang Pointner als fachkundiger Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Manfred Müllner als fachkundiger Laienrichter der Auftragnehmerseite im Nachprüfungsverfahren betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Oberösterreich ab 15.12.2019 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten gemäß Artikel 5 Abs. 6 PSO-VO)" der Auftraggeberin Schieneninfrastrukturdienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX , XXXX , XXXX , vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, vom 05.10.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 15.11.2018 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 29.09.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 29.09.2018 - und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären" wird gemäß § 334 BVergG 2018 zurückgewiesen.

III. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

IV. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

V. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

VI. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

VII. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

VIII. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

IX. Der Antrag das Bundesverwaltungsgericht möge "jedenfalls den Vertrag, mit dem die Auftraggeber die gegenständlichen Schienenverkehrsdienstleistungen an die XXXX vergeben, für nichtig erklären" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

X. Der Antrag "den Auftraggebern den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft an die Antragstellerin zu Handen der ausgewiesenen Rechtsvertreterin bei sonstiger Exekution aufzuerlegen" wird gemäß § 341 BVergG 2018 abgewiesen.

B)

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig.

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 05.10.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens vom 29.09.2018, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung, den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin und stellte diverse im Spruch ersichtliche Feststellungsanträge.

Begründend wurde von der Antragstellerin soweit entscheidungsrelevant im Wesentlichen folgendes ausgeführt:

Die Antragstellerin verweise auf die Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 29.09.2018. Aus dieser Vorinformation gehe hervor, dass von Auftraggeberseite eine Direktvergabe von Schienenpersonennah- und -regionalverkehrsdienstleistungen im Bundesland Oberösterreich an die XXXX für zehn Fahrplanjahre (= 120 Monate) beabsichtigt sei. Die Antragstellerin wende sich mit ihren Anträgen sowohl gegen die darin enthaltene Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe als auch gegen die Wahl des Zuschlagsempfängers XXXX .

Die Rechtswidrigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens ergebe sich daraus, dass eine Direktvergabe geplant sei, ohne dass die Grundsätze der Transparenz, des Effizienzgebotes und des Diskriminierungsverbotes entsprechend den gesetzlichen Vorgaben der PSO-VO und des BVergG beachtet worden seien: Es habe eine unzulässige "Hinterzimmervergabe" stattgefunden; es hätten Verstöße gegen das Transparenzgebot, das Wettbewerbsprinzip, das Gleichbehandlungsgebot und gegen das Diskriminierungsverbot stattgefunden. Die Rechtswidrigkeit der Wahl des Auftragnehmers ergebe sich insbesondere aus der Tatsache, dass die gegenständliche Vergabe unter Ausschluss der XXXX exklusiv mit der XXXX erörtert, geplant und vorbereitet worden sei.

Mit Schreiben der XXXX vom 10.10.2018 teilte diese mit, dass Auftraggeberin bei der gegenständlichen beabsichtigten Direktvergabe ausschließlich die Schieneninfrastrukturdienstleistungsgesellschaft mbH sei.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 15. Oktober 2018 gab diese zusammenfassend unter Punkt I. folgendes an:

"Aus verkehrsplanerischen Gründen war die Neuvergabe aller Schienenpersonennahverkehrsleistungen im Bundesland Oberösterreich ab 15.12.2019 notwendig. Nach Abschluss der verkehrlichen (Grob-)Planung, der rechtlichen und wirtschaftlichen Abschätzung, der Wahl des geplanten Vergabeverfahrens (Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO) und der politischen Willensbildung erfolgte die Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO am 29.09.2018 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 der beabsichtigten Direktvergabe ist ausschließlich die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH.

Eine Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen ist bereits nach dem klaren Wortlaut von Art 5 Abs 6 PSO-VO, §§ 2 Z 15 lit a sublit gg iVm 151 Abs 2 BVergG 2018 und Art 5 Abs 4a PSO-VO in der Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338 sowie der Judikatur des VwGH und des EuGH jedenfalls zulässig. Dies hat auch jüngst das BVwG zweifelsfrei in zwei Entscheidungen klargestellt.

[...]

Die Wahl der Direktvergabe ist eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde.

Die Direktvergabe wurde im konkreten Fall mit den Ergebnissen zahlreicher rechtlicher, (volks)wirtschaftlicher und weiterer Erwägungen, Prüfungen und Analysen untermauert und ergibt die abwägende Gesamtbetrachtung der zuständigen Behörde die bessere Eignung der Direktvergabe.

Nachprüfungsverfahren dienen ausschließlich dazu, die Beachtung der einschlägigen Regelungen des Unionsrechts oder der einzelstaatlichen Vorschriften, die diese Regelungen umsetzen, sicherzustellen - bei solchen Verfahren geht es somit um die Ausübung einer Rechtmäßigkeitskontrolle und keiner Zweckmäßigkeitskontrolle.

Im Zusammenhang mit den verfahrensgegenständlichen Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Oberösterreich ab 15.12.2019 wurde seitens der ersten und zweiten Antragsgegnerin jedenfalls noch keine Vereinbarung oder Vertrag welcher Art auch immer mit dem in Aussicht genommenen Eisenbahnverkehrsunternehmen abgeschlossen, weshalb sämtliche Feststellungsanträge ebenfalls ins Leere gehen."

Mit Schreiben der XXXX vom 15.10.2018 erstattete diese begründete Einwendungen.

Mit Schreiben der Antragstellerin vom 12.11.2018 brachte diese zusammengefasst vor, dass die Auftraggeberseite ermessensfehlerhaft handle, wenn sie sich für die Durchführung einer Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO an die XXXX entscheide. Sachliche Gründe sprächen vielmehr dafür, dass sich die Auftraggeberseite für die Durchführung eines ordentlichen Vergabeverfahrens iSd Art 5 Abs 3 PSO hätten entscheiden müssen. Sofern die Entscheidung für ein Verfahren der "Direktvergabe" nach Art 5 Abs 6 PSO im Grundsatz zulässig wäre, hätten die Auftraggeber das Verfahren der "Direktvergabe" im Einklang mit Europäischem Primärrecht jedenfalls als "nicht förmliches Vergabeverfahren" ausgestalten müssen. Zu einem solchen nicht förmlichen Vergabeverfahren gehöre eine ordnungsgemäße Ankündigung des Direktvergabeverfahrens mit Informationen, die es potentiellen Bietern erlaube, eine unterrichtete und sachkundige Entscheidung für die Teilnahme am nicht förmlichen Vergabeverfahren zu treffen, gegenüber dem Auftraggeber ihr Interesse zu bekunden und innerhalb angemessener Frist ein Angebot zu legen. Jedenfalls sei die exklusive Festlegung der Auftraggeberseite auf die XXXX als Zuschlagsempfängerin unter Ausschluss aller anderen potentiellen Auftragnehmer unzulässig. Weiters wurde die Einholung eines eisenbahntechnischen und eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens sowie die Einvernahme von mehreren Zeugen beantragt.

Am 15.11.2018 fand darüber eine mündliche Verhandlung statt.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen:

1. Sachverhalt (schlüssiges Beweismittel)

Die Auftraggeberin Schieneninfrastrukturdienstleistungsgesellschaft mbH. hat folgende Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU am 29.09.2018 veröffentlicht:

"Österreich-Wien: Öffentlicher Schienentransport/öffentliche Schienenbeförderung

2018/S 188-425812

Vorinformation für öffentliche Dienstleistungsaufträge

Standardformular für Bekanntmachungen gemäß Artikel 7.2 der Verordnung 1370/2007, die innerhalb eines Jahres vor dem Beginn des Ausschreibungsverfahrens oder der direkten Auftragsvergabe im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden müssen.

Die zuständigen Behörden können beschließen, diese Informationen nicht zu veröffentlichen, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 50000 km aufweist.

Abschnitt I: Zuständige Behörde

I.1) Name und Adressen

Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie

Radetzkystraße 2

Wien

1030

Österreich

Kontaktstelle(n): Abt. II/Infra 3 - Öffentlicher Personennah- und -regionalverkehr (ÖPNRV) - zu Händen von: DI Martina Schalko

Telefon: +431 71162-652401

E-Mail: infra3@bmvit.gv.at

Fax: +431 71162-652499

NUTS-Code: AT

Internet-Adresse(n):

Hauptadresse: www.bmvit.gv.at

Adresse des Beschafferprofils:

https://www.bmvit.gv.at/verkehr/nahverkehr/downloads/vergaben/at31.pdf

I.2) Auftragsvergabe im Namen anderer zuständiger Behörden

I.3) Kommunikation

Weitere Auskünfte erteilen/erteilt die oben genannten Kontaktstellen

I.4) Art der zuständigen Behörde

Ministerium oder sonstige zentral- oder bundesstaatliche Behörde einschließlich regionaler oder lokaler Unterabteilungen

Abschnitt II: Gegenstand

II.1) Umfang der Beschaffung

II.1.1) Bezeichnung des Auftrags:

Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Oberösterreich

II.1.2) CPV-Code Hauptteil

60210000

II.1.3) Art des Auftrags

Dienstleistungen

Vom öffentlichen Verkehrswesen abgedeckte Bereiche:

Eisenbahnverkehr

II.2) Beschreibung

II.2.2) Weitere(r) CPV-Code(s)

II.2.3) Erfüllungsort

NUTS-Code: AT31

NUTS-Code: AT323

NUTS-Code: AT222

NUTS-Code: AT121

Hauptort der Ausführung:

Bundesland Oberösterreich (AT31)

II.2.4) Beschreibung der Beschaffung:

Die Republik Österreich und das Land Oberösterreich, beide vertreten durch das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie, Radetzkystr. 2,1030 Wien, als zuständige Behörde gemäß Art. 2 lit b VO (EG) 1370/2007 beabsichtigen über die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIG mbH) als Auftraggeberin einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt an die ÖBB-Personenverkehr AG zu vergeben.

Auftraggeberin der beabsichtigten Direktvergabe im Sinne des § 2 Z 8 BVergG 2006 wird ausschließlich die SCHIG mbH. Diese soll den Dienstleistungsvertrag mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließen. Nachdem die SCHIG mbH ein Rechtsträger gemäß Art 126b Abs 2 B-VG ist, handelt es sich um eine Vergabe im Vollziehungsbereich des Bundes gemäß Art 14b Abs 2 Z 1 lit c B-VG (vgl. VwGH 21.12.2016, Ra 2016/04/0139-3).

Auftragsgegenstand: Erbringung von SPNV-Leistungen ab voraussichtlich 15.12.2019 in OÖ. (rd. 11,37 Mio. Zugkm p.a.)

Eine Konkretisierung des Auftragsgegenstands, Beschreibung betroffener Strecken und des jeweiligen Systemangebots sowie ein dem aktuellen Entwurfsstand entsprechender Musterfahrplan, der noch Änderungen in der Planung/trassentechnischen Umsetzbarkeit unterliegt, sind unter folgender Adresse ersichtlich:

https://www.bmvit.gv.at/verkehr/nahverkehr/downloads/vergaben/at31.pdf

Die zu erbringende Zugkm-Leistung unterliegt ausschließlich von der SCHIG mbH abzurufenden Anpassungen (Reduzierung/Ausweitung) aufgrund von laufenden Änderungen der Verkehrsbedürfnisse hinsichtlich geänderter demographischer, wirtschaftlicher oder infrastruktureller Rahmenbedingungen, insbesondere im Zuge des jährlichen Fahrplanwechsels. Solche Anpassungen der geschuldeten Leistung sind vertragsimmanente Erfüllungshandlungen.

Leistungsanpassungen in Form von Mehrleistungen/Reduktionen von Zugkm sowie deren Auswirkungen auf den Gesamtabgeltungsbetrag dürfen insgesamt nicht mehr als plus/minus 15 % des Auftragswerts des Gesamtangebotes (exkl. Valorisierung) während der gesamten Vertragslaufzeit betragen.

Kosten-/kilometerneutrale Umschichtungen sind jederzeit zulässig.

Zur Leistungserbringung sind die 115 derzeit eingesetzten Fahrzeuge zu verwenden. Als Ersatz nicht-barrierefreien Rollmaterials bzw. zur Leistungserbringung auf von Umstellung auf Elektrifizierung betroffenen Strecken sind schrittweise elektrisch betriebene Nahverkehrszüge einzusetzen.

Zusätzlich ist im Rahmen der Vertragslaufzeit eine Option im Hinblick auf den schrittweisen Ersatz fahrdrahtunabhängiger Fahrzeuge vorgesehen. Art, Umfang und Bedingung sind dem o.a. Link zu entnehmen.

Der Leistungszeitraum des gegenständlichen Auftrages ist mit Fahrplanwechsel 2029/2030 beschränkt. Der Auftraggeber behält sich eine vorzeitige Kündigung, unter Bedingungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen fixiert werden, vor.

Da

1) § 141 Abs. 3 BVergG 2006 diese in Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 zugelassene Direktvergabe ausdrücklich einräumt,

2) durch die Wahl eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens von bisher von der ÖBB-Personenverkehr AG erbrachten SPNV-Leistungen der zuständigen Behörde Kosten entstehen, deren Kompensation durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht zu erwarten ist und darüber hinaus

3) eine zur effizienten und kurzfristigen Erreichung der verkehrspolitischen Zielsetzungen erforderliche Harmonisierung des derzeit bestehenden dualen Bestellsystems und

4) die Steigerung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der bestehenden gemeinwirtschaftlichen SPNV-Leistungen auch in einem direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag sichergestellt werden kann,

Entspricht die Wahl eines direkten Vergabeverfahrens an die ÖBB-Personenverkehr AG am besten den Anforderungen der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit auf der Grundlage der Ordnungsmäßigkeit und Rechtmäßigkeit.

Der nunmehr zu vergebende Dienstleistungsauftrag führt zu einer Qualitätsverbesserung.

(Art und Menge der Dienstleistungen oder Angabe von Bedürfnissen und Anforderungen)

II.2.7) Voraussichtlicher Vertragsbeginn und Laufzeit des Vertrags

Beginn: 15/12/2019

Laufzeit in Monaten: 120

Abschnitt IV: Verfahren

IV.1) Verfahrensart

Direkte Vergabe für Eisenbahnverkehr (Art. 5.6 von 1370/2007)

Abschnitt VI: Weitere Angaben

VI.1) Zusätzliche Angaben:

Die Auftraggeberin behält sich einen Widerruf dieser Vorinformation aus nach Auftraggebersicht wichtigen Gründen vor.

Aufgrund der Restriktionen der Beschreibung des Auftrags (II.2.4) auf 4 000 Zeichen erfolgt eine detailliertere Beschreibung des Auftrags im o.a. Link.

VI.4) Tag der Absendung dieser Bekanntmachung:

28/09/2018" (Supplement zum Amtsblatt der EU)

2. Beweiswürdigung:

Dieser Sachverhalt ergibt sich schlüssig aus der in Klammer genannten Quelle, deren inhaltliche Richtigkeit außer Zweifel steht.

3. Rechtliche Beurteilung:

3. a) Zu den Nachprüfungsanträgen (Spruchpunkte A) I. und II.):

Am 21. August 2018 trat das BVergG 2018 nach seinem § 376 Abs 1 in Kraft und das BVergG 2006 zu diesem Zeitpunkt außer Kraft. Da das gegenständliche Vergabeverfahren mit der im Sachverhalt wiedergegebenen Bekanntmachung, veröffentlicht am 29.09.2018, eingeleitet wurde, sind die Bestimmungen des BVergG 2018 anzuwenden.

Die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2018,BGBl I 2018/65, lauten:

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

[...]

15. Entscheidung ist jede Festlegung eines Auftraggebers im Vergabeverfahren.

a) Gesondert anfechtbar sind folgende, nach außen in Erscheinung tretende Entscheidungen:

[...]

gg) bei der Direktvergabe und bei der Durchführung von Verfahren gemäß Art. 5 Abs. 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und EWG Nr. 1107/70, ABl. Nr. L 315 vom 03.12.2007 S. 1, in der Fassung der Verordnung (EU) 2016/2338 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 hinsichtlich der Öffnung des Marktes für inländische Schienenpersonenverkehrsdienste, ABl. Nr. L 354 vom 23.12.2016 S. 22: die Wahl des Vergabeverfahrens;

§ 151. (2) Für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn gelten ausschließlich die Abs. 3 bis 5 und 7 bis 9 sowie der 1. Teil, die §§ 4 Abs. 1, 7, 8, 12 Abs. 1 Z 1 und 3 und Abs. 3, 13 Abs. 1 bis 3 und 5, 19, 20 Abs. 1 bis 4 und 9, 21 bis 23, 30, 50 Abs. 1 Z 2, 52, 56, 61 Abs. 1, 67, 68, 78, 79, 80 Abs. 1 bis 5, 81 bis 86, 88, 91 Abs. 1 bis 8, 93, 142, 146 Abs. 1, 150 Abs. 9, der 4. Teil, 358, 362, 364, 366, 369 bis 374 und der 6. Teil dieses Bundesgesetzes. Die Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt; bei Durchführung eines Verfahrens gemäß den genannten Bestimmungen sind ausschließlich die §§ 1, 2, 61 Abs. 1, der 4. Teil sowie die §§ 358 und 366 dieses Bundesgesetzes anwendbar."

Die Erläuterungen 69 BlgNR. XXVI. GP zu § 151 Abs. 2, S. 164, lauten auszugsweise:

"Führt hingegen der Auftraggeber ein Sonderverfahren gemäß Art. 5 Abs. 2, 3a, 4, 4a, 4b, 5 und 6 der PSO-VO durch (Direktvergaben, Vergabe an "internen Betreiber", Zusatzaufträge) so gelten neben allenfalls einschlägigen Regelungen der PSO-VO (vgl. dazu etwa Art. 7 leg.cit.) ausschließlich die im zweiten Satz des Abs. 2 genannten Bestimmungen; die Regelungen der Abs. 3 bis 9 gelten somit in diesem Fall ebenfalls nicht."

Die einschlägigen Bestimmungen der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates idF. der Verordnung (EG) Nr. 2016/2338, (kurz "PSO-VO" genannt) lauten:

"Artikel 5

(6) Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr - mit Ausnahme anderer schienengestützter Verkehrsträger wie Untergrund- oder Straßenbahnen - direkt zu vergeben. Abweichend von Artikel 4 Absatz 3 haben diese Aufträge eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren, soweit nicht Artikel 4 Absatz 4 anzuwenden ist.

Artikel 7

(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;

d) der geplante Beginn und die geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags."

Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens beantragt.

Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist entsprechend der Bekanntmachung vom 29.09.2018 und den nachvollziehbaren Ausführungen der Schieneninfrastrukturdienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge "SCHIG" genannt) die SCHIG. Diese will einen Dienstleistungsvertrag mit der XXXX (in der Folge " XXXX " genannt) in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließen.

Die Auftraggeberin beabsichtigt, einen Dienstleistungsauftrag zur Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Oberösterreich beginnend am 15.12.2019 für eine Laufzeit von 120 Monate gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO-VO direkt an die XXXX zu vergeben.

Zu prüfen ist daher ob die Auftraggeberin die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO erfüllt und die Transparenzvorschriften des Art. 7 Abs. 2 PSO-VO einhält:

1. Ad Art. 5 Abs. 6, 1. Satz, 1. Halbsatz PSO-VO: Es darf nach mitgliedsstaatlichem Recht nicht untersagt sein, Direktvergaben gemäß Artikel 5 Absatz 6 PSO-VO durchzuführen. Dies ist im konkreten Fall erfüllt, da § 151 Absatz 2 BVergG 2018 normiert, dass die Anwendbarkeit des Artikel 5 Absatz 6 PSO-VO unberührt bleibt. Zudem sind bei Durchführung solcher Direktvergaben, gemäß der genannten Bestimmung des BVergG 2018, ausschließlich der Teil über den Rechtsschutz sowie fünf weitere Paragraphen des BVergG 2018 anwendbar.

2. Ad Art. 5 Abs. 6, 1. Satz, 2. Halbsatz PSO-VO: Es muss sich um Eisenbahnverkehrsdienstleistungen handeln. Diese Voraussetzung ist im konkreten Fall auch erfüllt, da ausschließlich Leistungen im Eisenbahnverkehr und eben keine U-Bahn-oder Straßenbahnleistungen beauftragt werden sollen, was sich aus der Vorinformation aus den Punkten II.1.1), II.1.3), und II.2.4) ergibt.

3. Ad Art. 5 Abs. 6, 2. Satz PSO-VO: Die Höchstlaufzeit einer solchen Direktvergabe darf maximal zehn Jahre dauern. Auch diese Voraussetzung ist im konkreten Fall erfüllt, da der Vertrag auf die Dauer von zehn Jahren vergeben werden soll, was sich aus Punkt II.2.7) der Vorinformation ergibt.

4. Ad Art. 7 Abs. 2 PSO-VO: Diese Norm verlangt, dass spätestens ein Jahr vor der Direktvergabe eine Vorinformation EU-weit bekanntgemacht wird. Im gegenständlichen Fall wurde die Vorinformation am 29.09.2018 bekanntgemacht, sodass mehr als 1 Jahr Zeit bis zum voraussichtlichen Vertragsbeginn am 15.12.2019 bleibt.

5. Ad Art. 7 Abs. 2 lit a) PSO-VO: Diese Norm verlangt, dass der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde bekanntgemacht wird. Dies ist in Punkt I.1. der Vorinformation erfolgt.

6. Ad Art. 7 Abs. 2 lit b) PSO-VO: Diese Norm verlangt, dass die Art des geplanten Vergabeverfahrens bekanntgemacht wird. Dies ist im Punkt IV.1) der Vorinformation erfolgt.

7. Ad Art. 7 Abs. 2 lit c) PSO-VO: Diese Norm verlangt, dass die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete genannt werden. Dies ist im Punkt II.1.1) sowie detailliert in Punkt II.2.4) und der ergänzenden Beschreibung zu diesem Punkt erfolgt.

8. Ad Art. 7 Abs. 2 lit d) PSO-VO: Diese Norm verlangt, dass der geplante Beginn und die geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags bekanntgemacht werden. Dies ist im konkreten Fall in Punkt II.2.7) der Vorinformation erfolgt.

Die Prüfung der Erfüllung der Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO und der Einhaltung der Transparenzvorschriften des Art. 7 Abs. 2 PSO-VO ergibt somit, dass die Auftraggeberin zulässiger Weise den gegenständlichen Auftrag mittels Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO-VO vergeben darf und somit die Wahl des Vergabeverfahrens Direktvergabe rechtmäßig erfolgte.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass gegenständlich primärrechtliche Grundsätze unmittelbar anwendbar seien geht ins Leere, da abschließend harmonisierte Bereiche des Unionsrechts nicht anhand der Bestimmungen des Primärrechts, sondern anhand dieser Harmonisierungsmaßnahmen zu beurteilen sind (zB EuGH 17. 11. 2015, C-115/14, RegioPost, Rn 57; EuGH 14. 7. 2016, C-458/14 und C-67/17, Promoimpresa, Rn 59).

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass sich die Rechtswidrigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens daraus ergebe, dass eine Direktvergabe geplant sei, ohne dass die Grundsätze der Transparenz, des Effizienzgebotes, des Wettbewerbsprinzips und des Gleichbehandlungsgebotes bzw. Diskriminierungsverbotes entsprechend den gesetzlichen Vorgaben der PSO-VO und des BVergG beachtet würden geht ins Leere, da, wie oben im Detail dargestellt, die einschlägigen Normen der PSO-VO und des BVergG 2018 eingehalten wurden.

Der Antrag auf Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens war daher abzuweisen.

Die Antragstellerin hat weiters die Nichtigerklärung der getroffenen Wahl des Zuschlagsempfängers beantragt. Gemäß § 2 Z. 15 lit. a sublit gg BVergG 2018 ist eine gesondert anfechtbare Entscheidung im Fall einer Direktvergabe gemäß

Art. 5 Abs. 6 PSO-VO lediglich "die Wahl des Vergabeverfahrens". Da gemäß § 342 Abs. 1 BVergG 2018 nur gesondert anfechtbare Entscheidungen einer Nachprüfung unterzogen werden können, die Wahl des Zuschlagsempfängers jedoch keine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, war der Antrag auf Nichtigerklärung der getroffenen Wahl des Zuschlagsempfängers zurückzuweisen.

Die von der Antragstellerin beantragte Einholung eines eisenbahntechnischen und eines betriebswirtschaftlichen Sachverständigengutachtens sowie die beantragte Einvernahme von mehreren Zeugen war für die Feststellung des maßgebenden Sachverhaltes nicht erforderlich.

3. b) Zu den Feststellungsanträgen (Spruchpunkte A) III. bis IX.):

Die Antragstellerin hat die im Spruch unter den Spruchpunkten A) III. bis IX. genannten Feststellungsanträge gestellt. Alle diese Anträge setzen gem. den §§ 334 Abs. 3 und 353 BVergG 2018 voraus, dass der Zuschlag in einem Vergabeverfahren bereits erteilt wurde, was im gegenständlichen Vergabeverfahren jedoch nicht der Fall ist. Sämtliche Feststellungsanträge waren daher abzuweisen.

3. c) Zu den Gebührenersatzanträgen (Spruchpunkte A) X.):

Die Antragstellerin hat mit ihren Anträgen nicht obsiegt. Der Ersatz der Pauschalgebühr findet daher gemäß § 341 BVergG 2018 nicht statt.

Schlagworte

Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren, Pauschalgebührenersatz,
Vergabeverfahren

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2018:W134.2207104.3.00

Zuletzt aktualisiert am

22.03.2019

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

© 2025 JUSLINE
JUSLINE® ist eine Marke der ADVOKAT Unternehmensberatung Greiter & Greiter GmbH.
www.jusline.at