jusline®
»» Recht. Schnell

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

TE Bvwg Erkenntnis 2019/2/1 W134 2210862-2

JUSLINE Entscheidung

Veröffentlicht am 01.02.2019

Entscheidungsdatum

01.02.2019

Norm

BVergG 2018 §327
BVergG 2018 §334
BVergG 2018 §342 Abs1
B-VG Art.133 Abs4
VwGVG §24 Abs1
VwGVG §28 Abs1
VwGVG §28 Abs2
VwGVG §31 Abs1

Spruch

W134 2210862-2/26E

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 Schienenpersonenfernverkehr ab 15.12.2019 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten gemäß Artikel 5 Abs 6 PSO-VO)" der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, aufgrund der Anträge der XXXX , vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, vom 07.12.2018 nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 09.01.2019 zu Recht erkannt:

A)

I. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die Wahl der Direktvergabe, kundgemacht am 28.11.2018, für nichtig erklären" wird gemäß § 334 BVergG 2018 abgewiesen.

II. Der Antrag "das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung, bekanntgemacht am 28.11.2018, für nichtig erklären" wird gemäß § 334 BVergG 2018 zurückgewiesen.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE:

I. Vorbringen der Parteien:

Mit Schreiben vom 07.12.2018, beim BVwG eingelangt am gleichen Tag, ergänzt mit Schreiben vom 04.01.2019, begehrte die Antragstellerin die Nichtigerklärung der Wahl der Direktvergabe, kundgemacht am 28.11.2018, die Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung, bekanntgemacht am 28.11.2018, die Durchführung einer mündlichen Verhandlung und den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren durch die Auftraggeberin.

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 28.11.2018. Aus dieser Vorinformation gehe hervor, dass von Auftraggeberseite eine Direktvergabe von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonenfernverkehr ab 15.12.2019 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 (im Folgenden kurz " XXXX " genannt). Die Rechtswidrigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens ergebe sich daraus, dass die PSO-VO mangels Gemeinwirtschaftlichkeit der zu vergebenden Leistungen nicht anwendbar sei, die für bestimmte Strecken vorgesehene Vertragslaufzeit von 15 Jahren mangels Erfüllung der Voraussetzungen gemäß Art. 4 Abs. 4 PSO-VO rechtswidrig sei und 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 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. Die Vorinformation sei mangelhaft, weil eine rechtswidrige Zusammenfassung der in 3 Zeithorizonten eingeteilten Leistungen vorliege, bei denen teilweise der tatsächliche Leistungsbeginn nicht absehbar sei.

Mit Schreiben der XXXX vom 17.12.2018 erstattete diese begründete Einwendungen.

Mit Schreiben der Auftraggeberin vom 18.12.2018 gab diese zusammenfassend unter Punkt I. folgendes an:

"Aus verkehrsplanerischen Gründen war die Neuvergabe aller Schienenpersonenfernverkehrsleistungen 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 28.11.2018 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 Schienenpersonenfernverkehr 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."

Am 09.01.2019 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 28.11.2018 veröffentlicht:

"28/11/2018 S229 - - Dienstleistungen - Vorabinformation ohne Aufruf zum Wettbewerb - Direktvergabe

* I. II. IV. VI.

Österreich-Wien: Öffentlicher Schienentransport/öffentliche Schienenbeförderung

2018/S 229-524862

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 Fr. 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/at0.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 Schienenpersonenfernverkehr (SPFV) in der Republik Österreich

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: AT

Hauptort der Ausführung:

Republik Österreich

II.2.4)Beschreibung der Beschaffung:

Auftragsgegenstand: Erbringung von SPFV-Leistungen ab voraussichtlich 15.12.2019 in der Republik Österreich (rd. 234 Mio. Zugkm)

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

https://www.bmvit.gv.at/verkehr/nahverkehr/downloads/vergaben/at0.pdf

Zur Leistungserbringung sind vorwiegend folgende bereits im Einsatz befindliche Zuggarnituren einzusetzen:

-

FV hochrangig beschleunigt: Railjet-Garnituren (siebenteilig exkl. Tfz),

-

FV hochrangig: Railjet-Garnituren (siebenteilig exkl. Tfz), Garnituren aus Lok+Fernverkehrswaggons,

-

FV InterRegio: Garnituren aus Lok+Fernverkehrswaggons,

-

FV Nachtverkehr: In allen Nachtzügen sind neben Schlaf- bzw. Liegewagen auch Sitzwagen anzubieten.

Als Ersatz nicht-barrierefreien Rollmaterials bzw. für Leistungsausweitungen insbesondere im Zuge der Eröffnung der Koralmbahn sind elektrisch betriebene Züge mit folgenden Eigenschaften einzusetzen:

-

Einsatz insbesondere im Marktsegment FV hochrangig: Die Fahrzeuge sollen folgende Eigenschaften vorweisen: orientiert an der Kapazität der jeweils bislang eingesetzten Fahrzeuge/Garnituren, Höchstgeschwindigkeit zumindest 200 km/h, Eignung für barrierefreies Reisen, Klimatisierung, Fahrgastinformationssysteme, Sanitäranlagen,

Fahrradmitnahmemöglichkeit, Verpflegungsbereich und Erste-Klasse-Bereich,

-

Einsatz insbesondere im Marktsegment FV InterRegio: Länge: rund 100 m; Anzahl Türen: mindestens 6 pro Fahrzeugseite; Breite Türen:

rund 1 300 mm; Einstiegshöhe: 600 mm über Schienenoberkante; Höchstgeschwindigkeit: zumindest 160 km/h. Zudem sollen die Fahrzeuge folgende Eigenschaften vorweisen: Eignung für barrierefreies Reisen, Klimatisierung, Fahrgastinformationssysteme, Sanitäranlagen, Mehrzweckbereich, Verpflegungsbereich, Erste-Klasse-Bereich,

-

Einsatz insbesondere im Marktsegment FV Nachtverkehr: orientiert an der Kapazität der jeweils bislang eingesetzten Fahrzeuge/Garnituren, Höchstgeschwindigkeit zumindest 160 km/h, Eignung für barrierefreies Reisen, Klimatisierung, Fahrgastinformationssysteme, Sanitäranlagen, Fahrradmitnahmemöglichkeit, Sitz-, Liege- und Schlafwagen.

Die Fahrzeuge müssen über alle für die Leistungserbringung notwendigen Zulassungen verfügen.

In den vertragsgegenständlichen Zügen sind in einer für das jeweilige Marktsegment zweckmäßigen und wirtschaftlichen Weise Speisen und Getränke anzubieten.

Der Vertrag wird als Nettovertrag konzipiert, das Erlösrisiko liegt beim Auftragnehmer.

Der Leistungszeitraum des gegenständlichen Auftrages ist mit Fahrplanwechsel 2029/2030 beschränkt. Abweichend davon ist für das Systemangebot folgender Linien eine verlängerte Vertragslaufzeit von 15 Jahren (Fahrplanwechsel 2034/35) vorgesehen:

-

FV IR Aichfeld,

-

FV IR Ennstal + Pinzgau,

-

FV IR Pyhrn,

-

FV IR Alpe-Adria,

-

FV IR Mur-Drau.

Da die für das beschriebene Fahrplanangebot auf den betreffenden IR-Linien einzusetzenden Fahrzeuge vom Auftragnehmer im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zu beschaffen sind und diese somit einen wesentlichen Anteil der, für die Erbringung dieser Schienenpersonenverkehrsdienste insgesamt erforderlichen Wirtschaftsgüter, darstellen sowie diese an die Erbringung dieser, voraussichtlich erst in der zweiten Hälfte der Vertragslaufzeit beginnenden Interregio Verkehre, gebunden sind, wird die Laufzeit betreffend der genannten Verkehre auf 15 Jahre (d. h. bis zum Fahrplanwechsel 2034/35) gemäß Artikel 4 Abs. 4 i. V. m. Artikel 8 Abs. 2 und Abs. 2a sowie Erwägungsgrund 15 VO (EG) Nr. 1370/2007 i. d. F. VO (EU) 2016/2338 verlängert.

Der Auftraggeber behält sich eine vorzeitige Kündigung, unter Bedingungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen fixiert werden, vor.

(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 Republik Österreich, 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 beabsichtigt 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 5 BVergG 2018 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).

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 sowie Maßnahmen ausländischer Infrastrukturbetreiber, Aufgabenträger oder Verkehrsunternehmen mit Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit, Zweckmäßigkeit und technische Machbarkeit der grenzüberschreitenden Verkehrsleistungen. Solche insbesondere im Zuge des jährlichen Fahrplanwechsels umzusetzende 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.

Auf den im Rahmen der Beauftragung zu erbringenden Leistungen sind grundsätzlich die

Tarifbestimmungen der jeweiligen Verkehrsverbünde anzuwenden. Über die Ausgabe von Fahrkarten zu unternehmensspezifischen Tarifen hat sich das Eisenbahnunternehmen gegebenenfalls mit dem Auftraggeber sowie den jeweiligen Verkehrsverbundorganisationsgesellschaften ins Einvernehmen zu setzen.

Da

1) § 151 Abs. 2 BVergG 2018 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 SPFV-Leistungen der zuständigen Behörde Kosten entstehen, deren Kompensation durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht zu erwarten ist und darüber hinaus;

3) es zu einer effizienten und kurzfristigen Erreichung der verkehrspolitischen Zielsetzungen kommt und

4) die Steigerung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der bestehenden gemeinwirtschaftlichen SPFV-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.

Im Vergleich mit der bestellten Leistung der vorhergehenden Dienstleistungsaufträge auf den betreffenden Losen führt die geplante Bestellung zu einer deutlichen Qualitätsverbesserung & Effizienz im SPV in Österreich und einer Weiterentwicklung des österreichweiten integralen Taktfahrplans.

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:

23/11/2018" (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:

Am 21.08.2018 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 28.11.2018, 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 auszugsweise:

"Artikel 2

Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

e) "gemeinwirtschaftliche Verpflichtung" eine von der zuständigen Behörde festgelegte oder bestimmte Anforderung im Hinblick auf die Sicherstellung von im allgemeinen Interesse liegenden öffentlichen Personenverkehrsdiensten, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht im gleichen Umfang oder nicht zu den gleichen Bedingungen ohne Gegenleistung übernommen hätte;

h) "Direktvergabe" die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichenDienstesohneDurchführungeinesvorherigenwettbewerblichen Vergabeverfahrens;

i) "öffentlicher Dienstleistungsauftrag" einen oder mehrere rechtsverbindliche Akte, die die Übereinkunft zwischen einer zuständigen Behörde und einem Betreiber eines öffentlichen Dienstes bekunden, diesen Betreiber eines öffentlichen Dienstes mit der Verwaltung und Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten zu betrauen, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unterliegen;

[...]

Artikel 4

(4) Falls erforderlich kann die Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrags unter Berücksichtigung der Amortisierungsdauer der Wirtschaftsgüter um höchstens 50 % verlängert werden, wenn der Betreiber eines öffentlichen Dienstes einen wesentlichen Anteil der für die Erbringung der Personenverkehrsdienste, die Gegenstand des öffentlichen Dienstleistungsauftrags sind, insgesamt erforderlichen Wirtschaftsgüter bereitstellt und diese vorwiegend an die Personenverkehrsdienste gebunden sind, die von dem Auftrag erfasst werden.

[...]

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.

[...]

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

Dieser Absatz findet keine Anwendung auf Artikel 5 Absatz 5.

Artikel 8

(2) Unbeschadet des Absatzes 3

i) gilt Artikel 5 ab dem 3. Dezember 2019 für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge für Personenverkehrsdienste auf der Straße und auf anderen schienengestützten Verkehrsträgern als der Eisenbahn, wie Untergrund- oder Straßenbahnen;

ii) gilt Artikel 5 ab dem 3. Dezember 2019 für öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste;

iii) finden Artikel 5 Absatz 6 und Artikel 7 Absatz 3 ab dem 25. Dezember 2023 keine Anwendung mehr.

Die Laufzeit von Aufträgen, die gemäß Artikel 5 Absatz 6 zwischen dem 3. Dezember 2019 und dem 24. Dezember 2023 vergeben werden, beträgt höchstens zehn Jahre.

[...]

(2a) Öffentliche Dienstleistungsaufträge für öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste, die auf der Grundlage eines anderen als eines fairen wettbewerblichen Vergabeverfahrens ab dem 24. Dezember 2017 bis zum 2. Dezember 2019 direkt vergeben werden, können für ihre vorgesehene Laufzeit gültig bleiben. Abweichend von

Artikel 4 Absatz 3 darf die Laufzeit dieser Aufträge zehn Jahre nicht überschreiten, es sei denn, Artikel 4 Absatz 4 findet Anwendung."

Die Antragstellerin hat die Nichtigerklärung der Wahl des Vergabeverfahrens beantragt.

Auftraggeberin des gegenständlichen Vergabeverfahrens ist entsprechend der Bekanntmachung vom 28.11.2018 und den schlüssigen und nachvollziehbaren Ausführungen der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge "SCHIG" genannt) die SCHIG. Diese will einen öffentlichen Dienstleistungsvertrag mit der XXXX (in der Folge " XXXX " genannt) im eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließen.

Die Auftraggeberin beabsichtigt, einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag zur Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonenfernverkehr beginnend am 15.12.2019 für eine Laufzeit von grundsätzlich 120 Monaten gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO-VO direkt an die XXXX zu vergeben. Abweichend davon ist für das Systemangebot bestimmter Interregio Verkehre eine verlängerte Vertragslaufzeit von 15 Jahren vorgesehen.

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 öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr handeln.

Die Voraussetzung betreffend den Eisenbahnverkehr ist im konkreten Fall 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.1.3) und IV.1) ergibt.

Die Voraussetzung betreffend den öffentlichen Dienstleistungsauftrag iSd Art 2 lit i) PSO-VO ist erfüllt, da es sich bei den in der Vorinformation genannten Leistungen um die Erbringung von öffentlichen Personenverkehrsdiensten handelt, die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen iSd Art 2 lit e) PSO-VO unterliegen. Dies deshalb, weil einerseits - wie der Vertreter der zuständigen Behörde in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben hat - die gegenständlich ausgeschriebenen Leistungen zur Sicherstellung einer umfassenden Versorgung der österreichischen Bevölkerung mit Mobilität im Rahmen der Daseinsvorsorge sowie zur Umsetzung der von der Landesverkehrsreferentenkonferenz beschlossenen Mindestbedienstandards für den gesamten öffentlichen Schienenpersonenverkehr dienen und es sich somit bei den in der Vorinformation genannten Leistungen um im allgemeinen Interesse liegende öffentliche Personenverkehrsdienste handelt. Andererseits hätte - wie der Vertreter der zuständigen Behörde und der Vertreter der XXXX in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben haben - der präsumtive Betreiber XXXX die gegenständlichen Leistungen nicht ohne Gegenleistung übernommen. Der Vertreter der XXXX hat dies in der mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar damit begründet, dass aus der Sicht der XXXX die Kosten der zu erbringenden Leistungen unter Berücksichtigung der Vorgaben in der Vorinformation nicht durch die zu erwartenden Erlöse gedeckt sind.

3. Ad Art. 5 Abs. 6, 2. Satz PSO-VO: Die Höchstlaufzeit einer solchen Direktvergabe darf bei einer Vergabe zwischen 24.12.2017 und 02.12.2019 maximal zehn Jahre bzw. im Falle der Anwendbarkeit des Art. 4 Abs. 4 PSO-VO aufgrund Art. 8 Abs. 2 und 2a PSO-VO auch bis zu 15 Jahre dauern. Auch diese Voraussetzungen sind im konkreten Fall erfüllt, da der Vertrag grundsätzlich auf die Dauer von zehn Jahren und für ein spezifisches, in der Vorinformation beschriebenes Fahrplanangebot (diverse Interregio Verkehre) auf die Dauer von 15 Jahren vergeben werden soll, was sich aus Punkt II.2.4) und II.2.7) der Vorinformation ergibt.

Die Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 PSO-VO für eine Verlängerung der Vertragsdauer auf 15 Jahre sind ebenfalls erfüllt, weil einerseits, wie die Vertreter der zuständigen Behörde und des präsumtiven Betreibers XXXX in der

mündlichen Verhandlung schlüssig und nachvollziehbar angegeben haben, die Amortisationsdauer der Wirtschaftsgüter des gegenständlichen Auftrags 30 Jahre beträgt und weil andererseits die präsumtive Betreiberin XXXX sämtliche Fahrzeuge, die für die gegenständlichen Leistungen bei der verlängerten Vertragsdauer erforderlich sind bereitstellt und diese Fahrzeuge an die Personenverkehrsdienste gebunden sind.

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 28.11.2018 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 den Punkten II.2.4) und 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.

Wenn die Antragstellerin Mängel der Vorinformation rügt ist ihr entgegenzuhalten, dass der Unionsgesetzgeber keine spezifische Bestimmung in Bezug auf einen Verstoß gegen Art. 7 Abs. 2 PSO-VO vorgesehen hat und eine entsprechende Regelung Angelegenheit des nationalen Rechts ist (EuGH 20.09.2018, C-518/17, Salzburger Verkehrsverbund, Rz 60). Im österreichischen Recht ist diesbezüglich keine Regelung getroffen worden und entsprechend dem Äquivalenzgrundsatz und dem Effektivitätsgrundsatz im konkreten Fall auch nicht erforderlich, da kein Fehlen der Vorinformation vorliegt (vgl. EuGH 20.09.2018, C-518/17, Salzburger Verkehrsverbund, Rz 61ff, insb. 66). Das Vorbringen der Antragstellerin betreffend die behaupteten Mängel der Vorinformation geht daher ins Leere.

Das Vorbringen der Antragstellerin, dass die PSO-VO mangels Gemeinwirtschaftlichkeit der zu vergebenden Leistungen nicht anwendbar sei geht ins Leere, da, wie oben unter 2. ausgeführt, sämtliche in der Vorinformation genannten Personenverkehrsdienste einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung im Sinne des Art. 2 lit. e) PSO-VO unterliegen.

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 beantragt "das Bundesverwaltungsgericht möge die Zuschlagsentscheidung, bekanntgemacht am 28.11.2018, für nichtig erklären". 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 Zuschlagsentscheidung jedoch im gegenständlichen Fall keine gesondert anfechtbare Entscheidung ist, war dieser Antrag 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.

Über den Antrag auf Ersatz der Pauschalgebühren wird gesondert entschieden.

4) Revision:

Gemäß § 25a Abs 1 VwGG hat das Verwaltungsgericht im Spruch seines Erkenntnisses oder Beschlusses auszusprechen, ob die Revision gemäß Art 133 Abs 4 B-VG zulässig ist. Der Ausspruch ist kurz zu begründen.

Die Revision ist gemäß Art 133 Abs. 4 B-VG nicht zulässig, weil die Entscheidung nicht von der Lösung einer Rechtsfrage abhängt, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung; weiters ist die vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Auch liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

Schlagworte

Äquivalenz, Dienstleistungsauftrag, Direktvergabe,
Diskriminierungsverbot, Effektivität, Ermessen, Gleichbehandlung,
mündliche Verhandlung, Nachprüfungsantrag, Nachprüfungsverfahren,
Nichtigerklärung, Nichtigerklärung der Zuschlagsentscheidung,
Transparenz, Vergabeverfahren, Wahl des Vergabeverfahrens,
Wettbewerb

European Case Law Identifier (ECLI)

ECLI:AT:BVWG:2019:W134.2210862.2.00

Zuletzt aktualisiert am

02.05.2019

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

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