

# TE Bvg Erkenntnis 2019/2/18 W187 2211696-2

JUSLINE Entscheidung

⌚ Veröffentlicht am 18.02.2019

## Entscheidungsdatum

18.02.2019

## Norm

AVG §17 Abs1  
AVG §17 Abs3  
BVergG 2006 §12 Abs1 Z2  
BVergG 2006 §141  
BVergG 2006 §2 Z42  
BVergG 2006 §2 Z50  
BVergG 2006 §2 Z8  
BVergG 2006 §2 Z9  
BVergG 2006 §3 Abs1 Z2  
BVergG 2006 §321 Abs2  
BVergG 2006 §331 Abs1  
BVergG 2006 §331 Abs2  
BVergG 2006 §331 Abs4  
BVergG 2006 §4  
BVergG 2006 §6  
BVergG 2006 §7  
BVergG 2018 §151 Abs2  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §334  
BVergG 2018 §353  
B-VG Art.133 Abs4  
VwGVG §21  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W187 2211696-2/33E

## IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Sabine SACHS, MAS als fachkundige Laienrichterin der Auftraggeberseite und Dr. Winfried PÖCHERSTORFER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der AAAA ,[HR1] vertreten durch die B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, und die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Vorarlberg ab 9. Dezember 2018 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiesten gemäß Artikel 5 Abs 6 PSO-VO)" der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, zuständige Behörde gemäß Art 2 lit b PSO-VO Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, vom 21. Dezember 2018

A)

I. beschlossen: Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 16.11.2018 an die BBBB nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 334 Abs 3 Z 3 BVergG 2018 rechtswidrig war", zurück.

II. zu Recht erkannt: Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der AAAA , das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 16.11.2018 an die BBBB 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 (gemäß § 334 Abs 3 Z 1 BVergG 2018)", ab.

B)

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

## Text

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

#### I. Verfahrensgang

1. Am 21. Dezember 2018 beantragte die AAAA ,[HR2] vertreten durch die B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, und die CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, eine mündliche Verhandlung anzuberaumen, festzustellen, dass a. die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 26. November 2018 an die BBBB nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 334 Abs 3 Z 3 BVergG 2018 rechtswidrig war, und b. die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 26. November 2018 an die BBBB 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 (gemäß § 334 Abs 3 Z 1 BVergG 2018), sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Feststellungsanträge betreffen das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Vorarlberg ab 9. Dezember 2018 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiesten 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. Zuständige Behörde gemäß Art 2 lit b PSO-VO ist die Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien.

1.1 Nach Darstellung des Sachverhalts und der Vorverfahren gibt die Antragstellerin an, dass sie die Zuschlagserteilung in Form des Abschlusses des Verkehrsdienstevertrags, bekanntgemacht auf der Homepage des BMVIT am 26. November 2018, anfechte. Sie erachte sich generell in ihrem Recht auf Durchführung eines rechtskonformen Vergabeverfahrens wie insbesondere in ihrem Recht auf Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter, in ihrem Recht auf Einhaltung aller (primärrechtlichen) Vergabegrundsätze, in ihrem Recht auf Teilnahme an einem gesetzmäßigen Vergabeverfahren und Erteilung des Zuschlags auf ihr Angebot, hilfsweise in ihrem Recht auf Widerruf des

Vergabeverfahrens bzw. Veröffentlichung einer neuen Vorinformation und Teilnahme an einem neuen, rechtskonformen Vergabeverfahren verletzt. Das Bundesverwaltungsgericht sei zuständig, weil die SCHIG Vertragspartner sei. Der Antrag sei rechtzeitig. Die Antragstellerin habe ein Interesse an der Beauftragung mit den gegenständlichen Leistungen, das sie durch die Einleitung von Nachprüfungsverfahren gegen die Vorinformation und die Abgabe eines Initiativangebots belegt habe. Als Schaden macht sie den Entgang der Möglichkeit zu einer erfolgreichen Beteiligung an einem rechtskonformen Vergabeverfahren, somit auch die Möglichkeit auf Zuschlagserteilung und Erzielung des aus dem gegenständlichen Auftrag zu lukrierenden Gewinns und Deckungsbeitrags zu den Fixkosten, den Verlust der Möglichkeit, Neukunden durch die Erweiterung des Angebotes zu gewinnen, die im Antrag näher bezeichneten Kosten der Rechtsberatung sowie den Verlust eines Referenzprojekts geltend.

1.2 Zur Rechtswidrigkeit führt die Antragstellerin im Wesentlichen aus, dass ein Zuschlag ua dann rechtswidrig sei, wenn ein Vergabeverfahren rechtswidrigerweise ohne vorherige Bekanntmachung durchgeführt worden sei. Es würden die Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Transparenz eines Vergabeverfahrens geschützt. Eine unzulässige Änderung während eines bekanntgemachten Vergabeverfahrens führe dazu, dass ein darauf basierender Auftrag als ein in einem Vergabeverfahren ohne vorherige Bekanntmachung vergebener Auftrag zu beurteilen sei. Gleches müsse gelten, wenn die Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO mit verpflichtender Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO gewählt werde, sich vor der Zuschlagserteilung jedoch wesentliche Parameter änderten. Das nunmehr eingesetzte Rollmaterial weiche deutlich von dem in der Vorinformation beschriebenen ab. Die Festlegungen in der Vorinformation seien so zu verstehen, dass sie Müssanforderungen an das einzusetzende Rollmaterial darstellten, von denen nur im Ausnahmefall abgewichen werden könne. Die Zuschlagsempfängerin könne erst Mitte 2019 entsprechende Elektrotriebwagen einsetzen. Die Antragsgegner hätten offenkundig vor der Erteilung des Zuschlags die Müsskriterien an die einzusetzenden Triebwagen geändert. Daher hätte eine erneute Vorinformation veröffentlicht werden müssen, um anderen Unternehmern die Reaktion auf den geänderten Auftrag zu ermöglichen.

1.3 Die Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin sei auch deshalb rechtswidrig, weil diese die Müssanforderungen nicht erfülle. Die Antragsgegner seien von den Festlegungen der Vorinformation abgewichen und hätten gleichzeitig die Grundsätze des Vergaberechts verletzt.

1.4 Die Antragstellerin habe ein Initiativangebot über die ausgeschriebenen Leistungen laut Vorinformation unterbreitet, worin sie sich insbesondere bereit erklärt habe, das betreffende Personal der Zuschlagsempfängerin zu übernehmen und auch den Einsatz ausschreibungskonformer Triebwagen zugesagt habe. Der Angebotspreis der Antragstellerin sei ca € 20 Mio unter jenem der Zuschlagsempfängerin gelegen. Die Antragsgegner hätten gegen die Grundsätze des Vergabeverfahrens verstößen, indem sie der Antragstellerin keine Möglichkeit gegeben hätten, sich am Vergabeverfahren zu beteiligen und den Zuschlag zu erhalten. Auf Grundlage ihres Initiativangebots hätte die Antragstellerin in das Vergabeverfahren einbezogen werden müssen.

1.5 Das Bundesverwaltungsgericht müsse den angefochtenen Vertrag von Amts wegen für nichtig erklären.

2. Am 28. Dezember 2018 gab die BBBB „[HR3] die Zuschlagsempfängerin, bekannt, dass sie die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, mit ihrer rechtsfreundlichen Vertretung beauftragt und Vollmacht erteilt hat.

3. Am 14. Jänner 2019 brachte das Land Vorarlberg vertreten durch Landeshauptmann Mag. Markus Wallner, Römerstraße 15, 6900 Bregenz, vertreten durch die CHG Czernich Haidlen Gast & Partner Rechtsanwälte GmbH, Bozner Platz 4, Palais Hauser, 6020 Innsbruck, in der Folge Beteiligte, eine Stellungnahme ein. Darin führt die Beteiligte nach Bezeichnung des Vergabeverfahrens im Wesentlichen aus, dass die SCHIG Auftraggeberin sei. Der Bund und das Land Vorarlberg hätten sich in Abgehen von dem dualen Bestellsystem zur Bestellung eines Gesamtangebots entschlossen. Die Antragstellerin habe die gegenständliche Direktvergabe bereits mit insgesamt sieben Nachprüfungsanträgen an das Bundesverwaltungsgericht und das Landesverwaltungsgericht Vorarlberg bekämpft. Die Revision gegen drei abweisende Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts sei noch beim Verwaltungsgerichtshof anhängig. In allen Verfahren sei die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO bestätigt worden. In der Vorinformation sei festgelegt, dass qualitativ hochwertige Neufahrzeuge schrittweise zum Einsatz kommen sollten und für die Erbringung der Verkehrsdienele vorrangig elektrisch betriebenen

Nahverkehrszüge mit bestimmten Eigenschaften einzusetzen seien. Neues, qualitatives Rollmaterial, das den Anforderungen entspreche, sei von der Zuschlagsempfängerin bestellt, aber zu Beginn der Leistungserbringung noch nicht geliefert worden. Es liege keine unzulässige Abänderung des Leistungsvertrags oder der Beauftragung von der Vorinformation vor. Die Beteiligte beantragt, die Feststellungsanträge als unzulässig zurückzuweisen in eventu als unbegründet abzuweisen.

4. Am 14. Jänner 2019 nahm die Zuschlagsempfängerin Stellung. Darin bringt sie nach Darstellung der Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts im Wesentlichen vor, dass das BVergG 2006 und die ursprüngliche Fassung der PSO-VO anzuwenden seien. Im Rahmen der Antragslegitimation werde die Antragstellerin nachzuweisen haben, dass sie zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns, am 9. Dezember 2018 über entsprechendes Rollmaterial verfügt hätte.

4.1 Nach Art 7 Abs 2 PSO-VO seien der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde, die Art des geplanten Vergabeverfahrens und die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete in der Vorinformation zu veröffentlichen. Der geplante Beginn und die geplante Laufzeit seien noch nicht zu veröffentlichen, weil sie erst durch die Novelle der PSO-VO hinzugefügt worden seien und die Direktvorgabe vor dem Inkrafttreten der Novelle eingeleitet worden sei. Die Anforderungen der PSO-VO an die Vorinformation würde in gleicher Weise für wettbewerbliche Vergabeverfahren wie für Direktvergaben gelten. Potentielle Betreiber müssten darauf reagieren und noch nicht konkrete Vorschläge oder "Angebote" unterbreiten können. Die Dienstleistungsfreiheit des AEUV gelte nicht im Verkehrsbereich. Aus der Entstehungsgeschichte des Art 7 PSO-VO ergebe sich, dass Interessenten nicht in der Lage sein müssten, ein Angebot abzugeben. Der Zweck von Art 7 Abs 2 PSO-VO bestehe auch nicht darin, eine Effizienzkontrolle zu ermöglichen. Diese Bestimmung gelte für Direktvergaben und für wettbewerbliche Verfahren. Bieter sollten die Möglichkeit erhalten, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen oder den Auftraggeber umzustimmen. Die Informationen in der Vorinformation dienten dazu, dass Unternehmen prüfen könnten, ob sie am Auftrag interessiert seien und sich gegebenenfalls darum bewerben wollten. Die Reaktionsmöglichkeit für Unternehmen bestehe daher in einer Interessensbekundung.

4.2 Bereits in der Vorinformation sei angeführt worden, dass eine Qualitätsverbesserung dadurch erreicht werden solle, dass während der Vertragslaufzeit schrittweise qualitativ hochwertige Neufahrzeuge eingesetzt werden sollten. Die Vorinformation beschreibe einen Zielzustand. Die Antragstellerin habe das in ihrem Nachprüfungsantrag vom 27. Juli 2016 auch so verstanden. Bereits in der Pressemeldung vom 22. September 2016 habe die Zuschlagsempfängerin mitgeteilt, dass das neu beschaffte Rollmaterial ab April 2019 in Vorarlberg zum Einsatz kommen solle. Damit hätte die gegenständlich behauptete Rechtswidrigkeit bereits im ursprünglichen Nachprüfungsverfahren releviert werden können oder müssen und sei damit gemäß § 332 Abs 5 BVergG 2006 längst präkludiert.

4.3 Im klassischen Vergaberecht sei eine Vorinformation eine nicht verbindliche Bekanntmachung. Aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ergebe sich, dass Art 7 Abs 2 PSO-VO als lex specialis den allgemeinen Bestimmungen des Vergaberechts vorgehe. Das betreffe jedoch ausschließlich die Aspekte, dass die Vorinformation iSd PSO-VO im Gegensatz zur Vorinformation nach den Vergaberichtlinien auch bei Direktvergaben zu schalten sei, die in Art 7 Abs 2 lit a bis c PSO-VO genannten Mindestangaben zu enthalten habe und die Einjahresfrist auslöse. Soweit daher eine konkrete Vorinformation über die Mindestanforderungen das Art 7 Abs 2 lit a bis c PSO-VO hinausgehend weitere Angaben enthalte, greife der für Vorinformationen im allgemeinen geltende Grundsatz, dass es sich um nicht verbindliche Informationen handle.

4.4 Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts sei Art 7 Abs 2 PSO-VO eine reine Ordnungsvorschrift, deren Verletzung individualschutzrechtlich nicht sanktioniert sei. Die Antragstellerin habe kein subjektives Recht auf die Bekanntgabe des Rollmaterials, der Laufzeit oder des Beginns des Auftrages.

4.5 Die Vorinformation sei nicht mit der Einleitung des Vergabeverfahrens gleichzusetzen. Bei einer Direktvergabe erfolge die Vergabe formfrei. Das Vergabeverfahren könne innerhalb der Einjahresfrist ab Bekanntgabe der Veröffentlichung eingeleitet werden. Das Rollmaterial sei auch deshalb kein Muss- oder Eignungskriterium, weil der Leistungsinhalt zum Zeitpunkt der Versendung und Veröffentlichung der Vorinformation noch nicht endgültig festgelegt sei. Überdies erfolgten die Angaben zum Rollmaterial auf freiwilliger Basis.

4.6 Der Einsatz des beschriebenen Rollmaterials erfolge vorrangig, nicht ausschließlich. Es gebe keine auf einzelne Kurse in der Hauptverkehrszeit beschränkte Ausnahme von einer solchen Verpflichtung.

4.7 Bei einer Vorinformation handle es sich weder um eine Verfahrenseinleitung noch um Teilnahmeunterlagen noch

einen Vertrag. Auf Grundlage der Vorinformation könne kein Angebot abgegeben werden. Die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO sei zulässig. Es handle sich um ein Verfahren ohne den Anspruch anderer Unternehmen auf Beteiligung. Dementsprechend könne eine Änderung gegenüber der Vorinformation nicht zur Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder zur Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes führen. Da zum Zeitpunkt der Vorinformation auch noch kein ausverhandelter Vertrag oder Preis vorliege, könne es auch nicht zu einer Änderung des wirtschaftlichen Gleichgewichts oder zu einer Erweiterung des Auftrags kommen. Daher sei auch die Rechtsprechung zu Vertragsänderungen auf Änderungen gegenüber der Vorinformation nicht anwendbar.

4.8 Selbst eine etwaige Verletzung der Pflicht zur Vorinformation würde nicht zur Nichtigerklärung des Vertrags führen. Der Unionsgesetzgeber sehe nur in besonderen, genau bestimmten Situationen die Aufhebung des Vertrags vor. Die Regelungen seien mangels spezifischer Regelungen in der PSO-VO eine Angelegenheit des nationalen Rechts. Keiner der Tatbestände des § 331 Abs 1 Z 3 bis 5 BVergG 2006 treffe zu. Unter Zugrundelegung des Äquivalenz- und des Effektivitätsgrundsatz sei die Aufhebung des Vertrages keinesfalls erforderlich.

4.9 Es sei eine rechtskonforme Direktvergabe durchgeführt worden. Die Miteinbeziehung der Antragstellerin sei nicht erforderlich gewesen. Darüber habe das Bundesverwaltungsgericht bereits entschieden. Der Einwand der Antragsteller, keine Möglichkeit der Beteiligung am Vergabeverfahren gehabt zu haben, sei daher wegen res iudicata zurückzuweisen.

4.10 Die Zuschlagsempfängerin beantragt die Ausnahme näher bezeichneter Unterlagen von der Akteneinsicht und die Zurück-, in eventu Abweisung der Anträge der Antragstellerin.

5. Am 14. Jänner 2019 erstatteten die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, in der Folge Auftraggeberin, und die Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, in der Folge zuständige Behörde, beide vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, eine gemeinsame Stellungnahme. Darin erteilt sie nach einem "Management Summary" und Ausführungen zur Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts allgemeine Auskünfte zum Vergabeverfahren, stellte die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens in Aussicht, machte Ausführungen zum Umfang der Akteneinsicht und stellte den Sachverhalt dar.

5.1 Nachprüfungs- und Feststellungsverfahren dienten Rechtmäßigkeitskontrolle und keiner Zweckmäßigkeitsskontrolle.

5.2 Die Voraussetzungen für eine Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO seien erfüllt. § 151 Abs 2 BVergG 2018 lasse Art 5 Abs 6 PSO-VO unberührt. Es handle sich entsprechend Art 5 Abs 6 PSO-VO um Eisenbahnverkehrsdiestleistungen. Die Höchstlaufzeit betrage entsprechend Art 5 Abs 6 iVm Art 4 Abs 4 PSO-VO zehn Jahre. Entsprechend Art 7 Abs 2 PSO-VO habe die Auftraggeberin eine Vorinformation mehr als ein Jahr vor der Direktvergabe europaweit bekanntgemacht. Gemäß Art 7 Abs 2 lit a PSO-VO seien der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde bekannt gemacht worden. Die Art des geplanten Vergabeverfahrens sei nach Art 7 Abs 2 lit b PSO-VO bekannt gemacht worden. Die möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete seien entsprechend Art 7 Abs 2 lit c PSO-VO genannt worden. Daher sei die Wahl des Verfahrens der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO rechtmäßig erfolgt.

5.3 Im Rahmen der Vorinformation sei darauf hingewiesen worden, dass die Neufahrzeuge "schrittweise im Rahmen der Vertragslaufzeit" zum Einsatz kommen würden. Damit sei jedenfalls ausreichend bekanntgemacht worden, dass die entsprechenden Neufahrzeuge nicht zur Gänze zu Vertragsbeginn im Einsatz stehen würden, sondern vielmehr während der Vertragslaufzeit nach und nach zur Erbringung der Verkehrsdiestleistung eingesetzt würden. Über die nunmehr gewählte Übergangslösung sei daher rechtskonform vorinformiert worden. Die Vorinformation enthalte alle nach Art 7 Abs 2 PSO-VO in der zum Zeitpunkt der Bekanntmachung verlangten Inhalte. Die Novelle zur PSO-VO sei erst nach der Bekanntmachung beschlossen worden. Sämtliche Informationen hätten sich im Lauf des Vergabeverfahrens nicht geändert. Die Vorinformation definiere über den Mindestinhalt hinaus noch weiter Punkte. Diese Zusatzinformationen seien keineswegs als "Auswahl- oder Eignungskriterien" zu werten und stellten keine "Muss-" oder "Zuschlagskriterien" dar, sondern dienten nur der weiteren Konkretisierung des Leistungsangebotes. Die Vorinformation gehe weit über das Ausmaß des unionsrechtlich Geforderten hinaus. Zum Einsatz neuen Rollmaterials verwende die Vorinformation den Begriff "vorrangig" und nicht etwa "ausschließlich". Es könne von dem

beschriebenen Fuhrparkkonzept abgewichen werden. Dass das Kriterium des einzusetzenden Fuhrparks wiederum keinen Einfluss auf die Wahl des Vergabeverfahrens sowie des Zuschlagsempfängers gehabt habe und somit keine der oben genannten Eigenschaften aufweisen könne, zeige auch der bereits im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu gegenständlicher Vorinformation und Vergabeentscheidung vorgelegte Bericht zur Wahl des Vergabeverfahrens. In der Leistungsbeschreibung des nunmehr unterschriebenen Verkehrsdiestevertrags habe sich die Auftragnehmerin verpflichtet, die Leistung grundsätzlich mit Triebwagen wie in der Vorinformation zu erbringen. Der Einsatz von Neufahrzeugen würde entsprechend der Auslieferung und sukzessive eingesetzt werden. Die Eignung der Auftragnehmerin zeige sich auch daran, dass die eigentliche Verkehrsleistung lückenlos erbracht werden könne. Bei der Wahl der Fahrzeuge handle es sich weder um Musskriterien noch liege eine rechtswidrige Zuschlagserteilung vor, zumal der Vertrag nach den in der Vorinformation festgelegten Anforderungen abgeschlossen worden sei und die Auftragnehmerin grundsätzlich zur Erbringung der Leistung mit Neufahrzeugen verpflichtet sei. Im Übrigen habe der Antragstellerin bereits seit Bekanntwerden der Vorinformation klar sein müssen, dass zu Vertragsbeginn noch nicht sämtliche Fahrzeuge im Einsatz stehen könnten - nachdem die Antragstellerin gemäß § 321 Abs 2 BVergG 2006 dahingehend binnen sieben Tagen einen Nachprüfungsantrag hätte stellen müssen und dies nicht getan habe, sei ihr Anfechtungsrecht daher jedenfalls präkludiert und der gegenständliche Feststellungsantrag bereits aus diesen Gründen mangels Vorliegens der Subsidiaritätsvoraussetzungen zurückzuweisen.

5.4 Die "Transparenzpflicht" des Art 7 Abs 2 PSO-VO sei keine Voraussetzung für die Zulässigkeit einer Direktvergabe nach Art 5 PSO-VO, sondern eine bloße Ordnungsvorschrift. Die PSO-VO sehe keine Sanktion für einen Verstoß gegen Art 7 Abs 2 PSO-VO vor.

5.5 Das Verkehrskapitel des AEUV lege eine Ausnahme von der Dienstleistungsfreiheit fest. Da die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des Verkehrs nach den Bestimmungen des Titels über den Verkehr nicht per se unmittelbar wirksam sei, gälten die primärrechtlichen Prinzipien auch nicht im Bereich des Verkehrs. Die Grundfreiheiten und damit das EU-Primärrecht fänden im Verkehrsbereich ohne sekundärrechtliche Markttöffnung keine Anwendung. Eine derartige sekundärrechtliche Markttöffnung im Eisenbahnbereich sehe die PSO-VO auch nicht vor. Mit Art 5 Abs 6 PSO-VO sei eine ausdrückliche Ausnahme geschaffen worden. Ein Rückgriff auf das Primärrecht der Union sei daher weder notwendig noch zulässig. Abschließend harmonisierte Bereiche des Unionsrechts seien nicht anhand des Primärrechts, sondern anhand der Harmonisierungsmaßnahme zu beurteilen. Die in der PSO-VO geregelte Transparenzverpflichtung sei eingehalten worden.

5.6 Die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO erfolge im Wege eines dreistufigen Entscheidungsprozesses. In der ersten Stufe bestehe die Pflicht zur Begründung der Wahl der Direktvergabe, die auf sachlichen Erwägungen zu beruhen habe. In der zweiten Stufe erfolge die Entscheidung für einen bestimmten Betreiber. In der Vorinformation sei bereits das in Aussicht genommene Eisenbahnverkehrsunternehmen genannt gewesen, was der zuständigen Behörde unbenommen bleibe. Melde sich im Zuge der Direktvergabe ein interessanter Betreiber, so sei die zuständige Behörde selbstverständlich nicht verpflichtet, eine wettbewerbliche Vergabe einzuleiten oder das Direktvergabeverfahren in eine solche überzuleiten. Die zuständige Behörde könne vielmehr die Direktvergabe fortführen, für die sie sich entschieden habe. Die dritte Stufe bestehe aus Vertragsverhandlungen und dem Vertragsabschluss mit dem ausgewählten Betreiber. Die Behörde handle unionsrechtskonform, wenn sie richtigerweise davon ausgehe, dass sie einen Beurteilungsspielraum wahrnehme und die rechtlichen Voraussetzungen iSd Art 5 Abs 6 PSO-VO erfüllt seien, den Sachverhalt hinreichend aufkläre und die der Entscheidung zugrunde gelegten Tatsachen richtig, vollständig und belastbar seien (also in Bezug auf den vorgesehenen Betreiber feststehe, dass er die zu vergebenden Dienstleistungen nach Art und Umfang wohl erbringen können werde und die verkehrlichen Bedürfnisse gedeckt werden könnten), sowie keine offensichtlichen Beurteilungsfehler begehe.

5.7 Die Antragstellerin verkenne zudem jedenfalls die Rechtslage, wenn sie, freilich bar jeglicher rechtlicher Grundlage, redundant von der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO als "nichtförmliches Vergabeverfahren" spreche, welches sämtlichen Marktteilnehmern die "Möglichkeit zur Angebotsabgabe" geben solle. Sollte ein interessiertes Verkehrsunternehmen ein Angebot unterbreiten, sei die zuständige Behörde nicht verpflichtet, diesen Betreiber und dieses Angebot zu prüfen, ein neues wettbewerbliches Auswahlverfahren einzuleiten oder die Direktvergabe in ein solches überzuleiten. Bei Vergaben nach Art 5 Abs 6 PSO-VO bestehe kein Anspruch von Drittunternehmen, am Vergabeverfahren teilzunehmen.

5.8 Sämtliche Feststellungsanträge der Antragstellerin würden im gegenständlichen Fall unter Heranziehung des § 334 Abs 3 BVergG 2018 geltend gemacht. Feststellungsanträge seien nicht nach § 334 BVergG 2018, sondern gemäß § 353 BVergG 2018 zu stellen, das Bundesverwaltungsgericht sei an die Antragstellung der Antragstellerin jedoch gebunden und eine rechtliche Grundlage für ein amtswegiges Umdeuten eines von vornherein verfehlten Antrages sei aus dem BVergG 2018 nicht ableitbar. Die gegenständlichen Feststellungsanträge seien daher aufgrund der dahingehenden formellen Unrichtigkeit bereits aus diesem Grund zurückzuweisen.

5.9 Voraussetzung für Feststellungsanträge sei, dass dem Antragsteller ein Schaden entstanden sei oder zu entstehen drohe. Der gegenständliche Verkehrsdiestevertrag sei jedoch in zulässiger Weise nach Art 5 Abs 6 PSO-VO direkt vergeben worden. Es sei keine Drittbeteiligung vorgeschrieben. Daher könne nicht vom Vorliegen eines Schadens ausgegangen werden.

5.10 Der Verkehrsdiestevertrag welche nicht von der Vorinformation ab. Die Feststellungsanträge beträfen unweigerlich denselben Verfahrensgegenstand, über den bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren W187 2131055-2/47E, W187 2131178-2/46E und W187 2131180-1/46E entschieden worden sei. Aufgrund des Prinzips der Subsidiarität des Feststellungsverfahrens seien die Feststellungsanträge daher als unzulässig zurückzuweisen.

5.11 Eine Feststellung, dass die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 26. November 2018 an die Zuschlagsempfängerin nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung gemäß § 334 Abs 3 Z 3 BVergG 2018 rechtswidrig gewesen sei, komme nur in Betracht, wenn die Durchführung des Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig gewesen sei. Wie bereits ausgeführt verlange eine Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO keine Bekanntmachung. Eine Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdiestleistungen sei daher 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 Verwaltungsgerichtshofes und des Europäischen Gerichtshofes jedenfalls zulässig. Eine Vorinformation nach Art 7 Abs 2 PSO-VO sei keine Zulässigkeitsbedingung. Eine Vorinformation sei bekannt gemacht worden. Der abgeschlossene Vertrag welche nicht davon ab weshalb auch aus diesem Grund der Behauptung des Vorliegens eines "Vergabeverfahrens ohne vorheriger Bekanntmachung" der Boden entzogen werde. Es liege keine rechtswidrige Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung vor.

5.12 Der Antrag festzustellen, dass die Erteilung des Zuschlags durch die Auftraggeberin am 26. November 2018 an die Zuschlagsempfängerin wegen eines Verstoßes gegen das BVergG, 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 worden wäre, gehe ins Leere, weil die Vergabe des Verkehrsdiestevertrags Vorarlberg in keinem einzigen Punkt gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht verstößen habe.

5.13 Eine Feststellung gemäß § 334 Abs 3 Z 1 BVergG 2018 sei nur zu treffen, wenn die Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss gewesen sei. Gründe für die Wahl des Vergabeverfahrens seien ua die Harmonisierung des Bestellsystems, das Pensionsrecht der definitiv gestellten Mitarbeiter der Zuschlagsempfängerin, die Vernetzung der Lose und die damit einhergehende Möglichkeit der Rollmaterialverschiebung und die tarifische Integration in den Verkehrsverbund Vorarlberg sowie mit dem Fernverkehr gewesen. Aus diesen Punkten ergäben sich nicht nur die mangelnde Eignung der Antragstellerin, sondern es zeige sich, dass der Fuhrpark kein wesentliches Kriterium für die Wahl des Vergabeverfahrens und der Zuschlagsempfängerin gewesen sei. Einige Kriterien seien von der Übergangslösung unabhängig und nur von der Zuschlagsempfängerin zu erfüllen gewesen. Die Antragstellerin hätte keine echte Chance auf den Zuschlag gehabt, da kein Beteiligungsanspruch Dritter bei Direktvergaben nach Art 5 Abs 6 PSO-VO bestehe. Eine allenfalls festgestellte Rechtswidrigkeit habe keinen Einfluss auf den Ausgang des Vergabeverfahrens gehabt.

5.14 Die Auftraggeberin und die zuständige Behörde beantragen die grundsätzlich die Zurück-, in eventu Abweisung sämtlicher Anträge der Antragstellerin. In eventu beantragen sie festzustellen, dass die Antragstellerin keine echte Chance auf Zuschlagserteilung gehabt hätte. Bereits erbrachte Leistungen könnten nicht zurückgestellt werden. Es bestehe ein öffentliches Interesse an der Erbringung der vertragsgegenständlichen Verkehrsleistungen. Die Auftraggeberin und die zuständige Behörde beantragen, von einer Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen, den Vertrag mit dem Zeitpunkt der Entscheidung des BVwG jedoch nur bis zum Zeitpunkt der Herstellung des

vorinformationskonformen Zustands des Vertrages, spätestens 31. März 2020, aufzuheben, und für die übrige Vertragsdauer die Anträge der Antragstellerin ab-, in eventu zurückzuweisen, in eventu den Antrag, sowohl von einer Nichtigerklärung als auch von einer Aufhebung des Vertrages bis zum Zeitpunkt der Herstellung des vorinformationskonformen Zustands des Vertrages, spätestens 31. März 2020, abzusehen, und für die übrige Vertragsdauer die Anträge der Antragstellerin ab-, in eventu zurückzuweisen, in eventu von einer Nichtigerklärung des Vertrages abzusehen und den Vertrag zum Zeitpunkt des Ablaufs einer 30-tägigen Frist, beginnend mit dem Tag der Entscheidung des BVwG, aufzuheben.

6. Am 14. Jänner 2019 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

7. Am 18. Jänner 2019 beantragte die Antragstellerin die Zustellung an die Zustellbevollmächtigte und die Erstreckung der Frist zur Stellungnahme auf zwei Wochen, zumindest bis zum 1. Februar 2019.

8. Am 1. Februar 2019 brachte die Antragstellerin eine Stellungnahme ein. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Festlegung des einzusetzenden Rollmaterials in der Vorinformation ein Musskriterium darstelle. Es sei verpflichtend einzusetzen. Der Klammerausdruck stelle eine Ausnahme unter den dort näher genannten Voraussetzungen dar. Es lasse sich der Vorinformation keine Differenzierung entnehmen, dass nur neu angeschaffte Fahrzeuge den Anforderungen entsprechen müssten. Die stelle einen nicht rechtskonformen Zustand dar. Abweichende Vertragsbestimmungen stellten einen Willen zur Neuverhandlung dar, was der Einleitung eines neuen Vergabeverfahrens gleichkomme. Die Anforderungen an das Rollmaterial seien verbindlich festgelegt, sodass eine Vergabe ohne Bekanntmachung vorliege. Sinn und Zweck der Vorinformation nach Art 7 Abs 2 PSO-VO sei, dass potenzielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes auf die Bekanntgabe reagieren könnten. Die rechtzeitige Veröffentlichung einer Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO mit den vorgesehenen Inhalten sei somit notwendige Bedingung für die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO. Dadurch, dass die Auftraggeberin die Antragstellerin trotz Legens eines Angebots nicht in das Vergabeverfahren einbezogen habe, habe sie die Grundsätze des Vergabeverfahrens verletzt. Die Niederlassungsfreiheit nach Art 49 AEUV und das Transparenzgebot seien anwendbar. Der Europäische Gerichtshof habe das Primärrecht in Zusammenhang mit Dienstleistungskonzessionen, nicht prioritären Dienstleistungen sowie Vergaben unterhalb der sekundärrechtlichen Schwellenwerte angewandt. Demnach seien die Märkte auch im Rahmen der PSO-VO zu öffnen. Die PSO-VO sei nicht vollharmonisierend, da den einzelnen Mitgliedsstaaten noch Gestaltungsspielraum bei den Direktvergaben verbleibe. Bei der Vergabe seien auch primärrechtliche Grundsätze zu beachten gewesen. Die Subsidiarität der Feststellungsanträge verhindere deren Zulässigkeit nicht, weil sie auf ein Verhalten in Widerspruch zu der Vorinformation zurückzuführen seien. Der Antragstellerin sei ein Schaden entstanden und der Antrag enthalte alle notwendigen Inhalte. Der Vertrag sei für nichtig zu erklären und eine Geldbuße zu verhängen. Der Antragstellerin fehle die echte Chance nicht. Ihr wäre bei rechtskonformer Vorgangsweise der Zuschlag zu erteilen. Angesichts der Größe der Zuschlagsempfängerin sei die Personalstruktur nicht maßgeblich, da nur ein geringer Teil der Mitarbeiter in Vorarlberg eingesetzt würden. Überdies sei die Antragstellerin bereit, Personal und Infrastruktur der Zuschlagsempfängerin zu übernehmen. Die Berücksichtigung der Personalstruktur der Zuschlagsempfängerin sei unzulässig, weil der Kostenersparnis durch ein wettbewerbliches Verfahren nur der administrative Kostenmehraufwand für das wettbewerbliche Verfahren gegenübergestellt werden dürfe. Die Antragstellerin habe ein Recht auf unbeschränkte Akteneinsicht. Sie beantrage daher die Akteneinsicht.

9. Am 8. Februar 2019 erstatteten die Auftraggeberin und die zuständige Behörde eine gemeinsame Stellungnahme. Darin bringen sie im Wesentlichen vor, dass sie nicht zugestanden habe, dass die gegenwärtige Situation rechtswidrig sei. Sämtliche Feststellungsanträge seien aufgrund der Subsidiarität der Feststellungsanträge unzulässig. Der schrittweise Einsatz von Neufahrzeugen sei bereits Thema der mündlichen Verhandlung in den Vorverfahren am 28. September 2016 gewesen. Die Antragstellerin habe die Anfechtung mit einem Nachprüfungsantrag unterlassen, weshalb die Feststellungsanträge unzulässig seien. Die gegenständliche Vorinformation sei in ihrer Detailliertheit weit über das geforderte Maß hinausgegangen. Die Konsequenzen des Unterlassens einer Vorinformation nach Art 7 Abs 2 PSO-VO seien eine Angelegenheit des nationalen Rechts. Die österreichische Rechtsordnung sehe keine speziellen Konsequenzen vor. Die Vorinformation mit korrektem Inhalt sei zwölf Monate vor dem Vertragsabschluss veröffentlicht worden, die Voraussetzungen für die Wahl der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO seien eingehalten worden und der Rechtsschutz sei für die Antragstellerin vollumfänglich gewahrt geblieben. Das unionsrechtliche Primärrecht sei nicht anwendbar. Die PSO-VO sei eine vollharmonisierende Sekundärrechtsnorm zu qualifizieren. Bei einer

Direktvergabe sei keinerlei Drittbe teiligung vorgesehen. Die "Umschichtung" aller kündbaren Bediensteten in das Bundesland Vorarlberg anstelle der dort eingesetzten unkündbaren Bediensteten sei sowohl rechtlich als auch faktisch unmöglich. Ein Übergang der Arbeitsverhältnisse von definitiv gestellten Dienstnehmern des BBBB -Konzerns auf einen Nachfolgebetreiber könnte nicht erzwungen werden und sei auf freiwilliger Basis sehr unwahrscheinlich. Aus den im Vergabeakt enthaltenen Unterlagen gehe hervor, dass durch die Wahl eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens der zuständigen Behörde Kosten entstünden, deren Kompensation durch ein wettbewerbliches Vergabeverfahren nicht zu erwarten sei.

10. Am 8. Februar 2019 brachte die Zuschlagsempfängerin eine Stellungnahme ein. Darin führt sie im Wesentlichen aus, dass die Vorinformation gemäß Erwägungsgrund 29 der PSO-VO Unternehmen lediglich eine Interessensbekundung und kein Angebot ermöglichen solle, Angaben zum Rollmaterial von Art 7 Abs 2 PSO-VO in keiner Weise verlangt würden, darüber hinausgehende Informationen nicht verbindlich seien und die Antragstellerin kein subjektives Recht auf Bekanntgabe des einzusetzenden Rollmaterials habe. Die Vorinformation sei nach ihrem objektiven Erklärungswert auszulegen. Aus dem Wort "vorrangig" ergebe sich, dass es sich nicht um eine abschließend definierte Ausnahme handeln könne. Es sei nicht festgehalten, dass es sich bei den genannten Fahrzeugeigenschaften um eine Muss-Anforderung handle. Die Vorinformation sei auch nicht isoliert anhand eines einzelnen Satzes, sondern in ihrer Gesamtheit auszulegen. Die Vorinformation sei keine Voraussetzung für die Zulässigkeit der Direktvergabe. Die PSO-VO sei eine Vollharmonisierung, sodass für die Anwendung von unionsrechtlichem Primärrecht kein Raum verbleibe. Es sei klar, dass das Primärrecht in den Bereichen anwendbar sei, die vom Sekundärrecht ausdrücklich ausgenommen seien. Der Verwaltungsgerichtshof sehe die Direktvergabe nach der PSO-VO als zulässig an. Die behauptete Rechtswidrigkeit sei präkludiert und der Antragstellerin drohe kein Schaden. Die Berücksichtigung der Personalkosten sei zulässig, was sich auch an dem erst ab 25. Dezember 2023 zu berücksichtigenden Art 5 Abs 4a PSO-VO zeige. § 17 Abs 3 AVG sei anwendbar und dadurch sei es zulässig, Aktenteile von der Akteneinsicht auszunehmen. Überdies sei § 337 BVerG 2018 zu beachten, der eine Spezialregelung zur Akteneinsicht im Rechtsschutzverfahren enthalte. Die Ausnahme bestimmter Unterlagen aus zwingenden Gründen eines Allgemeininteresses oder zum Schutz von technischen oder handelsbezogenen Betriebsgeheimnissen sei zulässig. Dies trage der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Rechnung. Das Recht auf ein faires Verfahren erlaube auch keine Einsicht in alle Unterlagen. Schließlich seien die Antragstellerin und die Zuschlagsempfängerin Konkurrenten auf dem österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarkt.

11. Am 11. Februar 2019 fand eine mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht. Sie hatte folgenden Verlauf:

CCCC , BBBB : Die Rahmenvereinbarung über die Lieferung der Elektrotriebwagenzüge wurde am 2. Dezember 2016 abgeschlossen. Der Abruf für die Elektrotriebwagenzüge im Rahmen des gegenständlichen Personenverkehrsdiene stevertrags erfolgte am 27. Dezember 2016. Die Lieferung der ersten Elektrotriebwagenzüge ist für den 31. März 2019 vertraglich vereinbart. Der Einsatz der ersten neuen Elektrotriebwagenzüge ist im Sommer 2019 zu erwarten, wenn die Abnahme der gelieferten Züge erfolgreich ist. Es ist noch im Gespräch mit dem Hersteller, in welcher Taktung die Züge geliefert werden. Derzeit werden Elektrotriebwagen der Baureihe XXXX , drei Einheiten Doppelstockzüge der Baureihe XXXX sowie zwei Wendezugseinheiten der Baureihe XXXX auf den von dem abgeschlossenen Verkehrsdiene stevertrag umfassten Verbindungen eingesetzt.

DDDD , SchIG: In dem Verkehrsdiene stevertrag vom 26. November 2018 ist vereinbart, dass die Neufahrzeuge grundsätzlich auf allen Strecken wie vorangekündigt einzusetzen sind. Bis 31. März 2020 darf auch noch der Bestandsfuhrpark eingesetzt werden.

CCCC : Bis 30. Juni 2019 müssen alle 21 aus der Rahmenvereinbarung abgerufenen Elektrotriebwagenzüge geliefert werden. Über die Details der Vereinbarung eines Zeitplanes für die Lieferung beim Abruf aus der Rahmenvereinbarung mache ich keine Angaben, weil es sich dabei um schützenswerte Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse handelt.

Herr Mag. Rüdiger SCHENDER, Rechtsvertreter der Antragstellerin: In der Verhandlung im Vorverfahren am 28 September 2016 hat die BBBB angegeben, dass sie kein Rollmaterial besitzt, das als Triebwagenzug den Anforderungen der Vorinformation entspricht.

DDDD : Nach meiner Information enthält der Verkehrsdiestevertrag vom 26. November 2018 Fahrpläne, die jenen in der Vorinformation entsprechen. Der Betrieb nach dem neuen Vertrag wurde mit dem Fahrplanwechsel 2018/2019 am 9. Dezember 2018 aufgenommen.

Herr Mag. Rüdiger SCHENDER: Wann ist mit dem Einsatz sämtlicher neuer Elektrotriebwagenzüge zu rechnen?

CCCC : Im Lauf des Jahres 2019 ist mit dem Einsatz sämtlicher neuer Elektrotriebwagenzüge zu rechnen.

Herr Mag. Rüdiger SCHENDER: In der Ausschreibung der Rahmenvereinbarung über die Elektrotriebwagenzüge, deren Lieferung derzeit erwartet wird, ist festgehalten, dass bis zu 150 Stück abgerufen werden können. Wie viele Elektrotriebwagenzüge wurden bisher aus dieser Rahmenvereinbarung abgerufen?

CCCC : Ich kann bestätigen, dass es über die 21 Elektrotriebwagenzüge für Vorarlberg hinaus weitere Abrufe gegeben hat. Ich kann jedoch hier keine detaillierteren Auskünfte geben.

Herr Mag. Rüdiger SCHENDER: Wurde das Initiativangebot der Antragstellerin vom 27. Jänner 2016 von der Auftraggeberin berücksichtigt oder geprüft?

DDDD : Nachdem es bei der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO keinen Drittbeziehungsanspruch gibt, gibt es von der SCHIG keinen Kommentar. Im Übrigen verweise ich auf das schriftliche Vorbringen.

Herr Mag. Rüdiger SCHENDER: Aus Sicht der AAAA ist die Frage, wie das an die Auftraggeberin gerichtete Initiativangebot im Zuge der Vergabeentscheidung der Direktvergabe behandelt wurde, von Relevanz, da die Vergabegrundsätze gemäß § 19 BVergG 2006 anzuwenden sind. Die Vergabegrundsätze verlangen die Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, des Diskriminierungsverbotes, des freien und lauteren Wettbewerbs und insbesondere der Gleichbehandlung aller Bewerber und Bieter. Diese Grundsätze sind in jedem Stadium des Vergabeverfahrens zu beachten, insbesondere bei der Zuschlagsentscheidung. Daher ist es von Relevanz, ob die Auftraggeberin das Angebot der Antragstellerin geprüft hat, und aus welchen Gründen die Auftraggeberin zur Ansicht gelangte, dass das Angebot der Antragstellerin nicht nur nicht zu berücksichtigen war, sondern darüber hinaus nicht einmal Verhandlungen mit der Antragstellerin aufgenommen wurden. Die Auftraggeberin hat daher gegen die Vergabegrundsätze verstößen und ist daher die Zuschlagserteilung rechtswidrig.

Herr Dr. Stefan ULLREICH, Rechtsvertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde: Aus Sicht der Antragsgegnerinnen ist diese Fragestellung weder Gegenstand des konkreten Vergabekontrollverfahrens, noch von Relevanz für die Entscheidung über die entsprechenden Anträge. Weiters wird darauf hingewiesen, dass die Antragstellerin ihren Beteiligungsanspruch bei Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO bereits im zugrundeliegenden Nachprüfungsverfahren zum Thema gemacht hat und darüber bereits mit Erkenntnis des BVwG vom 29.9.2016 abgesprochen wurde, weshalb jedenfalls eine res iudicata vorliegt. Im Übrigen ist die Frage des Beteiligungsanspruches bei solchen Direktvergaben bereits einhellig von der entsprechenden Judikatur des BVwG und des VwGH geklärt (es besteht eben kein solcher Beteiligungsanspruch Dritter) und wird in diesem Zusammenhang auf das Vorbringen unter Punkt VII E 2 der Stellungnahme der Antragsgegnerinnen vom 14.1.2019 verwiesen.

Die Parteien bringen nichts mehr vor.

II. Das Bundesverwaltungsgericht hat erwogen

1. Feststellungen (Sachverhalt)

1.1 Die Republik Österreich Bund vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie und das Land Vorarlberg beabsichtigten Verkehrsdiestleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Vorarlberg ab 9. Dezember 2018 neu zu beauftragen. Vertragspartnerin des Verkehrsunternehmens sollte die Schieneninfrastrukturdiestleistungsgesellschaft mbH werden. Zuständige Behörde iSd Art 2 lit b PSO-VO ist das Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie. Der CPV-Code des Auftrags ist 60210000-3 - Öffentlicher Schienentransport/öffentliche Schienenbeförderung. Der geschätzte Auftragswert lag mit ungefähr €

400 Mio für die gesamte Vertragslaufzeit im Oberschwellenbereich. Der Auftrag wurde in einem Verfahren der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO an die BBBB erteilt. (Auskunft der Auftraggeberin; Vorinformation; Unterlagen des Vergabeverfahrens)

1.2 Die Auftraggeberin veröffentlichte eine Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU vom 22. Juli 2016, 2016/S 140-253220. Diese lautet auszugsweise:

"...

Abschnitt II: Auftragsgegenstand

II.1) Beschreibung

II.1.1) Bezeichnung des Auftrags:

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

II.1.2) Art des Auftrags, vom öffentlichen Verkehrswesen abgedeckte(r) Bereich(e)

Dienstleistungskategorie Nr T-01: Eisenbahnverkehr

Vom öffentlichen Verkehrswesen abgedeckte Bereiche

Hauptort der Ausführung, Lieferung oder Dienstleistungserbringung:

Nr. T-01: Eisenbahnverkehr

NUTS-Code AT34,AT341,AT342

II.1.3) Kurze Beschreibung des Auftrags

Die Republik Österreich und das Land Vorarlberg beabsichtigen, 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 im Wege der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIGmbH) einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 direkt an die BBBB zu vergeben.

Beabsichtigter Auftragsgegenstand ist die Erbringung von S-PNV-Leistungen ab 9. Dezember 2018 auf folgenden Streckenabschnitten mit folgendem beschriebenen Systemangebot. Ein dem aktuellen Entwurfsstand entsprechender Musterfahrplan, der noch Änderungen in der Planung und trassentechnischen Umsetzbarkeit unterliegt, ist unter folgender Adresse ersichtlich:

<https://www.bmvit.gv.at/verkehr/nahverkehr/downloads/vergaben/at34.pdf>

Die angegebenen Kilometerwerte (km) beziehen sich auf Fahrplan-Kilometer pro Jahr:

Systemangebot auf der Linie S 1 Lindau-Bregenz-Feldkirch-Bludenz (rund 2 800 000 km p. a.):

S-Bahn-Grundtakt täglich: je Richtung 36 bzw. 38 Kurse;

S-Bahn-Grundtakt Mo-Fr: je Richtung 1 bzw. 2 Kurse;

S-Bahn-Grundtakt Wochenende: je Richtung 1 bzw. 2 Kurse;

REX-Grundtakt täglich: je Richtung 13 bzw. 14 Kurse;

REX-Fernverkehrszu- und -abbringer Feldkirch-Bregenz-(Lindau): ca. 8 Zugpaare.

zusätzliche Kurse in der Hauptverkehrszeit v. a. Mo.-Fr.: ca. 14 Verbindungen (z. T. nur auf Teilabschnitten)

Systemangebot auf der Linie S 2 Feldkirch-Buchs (rund 84 000 km p. a.):

S-Bahn Grundtakt Mo.-Fr.: 9 Zugpaare.

Systemangebot auf der Linie S 3 Bregenz-St. Margrethen (rund 247 000 km p. a.):

S-Bahn-Stundentakt täglich: 19 Zugpaare;

S-Bahn-Ergänzung zu 1/2-Stundentakt Mo.-Fr.: ca. 12 Zugpaare;

S-Bahn-Wochenende: 1 Zugpaar.

Systemangebot auf der Linie S 5 St. Margrethen - Dornbirn (rund 53 000 km p. a.):

S-Bahn Mo. - Fr. : 6 Zugpaare in der HVZ;

Die Betriebsaufnahme erfolgt mit Fahrplanwechsel nach Fertigstellung des Infrastrukturprojektes "St.Margrethen - Lauterach;

nahverkehrsgerechter Ausbau und Attraktivierung", derzeit geplant für 2020.

Insgesamt beträgt das Auftragsvolumen voraussichtlich rund 3,2 Mio km. p.a., davon rund 3,1 Mio km. p. a. zu Vertragsbeginn. Die genannten Systemangebote entsprechen den Zielsetzungen des Aufgabenträgers und sind vorbehaltlich der Beurteilung der Netzzugangsstelle für die Zugtrassenzuteilung zu verstehen. Verschiebungen der Zeitenlage oder ein Entfall von einzelnen vorgesehenen Kursen sind möglich und vorbehalten.

Die vom EVU zu erbringende Zugkilometerleistung unterliegt ausschließlich von der SCHIGmbH abzurufenden Anpassungen (Reduzierung, Ausweitung und Umschichtungen) aufgrund von laufenden Änderungen der Verkehrsbedürfnisse der Bevölkerung hinsichtlich geänderter demographischer, wirtschaftlicher oder infrastruktureller Rahmenbedingungen (z.B. geänderte Schulbeginnzeiten und -standorte, Veränderung der Arbeitsplatzsituation größerer Wirtschaftsstandorte; Nachfrageverlagerung im Bereich Freizeiteinrichtungen und Einkaufsstandorte; räumliche Verlagerungen im Zubringersystem, Entfall/Neuinbetriebnahme von Haltepunkten), insbesondere im Zuge des jährlichen Fahrplanwechsels. Solche Anpassungen der geschuldeten Leistung sind vertragsimmanente Erfüllungshandlungen.

Leistungsanpassungen in Zugkilometer sowie deren Auswirkungen auf den Abgeltungsbetrag dürfen nicht mehr als plus 10 % bzw. minus 10 % der Zugkilometerleistung oder des Auftragswerts des Gesamtangebotes (exklusive Valorisierung) betragen.

Für die Erbringung der Verkehrsdienste sind vorrangig (Ausnahmen bei einzelnen Kursen in der Hauptverkehrszeit sind möglich) elektrisch betriebene Nahverkehrszüge mit folgenden Eigenschafteneinzusetzen:

Sitzplatzkapazität: rund 300 Plätze;

Länge: rund 100 m;

Anzahl Türen: mindestens 8 pro Fahrzeugseite;

Breite Türen: rund 1 300 mm;

Einstiegshöhe: 600 mm über Schienenoberkante;

Höchstgeschwindigkeit: 160 km/h.

Zudem sollen die Fahrzeuge folgende Eigenschaften vorweisen:

Barrierefreiheit, Klimatisierung, Fahrgastinformationssysteme, Sanitäranlagen, Mehrzweckabteil, Zulassung für Österreich und Deutschland, optional Schweiz.

Auf den im Rahmen der Beauftragung zu erbringenden Leistungen sind grundsätzlich die Tarife der Verkehrsverbund Vorarlberg GmbH gültig. Über die Ausgabe von Fahrkarten zu unternehmensspezifischen Tarifen hat sich das Eisenbahnunternehmen gegebenenfalls mit dem Auftraggeber sowie der Verkehrsverbund Vorarlberg GmbH ins Einvernehmen zu setzen.

Die Vergabe des gegenständlichen Auftrages durch die zuständige Behörde ist mit Fahrplanwechsel 2028/2029 beschränkt. Der Auftraggeber behält sich eine vorzeitige Kündigung, unter Bedingungen, die im Rahmen der Vertragsverhandlungen fixiert werden, vor.

Da

1. § 141 Abs. 3 Bundesvergabegesetz 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 BBBB 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 die dafür erforderliche Kündigung der bisher vom Land vergebenen Leistungen ohne eine weitere direkte Beauftragung von gemeinwirtschaftlichen SPNV-

Leistungen vertragsrechtlich nicht möglich und

4. die Steigerung der Wirtschaftlichkeit und Qualität der bestehenden gemeinwirtschaftlichen SPNV-Leistungen auch in einem nachfolgend weiterhin direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag sichergestellt werden kann, entspricht die Wahl eines direkten Vergabeverfahrens an die BBBB 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. Diese beruht auf dem schrittweisen Einsatz qualitativ hochwertiger Neufahrzeuge während der Vertragslaufzeit und der Ausweitung des Qualitätsmanagements auf die nunmehr auch mitangekündigte und bisher vom Land bestellte Verkehrsleistung. In weiterer Folge wird dadurch ein einheitlicher Qualitätsstandard mit damit verbundenen Effizienzverbesserungen erreicht.

II.1.4) Gemeinsames Vokabular für öffentliche Aufträge (CPV)

60210000

...

II.2) Menge und/oder Wert der Dienstleistungen:

Fahrplanjahr (FJ) 2018/19 bis 2027/2028: bis zu rund 3 200 000 km. p. a., davon rund 3 100 000 zu Vertragsbeginn.

km öffentlicher Personenverkehrsleistung: 32000000

Geschätzter Wert ohne MwSt:

Spanne von 0 bis 999 999 999 999,99 EUR

II.3) Geplanter Beginn und Laufzeit des Auftrags oder Schlusstermin

Beginn: 9.12.2018

in Tagen: 120 (ab Auftragsvergabe)

II.4) Kurze Beschreibung der Art und des Umfangs der Bauleistungen

Abschnitt III: Rechtliche, wirtschaftliche, finanzielle und technische Angaben

III.1) Bedingungen für den Auftrag

III.1.1) Kostenparameter für Ausgleichszahlungen:

III.1.2) Informationen über ausschließliche Rechte:

Ausschließliche Rechte werden eingeräumt: nein

III.1.3) Zuteilung der Erträge aus dem Verkauf von Fahrscheinen:

An den Betreiber vergebener Prozentsatz: 0(%) (der verbleibende Anteil entfällt auf die zuständige Behörde)

III.1.4) Soziale Standards:

III.1.5) Gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen:

Spezifikationen:

Spezifikationen: Teilnahme am Verkehrsverbund Vorarlberg, Beitritt zu allen hierfür erforderlichen Verbundverträgen.

III.1.6) Sonstige besondere Bedingungen:

Für die Ausführung des Auftrags gelten besondere Bedingungen: ja

Der Vertrag wird als Bruttovertrag konzipiert, das Erlössrisiko liegt beim Auftraggeber.

III.2) Teilnahmebedingungen

III.2.1) Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit

III.2.2) Technische Anforderungen

III.3) Qualitätsziele für Dienstleistungsaufträge

**Beschreibung:** Mit dem Dienstleistungsauftrag wird ein umfassendes Qualitätsmanagement implementiert. Zielsetzung ist ein hohes Qualitätsniveau der bestellten Leistungen. Dafür werden zahlreiche Qualitätsparameter identifiziert, für welche Zielwerte vereinbart werden. Die Qualitätsparameter machen die Qualität der Leistungen nach einheitlichen Kriterien mess- und bewertbar. Bei der Definition und Messung der Qualitätskriterien wird grundsätzlich unterschieden in objektiv gemessene und subjektiv von den Fahrgästen wahrgenommene Qualität.

Die objektiv gemessenen Parameter werden entweder auf Grundlage von automatischen Messungen bewertet oder von geschulten Qualitätsprüfern erhoben. Diese ermöglicht die laufende Messung und Überwachung der Abwicklung des Zugverkehrs. Die subjektiv von den Fahrgästen wahrgenommene Qualität wird mittels standardisierter Fragebögen bei umfangreichen Kundenbefragungen erhoben.

**Information und Fahrkarten:** Es gelten die Tarifbestimmungen der Verkehrsverbund Vorarlberg GmbH

**Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit:**

**Zugausfälle:**

**Prämien und Sanktionen:**

**Sauberkeit des Fahrzeugmaterials und der Bahnhofseinrichtungen:**

**Befragung zur Kundenzufriedenheit:**

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

© 2026 JUSLINE

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

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