

TE Bvwg Erkenntnis 2019/5/13 W187 2163307-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 13.05.2019

Entscheidungsdatum

13.05.2019

Norm

AVG §17 Abs3
BVerGG 2006 §12 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §131
BVerGG 2006 §141 Abs3
BVerGG 2006 §141 Abs6
BVerGG 2006 §19 Abs1
BVerGG 2006 §2 Z42
BVerGG 2006 §2 Z50
BVerGG 2006 §2 Z8
BVerGG 2006 §2 Z9
BVerGG 2006 §23 Abs1
BVerGG 2006 §272
BVerGG 2006 §291
BVerGG 2006 §292 Abs1
BVerGG 2006 §3 Abs1 Z2
BVerGG 2006 §312 Abs3
BVerGG 2006 §312 Abs3 Z1
BVerGG 2006 §312 Abs3 Z3
BVerGG 2006 §312 Abs3 Z4
BVerGG 2006 §314
BVerGG 2006 §331 Abs1 Z1
BVerGG 2006 §331 Abs1 Z4
BVerGG 2006 §331 Abs2
BVerGG 2006 §331 Abs4
BVerGG 2006 §332
BVerGG 2006 §341 Abs2
BVerGG 2006 §41
BVerGG 2006 §6
B-VG Art. 133 Abs4

VwGVG §24 Abs1

VwGVG §28 Abs1

VwGVG §28 Abs2

VwGVG §31 Abs1

Spruch

W187 2163307-1/66E

W187 2163307-2/71E

W187 2163307-3/66E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch den Richter Mag. Hubert REISNER als Vorsitzenden, Dkfm. Dr. Johann HACKL als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Mag. Hagen PLEILE als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über die Feststellungsanträge der XXXX „[HR1]“ vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, gemeinsam mit CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauermanngasse 2, 1010 Wien, betreffend den Abschluss des Verkehrsdienstevertrags vom 7. Dezember 2018 mit der XXXX betreffend den Schienenpersonenverkehr (SNPV) in Kärnten der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, zuständige Behörde Republik Österreich Bund vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien vertreten durch die Finanzprokuratur, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, vom 19. Jänner 2019

I. beschlossen

A)

Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der XXXX, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "a. die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 07.12.2018 an die XXXX nach Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung rechtswidrig war", gemäß § 312 Abs 3 BVergG 2006 zurück.

B)

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

II. zu Recht erkannt:

A)

1. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der XXXX, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "b. die Erteilung des Zuschlags durch die Antragsgegnerin am 07.12.2018 an die XXXX wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangene Verordnung 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", ab.

2. Das Bundesverwaltungsgericht weist den Antrag der XXXX, das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass "c. die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung gemäß den §§ 131 bzw 272 BVergG 2006 wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war", ab.

B)

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

Text

ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsatz vom 4. Juli 2017 beantragte die XXXX „[HR2]“ vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 27. Juni 2017 und der damit getroffenen Wahl des

Vergabeverfahrens, die Nichtigerklärung der Entscheidung der Auftraggeberin vom 27. Juni 2017 und der damit getroffenen Wahl des Zuschlagsempfängers und den Ersatz der Pauschalgebühr sowie in eventu die Feststellung, dass das Vergabeverfahren in rechtswidriger Weise ohne entsprechende vorherige Bekanntmachung bzw ohne vorherigen Auftrag zum Wettbewerb durchgeführt wurde, die Feststellung, dass die Durchführung einer Vergabe ohne Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Nichtdiskriminierung wegen Verstoß gegen das BVergG, die hierzu ergangenen Verordnungen und des unmittelbar anwendbaren Unionsrechts rechtswidrig war, und jedenfalls die Nichtigerklärung des Vertrags, mit dem die Auftraggeberin die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die XXXX vergeben, sowie den Ersatz der Pauschalgebühr. Die Anträge betreffen das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Kärnten" der Auftraggeberin Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH, Lassallestraße 9b, 1020 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, sowie der zuständigen Behörde Republik Österreich, vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, sowie das Land Kärnten, vertreten durch den Landeshauptmann Dr. Peter KAISER, Arnulfplatz 1, 9021 Klagenfurt, und die Verkehrsverbund Kärnten GmbH, Am Bahnhofplatz 5, 9020 Klagenfurt. Sie beziehen sich auf die Presseaussendung (OTS) des BMVIT vom 27. Juni 2017. Dieser Nachprüfungsantrag ist zu W187 2163307-1 protokolliert.

1.1 Das Vergabeverfahren betreffe den gesamten Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Kärnten ab dem 9. Dezember 2018. Es sei beabsichtigt, sämtliche Leistungen im Wege einer Direktvergabe an die XXXX zu vergeben. Die Direktvergabe solle für den Zeitraum von zehn Jahren erfolgen. Die Antragstellerin wende sich gegen die Wahl des Vergabeverfahrens und die Wahl des Zuschlagsempfängers. Mit der Presseaussendung (OTS) des BMVIT vom 27. Juni 2017 sei erstmals die "gesondert anfechtbare Entscheidung" der Auftraggeber zum Ausdruck gebracht die gegenständlichen Leistungen direkt an die XXXX AG [HR3] vergeben zu wollen. Diese Entscheidung werde mit dem gegenständlichen Nachprüfungs- in eventu Feststellungsantrag angefochten. Aus der Erfahrung aus anderen Bundesländern müsse die Antragstellerin davon ausgehen, dass die Leistungen direkt vergeben werden sollten. Aus der Presseaussendung sei auf eine gänzliche Neuvergabe der Leistungen zu schließen. Sie sollten erstmals von Bund und Land Kärnten gemeinsam vergeben werden.

1.2 Es seien noch die Bekanntmachung ("Vorinformation") vom 30. Juni 2017 auf der Homepage des BMVIT und die Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 30. Juni 2017 nach außen in Erscheinung getreten. Die Vorinformation auf der Homepage des BMVIT enthalte auch Musterfahrpläne, aus denen sich ergebe, dass es im Vorfeld dieser Direktvergabe geheime, umfangreiche und detaillierte Vorabstimmungen zwischen den öffentlichen Auftraggebern und der XXXX gegeben habe. Es habe erst am 27. Juni 2017 einen Beschluss über ein gemeinsames Budget gegeben. Die Erstellung detaillierter Fahrpläne benötige eine Vorlaufzeit von zumindest ein bis zwei Jahren. Daraus gingen die geheimen, umfangreichen und detaillierten Vorabstimmungen zwischen den öffentlichen Auftraggebern und der XXXX AG [HR4] hervor. Die Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU lassen den gleichen Schluss zu.

1.3 Nach Darstellung des maßgeblichen Sachverhalts stellt die Antragstellerin die maßgeblichen Rechtsgrundlagen dar und führt zur behaupteten Rechtswidrigkeit wie folgt aus. Die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe verstoße gegen den Grundsatz der Transparenz, das Effizienzgebot und das Diskriminierungsverbot.

1.4 Selbst dort, wo die Möglichkeit zu einer Direktvergabe eröffnet sei, bedeute dies nicht, dass eine "freihändige Vergabe" oder "Hinterzimmervergabe" durch die vergebende Stelle zulässig sei. Die gegenständliche Vergabe sei schon lange zwischen den Auftraggebern und der Zuschlagsempfängerin abgestimmt worden. Dies sei schon aufgrund der Einjahresfrist des Art 7 Abs 2 PSO-VO unzulässig. Die Regelung verfolge den Zweck, dass Bewerber noch innerhalb der Frist ein Angebot abgeben könnten. Dies werde unterlaufen, wenn die Zuschlagserteilung inoffiziell bereits erfolgt sei. Die in Art 7 Abs 2 PSO-VO normierte Einjahresfrist sei nicht eingehalten worden, weshalb die gegenständliche Direktvergabe rechtswidrig und absolut unzulässig sei.

1.5 Da die konkreten Konditionen der gegenständlichen Vergabe und die Abrechnungsparameter für die verfahrensgegenständlichen Schienenpersonennah- und -regionalverkehrsdienstleistungen nicht veröffentlicht worden seien, könne nicht nachgeprüft werden, in welchem Ausmaß Angebote privater Mitbewerber kostengünstiger seien, weshalb ein Verstoß gegen das Transparenzgebot vorliege. Weiters verstoße die schrittweise Bekanntgabe gegen das Transparenzgebot. Auch der Rechtsschutz werde auf diese Art beeinträchtigt. Auch widersprächen die

Presseinformation und die Vorinformation einander inhaltlich.

1.6 Die Direktvergabe widerspreche auch dem Wettbewerbsprinzip, weil die sachlichen Anforderungen auf die XXXX zugeschnitten sei und durch die Vergabe an ein Unternehmen jeder Wettbewerb im Bundesland Kärnten ausgeschaltet sei.

1.7 Alle potentiellen Bieter seien gleich zu behandeln. Auch das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot sei zu beachten. Dagegen verstießen die Auftraggeber, indem sie trotz Kenntnis von der Leistungsbereitschaft der Antragstellerin und der Fähigkeit der Antragstellerin, die verfahrensgegenständlichen Leistungen kostengünstiger und qualitativ mindestens gleichwertig anzubieten, eine sachlich nicht gerechtfertigte Direktvergabe beabsichtigten.

1.8 Sollte eine "Bruttovergabe" vorliegen, liege ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip und das Effizienzgebot vor. Das Marktrisiko liege zur Gänze bei dem Auftraggeber.

1.9 Die Wiederzulassung der Direktvergabe durch den österreichischen Gesetzgeber nach Inkrafttreten der PSO-VO verstoße gegen europäisches Recht. Ziel der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO sei ein "Bestandsschutz", nicht ihre neuerliche Einführung in den Mitgliedsstaaten gewesen. Die PSO-VO normiere als Grundsatz die Vergabe in einem wettbewerblichen Verfahren. Im Verkehrssektor seien die Ziele der Verträge, ua die Öffnung der Märkte für den Wettbewerb zu verfolgen. Die Zulassung der Direktvergabe würde das bereits erreichte Niveau an Wettbewerb wieder absenken und verstoße daher gegen Unionsrecht. Daher seien die Auftraggeber nicht befugt, eine Direktvergabe durchzuführen, ohne andere potentielle Auftragnehmer in das Verfahren einzubeziehen.

1.10 Die Rechtswidrigkeit der Wahl des Auftragnehmers ergebe sich insbesondere aus der Tatsache, dass die gegenständliche Vergabe unter Ausschluss der Antragstellerin exklusiv mit der Zuschlagsempfängerin erörtert, geplant und vorbereitet worden sei und der Antragstellerin die Legung eines günstigeren Angebots nicht möglich gewesen sei. Die inoffizielle Zuschlagserteilung durch die "Hinterzimmervergabe" verletze Art 7 Abs 2 PSO-VO. Bei einer rechtskonformen Vergabe hätte der Auftrag an die Antragstellerin vergeben werden müssen.

1.11 Der Nachprüfungsantrag begehre die Nichtigerklärung der erstmals mit der Presseaussendung vom 27. Juni 2017 nach außen in Erscheinung getretenen Entscheidung der Auftraggeber, die genannten Leistungen ohne jedes wettbewerbliche Vergabeverfahren direkt an die Zuschlagsempfängerin zu vergeben. Die Anträge richteten sich gegen die Wahl des Vergabeverfahrens und des Zuschlagsempfängers. Der Antrag sei rechtzeitig, weil die Antragstellerin erstmals am 27. Juni 2017 von der Presseaussendung erfahren habe. Das Bundesverwaltungsgericht sei zuständig, da es sich um dem Bund zurechenbare Auftraggeber handle. Die Antragstellerin habe ein besonderes Interesse am Vertragsabschluss, weil sie die Verkehrsdienstleistungen selbst erbringen möchte und dazu in der Lage sei. Durch die rechtswidrige Vergabe an die Zuschlagsempfängerin entstehe der Antragstellerin ein Schaden. Die Antragstellerin sei in ihrem Recht auf Teilnahme, auf gesetzeskonforme Wahl des Vergabeverfahrens und Durchführung eines den unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der PSO-VO sowie den Grundfreiheiten der EU-Verträge entsprechenden, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens sowie in ihren Rechten aus der PSO-VO, insbesondere gemäß Art 7 Abs 2 und Abs 4 PSO-VO und Art 5 Abs 3 und 7 PSO-VO verletzt. Darüber hinaus sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Teilnahme an einem wettbewerblichen Verfahren zur Vergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen verletzt. Die Antragstellerin sei zudem in ihrem Recht auf Information (Transparenz) und Bietergleichbehandlung (Nichtdiskriminierung) verletzt. Die Rechtsverletzungen seien wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens, weil bei rechtmäßiger Führung des Verfahrens ein anderer Ausgang des Vergabeverfahrens, nämlich die Vergabe an die Antragstellerin zu erwarten sei. Es müsse ein förmliches wettbewerbliches Verfahren stattfinden. Die Antragstellerin regt ein Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung des Begriffs der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO und der Transparenzanforderungen der Art 7 Abs 2 und Abs 4 sowie Art 5 Abs 7 PSO-VO an.

2. Die Antragstellerin brachte am 4. Juli 2017 einen gleichartigen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag gegen die Bekanntmachung einer Vorinformation auf der Homepage des BMVIT am 30. Juni 2017 ein. Dieser Nachprüfungsantrag ist zu W187 2163307-2 protokolliert.

3. Die Antragstellerin brachte am 4. Juli 2017 einen gleichartigen Nachprüfungs- und Feststellungsantrag gegen die Bekanntmachung einer Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 30. Juni 2017 ein. Dieser Nachprüfungsantrag ist zu W187 2163307-3 protokolliert.

4. Am 5. Juli 2017 teilte die Schramm Öhler Rechtsanwälte OG, Bartensteingasse 2, 1010 Wien, mit, dass sie die XXXX , [HR5] in der Folge Zuschlagsempfängerin, vertrete und ersuchte um Zustellung zu ihren Händen.

5. Am 6. Juli 2017 nahmen die Auftraggeberin und die zuständige Behörde Stellung. Darin führen sie im Wesentlichen aus, dass das Bundesverwaltungsgericht zuständig sei, weil die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft m.b.H. den Vertrag abschließen wolle und damit Auftraggeberin sei. Das Land Kärnten wolle keinen Leistungsvertrag abschließen. Nur die Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO sei eine gesondert anfechtbare Entscheidung. Die "Vorinformation auf der Website des bmvit" und die "Presseaussendung des bmvit" seien keine gesondert anfechtbaren Entscheidungen und die Nachprüfungsanträge zurückzuweisen. Aus beiden Entscheidungen könne der Antragstellerin auch kein Schaden erwachsen. Sie könnten nicht für nichtig erklärt werden, weil beide nicht wesentlich für den Ausgang des Vergabeverfahrens seien. Sämtliche Feststellungsanträge seien unzulässig, weil noch kein Vertrag abgeschlossen worden sei. Weiters erteilten die Auftraggeberin und die zuständige Behörde allgemeine Auskünfte, kündigten die Vorlage der Unterlagen des Vergabeverfahrens an und nahmen zum Umfang der Akteneinsicht Stellung.

6. Am 6. Juli 2017 gab die Antragstellerin über Ersuchen die eigene Aktenzahl bekannt.

7. Am 11. Juli 2017 nahmen die Auftraggeberin und die zuständige Behörde Stellung. Darin führen sie nach einer Zusammenfassung in einem Management Summary, Ausführungen zur Beschränkung der Einsicht in den Schriftsatz durch die Antragstellerin wegen des Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen und einer Darstellung des Sachverhalts im Wesentlichen aus, dass Nachprüfungsverfahren einer Rechtmäßigkeitskontrolle und keiner Zweckmäßigkeitskontrolle dienen. Andere Kriterien dürften bei der Prüfung nicht herangezogen werden.

7.1 Nach Art 5 Abs 6 PSO-VO dürften öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt vergeben werden, die Voraussetzungen dafür seien, dass die Direktvergabe nach nationalem Recht nicht untersagt sei und der Auftraggeber eine Höchstlaufzeit von zehn Jahren einhalte. Es handle sich um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Die Vergabe unterliege ausschließlich der PSO-VO und nicht der RL 2014/24/EU. Sie sei ohne nationale Umsetzungsmaßnahmen direkt anzuwenden.

7.2 Art 5 Abs 6 räume der zuständigen Behörde neben dem wettbewerblichen Verfahren die Möglichkeit der Direktvergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr ein. Der Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe sei für den Eisenbahnverkehr nicht anzuwenden. Die Direktvergabe sei der Gegenbegriff zum wettbewerblichen Verfahren. Die Direktvergabe sei in Art 2 lit h PSO-VO als Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens zu verstehen sein. Das BVergG 2006 trage in § 141 Abs 3 BVergG der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art 5 Abs 6 PSO-VO Rechnung. Nach der Rechtsprechung des VwGH stehe die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO dem Auftraggeber zur Verfügung. Die Mitteilung der Europäischen Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO-VO erhebe werde den Anspruch, alle Bestimmungen erschöpfend abzudecken, noch würden dadurch neue Rechtsvorschriften geschaffen. Die Zuständigkeit zur Auslegung des Unionsrechts verbleibe jedenfalls beim EuGH. Die Richtlinien betonten jedenfalls, dass die Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO im Eisenbahnbereich zulässig sei. Mit der Einhaltung der Verpflichtungen gemäß Art 7 Abs 2 und 3 PSO-VO werde den Grundsätzen des Vertrags genüge getan. Zum selben Ergebnis kämen auch die Materialien zur BVergG 2006- Novelle 2010. Zum selben Ergebnis kämen auch das LVwG Wien und das BVergG.

7.3 Die Direktvergabe im Eisenbahnbereich sei nicht wieder zugelassen worden. Die PSO-VO sei am 3. Dezember 2009 in Kraft getreten. Sie sehe in Art 5 Abs 6 PSO-VO ein "opting out" vor. Der österreichische Gesetzgeber habe durch die "Nichtuntersagung" in § 141 Abs 3 BVergG 2006 klargestellt, dass die Direktvergabe im Eisenbahnbereich zulässig sein solle. Der Schwellenwert sei nicht anwendbar. So verweise § 141 Abs 3 BVergG 2006 auf die maßgebliche Regel der PSO-VO. Es könne daher von einer "Wiedereinführung" der Direktvergabe nicht die Rede sein.

7.4 Das Primärrecht verweise in Art 58 Abs 1 AEUV auf das Verkehrskapitel. Dies lege eine Ausnahme von der Dienstleistungsfreiheit fest. Diese müsse im Verkehr für jeden Verkehrsträger einzeln durch sekundäres Unionsrecht eingeführt werden. Da die Dienstleistungsfreiheit auf dem Gebiet des Verkehrs nicht per se unmittelbar wirksam sei, gälten die primärrechtlichen Prinzipien auch nicht im Bereich des Verkehrs. Die Grundfreiheit und damit das EU-Primärrecht fänden im Verkehrsbereich ohne sekundärrechtliche Marktöffnung keine Anwendung. Eine derartige sekundärrechtliche Marktöffnung im Eisenbahnbereich sehe die PSO-VO auch nicht vor. Im Verkehrsbereich sei der Binnenmarkt bisher nicht verwirklicht worden und es sei mit der Möglichkeit der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-

VO sogar eine explizite Ausnahme geschaffen worden. Daher ergäben sich aus dem EU-Primärrecht keine zusätzlichen Verfahrenserfordernisse, sodass die Regelungen der PSO-VO abschließend sei. Ein Rückgriff auf EU-Primärrecht sei daher weder notwendig noch zulässig. Die Auftraggeberin habe die Transparenzverpflichtungen eingehalten.

7.5 Die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 erfolge in einem dreistufigen Entscheidungsprozess. In der ersten Stufe bestehe eine Begründungspflicht zur Wahl der Direktvergabe aufgrund von sachlichen Erwägungen unter Berücksichtigung etwa des Anbietermarktes. In der zweiten Stufe erfolgten die Bekanntmachung nach Art 7 Abs 2 PSO-VO und die Entscheidung für einen bestimmten Betreiber, wobei diesbezüglich keine Bekanntmachungspflichten bestünden. Melde sich ein interessierter Betreiber, sei die zuständige Behörde nicht verpflichtet, eine wettbewerbliche Vergabe einzuleiten. Bei einer Direktvergabe sei schlichtweg kein wettbewerbliches Verfahren und keinerlei Drittbeteiligung vorgeschrieben. Die dritte Stufe beinhalte die Vertragsverhandlungen und den Vertragsabschluss mit dem ausgewählten Betreiber sowie abschließend die Bekanntmachung nach Art 7 Abs 3 PSO-VO. Die Behörde handle bei der Direktvergabe unionsrechtskonform. Es lägen sämtliche sachlichen Voraussetzungen vor.

7.6 Eine Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO solle einem Betreiber keine "Möglichkeit zur Angebotsabgabe" geben. Wenn ein interessiertes Unternehmen ein Angebot unterbreite, sei die zuständige Behörde nicht verpflichtet, diesen Betreiber und sein Angebot zu prüfen, ein neues wettbewerbliches Auswahlverfahren einzuleiten oder die Direktvergabe in ein solches überzuleiten. Es sei keine Drittbeteiligung vorgeschrieben. Dies ergebe sich aus der Entstehung der PSO-VO. Die Wahl der Direktvergabe sei endgültig und könne nicht durch spätere Initiativen weiterer Betreiber in Frage gestellt werden.

7.7 Es bestünden keine geheimen Zusagen oder gar abgeschlossene Verträge mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen. Vorgespräche seien jedenfalls zulässig. Von einer "Hinterzimmervergabe" könne auch aufgrund des Einhaltens der Vorschriften über die Vorinformation keine Rede sein.

7.8 Auch nach der Neufassung der PSO-VO sei die Direktvergabe zulässig. Art 5 Abs 6 PSO-VO sei auch nach der Novelle unverändert beibehalten worden und bliebe bis 24. Dezember 2023 anwendbar. Der neue Art 5 Abs 4a PSO-VO enthalte detaillierte Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Direktvergabe. Diese Voraussetzungen seien sekundärrechtliche Konkretisierungen und Präzisierungen der primärrechtlichen und daher notwendig generellen Prinzipien. Bei der Wahl der Direktvergabe handle es sich um eine gebundene Ermessensentscheidung der Behörde. Art 5 Abs 4a PSO-VO sei dahin zu verstehen, dass er auch bei möglichen wettbewerblichen Verfahren die Direktvergabe ermögliche. Es müsse auch nach der novellierten Fassung der PSO-VO nicht Wettbewerb um jeden Preis geben. Die Behörde müsse durch vertragliche Vorkehrungen den Verlust des Wettbewerbs ausgleichen und Leistungsvorgaben machen. Die in Art 5 Abs 4a PSO-VO genannten Kriterien müssten daher in einer abwägenden Gesamtbetrachtung die bessere Eignung der Direktvergabe erweisen. Die in Art 5 Abs 4a PSO-VO genannten Kriterien bezögen sich eher auf besondere Netzcharakteristika als auf besondere Merkmale des Schienenpersonenverkehrsmarktes. Die erforderliche abwägende Gesamtbetrachtung der besseren Eignung der Direktvergabe nach diesen Parametern sei durch die zuständige Behörde im vorliegenden Fall durchgeführt worden und sei diese bessere Eignung einer Direktvergabe aus den nachfolgenden Gründen jedenfalls als erfüllt anzusehen.

7.9 Als erster Schritt zur Realisierung der verkehrspolitischen Zielsetzung sei zwischen dem Bund und dem Bundesland Kärnten eine Harmonisierung des Bestellsystems für gemeinwirtschaftliche Schienenpersonenverkehrsleistungen vereinbart worden. Die Schienenpersonenverkehrsgesellschaft beauftrage für den Zeitraum 2019 bis 2018 im Bundesland Kärnten insgesamt zu erbringen gemeinwirtschaftliche Angebot bei dazu geeigneten Eisenbahnverkehrsunternehmen. Auf Grundlage der verkehrlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfung sei die Wahl der Direktvergabe erfolgt und durch ein Rechtsgutachten überprüft. Die Finanzierung sei zwischen Bund und Bundesland Kärnten vereinbart worden.

7.10 Der Verkehrsdienstvertrag des Bundes aus dem Jahr 2011 habe aufgrund der PSO-VO auf eine Leistungsbestellung umgestellt werden müssen. Er enthalte insbesondere das gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 vom Bund bereitzustellende Grundangebot im Schienenpersonennahverkehr bis 31. Dezember 2019. Daher sei die XXXX auf PSO-VO-konformer Grundlage monopolistischer Verkehrsdienstleister für aus dem Grundangebot finanzierte Schienenpersonenverkehre.

7.11 Der österreichische Verkehrsraum sein in Verkehrsverbundorganisationen hinsichtlich der Bundesländer organisiert. Die Bestellung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen erfolge durch die Länder oder durch

Verkehrsverbundorganisationen. Deshalb komme es in Österreich zu einer regionalen einheitlichen Tarifsystematik in den einzelnen Verkehrsverbänden. Bei den überregionalen Verbindungen komme fast ausschließlich das österreichweite Tarifsystem der XXXX zur Anwendung.

7.12 Derzeit bestehe in Österreich ein "duales Bestallsystem". Die Länder schlossen gemäß § 13 ÖPNRV-G 1999 Verträge mit Eisenbahnverkehrsunternehmen über Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen ab, die über das vom Bund gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 bereitzustellende Schienenpersonenverkehrsgrundangebot hinausgingen. Die Verträge in den einzelnen Bundesländern seien unterschiedlich ausgestaltet, aufgrund der Übergangsbestimmungen in Art 8 Abs 3 PSO-VO aber weiterhin verbindlich. Da das von den Ländern bestellte Zusatzangebot auf dem vom Bund bezahlten Grundangebot aufsetzten, seien sie nicht in der Lage, einen anderen Schienenpersonenverkehrsdienstleister zu beauftragen. Es habe sich gezeigt, dass das Bestellsystem umgestaltet werden müsse. Es müsse in ein System der Gesamtangebotsbestellung überführt werden, um wesentliche Synergieeffekte erzielen zu können. Es sei notwendig, die bisherigen Verträge in ein einheitlich geregeltes Vertragssystem überzuführen. Wesentlich seien die Vergabe und Abwicklung durch eine zentrale Stelle. Dies erleichtere auch die Einführung eines österreichweiten integrierten Taktfahrplans nach Schweizer Vorbild. Der vom Land Kärnten abgeschlossene Verkehrsdienstvertrag ende erst am 12. Dezember 2020. Eine Kündigung sei ohne Schaden für das Land nicht möglich. Eine Umstellung des Vertrags sei nur mit Zustimmung des betroffenen Verkehrsunternehmens möglich. Andernfalls wäre eine Neuvergabe unwirtschaftlich. Daher sei die Direktvergabe an die XXXX gerechtfertigt.

7.12 Die Personalstruktur der XXXX, die rund 58 % definitiv gestellte Dienstnehmer beschäftige, würde bei der Vergabe an ein anderes Verkehrsunternehmen für die zuständige Behörde Bund zu Kostenfolgen führen. Das damit verbundene Dienstrecht führe umgelegt auf Zugkilometer zu einem Produktionskostennachteil. Gleiches gelte für das Pensionsrecht. Insgesamt ergebe sich ein Nachteil der zuständigen Behörde Bund, wenn die XXXX in einem wettbewerblichen Verfahren Lose verliere. Eine Unterschreitung des Zugkilometerpreises in einem Ausmaß, das diese Kosten kompensiere, sei nach einer eingeholten Studie am Markt nicht zu erreichen. Überdies würde es dazu führen, dass der Bund über die Pensionskosten die Verkehrsleistungen der Länder mitfinanziere. Der Überbindung der Dienstverhältnisse auf einen neuen Betreiber würden unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstehen und sei gemäß § 3 AVRAG nicht möglich. Die betroffenen Bediensteten müssten einem allfälligen Übergang ihres Arbeitsverhältnisses vorab zustimmen. Ein Vertrag zu Lasten Dritter sei unwirksam. Es könne nicht zu einer Schmälerung der Ansprüche der betroffenen Dienstnehmer kommen. In diesem Fall sei nicht zu erwarten, dass ein Nachfolgebetreiber zu niedrigeren Kosten anbieten könne. Eine wettbewerbliche Vergabe könne nur zu höheren Kosten für den Bund führen. Auch aus diesem Grund sei die Direktvergabe besser geeignet als eine Vergabe im wettbewerblichen Verfahren und daher zulässig.

7.13 Das Schienenpersonenverkehrsnetz in Kärnten sei durch eine fahrplanmäßige Vernetzung mit Auswirkungen auf das Netz in anderen Losen, die Tarifintegration des österreichischen Schienenpersonenverkehrs und die Verschiebbarkeit und Verschiebung des Rollmaterials gekennzeichnet. Es sei wegen der Integration des Fernverkehrs vorteilhaft, wenn das Verkehrsunternehmen die Leistungen erbringe, das die Verbindungen nach Osttirol, über die Tauernstrecke und über den Neumarkter Sattel hinausgehend betreibe. Der Taktfahrplan sei leichter umzusetzen. Bei einer genauen Vorgabe der Fahrpläne und der zu erbringenden Leistungen bleibe ein reiner Preiswettbewerb. Die Koordination werde erschwert, weil ein Bieter Alternativen anbieten könne, die Auswirkungen auf andere Lose hätten. Dies erzeuge neuerlichen Koordinationsaufwand, der bei einer Direktvergabe an die XXXX vermieden werde. Eine Tarifintegration in den von der XXXX betriebenen Fernverkehr sei nur mit deren Zustimmung möglich. Mit dem Fahrplanwechsel 2019/2020 sollten neue Elektrotriebwagen zum Einsatz kommen. Diese und das frei werdende Rollmaterial ließen sich bei einer Vergabe an die XXXX leichter verschieben.

7.14 Die von der Schieneninfrastrukturgesellschaft beauftragten Schienenpersonenverkehrsleistungen würden seit 2011 einem strukturierten Qualitätssystem unterworfen. Diese zeige eine steigende Qualität. Es könne und solle für einen Nachfolgevertrag herangezogen werden. Maßnahmen wie die Senkung der Toleranzwerte für als pünktlich gewertete Züge, Hebung der Zielwerte für Qualitätskategorien wie Fahrgastinformation im Störfall, Einführung einer Anschlusssicherung für verspätete Züge etc seien zweifellos derartige Verbesserungen. Damit sei die Anforderung des Art 5 Abs 4a PSO-VO erfüllt und die Direktvergabe an die XXXX gerechtfertigt.

7.15 Nach Art 7 Abs 2 PSO-VO seien Abrechnungsparameter nicht zu veröffentlichen. Die im Rahmen der Vorinformation genannten Daten seien jedenfalls korrekt. Die Wahl der Direktvergabe beruhe auch auf

volkswirtschaftlichen Kosten. Es läge keine "Hinterzimmervergabe" vor. Die Vorinformation enthalte alle in Art 7 Abs 2 PSO-VO geforderten Angaben. Es sei noch Vertrag abgeschlossen worden. Die Beschreibung der zu erbringenden Leistung sei durch die Vorlage von Musterfahrplänen erfolgt. Es handle sich um einen "Nettovertrag", nicht um einen "Bruttovertrag". Art 4 Abs 2 PSO-VO stelle der zuständigen Behörde ausdrücklich frei, ob sie einen "Nettovertrag" oder einen "Bruttovertrag" vergebe. Da das Bundesverwaltungsgericht kein letztinstanzliches Gericht sei, bestehe kein Anspruch auf Stellung eines Vorabentscheidungsersuchens. Auch die Kriterien für diese Verpflichtung seien nicht erfüllt. Die Rechtslage sei klar. Die Auftraggeberin und die zuständige Behörde beantragen, die Nachprüfungsanträge zurück-, in eventu abzuweisen sowie die Feststellungs-, Nichtigerklärungs- und sonstigen Anträge zurück-, in eventu abzuweisen.

8. Am 11. Juli 2017 legte die Auftraggeberin die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor.

9. Mit Schriftsatz vom 14. Juli 2017 erhob die Zuschlagsempfängerin begründete Einwendungen. Darin bestritt sie das Vorbringen der Antragstellerin, soweit sie es nicht ausdrücklich aus Streit stellte.

9.1 Da die Zuschlagsempfängerin durch den Ausgang des Nachprüfungsverfahrens nachteilig betroffen sei und von den Nachprüfungsanträgen am 4. Juli 2017 verständigt worden sei, seien die begründeten Einwendungen jedenfalls zulässig.

9.2 Da die Schieneninfrastrukturgesellschaft m.b.H. Vertragspartnerin werden solle, sei das Bundesverwaltungsgericht zuständig.

9.3 Die Antragstellerin sei wirtschaftlich nicht ausreichend leistungsfähig, um die gesamte Leistung erbringen zu können. Die Nachprüfungsanträge seien daher mangels Antragslegitimation zurückzuweisen. Die Antragstellerin habe im Jahr 2014 3,35 Mio Zugskilometer geleistet. Der Auftrag umfasse zwischen 5,1 und 5,4 Mio Zugskilometer und übersteige die Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bei Weitem. Das Projektrisiko sei zu hoch.

9.4 Nach Art 5 Abs 6 PSO-VO sei die Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen zulässig. § 141 Abs 3 BVergG 2006 lasse Art 5 Abs 6 PSO-VO unberührt. Dies habe auch die Rechtsprechung bestätigt. Bei einer Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO bestehe kein Anspruch weiterer Interessenten auf Beteiligung. Andere Voraussetzungen als die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen enthalte Art 5 Abs 6 PSO-VO nicht. Dabei handle es sich entgegen dem Vorbringen der Antragstellerin nicht um ein wettbewerbliches Vergabeverfahren. Diese Sicht sei auch mit dem Primärrecht vereinbar. Die von der Antragstellerin herangezogene Rechtsprechung sei auf den gegenständlichen Fall nicht anwendbar, weil sie vor der Erlassung der PSO-VO ergangen sei und die im Verkehrsbereich nicht anwendbare Dienstleistungsfreiheit auslege. Die PSO-VO enthalte gegenüber dem AEUV Spezialregelungen, denen jeder Inhalt genommen werden, wenn man sie durch die primärrechtliche Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs wieder "auffülle". Auch die Leitlinien der Kommission ließen keinen Zweifel, dass es bei der Direktvergabe nicht um ein wettbewerbliches Verfahren handle. Als Ausgleich sähe Art 6 PSO-VO besonders strenge beihilfenrechtliche Regelungen vor. Direktvergabe im Eisenbahnverkehr seien daher unionsrechtskonform und in zahlreichen Staaten Europas Usus. Die Anforderungen des Art 7 Abs 2 PSO-VO an die Vorinformation gälte für wettbewerbliche Vergabeverfahren und für Direktvergaben. Ein potentieller Betreiber müsse kein Angebot abgeben können. Die notwendigen Informationen in einer Vorinformation seien sekundärrechtlich abschließend in Art 7 Abs 2 PSO-VO geregelt. Ein potentieller Betreiber müsse kein Angebot, sondern lediglich eine Interessenbekundung abgeben können. Es solle auch keine Effizienzkontrolle ermöglicht werden. Daher müssen auch keine Parameter der Abgeltung der Leistung veröffentlicht werden. Ein potentieller Betreiber müsse die Möglichkeit erhalten, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen oder den Auftraggeber umzustimmen. Hätte der Gesetzgeber die Abgabe eines Initiativangebots ermöglichen wollen, hätte er in der Vorinformation wesentlich detailliertere Angaben vorsehen müssen. Damit sei auch im Lichte des Erwägungsgrundes 30 zur PSO-VO ausreichende Transparenz hergestellt. Die Vorinformation enthalte jene Angaben, die es einem Bieter ermöglichten, ein Initiativangebot zu erstellen. Der Musterfahrplan beruhe nicht auf Vorabstimmungen. Es dürften jedoch Gespräche stattfinden, lediglich der Zuschlag dürfe frühestens ein Jahr nach der Vorinformation erteilt werden. Es sei keine Zusage über den Zuschlag erteilt werden. Der Vertrag sei als Nettovertrag konzipiert, sodass das Erlösrisko beim Auftragnehmer liege. Die Direktvergabe habe keine negativen Folgen. Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sei ausschließlich die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Vorgangsweise des Auftraggebers. Kriterien wie die Zweckmäßigkeit, Effizienz, Kosteneinsparung, Sinnhaftigkeit, Wirtschaftlichkeit und dergleichen seien daher nicht als Maßstab heranzuziehen.

Auch wenn die PSO-VO die Direktvergabe nicht an sachliche Gründe knüpfe, lägen diese vor. Es sei zu erwarten, dass auch der neue Vertrag die zu erbringende Leistung und Qualität genau definieren werden, zahlreiche Effizienzreize und umfassende Pönalebestimmungen enthalten werde. Somit sei eine Qualitätsverbesserung zu erwarten. Die Zuschlagsempfängerin beantragt, die Anträge der Antragstellerin zurück-, in eventu abzuweisen.

10. Mit E-Mail vom 18. Juli 2017 erklärte die Zuschlagsempfängerin, dass die mehrfach eingebrachten begründeten Einwendungen ident und die Mehrfacheinbringung ein Fehler des WebERV-Systems seien.

11. Mit Schriftsatz vom 14. August 2017 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin stellte sie die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts außer Streit und regte die Verbindung der Verfahren an. Grundsätzlich seien sämtliche Anfechtungsgegenstände zulässig. Die Antragstellerin regte an, zuerst die Nachprüfungsanträge und danach die Feststellungsanträge zu prüfen. Sie führte aus, dass ein Recht auf vollständige Akteneinsicht habe. Die Vorabstimmung zwischen der Auftraggeberin, der zuständigen Behörde und der Zuschlagsempfängerin sei unzulässig, eben eine "Hinterzimmervergabe". Die Personalstruktur der Zuschlagsempfängerin sei bei der Wahl der Direktvergabe keinesfalls zu berücksichtigen. Die Versetzung von Mitarbeitern in die Pension sei keinesfalls erforderlich. Kärnten mache keinesfalls mehr als 42 % der Kapazitäten der Zuschlagsempfängerin aus. Die frei werdenden definitiv gestellten Mitarbeiter könnten an anderer Stelle im Konzern eingesetzt werden. Die Antragstellerin sei grundsätzlich bereit, Mitarbeiter zu übernehmen. Die Zuschlagsempfängerin genieße aufgrund ihrer Monopolstellung Wettbewerbsvorteile bei der Wartung, bei bestehenden Einrichtungen und der Beschaffung von rollendem Material. Die Berücksichtigung der Personalstruktur sei rechtlich verfehlt. Der administrative Kostenmehraufwand sei bei der verfahrensgegenständlichen Vergabe vernachlässigbar. Die Zuschlagsempfängerin könne die durch den Verlust von Losen frei werdende Ressourcen umschichten. Es sei nur jene Zahlung zu berücksichtigen, die unmittelbar notwendig seien, um die beauftragten Leistungen zu erhalten. Mittelbare Folgewirkungen seien nicht zu berücksichtigen. Die Antragstellerin beabsichtige, die erbrachten Zugkilometer von 3,6 Mio pro Jahr auf zumindest 6,8 Mio im Jahr 2018 zu steigern. Die Formel für das Projektrisiko sei nicht auf den Schienenpersonenverkehrsdienstleistungsmarkt anwendbar. Die Antragstellerin sei auch technisch leistungsfähig. Der Antragstellerin entstehe durch die Vergabe an die Zuschlagsempfängerin ein Schaden in der Höhe des mit den Leistungen zu erwirtschaftenden Gewinns von zumindest 2 % des Auftragsvolumens. Die Antragstellerin hält ihre Anträge aufrecht.

12. Mit E-Mail vom 16. August 2017 legte die Antragstellerin die Bg. /12 zu ihrem Nachprüfungsantrag vollständig vor und erläuterte die Beilagen zu den drei Nachprüfungsanträgen.

13. Mit E-Mail vom 17. August 2017 teilte die Zuschlagsempfängerin mit, dass die Beilagen zu den begründeten Einwendungen nicht vertraulich seien.

14. Mit Schreiben vom 1. August 2017, beim Bundesverwaltungsgericht am 18. August 2017 eingelangt, teilte das Land Kärnten vertreten durch den Landeshauptmann Dr. Peter KAISER, Arnulfplatz 1, 9021 Klagenfurt, in der Folge Erstbeteiligter, mit, dass es nicht Auftraggeber und damit nicht Antragsgegner der Nachprüfungsanträge sei. Aus verkehrsplanerischen Gründen sei die Neuvergabe aller Schienenpersonenverkehrsleistungen im Bundesland Kärnten notwendig geworden. Nach Abschluss der verkehrlichen (Grob-)Planung, der rechtlichen und wirtschaftlichen Abschätzung, der Wahl des geplanten Vergabeverfahrens der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO sei die Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO erfolgt. Auftraggeberin sei die Schieneninfrastrukturgesellschaft m.b.H. Diese solle den in der Vorinformation angekündigten Dienstleistungsvertrag mit den Eisenbahnverkehrsunternehmen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließen. Das Land Kärnten werde im konkreten Fall mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen keinen Leistungsvertrag abschließen, sondern sei mit der zuständigen Behörde BMVIT ein "Memorandum of Understanding (MoU)" zur gemeinsamen Gesamtangebotsvergabe über die Schieneninfrastrukturgesellschaft m. b.H. unterzeichnet worden. Daher könne das Land Kärnten keinen Vergabeakt übermitteln. Es sei nur eine Kostenbeteiligung des Landes Kärnten festgelegt worden. Daher sei das Bundesverwaltungsgericht zuständig. Der Erstbeteiligte schließt sich der Stellungnahme der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde an.

15. Mit Schriftsatz vom 1. September 2017 nahm die Antragstellerin erneut Stellung. Darin bestritt sie das Vorbringen der anderen Verfahrensparteien, soweit sie es nicht ausdrücklich aus Streit stellte. Sie stellte die Zuständigkeit des Bundesverwaltungsgerichts außer Streit. Die Stellungnahme des Erstbeteiligten beziehe sich auf das "Memorandum of Understanding". Dieses sei vorzulegen und der Antragstellerin Akteneinsicht zu gewähren. Die Vorinformation sei

widersprüchlich, weil sie sowohl den Bund, das Land Kärnten und die Schieneninfrastrukturgesellschaft m.b.H. nenne und nicht klar erkennbar sei, wer Auftraggeber sei. Deshalb habe die Antragstellerin auch die übrigen als Antragsgegner genannt. Die Antragstellerin hielt ihre Anträge aufrecht.

16. Mit Schriftsatz vom 4. September 2017 nahm die Zuschlagsempfängerin Stellung.

16.1 Der Antragstellerin könne kein Schaden drohen, weil die Auftraggeberin zulässigerweise die Verkehrsdiensteverträge im Wege der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO vergebe sie kein subjektives Recht auf Teilnahme daran habe, wodurch ihr aus diesem Grund kein Schaden entstehen könne. Die Vergabe der strittigen Leistungen im Wege der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO sei zulässig, was sich aus dem Schreiben der Europäischen Kommission vom 25. Juni 2009 und der Rechtsprechung ergebe. Es bestehe kein Anspruch der Antragstellerin auf Beteiligung am Verfahren der Direktvergabe. Der Inhalt der Vorinformation sei in Art 7 Abs 2 PSO-VO abschließend definiert. Damit sei den Grundsätzen des Vertrags Genüge getan.

16.2 Es sei keine unzulässige Vorabstimmung erfolgt. Die Vorinformation nach Art 7 Abs 2 PSO-VO müsse spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe erfolgen. Gespräche dürften bereits vor Veröffentlichung der Vorinformation und auch innerhalb der Einjahresfrist erfolgen. In dem Entwurf der PSO-VO aus dem Jahr 2002 sei die Abgabe von Alternativangeboten anderer Betreiber vorgesehen gewesen. Dazu müsse dem Auftraggeber ein Angebot vorliegen. Potentielle Betreiber sollten auf die Bekanntmachung in der Form einer Interessenbekundung reagieren können. Art 5 Abs 4a PSO-VO zeige auch, dass Gespräche stattfinden dürften. Es seien Angaben zu veröffentlichen, die erst nach Gesprächen bekannt sein könnten. Bei der Vorankündigung einer Direktvergabe handle es sich nicht um den Startschuss für ein wettbewerbliches Verfahren. Gespräche seien daher bereits vor der Veröffentlichung einer Vorinformation zulässig.

16.3 Es sei zulässig, Personalkosten zu berücksichtigen. Von der Übernahme von Personal der Zuschlagsempfängerin durch die Antragstellerin, sei ihr nichts bekannt. Es bedürfe jedenfalls der Zustimmung der betroffenen Mitarbeiter. Bei der Beschaffung komme es nur darauf an, wie viele Fahrzeuge das Unternehmen beschaffe, nicht wie viele es bereits habe. Die Pflicht zum Wettbewerb ende dort, wo der Auftraggeber sich finanziell selbst schaden würde. Die Umschichtung von Mitarbeitern sei illusorisch. Zuschlagskriterien sehe Art 5 Abs 4a PSO-VO nicht vor. Es dürften sehr wohl andere Kosten als die unmittelbaren Kosten der Leistung berücksichtigt werden. Bei den Pensionslasten des Bundes handle es sich um unmittelbare Folgewirkungen. Die zusätzlichen Steuereinnahmen würden voraussichtlich nicht erzielt werden.

16.4 Schwärzungen in den Schriftsätzen seien zulässig. Das Gericht dürfe seine Entscheidung auch auf Informationen stützen, die von der Akteneinsicht ausgenommen gewesen seien. Bei Schwärzungen handle es sich um zulässige Ausnahmen von der Akteneinsicht gemäß § 17 Abs 3 AVG. Bei der Vorlage von Unterlagen könnten Parteien gemäß § 314 BVergG 2006 verlangen, bestimmte Angaben von der Akteneinsicht auszunehmen. Damit werde der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs Rechnung getragen. Das Recht auf ein faires Verfahren begründe keinen Anspruch auf unbegrenzten und uneingeschränkten Zugang zu allen Informationen im Vergabekontrollverfahren. Die Antragstellerin habe kein Recht, auf Einsichtnahme in die in der Stellungnahme der Zuschlagsempfängerin geschwärzten Informationen. Zu berücksichtigen sei, dass die Antragstellerin und die Zuschlagsempfängerin Konkurrenten auf dem österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarkt seien.

17. Mit Telefax vom 11. September 2017 nahm die Verkehrsverbund Kärnten GmbH, Am Bahnhofplatz 5, 9020 Klagenfurt, Stellung. Sie werde im Zuge der gegenständlichen Vergabe weder im eigenen Namen noch im Namen des Landes Kärnten als Besteller fungieren und auch keinen Dienstleistungsauftrag mit einem Eisenbahnunternehmen abschließen. Es würden keinerlei Zahlungen aus eigenen oder seitens des Landes Kärnten zur Verfügung gestellten Finanzmitteln an das Eisenbahnunternehmen geleistet werden. Sie sehe sich von dem Antrag in keiner Weise betroffen und daher nicht als Partei.

18. Am 14. September 2017 nahm die Antragstellerin erneut Stellung.

18.1 In einem Parallelverfahren habe das Bundesverwaltungsgericht der Antragstellerin die Antragslegitimation zugestanden. Die Entscheidung über die Wahl der Direktvergabe sei eine gebundene Ermessensentscheidung. Art 5 Abs 6 PSO-VO sei eine Ausnahme. Die Auftraggeberin habe in der Vergangenheit noch keine Leistungen in einem wettbewerblichen Verfahren vergeben. Daher sei die Direktvergabe unzulässig. Außerdem verstoße sie gegen die Grundsätze des im Jahr 2011 geschlossenen Verkehrsdienstevertrag. Der Wettbewerbsgrundsatz sei fest im

europäischen Recht verankert. Eisenbahndienstleistungen seien schon nach der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie nicht vom Wettbewerbsgrundsatz ausgenommen. Die Auftraggeberin seien schon aus vergaberechtlichen Gründen und aus Gründen des Europäischen Primärrechts bei der Vergabe von Eisenbahndienstleistungen immer und jedenfalls zur Durchführung sogenannter "nicht förmlicher Vergabeverfahren" verpflichtet. Diesem Begriff komme bei der Auslegung der Direktvergabe in Art 5 Abs 6 PSO-VO entscheidendes Gewicht zu. In Deutschland habe sich die wettbewerbliche Vergabe in der Praxis und in der Rechtsprechung durchgesetzt. Die Frage der Zulässigkeit der Direktvergabe stelle sich im Einzelfall. Bei der Direktvergabe handle es sich um einen rechtfertigungsbedürftigen Ausnahmefall. Bei der Direktvergabe seien die auf EU-Primärrecht beruhenden Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu beachten. Es sei ein nicht förmliches Vergabeverfahren durchzuführen, das die Elemente des Aufrufs zum Wettbewerb im EU-Amtsblatt mit kurzer Leistungsbeschreibung und angemessener Frist zur Interessensbekundung, der Prüfung von Interessensbekundungen, gegebenenfalls der Auswahl mehrerer Verhandlungspartner, der Durchführung nichtdiskriminierender Verhandlungen und der Bekanntmachung über die Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt enthalte. Praktisch erlaube der Begriff "Direktvergabe" keine Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen, die vorher nicht so transparent und rechtzeitig angekündigt worden seien, dass Wettbewerbern die Möglichkeit gegeben werde, eine eigene, begründete Entscheidung über die Abgabe einer Interessenbekundung und gegebenenfalls eines Angebots zu treffen, die inhaltlich so "zugeschnitten" sei, dass die Beauftragung von Wettbewerbern zumindest mit Teillosen faktisch ausgeschlossen sei, und bei dem das Verfahren so ausgestaltet sei, dass es einer rechtsstaatlichen Kontrolle rechtlich oder tatsächlich entzogen sei. "Direktvergaben" im Sinne des Art 5 Abs 6 PSO-VO seien also "nicht förmliche Vergabeverfahren". Die Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs sei also mit Art 5 Abs 6 PSO-VO schlechthin unvereinbar. So sei auch Art 2 lit h PSO-VO zu verstehen. Eine Behörde, die die Grundsätze von Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung achte, habe bei zutreffender Würdigung der Angebotspotentiale im österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarkt zulässigerweise nicht zu dem Ergebnis kommen können, dass für die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens im Sinne des Art 5 Abs 3 PSO-VO im vorliegenden Fall nicht auch andere Wettbewerber des als Vertragspartner für die Direktvergabe vorgesehenen Unternehmens für den zu vergebenden öffentlichen Dienstleistungsauftrag als Auftragnehmer in Betracht kommen würden. Die Veröffentlichung müsse alle Angaben enthalten, die es einem potentiellen Mitbewerber ermöglichen, ein wettbewerbsfähiges Angebot zu erstellen. Durch die Festlegung auf die Zuschlagsempfängerin würden potentielle Mitbewerber von der Angebotslegung ausgeschlossen. Es gebe keine sachlich gerechtfertigten Gründe für die von der Auftraggeberin beabsichtigte Ausschaltung jeglichen Wettbewerbs. Die Wahl der Direktvergabe enthalte einen Ermessensfehler. Die Auftraggeberin müsse das Verfahren der "Direktvergabe" als "nicht förmliches Vergabeverfahren" ausgestalten. Sie müsse potentiellen Bietern ermöglichen, ihr Interesse zu bekunden und ein Angebot zu legen. Jedenfalls sei die exklusive Festlegung auf die Zuschlagsempfängerin unzulässig.

18.2 Es sei unzulässig, dass der österreichische Gesetzgeber im Zuge der BVergG-Novelle 2009 die Direktvergabe wieder zugelassen habe. Diese Novelle habe der Direktvergabe entgegenstehendes nationales Recht wieder aufgehoben. Das österreichische Recht habe die Direktvergabe bis zur BVergG-Novelle 2009 nicht zugelassen. Die Änderung durch die BVergG-Novelle 2009 verstoße gegen europäisches Recht. Die Schaffung eines einheitlichen Binnenmarktes sei ein Ziel der Europäischen Union. Dazu gehöre die Liberalisierung des Eisenbahnmarktes. Art 5 Abs 6 PSO-VO sei in Österreich unanwendbar. Die PSO-VO unterscheide nicht zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen. Sollten die Dienstleistungen als solche iSd § 41 BVergG 2006 zu qualifizieren sein, wäre die Direktvergabe unzulässig. Die Auftraggeberin hätte den Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe gemäß Art 5 Abs 3 PSO-VO beachten müssen.

18.3 Selbst im Fall der uneingeschränkten Anwendbarkeit des Art 5 Abs 6 PSO-VO wäre die gegenständliche Direktvergabe unzulässig. Art 5 Abs 1 PSO-VO stelle klar, dass die Vergaberichtlinien Vorrang genießen. Der österreichische Gesetzgeber habe bei Inkrafttreten der PSO-VO das höhere Niveau des BVergG beibehalten. Art 5 PSO-VO verweise auf nationales Recht. § 141 Abs 3 BVergG 2006 verweise auf die Bestimmungen der PSO-VO. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofes ergäben sich aus § 141 Abs 2 BVergG zusätzliche gesetzliche Voraussetzungen, ohne deren Einhaltung eine Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO in Österreich nicht zulässig sei: die Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot, der Grundsatz eines Verfahrens mit mehreren Unternehmen, ein angemessener Grad an Öffentlichkeit des Verfahrens sowie der Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs. Die beabsichtigte Direktvergabe entspreche keinen einzigen dieser gesetzlich normierten Kriterien.

18.4 Die Europäische Kommission habe eine Leitlinie zur Auslegung der PSO-VO veröffentlicht. Sie habe ausgeführt, dass Aufträge gemäß Art 5 Abs 3 PSO-VO grundsätzlich in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben seien. Aufträge, die gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO vergeben würden, seien nicht von der Einhaltung der Grundsätze des AEUV ausgenommen. Die Ausnahme des Art 5 Abs 6 PSO-VO sei restriktiv auszulegen.

18.5 Die Kriterien des Art 125 Abs 5 B-VG für die Prüfung durch den Rechnungshof, insbesondere der Sparsamkeit, Wirtschaftlichkeit und Zweckmäßigkeit, gälten als Handlungsmaximen für die gesamte Verwaltung. Aus Art 7 B-VG und Art 2 StGG ergebe sich ein allgemeines Diskriminierungsverbot für die gesamte Verwaltung auch bei nichthoheitlichem Handeln. Damit bewirke die Nichtberücksichtigung des Effizienz- und Transparenzgebotes sowie ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot die Unzweckmäßigkeit und die die Rechtswidrigkeit der Vergabe.

18.6 Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des Art 7 Abs 2 PSO-VO liege darin, dass die Ausschreibungsbedingungen zwischen der öffentlichen Auftraggeberin und der Zuschlagsempfängerin lange vor der ersten nach außen in Erscheinung getretenen Auftraggeberentscheidung detailliert abgestimmt worden seien und im Rahmen einer solchen unzulässigen geheimen "Hinterzimmervergabe" eine inoffizielle Zuschlagserteilung an die Zuschlagsempfängerin erfolgt sei. Markterkundungen seien zulässig. Die Einhaltung einer "harten" Einjahresfrist sei geboten. Aus der Presseaussendung ergebe sich, dass der Zuschlagsempfänger bereits vor der Veröffentlichung der Vorinformation festgestanden sei.

18.7 Das Effizienzgebot verletze die Auftraggeberin dadurch, dass sie die Leistungen unter Ausschaltung jedes Wettbewerbs und durch den Zuschnitt auf die Bedürfnisse und Wünsche eines einzigen Bieters ver gebe.

18.8 Das Diskriminierungsverbot verletzte die Auftraggeberin durch die geheimen Vorabstimmungen mit einem einzigen Bieter, weil anderen potentiellen Bieter die Möglichkeit genommen werde, selbst ein besseres Angebot zu legen und in einem fairen Verfahren den Zuschlag zu erhalten. Dafür bestehe keine sachliche Rechtfertigung.

18.9 Die Auftraggeberin hätte unter dem Aspekt des rechtmäßigen Alternativverhaltens ein nicht-förmliches Vergabeverfahren einleiten müssen. Sie hätte vorher eine objektive Marktstudie einholen und die gemeinwirtschaftlichen Leistungen langfristig planen müssen, bevor sei ein Vergabeverfahren unter Heranziehung von Zuschlagskriterien hätte einleiten müssen.

18.10 Marktbeobachtungen und Markterkundungen seien vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens zulässig. Geheime und detaillierte Vorabstimmungen mit nur einem einzigen Bieter seien unzulässig. Die Antragstellerin hielt alle ihre Anträge aufrecht.

19. Am 15. September 2017 fand eine öffentliche mündliche Verhandlung vor dem Bundesverwaltungsgericht statt. Darin wurden die Verfahren zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

Sie hatte folgenden Verlauf:

"Außer Streit gestellt wird von allen Parteien, dass jedenfalls die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungs GmbH Auftraggeberin der verfahrensgegenständlichen Leistung ist bzw. sein soll.

Vorsitzender Richter an Antragstellerin: Sollen das Land Kärnten und die Verkehrsverbund Kärnten GesmbH weiter als Auftraggeber bzw. Antragsgegner am Verfahren beteiligt sein?

Vertreter der Antragstellerin: Ja. Diesbezüglich führe ich ergänzend aus, dass in der Presseaussendung Beilage .1/1 wird das Land Kärnten explizit erwähnt im Hinblick auf die gegenständliche Vergabe und in der Vorinformation wird unter Punkt II.1.3 im ersten Satz unter der Überschrift ‚Kurze Beschreibung des Auftrags‘ ausgeführt, dass die Republik Österreich und das Land Kärnten, beide vertreten durch das BMVIT, über die SCHIG direkt an die XXXX zu vergeben beabsichtigen. Im folgenden Satz wird dann wiederum die SCHIG als Auftraggeberin der beabsichtigten Direktvergabe angeführt. Die verfahrensgegenständliche Vorinformation ist daher widersprüchlich und intransparent und verstößt auch schon deshalb gegen die PSO-VO. Aufgrund dieser widersprüchlichen und intransparenten Angaben wird das Land Kärnten als Auftraggeber angeführt.

Vertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde: Die Antragstellerin zitiert abermals Punkt II.1.3 der Vorinformation nicht korrekt. In Absatz 2 dieses Punktes ist eindeutig erkennbar, dass die SCHIG ausschließliche und alleinige Auftraggeberin im konkreten Fall werden soll und den Vertrag in eigenem Namen und auf eigene Rechnung

abschließen soll. Zudem enthält dieser Punkt auch einen Verweis auf das Erkenntnis des VwGH vom 21.12.2016. Der objektive Erklärungswert der Vorinformation ist damit eindeutig und geht jedem Leser zweifelsfrei hervor.

Die für die Zuständigkeit des BVwG maßgebliche alleinige Auftraggebereigenschaft der SCHIG geht auch aus der kürzlich ergangenen Entscheidung des LVwG Kärnten vom 4.9.2017 eindeutig hervor, darin wird festgehalten, dass dies aus der im Amtsblatt der EU publizierten Vorinformation eindeutig und zweifelsfrei hervorgehe (KLVwG-1197/16/2017, Seite 27).

Die gegenständliche Vorinformation ist auch gleichläufig mit jener im Verfahren zum Verkehrsdienstvertrag Tirol formuliert. Das BVwG hat mit Erkenntnis vom 31.7.2017 (W138 2159835-2/47E) bereits festgehalten, dass die Vorinformation in dieser Form jedenfalls hinreichend determiniert ist.

Vertreter der Antragstellerin: Die SCHIG ist aus eigenem wirtschaftlich nicht in der Lage die gegenständliche Vergabe zu finanzieren. Sämtliche finanziellen Mittel werden von den Zweit- bis Viertantragsgegnern zur Verfügung gestellt, weshalb wirtschaftlich eindeutig auch die Republik Österreich und das Land Kärnten vergebende Stellen bzw Auftraggeber sind. Die Zwischenschaltung der SCHIG erfolgt somit durch Umgehung der formalen Vergabe durch die wahren wirtschaftlichen Auftraggeber und dient lediglich zur Abwicklung der gegenständlichen Direktvergabe.

Der Vertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde bestreiten.

Vorsitzender Richter an Auftraggeberin und zuständige Behörde: Liegt eine Zustimmung des BMVIT zum Abschluss eines Vertrages wie des verfahrensgegenständlichen vor?

Vertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde: Ja.

Vorsitzender Richter an zuständige Behörde: Wurde iSd § 48 BundesbahnG ein Einvernehmen zwischen BMVIT und BMF zum Abschluss eines solchen Vertrages hergestellt?

Informierter Vertreter des BMVIT: Eine Grundsatzentscheidung liegt vor. Das BMF ist informiert. Zum Abschluss eines Vertrages muss gemäß § 48 eine Zustimmungserklärung eingeholt werden. Diese Zustimmungserklärung liegt noch nicht vor. Dies ist aber erst zum konkreten Abschluss des Vertrages notwendig.

Vorsitzender Richter: Wurde mit der XXXX bereits ein Vertrag über die zu erbringenden Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen geschlossen?

Vertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde: Nein.

Vertreter der Zuschlagsempfängerin: Nein.

Vertreter der Antragstellerin: Gibt es eine Zusage der SCHIG oder des BMVIT, dass ein Vertrag abgeschlossen werden wird?

Der vorsitzende Richter fordert den Vertreter der Antragstellerin auf, den Begriff "Zusage" zivilrechtlich zu präzisieren.

Vertreter der Antragstellerin: Gibt es eine verbindliche Willenserklärung seitens der SCHIG oder des BMVIT auf Abschluss einer Schienenpersonenverkehrsdienstleistung für das Land Kärnten?

Informierter Vertreter des BMVIT: Kann es nicht geben und gibt es nicht.

Vertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde: Ich schließe mich der Aussage des Vertreters des BMVIT an.

Informierter Vertreter der SCHIG: Ich schließe mich der Aussage des BMVIT an.

Vertreter der Antragstellerin: Das beantwortet aber meine Frage nicht.

Informierter Vertreter der SCHIG: Es gibt seitens der SCHIG keine verbindliche Zusage.

Vertreter der Auftraggeberin und der zuständigen Behörde: Ich schließe mich der Aussage des Vertreters der SCHIG an.

Vertreter der Zuschlagsempfängerin: Wir sehen das auch so. Bislang gibt es ke

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

© 2024 JUSLINE

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

www.jusline.at