

# TE Bvwg Erkenntnis 2019/10/2 W139 2210681-2

JUSLINE Entscheidung

© Veröffentlicht am 02.10.2019

## Entscheidungsdatum

02.10.2019

## Norm

BVergG 2006 §141 Abs3  
BVergG 2018 §151 Abs2  
BVergG 2018 §2 Z15  
BVergG 2018 §2 Z5  
BVergG 2018 §327  
BVergG 2018 §328 Abs1  
BVergG 2018 §333  
BVergG 2018 §334 Abs2  
BVergG 2018 §342 Abs1  
BVergG 2018 §344 Abs1  
BVergG 2018 §347 Abs1  
BVergG 2018 §4 Abs1 Z2  
B-VG Art. 133 Abs4  
VwGVG §24 Abs1  
VwGVG §28 Abs1  
VwGVG §28 Abs2  
VwGVG §31 Abs1

## Spruch

W139 2210259-2/40E

W139 2210261-2/39E

W139 2210681-2/29E

IM NAMEN DER REPUBLIK!

Das Bundesverwaltungsgericht hat durch die Richterin Mag. Kristina HOFER als Vorsitzende, Mag. Roland LANG als fachkundigen Laienrichter der Auftraggeberseite und Dr. Theodor TAURER als fachkundigen Laienrichter der Auftragnehmerseite über den Nachprüfungsantrag der XXXX, vertreten durch Heid und Partner Rechtsanwälte GmbH, Landstraßer Hauptstraße 88/2-4, 1030 Wien, und CMS Reich-Rohrwig Hainz Rechtsanwälte GmbH, Gauer mann gasse 2, 1010 Wien, betreffend das Vergabeverfahren "Erbringung von Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah-

und -regionalverkehr im Bundesland Salzburg ab 15. Dezember 2019 (Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten 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, nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung am 01.03.2019 und Beschlussfassung am 01.03.2019

A)

I. zu Recht erkannt:

Die Anträge der XXXX , das Bundesverwaltungsgericht möge

im Verfahren W139 2210259-2

"nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 21.11.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären," und

im Verfahren W139 2210261-2

"nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 20.11.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären,"

werden abgewiesen.

II. beschlossen:

Der Antrag der XXXX , das Bundesverwaltungsgericht möge

im Verfahren W139 2210681-2

"nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 27.11.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens - für nichtig erklären,"

wird zurückgewiesen.

B)

beschlossen:

Die Anträge der XXXX , das Bundesverwaltungsgericht möge

im Verfahren W139 2210259-2

"nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 21.11.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären",

im Verfahren W139 2210261-2

"nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 20.11.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären," und

im Verfahren W139 2210681-2

"nach Anberaumung und Durchführung einer mündlichen Verhandlung die Entscheidung der Auftraggeber (und Antragsgegner) vom 27.11.2018 - und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Zuschlagsempfängers - für nichtig erklären,"

werden zurückgewiesen.

C.

beschlossen:

Die in allen drei Verfahren gleichlautend gestellten Eventualanträge der XXXX , das Bundesverwaltungsgericht möge feststellen, dass

"1. a) der Zuschlag wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde;

b) wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht der Zuschlag nicht gemäß den Angaben in der Ausschreibung dem Angebot mit dem niedrigsten Preis oder dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot erteilt wurde"

2. a) die Durchführung eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;

b) die Wahl der Direktvergabe oder eines Vergabeverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht rechtswidrig war;

3. a) die Zuschlagserteilung ohne Mitteilung der Zuschlagsentscheidung wegen eines Verstoßes gegen dieses Bundesgesetz, die hierzu ergangenen Verordnungen oder unmittelbar anwendbares Unionsrecht rechtswidrig war;

b) eine Zuschlagserteilung, die ohne Verfahrensbeteiligung weiterer Unternehmer direkt an einen Unternehmer erfolgte, auf Grund der Bestimmungen dieses Bundesgesetzes offenkundig unzulässig war; sowie

4. jedenfalls den Vertrag, mit dem die Auftraggeber die gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen an die XXXX vergeben, für nichtig zu erklären",

werden zurückgewiesen.

D.

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

## **Text**

### ENTSCHEIDUNGSGRÜNDE

#### I. Verfahrensgang

1. Mit Schriftsätzen vom 27.11.2018, protokolliert unter W139 2210259-2 und W139 2210261-2, und vom 04.12.2018, protokolliert unter W139 2210681-2, stellte die XXXX , vertreten durch B&S Böhmdorfer Schender Rechtsanwälte GmbH, Gußhausstraße 6, 1040 Wien, in der Folge Antragstellerin, die im Spruch ersichtlichen Nachprüfungs- und (eventualiter) Feststellungsanträge sowie Anträge auf Anberaumung einer mündlichen Verhandlung und auf Ersatz der Pauschalgebühr.

In allen drei Nachprüfungsanträgen wurde im Wesentlichen übereinstimmend vorgebracht, die gegenständliche Vergabe würde den gesamten Schienenpersonennah- und -regionalverkehr (SPNV) im Bundesland Salzburg ab dem 15.12.2019 bzw. ab dem Jahr bzw. Fahrplanjahr 2019/2020 betreffen. Die Republik Österreich, der Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie und (bzw. über) die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge SCHIG), zusammen mit dem Land Salzburg und der Salzburger Verkehrsverbund Gesellschaft m.b.H. als öffentliche(r) Auftraggeber würden beabsichtigen, diese Leistungen im Wege einer Direktvergabe an die XXXX (in der Folge XXXX ) zu vergeben. In den angefochtenen Auftraggeberentscheidungen werde der Auftraggeber nicht hinreichend genau bzw. nicht eindeutig bekannt gegeben. Die gegenständliche Vergabe soll für den Zeitraum von zehn Jahren erfolgen und rund 3,8 Mio Zugkilometer jährlich umfassen. Diese Direktvergabe verstoße gegen unmittelbar anwendbare unionsrechtliche Bestimmungen, namentlich gegen die PSO-VO (iVm den Auslegungsleitlinien der EU-Kommission), das Transparenzgebot, das Gleichbehandlungsgebot, das Effizienzgebot, sowie das Prinzip des freien und fairen Wettbewerbes und sei daher rechtlich unzulässig

Angefochten werde die Wahl des Vergabeverfahrens betreffend Verkehrsdienstleistungen im Schienenpersonennah- und -regionalverkehr im Bundesland Salzburg sowie die Wahl des Zuschlagsempfängers XXXX . Diese gesondert anfechtbare Entscheidung, die betreffenden Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen direkt vergeben zu wollen,

sei erstmals mit der Vorinformation vom 21.11.2018 (W139 2210259-2), mit der Presseaussendung vom 20.11.2018 (W139 2210261-2) bzw. der Berichtigung der Vorinformation vom 27.11.2018 (W139 2210681-2) zum Ausdruck gebracht worden. Aus der Presseaussendung sei ableitbar, dass es im Vorfeld dieser Direktvergabe geheime, umfangreiche und detaillierte Vorabstimmungen zwischen den öffentlichen Auftraggebern und der XXXX als der präsumtiven Zuschlagsempfängerin gegeben habe und die Entscheidung der Auftraggeberseite bereits festgestanden sei, ehe die verfahrensgegenständliche Vorinformation veröffentlicht worden sei.

Die geplante Direktvergabe führe zu einer Diskriminierung der Antragstellerin als der einzigen am Markt bestehenden privaten Mitbewerberin. Die Direktvergabe führe zu einer Subvention der XXXX. Die Auftraggeberin wisse, dass die Antragstellerin leistungsbereit sei. Der Wettbewerb werde zu Gunsten des marktbeherrschenden Unternehmens und zum Nachteil der privaten Mitbewerberin, der Antragstellerin, verfälscht. Die Diskriminierung der Antragstellerin durch gänzlichen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren und die Verletzung des Effizienzgebotes seien evident.

Rechtsgrundlage sei die PSO-VO. Im Rahmen der BVergG Novelle 2009 sei die Verordnung in den §§ 11, 141 Abs 3, 177 und 280 Abs 3 BVergG derart umgesetzt worden, dass die Anwendung des Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 PSO-VO unberührt bleibe. Im Rahmen der Erlassung des BVergG 2018 sei die Verordnung betreffend Dienstleistungsaufträge in den §§ 151 Abs 2 und 312 Abs 2 BVergG 2018 in der Form umgesetzt worden, dass jeweils beigefügt worden sei, dass die Anwendbarkeit des Art 5 Abs 2, 3a, 4 bis 6 der genannten Verordnung unberührt bleibe. Der Gesetzgeber habe damit klargestellt, dass die Vergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Sinn von Art 5 Abs 6 der Verordnung in den Anwendungsbereich des BVergG falle. Der Sinn dieser BVergG-Novelle sei darin zu sehen, entgegenstehendes nationales Recht - wie dies in Art 5 Abs 6 der PSO-VO erwähnt wird - punktuell aufzuheben. Gemäß Art 5 Abs 7 PSO-VO müsse der Mitgliedsstaat einen effizienten Rechtsschutz einrichten, der dem im Vergaberecht entspreche. Durch die PSO-VO solle ein attraktiverer Nahverkehr zu niedrigeren Kosten erreicht werden. Die PSO-VO beinhalte eine klare Verpflichtung zu wettbewerblichen Verfahren und transparenten Bedingungen. Die Vergabe in Form einer nicht-wettbewerblichen Direktvergabe sei klar und eindeutig nur als Ausnahme von der grundsätzlichen Verpflichtung zu einer wettbewerblichen Vergabe zulässig. Dies unterstreiche auch die EU-Kommission.

Gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO komme eine Direktvergabe im Eisenbahnverkehr nur in Betracht, wenn diese nicht nach nationalem Recht untersagt sei. § 141 Abs 3 BVergG 2006 erlaube eine Direktvergabe jedoch nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 100.000,-. Dieser Schwellenwert werde bei der verfahrensgegenständlichen Direktvergabe jedoch eindeutig überschritten.

Selbst dort, wo eine Direktvergabe nach nationalem Recht zulässig sein sollte, würden nicht die Anforderungen des primärrechtlichen Unionsrechtes aufgehoben. Die primärrechtlichen Grundsätze seien daher auf die gegenständliche Vergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO anwendbar. Diese seien hier die Verpflichtung zur Transparenz und das Effizienzgebot, das Gleichbehandlungsgebot bzw. das Diskriminierungsverbot sowie das Prinzip des freien und fairen Wettbewerbs. Diese Rechtsgrundlagen seien unabhängig von Auftragswert anwendbar. Diesen Grundsätzen komme nicht nur Anwendungsvorrang zugute, sondern dienten diese Grundsätze auch als Auslegungsgrundsatz. Die Richtlinien und Verordnungen seien im Lichte der Bestimmungen und Ziele des Primärrechtes auszulegen.

Die Rechtswidrigkeit der Wahl des Vergabeverfahrens ergebe sich daraus, dass eine Direktvergabe geplant sei, ohne dass die Grundsätze der Transparenz, des Effizienzgebotes und des Diskriminierungsverbotes entsprechend den gesetzlichen Vorgaben der PSO-VO und der BVergG beachtet würden.

Selbst dort, wo eine Direktvergabe zulässig sei, bedeute dies nicht, dass eine "freihändige Vergabe" oder "Hinterzimmervergabe" durch die vergebenden Stellen und damit eine inoffizielle Zuschlagserteilung zulässig sei. Vorliegend seien sämtliche Vertragsbestimmungen bereits detailliert vorabgestimmt worden. Hierdurch werde die "harte" Ein-Jahresfrist gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO, welche ermöglichen solle, rechtzeitig vor Zuschlagsentscheidung und -erteilung ein Angebot abzugeben, nicht eingehalten. Daher würden bei der vorliegenden Direktvergabe nicht einmal die formalen Mindestanforderungen der PSO-VO erfüllt werden. Weiters sei durch die möglichen Veränderungen von +/-15% die Vorinformation völlig unbestimmt. Bei wesentlichen Änderungen liege eine völlige Neuvergabe vor und es sei daher eine neue Vorinformation bzw. Ausschreibung notwendig. Zudem sei die Vorinformation vom 21.11.2018 unrichtig bzw. irreführend, da die Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen das Bundesland Salzburg betreffen würden und unter Punkt VI.1. das Land Oberösterreich genannt sei. Zudem sei in der Vorinformation von rd. 3,8 Mio Zugkilometern die Rede und in der Presseaussendung von rd. 3,8 bzw 3,6 Mio.

Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liege darin, dass die Abrechnungsparameter für die verfahrensgegenständlichen Schienenpersonennah- und -regionalverkehrsleistungen von der Auftraggeberin nicht veröffentlicht würden. Die Direktvergabe verstoße gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip und das Effizienzgebot sowie das Gleichbehandlungsgebot und das allgemeine Diskriminierungsverbot. Dies auch, da die gegenständliche Vergabe als Bruttovergabe konzipiert sei, wodurch keinerlei Leistungsanreise bzw. Effizienzerfordernisse bestehen würden. Die Wahl des Auftragnehmers sei rechtswidrig, weil die gegenständliche Vergabe unter Ausschluss der Antragstellerin exklusiv mit der in Aussicht genommenen Zuschlagsempfängerin erörtert worden sei. Eine rechtskonforme Vergabe in einem wettbewerblichen Verfahren hätte für die Auftraggeberin den Vorteil, ein besseres Angebot zu einem günstigeren Preis zu erhalten und zwar von der Antragstellerin.

Das österreichische BVergG habe die Durchführung von Direktvergaben bis zu seiner Änderung im Jahr 2010 nicht zugelassen. Im Hinblick auf die Verabschiedung der PSO-VO im Jahre 2007 und deren Inkrafttreten im Jahre 2009 habe sich der österreichische Gesetzgeber nach Inkrafttreten der PSO-VO entschieden, diese Direktvergabesperre des österreichischen BVergG aufzuheben und auf diesem Weg für die Durchführung von Direktvergabeverfahren nachträglich wieder zu eröffnen. Daraus würde sich ergeben, dass Österreich seine primärrechtlichen Verpflichtungen verletzt hätte. Aus diesen Gründen seien die Auftraggeber nicht befugt gewesen, ein Direktvergabeverfahren durchzuführen und die Änderungen des Vertragsinhaltes vorzunehmen, ohne andere potentielle Auftragnehmer in das Verfahren einzubeziehen. Vielmehr hätten die Auftraggeber die Grundsätze der wettbewerblichen Vergabe gemäß Art 5 Abs 3 PSO-VO beachten müssen.

Des Weiteren werde die Vorinformation der gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO geforderten Angabe der "von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und gebiete" nicht gerecht, da irreführend und unrichtig als Auftragsgegenstand die Erbringung von Schienenpersonenverkehrsleistungen im Bundesland Salzburg angeführt werde und sich allerdings keine einzige der ausgeschriebenen Strecken alleine im Bundesland Salzburg befinde.

Die Anträge wären rechtzeitig gestellt und würden sich gegen die Wahl des Vergabeverfahrens, sowie gegen die Wahl des beabsichtigten Zuschlagsempfängers richten. Im gegenständlichen Fall handle es sich um Vergaben der öffentlichen Auftraggeber SCHIG, BMVIT bzw. der Republik Österreich. Das Bundesverwaltungsgericht sei somit zuständig zur Entscheidung über den gegenständlichen Nachprüfungsantrag. Die Antragstellerin habe als im Schienenpersonenverkehr aktives Unternehmen ein besonderes Interesse am Vertragsabschluss über die verfahrensgegenständlichen Leistungen. Dies sei der Auftraggeberseite auch bekannt. Die Antragstellerin sei berechtigt und auch produktionstechnisch in der Lage, die verfahrensgegenständlichen Dienstleistungen zu erbringen, sie könne das erforderliche Rollmaterial durch die Nachnutzung von bestehendem Material übernehmen sowie durch kurzfristige Anmietung von Dritten bereitstellen. Im Übrigen sei die Leistungsfähigkeit und damit die Antragslegitimation der Antragstellerin durch das Urteil des VwG Wien vom 18.02.2015 rechtskräftig bestätigt worden.

Durch die rechtswidrige Direktvergabe der verfahrensgegenständlichen Leistungen an ein anderes Unternehmen entstehe der Antragstellerin ein Schaden in Höhe des bei der Leistungserbringung zu erwirtschaftenden Gewinns in der Höhe von zumindest 4% des Auftragsvolumens. Zusätzlich entstehe ein noch nicht exakt bezifferbarer Schaden aus dem Verlust der Möglichkeit der Integration der Dienstleistungen in die bereits von der Antragstellerin erbrachten Verkehre, sowie der damit verbundenen Möglichkeit, Neukunden durch Erweiterung des Angebots zu gewinnen. Eine exakte Bezifferung der Schadenshöhe sei mangels hinreichender Konkretisierung der zu bestellenden Leistungen und insbesondere mangels Angabe der Verrechnungsparameter hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen für die Antragstellerin noch nicht möglich.

Die Antragstellerin werde in ihrem Recht auf Teilnahme, auf gesetzeskonforme Wahl des Vergabeverfahrens und Durchführung eines unmittelbar anwendbaren unionsrechtlichen Vorgaben insbesondere der PSO-VO sowie der Grundfreiheiten der EU-Verträge entsprechend, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahren, sowie in ihren Rechten aus der PSO-VO, insbesondere gemäß Art 7 Abs. 2 und Abs. 4, sowie Art 5 Abs. 3 und Abs. 7 PSO-VO verletzt. Diese Rechtsverletzungen seien im Sinne des BVergG wesentlich.

Abschließend rege die Antragstellerin an, die Auslegungsfragen an den Gerichtshof der Europäischen Union zur Vorabentscheidung vorzulegen. Zum Beweis dafür, dass ein wettbewerbliches Vergabeverfahren zu Kosteneinsparungen führen würde, werde die Einholung eines Sachverständigengutachtens beantragt. Weiters werde auch die Einholung eines eisenbahntechnischen Sachverständigengutachtens beantragt.

2. Am 29.11.2018 bzw. 05.12.2018 äußerte sich die Salzburger Verkehrsverbund GmbH, Schallmooser Hauptstraße 10, 5027 Salzburg. Sie erachte sich nicht als Antragsgegnerin. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 sei ausschließlich die SCHIG.

3. Am 29.11.2018 bzw. 06.12.2018 äußerte sich Land Salzburg, vertreten durch das Amt der Salzburger Landesregierung. Das Land Salzburg erachte sich nicht als Antragsgegner. Auftraggeberin im Sinne des § 2 Z 5 BVergG 2018 sei ausschließlich die SCHIG.

4. Am 04.12.2018 legten die Antragsgegnerinnen, die Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (in der Folge SCHIG) sowie die Republik Österreich vertreten durch den Bundesminister für Verkehr, Innovation und Technologie (BMVIT), Radetzkystraße 2, 1030 Wien, beide vertreten durch die Finanzprokurator, Singerstraße 17-19, 1011 Wien, die Unterlagen des Vergabeverfahrens vor. Mit Stellungnahmen vom 04.12.2018 und 18.12.2018 ersuchten sie um Ausnahme von der Akteneinsicht, erteilten die allgemeinen Auskünfte und nahmen zum Antragsvorbringen wie folgt Stellung:

Bezüglich der unter W139 2210681-2 protokollierten Anträge sei auszuführen, dass die Direktvergabe bereits auf der Grundlage der Vorinformation vom 21.11.2018 zu den Zahlen W139 2210259-2 und W139 2210261-2 angefochten worden sei. Sämtliche Anträge seien wegen ne bis in idem als unzulässig zurückzuweisen. Überdies sei eine Berichtigung einer Vorinformation im Rahmen von Vergabeverfahren gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO nicht gemäß § 2 Z 15 lit a sublit gg BVergG 2018 gesondert anfechtbar.

Aus verkehrsplanerischen Gründen sei die Neuvergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen im Bundesland Salzburg ab 15.12.2019 notwendig gewesen. Auftraggeberin der beabsichtigten Direktvergabe iSd § 2 Z 5 BVergG sei ausschließlich die SCHIG. Diese soll den in der Vorinformation angekündigten Dienstleistungsvertrag mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen in eigenem Namen und auf eigene Rechnung abschließen. Die Beauftragung der SCHIG durch das BMVIT erfolge auf Grundlage der am 03.02.2011 zwischen dem Bund, vertreten durch den BM für Verkehr, Innovation und Technologie, und der SCHIG vereinbarten Richtlinie über die Abwicklung der Bestellung gemeinwirtschaftlicher Leistungen im Schienenpersonenverkehr. Die SCHIG sei sohin im Sinne der Legaldefinition des § 2 Z 5 BVergG jener Rechtsträger, der vertraglich einen Auftrag zur Erbringung von Leistungen zu erteilen beabsichtige und somit Auftraggeber. Der gegenständliche Sachverhalt entspreche vollständig jenem, der der höchstgerichtlichen Entscheidung des VwGH vom 21.12.2016, Ra 2016/04/0139, zugrunde gelegen sei. Der VwGH habe im Rahmen dieses Erkenntnisses bestätigt, dass in dieser Konstellation eindeutig die SCHIG als öffentlicher Auftraggeber agiere und ausschließlich das BVwG für die Vergabekontrolle zuständig sei.

Eine Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen sei bereits nach dem klaren Wortlaut von Art 5 Abs 6 PSO-VO, §§ 2 Z 15 lit. a sublit. gg iVm 151 Abs 2 BVergG und Art 5 Abs 4a PSO-VO idF der Verordnung 2016/2338 sowie der Judikatur des VwGH und des EuGH jedenfalls zulässig. Dies habe auch jüngst das BVwG zweifelsfrei in zwei Entscheidungen klagestellt und der VwGH abermals bestätigt. Die konkreten Voraussetzungen einer Direktvergabe würden sich ausschließlich in Art 5 Abs 6 (iVm Art 4 Abs 4 und Art 8 Abs 2 und 2a) sowie in Art 7 Abs 2 PSO-VO finden und seien sämtliche dieser Voraussetzungen im konkreten Fall erfüllt. Die Wahl der Direktvergabe sei eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde. Die Direktvergabe sei im konkreten Fall mit den Ergebnissen zahlreicher rechtlicher, volkswirtschaftlicher und weiterer Erwägungen, Prüfungen und Analysen untermauert worden und ergäbe die abwägende Gesamtbetrachtung der zuständigen Behörde die bessere Eignung der Direktvergabe. Nachprüfungsverfahren dienen ausschließlich dazu, die Beachtung der einschlägigen Regelungen des Unionsrechts oder der einzelstaatlichen Vorschriften, die diese Regelungen umsetzen, sicherzustellen. Die Zuständigkeit des BVwG sei folgerichtig auf die Prüfung der Rechtmäßigkeit der angefochtenen Entscheidung beschränkt. Andere Kriterien, wie etwa die Zweckmäßigkeit oder Effizienz einer Entscheidung, dürften bei der Prüfung nicht herangezogen werden. Dies werde durch die aktuelle Rechtsprechung des BVwG bestätigt.

Zur Zulässigkeit von Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO sei auszuführen, dass nach dieser Bestimmung, sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt sei, die zuständigen Behörden entscheiden können, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt zu vergeben. Der österreichische Gesetzgeber habe auf eine diesbezügliche Untersagung verzichtet. Die Voraussetzungen die Art 5 Abs 6 PSO-VO für die Direktvergabe aufstelle, seien lediglich, dass die Direktvergabe nicht nach nationalem Recht untersagt sei, dass es sich um öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr, ausgenommen Untergrund- und Straßenbahnen, handle und der

Auftraggeber eine Höchstlaufzeit von 10 Jahren einhalte. Weitere Voraussetzungen enthalte diese Bestimmung nicht. Es handle sich bei der Wahl der Direktvergabe um eine Ermessensentscheidung des Auftraggebers. Sohin sei der Auftraggeber frei, das Verfahren der Direktvergabe zu wählen.

Es sei darauf hinzuweisen, dass die gegenständliche Vergabe auch nach den bereits in Kraft befindlichen Vergaberechtsrichtlinien 2014 ausschließlich der PSO-VO unterliege. Dass die PSO-VO den allgemeinen EU-Vergaberichtlinien als *lex specialis* vorgehe, habe der EuGH ebenfalls eindeutig festgestellt.

Die PSO-VO sei am 03.12.2009 in Kraft getreten und demnach als unmittelbar anwendbares, sekundäres Unionsrecht auch ohne nationale Umsetzung in Österreich anzuwenden.

Von dem Grundsatz, dass die in der PSO-VO angeführten Aufträge in einem wettbewerblichen Verfahren zu vergeben seien, welches in Art 5 Abs 3 PSO-VO näher definiert sei, bestehe unter anderem eine Ausnahme hinsichtlich der Vergabe von Eisenbahndienstleistungen, welche iSd Art 5 Abs 6 PSO-VO direkt vergeben werden können. Folglich sei die Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO der Gegenbegriff zum wettbewerblichen Verfahren nach Art 5 Abs 3 PSO-VO und damit mehr als der bloße Verzicht auf eines der typisierten Vergabeverfahren. Daraus folge auch, dass der Begriff der Direktvergabe als bewusster Gegensatz zum wettbewerblichen Verfahren nach der PSO-VO zu sehen sei.

Die Leistungen des innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehrs im Sinne der PSO-VO seien in Österreich nach dem BVergG 2018 zu vergeben. Das BVergG 2018 trage der Besonderheit der PSO-VO nun in § 151 Abs 2 Rechnung, indem es bestimme, dass wiederum die Anwendbarkeit des Art 5 Abs 6 der PSO-VO unberührt bleibe.

Bei der Durchführung eines derartigen Direktvergabeverfahrens seien gemäß § 151 Abs 2 BVergG 2018 ausschließlich die §§ 1, 2, 61 Abs 1, der 4. Teil sowie die §§ 358 und 366 *leg.cit.* anwendbar. Der Gesetzgeber habe mit dem BVergG 2018 somit die Wahlfreiheit des Auftraggebers zur Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO im Bereich von Dienstleistungsaufträgen auf der Schiene weiterhin beibehalten. Im Übrigen spreche sich der VwGH eindeutig für die Möglichkeit der Direktvergabe, also die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens, aus. Erst kürzlich habe auch das BVwG in diesem Zusammenhang zu mit zwei dem gegenständlichen Sachverhalt völlig gleich gelagerten Fällen festgehalten, dass die Zulässigkeit der Vorgangsweise der Auftraggeberin ausschließlich auf Grundlage des Art 5 Abs 6 PSO-VO zu beurteilen sei. Der Schwellenwert des § 141 Abs 3 BVergG 2018 sei für die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen ohne Bedeutung. Die Rechtmäßigkeit der Direktvergabe habe im Übrigen auch bereits das Bundesvergabeamt bestätigt.

Weiters ergebe die Wortlautinterpretation der Mitteilung der europäischen Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO-VO, dass mit der Einhaltung der Verpflichtungen gemäß Art 7 Abs 2 und 3 PSO-VO auch den Grundsätzen des Vertrages genüge geleistet werde und dass es sich bei diesen Bestimmungen um eine sekundärrechtliche Ausformulierung der primärrechtlichen Grundsätze für den Fall der Direktvergabe im Rahmen der PSO-VO handle. Zum selben Ergebnis gelange man im Übrigen unter Heranziehung der Materialien zum BVergG 2006. Auch die Lehre betone in diesem Zusammenhang, dass sich die einzuhaltenden Transparenzpflichten im Kontext einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ausschließlich aus Art 7 PSO-VO ergeben würden. Dieser Ansicht habe sich auch das LVwG Wien angeschlossen. Abermals sei auch durch das BVwG erst kürzlich in zwei völlig gleich gelagerten Fällen die Zulässigkeit einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO vollinhaltlich bestätigt worden. Die Direktvergabe im Eisenbahnbereich sei in der österreichischen Rechtsordnung auch nicht wieder zugelassen worden. Der Gesetzgeber habe nach Inkrafttreten der PSO-VO am 03.12.2009 vollkommen zulässigerweise eine Reaktion auf die Möglichkeiten, welche die sekundärrechtliche PSO-VO vorsehe und jeden Mitgliedsstaat gewähre, getroffen. Beschränkungen für Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO seien nicht vorgesehen gewesen, insbesondere sei auch der Schwellenwert des § 141 Abs 3 BVergG 2006 für die Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen nicht anwendbar gewesen.

Das BVergG 2018 behalte nunmehr ebenfalls die Wahlfreiheit des Auftraggebers zur Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Absatz 6 PSO-VO im Bereich von Dienstleistungsaufträgen auf der Schiene weiterhin bei und Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene könnten daher gemäß § 151 Abs 2 BVergG 2018 jedenfalls im Wege einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO vergeben werden.

Zur behaupteten Pflicht zur Beachtung der primärrechtlichen Grundsätze sei auszuführen, dass Direktvergaben gemäß

Art 5 Abs 6 PSO-VO jedenfalls mit dem Primärrecht der Union vereinbar seien. Vom EuGH sei in der Rechtssache Corsica Ferries France ausgesprochen worden, dass die Grundfreiheiten und damit das EU-Primärrecht im Verkehrsbereich ohne sekundärrechtliche Marktöffnung keine Anwendung finden würden. Eine derartige sekundärrechtliche Marktöffnung im Eisenbahnbereich sehe die PSO-VO nicht vor. Im Verkehrsbereich sei der Binnenmarkt nicht verwirklicht worden. Aus dem EU-Primärrecht würden sich keine zusätzlichen Verfahrenserfordernisse ergeben. Der Rückgriff auf das Primärrecht der Union sei weder notwendig noch zulässig. Dies sei ebenfalls vom BVwG zu nahezu identen Sachverhalten der Direktvergabe von Verkehrsdienstverträgen mit Hinblick auf Eisenbahnverkehrsdienstleistungen in den Bundesländern Vorarlberg und Tirol bestätigt worden. Erst jüngst habe das BVwG in diesem Zusammenhang unter Verweis auf die eindeutige Judikatur des EuGH auch zweifelsfrei festgehalten, dass abschließend harmonisierte Bereiche des Unionsrechts nicht anhand der Bestimmungen des Primärrechts, sondern anhand dieser Harmonisierungsmaßnahmen zu beurteilen seien. Das BVwG hege auch keine unionsprimärrechtlichen und auch keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die nationale Zulassung der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO, zumal dies auch sachlich sowie im rechtspolitischen Gestaltungsspielraum der nationalen Gesetzgeber erscheine, da der von Art 5 Abs 6 PSO-VO erfasste Schienenpersonenverkehr in Österreich notorisch als wesentlicher Teil der nationalen Infrastruktur bzw. Daseinsvorsorge zu bewerten sei.

Die in der PSO-VO abschließend geregelten Transparenzverpflichtungen seien durch Veröffentlichung der Vorinformation im Supplement zum Amtsblatt der EU und Bekanntgabe der darin enthaltenen Informationen selbstverständlich eingehalten worden. Mit der gegenständlichen Vorinformation sei sogar weit über die Vorgaben von Art 7 Abs 2 PSO-VO hinausgegangen worden.

Wie das BVwG erst jüngst eindeutig festgestellt habe, könne eine Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 PSO-VO erfolgen, wenn folgende Voraussetzungen erfüllt seien. Dabei handle es sich um eine abschließende Aufzählung.

1. Es dürfe gemäß § 5 Abs 6, 1. Satz, 1. Halbsatz PSO-VO nach mitgliedstaatlichem Recht nicht untersagt sein, Direktvergaben gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO durchzuführen.
2. Es müsse sich gemäß Art 5 Abs 6, 1. Satz, 2. Halbsatz PSO-VO um Eisenbahnverkehrsdienstleistungen handeln.
3. Die Höchstlaufzeit einer solchen Direktvergabe dürfe gemäß Art 5 Abs 6, 2. Satz iVm Art 4 Abs 4 und Art 8 Abs 2 und 2a PSO-VO maximal 10 bzw. 15 Jahre betragen.
4. Es sei gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO spätestens ein Jahr vor der Direktvergabe eine Vorinformation EU-weit bekanntzumachen. Im gegenständlichen Fall sei die Vorinformation am 30.11.2018 versendet worden, sodass mehr als ein Jahr Zeit bis zum voraussichtlichen Vertragsbeginn am 15.12.2019 bleibe.
5. Der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde seien gemäß Art 7 Abs 2 lit. a PSO-VO bekanntzumachen.
6. Die Art des geplanten Vergabeverfahrens sei gemäß Art 7 Abs 2 lit. b PSO-VO bekanntzumachen.
7. Die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete seien gemäß Art 7 Abs 2 lit. c PSO-VO in der Vorinformation zu nennen.
8. Der geplante Beginn und die geplante Laufzeit des öffentlichen Dienstleistungsauftrages seien gemäß Art 7 Abs 2 lit. d PSO-VO bekanntzumachen.

Die Auftraggeberin habe sämtliche dieser Voraussetzungen erfüllt, weswegen die Wahl des Vergabeverfahrens der Direktvergabe rechtmäßig erfolgt sei.

Zum Ablauf einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO sei auszuführen, dass diese im Wege eines dreistufigen Entscheidungsprozesses erfolge.

Für die erste Stufe bestehe die Begründungspflicht hinsichtlich der Wahl der Direktvergabe, welche auf sachlichen Erwägungen zu beruhen habe. Die in der ersten Stufe mit weitem Ermessensspielraum zu berücksichtigenden sachlichen Erwägungen des Auftraggebers seien nach der Literatur sehr weit gefasst und würden etwa Überlegungen hinsichtlich des Anbietermarktes oder Gesichtspunkte aus dem Bereich der Behörde selbst beinhalten.

In der zweiten Stufe erfolge die Entscheidung für einen bestimmten Betreiber. Melde sich im Zuge der Direktvergabe ein interessierter Betreiber, so sei die zuständige Behörde selbstverständlich nicht verpflichtet, eine wettbewerbliche



Vergabe einzuleiten oder das Direktvergabeverfahren in eine solche überzuleiten. Denn nach dem Sinn und Zweck der Direktvergabe und nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 2 lit h PSO-VO sei für sie ausdrücklich kein vorausgehendes wettbewerbliches Vergabeverfahren und auch keinerlei Drittbeteiligung vorgeschrieben. Insbesondere sei es damit auch nicht notwendig, ein eingegangenes Initiativangebot zu werten.

Die dritte Stufe beinhalte schließlich die Vertragsverhandlungen und den Vertragsabschluss mit dem ausgewählten Betreiber. Die daraus resultierende Einigung sei als Auftragsvergabe iSd Art 7 Abs 3 PSO-VO anzusehen und setze die dort normierte Bekanntmachungsfrist bezüglich der erfolgten Auftragsvergabe in Gang.

Resümierend handle die Behörde bei einer Direktvergabe iSd Art 5 Abs 6 PSO-VO jedenfalls unionsrechtskonform, dh diskriminierungsfrei und gleichheitssichernd, 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 sowie wenn sie keine offensichtlichen Beurteilungsfehler begehe.

Entgegen der Ansicht der Antragstellerin sei im Rahmen einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO nicht sämtlichen Marktteilnehmern die Möglichkeit zur Angebotsabgabe einzuräumen. Sollte ein interessiertes Eisenbahnverkehrsunternehmen nach Entscheidung der zuständigen Behörde zur Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO ein eigenes Angebot unterbreiten, so 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. Denn nach dem Sinn und Zweck der Direktvergabe und nach dem eindeutigen Wortlaut des Art 2 lit h PSO-VO sei für sie ausdrücklich kein vorausgehendes wettbewerbliches Vergabeverfahren und auch keinerlei Drittbeteiligung vorgeschrieben. Insbesondere sei es damit auch nicht notwendig, ein eingegangenes Initiativangebot zu werten. Dies leite sich auch aus der Gesetzgebungsgeschichte der PSO-VO ab. Dies habe auch das Bundesverwaltungsgericht bestätigt, wonach bei Einhaltung der Voraussetzungen des Art 5 Abs 6 PSO-VO kein subjektives Recht auf Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren bestehe und insofern auch kein Schaden im Sinne einer Beeinträchtigung der Chancen zur Teilnahme am Vergabeverfahren entstehe.

Zu den behaupteten unzulässigen Vorabstimmungen sei festzuhalten, dass diese Behauptungen der Antragstellerin unwahr seien und diese daher aufs Schärfste zurückzuweisen seien. Die Erst- und Zweitantragsgegnerin hätten sämtliche rechtlichen Voraussetzungen der Direktvergabe gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO berücksichtigt und auch explizit eine tiefgreifende Begründung für die sachliche Rechtfertigung dieses Vorgehens dargelegt. Geheime Zusagen oder gar abgeschlossene Verträge mit dem Eisenbahnverkehrsunternehmen würden jedenfalls nicht existieren. Vorgespräche mit dem in Aussicht genommenen Vertragspartner seien im Übrigen sowohl gemäß der Ursprungsfassung der PSO-VO, als auch nach der novellierten PSO-VO, welche ausdrücklich auf die Verbesserung der Qualität der Dienste oder Kosteneffizienz oder von beidem im Vergleich zu dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag abstelle, jedenfalls zulässig. Die Zulässigkeit von Vorgesprächen sei jedenfalls auch seitens des BVwG bereits mehrfach zweifelsfrei bestätigt worden. Markterkundungen seien unionsrechtlich wie auch gemäß § 24 BVergG 2018 ausschließlich fakultativ. Es bestehe keine Verpflichtung dazu für einen Auftraggeber. Von einer "Hinterzimmervergabe" könne keine Rede sein, da gerade die Bestimmungen der PSO-VO und des BVergG 2018 über die Direktvergabe der verfahrensgegenständlichen Leistung insbesondere durch eine detaillierte geographische und inhaltliche Beschreibung mustergültig eingehalten worden seien und eine rechtsgültige Vergabe erst nach einem Jahr ab dem Datum der veröffentlichten Vorankündigung möglich sei. Es sei jedenfalls Aufgabe eines öffentlichen Auftraggebers, die zu vergebende Leistung festzulegen und zu beschreiben. Diese Beschreibung der zu beauftragenden Verkehrsleistungen sei durch die Musterfahrpläne erfolgt.

Nicht zuletzt belege zudem die im konkreten Vergabeverfahren penibel dokumentierte und detailliert ausgearbeitete sachliche Rechtfertigung, dass im konkreten Fall sowohl dem Gebot der Nichtdiskriminierung, als auch dem Gleichbehandlungsgebot jedenfalls entsprochen worden sei.

Des Weiteren seien Direktvergaben auch nach der Neufassung der PSO-VO zulässig. Art 5 Abs 4a PSO-VO idF VO 2016/2338, welcher eine neue Form der Direktvergabe normiere, gelte gemäß Art 8 Abs 2 sublit ii leg. cit. ab 03.12.2019. Art 5 Abs 6 PSO-VO sei von der VO 2016/2338 unverändert beibehalten worden und finde gemäß Art 8 Abs 2 sublit iii PSO-VO idF VO 2016/2338 erst ab dem 25.12.2023 keine Anwendung mehr. Festzuhalten sei daher, dass die PSO-VO zwischen 03.12.2019 und 24.12.2023 zumindest zwei im konkreten Fall anwendbare verschiedene

Direktvergabenormen für Schienenpersonenverkehrsdienste, nämlich Art 5 Abs 4a und Abs 6, enthalten werde. Ab dem 25.12.2023 könnten Direktvergaben im Eisenbahnbereich nur mehr unter den Voraussetzungen des Art 5 Abs 4a PSO-VO idF VO 2016/2338 stattfinden. Der neue Art 5 Abs 4 PSO-VO enthalte detaillierte Voraussetzungen für die Zulässigkeit der Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für den Schienenpersonenverkehr, die bisher in der PSO-VO nicht enthalten und in dieser Konkretetheit auch nicht aus den primärrechtlichen Grundsätzen ableitbar gewesen seien. Diese Voraussetzungen seien sekundärrechtliche Konkretisierungen und Präzisierungen der primärrechtlichen und daher notwendig generellen Prinzipien. Es sei jedenfalls zulässig und wohl auch angezeigt, dass eine zuständige Behörde bereits unter dem geltenden Recht nach diesen Kriterien beurteile, ob eine Direktvergabe zulässig sei.

Die Wahl der Direktvergabe sei eine Ermessensentscheidung der zuständigen Behörde, wobei es sich um ein an das Vorliegen der Voraussetzung des Art 5 Abs 4a lit a und lit b PSO-VO gebundenes Ermessen handle. Die Voraussetzungen der lit a und lit b müssten kumulativ erfüllt sein. Art 5 Abs 4a PSO-VO sei dahingehend zu verstehen, dass auch bei möglichen wettbewerblichen Verfahren eine Direktvergabe zulässig sei, wenn sie aus den in lit a leg. cit. genannten Gründen besser geeignet erscheine, die Qualität- und Kosteneffizienz der Schienenpersonenverkehrsdienste zu erhöhen. Die zuständige Behörde müsse daher darlegen können, dass markt-, netz- oder auftragsbezogene Störfaktoren vorhanden seien, die einen fairen und diskriminierungsfreien Wettbewerb beeinträchtigen oder die Umsetzung der der Verkehrsverbesserung dienenden Zielsetzungen der zuständigen Behörde erschweren würden. Diese Darlegung liege im gegenständlichen Fall jedenfalls vor.

Ausweislich des klaren Wortlautes des Art 5 Abs 4a lit a PSO-VO sei als Vergleichsmaßstab der bestehende öffentliche Dienstleistungsauftrag und jedenfalls nicht das in einem wettbewerblichen Verfahren allenfalls erzielbare Ergebnis heranzuziehen.

Die in Art 5 Abs 4a lit a PSO-VO genannten einzelnen Kriterien, also

die jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale des Netzes,

die jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale des Marktes und die jeweiligen strukturellen und geografischen Merkmale der vom Auftrag abgedeckten Dienste müssten daher in einer abwägenden Gesamtbetrachtung die bessere Eignung der Direktvergabe erweisen. Diese Gesamtbetrachtung sei durch die zuständige Behörde im vorliegenden Fall durchgeführt worden und sei diese bessere Eignung einer Direktvergabe aus nachfolgenden Gründen jedenfalls als erfüllt anzusehen.

Als erster Schritt zur Umsetzung der verkehrspolitischen Zielsetzungen sei zwischen dem Bund und dem Bundesland Salzburg eine Harmonisierung des Bestellsystems für gemeinwirtschaftliche SPNV-Leistungen in Salzburg eingeleitet und vereinbart worden, dass der Bund die SCHIG beauftragen werde, das für den Zeitraum 2020-2029 im Bundesland Salzburg insgesamt zu erbringende gemeinwirtschaftliche SPNV-Angebot bei dazu geeigneten Eisenbahnverkehrsunternehmen zu beauftragen.

Hinsichtlich der Wahl des Vergabeverfahrens seien die Ergebnisse der verkehrlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Prüfung einer rechtlichen Beurteilung unterzogen worden. Auf Basis dieser Grundlagen sei vom BMVIT entschieden worden, die für den Zeitraum 2020 bis 2029 im Bundesland Salzburg gemeinwirtschaftlich zu beauftragenden SPV-Leistungen im Wege der SCHIG als Auftraggeberin gemäß § 2 Z 5 BVergG 2018 bei der XXXX direkt zu beauftragen.

Die im Zusammenhang mit der Wahl des Vergabeverfahrens von Aicher/Lessiak im Rechtsgutachten vom 18.07.2016 dargelegten Sachverhalte und deren rechtliche und wirtschaftliche Beurteilung seien jedoch nicht nur für das Bundesland Vorarlberg, sondern grundsätzlich für das gesamte Bundesgebiet und somit auch für die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen SPV-Leistungen für das Bundesland Salzburg zutreffend.

Als prägende Merkmale des derzeitigen und künftigen Schienenpersonenverkehrsmarktes in Österreich und als Begründung der sachlichen Rechtfertigung der konkreten Direktvergabe seien folgende Parameter identifiziert worden:

a. Die Monopolstellung der XXXX sei Teil der Struktur des österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarktes. Mit dem am 03.02.2011 abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrag des Bundes sei die XXXX im Wege der Direktvergabe von der SCHIG mit der Erbringung der aus dem Grundangebot gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 vom Bund zu finanzierenden Schienenpersonenverkehrsleistungen bis zum 31.12.2019 beauftragt worden. Die Direktbeauftragung habe gewählt

werden müssen, weil der neue Verkehrsdienstvertrag des Bundes der PSO-VO folgend dazu genutzt worden sei, das seinerzeitige System der überwiegenden Tarifbestellung nach den gemeinwirtschaftlichen Leistungsverträgen auf ein System der Leistungsbestellung umzustellen. Dieser Systemwechsel habe nicht in einem wettbewerblichen Verfahren, sondern nur in direkten Verhandlungen mit dem bisherigen Vertragspartner für das betreffende Grundangebot mit der XXXX vollzogen werden können. Die Rechtmäßigkeit dieser Direktvergabe sei vom Bundesvergabeamt sowie vom VwGH bestätigt worden. Festzuhalten sei daher, dass die XXXX auf PSO-VO-konformer Grundlage monopolistischer Verkehrsdienstleister für aus dem Grundangebot finanzierte Schienenpersonenverkehre sei, deren Stellung sich aufgrund der Streuung der aus dem Grundangebot finanzierten Verkehre auf ganz Österreich erstrecke.

b. Der österreichische Verkehrsraum sei in Verkehrsverbundorganisationen hinsichtlich der Bundesländer organisiert und 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, die ein überregionales Tarifsysteem unter anderem der XXXX berücksichtige.

Im Bereich der sich über die regionalen Verbundräume hinaus erstreckenden Verkehrsverbindungen des SPV komme fast ausschließlich das österreichweite Tarifsysteem der XXXX zur Anwendung. Die Koordination mit den diesbezüglichen Leistungsbestellungen des Bundes, die sich auch auf den Eisenbahnverkehr erstrecken und die freie Zugwahl seien Teil der Struktur des österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarktes.

c. Zurzeit bestehe in Österreich im Hinblick auf gemeinwirtschaftlich erbrachte Schienenpersonenverkehrsleistungen ein duales Bestellsystem. Die von den einzelnen Bundesländern noch vor Inkrafttreten der PSO-VO abgeschlossenen Verkehrsdienstverträge würden unterschiedliche Laufzeiten aufweisen und seien auch im Hinblick auf die zu erbringende Verkehrsdienstleistung unterschiedlich gestaltet. Da die Landesverträge bei Abschluss des Verkehrsdienstvertrages des Bundes mit der XXXX in Geltung gewesen seien, sei im Rahmen der Bundeszuständigkeit die Bestellung des Grundangebotes im Verkehrsdienstvertrag des Bundes von der Tarifbestellung auf die Leistungsbestellung umgestellt worden, wovon die Landesverträge betreffend das Zusatzangebot unberührt geblieben seien. Sihin sei das duale Bestell- und Finanzierungssystem bis heute fortgeschrieben worden.

Die aktuelle Entwicklung der letzten Jahre habe dabei gezeigt, dass ein optimales Erreichen der Zielsetzung, die Möglichkeiten eines zukünftigen Wettbewerbsmarktes zu nutzen, zurzeit noch nicht möglich sei, da ein duales und getrenntes Bestellsystem der Beauftragung einer effizienten und kostengünstigen Erbringung von sinnvoll produzierbaren Verkehrsdienstleistungen im Wege stehe und zuvor umgestaltet werden müsse.

Die insofern erforderliche gemeinsam zu erarbeitende Beauftragung und Abwicklung von Schienenpersonenverkehrsleistungen können nur durch eine Synchronisierung der einzelnen abgeschlossenen Verträge umgesetzt werden, wodurch es erforderlich sei, die derzeit für die EVU bestehenden unterschiedlichen Finanzierungsverträge in ein einheitlich geregeltes Vertragssystem überzuführen. Wesentlicher Punkt dieser geplanten Umgestaltung sei die Aufteilung eines bisher zentral vergebenen Verkehrsdienstvertrages für den Bund mit Zusatzbestellungen der einzelnen Länder in regional angepasste gemeinsame Verkehrsdienstverträge. Dadurch werde die, bisher vor allem inhaltliche, Dualität der vertraglichen Grundlagen beseitigt und einheitliche, österreichweite Standards würden eingeführt werden. Zudem würden dadurch eine zwischen Bund und Länder koordinierte Vorgangsweise bei der Beauftragung von Verkehrsdienstleistungen mit Neufahrzeugen sowie eine individuelle Umsetzung von Brutto- bzw. Nettoverträgen je Bundesland möglich.

Vor allem erleichtere das System der Gesamtangebotsbestellung die zur Verbesserung und Attraktivierung des Angebots im öffentlichen Personenverkehr erforderliche Einführung eines österreichweiten integrierten Taktfahrplanes nach Schweizer Vorbild.

Um eine diesbezüglich einheitliche Vorgangsweise zu ermöglichen, sei es allerdings erforderlich, die bestehenden, verschiedenen Verkehrsdienstverträge anzupassen bzw. in ein für das bzw. die jeweiligen Eisenbahnverkehrsunternehmen einheitliches, öffentliches Dienstleistungsvertragssystem überzuführen, das sowohl die Bestimmungen der PSO-VO erfülle, als auch die Realisierung eines österreichweiten integrierten Taktfahrplans aller öffentlichen Verkehrsträger ermögliche.

Es sei daher festzuhalten, dass das derzeitige duale Finanzierungs- und Bestellsystem und die gebotene Umwandlung in das System der Gesamtangebotsbestellung durch die SCHIG bis zu deren Abschluss Teil des Strukturwandels im österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarkt sei.

d. Aufgrund der gegebenen Gesetzeslage würde der Verlust von Losen im wettbewerblichen Verfahren an ein anderes Eisenbahnverkehrsunternehmen für die zuständige Behörde unmittelbar zu einer Kostenbelastung führen, die über der Kosteneinsparung liege, welche sie bei Vergabe im wettbewerblichen Verfahren allenfalls erzielen würde. Das habe seinen Grund im Wesentlichen darin, dass die Mitarbeiter des XXXX Konzerns zu rund 58 % definitiv gestellte Dienstnehmer seien.

Aus den arbeits- und sozialrechtlichen Sonderregelungen für die Definitivgestellten und der für die sonstigen Mitarbeiter geltenden günstigen Arbeitszeitregelung resultiere ein Produktionskostennachteil der XXXX, der sich auf den produzierten Zugkilometer umlegen lasse. Diesen Produktionskostennachteil könne die XXXX im Wettbewerb nicht kompensieren.

Überdies wirke sich das Pensionsrecht der definitiv gestellten XXXX-Beschäftigten im konkreten Fall aus. Die Kosten für Pensionsansprüche bei Ruhestandsversetzung würden nicht der jeweiligen XXXX-Gesellschaft, sondern dem Bund zur Last fallen. Wenn die präsumtive Zuschlagsempfängerin im wettbewerblichen Verfahren Lose an Mitbewerber verlieren würde, könnten nicht mehr alle in der Zugproduktion Definitivgestellten wegen des Verlustes von zu produzierenden Zugkilometern bei der XXXX und in den produktionsbeteiligten Tochtergesellschaften beschäftigt werden. In diesem Falle wäre der Vorstand der XXXX und der XXXX genötigt, die Dienstverhältnisse mit diesen Dienstnehmern zu beenden, was für Definitivgestellte nur über eine Versetzung in den Ruhestand zu bewerkstelligen sein würde. In diesem Falle seien die für Definitivgestellte anfallenden Kosten unmittelbar vom Bund zu tragen.

Weiters sei darauf hinzuweisen, dass einer Überbindung der Dienstverhältnisse der an der Zugproduktion beteiligten XXXX-Beschäftigten auf einen neuen Betreiber im Falle einer wettbewerblichen Losvergabe unüberwindliche Schwierigkeiten entgegenstehen würden.

Darüber hinaus sei festzuhalten, dass im Falle des Übergangs des Dienstverhältnisses unter vertraglicher oder gesetzlicher Sicherstellung, es zu keiner Schmälerung der Ansprüche der betreffenden Dienstnehmerinnen und Dienstnehmern kommen könne. Daher sei nicht zu erwarten, dass ein Nachfolgebetreiber zu niedrigeren Kosten anbieten könne, als dies bisher durch die XXXX derzeit der Fall sei.

Der dargestellte, manifeste und auf absehbare Zeit fortwirkende Wettbewerbsnachteil der den SPV österreichweit betreibenden XXXX dürfe als strukturelles Merkmal des österreichischen Schienenpersonenverkehrsmarktes qualifiziert werden.

Wie auch das BVwG eindeutig festgestellt habe, könne der Auftraggeber bei einem Wechsel des Betreibers auch soziale Aspekte berücksichtigen, wozu auch die Übernahme der bisher mit der Erbringung des Personenverkehrsdienstes befassten Mitarbeiter zähle. Auch aus diesem Grunde sei die Direktvergabe besser geeignet als eine Vergabe im wettbewerblichen Verfahren und daher zulässig.

e. Das Schienenpersonenverkehrsnetz im Bundesland Salzburg sei des Weiteren durch folgende Besonderheiten gekennzeichnet: Fahrplanmäßige Vernetzung mit Auswirkungen auf das Netz in anderen Losen, Tarifintegration des österreichischen Schienenpersonenverkehrs, Verschiebbarkeit/Verschiebung des Rollmaterials.

Um die Integration der im Bundesland Salzburg zu beauftragenden gemeinwirtschaftlichen Schienenpersonenverkehrsleistungen in das restliche österreichische Schienennetz problemlos zu gewährleisten, sei es vorteilhaft, wenn diese Verkehrsdienstleistungen von dem Eisenbahnverkehrsunternehmen erbracht werden würden, das den Schienenpersonenverkehr auch in den angrenzenden Gebieten betreibe. Dadurch würden Schnittstellen innerhalb stark frequentierter Reiseketten vermieden und könnten Anschlüsse zwischen Regional- und Fernverkehrszügen vertraglich garantiert werden.

Die gegenständlich zu vergebende Leistung habe aber auch Auswirkungen auf den Schienenpersonenverkehr in anderen Losen, in denen die XXXX den Schienenpersonenverkehr betreibe. Nicht zuletzt unter dem Ziel eines integrierten Taktfahrplanes sei es erforderlich, den Schienenpersonennahverkehr als Zubringerdienst zu anderen Reiseketten in mehreren anderen Losen zu optimieren.

Dies sei leichter zu bewerkstelligen, wenn gemeinwirtschaftliche Schienenpersonennahverkehrsleistungen im Bundesland Salzburg an die XXXX direkt vergeben werden würden. Bei einer derart detaillierten Leistungsbeschreibung, wie sie dafür nötig sei, sei jeder Qualitätswettbewerb ausgeschlossen. Überdies hätten in der Verhandlungsphase angebotene Alternativen, die zu Kosteneinsparungen und/oder Qualitätsverbesserungen führen

würden, Fernwirkungen auf andere Lose, die die SCHIG nicht vorhersehen habe können. Dann wäre aber ein derartiges Angebot gar nicht zuschlagsfähig, bevor nicht in einem weiteren Verhandlungsprozess mit den betroffenen Bundesländern und der XXXX eine neuerliche Koordination gelungen sei. Dieser neuerliche Koordinationsaufwand könne bei Direktvergabe an die XXXX vermieden werden.

Weiters könne die Möglichkeit, mit einem durchgängigen Ticket sowohl die regionalen Zubringerverkehrszüge als auch von der XXXX betriebene Fernverkehrszüge benützen zu können, bei Vergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen an einen anderen Betreiber nur mit Zustimmung der XXXX sichergestellt werden.

Zudem sei nur die XXXX zur Verschiebung des in anderen Bundesländern frei werdenden Rollmaterials in der Lage.

Das von der SCHIG ab 2011 implementierte Qualitätsmesssystem habe sich bewährt und solle auch für einen Nachfolgevertrag, unter Anpassung der Zielwerte bzw. der Bonus- bzw. Maluszahlungen - wie dies Art 5 Abs 4a lit. b PSO-VO fordere - für eine Verbesserung der Qualität der Dienste oder der Kosteneffizienz oder beidem im Vergleich zu dem zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag herangezogen werden.

Es könne daher mit guten Gründen begründet werden, dass eine Direktvergabe der gegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen an die XXXX gerechtfertigt sei.

Zum behaupteten Verstoß gegen das Transparenzgebot wegen Ankündigung einer Anpassungsklausel behaupteten Ermöglichung wesentlicher Vertragsänderungen sei darauf hinzuweisen, dass entsprechende vertragliche Anpassungsklauseln bereits in den bisherigen Vorinformationen, welche im Wege des Gesamtangebotsbestellsystems zu vergebende Verkehrsdienstverträge betrafen, enthalten gewesen seien und diese von den jeweiligen Vergabekontrollbehörden noch in keinem einzigen Fall als unzulässig erklärt worden seien. Weiters stehe eindeutig fest, dass die Auftraggeberin durch die Bekanntgabe, dass im Zuge der Vertragsverhandlungen eine entsprechende Anpassungsklausel implementiert werden solle, ihre Verpflichtung zur Transparenz und zur höchstmöglichen Detaillierung der Vorinformation mustergültig nachgekommen sei. Weiters dürften entsprechende Anpassungsklauseln sowohl unionsrechtlich als auch nach österreichischem Vergaberecht ebenfalls zulässigerweise vereinbart werden. Hinzuweisen sei in diesem Zusammenhang auch darauf, dass § 365 BVergG 2018 gemäß § 151 Abs 3 BVergG 2018 bei der gemäß Art 5 Abs 6 PSO-VO erfolgenden Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen gar nicht anzuwenden sei.

Zum behaupteten Verstoß gegen das Transparenzgebot wegen fehlender Abrechnungsparameter sei darauf hinzuweisen, dass diese Anforderung Art 7 Abs 2 PSO-VO explizit nicht zu entnehmen sei. Diese Ansicht haben das VWG Wien und das BVwG eindeutig bestätigt.

Das Vorbringen der Antragstellerin, die Vergabe der verfahrensgegenständlichen Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen diskriminiere die Antragstellerin und verstoße gegen das Effizienzgebot, gehe ins Leere, zumal sämtlichen Transparenz-, und Gleichbehandlungs- und sonstigen primär- und sekundärrechtlichen Verpflichtungen im Wege der Vorinformation gemäß Art 7 Abs 2 PSO-VO Genüge getan worden sei.

Die Behauptung der Antragstellerin, dass eine "Bruttovergabe" gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip und Effizienzgebot verstoßen würde, könne nicht nachvollzogen werden, da es gemäß Art 4 Abs 2 PSO-VO der zuständigen Behörde ausdrücklich freigestellt sei, in den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen festzulegen, ob Einnahmen aus dem Fahrscheinverkauf beim (beauftragten) Betreiber eines öffentlichen Dienstes verbleiben (= Nettovertrag) oder an die zuständige Behörde übergehen (= Bruttovertrag).

Entgegen den irreführenden Angaben der Antragstellerin enthalte die Vorinformation in mustergültiger Art und Weise exakte und detaillierte Beschreibungen der zu vergebenden Leistung, die weit über das unionsrechtlich geforderte Maß hinausgehen. Bei der Nennung "Land Oberösterreich" in der ursprünglichen Fassung der Vorinformation handle

es sich offenkundig um einen Irrtum, welcher mit Berichtigung der Vorinformation korrigiert worden sei. Nach dem objektiven Erklärungswert gemäß § 914 ABGB und den genauen und detail

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

© 2024 JUSLINE

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

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