

Geschäftszeichen:

VwSen-550598/19/KI/TK/BRE

Datum:

Linz, 24. Mai 2012

Erkenntnis

Der Unabhängige Verwaltungssenat des Landes Oberösterreich hat durch die 5. Kammer (Vorsitzende Mag. Michaela Bismaier, Berichterin Dr. Ilse Klempt, Beisitzer Mag. Thomas Kühberger) über den Antrag der x GmbH, x, vertreten durch x Rechtsanwälte GmbH, x, sowie x, Rechtsanwalt Dr. x, x, vom 30. März 2012 auf Nichtigerklärung der im Supplement zum Amtsblatt der EU am x veröffentlichten Vorinformation der Auftraggeberin x, x, betreffend die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen im Bundesland x nach öffentlicher mündlicher Verhandlung am 4. Mai 2012 zu Recht erkannt:

I. Dem Antrag wird stattgegeben und die Vorinformation vom x für nichtig erklärt.

Hinsichtlich des Auftraggebers x wird der Antrag zurückgewiesen.

II. Die x wird verpflichtet, der Antragstellerin zuhanden ihres Rechtsvertreters die entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 2.400 Euro (für Nachprüfungsverfahren und einstweilige Verfügung) binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen.

Rechtsgrundlagen:

Zu I. §§ 1, 2 und 7 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006 – Oö. VergRSG 2006, LGBl. Nr. 130/2006 i.d.F. LGBl. Nr. 68/2010, iVm § 141 Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl. I Nr.

17/2006 i.d.F. BGBl. I Nr. 15/2010, iVm Art. 5 Abs. 1, 6 und 7 und Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Okt. 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße

zu II. § 23 Oö. VergRSG 2006

Entscheidungsgründe:

1. Mit Eingabe vom 30. März 2012 hat die x (im Folgenden Antragstellerin) Anträge auf Nichtigerklärung der im Supplement zum Amtsblatt der EU am 23. März 2012 unter der Nummer 2012/S58-094731 veröffentlichten Vorinformation, mit der die Wahl der Direktvergabe bekannt gegeben wurde, sowie auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung, dem Auftraggeber den Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages mit der x, also die Zuschlagserteilung, bis zur Entscheidung im Nachprüfungsverfahren zu untersagen, gestellt. Weiters wurde die Zuerkennung der entrichteten Pauschalgebühren beantragt.

Begründend führt die Antragstellerin aus, dass bei ungehindertem Fortgang der geplanten, rechtswidrigen Direktvergabe der Verlust ihres Rechtes, sich durch ein alternatives Angebot der Auftraggeberin als Bieter vorzustellen und mit dem Angebot gegebenenfalls zum Zug zu kommen, drohe. Würde die Antragstellerin ordnungsgemäß beteiligt, hätte sie aufgrund ihrer Kosteneffizienz eine unmittelbare Chance auf Erhalt jedenfalls von Teilen des Auftrages. Die Pauschalgebühr sei entrichtet worden. Die Auftraggeberin und die x seien durch die Erlassung der einstweiligen Verfügung nicht beeinträchtigt. Insbesondere bestehe kein besonderes öffentliches Interesse an der Fortführung des Verfahrens. Die Befolgung des Antrags hätte nur eine geringe zeitliche Verzögerung zur Folge, die sich bei rascher Befolgung und Neuveröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der EU auf 2 Wochen belaufe. Auch würde bei Durchführung des Verfahrens im beantragten Sinne für die Auftraggeberin die Möglichkeit bestehen, günstigere Angebote zu berücksichtigen. Gerade hieran bestehe ein besonderes öffentliches Interesse. Für die Antragstellerin hingegen wäre eine Fortführung des geplanten Direktvergabeverfahrens gravierend, weil bei Zuschlagserteilung der SPNV-Markt in Oberösterreich zusätzlich zu dem SPNV-Markt auf Bundesebene auf Jahre bis Ende 2019 vollständig verschlossen wäre.

Im Übrigen wurde auf das Vorbringen hinsichtlich des Nachprüfungsantrages verwiesen. Darin wurde ausgeführt, dass die Antragstellerin ein in Österreich zugelassenes privates Eisenverkehrsunternehmen sei. Sie bediene seit 11. Dezember 2011 die Strecke Wien-Salzburg im Schienenpersonenverkehr und verfüge über einen Standort in Linz. Die Antragstellerin wende sich gegen die von der Auftraggeberin angekündigte "Direktvergabe von Schienenpersonennahverkehrsleistungen" (SPNV-Leistungen) im Bundesland x. Die Auftragsvergabe soll auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (Personenverkehrsverordnung bzw. PSO) erfolgen und zwar als sogenannte Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 6 PSO. Gegenstand der Direktvergabe sei der geplante Abschluss eines Verkehrsvertrages zwischen der Auftraggeberin und der x. Am 23. März 2012 veröffentlichte die Auftraggeberin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Vorinformation über die Vergabe von Dienstleistungen der Kategorie Nr. 18: Eisenbahnverkehr im Sinne der Richtlinie

2004/18/EG, Haupttätigkeit: Öffentlicher Personennahverkehr, Bezeichnung des Auftrags: Öffentlicher Schienentransport – Öffentliche Schienenbeförderung. Die Kurzbeschreibung unter Ziff.II.4 lautet: "Mit dem abzuschließenden Verkehrsdienstvertrag für Schienenverkehrsdienstleistungen im Bundesland x werden die über das gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 vom x sicherzustellende Grundangebot hinausgehenden und schon derzeit erbrachten Schienenverkehrsdienstleistungen weiterbestellt sowie zusätzliche Schienenverkehrsdienstleistungen im Bundesland x bestellt." Eine Aufteilung in Lose erfolge nicht. Ziff.II.8 lautet: "Es handelt sich um eine Vorinformation im Sinne von Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007. Es ist die Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 geplant." Die Antragstellerin habe am 23. März 2012 Kenntnis von der Vorinformation der Auftraggeberin erlangt. Mit Schreiben ihrer Rechtsvertreter vom 27. März 2012 habe sie gegenüber der Auftraggeberin gerügt, dass die Veröffentlichung nicht den Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 PSO entspreche. Zudem habe sie einen Antrag nach Art. 7 Abs. 4 PSO gestellt und die Auftraggeberin aufgefordert, ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe zu übermitteln, einschließlich der Angaben zum genauen Leistungsumfang, der wesentlichen Elemente des geplanten Verkehrsdienstvertrags, der Benennung des ausgewählten Betreibers sowie der Angabe der rechtlichen und ökonomischen Gründe für dessen Auswahl. Die Rüge begründete die Antragstellerin im Wesentlichen damit, dass die in der Vorinformation enthaltenen Angaben nicht den mit der Personenverkehrsverordnung insgesamt und mit Art. 7 Abs. 2 PSO im Speziellen verfolgten Transparenzzwecken genüge. Mit dem Antrag nach Art. 7 Abs. 4 PSO machte sie die ihr nach der Personenverkehrsverordnung zustehenden Rechte geltend, die auch dazu dienen, die in Art. 5 Abs. 7 PSO vorgesehenen Rechtsschutzmöglichkeiten ausschöpfen zu können.

Mit Schreiben vom 28. März 2012 habe die Auftraggeberin reagiert und zu der Rüge der nicht ordnungsgemäßen Vorinformation nicht Stellung genommen. Zum Antrag nach Art. 7 Abs. 4 PSO sei ausgeführt worden, dass die gegenständlichen Verkehrsdienstleistungen solche Schienenverkehrsdienstleistungen im Bundesland x betreffen, die über das bereits vom x durch Bestellung bei den x sichergestellte Grundangebot im Öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr hinausgehen. Diese Schienenverkehrsdienstleistungen würden derzeit bereits im Auftrag des x von der x erbracht. Sie sollten im Jahr 2013 weiterbestellt werden. Das Gesamtausmaß der Schienenverkehrsdienstleistungen belaufe sich aktuell auf 1,21 Mio. Zug-km/Jahr. Es sei zudem eine geringfügige Erweiterung der Schienenverkehrsdienstleistungen um ca. 120.000 km vorgesehen. Darüber hinaus habe die Auftraggeberin Strecken sowie Zug-Kilometer pro Jahr, die von der Weiterbestellung/Erweiterung betroffen seien, benannt. Diese SPNV-Leistungen seien vom x gewünscht und dienten im Wesentlichen dazu, eine Taktung zu erreichen bzw. die Taktung zu verdichten.

Sie seien in den Wagenumlauf des Grundangebotes eingebunden. Es werde bestehendes Rollmaterial eingesetzt. Dabei handle es sich für jede Strecke jeweils um unterschiedliches Rollmaterial. Der Anteil der Zusatzbestellungen an den gesamten Leistungen, die von der x im Schienenpersonennah- und Regionalverkehr in Österreich erbracht würden, läge zudem bei unter 13 %. Daraus schließe die Auftraggeberin, dass es sich nicht um sinnvoll isoliert zu produzierende Leistungen handle. Sie habe deshalb von einer Vergabe im Rahmen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens Abstand genommen. Die vorgesehene Laufzeit solle sich an der Laufzeit des vom x mit der x abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrages orientieren. Die Personenverkehrsverordnung sehe in Art. 5 Abs. 7 PSO vor, dass die Mitgliedstaaten Maßnahmen ergreifen, um effektiven Rechtsschutz gegen Entscheidungen nach Art. 5 Abs. 2 bis 5 PSO zu gewährleisten. Die Antragstellerin sei der Auffassung, dass der Gesetzgeber bisher keine Maßnahmen ergriffen habe, um ein Rechtsschutzsystem im Sinne des Art. 5 Abs. 7 PSO zu etablieren. Auch habe er nicht erklärt, dass das Rechtsschutzsystem des Bundesvergabegesetzes oder diejenigen der Landesvergabegesetze Anwendung finden. Gleichwohl vertrete das Bundesvergabeamt die Auffassung, dass das bestehende nationale vergaberechtliche Rechtsschutzsystem ohne Einschränkungen oder Modifikationen anzuwenden sei. Dieser Bescheid sei von der Antragstellerin angefochten worden und sei das Verfahren vor dem VwGH anhängig. Nach Auffassung der Antragstellerin müssen, um Rechtsschutzlücken zu vermeiden, die existierenden Vorschriften des Bundesvergabegesetzes bzw. der Vergaberechtsschutzgesetze der Bundesländer analog herangezogen und dabei vor allem verordnungs- und primärrechtskonform ausgelegt werden. Der Nachprüfungsantrag richtet sich auf die Nichtigerklärung der im Supplement zum Amtsblatt der EU am 23. März 2003 veröffentlichten "Vorinformation" der Auftraggeberin, mit der diese die Wahl der Direktvergabe bekannt gibt. Nach Auffassung des Bundesvergabeamtes kann bereits in der Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 PSO eine Entscheidung des Auftraggebers liegen, die anzufechten ist, um zu verhindern, dass Präklusion eintritt. Allerdings legt das Bundesvergabeamt seinem Bescheid in diesem Zusammenhang die Vorschriften über den Sektorenbereich zugrunde. Die Antragstellerin teilt die Auffassung nicht. Die Auftraggeberin ist vielmehr öffentliche Auftraggeberin im Sinn des § 3 BVergG, denn nach Auffassung der Antragstellerin stellt die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen für Eisenbahnverkehrsdienstleistungen und die Finanzierung dieser Leistungen keine Sektorentätigkeit im Sinne der Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG dar. Um eine Verfristung zu vermeiden, wird die veröffentlichte Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 PSO sowie die Antragsbegründung nach Art. 7 Abs. 4 PSO vorsorglich angefochten. Die laut Vorinformation geplante Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen im Bundesland x im Weg der Direktvergabe fällt gemäß Art. 14b Abs. 2 Z 2 B-VG in

den Vollzugsbereich des x. Der Unabhängige Verwaltungssenat Oberösterreich ist somit für die Gewährung von Rechtsschutz zuständig. Im Anwendungsbereich der Personenverkehrsverordnung sei der Begriff des Interesses, den Art. 5 Abs. 7 PSO verwendet, weit auszulegen. Nur dann könne das mit der Vorschrift bezweckte Ziel, effektiven Rechtsschutz zu gewährleisten, erreicht werden. Es sei von vornherein nicht ausgeschlossen, dass die Antragstellerin die betroffenen Leistungen oder Teile dieser Leistungen erbringen könne. Die Antragstellerin habe ein besonderes Interesse am Vertragsabschluss, weil sie als bereits in der Region im Schienenpersonenverkehr aktives Unternehmen die von der geplanten Vergabe betroffenen Verkehrsleistungen selbst erbringen möchte. Der Standort in x versetze sie insbesondere in die Lage, produktionstechnisch die Strecken 101/172 sowie 140 mit der hinterlegten Kilometerleistung zu bedienen. Diese stellen etwa die Hälfte des Gesamtausmaßes von 1,21 Mio. Zug-km/Jahr dar. Das für die Erbringung der Schienenpersonenverkehrsleistungen erforderliche Rollmaterial könne die Antragstellerin von Dritten, insbesondere ihrem Geschäftspartner, der x, kurzfristig anmieten. Der Nachprüfungsantrag solle der Antragstellerin Gelegenheit verschaffen, nach Erhalt der dafür erforderlichen Informationen ein Angebot zu legen und damit ihr Interesse am Vertragsabschluss zu konkretisieren. Das gewählte Verfahren der sogenannten "Direktvergabe" nach Art. 5 Abs. 6 PSO schließe die Beteiligung der Antragstellerin am Vergabeverfahren bei europarechtskonformer Auslegung des Art. 5 Abs. 6 PSO nicht aus. Danach sei eine Direktvergabe nämlich niemals zulässigerweise eine sogenannte Hinterzimmervergabe, in deren Rahmen jeglicher Wettbewerb ausgeschaltet sei, sondern sei bei europarechtskonformer Auslegung und Anwendung des Art. 5 Abs. 6 PSO die Auftraggeberin verpflichtet, die Antragstellerin jedenfalls in der Weise zu beteiligen, dass sie ein nichtförmliches, wettbewerbliches Vergabeverfahren durchführt, bei dem die Antragstellerin Gelegenheit erhält, ein Angebot abzugeben.

Der Antragstellerin drohe ein Schaden zu entstehen, sollte die Auftraggeberin die geplante Direktvergabe der betroffenen Leistungen an die x vornehmen. Die Antragstellerin sei als privates, kosteneffizientes Unternehmen in der Lage, die zu bestellenden Leistungen zu einem wettbewerbsfähigen Preis anzubieten und zu erbringen. Bei Beteiligung an einem ordnungsgemäßen, nicht förmlichen Vergabeverfahren gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO habe sie deshalb die reale Chance auf Erteilung eines Zuschlags. Durch gezielten Ausschluss von diesem Verfahren drohe ihr ein Schaden in Höhe des mit den Leistungen zu erwirtschaftenden Gewinns. Dieser beliefe sich bei einer Laufzeit von sieben Jahren und der Erbringung jedenfalls der Leistungen auf den Strecken 101/172 bzw. 140 nach erster Einschätzung auf rund 550.000 Euro p.a. Zusätzlich würde ihr ein nicht bezifferbarer Schaden aus Verlust der Möglichkeit der Integration der Dienstleistungen in die bereits von der Antragstellerin erbrachten Verkehre und

insbesondere die Gewinnung von Neukunden durch Erweiterung des Angebotes entstehen.

Die Antragstellerin werde durch die von der Auftraggeberin geplante Direktvergabe in ihren Rechten verletzt, nämlich in ihrem Recht auf Wahl und Durchführung eines den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Personenverkehrsverordnung sowie den Grundfreiheiten der EU-Verträge entsprechenden, transparenten und diskriminierungsfreien Vergabeverfahrens sowie in ihren Rechten aus Art. 7 Abs. 4 PSO und Art. 5 Abs. 3 und 5 Abs. 7 PSO verletzt.

Die Direktvergabe sei rechtswidrig und verstoße gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, nämlich die PSO sowie gegen die Grundfreiheiten der EU-Verträge und gegen die auf diesen beruhenden vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung. Voraussetzungen der Direktvergabe seien nicht erfüllt. Die Entscheidung für eine Direktvergabe stehe im Ermessen der handelnden Behörden, wobei rechtsstaatliche Ermessensbindungen sich sowohl für die Frage des "Ob" als auch des "Wie" der Direktvergabe im Eisenbahnverkehr ergeben. Ein zutreffendes Verständnis des Art. 5 Abs. 6 PSO sei von entscheidender Bedeutung, wobei sich bereits aus dem in Art. 5 Abs. 3 PSO formulierten Grundsatz, wonach die zuständigen Behörden öffentliche Dienstleistungsaufträge im Personenverkehr im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben müssen, soweit nicht eine Ausnahmenvorschrift eingreift, sich dies ergibt. Dem Wettbewerbsgrundsatz komme bei der Öffnung der europäischen Personenverkehrsmärkte entscheidende Bedeutung zu. Für die Finanzierung der Europäischen Eisenbahnen sei das Konzept der speziellen Entgeltlichkeit (kurz: Bestellerprinzip) eingeführt worden, wobei von der öffentlichen Hand öffentliche Mittel als Vergütung für eine konkret "bestellte" Verkehrsdienstleistung bezahlt werden. Die Durchführung eines organisierten Konkurrenzverfahrens (in der Regel: Offenes Verfahren) diene dazu, dasjenige Eisenbahnunternehmen zu ermitteln, das die vom öffentlichen Aufgabenträger gewünschte Dienstleistung zur besten Qualität und dem geringsten Bedarf an öffentlichen Mitteln zu erbringen in der Lage ist. Dies liege vor allem auch im Interesse der öffentlichen Hand. Vor diesem Hintergrund formuliere auch Art. 5 Abs. 3 PSO das Prinzip der wettbewerblichen Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Personenverkehr als Grundsatz. Eisenbahndienstleistungen seien schon nach der Europäischen Dienstleistungsrichtlinie nicht vom Wettbewerbsgrundsatz ausgenommen. Zwar seien Eisenbahndienstleistungen als sogenannte "nicht prioritäre" 1b-Leistungen definiert. Es sei insoweit ein förmliches Vergabeverfahren nicht vorgesehen, sondern den Mitgliedsstaaten überlassen, ob Eisenbahndienstleistungen in förmlichen Vergabeverfahren vergeben werden müssen. Allerdings haben Vergaben von nicht prioritären Leistungen (u.a. Eisenbahndienstleistungen) den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung und Transparenz zu unterliegen. Die von

der Kommission für die Vergabe nicht prioritärer (Eisenbahn-)Dienstleistungen entwickelten Grundsätze enthalten jedoch wichtige Hinweise für die Auslegung des Art. 5 Abs. 6 PSO. Es sei hinsichtlich der Zulässigkeit einer Direktvergabe (als Ausnahme vom Wettbewerbsgrundsatz) dann auszugehen, wenn bereits offensichtlich ist, dass die Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nicht zu dem Ergebnis kommen kann, dass ein Wettbewerber des als Vertragspartner für die Direktvergabe vorgesehenen Unternehmens nicht einmal für Teile des zu vergebenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Auftragnehmer in Betracht kommen werde, sodass die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens reine Förmerei wäre und keinen praktischen Sinn hätte. Zum "wie" der Direktvergabe ergeben sich Anforderungen aus der auf EU-Primärrecht beruhenden Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung. Also jedenfalls ein nicht-förmliches Wettbewerbsverfahren, das folgende Elemente beinhaltet: Aufruf zum Wettbewerb im EU-Amtsblatt mit kurzer Leistungsbeschreibung und angemessener Frist zu Interessensbekundungen, Prüfung von Interessensbekundungen, Auswahl mehrerer Verhandlungspartner, Durchführung nichtdiskriminierender Verhandlungen und Bekanntmachung über die Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt. Direktvergaben im Sinne des Art. 5 Abs. 6 PSO seien also "nicht förmliche Vergabeverfahren", bei denen der Wettbewerbsgrundsatz unter Berücksichtigung des EU-Primärrechts in möglichst hohem Maße berücksichtigt werde, bei denen die auftraggebende Behörde von der Durchführung förmlicher Vergabeverfahren im Sinne der EU-Dienstleistungsrichtlinie ausnahmsweise absieht.

Die vom Auftraggeber angekündigte Direktvergabe erfülle diese Anforderungen nicht. Es sei nicht richtig, dass ein Wettbewerber des als Vertragspartner für die Direktvergabe vorgesehenen Unternehmens nicht einmal für Teile des zu vergebenden öffentlichen Dienstleistungsauftrags als Auftragnehmer in Betracht kommen werde. Die Ankündigung der Direktvergabe reiche in keiner Weise aus, um potentiellen Wettbewerbern die Entscheidung zu ermöglichen, eine Interessensbekundung und ggf. ein Angebot abzugeben. Auch sei der Auftraggeber beim Zuschritt der zu vergebenden Strecken verpflichtet gewesen, den Grundsatz der losweisen Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu berücksichtigen. Dazu gehöre insbesondere, auf Umlauffähigkeit zu achten, die es Wettbewerbern erlaube, tatsächlich ein Angebot abzugeben. Die vorliegenden knappen Informationen erlaubten den Schluss, dass die von der Auftraggeberin angegebenen Strecken so geschnitten seien, dass sie ausschließlich von einem bestimmten Unternehmen bedient werden können. Auch die Verletzung des Prinzips der Losvergabe verstoße gegen das europarechtliche Diskriminierungsverbot.

Schließlich stelle sich die Frage der Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 PSO in Österreich. Sei diese Bestimmung aus Rechtsgründen unanwendbar, wäre der Auftraggeberin ein Direktvergabeverfahren rechtlich unmöglich.

Schließlich sei die Wiederzulassung der Direktvergabe durch den österreichischen Gesetzgeber nach Inkrafttreten der PSO unzulässig. Österreich habe seine primärrechtlichen Verpflichtungen aus Art. 26, 90 AEUV verletzt, als im Hinblick auf das Inkrafttreten von Art. 5 Abs. 6 PSO das in Österreich bis dato geltende Verbot der Direktvergabe nachträglich wieder aufgehoben wurde. Auch § 41 BVergG beziehe sich auf sogenannte prioritäre Dienstleistungen. Insoweit sei vom Gesetzgeber das Verbot der Direktvergabe nicht aufgehoben worden. Die PSO unterscheide nicht mehr zwischen prioritären und nichtprioritären Dienstleistungen. Auch die Entwürfe der EU-Kommission zur Reform der Vergaberichtlinien sehen eine Differenzierung zwischen prioritären und nicht prioritären Dienstleistungen nicht mehr vor. Es liege daher nahe, Dienstleistungen im Sinne der PSO als solche des § 41 BVergG zu qualifizieren. Praktische Konsequenz sei, dass die Direktvergabe von SPNV-Dienstleistungen unmittelbar gegen das österreichische BVergG verstößt.

2. Der Oö. Verwaltungssenat hat die x als Auftraggeberin (im Folgenden: Auftraggeberin) am Nachprüfungsverfahren beteiligt. In ihrer Stellungnahme vom 3. April 2012 wird zum Sachverhalt ergänzend vorgebracht, dass es sich bei diesen Schienenverkehrsdienstleistungen auf allen Strecken jeweils nur um einzelne vom x gewünschte und über das vom x im Weg x sichergestellte Grundangebot im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr hinausgehende zusätzliche Schienenverkehrsdienstleistungen, die bestellt werden, um im Wesentlichen einen Taktverkehr zu erreichen bzw. bestehende Takte zu verdichten, handelt, und diese in den Wagemlauf des Grundangebotes eingebunden sind. Diese Leistungen werden auf den einzelnen Strecken mit bestehendem Rollmaterial gefahren, wobei auf den einzelnen Strecken unterschiedliches Rollmaterial zum Einsatz kommt. Diese zusätzlichen Schienenverkehrsdienstleistungen ergeben keine isoliert sinnvoll zu produzierende Leistung, weshalb von einem wettbewerblichen Vergabeverfahren Abstand genommen wurde. Es ist geplant, einen nicht prioritären Dienstleistungsauftrag gemäß § 6 BVergG iVm Anhang IV, Kat. 18, BVergG im Oberschwellenbereich im Wege einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu vergeben. Art. 5 Abs. 6 VO (EG) 1370/2007 besagt, dass zuständige Behörden entscheiden können, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr unter Beachtung der Bestimmungen des Anhangs direkt zu vergeben. Eine derartige Direktvergabe steht österreichischem Recht nicht entgegen, zumal mit der Novelle zum Bundesvergabegesetz 2006 (BGBl. I Nr. 15/2010) eine diesbezügliche bundesgesetzliche Möglichkeit für die Art der Vergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 ohne

betragsmäßig festgelegte Schranken ab dem 5.3.2010 geschaffen wurden. Für den abzuschließenden beabsichtigten Verkehrsdienstvertrag ist eine Laufzeit vorgesehen, die sich an der Laufzeit des vom x mit den x abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrags orientiert (2019). Die Möglichkeit einer teilweisen oder gänzlichen früheren Abbestellung der Schienenverkehrsdienstleistungen zur Ermöglichung einer Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens im Sinne des vom x mit den x abgeschlossenen Verkehrsdienstvertrages ist vorgesehen. Es wurde angemerkt, dass der vom x im Wege der x abgeschlossene Verkehrsdienstvertrag mit den x, welcher zur Sicherstellung des Grundangebotes im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr in Österreich abgeschlossen wurde, zur Nutzung des zukünftigen Wettbewerbsmarktes im Schienenpersonenverkehr explizit die Möglichkeit vorsieht, schon während der Vertragsdauer Teilleistungen kontrolliert einem Wettbewerbsmarkt zuzuführen. Die von der x über das vom x im Wege der x bestellte Grundangebot hinausgehenden zusätzlich bestellten Verkehrsdienste wären im Sinne einer sinnvollen Losbildung mit diesem gemeinsam einer Vergabe zuzuführen. Abschließend sei festgestellt, dass die x der Antragstellerin im Bezug auf ihren Antrag gemäß Art. 7 Abs. 4 VO (EG) 1370/2007 nachgekommen ist und ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe bereits übermittelt hat. Auch wurden der Antragstellerin bereits über die in Art. 7 Abs. 2 VO (EG) 1370/2007 geforderten Informationen hinaus weitergehende Informationen bekanntgegeben. Weiters wurde der Antragstellerin unter Beiziehung von Vertretern des x ein Gespräch zur weiteren Erörterung angeboten. Aus der Sicht der x ist aus oben angeführten Gründen die Entscheidung für eine Direktvergabe der gegenständlichen Schienenverkehrsdienstleistungen sachlich gerechtfertigt und es wird daher beantragt, die von der Antragstellerin gestellten Anträge abzuweisen.

Weiters wurden Unterlagen, nämlich Nachweise über die öffentliche Bekanntgabe, Angaben über den geschätzten Auftragswert sowie Unterlagen zum Vergabegegenstand, nämlich Aufstellung über sämtliche von der beabsichtigten Beauftragung betroffenen Schienenpersonenverkehrsdienste (aufgegliedert in einzelne Züge unter Angabe der exakten Entfernungsangaben sowie Verkehrstage) vorgelegt. Gleichzeitig wurde ausgeführt, dass Vertragsverhandlungen der x mit Verkehrsunternehmen noch nicht stattgefunden haben. Schließlich wurde der Schriftverkehr mit der Antragstellerin abgeschlossen. Eine weitere Stellungnahme der Auftraggeberin ist am 19.4.2012 erfolgt.

Seitens der Antragstellerin wurde Akteneinsicht genommen und eine Aktenkopie angefertigt.

Weitere Ausführungen hat die Antragstellerin in der Eingabe vom 3. Mai 2012 unter Anschluss von Kopien und Auszügen aus Judikatur und Literatur vorgebracht.

3. Der Oö. Verwaltungssenat hat Beweis erhoben durch Akteneinsichtnahme, insbesondere in die von den Parteien vorgelegten Schriftsätze und Unterlagen, sowie durch Anberaumung und Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 4. Mai 2012, an der die Antragstellerin samt Rechtsvertretern sowie die Auftraggeberin samt Rechtsvertreter und Beistand teilgenommen haben. Es erfolgte eine umfassende Erörterung der Sachlage.

3.1. Anhand der von der Auftraggeberin vorgelegten Unterlagen sowie der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung durch Auftraggeberin und Antragstellerin ausgeführten Darstellung ist festzuhalten, dass die zu vergebenden – und daher in der Vorinformation angesprochenen – Eisenbahnverkehrsdienstleistungen, nämlich Kurse darstellen, die in dem vom x an die x bereits vergebenen Grundangebot nicht enthalten sind, an deren Erbringung aber ein Interesse des x bestehe. Es handelt sich dabei um Kurse bzw. Teile von Kursen, die zum Grundangebot Verbindungen und Verdichtungen schaffen. Es soll auch eine günstigere Vertaktung und die Herstellung eines durchgehenden Fahrplans, auch unter Einbeziehung der Anschlusszüge erfolgen. Es werden auch zum Teil vom x bestellte Verkehrsdienstleistungen an unzusammenhängenden Strecken befahren und sollen daher durch Bestellungen des x Lücken geschlossen bzw. Zusammenhänge hergestellt werden. Die vom x bestellten Verkehrsdienstleistungen wurden im Jahr 2009 für 10 Jahre, also bis 2019 vergeben.

Konkret dargelegt wurde dies bei den Linien Nr. 101 und Nr. 140 anhand der den Unterlagen angeschlossenen Fahrpläne, bei welchen mit gelb markiert jene Kurse bzw. Teile der Kurse angegeben sind, die vom x bestellt werden sollen. Auch bei der Linie Nr. 142, Linz/Urfahr - Aigen-Schlägl verhält es sich so, dass die Strecke in Linz/Urfahr (Mühlkreisbahnhof) endet, allerdings auch auf dieser Linie nur einzelne Kurse vom x zu vergeben sind.

3.2. Aufgrund dieser konkreten Darlegung ist daher nach Meinung der Auftraggeberin nur eine Bestellung des x im x mit den x sinnvoll, weil sich ansonsten bei Herausnahme von Kursen bzw. Teilstrecken sich dann das verbleibende Angebot verändern würde, insbesondere auch dann die Preissituation für das Restangebot ändern würde. Allerdings ist es beabsichtigt, zu dem Zeitpunkt, zu dem der x herauslöst und im Wettbewerb vergibt, auch die damit zusammenhängenden vom x bestellten Kurse im Wettbewerb zu vergeben. Es wurde auch darauf hingewiesen, dass bei einem Wechsel des Verkehrsdienstleisters die Kundschaft in einen anderen Zug wechseln müsste bzw. auch Garnituren leer jeweils nach Bedarf verschoben werden müssten. Es würde sich daher die Zahl der Leerfahrten vervielfachen und würden sich daraus auch die Betriebskosten verändern.

Seitens der Antragstellerin wurde noch hervorgehoben, dass das Volumen der Zugkilometer pro Jahr so groß sei, dass durchaus eine Vergabe im Wettbewerb möglich sei, auch eine Vergabe in Teilen bzw. Losen. Auch könne nicht ausgeschlossen werden, dass nicht auch ein anderes Verkehrsunternehmen eine Vertaktung durchführen und die Herstellung eines durchgehenden Fahrplanes durchführen könne. Auch mit jedem anderen Verkehrsunternehmen könne eine Kündigungsmöglichkeit aus dem Verkehrsdienstvertrag des x vereinbart werden, um ein gemeinsames Herauslösen zu ermöglichen. Es wurde weiters auch noch auf weitere über das bestehende Angebot hinausreichende zu bedienende Strecken verwiesen, die vergeben werden sollen.

3.3. Nach der Auflistung der Auftraggeberin betreffend die Schienenverkehrsdienstleistungen sind insgesamt Schienenverkehrsdienstleistungen von 1,21 Mio. Zugkilometer pro Jahr zu vergeben, nämlich 310.000 auf der Strecke 101/172 Linz - Ederbauer und Vöcklabruck – Kammer - Schörfling, 140.000 auf der Strecke Nr. 131 St. Valentin - Kleinreifling, 170.000 auf der Strecke Nr. 133 Linz - St. Valentin – Hirschenau - Nöchling, 240.000 auf der Strecke Nr. 140 Linz - Selzthal, 50.000 auf der Strecke Nr. 141 Linz - Summerau, 100.000 auf der Strecke Nr. 142 Linz/Urfahr - Aigen-Schlägl, 100.000 auf der Strecke Nr. 151 Linz – Wels - Neumarkt-Kalham - Braunau am Inn - Simbach, 80.000 auf der Strecke Nr. 153 Wels - Grünau im Almtal und 20.000 auf der Strecke Nr. 190 Steindorf - Braunau am Inn. Zusätzlich ist eine Erweiterung um ca. 120.000 Zugkilometer pro Jahr vorgesehen.

3.4. In der Vorinformation, veröffentlicht am 23.3.2012 im Amtsblatt der EU 2012/S58-094731, wurde vom öffentlichen Auftraggeber (Abschnitt I 1.) x folgender Auftrag bekannt gegeben: Abschnitt II B II. 1. "Öffentlicher Schienentransport/öffentliche Schienenbeförderung", II 2. "Dienstleistungskategorie Nr. 18: Eisenbahnverkehr, Bundesland x. NUTS-Code AT31" und unter II 4. als kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Werts der Waren bzw. Dienstleistungen angeführt "Mit dem abzuschließenden Verkehrsdienstvertrag für Schienenverkehrsdienstleistungen im Bundesland x werden die über das gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 vom x sicherzustellende Grundangebot herausgehende und schon derzeit erbrachte Schienenverkehrsdienstleistungen weiterbestellt sowie zusätzliche Schienenverkehrsdienstleistungen im Bundesland x bestellt". Unter Punkt II 8. (zusätzliche Angaben) wurde ausgeführt "Es handelt sich um eine Vorinformation im Sinn von Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) 1370/2007. Es ist die Durchführung einer Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 Verordnung (EG) 1370/2007 geplant."

4. Der Oö. Verwaltungssenat hat erwogen:

4.1. Gemäß § 1 Abs. 1 Oö. Vergaberechtsschutzgesetz 2006-Oö. VergRSG 2006 regelt dieses Landesgesetz den Rechtsschutz gegen Entscheidungen der Auftraggeber im Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren), die gemäß Art. 14 b Abs. 2 Z 2 B-VG in den Vollzugsbereich des Landes fallen.

Gemäß Art. 14 b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG ist die Vollziehung Landessache hinsichtlich der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 126 b Abs. 2, soweit sie nicht unter die Z 1 lit. c fällt, sowie der Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 Abs. 3 und Art. 127 a Abs. 3 und 8.

Die x steht im alleinigen Eigentum des x und ist daher ein Unternehmen im Sinn des Art. 127 Abs. 3 B-VG. Die Vergabe fällt daher in den Vollzugsbereich des Landes im Sinn des Art. 14 b Abs. 2 Z 2 lit. c B-VG und unterliegt daher das gegenständliche Nachprüfungsverfahren den Bestimmungen des Oö. VergRSG 2006.

Gemäß § 2 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 obliegt dem unabhängigen Verwaltungssenat die Gewährung von Rechtsschutz gemäß § 1 Abs. 1 leg.cit.

Dass es sich um ein Verfahren nach den bundesrechtlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens (Vergabeverfahren) handelt, ist auch dem Erkenntnis des Verfassungsgerichtshofes vom 22.2.2011, ZI. A23/10, zu entnehmen, worin er ausführt "Auch in Umsetzung des Art. 5 Abs. 7 der Verordnung Nr. 1370/2007 sieht das Rechtsschutzsystem des Bundesvergaberichts im Bundesgesetz über die Vergabe von Verträgen, BGBl. I 17/2006 (Bundesvergabegesetz 2006), zuletzt geändert durch BGBl. I 73/2010, im Fall von Dienstleistungsverträgen den Rechtszug an das Bundesvergabeamt und im Falle von Dienstleistungskonzessionsverträgen jenen an die ordentlichen Gerichte vor." Es stellte daher der Verfassungsgerichtshof fest: "Ein unmittelbar dem Gesetzgeber zuzurechnendes Fehlverhalten liegt jedoch nicht vor."

Zum gleichen Schluss kommt auch der OGH.

Wie der Oberste Gerichtshof in seiner Entscheidung vom 9. August 2011, 4Ob100/11a, ebenfalls ausführt, nimmt das BVergG 2006 gemeinwirtschaftliche Leistungen nicht von seinem Anwendungsbereich aus. Sie sind systematisch als "Dienstleistungen" im Sinn von § 6 BVergG 2006 zu qualifizieren, wobei sich aus der Nennung des Vertragsgegenstandes "Eisenbahn" in Anhang IV zum BVergG 2006 ergibt, dass es sich dabei um nicht prioritäre Dienstleistungen im Sinn von § 141 BVergG 2006 handelt. Auf die Vergabe ist daher nach Wortlaut und Systematik des BVergG 2006 die letztgenannte Bestimmung anzuwenden. Folgerichtig hat der Gesetzgeber eine von ihm als notwendig erachtete (ergänzende) Regelung für die Vergabe von gemeinwirtschaftlichen Leistungen mit der BVergG-Novelle 2009 (BGBl. Nr. I 15/2010) in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 eingefügt. Auch der Gesetzgeber geht somit von der Anwendbarkeit des BVergG

2006 aus. Damit ist aber auch das Rechtsschutzsystem des BVergG 2006 anwendbar. ... Das Argument der Klägerin, der österreichische Gesetzgeber sei bei der Umsetzung der (hinkenden) Verordnungsbestimmung des Art. 5 Abs. 7 PSO-VO zur Gänze säumig, trifft also nicht zu."

4.2. Gemäß § 2 Abs. 3 Oö. VergRSG 2006 ist der Unabhängige Verwaltungssenat bis zur Zuschlagserteilung bzw. bis zum Widerruf eines Vergabeverfahrens zum Zweck der Beseitigung von Verstößen gegen die bundesgesetzlichen Vorschriften auf dem Gebiet des öffentlichen Auftragswesens und die dazu ergangenen Verordnungen oder von Verstößen gegen unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht zuständig zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit. a BVergG 2006) des Auftraggebers bzw. der Auftraggeberin im Rahmen der vom Antragsteller bzw. der Antragstellerin geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Der gegenständliche Antrag ist rechtzeitig. Im Grunde des Auftragsvolumens (geschätzter Auftragswert von 13,3 Mio. Euro) sind die Bestimmungen für den Oberschwellenbereich anzuwenden.

Zur Vergabe soll öffentlicher Schienentransport im Eisenbahnverkehr als Dienstleistungsauftrag von nicht prioritären Dienstleistungen "Eisenbahnen" gemäß Anhang IV Kategorie 18 zum BVergG 2006 kommen. Für nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gilt gemäß § 141 Abs. 1 BVergG 2006 u.a. § 2 Z 16 nicht, allerdings regelt § 141 Abs. 5 BVergG 2006, dass als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers gilt. Es ist daher der gegen die Vorinformation als nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers und sohin gesondert anfechtbare Entscheidung gerichtete Nachprüfungsantrag zulässig (vgl. OGH v 9.8.2011).

4.3. Aus der Veröffentlichung im Amtsblatt der EU vom 23.3.2012 geht aus Abschnitt I Pkt. I 1. als öffentlicher Auftraggeber eindeutig die x hervor. Der als Erstantragsgegner angeführte Auftraggeber "x" ist der Veröffentlichung nicht zu entnehmen und nicht Auftraggeber. Dies geht auch aus den Stellungnahmen der Auftraggeberin x hervor. Es war daher aus diesem Grund der Nachprüfungsantrag gegen den erstgenannten Auftraggeber x unzulässig und zurückzuweisen.

Den Ausführungen der Antragstellerin, dass in der Vorinformation in Abschnitt I Pkt. I 2. "Art des öffentlichen Auftraggebers: Sonstige: x" angegeben ist, kann nicht Rechnung getragen werden, zumal hier lediglich die wie schon namentlich ausgeführt "Art" des Auftraggebers, also die Zuordnung zur Gebietskörperschaft "Bund, Land, Gemeinde oder Gemeindeverband oder Einrichtung des öffentlichen Rechts" im Sinn des § 3 Abs. 1 BVergG 2006 zu erfolgen hat. Eine nochmalige

Bezeichnung des öffentlichen Auftraggebers ist mit dieser Spalte nicht verbunden.

4.4. Gemäß § 7 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 hat der Unabhängige Verwaltungssenat eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung eines Auftraggebers bzw. einer Auftraggeberin mit Bescheid für nichtig zu erklären, wenn

1. sie oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung den Antragsteller bzw. die Antragstellerin in dem von ihm bzw. ihr nach § 5 Abs. 1 Z 5 geltend gemachten Recht verletzt und

2. diese Rechtswidrigkeit für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

4.4.1. Gemäß § 141 Abs. 1 BVergG 2006 gelten für die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen durch Auftraggeber ausschließlich die Bestimmungen dieses Abschnittes, der 1. Teil mit Ausnahme des § 2 Z 16, die §§ 3 Abs. 1, 6, 9, 10, 12 Abs. 1 und 3, 13, 16, 20 Abs. 2, 3 und 5, 21, 44, 49, 51, 98 und 140 Abs. 9 sowie der 4. bis 6. Teil dieses Bundesgesetzes.

Nach § 141 Abs. 2 BVergG 2006 sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge von Auftraggebern unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies aufgrund des Wertes und des Gegenstandes des Auftrages erforderlich erscheint, sind nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge grundsätzlich in einem Verfahren mit mehreren Unternehmern, durch das ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist und das dem Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbes entspricht, zu vergeben. Von einer Bekanntmachung eines Verfahrens kann insbesondere Abstand genommen werden, wenn eine der in den §§ 30 Abs. 2 bzw. 38 Abs. 2 Z 2, 4 oder 5 genannten Voraussetzungen vorliegt.

Gemäß § 141 Abs. 3 BVergG 2006 ist die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von 100.000 Euro zulässig; die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt. Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen über geistige Dienstleistungen in einem Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmer ist zulässig, sofern die Durchführung eines wirtschaftlichen Wettbewerbes aufgrund der Kosten des Beschaffungsvorganges für den Auftraggeber wirtschaftlich nicht vertretbar ist und der geschätzte Auftragswert 50 VH des jeweiligen Schwellenwertes gemäß § 12 Abs. 1 Z 1 oder 2 nicht erreicht.

Gemäß § 141 Abs. 4 BVergG 2006 sind im Oberschwellenbereich vergebene nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge gemäß § 54 bekannt zu machen.

Gemäß § 141 Abs. 5 BVergG 2006 gilt als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers. Der Auftraggeber hat, außer in sachlich gerechtfertigten Ausnahmen, die Zuschlags- bzw. Widerrufsentscheidung den im Verfahren verbliebenen Unternehmen bekannt zu geben und eine angemessene, vom Auftraggeber festzusetzende Stillhaltefrist zu beachten. Der Zuschlag bzw. der Widerruf darf bei sonstiger Nichtigkeit bzw. Unwirksamkeit nicht innerhalb der festgesetzten Stillhaltefrist erteilt bzw. erklärt werden.

4.4.2. Gemäß Art. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (im Folgenden kurz: PSO-VO) ist Zweck dieser Verordnung, festzulegen, wie die zuständigen Behörden unter Einhaltung des Gemeinschaftsrechts im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs tätig werden können, um die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu gewährleisten, die u.a. zahlreicher, sicherer, höherwertig oder preisgünstiger sind als diejenigen, die das freie Spiel des Marktes ermöglicht hätte.

Hierzu wird in dieser Verordnung festgelegt, unter welchen Bedingungen die zuständigen Behörden den Betreibern eines öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihnen durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen verursachten Kosten und/oder ausschließliche Rechte im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewähren, wenn sie ihnen gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegen oder entsprechende Aufträge vergeben.

Diese Verordnung gilt für den innerstaatlichen und grenzüberschreitenden Personenverkehr mit der Eisenbahn und andere Arten des Schienenverkehrs sowie auf der Straße, mit Ausnahme von Verkehrsdiensten, die hauptsächlich aus Gründen historischen Interesses oder zu touristischen Zwecken betrieben werden (Abs. 2).

Art. 2 der PSO-VO enthält Begriffsbestimmungen, darunter lit. h "Direktvergabe" als die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens.

Gemäß Art. 5 der PSO-VO werden öffentliche Dienstleistungsaufträge nach Maßgabe dieser Verordnung vergeben. Dienstleistungsaufträge oder öffentliche Dienstleistungsaufträge gemäß der Definition in den Richtlinien 2004/17/EG oder

2004/18/EG für öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen und Straßenbahnen werden jedoch gemäß den in jenen Richtlinien vorgesehenen Verfahren vergeben, sofern die Aufträge nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen im Sinne jener Richtlinien annehmen. Werden Aufträge nach den Richtlinien 2004/17/EG oder 2004/18/EG vergeben, so sind die Absätze 2 bis 6 des vorliegenden Artikels nicht anwendbar (Abs. 1).

Sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist, können die zuständigen Behörden entscheiden, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr – mit Ausnahme anderer schienengestützter Verkehrsträger wie Untergrund- oder Straßenbahnen – direkt zu vergeben. Abweichend von Art. 4 Abs. 3 haben diese Aufträge eine Höchstlaufzeit von 10 Jahren, soweit nicht Art. 4 Abs. 4 anzuwenden ist (Abs. 6).

Die Mitgliedstaaten treffen die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass die gemäß den Abs. 2 bis 6 getroffenen Entscheidungen wirksam und rasch auf Antrag einer Person überprüft werden können, die ein Interesse daran hat bzw. hatte, einen bestimmten Auftrag zu erhalten, und die angibt, durch einen Verstoß dieser Entscheidungen gegen Gemeinschaftsrecht oder nationale Vorschriften zur Durchführung des Gemeinschaftsrechts geschädigt zu sein oder geschädigt werden zu können.

Gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO-VO ergreift jede zuständige Behörde die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:

- a) der Name und die Anschrift der zuständigen Behörde;
- b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete.

Die zuständigen Behörden können beschließen, diese Informationen nicht zu veröffentlichen, wenn der öffentliche Dienstleistungsauftrag eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 50.000 Kilometer aufweist. Sollten sich diese Informationen nach ihrer Veröffentlichung ändern, so hat die zuständige Behörde so rasch wie möglich eine Berichtigung zu veröffentlichen. Diese Berichtigung erfolgt unbeschadet des Zeitpunktes der Einleitung der Direktvergabe oder des wettbewerblichen Vergabeverfahrens.

Gemäß Art. 7 Abs. 4 PSO-VO übermittelt die zuständige Behörde jeder interessierten Partei auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags.

In Erwägungsgrund 25 zur PSO-VO wird ausgeführt: "Der öffentliche Schienenpersonenverkehr wirft spezielle Fragen im Bezug auf die Investitionslast und die Infrastrukturkosten auf. Die Kommission hat im März 2004 eine Änderung der Richtlinie 91/440/EWG des Rates vom 29. Juli 1991 zur Entwicklung der Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft vorgeschlagen, damit alle Eisenbahnunternehmen der Gemeinschaft zur Durchführung grenzüberschreitender Personenverkehrsdienste Zugang zur Infrastruktur aller Mitgliedstaaten erhalten. Mit der vorliegenden Verordnung soll ein Rechtsrahmen für die Gewährung einer Ausgleichsleistung und/oder ausschließlicher Rechte für öffentliche Dienstleistungsaufträge geschaffen werden; eine weitere Öffnung des Marktes für Schienenverkehrsdienste ist nicht beabsichtigt."

Erwägungsgrund 26: "Diese Verordnung gibt den zuständigen Behörden im Falle öffentlicher Dienstleistungen die Möglichkeit, auf der Grundlage eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags einen Betreiber für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste auszuwählen. Angesichts der unterschiedlichen territorialen Organisation der Mitgliedstaaten in dieser Hinsicht ist es gerechtfertigt, den zuständigen Behörden zu gestatten, öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr direkt zu vergeben."

Erwägungsgrund 29: "Hinsichtlich der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge sollten die zuständigen Behörden – außer bei Notmaßnahmen und Aufträgen für geringe Entfernungen – die notwendigen Maßnahmen ergreifen, um mindestens ein Jahr im Voraus bekannt zu geben, dass sie solche Aufträge zu vergeben beabsichtigen, so dass potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können."

Erwägungsgrund 30: "Bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen sollte für größere Transparenz gesorgt werden."

Gemäß Art. 12 PSO-VO tritt diese Verordnung am 3. Dezember 2009 in Kraft. Diese Verordnung ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat.

4.4.3. Gemäß dem Inkrafttreten der PSO-VO mit 3. Dezember 2009 hat der österreichische Gesetzgeber mit der Novelle zum BVergG 2006, BGBl. I Nr. 15/2010, in Kraft getreten mit 5.3.2010, reagiert und in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 einen Verweis auf die PSO-VO vorgenommen. Damit schafft § 141 Abs. 3 2. Halbsatz BVergG 2006 sowohl nach dem unmittelbaren Wortlaut als auch nach dem Zweck der Bestimmung eine Ausnahmeregelung von der allgemeinen für nichtprioritäre Dienstleistungsaufträge aufgestellten Regelung der Direktvergabe lediglich bis zu 100.000 Euro. Durch den unmittelbaren Verweis u.a. auf Art. 5 Abs. 6 der PSO-VO soll damit die Direktvergabe ohne Betragsbeschränkung zugelassen werden. Nichts anderes kommt auch in den Materialien zu dieser Gesetzesnovelle zum Ausdruck.

Sowohl der Regierungsvorlage Nr. 327 der Beilagen XXIV. GP als auch dem Ausschussbericht Nr. 532 der Beilagen XXIV GP ist zu entnehmen, dass vor dem Hintergrund der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und der Judikatur des EUGH die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 "Hinsichtlich der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen und nicht – prioritären Dienstleistungsaufträgen dahingehend gestaltet werden sollen, dass Vergaben im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gemäß den Regelungen der Verordnung möglich sind." Weiters wird im besonderen Teil der Regierungsvorlage zu Z 63 (§ 141 Abs. 3) ausgeführt ".... vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die bestehenden Regelungen des Gesetzes hinsichtlich der Direktvergabe von der Verordnung unterliegenden Dienstleistungskonzessionen und von nicht prioritären Dienstleistungen restriktivere Regelungen als von der Verordnung gefordert enthalten. Die vorgeschlagene Regelung hat zum Ziel, das Regelungsniveau der Verordnung im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im BVergG 2006 zu verankern. Durch die Formulierung "Die Anwendung des.... bleibt unberührt" soll zum Ausdruck kommen, dass die nationalen Vorschriften (in concreto: das BVergG 2006) die Anwendung des Art. 5 Abs. 2, 4 und 6 der Verordnung nicht untersagen." Weiters wird ausgeführt: "Vor diesem Hintergrund stellt sich das gemeinschaftliche Regime der Vergabe von Leistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs wie folgt dar.

1. Soweit es sich Die für mögliche Direktvergaben zu beachtenden Schwellenwerte oder Bedingungen ergeben sich aus Art. 5 Abs. 4 bis 6 der Verordnung:

- Jahresdurchschnittswert von weniger als 1 Mio. Euro oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 300.000 Kilometer;
- bei der Vergabe von x, die nicht mehr als 23 Fahrzeuge betreiben, 2 Mio. Euro oder eine jährliche öffentliche Personenverkehrsleistung von weniger als 600.000 Kilometer;
- im Falle von Notmaßnahmen gemäß Art. 5 Abs. 4 Vergabe (ohne Wertgrenze) für längstens 2 Jahre;
- im Eisenbahnbereich Direktvergabe ohne Wertgrenze für längstens 10 Jahre.

2. Soweit es sich um die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahn- und U-Bahnbereich handelt, gilt Folgendes:

- die nach den Vergaberichtlinien zwingend einzuhaltenden Vorschriften für nicht prioritäre Dienstleistung sind zu beachten;
- die Regelung des Art. 5 Abs. 2 der Verordnung (Direktvergabe ohne Wertgrenze an "internen Betreiber") ist anwendbar und die für mögliche Direktvergaben zu beachtenden Schwellenwerte oder Bedingungen ergeben sich aus Art. 5 Abs. 4 und 5 der Verordnung (siehe dazu schon oben 1);

- die Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 ist ausschließlich im Eisenbahnbereich, nicht aber im U-Bahnbereich, zulässig;
- die Transparenzregeln für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahn- und U-Bahnbereich ergeben sich aus Art. 7 der Verordnung (d.h. U-Bahnbereich "ex ante", Eisenbahnbereich "ex post")."

Diese Ansicht vertritt auch der Oberste Gerichtshof in seinem Beschluss vom 9. August 2011, 4Ob100/11a, in welchem er unter Hinweis auf diverse konkrete Literaturzitate ausführt, dass die PSO-VO "ein von den allgemeinen Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG abweichendes System bei der Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen vorsieht. Insbesondere ermöglicht Art. 5 Abs. 6 PSO-VO – "sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist" – für den Eisenbahnverkehr unabhängig vom Auftragswert die Direktvergabe solcher Aufträge. Damit verbunden sind Veröffentlichungspflichten vor und nach der Vergabe (Art. 7 Abs. 2 und 3 PSO-VO); weiters ist nach Art. 5 Abs. 7 PSO-VO ein rasches und wirksames Rechtsschutzsystem einzurichten, das nach EG 21 PSO-VO jenem des allgemeinen Vergaberechts entsprechen soll". Weiters wird ausgeführt: "Materiell ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass zwar eine Direktvergabe bei den hier strittigen Aufträgen aufgrund des im § 141 Abs. 3 BVergG 2006 angeordneten "unberührt bleiben" von Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 PSO-VO auch über den Schwellenwert des § 141 Abs. 3 BVergG 2006 hinaus zulässig ist; dennoch hat aber eine solche Vergabe nach § 141 Abs. 2 BVergG 2006 (unter anderem) unter Beachtung des Diskriminierungsverbots zu erfolgen. § 141 Abs. 2 BVergG 2006 wird vom Vorbehalt zugunsten der Regelungen der PSO-VO im § 141 Abs. 3 BVergG 2006 nicht erfasst und ist (war) daher auch im Anlassfall anwendbar."

"Zwar steht Art. 5 Abs. 6 PSO-VO unter dem Vorbehalt strengeren nationalen Rechts. Da aber in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 angeordnet wird, dass die Anwendung der einschlägigen Ordnungsbestimmungen "unberührt" bleibt, steht auch der Schwellenwert des § 141 Abs. 3 BVergG 2006 einer Direktvergabe nicht entgegen. Es ist indes nicht ausgeschlossen, dass diese Verschiedenbehandlung dem Gleichheitssatz des nationalen Rechts widerspricht (Rindler, Bundesvergabegesetz – Novelle 2009 – Ein Überblick, RPA 2010, 59 [62f]) oder dass sich die Unzulässigkeit der Direktvergabe im konkreten Fall aus § 141 Abs. 2 BVergG 2006 ergeben könnte. Ob das zutrifft, ist von den Vergabekontrollbehörden und gegebenenfalls vom Verfassungsgerichtshof zu entscheiden."

Es hat der OGH schließlich in seinem Beschluss auch ausgeführt, dass "während bei der Direktvergabe im Allgemeinen nur die Wahl des Vergabeverfahrens gesondert anfechtbar ist (§ 2 Z 16 lit. a sublit. m BVergG 2006), § 141 Abs. 5

Satz 1 BVergG 2006 für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im nicht prioritären Bereich anordnet, dass "jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers" als gesondert anfechtbare Entscheidung gilt. Darunter fällt bei der (beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen im Sinn von Art. 5 Abs. 6 PSO-VO nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern wohl auch die mangelhafte Erfüllung des Transparenzgebots nach Art. 7 Abs. 2 PSO-VO und die (hier behauptete) Ablehnung von Verhandlungen mit Unternehmen, die an solchen Aufträgen interessiert sind. Abweichend von anderen Direktvergaben (Vgl. ...) ist daher die Auswahl der Unternehmen, mit denen Vertragsverhandlungen gepflogen werden, im Anwendungsbereich des § 141 BVergG 2006 nicht von vornherein der Nachprüfung entzogen."

4.4.4. Im Grunde der vorzitierten Rechtsgrundlagen und Judikatur war daher die konkret angefochtene Vorinformation vom 23.3.2012 als gesondert anfechtbare Entscheidung unter dem Blickwinkel des Art. 7 Abs. 2 PSO-VO und der Erwägungsgründe 26, 29 und 30 der PSO-VO einer genaueren Prüfung zu unterziehen. Dabei war festzustellen, dass dem in Erwägungsgrund 29 und 30 der PSO-VO und der OGH-Judikatur zu entnehmenden Transparenzgebot nicht in ausreichendem Maß Rechnung getragen wurde. Insbesondere ist nachdrücklich auf den Zweck der Veröffentlichungsregelung des Art. 7 in Erwägungsgrund 29 und 30 der PSO-VO hinzuweisen, nämlich dass "potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können" sollen und "bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für größere Transparenz gesorgt werden sollte." Daraus ergibt sich im Zusammenhang mit Art. 7 Abs. 2 Einleitungssatz PSO-VO, dass die in den nachgenannten Litera angeführten Angaben soweit ausgeführt werden müssen, dass ein potentieller Bieter Kenntnis über den öffentlichen Auftraggeber, das geplante Vergabeverfahren aber auch insbesondere über den Inhalt bzw. Vertragsgegenstand der Auftragsvergabe in ausreichendem Maß Kenntnis erlangt, um "reagieren zu können".

Wenn nunmehr die veröffentlichte Vorinformation, Abschnitt II B Auftragsgegenstand Punkt II 4., herangezogen wird, so ist als "möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete" laut Art. 7 Abs. 2 lit. c PSO-VO angeführt "über das gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 von x sicherzustellende Grundangebot hinausgehende und schon derzeit erbrachte Schienenverkehrsdienstleistungen sowie zusätzliche Schienenverkehrsdienstleistungen im Bundesland x."

Weder ist aus dieser Kurzbeschreibung zu entnehmen welche konkrete Schienenverkehrsdienstleistungen tatsächlich nunmehr über die vom x sicherzustellenden Grunddienstleistungen hinausgehen, noch welche zusätzlichen Schienenverkehrsdienstleistungen bestellt werden sollen. Es wäre daher jedenfalls erforderlich gewesen, jene zusammenfassenden Angaben, die der öffentliche Auftraggeber anlässlich einer schriftlichen Anfrage der Antragstellerin gemäß Art. 7 Abs. 4 PSO-VO mit Schreiben vom 28.3.2012 getätigt hat,

überblicksmäßig darzustellen, also welche Linien und in welcher Region bestellt werden sollen, sowie insbesondere auch jene Strecken oder Kurse, sowie Regionen, die nunmehr zusätzlich zum bisherigen Angebot bestellt werden sollen. Diese zusätzlichen Schienenverkehrsdienstleistungen wurden nicht einmal in der Anfragebeantwortung am 28.3.2012 ausgeführt. Wie aber bereits in den Erwägungsgründen zur PSO-VO wie auch in der Judikatur des OGH angeführt wird, ist gerade bei Direktvergaben der Transparenz großes Augenmerk zu schenken, wobei Zweck dieser Transparenz ist, dass potentielle Betreiber reagieren können, also ihr Interesse beim öffentlichen Auftraggeber anmelden können und auch konkrete Vorschläge unterbreiten können.

Andererseits bieten die erforderlichen Angaben auch Bietern die Möglichkeit zu erwägen, ob sie für die Erfüllung der Dienstleistungen geeignet sind und ob ein wirtschaftliches Interesse an der Erbringung der Dienstleistungen besteht.

Da das Transparenzgebot dazu dient, Diskriminierungen im Vergabeverfahren hintanzuhalten, und daher einen wesentlichen Grundsatz des Vergabeverfahrens darstellt, war schon aus den vorgenannten Gründen dieser wesentliche Grundsatz verletzt und daher diese Rechtsverletzung festzustellen. Die Rechtsverletzung ist auch von wesentlichem Einfluss für das Vergabeverfahren, nicht zuletzt auch für die vom öffentlichen Auftraggeber gewählte Direktvergabe, dient sie doch unter der möglichen Annahme von mehreren in Betracht kommenden geeigneten Bietern dazu, die Bietervielfalt zu eruieren und mögliche Vertragspartner ausfindig zu machen bzw. auch die Möglichkeit von differenzierten Vertragsverhandlungen zu eröffnen. In diesem Sinn sind auch die Ausführungen des OGH im vorzitierten Beschluss zu verstehen, nämlich dass auch die Auswahl des Unternehmers in nichtdiskriminierender Weise bzw. sachlich gerechtfertigt erfolgen muss, und dass auch die Frage der Auswahl einer Kontrolle unterliegt. Nichts anderes ist § 141 Abs. 3 1. Satz BVergG zu entnehmen, welcher von einem "formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe)" spricht. Um aber die Freiheit von jeglicher Diskriminierung und daher die sachliche Rechtfertigung der Auswahl überprüfen zu können, ist ein angemessener Grad an Transparenz erforderlich, welcher in der Regelung des Art. 7 Abs. 2 PSO-VO anzutreffen ist. Erst die Erfüllung der damit zum Ausdruck kommenden Transparenzgebote ermöglicht eine diskriminierungsfreie Auswahl eines Unternehmens.

Dass den Angaben in Artikel 7 Absatz 2 PSO-VO besondere Bedeutung zukommt, ist nicht zuletzt auch Artikel 7 Abs. 2 vorletzter Unterabsatz PSO-VO zu entnehmen, der eine sofortige Berichtigung im Fall der Änderung der Informationen verlangt.

Schließlich wird auch auf die Bestimmung des Art. 7 Abs. 3 PSO-VO und der darin festgelegten nachträglichen Bekanntmachung hingewiesen, die nur dann

eine Transparenz und Überprüfbarkeit im Sinn der darin zitierten Litera ergibt, wenn auch die vorausgegangene Vorinformation entsprechende Angaben über die betroffenen Dienste und Gebiete aufweist. Nur dann kann auch eine Kontrolle der zur erbringenden Personenverkehrsdienste und der für die Finanzierung erforderlichen Parameter stattfinden.

5. Da die Antragstellerin vor dem Unabhängigen Verwaltungssenat obsiegt hat, war gemäß § 23 Abs. 1 Oö. VergRSG 2006 die Auftraggeberin zum Ersatz der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von 2.400 Euro (1.600 Euro für das Nachprüfungsverfahren und 800 Euro für die einstweilige Verfügung) zu verpflichten.

6. Im gegenständlichen Verfahren sind Stempelgebühren für die Antragstellerin in Höhe von 66,30 Euro angefallen. Ein entsprechender Zahlschein liegt der postalisch zugestellten Ausfertigung bei.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen diesen Bescheid ist kein ordentliches Rechtsmittel zulässig.

Hinweis:

Gegen diesen Bescheid kann innerhalb von sechs Wochen ab seiner Zustellung Beschwerde an den Verfassungsgerichtshof und/oder an den Verwaltungsgerichtshof erhoben werden; diese muss – von gesetzlichen Ausnahmen abgesehen – jeweils von einer bevollmächtigten Rechtsanwältin oder einem bevollmächtigten Rechtsanwalt eingebracht werden. Für jede dieser Beschwerden ist eine Eingabegebühr von 220 Euro zu entrichten.

Mag. Michaela Bismaier

Beschlagwortung: Eisenbahnverkehr als nicht prioritäre Dienstleistung; Vorinformation ist gesondert anfechtbare Entscheidung; Transparenzgebot, Diskriminierungsverbot auch bei Direktvergabe; Vorinformation muss ausreichend konkretisiert sein, um Bieter eine Reaktion zu ermöglichen und eine Auswahl des Unternehmens für die Direktvergabe kontrollieren zu können.