



# VERWALTUNGSGERICHT WIEN

1190 Wien, Muthgasse 62  
Telefon: (43 01) 4000 DW 38730  
Telefax: (43 01) 4000 99 38730  
E-Mail: post@vgw.wien.gv.at  
DVR: 4011222

- 1) VGW-123/061/34871/2014-50
  - 2) VGW-123/061/34874/2014
  - 3) VGW-123/061/875/2015
  - 4) VGW-123/061/905/2015
- W. GmbH

Wien, 18.2.2015

Geschäftsabteilung: VGW-R

## IM NAMEN DER REPUBLIK

Das Verwaltungsgericht Wien hat durch seine Richter Dr. Schweiger als Vorsitzenden, Mag.<sup>a</sup> Schreiner-Hasberger als Berichterin und Dr. Neumann als Beisitzer über die Anträge der W. GmbH, vertreten durch Rechtsanwälte GmbH, auf Nichtigerklärung 1) der Vorinformation vom 12.12.2014 2) deren Berichtigung vom 21.1.2015 jeweils betreffend das Vergabeverfahren Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, nach Durchführung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung am 18.2.2015

zu Recht e r k a n n t:

I. Die Vorinformation vom 12.12.2014 wird für nichtig erklärt.

II. Die Berichtigung der Vorinformation vom 21.1.2015 wird für nichtig erklärt.

III. Dem Antrag auf Erstattung der von der Antragstellerin entrichteten Pauschalgebühren wird stattgegeben und der Antragsgegnerin die Erstattung der entrichteten Pauschalgebühren in Höhe von € 1.500,- zu Händen des

Antragstellervertreterers binnen 14 Tagen bei sonstiger Exekution zu ersetzen, aufgetragen.

IV. Gegen dieses Erkenntnis ist gemäß § 25a VwGG eine ordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof nach Art. 133 Abs. 4 B-VG unzulässig.

Rechtsgrundlagen: §§ 1, 7 Abs. 1 und Abs. 2 Z 2, 11, 13, 16, 20, 22 Abs. 1 und Abs. 2, 26 WVRG 2014 iVm § 141 Abs. 2, 3 und 5 BVergG 2006 iVm Art. 2, 5 Abs. 6 und 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 vom 23.10.2007.

## **Entscheidungsgründe**

### I. Zuständigkeit:

Gemäß § 7 Abs. 1 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag zur Durchführung der Verfahren nach den Bestimmungen dieses Hauptstückes zuständig. Die Anträge sind unmittelbar beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen.

Gemäß § 7 Abs. 2 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 (WVRG 2014) ist bis zur Zuschlagserteilung oder Widerrufserklärung das Verwaltungsgericht Wien zum Zwecke der Beseitigung von Verstößen gegen das BVergG 2006 oder die hierzu ergangenen Verordnungen oder wegen eines Verstoßes gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht zuständig

1. zur Erlassung einstweiliger Verfügungen sowie
2. zur Nichtigerklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Rahmen der von der Antragstellerin oder vom Antragsteller innerhalb der Antragsfristen (§ 24) geltend gemachten Beschwerdepunkte.

Die gegenständlichen Beschwerden enthalten Anträge auf Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12.12.2014 und der Berichtigung vom 21.1.2015 sowie Anträge auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung. In den Beschwerden werden Verstöße gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht behauptet.

Gemäß § 7 Abs. 1 und Abs. 2 WVRG 2014 ist daher die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichtes Wien zur Entscheidung über die vorliegenden Beschwerden gegeben.

Die Zuständigkeit des Senates ergibt sich aus § 2 Abs. 4 WVRG 2014.

## II. Zur Sache:

### 1. Verfahrensgang

Am 12.12.2014 veröffentlichte die Antragsgegnerin V. GesmbH die mit Nachprüfungsanträgen vom 19.12.2014 (Zlen. VGW-123/061/34871/2014, VGW-123/061/34874/2014) bekämpfte Vorinformation iSd Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO).

Dieser Veröffentlichung liegt der Sachverhalt zugrunde (siehe III. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung), dass die Antragsgegnerin V. GesmbH unter der Bezeichnung „Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen" eine Direktvergabe betreffend einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) an die O. AG beabsichtigt.

Mit Schreiben vom 17.12.2014 „rügte" die Antragstellerin die Vorinformation gegenüber der Antragsgegnerin.

Mit Schreiben vom 18.12.2014 nahm die Antragsgegnerin dazu Stellung.

Mit der am 19.12.2014 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Beschwerde stellte die Antragstellerin zwei Nachprüfungsanträge (Zlen. VGW-123/061/34871/2014, VGW-123/061/34874/2014) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Zlen. VGW-123/V/061/34872/2014, VGW-123/V/061/34875/2014).

In ihren Nachprüfungsanträgen begehrte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge

1. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 12.12.2014 – und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich eine Direktvergabe durchzuführen – für nichtig erklären,
2. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 12.12.2014 – und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers – für nichtig erklären,
3. dem AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides (wohl richtig Erkenntnisses) auferlegen.

In ihrem Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung begehrte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge den Antragsgegnern (1. V. GesmbH, 2. Land Wien, 3. Land Niederösterreich, 4. Land Burgenland) nach deren Verständigung vom Eingang dieses Antrags mittels einstweiliger Verfügung bis zur endgültigen Entscheidung über den Antrag auf Nichtigerklärung in diesem Verfahren

1. die Fortsetzung des mit der Veröffentlichung vom 12.12.2014 begonnenen Verfahrens zur Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und Burgenland und den Abschluss eines Verkehrsdienstvertrages mit der O. Aktiengesellschaft untersagen,
2. den AG aufgeben, bei erneuter Eröffnung des Vergabeverfahrens die Vorgaben der Verordnung (EG) 1370/2007 und des EU-Primärrechts zu berücksichtigen, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen und dabei insbesondere
  - a. die zu vergebenden Leistungen bereits in der Veröffentlichung im Sinne des Art 7 Abs. 2 PSO hinreichend genau beschrieben unter Angabe der betroffenen Strecken, von Frequenz, Haltepunkten, Vertragsdauer und Entgeltkriterien,
  - b. eine Interessenbekundung zuzulassen und die eingehenden Interessenbekundungen und Angebote diskriminierungsfrei zu prüfen,
  - c. eine Auswahl der Verhandlungspartner unter fairen, diskriminierungsfreien Bedingungen zu treffen und
  - d. die Verhandlungen sowie die Auswahlentscheidungen diskriminierungsfrei und transparent durchzuführen.

Mit Beschluss vom 30.12.2014 (Zlen. VGW-123/V/061/34872/2014-1, VGW-123/V/061/34875/2014) gab das Verwaltungsgericht Wien dem Antrag der Antragstellerin vom 19.12.2014 teilweise statt und erließ folgende einstweilige Verfügung:

*„1. Der Antragsgegnerin V. GesmbH, Wien, E.-platz, wird im Vergabeverfahren „Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen“ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt.*

*2. Der Antrag der W. GmbH, das Verwaltungsgericht Wien möge der Antragsgegnerin aufgeben, bei erneuter Eröffnung des Vergabeverfahrens die Vorgaben der Verordnung (EG) 1370/2007 und des EU-Primärrechts zu berücksichtigen, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen und dabei insbesondere*

*a. die zu vergebenden Leistungen bereits in der Veröffentlichung im Sinne des Art 7 Abs. 2 PSO hinreichend genau beschrieben unter Angabe der betroffenen Strecken, von Frequenz, Haltepunkten, Vertragsdauer und Entgeltkriterien,*

*b. eine Interessenbekundung zuzulassen und die eingehenden Interessenbekundungen und Angebote diskriminierungsfrei zu prüfen,*

*c. eine Auswahl der Verhandlungspartner unter fairen, diskriminierungsfreien Bedingungen zu treffen und*

*d. die Verhandlungen sowie die Auswahlentscheidungen diskriminierungsfrei und transparent durchzuführen, wird abgewiesen.*

*Diese Verfügung ist sofort vollstreckbar (§ 31 Abs. 8 WVRG 2014).“*

Klargestellt wurde, dass Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren allein die V. GesmbH ist.

Am 21.1.2015 veröffentlichte die Antragsgegnerin die sog. „Berichtigung der Vorinformation vom 12.12.2014“, im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

Mit Schreiben vom 22.1.2015 „rügte“ die Antragstellerin die Berichtigung gegenüber der Antragsgegnerin.

Mit der am 23.1.2015 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Beschwerde stellte die Antragstellerin wiederum zwei Nachprüfungsanträge sowie einen (fast wortgleichen) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

In ihren Nachprüfungsanträgen begehrt die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge

1. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 21.1.2015 – und die damit getroffene Entscheidung der Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich eine Direktvergabe durchzuführen – für nichtig erklären,
2. nach Anberaumung einer öffentlichen mündlichen Verhandlung die Vorinformation vom 21.1.2015 – und die damit getroffene Wahl des Zuschlagsempfängers – für nichtig erklären,
3. dem AG den Ersatz der entrichteten Pauschalgebühr binnen 14 Tagen ab Rechtskraft des Bescheides (wohl richtig Erkenntnisses) auferlegen.

Mit Beschluss vom 2.2.2015, Zlen. VGW-123/V/061/878/2015-12, VGW-123/V/061/907/2015, wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen entschiedener Sache zurück. Begründend wurde ausgeführt, die Antragstellerin könne durch die Erlassung einer weiteren einstweiligen Verfügung keinen Mehrwert hinsichtlich ihres Rechtsschutzes generieren, sie sei mit der Durchsetzung ihrer Rechte auf § 1a Abs. 2 VVG verwiesen.

Klargestellt wurde in dieser einstweiligen Verfügung auch, dass nach Ansicht des Gerichtes die Auslegung der Antragsgegnerin, von der Verfügung sei die „eigentliche Direktvergabe“ nicht betroffen, unrichtig sei. Die Vorinformation vom 12.12.2014 sei Teil des Vergabeverfahrens und der Entscheidung des Auftraggebers, im Wege der Direktvergabe zu vergeben, nach- und der Vergabe (dem Vertragsabschluss) als solcher vorgeschaltet.

Mit Schriftsatz vom 11.2.2015 beantragte die Antragstellerin, das Verwaltungsgericht Wien möge die einstweilige Verfügung vom 30.12.2014 vollstrecken.

Mit Schriftsatz vom 16.2.2015 zog die Antragstellerin diesen Antrag zurück.

Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2015 erfolgte seitens der Mitbeteiligten ein Antrag auf Akteneinsicht und ein Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht.

Das Verwaltungsgericht Wien gab dem Antrag auf Akteneinsicht teilweise statt.

#### Vorbringen:

In ihren Nachprüfungsanträgen macht die Antragstellerin zusammengefasst geltend, sie sei ein in Österreich zugelassenes, privates Eisenbahnverkehrsunternehmen („EVU“) mit Sitz in Wien und Standort in Linz. Sie bediene seit 11.12.2011 die Strecke Wien-Salzburg-Wien im Schienenpersonenverkehr. Die vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie („bmvit“) als Eisenbahnsicherheitsbehörde vom 29.5.2009 erteilte eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung berechtige die Antragstellerin zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Schieneninfrastruktur eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens („EIU“) in Österreich, in den weiteren Mitgliedstaaten der Europäischen Union („EU“), in den Vertragsparteien des Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweizer Eidgenossenschaft. Die Verkehrsgenehmigung entspreche einer Genehmigung der Richtlinie 95/18/EG. Die Antragstellerin sei somit jedenfalls berechtigt und auch fähig, im gesamten Bundesgebiet Eisenbahnverkehrsleistungen zu erbringen. Alleinige Gesellschafterin der Antragstellerin sei die R. AG, FN ..., an der wiederum die S. (über ein Tochterunternehmen) 28 % der Anteile halte.

Die Vorinformation werde von der Antragstellerin als gesondert anfechtbare Entscheidung gewertet, diese Ankündigung sei nicht ordnungsgemäß erfolgt. Sie reiche in keiner Weise aus, um potentielle Wettbewerber die Entscheidung zu ermöglichen, eine Interessenbekundung und gegebenenfalls ein Angebot abzugeben.

Die Wahl der Direktvergabe sei rechtswidrig, da sie gegen unmittelbar anwendbares Unionsrecht, namentlich gegen die PSO - VO sowie gegen die Grundfreiheiten der EU-Verträge und gegen die auf diesen beruhenden

vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung verstoßen würde. Die Antragsgegnerin scheine sich für die Wahl der sog. „Direktvergabe“ auf Art. 5 Abs. 6 PSO – VO zu stützen, nach dem Wortlaut der VO stünde die Wahl dieses Verfahrens im Ermessen der Behörde und sei diese jedoch rechtsstaatlich gebunden, nämlich dahingehend „ob“ eine Direktvergabe vorgenommen werden dürfe, als auch dahingehend „wie“. Art. 5 Abs. 6 der Verordnung sei eine Ausnahmeregelung. Dies ergebe sich aus dem in Art. 5 Abs. 3 der Verordnung formulierten Grundsatz, wonach Vergaben im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben werden müssten, soweit nicht eine Ausnahmenvorschrift greife. Da der V. in der Vergangenheit noch keine Vergabeverfahren betreffend Bahnleistungen ausgeschrieben habe, sei gegenständlich eine Direktvergabe (aus in weiterer Folge von der Antragstellerin näher dargestellten Gründen) jedenfalls rechtswidrig und unzulässig.

Die Wahl des Auftragnehmers bzw. „Zuschlagsempfängers“ sei rechtswidrig, da die Antragstellerin als EVU im Personenverkehr ebenfalls Interesse an der von der Antragsgegnerinnen geplanten Vergabe dieser Eisenbahnverkehrsdienstleistungen habe. Die Antragstellerin wolle sich um den Zuschlag bewerben, werde jedoch durch die rechtswidrige Entscheidung der Antragsgegnerinnen daran gehindert. Die Festlegung auf einen einzelnen Unternehmer sei rechtswidrig, dies ergebe sich aus der Verpflichtung zur Durchführung eines (zumindest) „nicht förmlichen Vergabeverfahrens“. Die Festlegung, exklusive Verhandlungen mit einem Anbieter zu führen, sei unzulässig und verstoße gegen das verfassungsrechtliche und gemeinschaftsrechtliche Diskriminierungsverbot, um einen angemessenen Grad an Öffentlichkeit für alle interessierten Bieter sicher zu stellen, hätte ein direkter oder indirekter Aufruf zur Teilnahme am Wettbewerb an alle Mitbewerber stattfinden müssen. Verwiesen werde auf ein Schreiben der Europäischen Kommission vom 13.10.2004 an die Bundesrepublik Deutschland in Bezug auf die Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber.

Durch die im Antrag näher dargestellte Vorgangsweise der Antragsgegnerin sei die Antragstellerin in ihrem Recht auf Partizipation an einem gesetzeskonformen Vergabeverfahren von öffentlichen Eisenbahnverkehrsdienstleistungen im Personenverkehr verletzt.



Die Entscheidungen der Antragsgegnerin widersprüchen nationalem und europäischen Vergaberecht, der PSO-VO sowie dem Europäischen Primärrecht. Sie seien deshalb für nichtig zu erklären.

Die Antragstellerin habe ein Interesse am Erhalt des Auftrages, sie wolle als bereits in der Region im Schienenpersonenverkehr aktives Unternehmen die von der geplanten Vergabe betroffenen Verkehrsdienstleistungen selbst erbringen. Sie könne das für diese Leistungen erforderliche Rollmaterial verfügbar machen, sie sei leistungsbereit und leistungswillig. Der Antragstellerin drohe bei ungehindertem Fortgang der geplanten, rechtswidrigen Direktvergabe der Verlust ihres Rechtes, sich durch ein alternatives Angebot der Antragsgegnerin als Bieter vorzustellen und mit dem Angebot gegebenenfalls zum Zuge zu kommen. Würde die Antragstellerin ordnungsgemäß beteiligt, hätte sie aufgrund ihrer Kosteneffizienz eine unmittelbare Chance auf Erhalt jedenfalls von Teilen des Auftrags.

Die Antragstellerin habe dem V. und dem Land Niederösterreich Schienenverkehrsdienstleistungen auf der Strecke A. - Wien angeboten und dabei ein wesentlich günstigeres Angebot gelegt, als die mitbeteiligte O. AG. Das Interesse der Antragstellerin gehe aber darüber hinaus, weil sie auch leistungsbereit hinsichtlich der Beauftragung für andere in der gegenständlichen Vorabinformation genannte Strecken sei.

Noch deutlicher werde die unmittelbar drohende Schädigung der Interessen der Antragstellerin unter Berücksichtigung der von der O. AG schon jetzt geführten REX200- Verbindungen zwischen A. und Wien. Von der in der gegenständlichen Vorabinformation angekündigten Verdichtung der Verkehre sei auch der Premium Nahverkehrszug REX200 der O. AG erfasst. Diese REX200 Verkehre stellten unmittelbare Konkurrenzprodukte für die Verkehre der Antragstellerin dar, da diese ebenfalls mit 200 km/h verkehren und ein ähnliches Haltemuster aufweisen würden wie die schon jetzt bestehenden Verkehre der Antragstellerin. Damit sei auch deutlich, dass die in der Vorinformation behauptete „kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes“ tatsächlich kein Argument für die beabsichtigte Beauftragung der O. AG sei, weil diese

Bedingung auch die Antragstellerin mit ihren bestehenden Verkehren erfülle und hinsichtlich aller gegenständlich zu vergebenden Schienenverkehrsdienstleistungen leistungsbereit sei.

Aufgrund der mit 21.1.2015 erfolgten Berichtigung bekämpft die Antragsgegnerin mit ihrer Beschwerde vom 23.1.2015 auch diese, sie verweist in diesem Zusammenhang darauf hin, sie habe Interesse an der Erbringung des Auftrages, sie sei sehr wohl technisch leistungsbereit.

Bereits mit Schreiben vom 30.12.2011 habe der damalige Geschäftsführer der Antragstellerin dem niederösterreichischen Verkehrslandesrat ... vom Interesse der Antragstellerin, für das Land Niederösterreich Verkehrsdienste zu erbringen, informiert. Die Antragstellerin habe zudem im Jahr 2012 mit dem Land Niederösterreich konkrete Gespräche über die Einführung eines qualitativ hochwertigen Pendlerverkehrs, der mit 200 km/h geführt werden hätte sollen, geführt. Im Zuge dieser Verhandlungen habe die Antragstellerin ein konkretes Angebot für die Erbringung von durch das Land Niederösterreich bzw. dem vorbestellten Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen vorgelegt. Gegenstand dieser Gespräche seien gleichwertige, wenn nicht sogar (zumindest zum Teil) dieselben Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, die nun Gegenstand der gegenständlich geplanten Direktvergabe seien, gewesen. Die Verhandlungen seien vom Land Niederösterreich unter Einbindung des V. geführt worden. Mit E-Mail vom 07.11.2012 habe der Geschäftsführer der Antragstellerin Dr. F. einen Entwurf eines Konzeptes für einen niederösterreichischen Qualitätspendlerzug übermittelt. In der Folge habe auf Einladung des Amtes der Niederösterreichischen Landesregierung am 06.12.2012, beim V., eine Präsentation des Angebotes der Antragstellerin stattgefunden. Teilnehmer seien Prof. Z. (Amt der niederösterreichischen Landesregierung), Mag. Sch. (Geschäftsführer des V.), Mag. L. (V.), Mag. Ra. (V.) und Dr. F. (W.) gewesen. Im Zuge dieses Termins sei anhand einer PowerPoint Präsentation „Niederösterreich-W. Pendler-Lösung“ vom (mittlerweiligen) Geschäftsführer der Antragstellerin, Dr. F., erläutert worden.

Die Verhandlungen seien Seitens des Landes Niederösterreich und des V.s ohne nähere Begründung abgebrochen worden, obwohl die Antragstellerin ein Angebot

gelegt habe, welches kostenmäßig deutlich unter dem Angebot der O. AG gelegen sei.

Die Gesprächsbereitschaft des V. mit der Antragstellerin habe sich nach dem überraschenden einseitigen Abbruch der Verhandlungen nicht mehr verbessert. Dies obwohl sich die Antragstellerin wiederholt um eine Wiederaufnahme der Gespräche bemüht habe. Die Antragstellerin sei zu diesem Zeitpunkt (2012) Mitglied des V. gewesen. Zwischen den beteiligten Unternehmen, insbesondere der mitbeteiligten Partei O. AG und der Antragstellerin sei die Einnahmenaufteilung im V. über die Jahre 2012 und 2013 ungeklärt und strittig. Die O. AG habe mit dem ihr zustehenden Veto-Recht jeden Vorschlag für eine diskriminierungsfreie Einnahmenaufteilungsregel verhindert. Durch diese anhaltenden Malversationen, für die kein sachlicher Anlass gegeben gewesen sei und die Blockade der O. AG hinsichtlich eines Verteilungsschlüssels der Einnahmen, sei die Diskriminierung der Antragstellerin nicht verhindert worden. Aufgrund der finanziellen Lage sei die Antragstellerin somit gezwungen gewesen, in ihren damals bestehenden Pendlerverkehren einen Preisaufschlag für die Endkonsumenten einzuheben, um die Auswirkungen der dargestellten Diskriminierung auszugleichen. Diese Maßnahme der Antragstellerin sei in weiterer Folge als Anlass genommen worden, die Antragstellerin von der Mitgliedschaft im V. überhaupt auszuschließen. Dadurch sei es und käme es immer noch zu einer weiteren zusätzlichen Diskriminierung der Antragstellerin, weil sie durch den Ausschluss von der Mitgliedschaft beim V. keine Möglichkeit mehr habe, über bilaterale Kontakte genauere Informationen über geplante Vergaben zu erhalten.

Diese konkreten Überlegungen der Antragstellerin und die Verhandlungen mit der Antragstellerin schon im Jahr 2012! würden belegen, dass es für die Antragstellerin möglich gewesen wäre, ohne große produktionstechnische Probleme die nunmehr angefragten Leistungen zu erbringen. Sie würden zudem belegen, dass der Antragsgegnerin bereits seit langem bekannt gewesen sei und ist, dass die Antragstellerin ein großes Interesse an Anbotslegung für Verkehrsdienstleistungen im Raum Niederösterreich/Wien habe. Damit seien aber auch die Ausführungen der Vorinformation, dass die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit

mit dem Grundangebot des Bundes bilden würden, schlichtweg falsch und sei die Wahl der Direktvergabe an die O. AG unzulässig.

Da zumindest der V. und das Land Niederösterreich Kenntnis von der Leistungsbereitschaft der Antragstellerin und insbesondere Kenntnisse über die wirtschaftlichen (günstigeren) Rahmenbedingungen hätten, unter denen die zu bestellenden Verkehre von der Antragstellerin erbracht werden könnten, sei eine Direktvergabe an die O. AG nicht nur unzulässig, sondern müsste die Vergabe an die O. AG zu einem weit höheren Preis, als jenem, den die Antragstellerin anzubieten in der Lage wäre, erfolgen. Damit werde aber durch die Auftraggeberin bewusst gegen das Effizienzgebot verstoßen und ein Schaden der öffentlichen Hand in Kauf genommen. Dies widerspreche diametral den grundlegendsten Zielrichtungen des Vergaberechts und führe zu einer Nichtigkeit der vorliegenden Auftraggeberentscheidung.

Dass die Kosten der O. AG höher seien, als jene des Angebotes der Antragstellerin (und vor allem eines der Antragstellerin konkret möglichen Angebotes) ergebe sich aus dem bestehenden Verkehrsdienstevertrag, den der V. im Auftrag des Landes Wien abgeschlossen habe. Aus diesem (öffentlich zugänglichen) Vertrag sei in Anlage 14d der Abgeltungsbetrag für die optionalen Zug-km, der Abgeltungsvertrag für den kurzen Wiener Teil der REX 200 Verkehre geregelt. Dieser sei unter Paket 1. ersichtlich und sei mit einem km-Satz von EUR 39,96 exorbitant hoch.

In ihren begründeten Einwendungen vom 30.12.2014 führte die mitbeteiligte Partei O. AG (im Folgenden Mitbeteiligte) Folgendes aus.

Die Nachprüfungsanträge seien im Hinblick auf § 24 Abs. 3 Wiener Vergaberechtsschutzgesetz 2014 verfristet, so betrage die Frist für die Anfechtung einer Direktvergabe sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt habe, oder erlangen hätte können. Eine EU-weite Bekanntmachung sei zwar erst am 12.12.2014 erfolgt, allerdings sei auf der Seite [www.e-beschaffung.at](http://www.e-beschaffung.at) die Bekanntmachung bereits am 09.12.2014 verfügbar gewesen. Da somit die Antragstellerin bereits am 09.12.2014 Kenntnis

von der beabsichtigten Direktvergabe erhalten hätte können, hätte sie diese bis spätestens 16.12.2014 anfechten müssen. Aufgrund der Verfristung der Anfechtung der Direktvergabe sei die Antragstellerin auch hinsichtlich der auf der Wahl der Direktvergabe aufbauende Entscheidung über die Wahl des Zuschlagsempfängers präkludiert.

Weiters sei die Antragstellerin nicht antragslegitimiert.

Die Leistungserbringung sei der Vorinformation nach für das Fahrplanjahr 2016 vorgesehen. Die Antragstellerin habe in ihrem Nachprüfungsantrag ausgeführt, sie würde das für die Erbringung der Schienenpersonenverkehrsleistungen erforderliche Rollmaterial von Dritten, insbesondere ihrem Geschäftspartner St. AG (einem Hersteller von Schienenfahrzeugen), aber auch von der an ihr indirekt beteiligten S., „kurzfristig anmieten“ können.

Aufgrund unterschiedlicher technischer Anforderungen könne jedoch rollendes Material aus Frankreich nicht ohne Weiteres auf österreichischen Eisenbahnstrecken verwendet werden. Ebenso sei die Firma St. AG bislang nicht als Vermieterin von rollendem Material aufgetreten; nach dem Wissensstand der mitbeteiligten Partei verfüge die Firma St. AG auch nicht über einen Pool an Fahrzeugen, die kurzfristig auf dem österreichischen Eisenbahnnetz einsetzbar wären. Die Antragstellerin selbst gestehe zu, dass sie nicht in der Lage sei, kurzfristig Schienenpersonenverkehrsleistungen zu erbringen, da sie auf ihr Angebot aus dem Jahr 2012 verweise, in dem sie anführe, dass eine Umsetzung jederzeit binnen 18 Monaten möglich sei. Schon daraus sei ersichtlich, dass die Antragstellerin zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns nicht über das erforderliche Rollmaterial verfügen werde. Vergleiche dazu das Erkenntnis des VwGH Zl. 2011/04/0134, in dem die Antragslegitimation der Antragstellerin verneint worden sei, da die Leistungsbereitschaft erst nach dem Vertragsbeginn eingetreten sei.

Da die Antragstellerin somit zum Zeitpunkt des Leistungsbeginns Dezember 2015 nicht über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde, mangle es ihr an der technischen Leistungsfähigkeit und damit an der Antragslegitimation.

Zur Zulässigkeit der Direktvergabe führt die Mitbeteiligte aus, die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (im Folgenden: „PSO“) bilde den Rechtsrahmen für die Finanzierung bzw. Beschaffung öffentlicher Personennahverkehrsdienste auf der Schiene und der Straße. Die PSO sei am 03.12.2009 in Kraft getreten und gelte als unmittelbar anwendbares Gemeinschaftsrecht auch ohne nationale Umsetzung in Österreich. Regelungsgegenstand der PSO seien die Bedingungen, unter denen die zuständige Behörde dem Betreiber des Personenverkehrsdienstes Ausgleichsleistungen für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewähre.

Die PSO-VO sehe im Sinne eines regulierten Wettbewerbs um den Personenverkehrsmarkt eine grundsätzliche Ausschreibungspflicht von Personenverkehrsdienstleistungen vor. Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 PSO normierten jedoch zahlreiche Ausnahmen von dieser Ausschreibungspflicht. So dürften gemäß Art. 5 Abs. 6 öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr (ausgenommen U-Bahn und Straßenbahn) direkt vergeben werden. In Art. 5 Abs. 6 PSO sei gleichzeitig ein nationaler Untersagungsvorbehalt vorgesehen, dh. dass die Direktvergabeausnahme der PSO nur dann gelte, *„sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“*.

In der Bundesvergabegesetz-Novelle 2010 sei (nach Abklärung mit der Europäischen Kommission) u.a. § 141 Abs. 3 BVergG dahingehend ergänzt worden, dass die Anwendung der PSO-Direktvergabeausnahmen unberührt bleibe:

*„(3) Die Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist 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 Materialien zur BVergG-Novelle 2010 hielten dazu Folgendes fest:

*„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.“*

Das BVA habe im Feststellungsbescheid W. vom 01.06.2011 zu F/0003-BVA/14/2011-45 (im Hinblick auf das Argument der Antragstellerin, dass nicht die Wahl der Direktvergabe, sondern die konkrete Art der Durchführung der Direktvergabe beeinträchtigt werde) ausgeführt, dass die PSO klar zwischen der Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 6 und dem in Art. 5 Abs. 3 normierten wettbewerblichen Verfahren unterscheidet bzw. dass mit der BVergG-Novelle 2010 *„die Möglichkeit der Direktvergabe öffentlicher Schienendienstleistungsaufträge in einem für die Direktvergabe charakteristischen formfreien Verfahren eröffnet“* wird und dass das BVergG *„die in der unmittelbar innerstaatlich anwendbaren EU-Verordnung getroffene und dem nationalen Recht im Falle einer entgegenstehenden nationalen Regelung vorgehende Unterscheidung von wettbewerblichem Verfahren und Direktvergabe auf nationaler Ebene mit [vollzieht]“*. Folglich sei - wie das BVA ausdrücklich anführe - eine Direktvergabe charakteristischer Weise ohne Beteiligungsanspruch weiterer Interessenten durchzuführen.

Zu demselben Ergebnis käme der VwGH in seinem Erkenntnis vom 11.12.2013, Zl. 2012/04/0082. Im gegenständlichen Fall habe ein Auftraggeber eine Vorinformation über Schienenpersonenverkehrsdienste veröffentlicht, die jedoch nach Ansicht des UVS Oberösterreich unzureichend gewesen und daher für nichtig erklärt worden sei. Der VwGH habe zwar den Bescheid des UVS Oberösterreich bestätigt (und habe der Ansicht des UVS zugestimmt, dass die Kurzbeschreibung nicht jene Informationen enthielten, die notwendig gewesen seien, damit im Sinne des ErwGr 29 PSO-VO potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes auf die Bekanntmachung reagieren können), allerdings halte der VwGH zur Direktvergabemöglichkeit von Schienenpersonenverkehrsleistungen Folgendes fest:

*„So ist die Wortfolge „die Anwendung des Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr 1370/2007 bleibt unberührt“ in § 141 Abs 3 BVergG dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art 5 Abs 6 der VO 1370/2007 zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Art 5 Abs 6 der VO 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde.“*

Daher sei auch nach Ansicht des VwGH eine Direktvergabe im Sinne des Art 5 Abs. 6 PSO zulässig. Weitere Voraussetzungen sehe Art 5 Abs. 6 PSO nicht vor,

dass es sich gegenständlich um Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen handle, werde von der Antragstellerin nicht bestritten.

Soweit die Antragstellerin vorbringe, dass es sich bei den im Rahmen der BVergG-Novelle 2010 erfolgten Änderungen um eine unzulässige „Wiederzulassung der Direktvergabe“ handle (NPA Seite 31 Pkt. 3.), sei sie auf die eben zitierte Rechtsprechung des VwGH zu verweisen, nach der die Direktvergabe zulässig sei.

Die Antragstellerin irre, wenn sie vermeine (NPA Seite 13, Seite 22), dass die Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 6 PSO in Wirklichkeit als wettbewerbliches (wenngleich „nicht förmliches“) Vergabeverfahren durchzuführen sei. Dies ergebe sich aus dem klaren Wortlaut des Art. 2 lit. h PSO.

Dort werde die Direktvergabe definiert als *„die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens“*. Folgte man der Ansicht der Antragstellerin, dann müssten auch die anderen Direktvergabeausnahmen der PSO, nämlich

- die Inhouse-Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 PSO
- die de minimis Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 4 PSO
- die Direktvergabe bei Notmaßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 5 PSO

in Wirklichkeit als „nicht-förmliches“ wettbewerbliches Vergabeverfahren durchgeführt werden, was dem Wortlaut und Zweck der PSO klar widerspreche.

Der Verweis der Antragstellerin auf die Rechtsprechung des EuGH zu nichtprioritären Dienstleistungen (NPA Seite 19, Pkt. 1.5), auf das EuGH-Urteil *An Post* (NPA Seite 20, Pkt. 1.5), bzw. die primärrechtlichen Anforderungen an die Beschaffung von Leistungen (NPA Seite 22, Pkt. 1.7.2) gehe schon deshalb ins Leere, weil die zitierte Rechtsprechung noch aus der Zeit vor dem Erlass der PSO stamme.



Der von der Antragstellerin (NPA Seite 21, Pkt. 1.6) zitierte Beschluss des BGH vom 08.02.2011 zu X ZB4/10 sei für den österreichischen Rechtsrahmen irrelevant, weil man es in Deutschland - wie die Antragstellerin selbst zugestehe - eben verabsäumt habe, eine der österreichischen BVergG-Novelle 2010 vergleichbare Regelung aufzunehmen, sodass dort der in Art. 5 Abs. 6 PSO statuierte Untersagungsvorbehalt durchgeschlagen habe.

Die Behauptung der Antragstellerin (NPA Seite 22), dass eine Direktvergabe im Sinne eines nicht-förmlichen Vergabeverfahrens zumindest die Elemente (i) Aufruf zum Wettbewerb im EU-Amtsblatt mit kurzer Leistungsbeschreibung und angemessener Frist von Interessensbekundungen, (ii) Prüfung von Interessensbekundungen, (iii) gegebenenfalls Auswahl mehrerer Verhandlungspartner, (iv) Durchführung nichtdiskriminierender Verhandlungen und (v) Bekanntmachung über die Auftragsvergabe im EU-Amtsblatt enthalten müsse, weil dies die Kommission in einem Schreiben im Jahr 2006 gefordert habe, sei zum einen durch die zwischenzeitig erlassene PSO überholt, sie sei aber auch inhaltlich absurd. Die hier genannten fünf Elemente eines „nichtförmlichen“ Direktvergabe-Verfahrens würden im Wesentlichen dem Art. 5 Abs. 3 PSO entsprechen, der aber die Anforderungen an wettbewerbliche Verfahren festlege. Folgte man daher der Ansicht der Antragstellerin, gebe es zwei Arten wettbewerblicher Verfahren: jene, die aufgrund von Art. 5 Abs. 3 PSO durchgeführt würden, und jene, die „Direktvergabe“ hießen, aber nach demselben Schema ablaufen würden. Dass dies in diametralem Widerspruch zum Wortlaut und Telos der PSO stehe, liege auf der Hand.

Zu den Anforderungen an die Vorinformation führt die Mitbeteiligte aus, die Antragstellerin irre weiters, wenn sie vermeine, die Vorinformation müsse sie in die Lage versetzen, ein Angebot zu legen.

Art. 7 Abs. 2 PSO habe folgenden Wortlaut:

*(2) Jede zuständige Behörde ergreift die erforderlichen Maßnahmen, um sicherzustellen, dass spätestens ein Jahr vor Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder ein Jahr vor der Direktvergabe mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht werden:*

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

Zunächst sei daher festzuhalten, dass die Anforderungen der PSO an die Vorinformation in gleicher Weise für wettbewerbliche Vergabeverfahren wie für Direktvergaben gelten würden. Nach dem Erwägungsgrund 29 PSO bezwecke diese Regelung, dass „potenzielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf [auf die Vorinformation des wettbewerblichen Verfahrens bzw. der Direktvergabe] reagieren können.“

Das „reagieren können“ in Erwägungsgrund 29 sei dabei keineswegs so zu verstehen, dass potenzielle Betreiber in die Lage versetzt werden müssten, konkrete Vorschläge zu unterbreiten. Dies ergebe sich zum einen aus der Entstehungsgeschichte des Art. 7 PSO. Der zweite Kommissionsvorschlag für die PSO aus dem Jahre 2002 habe in Art. 7a (der damals noch auf Direktvergaben beschränkt war) vorgesehen, dass binnen 6 Monaten nach der Vorinformation (somit 6 Monate vor der beabsichtigten Direktvergabe) andere potenzielle Betreiber Alternativangebote unterbreiten könnten, indem sie die vom präsumtiven Zuschlagsempfänger erzielten Ergebnisse bestreiten und Alternativlösungen vorschlagen könnten, woraufhin der Aufgabenträger diese Angebote in Betracht zu ziehen habe und die Gründe bekanntzugeben habe, aus denen er sie annehme oder ablehne. Ein derartiges Verfahren sei jedoch in Art. 7 Abs. 2 idgF nicht mehr enthalten. Daher müsse die Vorabinformation keineswegs so detailliert sein, dass konkrete Vorschläge oder alternative Angebote unterbreitet werden könnten. Dass die Vorinformation die Bieter keineswegs in die Lage versetzen müsse, konkrete Vorschläge zu unterbreiten, ergebe sich auch daraus, dass Art. 7 Abs. 2 PSO nunmehr nicht nur für Direktvergabe, sondern auch für Ausschreibungen gelte. Es wäre jedoch vollkommen absurd, wenn bereits ein Jahr vor Durchführung der beabsichtigten Ausschreibung bereits eine Vorausschreibung mit sämtlichen für eine Angebotsabgabe erforderlichen Informationen zu erfolgen hätte. Das „reagieren können“ des ErwGr 29 sei daher hinsichtlich der Direktvergabe so zu verstehen, dass die Bieter die Möglichkeit erhalten sollen, die Wahl der Direktvergabe in Zweifel zu ziehen (etwa weil es sich nicht um Eisenbahnpersonenverkehrsdienste im Sinne des Art. 5 Abs. 6 PSO handle oder die Voraussetzungen für eine Inhouse-Vergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 PSO nicht erfüllt seien), oder den Auftraggeber umzustimmen, nicht jedoch, dass die Vorabinformation im Sinne von Ausschreibungsunterlagen die

Übermittlung vergleichbarer Angebote verlangen würde. Zu demselben Ergebnis kommt eine von der Kommission beauftragte Studie zur Implementierung der PSO: „This provision [Art 7 Abs. 2, Anm] would allow potential operators to express their interest in the prospective contract and possibly trigger a change in the award procedure“.

Auch aus ErwGr 30 PSO könne nichts Gegenteiliges abgeleitet werden. ErwGr 30 PSO besage, dass bei direkt vergebenen öffentlichen Dienstleistungsaufträgen für größere Transparenz gesorgt werden sollte. Da PSO und BVergG eindeutig zwischen wettbewerblichem Verfahren und Direktvergabe unterscheiden würden, die Vorinformationspflicht des Art. 7 Abs. 2 PSO jedoch in gleicher Weise für wettbewerbliche Vergaben und Direktvergaben gelte, könne sich ErwGr 30 PSO nur auf die ex post Bekanntmachung des Art. 7 Abs. 3 PSO beziehen, sodass aus ErwGr 30 keine über die Vorinformation hinausgehende ex ante Transparenzpflicht abgeleitet werden könnte. Bezeichnenderweise habe sich auch der VwGH in seinem Erkenntnis vom 11.12.2013 zu 2012/04/0082 nur auf ErwGr 29 PSO, nicht jedoch auf den noch vom UVS Oberösterreich herangezogenen ErwGr 30 PSO gestützt. Vor diesem Hintergrund erfülle die Vorinformation die Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 PSO.

Zur Zulässigkeit der Wahl des Zuschlagsempfängers führt die Teilnahmeberechtigte aus, wenngleich die PSO die Durchführung der Direktvergabe nicht an das Vorliegen sachlicher Gründe knüpfe und solche Gründe auch nicht in der Vorinformation bekanntzugeben seien, habe die Auftraggeberin bereits in der Vorinformation zahlreiche sachliche Gründe für die gegenständlich beabsichtigte Direktvergabe angeführt. Ausdrücklich bestritten werde weiters die Behauptung, dass die Antragstellerin die gegenständlichen Dienste günstiger als die mitbeteiligte Partei erbringen könne. Das von der Antragstellerin in diesem Zusammenhang zitierte Schreiben der Europäischen Kommission aus dem Jahre 2004 sei durch die zwischenzeitig erlassene PSO als obsolet anzusehen.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 26.01.2015 führt die Mitbeteiligte zur angeblichen fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin darüber hinaus Folgendes aus.

Gemäß § 32ff Eisenbahngesetz (EisbG) sei für Schienenfahrzeug eine Bauart- und Betriebsgenehmigung erforderlich. Die Bauartgenehmigung sei gemäß § 32 Abs. 1 EisbG eine Voraussetzung für die Betriebsgenehmigung. Die Bauartgenehmigung sei nur dann zu erteilen, wenn ein das betreffende Schienenfahrzeug dem Stand der Technik zum Zeitpunkt der Beantragung der Bauartgenehmigung unter Berücksichtigung der Sicherheit und Ordnung auf den für den Einsatz vorgesehenen Strecken entspreche (§ 32b Abs. 1). Es dürften zwar auch gebrauchte ausländische Schienenfahrzeuge dann zugelassen werden, wenn sie bei der erstmaligen Zulassung im Ausland dem damaligen Stand der Technik entsprochen hätten, allerdings sei diesfalls durch Vorkehrungen sicherzustellen, dass trotz Abweichung zum aktuellen Stand der Technik die Sicherheit und Ordnung des Betriebes der Eisenbahn, des Betriebes anderer Schienenfahrzeuge auf der Eisenbahn und des Verkehrs auf der Eisenbahn, auf der es betrieben werden solle, gewährleistet werde.

Selbst für den Fall, dass die Antragstellerin tatsächlich so kurzfristig Zugriff auf zulassungsfähiges rollendes Material hätte, müsse das (ausländische) Rollmaterial erst das eisenbahnrechtliche Zulassungsverfahren beim Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie durchlaufen, welches gemäß § 73 AVG sechs Monate in Anspruch nehmen würde. Auch eine Kompatibilitätsüberprüfung (Netzzulassung) durch die ÖBB-Infrastruktur AG habe zu erfolgen.

Die Antragstellerin habe daher konkret und substantiiert nachzuweisen, dass sie zum Leistungsbeginn der verfahrensgegenständlichen Zusatzleistungen (Dezember 2015) über den österreichischen Sicherheitsvorschriften entsprechendes rollendes Material verfügen werde. Nach der Rechtsprechung müsse die technische Leistungsfähigkeit objektiv gegeben sein. So sei (auch wenn eine Ausschreibung keine diesbezüglichen Feststellungen enthalte) das Angebot eines Bieters auszuschneiden, dessen personelle Ausstattung objektiv als zu gering zu bewerten sei (VwGH v. 18.05.2005, ZI. 2004/04/0094; ebenso BVA v. 04.10.2013, ZI. N/0088-BVA/10/2013-40, wonach die technische und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit ungeachtet fehlender Festlegungen in der Ausschreibung gegeben sein müsse). Könne die Antragstellerin diesen Nachweis

nicht erbringen, sei ihre Antragslegitimation schon aus diesem Grund zu verneinen.

Die Antragstellerin versuche, ihre fehlende technische Leistungsfähigkeit mit der Argumentation zu „umschiffen“, eine Trassenbestellung für das folgende Fahrplanjahr habe bis im April des laufenden Fahrplanjahres zu erfolgen; da eine Direktvergabe erst im Dezember 2015 erfolgen könne und eine Trassenbestellung nur mit abgeschlossenem Vertrag möglich sei, könne die Trassenbestellung erst im April 2016 für das Fahrplanjahr 2017 erfolgen. Dabei übersehe die Antragstellerin jedoch, dass der Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages keineswegs Voraussetzung für die Trassenbestellung sei. Wie aus Pkt. 2.2.1 SNNB ersichtlich sei, sei für die Trassenbestellung ein Zugangsrecht im Sinne der §§ 57ff EisbG (z.B. Sitz des Eisenbahnverkehrsunternehmens in Österreich) sowie eine aufrechte Verkehrsgenehmigung und -konzession als Eisenbahnverkehrsunternehmen (§ 15ff EisbG) erforderlich; für die Trassenzuweisung sei weiters der Nachweis der Sicherheitsbescheinigung notwendig (§ 37ff EisbG), ein Verkehrsdienstevertrag oder dergleichen sei jedoch weder bei der Trassenbestellung noch bei der Trassenzuweisung vorzulegen. Dies ergebe sich auch aus dem Auszug Schienennetz-Nutzungsbedingungen 2016 der ÖBB Infrastruktur AG, welche als Beilage ./3 der Stellungnahme angeschlossen sei.

Zusammenfassend sei festzuhalten, dass 1. die verfahrensgegenständlichen Leistungen ab Dezember 2015 zu erbringen seien und 2. die Antragstellerin in keiner Weise nachgewiesen habe, dass sie zu diesem Zeitpunkt über die erforderlichen Fahrzeuge verfügen werde, sodass ihr Nachprüfungsantrag zurückzuweisen sei.

Weiters habe die Antragstellerin am Gesamtauftrag des V.s kein Interesse. Dies gehe aus den Verhandlungen mit dem V. im Jahr 2012 klar hervor. Die Antragstellerin sei keineswegs am Erhalt des Gesamtauftrages, sondern nur an der Erbringung einzelner - ihr genehmer - Verkehrsleistungen interessiert, nämlich Verkehrsleistungen auf der Strecke zwischen Wien und A.. Das im Nachprüfungsantrag erwähnte Angebot der Antragstellerin aus dem Jahr 2012 betraf ausschließlich diese Strecke. Es sei jedoch geradezu absurd, wenn der V.,

nur um die Interessen der Antragstellerin zufrieden zu stellen, ebendiese Leistungen aus dem Gesamtpaket herauslösen und einem Wettbewerb zuführen müsse. Vielmehr sei auch aus diesem Grund das Interesse und somit die Antragslegitimation der Antragstellerin zu verneinen.

Zum Ausscheiden der Antragstellerin aus dem V. führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass diese niemals Mitglied der V. GesmbH gewesen sei. Sie sei lediglich Mitglied im V.. Die Antragstellerin habe gegen die von ihr abgeschlossenen Vereinbarungen hinsichtlich der Verbundtarifangebote verstoßen und sei daher (völlig zu Recht) aus dem Verkehrsverbund ausgeschlossen worden. Gemäß § 68 Abs. 1 Z 5 BVergG habe der Auftraggeber Unternehmer von der Teilnahme am Vergabeverfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen gegen das Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts begangen hätten, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt worden sei. Wie das Oberlandesgericht Düsseldorf festgehalten habe, sei ein vorsätzlicher, erheblicher Vertragsverstoß als schwere berufliche Verfehlung anzusehen (OLG Düsseldorf v. 10.12.2001, Zl. Verg 41/01). Mit der Antragstellerin sei ein Verbundkooperationsvertrag geschlossen worden, der die Verrechnung einheitlicher Tarife und die Anerkennung der Fahrausweise innerhalb des Verbundes beinhalte. Gerade gegen diese zentralen Vertragsinhalte habe die Antragstellerin durch die Verrechnung von Peak-Aufschlägen verstoßen, sodass es sich zweifellos um eine schwere berufliche Verfehlung handle. Diese Vorgangsweise sei auch zweifellos vorsätzlich gewesen, zumal sie von der Antragstellerin auch vorab angekündigt worden sei. Der Verstoß sei auch von der V. GmbH nachweislich festgestellt worden und habe zum Ausscheiden der Antragstellerin aus dem Verkehrsverbund geführt. Daher sei die Antragslegitimation der Antragstellerin auch aufgrund ihrer mangelnden beruflichen Zulässigkeit zu verneinen.

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 2 PSO verweist die Mitbeteiligte darauf, dass, auch wenn kein dahingehendes Erfordernis bestehe, etwas im Wege der Direktvergabe zu vergeben, eine Reihe von zwingenden bzw. sachlichen Gründen für eine Direktvergabe der zu beschaffenden Verkehrsdienstleistung bestehen würden. Die gegenständlichen Leistungen bildeten eine produktionstechnische und kommerzielle Einheit mit den

vom Bund bestellten Leistungen bzw. bestehe ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den Bundes- und Landesleistungen.

Die Mitbeteiligte verweist auf die Replik der Antragsgegnerin vom 18.12.2014 zur Rüge der Antragstellerin. Daraus sei ersichtlich, dass es sich bei den gegenständlichen zusätzlichen, vom V. voraussichtlich bestellten Leistungen um

- den Ausgleich von Angebotslücken des Bundes durch Beauftragung zusätzlicher Kurse;

- Verlängerung von Zugläufen (z.B. Verlängerung der vom Grundangebot umfassten, in Wien Meidling endenden Schnellbahnzüge nach Liesing);

- Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Streckenabschnitten (z.B. im Abschnitt P.-...-A.);

jeweils in Ergänzung der vom Bund bestellten Leistungen handle. Die produktionstechnische und kommerzielle Einheit liege aus folgenden Gründen vor:

Es käme zu einem Qualitätsverlust beim Herauslösen von Streckenteilen bzw. Strecken. Das Ziel des ÖPNRV-G sei ein möglichst qualitätsvoller, nahtloser, benutzerfreundlicher öffentlicher Personennahverkehr, bei dem

- die ÖPNV-Systeme zugänglich seien (§ 31 Z 1 ÖPNRV-G), u.a. durch Berücksichtigung der Bedürfnisse von in ihrer Mobilität physisch beeinträchtigten Personen, und durch optimale Anknüpfung und Verbindung der Verkehre durch abgestimmte Fahrpläne,

- ein möglichst hoher Fahrkomfort durch minimierte Fahrt- und Umsteigedauer und durch Zuverlässigkeit und Häufigkeit der Fahrten erreicht werde (§ 31 Z 4 ÖPNRV-G).

Diese Ziele würden durch das Herauslösen und die Vergabe von Teilstrecken an dritte Unternehmen völlig konterkariert.

Zwang zum Umstieg:

Bei den von den Ländern bestellten zusätzlichen Leistungen handle es sich weit überwiegend nicht um „in sich geschlossene“, separate Kurse, bei denen die Fahrgäste ohnehin am jeweiligen Anfangs- und Endpunkt ein- und aussteigen

müssten, sondern um „Anschlussstrecken“. Auf einer Strecke von A über B nach C würde daher z.B. der Bund die Teilstrecke A-B bestellen, das Land hingegen die Teilstrecke B-C.

Es wäre jedoch der Auftraggeberin und den Fahrgästen aus folgenden Gründen völlig unzumutbar, wenn die Auftraggeberin nunmehr die Teilstrecke B-C im Wettbewerb vergeben müssten:

Wenn Fahrgäste, die von A nach C reisen wollen, in B aussteigen müssten, das passende Gleis für den Anschlusszug zu finden und auf diesen warten müssten, würde dies eine wesentlich längere Gesamtfahrzeit nach sich ziehen. Der massive Zeitverlust ergebe sich auch daraus, dass die SNNB für Umsteigeverbindungen für jeden Bahnhof eine bestimmte Mindestübergangszeit festlegen würden. Die Mindestübergangszeit sei jene Zeit, die für das Umsteigen von Reisenden in Zügen am selben Bahnsteig bzw. bei niveaugleichem (benachbarten) Bahnsteigwechsel und bei Wechsel auf einen anderen (übrigen entfernten) Bahnsteig unter Benützung von Unter- bzw. Überführungen erforderlich sei (Pkt. 4.4.5.5 SNNB). Eine solche Mindestübergangszeit könne (wie z.B. am Wiener Westbahnhof) 10 Minuten betragen. Dies sei im Verhältnis zur durchschnittlichen Fahrzeit im ÖPNV erheblich.

Das Umsteigeeerfordernis würde darüber hinaus den Fahrkomfort erheblich verschlechtern und eine geringere Zuverlässigkeit der Fahrzeiten nach sich ziehen. Das massive Komfortverlust sei vergleichbar mit der für den Fluggast verpflichteten Buchung eines Fluges mit Umsteigeeerfordernis an Stelle eines Direktfluges (inkl. Risiko den Anschlussflug zu verpassen).

Verengung von Fahrwegkapazitäten:

Darüber hinaus würde das Herauslösen von Teilstrecken aufgrund der zusätzlich erforderlichen Rangierarbeiten und Fahrzeugmanipulationen zusätzliche Fahrwegkapazitäten binden. In Pkt. 4.4.6 SNNB werde dazu Folgendes festgehalten:



*Fahrzeugmanipulationen (z.B. Kurswagen, Autoreisezugwagen, Triebfahrzeuge von Wendezügen) binden Infrastrukturkapazität, erschweren die Betriebsabwicklung und sind damit in erheblichem Ausmaß geeignet, Verspätungen von Zugfahrten zu verursachen und Kapazitäten für potenzielle zusätzliche Zugfahrten zu verbrauchen.*

*Daher werden insbesondere in den Bahnhöfen Wien Westbahnhof, Linz Hauptbahnhof, Salzburg Hauptbahnhof, Schwarzach-St. Veit, Graz Hauptbahnhof und Villach Hauptbahnhof, aber auch in allen anderen Bahnhöfen diese nur genehmigt, wenn dadurch*

- weitere Trassenbestellungen für den Jahresfahrplan nicht eingeschränkt werden und*
- die Pünktlichkeit nicht gefährdet wird.*

In vielen Fällen würde ein Herauslösen von Teilstrecken schon aufgrund der fehlenden Fahrwegkapazitäten nicht umsetzbar sein. Wie z.B. in Pkt. 4.4.6 SNNB festgehalten sei, könnten aufgrund der beschränkten Kapazitäten etwa in Wien Meidling keine Anschlüsse abgewartet werden. Doch selbst wenn im Einzelfall ein Herauslösen „trassentechnisch“ möglich wäre, dann würde das Herauslösen von Teilstrecken sich aufgrund der geringen verfügbaren Kapazitäten, der einzuhaltenden Mindestaufenthaltszeiten und -wendezeiten (Pkt. 4.4.5.2 SNNB: Mindestaufenthaltszeiten im Personennahverkehr 0,2 und 2 Minuten; Mindestwendezeiten je nach Zuglänge bis zu 12 Minuten), der Mindestübergangszeiten (bis zu 10 Minuten, Pkt. 4.4.5.5 SNNB) und erforderlichen Rangierarbeiten auch negativ auf die Stabilität des gesamten Fahrplanes und den Komfort der Fahrgäste auswirken.

Unter „Weitere Risiken“ führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass der Auftraggeber bei einer getrennten Vergabe Folgendes riskieren würde:

- eine geringere Verlässlichkeit, dass Umsteigeverbindungen abgestimmt seien und auch im Falle einer Verspätung noch funktionieren würden;
- inkonsistentere Linienplanung, weil die Abstimmung auf die Fahrgastströme nur im geringeren Umfang möglich sei;
- höhere Kostenbelastung des Auftraggebers: Da die vom V. zusätzlich bestellten Leistungen bei Vergabe an O. mit bestehendem Rollmaterial

erbracht werden, würde eine getrennte Vergabe einzelner Strecken eine Duplizierung des Aufwandes für das rollende Material und eine höhere Anzahl der Leerfahrten und Standzeiten bewirken;

- höhere Beschaffungs- und Überwachungskosten im Vergleich zur Vergabe eines Gesamtvertrages;
- höheres Schnittstellenrisiko des Auftraggebers.

Stecken könnten nicht willkürlich herausgelöst werden, weil diese nicht sinnvoll getrennt vergeben bzw. produziert werden könnten.

Zur Ausführung im Nachprüfungsantrag Seite 13, Seite 22 Pkt. (ii), wonach die Antragstellerin behauptete, es bestehe eine Pflicht zur Zerteilung der Zusatzleistungen in Kleinstlose oder Teilstrecken führt die Teilnahmeberechtigte aus, dass das streng prioritäre Vergaberegime dem Auftraggeber in § 22 Abs. 1 BVergG ein weites Ermessen einräume, ob er Leistungen getrennt oder gemeinsam vergabe. Nach der Rechtsprechung sei der Ermessensspielraum des Auftraggebers weit zu verstehen und liege seine Grenze in der willkürlichen Vorgangsweise, das hieße dort, wo eine Gesamtausschreibung oder die getrennte Vergabe nach wirtschaftlichen oder technischen Gesichtspunkten nicht mehr vertretbar sei. Somit könnten sogar unterschiedliche Leistungen zusammengefasst werden, sofern dies nicht willkürlich erfolge und hätten Bieter keinen Anspruch auf eine gemeinsame oder getrennte Vergabe. Auch im streng prioritären Vergaberegime sei es zulässig, Dienstleistungen, die nur von einem Dienstleistungserbringer erbracht werden könnten, mit Dienstleistungen zu verknüpfen, die auch von anderen Dienstleistern erbracht werden könnten, wenn dies sachgerecht sei. Dies gelte umso mehr im gegenständlichen Fall, indem 1. eine nichtprioritäre Dienstleistung vergeben werde und 2. die Direktvergabe ohnehin gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO zulässig sei, dass keine Verpflichtung zur Aufteilung in Kleinstlose und wettbewerbliche Vergabe derselben bestehe. Folge man hingegen dem Argument der Antragstellerin, dann müsse jede einzelne, vom V. zusätzlich bestellte Strecke/Streckenteil isoliert ausgeschrieben werden mit dem potenziellen Ergebnis, dass für jede einzelne Strecke ein anderer Gewinner ermittelt werde, woraus sich ein „Fleckerlteppich“ unterschiedlicher Auftragnehmer ergeben würde.

Selbst die EU Kommission sehe in ihrem (von einer breiten Front der Mitgliedsstaaten im Rat abgelehnten und daher nicht umsetzungsfähigen) Vorschlag zur Novellierung der PSO vom 30.1.2013 (COM 2013) 28 final in Art 2a Abs. 6 lediglich einen maximalen Gesamtumfang eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages im Eisenbahnverkehr von 10 Millionen Bahnkilometer bzw. einem Drittel des gesamten Beförderungsumfanges des öffentlichen Personenverkehrs eines Mitgliedsstaates vor (je nachdem welcher Wert höher sei); die gegenständlichen Leistungen machten nur einen Bruchteil der von der Kommission vorgeschlagenen Werte aus.

In ihrer Stellungnahme vom 19.1.2015 wendet die Antragsgegnerin zu den Ausführungen der Antragstellerin in ihren Nachprüfungsanträgen Folgendes ein.

Die Ausführungen der Antragstellerin seien in nahezu allen Punkten unrichtig. V. habe sich an die Vorgaben des BVergG und der Verordnung (EG) 1370/2007 „über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“ (in der Folge „PSO“) gehalten. Insbesondere entspreche die Vorinformation vom 12.12.2014 den gesetzlichen Vorgaben. Sie enthalte alle „von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“ (gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. c PSO). Die Antragsgegnerin sei auch ihrer Verpflichtung nachgekommen, „auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe“ zu übermitteln (gemäß Art. 7 Abs. 4 PSO). Auf den Antrag der Antragstellerin (Schreiben vom 17.12.2014) habe V. mit Schreiben vom 18.12.2014 geantwortet. Aufgrund des in der Zwischenzeit erreichten Detaillierungsgrades hätten die Angaben in der Vorinformation mittels Berichtigung gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. c PSO aktualisiert werden können.

Darüber hinaus sei V. berechtigt, die in der Vorinformation genannten Dienstleistungen des Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs an die O. AG (in der Folge mitbeteiligte Partei oder O.) im Wege der Direktvergabe gemäß § 141 Abs. 2 BVergG iVm. Art. 5 Abs. 6 PSO zu vergeben. Die Direktvergabe nach der PSO sei unabhängig von Auftragswertgrenzen und dem Vorliegen von besonderen Rechtfertigungsgründen zulässig. Die Rechtslage sei eindeutig. Die Rechtsansicht der Antragstellerin widerspreche insbesondere dem Wortlaut von PSO und BVergG, der Rechtsprechung von VwGH und BVA, dem in den

Erläuternden Bemerkungen zum BVergG dokumentierten Willen des Gesetzgebers und der Ansicht der Europäischen Kommission.

Dazu käme, dass die beabsichtigte Direktvergabe nicht nur rechtlich zulässig sei, sondern auch sachlich erforderlich und gerechtfertigt.

Unabhängig davon, gehe V. davon aus, dass die Antragstellerin an der Übernahme des gesamten Auftrages weder interessiert sei, noch über die für die Übernahme des gesamten Auftrages erforderlichen Ressourcen - bis zur geplanten Betriebsaufnahme - verfügen könne. Im Ergebnis würde sich die Position der Antragstellerin mit der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens nicht ändern.

Im Einzelnen sei zum Nachprüfungsantrag Folgendes zu sagen:

#### 1. Sachverhalt

Beschaffungsziel und Leistungsgegenstand der beabsichtigten Auftragsvergabe sei der Abschluss eines Verkehrsdienstevertrages (in der Folge „VDV“) über nicht prioritäre Dienstleistungen des Schienenpersonenah- und Regionalverkehrs im gesamten Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region (Wien, Niederösterreich, Burgenland).

Die Vergabe solle als Gesamtvergabe (keine Unterteilung in Lose) erfolgen.

Das Vergabeverfahren solle als Direktvergabe gemäß § 141 Abs. 2 BVergG iVm. Art. 5 Abs. 6 PSO durchgeführt werden. Die beabsichtigte Direktvergabe sei am 12.12.2014 europaweit im Supplement S zum Amtsblatt der Europäischen Union (ABI 2014/S 240-422259) bekannt gemacht worden.

Auftraggeber (zivilrechtlicher Vertragspartner) und vergebende Stelle sei V.. V. werde als Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft im Sinne des § 1 Öffentlicher Personenennah- und Regionalverkehrsgesetz (in der Folge „ÖPNRV-G“) tätig. Der Vergabeakt werde daher von V. geführt.

In Aussicht genommener Zuschlagsempfänger bzw. Auftragnehmer sei die O.. Die O. sei auch derzeitiger Vertragspartner der V.. Da die zu vergebenden Leistungen über das Leistungsbild der bestehenden VDV hinausgehen sollen, sei eine Neuvergabe erforderlich.

Auftragsgegenstand seien sogenannte Zusatzbestellungen gemäß § 1 iVm. § 7 ÖPNRV-G.

Gemäß § 7 ÖPNRV-G sei der Bund zur Sicherstellung eines Grundangebots im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr zuständig. Im Wesentlichen umfasse das Grundangebot gemäß § 7 ÖPNRV-G das Volumen an Zugkilometern, die im Fahrplanjahr 1999/2000 vom Bund beauftragt worden seien. Zurzeit stelle der Bund das Grundangebot aufgrund eines von der Schieneninfrastruktur-Dienstleistungsgesellschaft mbH (SCHIG mbH) (in der Folge „SCHIG“) mit der O. abgeschlossenen VDV sicher. Der VDV umfasse das gesamte Bundesgebiet und damit auch das Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region. Der VDV habe eine Vertragslaufzeit von 2010 bis 2019. Der wesentliche Inhalt des VDV sei - seit dem Jahr 2011 - auf der Website des Bundesministeriums für Verkehr, Innovation und Technologie (bmvit) öffentlich zugänglich. Der Inhalt sei der Antragstellerin bekannt.

Alle nicht eigenwirtschaftlichen (bzw. gemeinwirtschaftlichen) Leistungen im Schienenpersonennah- und Regionalverkehr, die über das Grundangebot hinausgehen würden (zusätzliche Leistungen), müssten gemäß § 13 ÖPNRV-G von den Ländern beauftragt werden. Diese Aufgabe werde gemäß § 17 iVm. § 18 Abs. 1 ÖPNRV-G grundsätzlich von der jeweiligen Verkehrsverbund-organisationsgesellschaft in den Ländern wahrgenommen. In der vorliegenden Konstellation sei daher V. zur Vergabe der zusätzlichen Leistungen zuständig, die über das Grundangebot hinausgingen.

Im Gebiet des V. seien ungefähr 90 % der (nicht eigenwirtschaftlichen) Leistungen des Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs vom Grundangebot umfasst. Die verbleibenden 10 % der Leistungen würden von V. als zusätzliche Leistungen beauftragt. Im Vergleich zur SCHIG komme V. daher nur eine

ergänzende Rolle bei der Beauftragung von Leistungen des Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs zu.

Aufgrund der geteilten Zuständigkeit bei der Beauftragung von Leistungen im nicht eigenwirtschaftlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr seien die Leistungen so eng miteinander verknüpft, dass sie wirtschaftlich, technisch und rechtlich meist nicht getrennt erbringbar seien. So handle es sich im Bereich des Verkehrsverbundes Ost-Region bei den zusätzlichen Leistungen - ohne Ausnahme - um Leistungen, die Angebotslücken des Grundangebots ausgleichen bzw. schließen würden. Die Angebotslücken würden durch folgende Maßnahmen geschlossen:

- Beauftragung zusätzlicher „Kurse“ (zusätzliche Zugleistungen oder Zugpaare) auf einer Strecke (z.B. neben den vom Grundangebot umfassten Zügen zu jeder vollen und halben Stunde, werden als Zusatzleistungen Zugleistungen zu jeder Viertelstunde beauftragt);
- Verlängerung von Zugläufen (z.B. die Verlängerung der, vom Grundangebot umfassten, in Wien Meidling endenden Schnellbahnzüge aus Floridsdorf kommend nach Liesing als zusätzliche Leistung oder die Verlängerung der in Stockerau endenden Schnellbahnzüge nach Hollabrunn bzw. Retz);
- Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Streckenabschnitten (im Abschnitt Pöchlarn - Ybbs an der Donau durch Verlängerung der in Pöchlarn endenden Züge als zusätzliche Leistung oder im Abschnitt Grillgasse bzw. Kledering - Wiener Neustadt durch Verlängerung der in Grillgasse bzw. Kledering endenden Züge zum Hauptbahnhof).

Im gesamten Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region gebe es keine Strecke, auf der V. alleiniger Auftraggeber sei. Bei allen Strecken komme es zu einer Verknüpfung zwischen Grundangebot und zusätzlichen Leistungen.

Im Ergebnis stünden die beiden Leistungsbereiche in einem untrennbaren Zusammenhang. Für die Zusatzleistungen würden nämlich dasselbe Rollmaterial (Lokomotiven, Triebwagen und Waggons) und Personal eingesetzt. Darüber hinaus würden sowohl die vom Grundangebot umfassten Leistungen als auch die zusätzlichen Leistungen jeweils auf Basis derselben Zugtrasse (im Sinne des Eisenbahngesetzes [in der Folge „EisbG“]) erbracht. Im Ergebnis wechsele im

Verlauf einer zugewiesenen Zugtrasse nur der Auftraggeber, während der Auftragnehmer derselbe bleibe. Aufgrund dieser produktionstechnischen Einheit sei eine Trennung der beiden Leistungsbereiche bzw. eine getrennte Vergabe an jeweils unterschiedliche Unternehmen rechtlich, aufgrund der Exklusivität der Zugtrassen gemäß § 63 EisbG, und fahrplantechnisch nicht möglich. (Das gelte selbst im Fall der Beauftragung zusätzlicher „Kurse“. Zusätzliche Kurse würden mitunter einerseits lediglich in einer Richtung als zusätzliche Leistung beauftragt, während die Rückfahrt vom Grundangebot gedeckt sei. Andererseits würde sich im Falle der Beauftragung beider Richtungen, in Form eines Zugpaares, das Problem der Rückführung der Zuggarnituren nach Beendigung des Kurses stellen.) Im Falle unterschiedlicher Vertragspartner würde es zwangsläufig zu Unterbrechungen im Betrieb und damit verbunden zu einem Umsteigezwang (einschließlich Wartezeiten der Fahrgäste) kommen. Direktverbindungen seien in diesem Fall ausgeschlossen. Auch das (österreichweite) Taktverkehrssystem („Integrierter Taktfahrplan - ITF 2016“) würde nicht umgesetzt werden können, weil die darin vorgesehenen Umsteigeknoten in einigen Fällen nicht fahrplankonform bedient werden könnten.

Insbesondere aus diesen Gründen sei eine Gesamtvergabe der zusätzlichen Leistungen an die O. erforderlich, weil dieses Unternehmen auch die vom Grundangebot umfassten Leistungen erbringe. Zusammengefasst käme gegenwärtig - aufgrund dieser technischen und rechtlichen Sonderstellung der ÖGG-PV (hinsichtlich der Produktionsbedingungen) - kein anderes Unternehmen für die Übernahme der zusätzlichen Leistungen in Frage.

Die in den Punkten 1.6.4 und 1.6.5 dargestellten Grundsätze über das Zusammenspiel zwischen den vom Grundangebot umfassten Leistungen und den zusätzlichen Leistungen würden gelten. Dieses Zusammenspiel sei der Antragstellerin bekannt.

Mit der (Voll-) Inbetriebnahme werde die O. die eigenwirtschaftlich betriebenen Fernverkehrszüge der sogenannten Westachse (zwischen Wien und Salzburg) vom Wiener Westbahnhof (voraussichtlich ab Dezember 2015) zum Wiener Hauptbahnhof verlagern. Als Folge müsse die Strecke Wien Westbahnhof-Wien Hütteldorf - Tullnerfeld - Sp. mit (nicht eigenwirtschaftlichen) Leistungen des

Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs abgedeckt werden. Die Leistungen müssten daher voraussichtlich vom V. als zusätzliche Leistung neu beauftragt werden.

Auch in diesem Zusammenhang käme es zu dem (in den Punkten 1.6.4 und 1.6.5 dargestellten) Zusammenspiel zwischen vom Grundangebot umfassten Leistungen (die SCHIG beauftrage) und zusätzlichen Leistungen (die V. beauftrage). Zusammengefasst sollten die im Abschnitt Wien Westbahnhof - Tullnerfeld - Sp. neu zu beauftragenden Leistungen mit bestehenden Leistungen (die im Abschnitt Sp. - A. verkehrenden „REX“-Züge, die vom Grundangebot umfasst seien) verknüpft werden. Auch hier sei eine Trennung nicht möglich, weil sie die oben dargestellten negativen Auswirkungen hätte und insbesondere eine Direktverbindung ausgeschlossen wäre.

Darüber hinaus sei nach den Informationen des V. eine Umsetzung des „Integrierten Taktfahrplanes - ITF 2016“ mit der Antragstellerin nicht möglich. „Hauptschlagader“ des österreichischen Schienenpersonenverkehrs seien die von der O. (eigenwirtschaftlich) betriebenen Fernverkehrszüge auf der Westachse. Alle Fahrpläne des (nicht eigenwirtschaftlichen) Schienenpersonennah- und Regionalverkehrs bauten (österreichweit) in den Knotenbahnhöfen auf den Fahrplänen dieser Fernverkehrszüge auf. Die von SCHIG und V. beauftragten Leistungen hätten verkehrstechnisch im Wesentlichen eine Ergänzungs- und Zubringerfunktion zu diesen (eigenwirtschaftlichen) Fernzügen.

Ab dem Fahrplanjahr 2016 solle ein österreichweites Taktverkehrssystem („Integrierter Taktfahrplan - ITF 2016“) umgesetzt werden. Die Errichtung des Taktverkehrssystems sei Teil des „Arbeitsprogrammes der österreichischen Bundesregierung 2013 - 2018“ bzw. der Schieneninfrastrukturoffensive, in deren Rahmen die Schieneninfrastruktur verbessert werden solle. Die bedeutendsten Projekte im Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region seien der Hauptbahnhof Wien, der Lainzer Tunnel, die Neubaustrecke zwischen Wien und Sp. und der viergleisige Ausbau der Westachse. Mit der Fertigstellung dieser Vorhaben sei es möglich, mit der Umsetzung des „Integrierten Taktfahrplanes - ITF 2016“ auf dieser Achse zu beginnen.



Grundelemente des Taktverkehrssystems seien sogenannte (hochrangige) Taktknoten. Im Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region sollten solche Taktknoten in Wien, Wiener Neustadt, Sp. und A. gebildet werden. Taktknoten zeichneten sich dadurch aus, dass Züge aus allen Richtungen zur gleichen Minute einen Bahnhof erreichten, sodass ein Umsteigen in Züge aller anderen Relationen in kurzer Zeit möglich sei. (Für die Bahnhöfe in Sp. und A. sollte z.B. stündlich [zur Minute 00] ein Knoten gebildet werden). Aufgabe der Fernverkehrszüge auf der Westachse sei die rasche Verbindung zwischen den Taktknoten.

Nach den Informationen des V. sei eine Umsetzung des „Integrierten Taktfahrplanes - ITF 2016“ mit der Antragstellerin nicht möglich. Die Antragstellerin sei nämlich nicht in der Lage oder nicht Willens, die (hochrangigen) Knoten in Sp. und A. und den (regionalen Knoten) in Pöchlarn Taktverkehrssystem-konform zu bedienen.

Zudem könne das von der Antragstellerin vorgestellte Konzept (aus dem Jahr 2012) für die Strecke Wien - A. (Punkt 5.3 des Nachprüfungsantrages) nicht Taktverkehrssystem-konform umgesetzt werden, weil die Antragstellerin (nach den Informationen des V.) zu einer solchen Umsetzung nicht in der Lage oder nicht Willens sei. Mit anderen Worten: Die Leistungen der Antragstellerin seien mit dem „Integrierten Taktfahrplan - ITF 2016“ nicht kompatibel.

Aufgrund des gesetzlich vorgegebenen Zusammenspiels zwischen Grundangebot und zusätzlichen Leistungen und des Umstandes, dass ungefähr 90 % der (nicht eigenwirtschaftlichen) Leistungen im Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region von der SCHIG vergeben würden, sei eine - zugscharfe - Konkretisierung der zusätzlichen Leistungen erst dann möglich, wenn feststehe, welche Leistungen von SCHIG bestellt würden. Erst dann könnten die Angebotslücken des Grundangebots geschlossen werden. Bis zu diesem Zeitpunkt sei lediglich eine Beschreibung der „möglicherweise betroffenen“ Leistungen möglich.

Im Ergebnis sei V. bei der Vergabe der zusätzlichen Leistungen, die ebenfalls zugscharf erfolgen würden, und dem möglichen Detaillierungsgrad der Vorinformation von der SCHIG abhängig. Dabei sei zu beachten, dass die Festlegung der Fahrpläne und der Strecken, die vom Hauptangebot umfasst

seien, ein österreichweiter iterativer Prozess zwischen dem Bund und den Ländern sei, der für das Fahrplanjahr 2016 noch nicht abgeschlossen sei. Aufgrund der in der Zwischenzeit erhaltenen Informationen hätten die Angaben in der Vorinformation mittels Berichtigung gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. c PSO aktualisiert werden können. Eine weitergehende Konkretisierung sei bis zum 13.4.2015 zu erwarten, weil zu diesem Zeitpunkt die Frist für Trassenbestellungen bei der ÖBB-Infrastruktur AG ende.

Aus diesen Gründen habe eine zugscharfe Festlegung (insbesondere im Hinblick auf die Zuganzahl, den Fahrzeugeinsatz und Taktintervall) der zusätzlichen Leistungen - zum Zeitpunkt der Versendung der Vorinformation - noch nicht erfolgen können. Klar sei allerdings, dass es wie auch in der Vergangenheit mit (hoher Wahrscheinlichkeit) auf allen Strecken im Gebiet des Verkehrsverbundes Ost-Region zur Beauftragung von zusätzlichen Leistungen durch V. käme. Dementsprechend habe V. in der Vorinformation und im Schreiben vom 18.12.2014 alle „möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“ beschrieben. All das sei der Antragstellerin bekannt.

Die Direktvergabe (bzw. der Vertragsabschluss) und die Betriebsaufnahme der zusätzlichen Leistungen solle - nach Ablauf der Frist gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO - am 13.12.2015 erfolgen. An diesem Tag käme es europaweit zu einem Fahrplanwechsel. In der Vorinformation sei daher festgelegt, dass die Betriebsaufnahme „für das Fahrplanjahr 2016“ bzw. im „Dezember 2015“ erfolgen solle.

Die Annahme der Antragstellerin, dass die Betriebsaufnahme erst im Dezember 2016 erfolgen solle, sei falsch.

Unter Hinweis auf Art. 7 Abs. 2 PSO führt die Antragsgegnerin in weiterer Folge aus, warum die Vorinformation PSO-konform sei. Der Zweck dieser Vorinformation bestehe darin, „*dass potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf (gemeint die Bekanntgabe bzw. die Absicht des Auftraggebers, solche Aufträge zu vergeben) reagieren können*“ (VwGH v. 11.12.2013, Zl. 2012/04/0082 unter Verweis auf den 29. ErwGr der PSO). Mit anderen Worten solle mit der Vorinformation die Transparenz von Direktvergaben sichergestellt

werden (siehe auch die Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO, Abl 2014/C 92/01). Ergänzt werde die Transparenzpflicht durch Art. 7 Abs. 3 PSO, der innerhalb eines Jahres nach der erfolgten Auftragsvergabe eine Bekanntmachung über den vergebenen Auftrag vorschreibt. Erst in dieser Bekanntmachung bestehe die Pflicht „eine Beschreibung der zu erbringenden Dienste“, mit anderen Worten, eine Konkretisierung des Auftragsgegenstandes vorzunehmen. Darüber hinaus werde die Transparenzpflicht durch Art. 7 Abs. 4 PSO ergänzt, nach dem „auf entsprechenden Antrag ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe“ zu übermitteln seien.

Zusammengefasst solle die Vorinformation eine Reaktionsmöglichkeit von Unternehmen sicherstellen, die am Auftrag interessiert seien. Für diese Reaktionsmöglichkeit - ein Jahr vor der beabsichtigten Direktvergabe - sei es ausreichend, die „möglicherweise betroffenen“ Leistungen bekannt zu geben. Eine darüber hinausgehende Konkretisierungstiefe des möglichen Auftragsgegenstandes bei der Vergabe von Schienenpersonenverkehrs-dienstleistungen sei (aufgrund der wechselseitigen Abhängigkeiten bei der Fahrplangestaltung) ein Jahr vor der Durchführung einer Direktvergabe nicht möglich. Dazu käme in der vorliegenden Konstellation, dass V. vom Verhalten der SCHIG abhängig sei und eine zugscharfe Konkretisierung auch aus diesem Grund zum Zeitpunkt der Vorinformation nicht möglich gewesen sei.

Die vorliegende Konstellation unterscheide sich daher auch wesentlich von dem Sachverhalt, den der UVS des Landes Oberösterreich (24.5.2012, VwSen-550598/19/K1/TK/BRE/ abrufbar unter <http://www.uvs-ooe.gv.at>) und in weiterer Folge der VwGH (VwGH vom 11.12.2013, 2012/04/0082) zu beurteilen gehabt habe. Der UVS, dessen Entscheidung vom VwGH bestätigt worden sei, habe nämlich in erster Linie kritisiert, dass die Informationen in der „Kurzbeschreibung“ der Vorinformation nicht vollständig gewesen seien und erst aufgrund einer Nachfrage gemäß Art. 7 Abs. 4 PSO bzw. im Zuge des Nachprüfungsverfahrens konkretisiert worden seien, ohne dass eine Berichtigung der Vorinformation vorgenommen worden sei. In der Vorinformation sei der Auftragsgegenstand lediglich rudimentär umschrieben („über das gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 von x sicherzustellende Grundangebot hinausgehende und schon derzeit erbrachte Schienenverkehrsdienstleistungen sowie zusätzliche Schienen-

verkehrsdienstleistungen im Bundesland"). Der UVS habe in diesem Zusammenhang ausgeführt: *„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.“*

Vor diesem Hintergrund seien auch die Aussagen des VwGH zu sehen: *„[...] ist die Auffassung der belangten Behörde nicht als rechtswidrig zu erkennen, die vorliegende Vorinformation sei in einer einzelfallbezogenen Bewertung nicht als ausreichend zu betrachten und nicht so gefasst, dass im Sinne des Erwägungsgrundes 29 der Verordnung 1370/2007 potentielle Bieter eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können.“*

In der vorliegenden Konstellation sei die Vorinformation - aufgrund der in der Zwischenzeit erhaltenen Informationen - aktualisiert worden.

Mit den Informationen in der Vorinformation und im Schreiben vom 18.12.2014 sei die Reaktionsmöglichkeit der Antragstellerin sichergestellt worden. Der Antragstellerin seien *„alle möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“* bekannt gegeben worden.

Die vorgesehene Reaktionsmöglichkeit verlange jedoch nicht, dass aufgrund der Informationen in der Vorinformation bereits ein verbindliches Angebot abgegeben werden könne. Für diese Rechtsansicht (siehe Punkt 3.1 des Nachprüfungsantrages) bestehe kein Anhaltspunkt.

Die Zulässigkeit der Direktvergabe nach der PSO:

Unter Verweis auf Art. 5 Abs. 6 der PSO führt die Antragsgegnerin aus, dass die PSO die Direktvergabe erlaube. Eine Direktvergabe im Sinne der PSO sei als

Gegenstück zum wettbewerblichen Vergabeverfahren nach Art. 5 Abs. 3 PSO zu verstehen. Es ergebe sich im Übrigen auch aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 selbst, der die Vergabe im Rahmen eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens „außer in den Absätzen 4, 5 und 6 vorgesehenen Fällen“ normiere. Die von der Antragstellerin vertretene Rechtsansicht, die Direktvergabe nach der PSO sei in Wahrheit ein nicht formalisiertes, aber dennoch im Wettbewerb zwischen mehreren Unternehmen durchzuführendes Vergabeverfahren, widerspreche dem Wortlaut der PSO. Die Rechtsansicht führe auch die Unterscheidung zwischen der wettbewerblichen Vergabe nach Art. 5 Abs. 3 PSO und der Direktvergabe ad absurdum.

Gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO dürften öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr mit einer Höchstlaufzeit von 10 Jahren direkt vergeben werden, *„sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“*. Die Zulässigkeit einer an keine Wertgrenzen und Rechtfertigungsgründe gebundenen Direktvergabe steht somit unter dem Vorbehalt nationaler Untersagung. Ein derartiger Vorbehalt bestehe in Österreich seit der BVergG-Novelle 2010 nicht mehr. Gemäß § 141 Abs. 3 BVergG bleibe nämlich *„die Anwendung der Art. 5 Abs. 2 und 4 - 6 [PSO] unberührt“*. Dazu führten die Materialien zur BVergG-Novelle aus: *„Die vorgeschlagene Regelung hat zum Ziel, das Regelungsniveau der Verordnung im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs im BVergG 2006 zu verankern. Durch die Formulieren „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“* (Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage der Novelle des BVergG 2006, 327 BlgNR, XXIV. GP 9).

Ungeachtet des in den Erläuternden Bemerkungen dokumentierten Willens des Gesetzgebers habe der OGH (OGH vom 9.8.2011, Zl. 4 Ob 100/11a) bezweifelt, ob der Wortlaut des § 141 Abs. 3 BVergG eine Direktvergabe nach der PSO tatsächlich zulasse. Entscheidend sei jedoch, dass er die Frage nicht abschließend beantwortet habe, sondern festgestellt habe: *„Ob das zutrifft, ist von den Vergabekontrollbehörden und gegebenenfalls vom Verfassungsgerichtshof zu entscheiden; eine parallele Beurteilung durch die*

*ordentlichen Gerichte ist nach der Wertung des § 341 Abs. 2 BVergG 2006 ausgeschlossen."*

Die Frage der Zulässigkeit von Direktvergabe nach der PSO sei anschließend vom VwGH geklärt worden. Der VwGH (VwGH vom 11.12.2013, Zl. 2012/04/0082) habe klargestellt, dass § 141 Abs. 3 BVergG so zu verstehen sei, *„dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der Direktvergabe aufgrund unmittelbarer Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung 1370/2007 zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung 1370/2007 den Mitgliedstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde“*. Im Ergebnis habe der VwGH die Zulässigkeit einer Direktvergabe - aufgrund der unmittelbaren Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der PSO -, d.h. die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrages an ein bestimmtes Unternehmen ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens, festgestellt.

Der VwGH habe diesen Standpunkt in einem weiteren Erkenntnis (VwGH vom 26.2.2014, Zl. 2011/04/0134) bestätigt. Zuvor habe das BVA (BVA vom 1.6.2011, Zl. F/0003-BVA/14/2011-45) in dem vor dem VwGH angefochtenen Bescheid, bereits klargestellt: *„Die PSO-VO unterscheidet [...] in ihrem Art. 5 Abs. 3 und Art. 5 Abs. 6 das wettbewerbliche Vergabeverfahren einerseits und die Direktvergabe andererseits, stellt die beiden Verfahrensarten einander gegenüber und grenzt diese voneinander ab. [...] Das Verfahren der Direktvergabe ist nach der Begriffsdefinition des Art. 2 lit. h PSO-VO ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens und somit auch ohne Einhaltung der für das wettbewerbliche Verfahren statuierten Grundsätze und ohne den für dieses festgelegten Beteiligungsanspruch Dritter zu führen“*.

Auch die von der Antragstellerin zur Stützung ihrer Rechtsansicht herangezogene Entscheidung des BGH (BGH vom 8.2.2011, Zl. X ZB 4/10) gehe ins Leere. Der BGH sei nämlich lediglich zum Ergebnis gekommen, dass der Untersagungsvorbehalt des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO im deutschen Recht durchschlage.

Weiters gehe auch der Verweis auf das Schreiben der Europäischen Kommission vom 5.5.2006 ins Leere. Das Schreiben beziehe sich auf die Rechtslage vor Inkrafttreten der PSO im Jahr 2009. Nach aktueller Rechtsansicht der Europäischen Kommission seien Direktvergaben ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens zulässig (siehe Punkt 2.3.5 der Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO, Abl. 2014/C 92/01).

Auch die von der Antragstellerin behauptete Primärrechtswidrigkeit von Direktvergaben liege nicht vor. Die Antragstellerin übersehe dabei, dass die PSO eine sekundärrechtliche Ausgestaltung der Grundsätze des AEUV darstelle. Direktvergaben nach der PSO seien daher auch nicht vom Anwendungsbereich des AEUV bzw. des Primärrechts ausgenommen. Vor diesem Hintergrund bestünden die unter Punkt 2.2. beschriebenen Transparenzverpflichtungen.

Auch nach Rechtsansicht der Europäischen Kommission würden die Grundsätze des AEUV bei Direktvergaben nach Art. 5 Abs. 6 PSO dadurch eingehalten, dass eine Vorinformation zu veröffentlichen sei (siehe Punkt 2.3.5 der Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zur PSO, Abl. 2014/C 92/01).

Entscheidend sei, dass die Entscheidung zur Durchführung einer Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 PSO keinen Voraussetzungen unterliege, die nicht auch in dieser Bestimmung genannt seien.

Im Übrigen sei darauf hinzuweisen, dass die Entscheidung über die Durchführung einer Direktvergabe aus zwingenden technischen und rechtlichen Gründen erfolge. Diese Gründe würden auch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung mit nur einem Unternehmen (im Sinne des § 30 Abs. 2 Z 2 BVergG) rechtfertigen.

Zur fehlenden Antragslegitimation der Antragstellerin führt die Antragsgegnerin aus:

Die Direktvergabe und die Betriebsaufnahme der zusätzlichen Leistungen solle am 13.12.2015 erfolgen. Die Annahme der Antragstellerin, dass „die

*Schieneverkehrsdienstleistungen frühestens ab dem Dezember 2016 zu erbringen seien*" - mit anderen Worten, dass die Betriebsaufnahme erst im Dezember 2016 erfolgen solle, sei falsch. Nach den Informationen von V. sei die Antragstellerin nicht in der Lage, das für die Übernahme des gesamten Auftrages erforderliche Rollmaterial (Züge und Waggons) bis zur beabsichtigten Betriebsaufnahme zu beschaffen.

Da die Antragstellerin - wie sie selbst zugesteht - zurzeit nicht über das erforderliche Rollmaterial verfüge, müsse sie dieses „kurzfristig anmieten“ und zwar von der St. AG und der S.. Dieses Rollmaterial sei jedoch nicht für den Einsatz im Schienennetz der ÖBB-Infrastruktur AG zugelassen. Aufgrund der Dauer der erforderlichen Genehmigungsverfahren (nach dem EisbG) und der Kompatibilitätsüberprüfung und Netzzulassung durch die ÖBB-Infrastruktur AG sei ein Einsatz der geplanten Betriebsaufnahme nicht sichergestellt. Es sei bis dato auch keine andere Mitteilung über die Verfügbarkeit eines ausreichenden und adäquaten Bestands an Rollmaterial für eine Betriebsaufnahme im Dezember 2015 seitens der W. vorgebracht worden.

Vor diesem Hintergrund entstehe der Eindruck, dass es sich bei der Behauptung der Antragstellerin, eine Betriebsaufnahme der zusätzlichen Leistungen sei erst im Dezember 2016 möglich, um eine Schutzbehauptung handle.

Falsch sei jedenfalls die Behauptung, dass Trassenbestellungen und Trassenzuweisungen durch die ÖBB-Infrastruktur AG vom Bestehen eines VDV abhängen würden. Sowohl die Trassenbestellung als auch die Trassenzuweisung seien vom Bestehen eines VDV unabhängig.

Unabhängig davon entstehe der Eindruck, dass die Antragstellerin lediglich an der Übernahme einzelner Leistungsteile und nicht an der Übernahme des gesamten Auftrags interessiert sei. Die Antragstellerin beziehe sich in ihrem Nachprüfungsantrag nämlich ausschließlich auf ihr Konzept (aus dem Jahr 2012) für die Strecke Wien - A. (Punkt 5.3. des Nachprüfungsantrages). Der Gesamtauftrag umfasse jedoch wesentlich mehr Leistungen.



Darüber hinaus gebe die Antragstellerin an „eine Umsetzung [dieses Konzepts] sei binnen 18 Monaten möglich“ (Punkt 5.3 des Nachprüfungsantrages). Im Ergebnis sei daher selbst bei diesem Leistungsteil eine Umsetzung zur geplanten Betriebsaufnahme nicht möglich.

Zusammengefasst bestünden Anhaltspunkte dafür, dass die Antragstellerin weder über die Eignung (technische Leistungsfähigkeit) verfüge, die für die Übernahme des gesamten Auftrages erforderlich sei, noch an der Übernahme des gesamten Auftrages interessiert sei. Sollten sich die Anhaltspunkte in dem Verfahren vor dem Verwaltungsgericht bestätigen, sei der Nachprüfungsantrag gemäß § 20 Abs. 1 WVRG 2014 mangels eines die Antragslegitimation begründenden Interesses bzw. Schadens zurückzuweisen.

In ihrer Stellungnahme vom 29.1.2015 führt die Antragstellerin zum Vorbringen der Antragsgegnerin aus, die PSO-VO beinhalte eine klare Verpflichtung zum wettbewerblichen Verfahren. Die vom V. behauptete Rechtfertigung sei in der Vergangenheit auch von anderen öffentlichen Auftraggebern als Scheinargument verwendet worden. Die Europäische Kommission habe exakte Auslegungsrichtlinien zur PSO-VO veröffentlicht (Veröffentlichung im Amtsblatt der EU am 29.3.2014, Zl. 2014/C 92/01). Dort werde unter Punkt 2.3.2 zu Art. 5 Abs. 3 festgehalten: *„Werden für die Erbringung öffentlicher Personenverkehrsdienste Dritte herangezogen, die keine internen Betreiber sind, so muss die zuständige Behörde [Anm: Auftraggeber] gem. Art. 5 Abs. 3 öffentliche Dienstleistungsaufträge im Wege eines fairen, offenen, transparenten und nicht-diskriminierenden wettbewerblichen Vergabeverfahrens vergeben“*. Es werde weiters ausgeführt, dass Vergabeverfahren so zu konzipieren seien, dass die Voraussetzungen für einen echten Wettbewerb geschaffen würden.

Im zweiten Absatz zu Punkt 2.3.5 der zitierten Leitlinien führe die EU-Kommission aus *„Vergibt eine Behörde Aufträge zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse an einen Dritten, so sind allgemeine, im Vertrag festgelegte Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten“*.

In einer Fußnote verweise die EU-Kommission besonders auf die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung. Weiters führe die EU-Kommission aus: *„Aufträge, die gem. Art. 5 Abs. 6 direkt vergeben werden, sind nicht von der Einhaltung dieser Grundsätze des Vertrages ausgenommen“*.

Im 3. Absatz zu Punkt 2.3.5 halte die EU-Kommission in den Leitlinien unmissverständlich fest: *„Diese Ausnahme [Anm: gemeint ist die Direktvergabe] von der allgemeinen Vorschrift für wettbewerbliche Vergabeverfahren ist ebenfalls restriktiv anzuwenden.“*

Damit unterstreiche die EU-Kommission in der Auslegungsrichtlinie ausdrücklich, dass eine fortgeführte Durchführung ausschließlich von Direktvergaben in jedem Fall ein Verstoß gegen die PSO-VO sei, da nur in restriktiven Ausnahmefällen statt einer wettbewerblichen Vergabe eine Direktvergabe zulässig sei. Da der V. im Schienenbereich seit 2009 ausschließlich Direktvergaben durchgeführt habe, sei jede weitere Direktvergabe unumgänglich nicht verordnungskonform, da hier kein Ausnahmetatbestand sondern ein Regelverhalten vorliege und das zulässige „Regelverhalten“ immer nur die Ausschreibung (wettbewerbliche Vergabe) sein dürfe, nicht aber die Direktvergabe.

Die gegenständliche Direktvergabe widerspreche somit der Rechtslage.

Die Vorinformation vom 12.12.2014 entspreche nicht den Vorgaben der PSO-VO, weil dadurch nicht die geforderte Transparenz geschaffen worden sei, insbesondere da die Darstellung der einzelnen Verkehre nicht ersichtlich sei und die Auftraggeberin jegliche Vorinformation zu Leistungsgrößen, Abgeltungsparameter etc. vorenthalten habe.

Mit der zwischenzeitlich - entgegen die einstweiligen Verfügung vom 30.12.2014 und damit rechtswidrig - ergänzten Vorinformation, belege die Auftraggeberin V. selbst, dass die ursprüngliche Vorinformation völlig intransparent gewesen sei. Aber auch die nunmehr ergänzte Vorinformation erfülle den von der PSO-VO normierten Detaillierungsgrad nicht. Zur Vermeidung von Wiederholungen werde auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Das aufgrund eines „in der Zwischenzeit erreichten Detaillierungsgrades“ eine Aktualisierung der Vorinformation möglich

geworden sei, muss angesichts der allgemein bekannten Vorlaufzeiten bei Beauftragung von Schienenverkehrsdienstleistungen (vor allem Trassenbestellung) als Schutzbehauptung der Auftraggeberin gewertet werden.

Die Antragstellerin erwarte, dass sie die Auftragsgeberin auch noch zur Erbringung eines Fahrplanmodells auffordern werde, um ein weiteres Scheinargument gegen die Beauftragung der W. zu konstruieren. Unsubstantiiert könne die Behauptung aufgestellt werden, dass die Antragstellerin nicht gewillt oder nicht in der Lage sei, dieses Fahrplanmodell einzuhalten. Diesem Argument sei schon nach den allgemeinen Denkgesetzen jede Grundlage entzogen. Auch dem V. müsse klar erkennbar sein, dass die antragstellende W. nicht etwas ablehnen könne oder ihr die Nichterfüllung von etwas vorgehalten werden könne, wenn der V. diese Informationen gegenüber der Antragstellerin (wissentlich und absichtlich) nicht offenlege.

In seiner Stellungnahme gehe V. davon aus, die Antragstellerin sei an der Übernahme des Auftrages nicht interessiert. Hätte die Antragsgegnerin - entsprechend der PSO-VO - über die zu vergebenden Detail-Lose in transparenter Form und diskriminierungsfrei auch die W. rechtzeitig informiert, so hätte die Antragstellerin die Möglichkeit gehabt, der Auftragsgegnerin ihr unbedingtes und wirtschaftlich begründetes Interesse hinsichtlich der Beauftragung mit den nun genannten „Anschlussverkehren“ sowie auch an den REX/REX200-Verkehren mitzuteilen.

Die Auftragsgegnerin V. nehme weiters an, dass die W. nicht in der Lage sei, dass vom V. geschnürte Maßnahmenpaket als Ganzes (!) zu erbringen. Die gezielte Ausrichtung der Feststellung (wie auch schon der Konzeption) als „gesamtes Paket“ lege die geplante diskriminierende Vorgangsweise der Antragsgegnerin ganz deutlich offen. Das Paket sei von der Antragsgegnerin offensichtlich gezielt so geschnürt und hinsichtlich der zeitlichen Abläufe so terminisiert worden, dass unter Ausreizung der gesetzlich einzuhaltenden Mindestfristen - auf den Tag genau! - Scheinargumente geschaffen würden, um eine Beauftragung der W. - zu Gunsten der O. AG - zu vermeiden. Es werde somit versucht, eine künstliche Diskussion über die Leistungsbereitschaft der

Antragstellerin aufzubauen, obwohl - wie bereits ausführlich vorgebracht - die Leistungsbereitschaft der W. tatsächlich in jeder Hinsicht gegeben sei.

Das „Maßnahmenpaket“ der Antragstellerin V. GesmbH betreffe 12 der insgesamt 17 Lose, die der gemeinwirtschaftliche Leistungsvertrag zwischen Bund und ÖBB in der Ostregion partiell umfasse. Die 12 Lose, die von der gegenständlichen Vergabe umfasst sein sollen, würden insgesamt 40 Millionen Zugkilometer Bundesbestellung beinhalten (also über die Hälfte der von der O. AG im Nahverkehr für den Bund in ganz Österreich zu erbringenden Verkehrsleistung). Würde man der Rechtsansicht und dem Vorbringen der Antragsgegnerin folgen, würde immer nur ein Mitbewerber von der Größe der O. AG mit diesen Verkehrsdienstleistungen beauftragt werden können. Die Argumentation der Antragsgegnerin, alle Verkehrsdienstleistungen seien ausschließlich integriert und neue Verkehrsdienstleistungen immer nur zusammen mit bestehenden - ebenfalls direkt vergebenen - Leistungen produzierbar und bestellbar, hätte eine immerwährende Marktabschottung des österreichischen Schienenverkehrsmarktes zur Folge. Diese Schutzbehauptung würde auch zukünftig jede wettbewerbliche Vergabe ausschließen, da nur der Incumbent (Ex-Monopolist) de facto sofort (ohne jegliche Vorlaufzeit) über die erforderlichen Ressourcen verfüge. Bei einer naheliegenden, möglichen und realistischen Betrachtungsweise eines sorgfältigen und gründlichen Auftraggebers wäre aufgefallen, dass die Ergänzungen der meisten Lose nur einen kleinen Leistungsumfang betreffen würden, aber andererseits ein großes Los vorliege, das völlig anders zu behandeln wäre.

Wäre die Antragsgegnerin tatsächlich an einer transparenten und fairen Vergabe der gegenständlichen Verkehrsdienstleistungen interessiert, hätte die Struktur des Vergabeauftrages so gewählt werden können, dass kleine Ergänzungen zum großen Bundes-Grundangebot abgesondert und in unabhängige Lose aufgeteilt werden würden. Dies treffe insbesondere vollinhaltlich auf die Ersatzverkehre aufgrund der Verlagerung der O. AG Fernverkehrszüge zum neuen Wiener Hauptbahnhof zu.

Die W. könne - wie bereits ausführlich vorgebracht - die Leistung KBS 100 IC Ersatz produktionstechnisch unabhängig und wirtschaftlicher als die mitbeteiligte

O. AG erbringen. Auch die von der Auftraggeberin verschwiegene, zumindest geänderte/erweiterte, Vergabe des REX 200 durch Zusammenfügen von KBS 100 IC Ersatz und dem künftig gebrochenen westlichen Teil Sp. - A. des REX Wien - A., könne die W. produktionstechnisch unabhängig und wirtschaftlicher als die O. erbringen. Den Beweis würden die Verhandlungen der W. mit dem V. zwischen Dezember 2012 und August 2013 bis zum nicht nachvollziehbaren Abbruch der Gespräche durch die Antragsgegnerin V. GesmbH bilden.

Dieses Vorgehen der Antragsgegnerin sei auch im Licht der höchstgerichtlichen Judikatur nicht zulässig. Es sei grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers, die Mindestanforderungen der Leistung, die er beschaffen wolle, festzulegen. Wesentlich sei aber im Hinblick auf die Gleichbehandlung der Bieter, dass die vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Leistungen eindeutig, vollständig und neutral beschrieben seien bzw. nicht so umschrieben seien, dass bestimmte Bieter von vornherein einen Wettbewerbsvorteil genießen (VwGH Zl. 2011/04/0042, RS Nr. 8 mwN).

Zu Seite 3, Punkt 1.1 der Stellungnahme der Antragsgegnerin führt die Antragstellerin aus, dass das von der Antragsgegnerin veröffentlichte Beschaffungsziel „nicht prioritäre Dienstleistungen im Nah- und Regionalverkehr“ die Vergabe von je nach Lesart 400.000 km Intercity Ersatzverkehr oder 1.000.000 km REX/REX200-Verkehren verschleierte.

Zu Seite 3, Punkt 1.2 der Stellungnahme der Antragsgegnerin führt sie aus, es sei kein sachliches Motiv vorstellbar, die zu vergebenden Leistungen nicht auf jene 17 Lose zu beziehen, in die die GWL-Verträge Bund/ÖBB und V./ÖBB unterteilt seien. Diese Unterteilung in Lose sei von der SCHIG gewählt worden, um noch während der Vertragslaufzeit einzelne Lose an andere Betreiber vergeben zu können.

Mit dieser rechtlich einwandfreien Vorgehensweise der SCHIG würden wettbewerbliche Einzelvergaben ermöglicht. Die SCHIG (bzw. das BMVIT) folgten damit der offiziellen politischen Agenda zur Attraktivierung des Schienenverkehrs und zur Steigerung der Effizienz und Wettbewerbsfähigkeit der Schiene, wie sie schon im Regierungsprogramm für die Jahre 2008 bis 2013 niedergelegt worden

sei. Auf Seite 56 des Regierungsprogrammes finde sich folgende programmatische Vorgabe zur Intention des Gesetzgebers:

*„Der öffentliche Personennahverkehr ist organisatorisch und finanziell wesentlich von der öffentlichen Hand getragen. Auf Basis einer klaren Kompetenzabgrenzung zwischen Bund, Ländern und Gemeinden sind die Nahverkehrsbestellungen und deren Finanzierung bei den Verkehrsunternehmen EU-konform, transparent und leistungsorientiert zu gestalten.“*

Das tatsächliche Ziel der Antragsgegnerin scheine ein anderes zu sein. Die (fälschliche) Darstellung als eine Gesamtvergabe sei nur erklärbar, wenn damit der wahre kritische Auftragsinhalt verschleiert werden solle. Ohne die Zielsetzung, eine völlig intransparente Gesamtvergabe (zusammen mit 22 Kleinst-Maßnahmen im Umfang von lediglich 300.000 Zugkilometern) an die O. AG rechtfertigen zu wollen, hätte ein gewissenhafter und sorgfältiger Auftraggeber jedenfalls eine Einzelvergabe „IC Ersatz“ oder „REX/REX200“ im Ausmaß von 400.000 Zugkilometern (nur IC Ersatz) bzw. 1.000.000 Zugkilometern (REX/REX200) tätigen müssen, die

- bisher so in keinem Bundes-GWL-Vertrag enthalten war,
- produktionstechnisch und wirtschaftlich eigenständig sei,
- eine bisher eigenwirtschaftliche Leistung ersetze und
- die Zubringerdienste zum eigenwirtschaftlichen Verkehr der O. AG erbringe (wobei positive Netzeffekte beachtet werden müssten).

Aus Kundensicht seien die verfahrensgegenständlichen Leistungen zwar unzweifelhaft von der Reisenutzung her mit den Leistungen des Grundangebotes in Bezug auf die Nutzbarkeit für einzelne Fahrten verknüpft. In jedem Knoten könne mit kurzer Umsteigzeit in andere Züge umgestiegen werden. Das sei der Sinn eines Taktfahrplanes. Davon gänzlich unabhängig sei aber, durch wen die Leistungen erbracht würden. Bestes Beispiel dafür seien Privatbahnverkehr wie u.a. der BLS (Bern-Lötschberg-Simplon Bahn) in der Schweiz, die mit solchen der SBB verknüpft seien oder z.B. solche der Rhätischen Bahn mit der SBB, die selbstverständlich mit den entsprechenden Verbundangeboten von der tariflichen Nutzbarkeit her integral verfügbar seien. Dadurch sei eine produktionstechnische Unabhängigkeit dieser Verkehre - wie auch der verfahrensgegenständlichen -

ebenso belegt, wie die tatsächliche Durchführung einer wettbewerblichen Auftragsvergabe auch an private Schienenverkehrsunternehmen.

Die Zielsetzung der Antragsgegnerin durch die gegenständliche Gesamtvergabe sei also darin zu sehen, dass hier ein Schutzargument für die Direktvergabe konstruiert werden solle. Diese Vorgangsweise sei angesichts der Verpflichtung der Antragsgegnerin zum wirtschaftlichen Mitteleinsatz weder sinnvoll noch notwendig. Der nun behauptete zeitliche Notstand sei von der Antragsgegnerin absichtlich und allein herbeigeführt, weil die notwendige rechtzeitige Verfahrensabwicklung entgegen den gesetzlichen und betrieblichen Notwendigkeiten nicht erfolgt sei.

Zu Seite 5, Punkt 1.6.4 der Stellungnahme der Antragsgegnerin bringt die Antragstellerin vor, dass tatsächlich - entgegen seinem Vorbringen - der V. alleiniger Auftraggeber auf der bereits 2012 eröffneten Hochleistungsstrecke Wien - Sp. (via ...) bei REX200-Verkehren sei. Auf dieser Hochleistungsstrecke (KBS 100) beabsichtige die Antragsgegnerin nun einen „IC Ersatzverkehr“ über 400.000 Kilometer pro Jahr. Dieser Verkehr stehe auch im Zusammenhang mit dem exklusiv vom V. vergebenen REX200-Verkehr. Diese alleine vom V. zu beauftragende Leistung bilde etwa 60 % der verfahrensgegenständlichen Direktvergabe.

Die mitverpackten, unstrittig mit dem Grundangebot verwobenen 22 Kleinstmaßnahmen über insgesamt 300.000 Kilometer (also deutlich weniger als die verschleierte Hauptmaßnahme), sollten darüber hinwegtäuschen, dass eine einzige Maßnahme rund 2/3 des „Gesamtauftrages“ betreffe.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin es gebe keine Bereiche, wo der V. alleiniger Auftraggeber sei, sei damit offensichtlich unwahr.

Zu Seite 6, Punkt 1.6.5 der Stellungnahme der Antragsgegnerin wird ausgeführt, dass durch die bewusst unübersichtliche und verwirrende Darstellung der 22 Kleinstmaßnahmen die Antragsgegnerin die Eigenständigkeit und Unabhängigkeit der 23. Maßnahme nicht offenzulegen versuche.

Für das Paket KVS 100 „IC Ersatz“ treffe die Argumentation der Antragsgegnerin in Punkt 1.6.5 der Stellungnahme in keinem einzigen Punkt zu. Dies gelte auch für den nicht offengelegten REX200-Verkehr Wien - A.. Beide Leistungen seien unzweifelhaft produktionstechnisch unabhängig zu erbringen. Dies sei auch durch die Verhandlungen der Antragsgegnerin mit der W. von Dezember 2012 bis zu deren einseitigem Abbruch durch die Antragsgegnerin im August 2013 belegt. Erst durch solche Gespräche habe die Antragstellerin überhaupt eine Chance, annähernd zu durchschauen, welche Verkehre in welcher Form zur Vergabe angedacht seien. Ohne dieses konzeptionelle Vorwissen sei es absolut unmöglich zu erahnen, welche Planungen die Antragsgegnerin V. verfolge. Auch dadurch sei nochmals klar die „Verschleierungsabsicht“ der Antragsgegnerin belegt, und die gänzliche Missachtung des Transparenzgrundsatzes durch die Antragsgegnerin evident. Die produktionstechnische Unabhängigkeit sei weiters dadurch belegt, dass die O. AG selbst einen selbstständigen Produktionsplan für den REX Wien West - A. habe. Weshalb die Sachlage in Bezug auf die Antragstellerin eine andere sein solle, vermöge die Antragsgegnerin offensichtlich nicht darzulegen.

Auch bei den 22 Kleinstmaßnahmen habe ein an wirtschaftlichen Lösungen interessierter Auftraggeber (im Sinne der Steuerzahler und den verfassungsrechtlichen Gebaltungsgrundsätzen für öffentliche Unternehmen) vielfältige Möglichkeiten, um durch die Reorganisation von Losen entsprechenden Einheiten zu gestalten, die wettbewerblich vergeben werden könnten. Der von der SCHIG mit der O. AG am 3.2.2011 rückwirkend mit Gültigkeit ab April 2010 abgeschlossene gemeinwirtschaftliche Leistungsvertrag des Bundes sehe eine „Entbündelung“ ausdrücklich vor. Die Antragsgegnerin V. GesmbH hätte somit ohne Probleme eine Differenzierung in Lose mit Bundesbestellung und solche mit Landesbestellung mit dem BMVIT bzw. der SCHIG abstimmen können. Für die gegenständlich angeblich „zwingende Direktvergabe“ gebe es keine sachliche Begründung.

Im letzten Absatz der Präambel im VDV des Bundes (Seite 6 von 32 - siehe Beilage./18) werde nämlich explizit ausgeführt:

*„Die SCHIG mbH schafft durch die mit diesem Vertrag erfolgte Umstellung des bisherigen Abrechnungssystems auf ein System unmittelbar leistungsbezogener*



*Abrechnung die Voraussetzung dafür, dass künftig die Leistungen des Schienenpersonenverkehrs in Österreich in reguliertem Wettbewerb im Wege wettbewerblicher Vergaben beauftragt werden. Durch die in diesem Vertrag vorgesehene Kündigungsmöglichkeit von Teilleistungen soll eine schrittweise und kontrollierte Marktöffnung auf Österreichs Schienenpersonenverkehrsmarkt herbeigeführt werden."*

Damit habe sich das BMVIT (bzw. die SCHIG) ausdrücklich selbst verpflichtet, schrittweise Teilleistungen aufzukündigen, um die kontrollierte Marktöffnung zu unterstützen. Hätte sich V. als ordentliche Auftraggeberin (im Sinne der Wirtschaftlichkeit) aktiv mit dem BMVIT bzw. SCHIG rechtzeitig (die Planungen zum Wiener Hauptbahnhof seien seit 2009/2010 in den Grundzügen klar; es habe nur zeitliche Verschiebungen von Umstellungsmaßnahmen der Verkehre gegeben) um entsprechende Planungen zur Reorganisation von einzelnen Losen bemüht (bestimmte Lose mit z.B. 80 % Bundesbestellung und 20 % Länderbestellung auf 100 % Bundesbestellung umzustellen und dafür andere kleine Lose 100 % wettbewerblich von V. für die Länder zu vergeben), dann wäre bei gesetzeskonformer rechtzeitiger Planung und Durchführung einer Ausschreibung (wie das der Rechnungshof ohnedies auch von BMVIT verlangt habe, vgl. Beilage ./19, Seite 8ff) ein besseres, weil wirtschaftlich günstigeres Ergebnis erreichbar gewesen. Als Positivbeispiel könnten die (ordnungsgemäßen und rechtskonformen) Neuvergaben in Bayern angeführt werden, wo mustergültig bei jeder Neuvergabe wettbewerbliche Vergabeverfahren durchgeführt würden und dadurch wesentliche Einsparungen zu Gunsten des Steuerzahler erreicht worden seien und würden.

Das Vorbringen der Antragsgegnerin, es wäre gegenständlich ausschließlich eine Direktvergabe möglich gewesen, entspreche somit nicht den Tatsachen. Dieses Vorbringen der Antragsgegnerin zeige aber die völlig verfehlte Planung und die großen Versäumnisse der V. GesmbH bei der Vorbereitung von wettbewerblichen Vergaben.

Weiters sei die Rechtmäßigkeit der gegenständlichen Direktvergabe im Sinne einer diskriminierungsfreien Zugangslösung zur Infrastruktur und ihrer Trassen im Zusammenhang mit dem „Integrierter Taktfahrplan - ITF 2016“ fraglich.

Ohne Rahmenvertragsregelung, die gemäß Kenntnisstand der Antragstellerin für die zu vergebenden Zugleistungen Wien - Sp. oder auch die REX200-Züge nicht vorhanden sei, sei zum Zeitpunkt der Vorinformation am 12.12.2014 eine verbindliche und nur für ein Unternehmen nutzbare Trassenzuteilung für den Fahrplan ab Mitte Dezember 2015 rechtlich nicht gedeckt gewesen. Bis Anfang April 2015 müsse diskriminierungsfrei jedem Anbieter die Trassenanmeldung, ohne Reservierungsrechte für andere Unternehmen möglich sein. Im Konfliktfall seien danach Lösungen oder gegebenenfalls regulatorische Entscheidungen nach den definierten Trassenzuweisungsregeln vorzunehmen.

Die verfahrensrechtlichen Details der Trassenzuweisung in Österreich würden sich aus dem EisbG und den Schienennetznutzungsbedingungen der ÖBB-Infrastruktur AG (SNNB), insbesondere in deren Punkt 4.4 „Trassenzuweisung“ ab Seite 38 ergeben. Das Vorbringen der Antragstellerin im Nachprüfungsantrag, wonach der von der Antragsgegnerin geplante Betriebsbeginn ab Dezember 2015 in rechtskonformer Weise nicht zu halten sein werde, sei insbesondere durch die Vorlaufzeiten bei der Trassenzuweisung belegt. Für eine Betriebsaufnahme ab Dezember 2015 hätte die O. bereits vor offizieller Auftragserteilung Trassen bei der ÖBB-Infrastruktur AG bestellen müssen. Aufgrund der notwendigen Abstimmungsmaßnahmen zwischen Eisenbahnverkehrsunternehmen und Infrastrukturbetreiber, die einer Trassenbestellung in der Praxis vorausgingen, müssten vergaberechtlich verbotene Absprachen zwischen Auftraggeberin und mitbeteiligter Partei bereits vor Kundmachung der Vorinformation am 12.12.2014 stattgefunden haben. Nur so sei wirtschaftlich vernünftig erklärbar, dass die O. AG Trassenbestellung auf eigenes Risiko vornehme, noch bevor sie überhaupt den verfahrensgegenständlichen Auftrag erhalten habe.

Wenn nun dann, die Antragsgegnerin V. vorbringe, dass ohne die Direktvergabe die Umsetzung des integrierten Taktfahrplanes 2016 nicht möglich sei, so sei dies unter Beachtung der in Österreich gültigen rechtlichen Voraussetzungen unrichtig.

Sollte es dennoch, wie den Schriftsätzen des V. und auch der O. AG implizit entnommen werden könne, entsprechende Vorvereinbarungen oder

Trassenzusicherungen geben, so werde eindeutig und offenkundig gegen das gesetzliche Ziel eines diskriminierungsfreien Netzzuganges für die W. verstoßen. Da ein rechtlich unzulässiger Fahrplanzustand keine taugliche Rechtfertigung für eine Direktvergabe sein könne, gehe der Rechtfertigungsversuch der geplanten Direktvergabe mit fahrplantechnischen Argumenten ins Leere.

Zu Seite 6, Punkt 1.6.6 der Stellungnahme der Antragsgegnerin führt die Antragstellerin aus, das Vorbringen in ihrer Stellungnahme lege die wahre Absicht der Antragsgegnerin unverblümt offen. Die O. AG solle ohne wettbewerbliche Vergabe - und damit unter Verzicht auf geringere Kosten für die Steuerzahler - weiter direkt beauftragt werden. Die „rechtliche und technische Sonderstellung“ der O. AG liege in Wahrheit jedoch nicht vor. Der GWL-Vertrag des Bundes sei - wie dargestellt - in Lose unterteilt worden. Diese Unterteilung in Lose habe die SCHIG gewählt, um (wie in der Präambel des Vertrages festgelegt) noch während der Vertragslaufzeit einzelne Lose an andere Betreiber vergeben zu können. Dementsprechend enthalte dieser GWL-Vertrag die Möglichkeit einzelne Lose zu kündigen. Diese Möglichkeit sei Grundlage für die Gespräche zur Angebotslegung von REX200-Verkehren durch die W. zwischen Dezember 2012 und August 2013.

Die Antragstellerin gehe davon aus, dass wie im VDV des Bundes auch im Verkehrsdienstevertrag zwischen V. GesmbH und O. AG eine ähnlich ausgestaltete vertragliche Möglichkeit zur Übertragung von Rollmaterial auf den nachfolgenden Betreiber vereinbart worden sei. Der VDV zwischen V. und O. AG sei nicht veröffentlicht worden, weshalb nur die Antragsgegnerin oder die mitbeteiligte Partei vom Gericht dazu angehalten werden könnten, diesen Vertrag vorzulegen. Auch die Geheimhaltung des abgeschlossenen VDV belege das ständige Ignorieren des Transparenzgrundsatzes von Seiten der Antragsgegnerin und der mitbeteiligten Partei.

Zu Seite 6, Punkt 1.6.8 der Stellungnahme der Antragsgegnerin werde ausgeführt, dass dieser untrennbare Zusammenhang mit dem Grundangebot nicht zutrefte. Als ordentliche und gewissenhafte Auftraggeberin hätte die V. GesmbH durch rechtzeitige Vorbereitung der geplanten Vergabe die nun gegen die W. vorgebrachten (scheinbaren) Hindernisse einer Beauftragung verhindern

können. Auf Basis dieser eigenen Versäumnisse versuche die Antragsgegnerin nun eine klassische Hinterzimmervergabe an die O. AG zu rechtfertigen und durchzusetzen.

Besonders auffällig sei, dass die Antragsgegnerin versuche eine gemeinwirtschaftliche Bestellung mit der Verlagerung von eigenwirtschaftlichen Verkehren der O. AG zu begründen. In der Vergangenheit sei vom BMVIT, der SCHIG und der mitbeteiligten O. AG ständig argumentiert worden, dass die Fernverkehre auf der Westbahnstrecke zwischen Wien und Salzburg, so wirtschaftlich seien, dass eine gemeinwirtschaftliche Leistungsbestellung nicht notwendig sei. Wenn nun aber eine Verlagerung von eigenwirtschaftlichen Leistungen der O. AG zum Wiener Hauptbahnhof erfolge, um damit zusätzliche Potentiale aus dem Süd- und Ostraum von Wien zu erschließen und damit noch bessere Wirtschaftlichkeit zu erreichen, müsse - denklogisch - auch ein Fernverkehrs-Anschluss-Zugprojekt eigenwirtschaftlich zu betreiben sein.

Die gemeinwirtschaftliche Beauftragung dieser eigenwirtschaftlich zu erbringenden Anschlussverkehre sei nicht mit den gesetzlichen Vorgaben einer Öffnung des Schienenverkehrsmarktes zu vereinbaren und auch nicht mit der Definition von „gemeinwirtschaftlichen Leistungen“ im Sinne der PSO-VO.

Die Antragstellerin habe begründete Zweifel, ob die verpflichtenden Vorgaben hinsichtlich der ex ante Berechnung zur Festlegung der Ausgleichsleistung (= der „Preis“ aus Sicht der Antragsgegnerin) im Sinne der PSO-VO von der V. GesmbH eingehalten würden. Die PSO-VO regle in ihrem Anhang (der sich auf Art. 6 Abs. 1 der VO beziehe) detaillierte Berechnungsvorgaben zur korrekten Ermittlung der „angemessenen Ausgleichsleistung“. Punkt 2 des Anhanges führe explizit aus, dass positive Netzwirkungen gemeinwirtschaftlich bestellter Verkehre zur eigenwirtschaftlichen Verkehren erfasst und zur Bestimmung der Nettowirkung in Abzug zu bringen seien. Da die Antragsgegnerin V. vorbringe, dass gegenständlich wesentliche Zubringerleistungen zum Knoten Sp. von der Vergabe erfasst seien, bezweifelt die Antragstellerin, dass die Antragsgegnerin dieser gesetzlich normierten Verpflichtung nachgekommen sei. Dafür habe die Antragsgegnerin beim potentiellen Auftragnehmer den Umfang der Anschlussverkehre erheben müssen, da sämtliche Einnahmen auf der Strecke

von Sp./nach Sp. und Stationen westlich von Sp. in den Zügen des eigenwirtschaftlichen ÖBB Fernverkehrs, die aus dem Umstieg aus den Anschlusszügen herrührten, erfasst seien und von der Ausgleichsleistung im Sinne der PSO-VO, aufgrund der guten Einnahmensituation dieser Verkehre, in Abzug zu bringen wären.

Zur Einschätzung, ob es sich gegenständlich überhaupt um gemeinwirtschaftlich zu bestellende Leistungen handle, hätte diese gesetzlich vorgesehene ex ante Modellrechnung von der Antragsgegnerin durchgeführt werden müssen. Da die Einhaltung dieser Berechnungsmodalitäten von der Antragsgegnerin nicht einmal behauptet werde und sie kein entsprechendes Vorbringen erstattet habe, sei davon auszugehen, dass eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der Berechnung der Ausgleichsleistung durch den V. bislang nicht erfolgt sei. Andernfalls könnte die Antragsgegnerin die entsprechenden Berechnungen vorlegen (zu deren Veröffentlichung sie auch nach der PSO-VO verpflichtet wäre).

Durch die genauen Berechnungsvorgaben der PSO-VO sollten - auch nur temporäre - Überkompensationen ebenso wie allfällige Querfinanzierungen verhindert werden, um eine diskriminierungsfreie Vertragsgestaltung sicherzustellen. Die W. gehe davon aus, dass insbesondere aufgrund der hohen Langstreckenanteile der Umsteigepassagiere westlich von Sp. die positiven Netzeffekte der gegenständlichen Vergabe auf Seiten der O. so hoch wären, dass die gesetzlichen Abzugsfaktoren dazu führten, dass hier keine Abgeltungen für die Anschlusszüge zur Auszahlung gelangen dürften. Damit sei gegenständlich schon aus diesem Rechtsgrund einer Direktvergabe einer gemeinwirtschaftlichen Leistung an die O. nicht zulässig, wenn die Berechnungsmodalitäten der PSO-VO nicht beachtet worden seien und würden.

Zur Seite 16, Punkt 4.4 der Stellungnahme der Antragsgegnerin führt die Antragstellerin aus, das Argument, eine Gesamtvergabe sei notwendig, sei konstruiert. Der Verkehr Wien - Sp., der als IC-Ersatz angeboten werden solle, könne unzweifelhaft eigenständig produziert werden. Die Darstellung der Antragsgegnerin, es handle sich um einen Gesamtauftrag, diene lediglich dazu, die aufgezeigte und naheliegende Möglichkeit von Einzellosen nicht offenzulegen und damit eine wettbewerbliche Einzelvergabe zu verhindern.

Wie bereits in der Stellungnahme der Antragstellerin vom 19.1.2015 ausgeführt, sei es bei zahlreichen Ausschreibungen im Ausland (beispielsweise in Deutschland) gelebte Praxis, dass auch Bestandsfahrzeuge bisheriger Betreiber im Zuge einer Vergabe abgelöst und vom Neubetreiber übernommen werden könnten. So würden effektiv Probleme mit Fahrzeugverfügbarkeiten vermieden. Abgesehen davon verfüge die W. zusätzlich über weitergehende Möglichkeiten selektiver Fahrzeugbereitstellung. Entscheidend bleibe aber die Frage der Übertragung von Fahrzeugen, die bereits im Einsatz seien. Diese Möglichkeit sei im Verkehrsdienstvertrag zwischen SCHIG/BMVIT und O. AG vorgesehen. Unter § 31 (Kündigung einzelner Teilleistungen) habe die O. AG sogar ausdrücklich das Recht zugestanden erhalten (da ohne weiter aufrechte Leistungsbestellung die Fahrzeuge nur Kosten verursachen würden), die Fahrzeuge dem neuen Auftragnehmer zu definierten Konditionen (zuerst die Übernahme durch die SCHIG) zur Verfügung zu stellen. Das Vorbringen der Antragsgegnerin und der mitbeteiligten Partei, die W. sei nicht leistungsbereit, entbehre somit jeder Grundlage.

Zum Zusammenspiel von PSO-VO und BVergG führt die Antragstellerin aus, es ergebe sich aus einer historischen Interpretation der Genese der PSO-VO, dass die gegenständlich relevante Bestimmung des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO in Österreich nicht anwendbar sei. Es käme sonst zu einem unzulässigen (vom europäischen Gesetzgeber nicht intendierten) Rückschritt des schon damals etablierten Vergaberechtsniveaus in Österreich.

Aber selbst im Fall der bestrittenen, uneingeschränkten Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO sei die Sichtweise der Antragsgegnerin, eine freihändige Direktvergabe von Schienenverkehrsleistungen (im Sinne einer klassischen Hinterzimmervergabe) sei ohne weitere Vorgaben zulässig, mit den gesetzlichen Grundlagen nicht vereinbar. Seit der Kundmachung der Auslegungsrichtlinien der PSO sei unmissverständlich klargestellt, dass keine andere Interpretation (wie jene der Antragsgegnerin) mehr zulässig sein könne.

Aus der PSO vergebe sich klar, dass die Vergaberichtlinien grundsätzlich Vorrang genießen würden. Das Verhältnis zum nationalen Vergaberecht sehe der

österreichische Gesetzesgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien (BlgNR 327, XXIV. GP) wie folgt:

*„Im Anwendungsbereich der Verordnung könnte darüber hinaus der nationale Gesetzgeber strengere Regelungen als jene der Verordnung erlassen bzw. beibehalten. Vor diesem Hintergrund ist festzuhalten, dass die bestehenden Regelungen des Gesetzes [gemeint BVerG] hinsichtlich der Direktvergabe von der Verordnung unterliegenden Dienstleistungskonzessionen und von nicht-prioritären Dienstleistungen restriktivere Regelungen als von der Verordnung gefordert enthalten.“*

Der Gesetzgeber bestätige damit, dass schon vor der PSO in Österreich ein hohes (in Bezug auf die PSO höheres) vergaberechtliches Niveau im BVerG etabliert gewesen sei.

Die Gesetzgeber habe nun aber die restriktiveren Regelungen des BVerG, insbesondere für die gegenständlichen nicht-prioritären Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs beibehalten. Gleichzeitig würden die nationalen Vorschriften § 141 Abs. 3 BVerG die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4 bis 6 PSO nicht untersagen.

Dadurch käme es zu folgendem Zirkelschluss: Die PSO regle die Vergabe von Aufträgen für gemeinwirtschaftliche Leistungen (z.B. im Eisenbahnverkehr) und die Direktvergaben gemäß Art. 5 PSO, „sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist“. Die Verordnung verweise somit auf nationale Vorschriften, konkret sei das in Österreich § 141 BVerG. In § 141 Abs. 3 BVerG werde hingegen wiederum auf die Bestimmungen des PSO verwiesen. Dieser Zirkelschluss sei wie folgt aufzulösen: Der OGH habe dazu bereits in der Entscheidung 4 Ob 100/11a eindeutig Stellung genommen und gehe davon aus, dass *„gemeinwirtschaftliche Leistungen im Sinne der VO Nr. 1370/2007 [...] in Österreich nach dem BVerG 2006 zu vergeben sind“*. Das BVerG 2006 nehme die gegenständlichen gemeinwirtschaftlichen Leistungen nicht von seinem Anwendungsbereich aus, obwohl das unionsrechtlich an sich zulässig wäre. Systematisch seien die gegenständlich zu vergebenden Verkehrsleistungen als „Dienstleistungen“ im Sinne von § 6 BVerG zu qualifizieren. Aus der Nennung

des Vertragsgegenstandes „Eisenbahn“ in Anhang IV zum BVergG 2006 ergebe sich, so der OGH, dass es sich um „nicht-prioritäre Dienstleistungen“ im Sinne von § 141 BVergG handle. Nach Ansicht des OGH sei somit auf die Vergabe von Schienenverkehrsdienstleistungen nach „Wortlaut und Systematik des BVergG“ die Bestimmung des § 141 BVergG anzuwenden (neben den Vorgaben der PSO).

Der OGH habe in 4 Ob 100/11a weiters klargestellt, dass bei einer *„(beabsichtigten) Direktvergabe von Aufträgen im Sinne von Art. 5 Abs. 6 PSO-VO nicht nur die Wahl des Vergabeverfahrens, sondern wohl auch die mangelhafte Erfüllung des Transparenzgebotes nach Art. 7 Abs. 2 PSO-VO und die [...] Ablehnung von Verhandlungen mit Unternehmen, die an solchen Aufträgen interessiert sind“*, jeweils gesondert anfechtbare Entscheidungen der Antragsgegnerin darstellten.

Zur Auflösung des oben dargestellten Zirkelschlusses der gesetzlichen Grundlagen habe der OGH festgehalten:

*„Materiell ist in diesem Zusammenhang zu beachten, dass zwar eine Direktvergabe bei den hier strittigen Aufträgen aufgrund des in § 141 Abs 3 BVergG angeordneten „Unberührtbleibens“ von Art 5 Abs 2 und 4 bis 6 PSO-VO auch über den Schwellenwert des § 141 Abs 3 BVergG hinaus zulässig ist; dennoch hat aber eine solche Vergabe nach § 141 Abs 2 BVergG (unter anderem) unter Beachtung des Diskriminierungsverbotes zu erfolgen. § 141 Abs 2 BVergG wird vom Vorbehalt zugunsten der Regelungen der PSO-VO in § 141 Abs 3 BVergG nicht erfasst und ist (war) auch im Anlassfall unwendbar.“*

Der demnach anzuwendende § 141 Abs. 2 BVergG idgF laute:

*„Nicht prioritäre Dienstleistungsaufträge sind von Auftraggebern unter Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten sowie des Diskriminierungsverbotes zu vergeben. Soweit dies auf Grund 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. (...)“*



Ausweislich der zitierten Judikatur des OGH würden sich somit aus dem nationalen Vergaberecht gemäß § 141 Abs. 2 BVergG zusätzliche Voraussetzungen, ohne deren Einhaltung eine Direktvergabe nach Art. 5 Abs. 6 PSO-VO in Österreich nicht zulässig sei, ergeben:

1. Beachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten
2. Diskriminierungsverbot
3. Grundsatz eines Verfahrens mit mehreren Unternehmen
4. angemessener Grad an Öffentlichkeit des Verfahrens
5. Grundsatz des freien und lautereren Wettbewerbs

Die gegenständlich von der Antragsgegnerin V. GesmbH zur Gunsten der O. und zum Nachteil der W. beabsichtigte Direktvergabe entspreche keinem einzigen dieser gesetzlich normierten Kriterien. Das so genannte Vergabeverfahren der V. GesmbH stelle sich in Wahrheit als Rechtfertigungsversuch einer grundsätzlich streng verpönten freihändigen Hinterzimmervergabe dar: Zur Nichtbeachtung der unionsrechtlichen Grundfreiheiten, den zahlreichen Verstößen gegen das Diskriminierungsverbot und der Nichtbeachtung des Grundsatzes eines freien und lautereren Wettbewerbes werde auf das bisherige Vorbringen verwiesen. Zudem käme, dass sowohl wegen des Wertes als auch wegen des Gegenstandes des verfahrensgegenständlichen Auftrages die Antragsgegnerin grundsätzlich ein Verfahren mit mehreren Unternehmen zu führen hätte. Der Wert der Schienenverkehrsdienstleistungen sei der Antragstellerin noch nicht bekannt (auch die gesetzwidrige „Berichtigung“ durch die Antragsgegnerin unter vollständiger Ignorierung der gerichtlichen einstweiligen Verfügung vom 30.12.2014 habe keine Aufklärung gebracht) - nach fachkundiger Schätzung sei er aber jedenfalls nicht gering bzw. unwesentlich. Unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die W. als zweitgrößtes Eisenbahnverkehrsunternehmen in Österreich eine Kilometerleistung von rund 3,5 Millionen Zugkilometer erbringe, könne eine Vergabe von in Summe rund 1.000.000 Zugkilometer jedenfalls nicht als geringfügig betrachtet werden. Zudem solle der Gegenstand des Auftrages (die Verkehrsleistungen) für 15 Jahre vergeben werden, was zu einer ebenso langen vollständigen Marktabschottung zu Gunsten des ehemaligen Monopolisten führen würde.

Die in § 141 Abs. 2 BVergG genannte Erforderlichkeit sei somit eindeutig gegeben, weshalb die Antragsgegnerin verpflichtend in einem Verfahren mit mehreren Unternehmen vergeben müsse. Die gesetzlich normierten Vorgaben des § 141 Abs. 2 BVergG für Direktvergaben gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO seien in keiner Weise erfüllt. Überzeugend werde in der Literatur vertreten, dass § 141 Abs. 2 idgF die frühere Einschränkung auf bestimmte Verfahrenstypen nicht enthalte, weil von „in einem Verfahren“ die Rede sei. Daraus werde geschlossen, dass die Antragsgegnerin ein im BVergG vorgesehenes Verfahren wählen könne und nach den Materialien der Antragsgegnerin sogar frei sei, ein (passendes und zulässiges) Verfahren zu kreieren (vgl. Pallitsch in Schwartz, BVergG 2006 § 141 Rn 7 (Stand Juni 2013, rdb.at)).

Dieser Ergänzungsfunktion des nationalen Vergaberechts sei sich auch der österreichische Gesetzgeber bewusst gewesen, wenn er in den Gesetzesmaterialien (BlgNR 1513, XXIV. PG, 136) zu § 141 Abs. 3 darauf hinweise, dass die (neuen) Verfahren der Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb nicht in § 141 berücksichtigt wurden, weil *„das bestehende Regime bereits eine äußerst flexible und an die Vorgaben des Unionsrechts orientierte Vorgangsweise bei der Vergabe von nicht prioritären Dienstleistungen zulässt. Unabhängig davon könnte ein Auftraggeber jedoch ohnehin ein an § 41a [Anm: Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung] bzw § 201a [Anm: Direktvergabe mit vorherigem Aufruf zum Wettbewerb] orientiertes Vergabeverfahren bereits aufgrund der Regelung von Abs 2 durchführen“*.

Der Gesetzgeber bringe damit unzweifelhaft zum Ausdruck, dass § 141 Abs. 2 BVergG uneingeschränkt gültig sei, auch bei Direktvergaben gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO. Eine eigene (zusätzliche) gesetzliche Grundlage sei nicht geschaffen worden, weil ein Auftraggeber „ohnehin“ auf Basis von § 141 Abs. 2 BVergG ein dem Unionsrecht entsprechendes Vergabeverfahren durchführen könne.

Hinsichtlich der Vermeidung einer „Überkompensation“ und Berücksichtigung von „positiven Netzeffekten“ im Sinn der PSO-VO führt die Antragstellerin aus, dass gemäß Art. 1 Abs. 1 2. Unterabsatz PSO-VO die PSO-VO regle, unter welchen Bedingungen die zuständige Behörde (V. GesmbH) dem Betreiber eines

öffentlichen Dienstes eine Ausgleichsleistung für die ihm durch die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung verursachten Kosten im Gegenzug für die Erfüllung solcher Verpflichtungen gewährten, wenn entsprechende Aufträge vergeben würden.

Diese „Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen“ seien in Art. 2 lit. g definiert als *„jeder Vorteil, insbesondere finanzieller Art, der mittelbar oder unmittelbar von einer zuständigen Behörde aus öffentlichen Mitteln während des Zeitraums der Erfüllung einer gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung oder in Verbindung mit diesem Zeitraum gewährt wird.“*

Die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen seien im öffentlichen Dienstleistungsauftrag klar zu definieren und müssten im Vorhinein in objektiver und transparenter Weise auch die Parameter aufstellen, anhand derer die Ausgleichsleistung berechnet werde. Dabei solle eine übermäßige Ausgleichsleistung (Überkompensation) vermieden werden (Art. 4 Abs. 1 PSO). In lit. b der zitierten Bestimmung der PSO finden sich nähere Kriterien für Berechnung für Direktvergaben nach der PSO. Die Ausgleichsleistung dürfe jenen Betrag nicht übersteigen, der erforderlich sei, um die finanziellen Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen zu decken, die auf die Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen zurückzuführen seien, wobei die vom Betreiber eines öffentlichen Dienstes erzielten und einbehaltenen Einnahmen und ein angemessener Gewinn berücksichtigt werde.

Unter der Wendung „finanzielle Nettoauswirkungen auf die Kosten und Einnahmen“ würden gemäß Art 3 Abs 3 PSO-VO sowohl die positiven als auch die negativen finanziellen Auswirkungen durch Erfüllung eines gemeinwirtschaftlichen Auftrages verstanden. Die angesprochenen positiven finanziellen Auswirkungen würden auch als positive Netzeffekte bezeichnet. Zur gemäß der PSO-VO strikt zu vermeidenden Überkompensation durch eine übermäßige Ausgleichsleistung seien die positiven Netzeffekte für den Auftragnehmer bei der Berechnung der angemessenen Ausgleichsleistung in Abzug zu bringen.

Art 6 Abs 1 PSO-VO normiere für Direktvergaben nach Art 5 Abs 2, 4, 5 und 6 PSO-VO genaue Berechnungsregeln für die Ermittlung der angemessenen Ausgleichsleistung, die im Anhang zur PSO-VO im Detail vorgeschrieben seien. Ein sorgfältiger Auftraggeber hätte insbesondere:

- a) die Ausgleichsleistung mit dem Nettoeffekt aller positiven und negativen Auswirkungen begrenzen müssen
- b) alle positiven finanziellen Auswirkungen, die innerhalb des Netzes entstehen, das im Rahmen des betreffenden gemeinwirtschaftlichen betrieben wird, in Abzug bringen müssen (Punkt 2. Abs 3 des Anhangs zur PSO-VO)
- c) zur Vermeidung einer Überkompensation bei der Berechnung des finanziellen Nettoeffekts „alle quantifizierbaren finanziellen Auswirkungen“ (positive Netzeffekte) auf die betroffenen Netze des Auftragnehmers berücksichtigen müssen (Punkt 3. Des Anhangs zur PSO-VO).
- d) Führe ein Auftragnehmer eines öffentlichen Dienstes auch andere Tätigkeiten aus (wie zB die eigenwirtschaftliche Verkehre der mitbeteiligten O.) so müsse die Rechnungslegung für diese öffentlichen Dienste getrennt erfolgen. Dadurch sollten ausdrücklich die Transparenz erhöht und eine Quersubventionierung vermieden werden. Dazu seien weitere Vorgaben im Anhang zu PSO-VO geregelt, wie beispielsweise die getrennte Kontoführung. Für jede betriebliche Tätigkeit und die strikte Aufteilung der variablen Kosten.
- e) Schließlich müsse die Ausgleichsleistung einen Anreiz zur Entwicklung einer wirtschaftlichen Geschäftsführung des Auftragnehmers, die objektiv nachprüfbar sei, geben.

Aus Art 9 Abs. 1 PSO-VO ergebe sich, dass die aufgrund der PSO-VO gewährten Ausgleichsleistungen nicht per se vom unionsrechtlichen Beihilfeverbot und Wettbewerbsrecht ausgenommen seien. Nur unter Einhaltung der strengen und detaillierten Vorgaben der PSO-VO und ihres Anhangs (insbesondere keine Überkompensation und eine transparente Berechnungsmethode) müssten diese Ausgleichsleistungen nicht als Beihilfen notifiziert werden. Würden die gesetzlichen Berechnungsvorgaben der PSO-VO aber nicht vollständig erfüllt, sei die dann falsch ermittelte Ausgleichsleistung als (verpönte) staatliche Beihilfe zu werten und unterliege der uneingeschränkten Beihilfenkontrolle der Europäischen Kommission.

Auch nach den Erwägungsgründen 25, 28 und 34 der PSO-VO sei eine übermäßige Ausgleichsleistung unbedingt zu vermeiden.

Die Antragstellerin habe den begründeten Verdacht, dass gegenständlich (wieder) eine Überkompensation durch die Auftraggeberin zu Gunsten der O. AG beabsichtigt oder zumindest in Kauf genommen werde. Hinsichtlich der in der Vergangenheit – allesamt direkt – vergebenen gemeinwirtschaftlichen Aufträgen an die O. AG habe der V. die Berücksichtigung der positiven Netzeffekte – nach Kenntnisstand der Antragstellerin – noch nie ausreichend deutlich iSd PSO-VO öffentlich gemacht. Dadurch sei die tatsächliche Berechnung und vor allem ob die positiven Netzeffekte für O. AG korrekt in Abzug gebracht worden seien, nicht überprüfbar.

Informiere ein Auftraggeber, wie vorliegend, nicht ausreichend rechtzeitig und nicht ausreichend detailliert über die geplante Direktvergabe und würden die Abgeltungsparameter und die genaue Berechnung der Ausgleichsleistung nicht offengelegt, sei die verfahrensgegenständlich geplante Direktvergabe schon aus diesem Grund unzulässig. Die Vorinformation vom 12.12.2014 und die gesetzwidrige – entgegen der einstweiligen Verfügung vorgenommene – „Berichtigung“ enthielten überhaupt keine Informationen zur Berechnung und Abgeltung der zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen, weshalb schon aus diesem Grund die verfahrensgegenständliche Vorinformation ebenso wie die Berichtigung für nichtig zu erklären sei.

Mit Schriftsatz vom 23.1.2015 nahm die Antragsgegnerin zur Berichtigung vom 21.1.2015 Stellung. Sie führte aus, mit dieser Berichtigung nicht gegen die einstweilige Verfügung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.12.2014 verstoßen zu haben. Mit der Aktualisierung der Vorinformation seien keine Nachteile für die Antragstellerin verbunden. Die Rechtsposition der Antragstellerin habe sich verbessert, mit der Aktualisierung der Information über den Auftragsgegenstand habe V. nämlich genau jenes Verhalten gesetzt, auf das der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin abziele. Nach Ansicht der Auftraggeberin sei die Antragstellerin in diesem Punkt klaglos gestellt gemäß § 21 WVRG 2014.

Die Antragstellerin wendete mit Schriftsatz vom 23.1.2015 zusammengefasst dagegen ein, auch die ergänzte Vorinformation enthalte keine ausreichend detaillierte Darstellung der zu vergebenden Schienen Personenverkehrsleistungen im Sinne der PSO-VO. Sie enthalte weiters keine Angaben zu den wirtschaftlichen Bedingungen der Vergabe. Die Berichtigung der Vorinformation sei unzulänglich, die geplante Vergabe an die O. AG beinhalte ein inhomogenes Bündel an Schienenverkehrsleistungen und umfasste insgesamt 23 Maßnahmenpakete. Diese seien nach den Kursbuchstrecken des Kundenfahrplans gegliedert. Insgesamt solle nach Einschätzung der Antragstellerin die Beauftragung über 700.000 zusätzlicher Leistungskilometer erfolgen.

Davon entfielen 400.000 Zugkilometer, das entspreche 60 % des Gesamtvolumens, auf ein einzelnes Paket. Diese Verkehrsleistungen könnten produktionstechnisch eigenständig und wirtschaftlich günstiger von der Antragstellerin erbracht werden.

Die Auftraggeberin verschweige in der veröffentlichten Leistungsbeschreibung, dass über zusätzliche Leistung eines IC Ersatzes hinaus ein neuer ganztägiger 1-h Takt Wien - A. mit neuen Fahrzeugen im Ausmaß von 1.000.000 Zugkilometer vergeben werden solle. Die Auftraggeberin verpacke diese Information in 2 Pakete, lege aber - vermutlich absichtlich und wissentlich - nicht offen, dass diese beiden Pakete in Wahrheit nicht verbunden zu sehen seien.

Aus Sicht der Antragstellerin fehlten für eine gesetzeskonforme Vorinformation, die eine konkrete Angebotserstellung der Antragstellerin ermöglichen würde, auch weiterhin zahlreiche Angaben und Informationen über die zu vergebenden Schienenverkehrsleistungen, wie insbesondere Anforderungen an das Rollmaterial und Parameter der Abgeltung.

In ihrer ergänzenden Stellungnahme vom 26.1.2015 wiederholte die Mitbeteiligte im Wesentlichen ihr Vorbringen hinsichtlich der angeblichen fehlenden technischen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin, brachte zusammengefasst vor, es bestehe kein Interesse der Antragstellerin am Gesamtauftrag der Antragsgegnerin. Ausgeführt wird auch, dass die Antragstellerin deshalb aus dem Verkehrsverbund Ostregion ausgeschieden sei, weil die Antragstellerin gegen die

von ihr abgeschlossenen Vereinbarungen verstoßen habe. Die Direktvergabe im Sinne des Art. 5 Abs. 6 der PSO- VO sei zulässig, es gebe eine Reihe von zwingenden bzw. sachlichen Gründen für eine Direktvergabe, es käme zu einem Qualitätsverlust beim Herauslösen von Streckenteilen bzw. Strecken, weiters zu einem Zwang zum Umstieg und zur Verengung von Fahrwegkapazitäten. Auch bestehe keine Pflicht der Antragsgegnerin zur Zerstückelung in Kleinstlose.

Die Antragstellerin bestritt in ihrer Replik vom 29.1.2015 das Vorbringen der Antragsgegnerin und der Mitbeteiligten, wiederholte im Wesentlichen ihre Ausführungen zu den von ihr geltend gemachten Rechtsverletzungen. Zur Frage der Zulässigkeit der Direktvergabe führte sie zusammengefasst aus, dass selbst im Fall der uneingeschränkten Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO in Österreich, was von ihr ausdrücklich bestritten werde, die Sichtweise der Antragsgegnerin, eine freihändige Direktvergabe von Schienenverkehrsleistungen (im Sinne einer klassischen Hinterzimmervergabe) sei ohne weitere Vorgaben zulässig, mit den gesetzlichen Grundlagen nicht vereinbar sei. Seit der Kundmachung der Auslegungsrichtlinien zur PSO – VO sei unmissverständlich klargestellt, dass keine andere Interpretation – wie jene der Antragsgegnerin – mehr zulässig sein könne. Die PSO-VO weise selbst auf ihr Verhältnis zu den (unionsrechtlichen) Vergaberichtlinien hin und stelle in ihrem Art. 5 Abs. 1 klar, dass die Vergaberichtlinien grundsätzlich Vorrang genießen würden. Das Verhältnis zum nationalen Vergaberecht sehe der österreichische Bundesgesetzgeber ausweislich der Gesetzesmaterialien. Der Gesetzgeber bestätige damit, dass schon vor der PSO-VO in Österreich ein hohes vergaberechtliches Niveau im BVergG 2006 etabliert gewesen sei. Der Gesetzgeber habe nun aber die restriktiveren Regelungen des BVergG 2006, insbesondere für die gegenständlichen, nicht prioritären Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs, beibehalten. Gleichzeitig untersagten die nationalen Vorschriften (§ 141 Abs. 3 BVergG 2006) die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und Abs. 4-6 PSO-VO nicht. Verwiesen werde auf die Ausführungen des OGH in 4 Ob 100/11a.

In ihrem Schriftsatz vom 2. Februar 2015 begründet die Antragsgegnerin ihre mit 21.1.2015 erfolgte Berichtigung der Vorinformation im Wesentlichen mit folgenden Argumenten: Die Berichtigung enthalte gegenüber der Vorinformation

keine zusätzlichen möglicherweise zu vergebenden Leistungen, sondern präzisiere lediglich die bereits in der Vorinformation bekannt gegebene Beschreibung der möglicherweise zu vergebenden Leistungen. Eine Berichtigung der Vorinformation sei daher den Grundprinzipien des Vergaberechts, insbesondere dem Transparenzgebot geschuldet gewesen und sei im Interesse der Marktteilnehmer erfolgt. Aus diesen Gründen seien Entsprechung der PSO-VO weiteren, zukünftig zu erwartenden erhöhten Detaillierungsgrad der zu vergebenden Leistungen jeweils eine weitere Berichtigung entsprechend dem jeweiligen Kenntnisstand von V. vorzunehmen. Der Nachprüfungsantrag gegen die Berichtigung der Vorinformation gehe da je daher schon aus diesem Grund ins Leere. Die Ausführungen der Antragstellerin seien in nahezu allen Punkten unrichtig, V. habe sich an die Vorgaben des BVergG 2006 und der PSO-VO gehalten. Insbesondere die Vorinformation vom 12.12.2014 entspreche den gesetzlichen Vorgaben.

In ihrer Replik wiederholte die Antragstellerin im Wesentlichen ihr Vorbringen, die Rechtslage hinsichtlich der Zulässigkeit der Direktvergabe sei eindeutig unter Hinweis auf die einschlägige Judikatur des OGH und Verwaltungsgerichtshofes. Die Vorwürfe der Antragstellerin würden zurückgewiesen, ebenso wenig habe man mit der Berichtigung gegen die einstweilige Verfügung des Verwaltungsgerichtes Wien vom 30.12.2014 verstoßen.

In einer ergänzenden Stellungnahme vom 11. Februar 2015 führte die Mitbeteiligte zur Vorinformation vom 12.12.2014 wiederum (zusammengefasst) aus, die Ansicht der Antragstellerin, dass die gegenständliche Vorinformation schon viel früher hätte veröffentlicht werden müssen, weil angesichts der bei Schienenverkehren erforderlichen Betriebsmittel und Vorlaufzeiten hinsichtlich der Trassenbestellungen ein Zeitraum von zu mindestens zwei Jahren angemessen gewesen wäre, basiere zunächst auf der irrigen Annahme, dass die Vorinformation andere Bieter in die Lage versetzen solle, Angebote zu legen. Dies sei eindeutig nicht der Fall. Die Antragstellerin übersehe dabei weiters, dass im Dezember 2013 keinesfalls genügend Informationen zur Verfügung gestanden wären, um überhaupt eine Vorinformation mit einem zugscharf konkretisierten Auftragsgegenstand zu veröffentlichen. In weiterer Folge brachte sie vor, dass es bei einer Vergabe an die Antragstellerin nicht zu der von ihr behaupteten



Effizienz gekommen wäre, die Zulässigkeit der Direktvergabe ergebe sich aus Art. 5 Abs. 6 PSO-VO und sei mit dem Primärrecht vereinbar.

Mit Schriftsatz vom 11.2.2015 erfolgte seitens der Antragstellerin eine zusammenfassende Darstellung des Sachverhalts, die Antragstellerin behauptete im Wesentlichen, dass auf Basis sowohl der Vorankündigung der Auftraggeberin vom 12.12.2014, der Berichtigung vom 21.1.2015, als auch der bisherigen Stellungnahmen von der Auftraggeberin und der Mitbeteiligten, zeige sich das Gesamtbild der bewussten Intransparenz im Verfahren des gegenständlichen Vergabeprozesses.

Durch möglichst verwirrende Informationen und Stellungnahmen versuchten die Auftraggeberin und die Mitbeteiligte einen klaren Blick auf die Hinterzimmer-Vergabe zu verhindern. Die Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO-VO sei so intransparent wie möglich und am letzten gerade noch zulässigen Tag publiziert worden. Das eigentliche Hauptelement der gegenständlichen Schienenverkehrsleistungen, nämlich die Anschlussverbindungen Wien-Sp. zur eigenwirtschaftlichen Fernverkehrszügen der O. AG sowie eine Erweiterung von Rex 200 Verkehren, sei in auffällig aufwendiger Weise mit einer Vielzahl von kleinen und kleinsten Verkehrsergänzungen verbunden worden. Die Auftraggeberin nehme sogar in Kauf, nicht das qualitativ beste kostenmäßig günstigste Angebot zu erhalten und die Abschottung des österreichischen Personenschienenverkehrsmarktes von Wettbewerb-zum Nachteil der Steuerzahler und alle privaten EVU – fortzusetzen.

Nach Wahrnehmung der Antragstellerin fungiere gegenständlich der die Auftraggeberin nur als Handlangerin der zu 100 % im Staatsbesitz befindlichen O. AG und agiere gezielt so kurzfristig, um jedem anderen Mitbewerber das konstruierte Argument fehlender Leistungsfähigkeit entgegenhalten zu können. Die Gesamtvergabe sei konstruiert, eine sachliche Rechtfertigung für eine Gesamtvergabe bestehe somit tatsächlich nicht, die Auftraggeberin habe keine ex-ante Berechnung der Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Leistungen im Sinne der PSO-VO vorgenommen, die fehlende Vollmitgliedschaft der Antragstellerin sei nicht - wie von der Mitbeteiligten vorgebracht- ein Ausschließungsgrund vom Vergabeverfahren. Die Auftraggeberin habe mehrfach

gegen die einstweilige Verfügung vom 30.12.2014 verstoßen, es werde daher der Antrag gestellt, 1. das Verwaltungsgericht möge die einstweilige Verfügung vom 30. 12. 2014 vollstrecken und wegen dem Verstoß durch die Veröffentlichung der Berichtigung vom 21.1.2015 über die Auftraggeberin das gesetzlich vorgesehene Zwangsmittel verhängen, 2. die einstweilige Verfügung vom 30.12.2014 vollstrecken und wegen dem Verstoß-durch die Fortführung der Verhandlungen mit der mitbeteiligten Partei im Jahr 2015- über die Auftraggeberin das gesetzlich vorgesehene Zwangsmittel verhängen.

Mit Schriftsatz vom 13.2.2015 erfolgte seitens der Mitbeteiligten ein Antrag auf Akteneinsicht und ein Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht. Der Antrag auf Akteneinsicht betraf die Beilage./5 „Schreiben von DI Dr. We. vom 30. Dezember 2011“, die Beilage./6 „E-Mail von Dr. F. vom 7. 11.2012“, die Beilage./7 „E-Mail von Dr. Z. vom 4.12.2012“, Beilage./8 PowerPoint Präsentation „Niederösterreich-... Pendlertlösung“, Beilage./9 „Auszug aus dem Verkehrsdienstevertrag V.-O. für Verkehre in Wien“, Beilage./10 „Schreiben der GD Binnenmarkt 5.5.2006“, Beilage./11 „Schreiben der Europäischen Kommission vom 13. Oktober 2004 an die Bundesrepublik Deutschland“.

Der Antrag auf Ausnahme von der Akteneinsicht bezog sich auf die Beilage./4 der Stellungnahme der Mitbeteiligten vom 11.2.2015.

Die Mitbeteiligte führte aus, dass das Schreiben der Kommission vom 25.6.2009 an den Verfassungsdienstes Bundeskanzleramt (Beilage./4 der Stellungnahme vom 11.2.2015) von der Akteneinsicht der Antragstellerin auszunehmen sei, da es nicht der Öffentlichkeit zugängliche Informationen beinhalte. Das Schreiben weise daher vertraulichen Charakter auf, es sei eine Schädigung berechtigter Interessen im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG nicht auszuschließen. Außerdem sei im Sinne des Gebots der Gleichbehandlung das Recht der auf die Gewährung bzw. Verweigerung der Akteneinsicht gegenüber mitbeteiligten Partei und der Antragstellerin in gleicher Weise auszuüben (§ 17 Abs. 2 AVG). Solange daher der mitbeteiligten Partei keine Akteneinsicht in die vorgelegten Dokumente der Antragstellerin gewährt werde, müsse dasselbe auch für die Unterlage der mitbeteiligten Partei gelten.

Das Verwaltungsgericht Wien gab dem Antrag auf Akteneinsicht hinsichtlich der Beilage./9, der Beilage./10 und der Beilage./11 statt und übermittelte diese Beilagen mit Schreiben vom 17. Februar 2015 an die Mitbeteiligte. Begründend wurde ausgeführt, dass die hinsichtlich ihres Antrages auf Akteneinsicht in die Beilagen./5 bis./8 gebotene Interessenabwägung ein Überwiegen der Geheimhaltungsinteressen der Antragstellerin im Sinne des § 17 Abs. 3 AVG ergeben habe, insbesondere weil Geschäfts und Betriebsgeheimnisse betroffen seien.

Mit Schriftsatz vom 16.2.2015 zog die Antragstellerin ihre verfahrensgegenständlichen Anträge vom 11.2.2015 auf Vollstreckung der einstweiligen Verfügung vom 30. 12. 2014 zurück, wiederholte im Wesentlichen ihr bisheriges Vorbringen und legte ein Richtoffert, datiert mit 6. 2. 2015 vor.

Mit Schriftsatz vom 16.2.2015 erstattete die Antragsgegnerin eine abschließende Stellungnahme, in der sie zusammengefasst ausführte, die Direktvergabe sei Voraussetzungs frei, sie sei unabhängig von Auftragswertgrenzen und dem Vorliegen von besonderen Rechtfertigungsgründen zulässig. Im Übrigen bestehe Wahlfreiheit zwischen der Durchführung eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens und einer Direktvergabe. Im Ergebnis begründeten weder die PSO-VO noch das BVergG 2006 im Zusammenhang mit der Wahl der Vergabeverfahrensart subjektive Rechte der Antragstellerin im Sinne der §§ 20 Abs. 1 und 23 Abs. 1 Ziffer 5 WVRG 2014. Die Berichtigung sei rechtswirksam. Der V. habe alle vergaberechtlichen Bestimmungen eingehalten.

Die Mitbeteiligte erstattete mit Schriftsatz vom 16.2.2015 ebenfalls eine abschließende ergänzende Stellungnahme, in der sie im Wesentlichen ihre bisheriges Vorbringen wiederholte.

## 2. mündliche Verhandlung:

In dieser Angelegenheit (Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12.12.2014 und Berichtigung der Vorinformation vom 21.1.2015) führte das Verwaltungsgericht Wien am 18.1.2015 eine öffentliche mündliche Verhandlung durch, zu der sowohl die Antragstellerin, die Antragsgegnerin, die Mitbeteiligten

und deren rechtsfreundliche Vertretungen erschienen. Beweis wurde erhoben durch Akteneinsicht und Einvernahme der Parteien.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin legte nach Ausschluss der Öffentlichkeit und der Parteienöffentlichkeit ein Kaufangebot vor und führte aus, es handle sich bei den vorgelegten Urkunden um ein verbindliches Kaufangebot für Wagenmaterial. Inhalt und Konditionen und Ursprung spielten für die Beurteilung der ggstdl. relevanten Entscheidung keine Rolle.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Mitbeteiligten verwies auf das bisherige Vorbringen zu den nationalen Zulassungsvoraussetzungen.

Seitens der Berichterin wurde nach Wiedermulassung der Parteienöffentlichkeit auf die unter Ausschluss der Öffentlichkeit und Parteienöffentlichkeit durchgeführte Vernehmung der Antragstellerin und deren Geschäftsführer verwiesen und Folgendes bekanntgegeben:

Der Antragstellerin liege ein Angebot über den Kauf von mehreren Garnituren Rollmaterial vor, für das eine Streckenzulassung in mehreren Mitgliedstaaten der Europäischen Union, u.a. Österreich, und des Europäischen Wirtschaftsraumes bestehe und welches auch für das österr. Stromsystem geeignet sei. Die Antragstellerin habe weiters darauf verwiesen, dass hier ein Genehmigungsverfahren iSd. § 41 Eisenbahngesetz 1967 erforderlich sei.

Das Vorbringen wurde seitens des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragsgegnerin bestritten. Es wurde ausdrücklich nochmals darauf hingewiesen, dass die Vergabe das gesamte Verbundgebiet des V. betreffe, nämlich Niederösterreich, Wien und Burgenland und dass für diesen Leistungsgegenstand die Antragstellerin nicht leistungsfähig sei.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragsgegnerin brachte vor, dass die Antragstellerin bei ihren bisherigen Angeboten auf eine Beteiligung der Finanzierungskosten durch die öffentliche Hand bestanden habe. Aus diesen Gründen seien auch die Verhandlungen gescheitert und es werde in diesem

Zusammenhang die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin bestritten.

Das Vorbringen der Antragstellerin wurde seitens des rechtsfreundlichen Vertreters der Mitbeteiligten bestritten, mangels näherer Informationen hinsichtlich der Qualität und Quantität des Rollmaterials sei derzeit kein ergänzendes Vorbringen möglich. Es werde darauf verwiesen, dass die verwendeten Schienenfahrzeuge auch die jeweiligen Vorgaben der jeweiligen Strecke erfüllen müssten, siehe Punkt 2.3.5 der Schienennetzbedingungen. Es werde die Einholung eines technischen SV-Gutachtens zur Prüfung, ob das Rollmaterial zur Zulassung in Österreich geeignet sei und gegebenenfalls welche Auflagen für die Zulassung zu erfüllen seien, beantragt.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin bestritt dieses Vorbringen. Weiters werde darauf hingewiesen, dass von der Antragstellerin keine Finanzierungszusage eingefordert worden sei und würde. Die von der Antragsgegnerin immer wieder angeführte Verhandlungsstrategie der Antragstellerin reflektiere lediglich einen Verhandlungsstand aus dem Jahr 2012/2013 und sei für die Beurteilung der ggstdl. Leistungsfähigkeit in technischer und wirtschaftlicher Hinsicht daher irrelevant. Damals sei man von ganz anderen Rahmenbedingungen aus als den ggstdl. vorliegenden ausgegangen.

Herr Mag. Sch., Geschäftsführer des V., wurde zum Beweis als Partei einvernommen und gab auf Befragen an, als Geschäftsführer des V. sei er natürlich in das auf Grundlage der PSO-VO seitens des V. abgeführten Vergabeverfahrens eingebunden und informiert gewesen. Herr Mag. Ra., Mitarbeiter des V., habe die Veröffentlichung durchgeführt.

Sie (der V.) hätten zum Zeitpunkt, in dem sie die Veröffentlichung an das Amtsblatt der Europäischen Union abgeschickt hätten, gewusst, dass Zusatzleistungen zum Grundangebot des Bundes erforderlich sein würden. Sie hätten aber noch nicht genau gewusst, welche konkreten Leistungen auf den Hauptstrecken und Nebenstrecken erforderlich sein würden.

Wenn er gefragt werde, welchen Informationsstand der V. Anfang Dezember hinsichtlich der zu erbringenden Mehrleistungen gehabt habe, dann gebe er an, man habe nicht genau gewusst, welche Mehrleistungen betroffen sein könnten. Man habe aber gewusst, dass hinsichtlich der Vollinbetriebnahme des Hauptbahnhofes, Mehrleistungen hinsichtlich der neuen Westbahnstrecke betroffen sein könnten. Dies habe möglicherweise die Strecke Sp. bis Westbahnhof betroffen.

Die Vollinbetriebnahme des Hauptbahnhofes habe natürlich auch Auswirkungen hinsichtlich des Stammstreckennetzes, das sei dem allgemeinen Sprachgebrauch nach die „Schnellbahnstrecke zwischen Floridsdorf und Meidling“ gehabt.

Hinsichtlich der Veröffentlichung der Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Schienenverkehren zu erbringenden Mehrleistungen, gebe er an, dass dies die Strecke westlich von Pöchlarn betreffe.

Hinsichtlich der Vorinformation betreffend die Zuläufe im Bereich der Wiener Schnellbahnstammstrecke und deren Außenäste und der davon möglicherweise betroffenen Mehrleistungen, führe er aus, dass es richtig sei, dass dies u.a. den Schülerverkehr betroffen habe.

Wenn ihm die Stellungnahme des V. vom 18.12.2014 an die Antragstellerin vorgehalten werde, dann könne er sagen, er kenne diese inhaltlich jetzt nicht genau. Er gehe aber davon aus, dass sie (der V.) die darin zusätzlich getätigten Informationen erst zu diesem Zeitpunkt gehabt hätten.

Der Bund sei zunächst abhängig vom internationalen Fernverkehr und könne erst dann das Grundangebot definieren.

Wenn er gefragt werde, was der V. am 9.12.2014 hinsichtlich der möglicherweise konkreten Dienste und Gebiete, die anschließend am 12.12.2014 in der angefochtenen Vorinformation veröffentlicht wurden, gewusst habe und was nicht, dann gebe er an, dass alles, was sie gewusst hätten, sie an Informationen hineingenommen hätten und sie wüssten bis heute nicht, was konkret betroffen sei.

Seine Ansprechpartner beim Bund hinsichtlich der Abgrenzung Grundangebot/Mehrleistung sei Herr Pu. von der SCHIG und Frau So. vom Ministerium (bmvit).

Diese genannten Personen definierten, welche Grundleistungen der Bund bestelle und dies erfolge bis Ende März eines jeden Jahres. Erst dann stehe fest, welche Zusatzleistungen der V. bestellen müsse. Der Fahrplan selbst werde vom beauftragten Verkehrsunternehmen erstellt und müsse von diesem bei der ÖBB Infrastruktur AG die Trassenbestellung im April eines jeden Jahres abgegeben werden. Nach Zuweisung der Trassen werde der Vertrag erst kurz vor Betrieb abgeschlossen.

Auf Befragen, welcher mögliche Informationsstand vor Bekanntmachung der Vorinformation bestanden habe und welche Strecken möglicherweise betroffen sein konnten, gebe er an, das habe er schon mehrmals erläutert. Das könne sein die Verlängerung der Züge von A./Sp. nach Wien-Westbahnhof, Schnellbahnstammstrecke Floridsdorf - Meidling, Mödling – Guntramsdorf.

Er gebe an, dass er auch vor Absenden der Vorinformation den „Leistungsgegenstand“ aktiv bei seinen Ansprechpartnern im Ministerium und im SCHIG erfragt habe.

Unter seiner Ägide als Geschäftsführer seien seitens des V. zwei Vorinformationen iSd. Art. 7 Abs. 2 PSO-VO durchgeführt worden.

Befragt vom rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin gab Herr Mag. Sch. an, dass sie zu ihren Ansprechpartnern beim Bund und SCHIG ca. 2-3 Mal in der Woche Kontakt hätten, wobei dies nicht ausschließlich die gegenständlichen Vorinformationen betroffen habe und betreffe.

Der V. bestelle Verkehre und keine Trassen.

Vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin wurde vorgehalten, dass der Bund mit der O. AG im Jahr 2011 den sogenannten „Verkehrsdienstvertrag

Bund“ abgeschlossen habe. Diesem Verkehrsdienstevertrag seien Anlagen angeschlossen, die für den jeweiligen Streckenabschnitt konkrete Bestellungen gemeinwirtschaftlicher Leistungen zugscharf definierten. Aus diesen Anlagen gingen die Bestellungen des Bundes ganz konkret hervor. Dieser Verkehrsdienstevertrag habe einen Leistungszeitraum bis inkl. 2019. Ein Auszug aus diesem Verkehrsdienstevertrag werde vorgelegt, nämlich die hier gegenständliche relevante Anlage 3A: LV SPNV, aus dem die Bestellungen an gemeinwirtschaftlichen Leistungen des Bundes zugscharf bzw. zugenau hervorgingen. Die hier gegenständlichen Leistungen würden auf Seite 71 beginnen, letzte Zeile bis zum Ende dieses Auszuges.

Hr. Mag. Sch. führte dazu aus, dass diese Anlage 3A, die Bestandteil des Verkehrsdienstevertrages sei, zwar jährlich anzupassen sei, aber derzeit nicht angepasst sei und voraussichtlich seiner Einschätzung nach im Sommer 2015 angepasst werde und die Grundleistungen des Bundes für den Fahrplan 2016 betreffe, auf Basis dieser Leistungen würden sie die Mehrleistungen bestimmen.

Es habe immer Detailänderungen gegeben. Die große Veränderung ergebe sich jetzt aus der Vollenbetriebnahme des Hauptbahnhofes. Seiner persönlichen Wahrnehmung zur Folge, seien immer umfangreiche Änderungen notwendig gewesen.

Weitere, etwas umfangreichere Änderungen seien im Zuge der Eröffnung der neuen Westbahnstrecke sowie der bereits erfolgten Teillinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien erfolgt.

Befragt, welche Änderungen der V. erwartet hätte, die ihn jetzt dazu veranlasst hätte, ein Zusatzangebot bzw. eine Änderung zu vergeben, gab er an, er erwarte sich Änderungen im Bereich der Zugführung im Bereich der Stammstrecke und im Bereich der Westbahnstrecke und auf den neuen Zulaufstrecken zum Wiener Hauptbahnhof.

Auf die Frage, ob dabei die Umleitung von RailJet und InterCity, die die bisherige Strecke Sp. - Westbahnhof und nunmehr die Strecke Sp. - Hauptbahnhof



betreffen sollen, eine Rolle spiele, gab er an, ja, weil Umsteigeverbindungen zw. Nah- und Regionalverkehr und Fernverkehr sich damit anders darstellen würden.

Auf die Frage, wer die Entscheidung getroffen habe, dass die RailJet- und InterCity-Verkehre der O. AG, die aus Westen kämen, nunmehr auf den Hauptbahnhof als Zielbahnhof fahren würden und nicht mehr auf den Westbahnhof, gab er an, die Entscheidung habe nicht der V. zu treffen. Er könne nur mutmaßen, dass es sich um eine Entscheidung der O. AG handle. Er mutmaße, es handle sich dabei um eigenwirtschaftliche Verkehre.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin brachte dazu vor, dass, da es sich richtigerweise bei den angesprochenen InterCity- und RailJet-Verkehren um sogenannte eigenwirtschaftliche Verkehre iSd. Verkehrsdienstevertrag Bund handle, der Bund schon bisher auf diesen Zügen bzw. für diese Züge keine gemeinwirtschaftlichen Leistungen bestellt habe und habe daher die Umleitung dieser Züge keinerlei Auswirkung auf das vom Bund bestellte Grundangebot an gemeinwirtschaftlichen Leistungen.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin gab Hr. Mag. Sch. an, dass er hinsichtlich der zu vergebenden Km-Leistung auf die Berichtigung vom Jänner 2015 verweise.

Auf die Frage, ob es richtig sei, dass diese nicht auf der Westbahnstrecke zu bedienenden 300.000 Zug-km auf insgesamt 22 Einzelstrecken aufgeteilt werden sollten, gab er an, es sei möglich, wobei es nicht gleichbleibend auf die Strecken verteilt werden könne, da dies vom Grundangebot der SCHIG abhängig sei.

Befragt von der Berichterin gab Hr. Mag. Sch. an, wenn ihm vorgehalten werde, dass zwischen der Vorinformation von Dezember 2014 und der Berichtigung vom Jänner 2015 ein entsprechend hoher Detailliertheitsgrad erreicht werden konnte, gebe er an, dass Anfang 2015 dieser Informationsgehalt vorgelegen sei. Das habe sich aus den Gesprächen zwischen ihnen (dem V.) und den Vertretern des Bundes ergeben. Er habe jetzt schon wieder einen konkreteren Wissensstand.

Wenn er gefragt werde, ob vor Absenden der Vorinformation im Dezember seitens Vertretern des V.s ein aktives Herantreten an den Bund, mit der Absicht, diese Vorinformation im Hinblick auf die Veröffentlichung zu konkretisieren, gegeben habe, dann gebe er an, das sei ganz sicher so gewesen, das habe Hr. Ra. gemacht. Er könne allerdings nicht sagen, ob ein Gespräch genau diesen Titel gehabt habe.

Herr Mag. Ra. wurde zum Beweis als Zeuge einvernommen und gab an, er sei Mitarbeiter des V. und sei maßgeblich in die beiden Veröffentlichungen eingebunden gewesen. Er trage auch die Entscheidung über Verkehrsdiensteverträge.

Den Text der Vorinformation habe er konkret mit einem ihrer (des V.) Gesellschafter, nämlich der Magistratsabteilung 5, abgestimmt. Er habe damals gewusst, dass Mehrleistungen anfallen würden. Welche konkreten Mehrleistungen dies sein würden, sei nicht bekannt gewesen, weil sie (der V.) vom Grundangebot des Bundes abhängig gewesen seien.

Der Zeuge legte eine Stellungnahme der MA 5 vom 4.12.2014 vor, welche als Beilage ./E zum Akt genommen und verlesen wurde.

Wenn er gefragt werde, wer den konkreten Text der Vorinformation von Dezember 2014 ausformuliert habe, gebe er an, das sei sein Vorschlag gewesen. Er habe den Text so formuliert, da es ja Zusatzleistungen zum Grundangebot des Bundes seien.

Wenn er gefragt werde, ob er sich jemals überlegt habe, welche konkreten Dienste hier betroffen sein könnten, dann gebe er an, das habe er. Deswegen habe er ja auch z.B. reingeschrieben: „Schienenverkehrsleistungen im Nah- und Regionalverkehr [...] Zugläufe im Bereich der Wr. Schnellbahnstammstrecke.“

Wenn ihm der Inhalt der Berichtigung vorgehalten werde und warum dies noch nicht Gegenstand der Vorinformation sein habe können, dann gebe er an, sie (der V.) hätten das dann auf Basis der Planungsabteilung und deren Vorgaben gemeinsam mit der Kanzlei H. gemacht.

Wenn er gefragt werde, ob sie (der V.) diese Detailliertheit auch schon vor Absenden der Vorinformation erreichen hätten können, dann gebe er an, das sei nicht möglich gewesen, weil die Planungen damals noch nicht so weit fortgeschritten waren. Das sei ein umfangreiches Projekt.

Sie (der V.) hätten nach den Weihnachtsfeiertagen ein belastbares Fahrplangrundmodell für 2016 erstellt und fußend auf dieser Erstellung hätten sie (der V.) dann die Berichtigung durchgeführt. Vorher sei ihnen das nicht möglich gewesen, weil dieses Fahrplangrundmodell noch nicht ausgereift gewesen sei.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin gab der Zeuge an, ihm sei nach den Weihnachtsfeiertagen ein Entwurf einer konkreten Fahrplantabelle von der hausinternen Planungsstelle zur Verfügung gestellt worden, wo er dann rückgefragt habe, wie viele Zug-km hier betroffen seien und wieviel davon schon von der Bundesbestellung abgedeckt seien. Er mache dann auf Basis dieses Entwurfes eine „Nettorechnung“, wo er die Km, die der Bund bestelle, abrechne und dann auf einen ungefähren Wert komme, der ihm die von ihnen (dem V.) zu vergebende Km-Anzahl beziffern könne.

Befragt von der Berichterin gab der Zeuge an, es sei Sache der Geschäftsführung, der Planungsabteilung vorzugeben, welche Schritte sie bei diesem Projekt wann umzusetzen hätten.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin gab der Zeuge an, es sei ein Unterschied zwischen Fahrplannerstellung und Leistungsbestellung.

Hinsichtlich der Durchführung der konkreten Bestellung brauche er eine zugscharfe Konkretisierung. Hingegen brauche ich keine zugscharfe Konkretisierung um das Leistungsvolumen zu konkretisieren.

Es habe vor Jänner 2015 jedenfalls schon mehrere Entwürfe gegeben, welche aber aus ihrer Sicht (des V.) nicht belastbar gewesen wären. Erst wenn ihm von der Planungsabteilung ein belastbares Modell vorgelegt werde, könne er mit dem

nächsten Konkretisierungsschritt beginnen. Das wäre die Ermittlung der Volumina der zu bestellenden Züge.

Befragt vom Vorsitzenden gab der Zeuge an, in einem weiteren Schritt werde auf Basis ihres Fahrplanmodells (des V.) mit dem Bund ausgehandelt, welcher konkrete Zug vom Bund oder von ihnen (des V.) bestellt werde. Die konkrete Leistungsbestellung müsse zugscharf getätigt werden.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin, gab der Zeuge an, ihr Fahrplanmodell (des V.) erstellten sie (der V.) unabhängig vom Bund.

Sie hätten mehrmals Gespräche mit den Vertretern der SCHIG sowie des BMVIT geführt. Er könne aber nicht genau sagen, wann welches Gespräch stattgefunden habe. Das fände dann auf so einer Ebene statt, dass man sage, „wir haben ein neues Planungskonzept und prüft das wohlwollend, dass wir das bestelltechnisch umsetzen können.“

Es habe hinsichtlich des Fahrplanes 2016 ihm erinnerlich Anfang Oktober 2014 (ein Treffen) im bmvit gegeben. Da habe das bmvit alle Vertreter der Länder und der Verkehrsverbände eingeladen. Der Sinn dieses Treffens sei eine Bestellerabstimmung gewesen.

Er wisse, dass es einen Verkehrsdienstvertrag des Bundes gebe. Ihm sei hinsichtlich des Grundangebotes jene Information bekannt, die auf der öffentlich zugänglichen Homepage des bmvit kundgemacht sei. Das betreffe die einzelnen Lose und deren Volumina. Wenn er von „Losen“ spreche, dann liege dem seiner Meinung nach das Verständnis zu Grunde, dass das Gebiete seien, die produktionstechnisch zusammenhängen können.

Die zugscharfe Kenntnis sei nicht Voraussetzung und Gegenstand für ihre (des V.) Fahrplanplanung.

Der gegenständlichen Vorinformation liege eine Information der Planungsabteilung an ihn zu Grunde, dass Fahrplankonzepte nur umgesetzt werden könnten, wenn diese Mehrleistungen ausgeschrieben würden.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragsgegnerin, was Gegenstand der Besprechung im Oktober 2014 gewesen sei, gab der Zeuge an, sie (der V.) hätten dem Bund ihre Überlegungen vorab schriftlich übermittelt. Dann sei eine Besprechung abgehalten worden, wo die Länder ihre Wünsche äußern habe dürfen. Er habe noch immer keine konkreten Informationen hinsichtlich der zugscharfen Konkretisierung des Bundesgrundangebotes.

Befragt von der Berichterin gab der Zeuge an, sie (der V.) hätten seitens des Bundes dieses von ihrer Planungsabteilung ausgearbeiteten Fahrplanmodell 2016 noch keine finale Abstimmung. Dies könne erst geschehen, wenn die SCHIG das Grundangebot für die jeweilige Fahrplanperiode zugscharf konkretisiere.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragsgegnerin, warum das nicht früher gehe, gab der Zeuge an, hier seien Entscheidungsträger im Spiel, auf deren zeitlichen Ablauf er keinen Einfluss habe.

Vom rechtsfreundlichen Vertreter der Mitbeteiligten wurden keine Fragen an den Zeugen gestellt.

Befragt vom rechtsfreundlichen Vertreter der Antragstellerin gab der Zeuge an, für den Abschluss des iRs Vertrages, der im Wege der Direktvergabe vergeben werden soll, müsse er zugscharf bestellen.

Herr Dr. F., Geschäftsführer der W., wurde zum Beweis als Partei einvernommen und gab auf Befragen des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragstellerin an, dass sich aufgrund der PSO Verordnung iVm den Auslegungsleitlinien der Europäischen Kommission zwingend ergebe, dass ein Auftraggeber, der einen Dienstleistungsauftrag vergebe, eine ex ante Prüfung vornehmen müsse, insbesondere hinsichtlich der konkreten Strecken und der wirtschaftlichen Folgen in Bezug auch auf die Auswirkungen auf den Steuerzahler. Insofern habe im Dezember 2014 ein entsprechender Informationsstand über die beabsichtigte Direktvergabe vorliegen müssen und zwar so konkret, dass man dies entsprechend in die Vorinformation als Information hineinnehmen habe können.

Er könne sich auch nicht vorstellen, dass im Dezember 2014 noch nicht bekannt gewesen sei, welcher Zugverkehr ab Dezember 2015 über den Hauptbahnhof Wien abgewickelt werde.

Hinsichtlich der Beilage ./D, der Beilage 3a zum Verkehrsdienstevertrag sei ihm bekannt, dass 2012/2013 keine wesentlichen Änderungen vorgenommen worden seien. Diese Information habe er seitens des bmvit bekommen. Für 2014 lägen noch keine Informationen vor.

Hinsichtlich der Anpassung des V.s an die Vorgaben des Bundes, gebe er an, dass seiner Einschätzung nach eine Grundaussage genüge, um Bestellungen zu adaptieren.

Aus Gründen der Wirtschaftlichkeit sei es aus seiner Sicht nicht notwendig, dass alle gegenständlichen vorangekündigten Verkehre in einem Gesamtpaket vergeben werden sollten. Denn erst wenn ein Auftraggeber diese einzelnen Leistungen aufteile, könne er konkret abschätzen, welche finanziellen Auswirkungen diese Leistungen haben würden, nämlich wenn er sinnvoll abgrenze.

Man sei leistungsfähig für das Paket auf der Westbahn. Für den übrigen Bereich, wenn die Möglichkeit zur Nachnutzung des Rollmaterials bestehen würde.

Über Befragen des Vertreters der Mitbeteiligten, ob das Angebot, dass er heute vorgelegt habe, ausschließlich das Paket auf der Westbahn betreffe, gebe er an, sie (die W.) hätten ein Angebot vorgelegt, mit dem sie sehr viele Kilometerleistungen erbringen könnten. Sinnvoll produzieren könnten sie nur, wenn produktionstechnische Einheiten vergeben würden.

Das Vorbringen wurde seitens des rechtsfreundlichen Vertreters der Antragsgegnerin bestritten. Es gehe um sinnvolle Produktion im Sinne des gesamtwirtschaftlichen Aspekts sowie vor allem um den Kundennutzen.

Auf Befragen der Berichterin gab der Geschäftsführer des V., Herr B. an, dass jener Leistungssteil, an dem laut Vorbringen der Antragsgegnerin das Interesse

der Antragstellerin bestehe und der in der Vorinformation vom 12.12.2014 veröffentlicht wurde, den zweiten Teil, nämlich Punkt II.4 2. Absatz betreffe.

Dieser laute: „Diese Direktvergabe wird weiters Schienenverkehrsdienstleistungen im Nah- und Regionalverkehr (betreffen), die durch Adaptierungen im Fernverkehrsangebot in Ostösterreich im Zuge der Vollenbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind.“

Seitens der Antragstellerin wurde vorgebracht, dass dies die 400.000 Zug-km betreffen würde.

Der rechtsfreundliche Vertreter der Mitbeteiligten brachte vor, dass selbst wenn man davon ausginge, dass bei der Antragsgegnerin der Informationsstand zum Zeitpunkt der ursprünglichen Vorinformation größer gewesen sei oder größer hätte sein können und zu dem Schluss käme, dass die ursprüngliche Vorinformation rechtswidrig gewesen sei, es auch in der PSO die Möglichkeit zur Berichtigung gebe. § 90 BVergG sehe vor, dass die Ausschreibung jederzeit berichtigt werden könne, unabhängig von der subjektiven Vorwerfbarkeit der ursprünglichen Ausschreibungsbestimmung. Berichtigungen bzw. Auskünfte seien sogar im Vollenwendungsbereich des BVergG bis sechs Tage vor Ende der Angebotsfrist zulässig. Umso mehr müsse im gegenständlichen Fall, wo die Berichtigung nach den Weihnachtsfeiertagen ein Monat nach der ursprünglichen Vorinformation und somit 11 Monate vor dem beabsichtigten Zeitpunkt der Direktvergabe läge, zulässig sein. Es wäre geradezu absurd, im Bereich des Art. 7 Abs. 2 PSO – VO anzunehmen, dass eine Vorinformation nur dann rechtskonform sei, wenn sämtliche zum damaligen Zeitpunkt verfügbaren Informationen enthalten gewesen wären. Dies würde nicht nur Direktvergaben sondern auch die von der Antragstellerin gewünschten Ausschreibungen verunmöglichen, weil Art. 7 Abs. 2 PSO – VO so für Direktvergaben als auch für Ausschreibungen gelte.

Der Vorsitzende schloss die Öffentlichkeit vorübergehend auf Antrag des rechtsfreundlichen Vertreters der Mitbeteiligten aus. Der rechtsfreundliche

Vertreter der Mitbeteiligten brachte vor, sich auf ein Urteil des HG Zl. 10 cg/123/10h-41 zu beziehen.

## **GESCHWÄRZT**

Nach Wiedenzulassung der Öffentlichkeit bestritt der rechtsfreundliche Vertreter der Antragstellerin das Vorbringen zur Gänze. Die Antragstellerin sei wirtschaftlich leistungsfähig. Auch der vorgelegte KSV Auszug führe ausdrücklich aus: „Ausfallswahrscheinlichkeit 0.98%, Basel II.: Geringes Risiko, Branchenvergleich ist besser als der Branchendurchschnitt, Empfehlung: Aus Bonitätsgründen spricht nichts gegen die Aufnahme einer Geschäftsbeziehung“.

Ein KSV-Rating habe keinen öffentlichen Beweiswert, belege jedoch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin. Es gehe auch deutlich hervor, dass das Unternehmen jederzeit pünktlich bezahlt habe und keinerlei Hinweise auf irgendein wirtschaftliches Risiko bestünden. Es sei zudem klar, dass in einer kapitalintensiven Branche zu Beginn der Geschäftsaufnahme die Investitionen überwiegen würden. Das entspreche auch dem vom bmvit als Eisenbahnbehörde und der SCK bekannten und genehmigten Geschäftsmodell der Antragstellerin. Im Übrigen sei die wirtschaftliche Zuverlässigkeit für ein Eisenbahnverkehrsunternehmen nach dem Eisenbahngesetz 1957 Zulassungsvoraussetzung und auch die Aufrechterhaltung derselben. Hätte daher das bmvit als Eisenbahnbehörde oder die Schienenkontrollkommission auch nur den geringsten Zweifel an der wirtschaftlichen Zuverlässigkeit der Antragstellerin, so müssten unverzüglich zumindest entsprechende Überprüfungsverfahren eingeleitet werden, was nachweislich nicht der Fall sei. Aus all dem gehe hervor, dass an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin kein Zweifel bestehen könne und diese sogar (als Zulassungsbesitzerin) behördlich nachgewiesen sei. Ergänzend werde ausgeführt, dass aufgrund der Eigentümerstruktur der Antragstellerin im Falle von notwendigen großen Investitionsprojekten Kapitalerhöhungen jederzeit möglich und gesichert seien. Das gesamte Vorbringen diene damit ausschließlich der negativen Stimmungsmache, da der mitbeteiligten Partei diese wirtschaftlichen Umstände bestens bekannt seien.



Es sei darauf hinzuweisen, dass aufgrund der einstweiligen Verfügung dieses Gerichtes ein Fortfahren mit dem Vergabeprozess unzulässig gewesen sei. Weiters könne eine nachträgliche Berichtigung niemals hier gegenständlich in Erscheinung getretenen „Aufträge“ reparieren.

Seitens der Verfahrensparteien wurden keine weiteren Beweisanträge gestellt.

Im Anschluss an die Verhandlung wurde das Erkenntnis mündlich verkündet.

### III. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung:

Aufgrund der Aktenlage und der in der öffentlichen mündlichen Verhandlung unmittelbar aufgenommenen Beweise wird folgender Sachverhalt als erwiesen festgestellt:

Die Antragsgegnerin V. GesmbH veröffentlichte am 12.12.2014 die mit Nachprüfungsanträgen vom 19.12.2014 (Zlen. VGW-123/061/34871/2014, VGW-123/061/34874/2014) bekämpfte Vorinformation iSd Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) im Amtsblatt der Europäischen Union. Die Antragsgegnerin beabsichtigt unter der Bezeichnung „Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen“ eine Direktvergabe betreffend einen Dienstleistungsauftrag gemäß Art. 5 Abs. 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO) an die O. AG. Leistungsbeginn soll der 13.12.2015 sein.

Am 09.12.2014 konnte die Vorinformation auf der Seite [www.e-beschaffung.at](http://www.e-beschaffung.at) abgerufen werden.

Die Vorinformation vom 12.12.2014 lautet auszugsweise:

**„Österreich-Wien: Öffentlicher Schienentransport/öffentliche Schienenbeförderung 2014/S 240-422259**

**Vorinformation**

**Dienstleistungen**

Richtlinie 2004/18/EG

**Abschnitt I: Öffentlicher Auftraggeber****I.1) Name, Adressen und Kontaktstelle(n)**

V. Gesellschaft mbH

E.-platz

Kontaktstelle(n): Stabsstelle Recht

.....

**I.2) Art des öffentlichen Auftraggebers**

Sonstige: Verkehrsverbund

**I.3) Haupttätigkeiten**

Sonstige: Verkehrswesen

**I.4) Auftragsvergabe im Auftrag andere öffentliche Auftraggeber**

Der öffentliche Auftraggeber beschafft im Auftrag andere öffentliche Auftraggeber: nein

**Abschnitt II. B: Auftragsgegenstand (Lieferungen oder Dienstleistungen)****II.1) Bezeichnung des Auftrags durch den öffentlichen Auftraggeber:**

Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen.

**II.2) Art des Auftrags und Ort der Lieferung bzw. Ausführung**

Dienstleistungskategorie Nummer 18: Eisenbahnverkehr  
Österreich.

NUTS-Code AT1, AT 13, AT11,AT12

**II.3) Angaben zur Rahmenvereinbarung**

Die Bekanntmachung betrifft den Abschluss einer Rahmenvereinbarung: nein

**II.4) Kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Wert der Waren bzw. Dienstleistungen:**

Auftragsgegenstand sind durch ein neues Fahrplankonzeptmodell der O. AG (integrierter Taktverkehr 2016) bedingte Mehrleistungen (Schienenverkehrsdienstleistungen) in Wien, Niederösterreich und Burgenland. Da die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes (§ 7 ÖPNRV-G), mit dessen Erfüllung die O. AG beauftragt ist, bildet, wird die Beauftragung der O. AG mit den gegenständlichen systembedingten Mehrleistungen im Wege der Direktvergabe nach Bekanntmachung bzw. Konkretisierung der Bestellung des Grundangebotes durch den Bund für das Fahrplanjahr 2016 erfolgen.

Diese Direktvergabe wird weites Schienenverkehrsdienstleistungen im nah- und Regionalverkehr umfassen, die durch Adaptierungen im Fernverkehrsangebot in Österreich im Zuge der Vollenbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind. Zusätzlich werden Mehrleistungen durch die Wiederaufnahme von Baustellen bedingt vorübergehend eingeschränkter Schienenverkehr zu erbringen sein. Schlussendlich wird es ab Dezember 2015 zu punktuellen Intervallverdichtungen und Verlängerungen von Zugriffen im Bereich der Wiener Schnellbahn Stammstrecke und deren Außenästen kommen.

Da es sich bei der beabsichtigten Auftragsvergabe um Leistungen handelt, die über das vom Bund zur Verfügung zu stellende Grundangebot hinausgehen, sind diese von den Ländern gemäß § 13 ÖPNRV-G zu bestellen und zu

finanzieren. Die Länder Wien, Niederösterreich und Burgenland haben diese Aufgabe der V. GmbH übertragen, die im eigenen Namen auftritt.

**Lose**

Aufteilung des Auftrags in Lose: nein

.....  
**II.6) Voraussichtlicher Beginn der Vergabeverfahren**

13.12.2015

.....  
**II.8) Zusätzliche Angaben:**

Hierbei handelt es sich um eine Ankündigung gemäß Art. 7 Abs. 2 der VO 1370/2007.

.....  
**VI.4) Tag der Absendung dieser Bekanntmachung:**

9.12.2014"

Mit Schreiben vom 17.12.2014 erging seitens der Antragstellerin eine sogenannte „Rüge wegen nicht ordnungsgemäßer Vorinformation gemäß Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und Antrag gemäß Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 an die Antragsgegnerin.

Darin „rügte“ die Antragstellerin im Wesentlichen, dass die Veröffentlichung vom 12. 12. 2014 nicht den Anforderungen des Art. 7 Abs. 2 Verordnung (EG) Nr. 1370 /2007 entspreche.

Weiters stellte sie gemäß Art. 7 Abs. 4 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 den Antrag, die Antragsgegnerin als zuständige Behörde im Sinne des Art. 2 lit. b Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 solle Ihrer Mandantin ihre Gründe für die Entscheidung über die Direktvergabe des öffentlichen Dienstleistungsauftrages übermitteln, einschließlich der Angabe des genauen Leistungsumfanges unter Darstellung der Strecken, Haltepunkte, Taktzahlen und Zugkilometer, der wesentlichen Elemente des geplanten Verkehrsdienstevertrags (Leistung und Vergütungsparameter) sowie die Gründe für die Entscheidung der Direktvergabe und der rechtlichen und ökonomischen Gründe für deren Auswahl.

Mit Schreiben vom 18.12.2014 nahm die Antragsgegnerin dazu Stellung und führte aus, die Bezug habende Veröffentlichung vom 12.12.2014 entspreche Art. 7 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

In Punkt 2. führte die Antragsgegnerin aus, zum Thema „Angabe der betroffenen Dienste und Gebiete Angebot“ dürfen wir in Konkretisierung der Angaben in der Vorankündigung wie folgt ausführen:

*„2.1 Gemäß § 7 ÖPNRV-G 1999 hat der Bund ein Grundangebot sicherzustellen (eine Darstellung der Leistungsbestellungen des Bundes ist auf <http://www.bmvit.gv.at/verkehr/nahverkehr/finanzierung/vdv/index.html> nachlesbar). Leistungen, die darüber hinausgehen, fallen gemäß § 13 ÖPNRV-G 1999 in die Zuständigkeit der Länder.*

*In der Vorankündigung wurde angeführt, dass es sich um Dienste in den Bundesländern Wien, Niederösterreich und dem Burgenland handelt. Betroffen sein können hier alle Strecken, auf denen von der O. AG bereits im Auftrag des Bundes gemeinwirtschaftliche Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen erbracht werden.*

*Eine Konkretisierung von Zuganzahl, Fahrzeugeinsatz oder von Taktintervall ist daher zum jetzigen Zeitpunkt noch nicht möglich, da das von Länderseite zum Fahrplanwechsel 2015/2016 zusätzlich zu bestellende Verkehrsangebot im Eisenbahnbereich erst dann konkretisiert werden kann, wenn der Bund seine Leistungsbestellung für das Fahrplanjahr 2016 zugscharf konkretisiert.*

*2.2 die konkreten Vorhaben lauten in der zum heutigen Zeitpunkt möglichen Exaktheit:*

**a.** *Ausgleich von Angebotslücken, die durch die bundesseitig beabsichtigte Schaffung von Taktverkehrssystemen entstehen:*

*Ob und wo Lücken entstehen, die es ja - um Verschlechterungen für die Fahrgäste zu vermeiden- zu schließen gilt, kann sich erst zeigen, wenn der Bund seine Leistungsbestellung in Entsprechung des § 7 ÖPNRV-G, Sicherstellung des Grundangebotes, für das Fahrplanjahr 2016 entsprechend konkretisiert. Aufgrund des dann feststehenden Bestandverkehrs kann der Auftraggeber die von den Ländern gemäß § 13 ÖPNRV-G zu erbringenden, über das Grundangebot des Bundes hinausgehenden Schienenverkehrsdienstleistungen beauftragen.*

*Betroffen sein können daher alle Schienenverkehrsstrecken in der Ostregion auf denen die O. AG gemeinwirtschaftliche Schienenverkehrsdienstleistungen im Sinne des § 7 ÖPNRV-G für den Bund erbringt.*

*Als Beispiel wird angeführt: Ein Taktverkehrssystem verschöbe sich auf einer Strecke um eine halbe Stunde. Diese Verschiebung würde einen früheren oder späteren Betriebsbeginn oder früheres oder späteres Betriebsende oder auch Lücken bei der Abwicklung des Schülerverkehrs nach sich ziehen. Hier würde der Fall eintreten, dass diese Lücken durch von den Ländern zu beauftragende Schienenverkehrsdienstleistungen zu schließen wären.*

**b.** *Verlängerung von Zugläufen im Bereich der Schnellbahn-Stammstrecke und deren Außenästen; eine Anschaffung neuen Rollmaterials ist nicht vorgesehen:*

*In Überlegung ist bspw die Verlängerung von in Wien Meidling endenden Schnellbahnzügen nach Liesing (ebenso Gegenrichtung) während der Hauptverkehrszeit. Nachdem auch hier die Bestandsleistungen als Grundangebot des Bundes nach § 7 ÖPNRV-G bis Wien Meidling erbracht werden, kann für die Verlängerung des Zuglaufes als über das Grundangebot hinausgehende Leistungen gemäß § 13 ÖPNRV-G im Auftrag der Länder nur das bereits vom Bund beauftragte Eisenbahnverkehrsunternehmen ausgewählt werden.*

.....

**c.** *Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Schienenverkehren:*

*Im Abschnitt Kledering-Wien Hauptbahnhof war die Führung von Zügen der inneren Aspangbahn baustellenbedingt nicht möglich. Ebenso konnten im Abschnitt Pöchlarn-Ybbs an der Donau-A. Regionalzüge aufgrund der Ausbauarbeiten zu vier Gleisen der Westbahnstrecke nicht geführt werden. Hier ist eine teilweise Wiederaufnahme von in der Vergangenheit bereits erbrachten Leistungen angedacht.*

Weiters handelt es sich um die Verlängerung von Zugläufen, die vom Bund bei der O. AG bestellt werden. Somit kommt auch hier nur eine Direktvergabe in Frage.

**d.** Die O. AG beabsichtigt, ihre eigenwirtschaftlich erbrachten Fernverkehrsleistungen zu verlagern. Um dadurch entstehende Lücken in der Bedienung der gemeinwirtschaftlich geführten Relation Wien Westbahnhof-Wien Hütteldorf-Tullnerfeld-Sp. zu schließen und diese Relationen an den Vollknoten zur Minute 00 in Sp. Hauptbahnhof anzubinden, sollen direkte REX -Leistungen der Relation Wien Westbahnhof-A. auf diese Relation umgelegt werden. Da auch hier nicht das Leistungsangebot in vollem Ausmaß von den Ländern bestellt und finanziert wird, hat der Auftraggeber auch in diesem Fall unter Berücksichtigung der Leistungsbestellung für das Fahrplanjahr 2016, aufgrund der produktionstechnischen und kommerziellen Einheit von Landesleistungen und Bundesleistungen und da die Landesleistungen nicht eigenständig erbracht werden können, nur die Möglichkeit einer Direktvergabe."

In der daraufhin am 19.12.2014 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Beschwerde stellte die Antragstellerin zwei Nachprüfungsanträge (Zlen. VGW-123/061/34871/2014, VGW-123/061/34874/2014) sowie einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung (Zlen. VGW-123/V/061/34872/2014, VGW-123/V/061/34875/2014).

Mit Beschluss vom 30.12.2014 (Zlen. VGW-123/V/061/34872/2014-1, VGW-123/V/061/34875/2014) gab das Verwaltungsgericht Wien dem Antrag der Antragstellerin vom 19.12.2014 teilweise statt und erließ folgende einstweilige Verfügung:

*„1. Der Antragsgegnerin V. GesmbH, Wien, E.-platz, wird im Vergabeverfahren „Direktvergabe-Verkehrsdienstevertrag, Erbringung von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen“ für die Dauer des Nachprüfungsverfahrens die Fortsetzung des Vergabeverfahrens untersagt.*

*2. Der Antrag der W. GmbH, das Verwaltungsgericht Wien möge der Antragsgegnerin aufgeben, bei erneuter Eröffnung des Vergabeverfahrens die*

Vorgaben der Verordnung (EG) 1370/2007 und des EU-Primärrechts zu berücksichtigen, ein wettbewerbliches Vergabeverfahren durchzuführen und dabei insbesondere

- a. die zu vergebenden Leistungen bereits in der Veröffentlichung im Sinne des Art 7 Abs. 2 PSO hinreichend genau beschrieben unter Angabe der betroffenen Strecken, von Frequenz, Haltepunkten, Vertragsdauer und Entgeltkriterien,
- b. eine Interessenbekundung zuzulassen und die eingehenden Interessenbekundungen und Angebote diskriminierungsfrei zu prüfen,
- c. eine Auswahl der Verhandlungspartner unter fairen, diskriminierungsfreien Bedingungen zu treffen und
- d. die Verhandlungen sowie die Auswahlentscheidungen diskriminierungsfrei und transparent durchzuführen, wird abgewiesen.

*Diese Verfügung ist sofort vollstreckbar (§ 31 Abs. 8 WVRG 2014)."*

Klargestellt wurde, dass Antragsgegnerin im Nachprüfungsverfahren allein die V. GesmbH ist.

Am 21.1.2015 veröffentlichte die Antragsgegnerin die sog. „Berichtigung der Vorinformation vom 12.12.2014“, im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union.

Der Inhalt der Berichtigung lautet auszugsweise:

**„II.4) Kurze Beschreibung der Art und Menge oder des Wertes der Dienstleistungen:**— Auftragsgegenstand— sind— durch— ein— neues Fahrplankontaktmodell der O. AG (integrierter Taktverkehr 2016) bedingte Mehrleistungen (Schienenverkehrsdienstleistungen) in Wien, Niederösterreich und Burgenland. Da die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes (§ 7 ÖPNRV-G), mit dessen Erfüllung die O. AG beauftragt ist, bildet, wird die Beauftragung der O. AG mit den gegenständlichen systembedingten Mehrleistungen im Wege der Direktvergabe nach Bekanntmachung bzw. Konkretisierung der Bestellung des Grundangebotes durch den Bund für das Fahrplanjahr 2016 erfolgen.

Diese Direktvergabe wird weites Schienenverkehrsdienstleistungen im nah und Regionalverkehr umfassen, die durch Adaptierungen im Fernverkehrsangebot in Ostösterreich im Zuge der Vollenbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind. Zusätzlich werden Mehrleistungen durch die Wiederaufnahme von Baustellen bedingt vorübergehend

~~eingeschränkten Schienenverkehr zu erbringen sein. Schlussendlich wird es ab Dezember 2015 zu punktuellen Intervallverdichtungen und Verlängerungen von Zugriffen im Bereich der Wiener Schnellbahn Stammstrecke und deren Außenästen kommen.~~

~~Da es sich bei der beabsichtigten Auftragsvergabe um Leistungen handelt, die über das vom Bund zur Verfügung zu stellende Grundangebot hinausgehen, sind diese von den Ländern gemäß § 13 ÖPNRV-G zu bestellen und zu finanzieren. Die Länder Wien, Niederösterreich und Burgenland haben diese Aufgabe der V. GmbH übertragen, die im eigenen Namen auftritt.~~

Auftragsgegenstand sind durch ein neues Fahrplankonzeptmodell der O. AG (Integrierter Taktverkehr 2016) bedingte Mehrleistungen (Schienenverkehrsdienstleistungen) in Wien, Niederösterreich und Burgenland. Da die zu vergebenden Verkehrsdienstleistungen eine kommerzielle und produktionstechnische Einheit mit dem Grundangebot des Bundes ( § 7 ÖPNRV-G), mit dessen Erfüllung die O. AG beauftragt ist, bildet, wird die Beauftragung der O. AG mit den gegenständlichen systembedingten Mehrleistungen im Wege der Direktvergabe nach Bekanntmachung bzw Konkretisierung der Bestellung des Grundangebotes durch den Bund für das Fahrplanjahr 2016 erfolgen. Diese Direktvergabe wird weiters Schienenverkehrsdienstleistungen im Nah- und Regionalverkehr umfassen, die durch Adaptierungen im Fernverkehrsangebot in Ostösterreich im Zuge der Vollinbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind. Zusätzlich werden Mehrleistungen durch die Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Schienenverkehren zu erbringen sein. Schlussendlich wird es ab Dezember 2015 zu punktuellen Intervallverdichtungen und Verlängerungen von Zugläufen im Bereich der Wiener Schnellbahn-Stammstrecke und deren Außenäste bekommen.

Da es sich bei der beabsichtigten Auftragsvergabe um Leistungen handelt, die über das vom Bund zur Verfügung zu stellende Grundangebot hinausgehen, sind diese von den Ländern gemäß § 13 ÖPNRV-G zu bestellen und zu finanzieren. Die Länder Wien, Niederösterreich und Burgenland haben diese Aufgabe des Verkehrsbund Ost-Region (V.) GmbH übertragen, die im eigenen Namen auftritt.

Aktualisierung der möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete siehe II.8.

Hierbei handelt es sich um eine Berichtigung gem Art 7 Abs 2 drittletzter Satz der VO 1370/2007.

Veranschlagte Kosten ohne MwSt:

Spanne von:

bis:

Lose

Aufteilung des Auftrags in Lose: Nein

.....

### **II.8) Zusätzliche Angaben:**

Nachstehende Strecken bzw Leistungen werden (als zusätzl Leistungen iSd § 13 ÖPNRVG) von der Direktvergabe möglicherweise betroffen sein: KBS 100 Wien-Tullnerfeld-Sp.-A.-St. Valentin: O. AG beabsichtigt, die (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge auf der Westachse von Wien Westbf nach Wien Hbf zu verlagern. Die dadurch entstehenden Lücken (in der Relation Wien Westbf-Wien Hütteldorf-Tullnerfeld-Sp.) sollen geschlossen und die Relation (samt Zwischenhalte) an den Vollknoten (zur Minute 00) in Sp. angebunden werden (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca 400.000 Zug-km/a. Wiederaufnahme des baustellenbedingt eingeschränkten Angebots im Abschnitt



Pöchlarn-Ybbs durch Verlängerung der in Pöchlarn beginnenden/endenden R-Züge ab/bis Ybbs (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca. 40.000 Zug-km/a)

KBS 110 Wien-Sp.: Vereinheitlichung des Haltemusters von REX und R-Zügen, dadurch halbstündlich versetzte Abfahrt in Wien Westbahnhof und Anbindung an den Knoten zur Min 00 und an den Knoten zur Min 30 in Sp.; Brechung des Verkehrs in Sp.. Neustrukturierung des S-Bahn-Angebots durch Verlängerung ovn Zugläufen bis Neulengbach (Fahrplanänderung)

KBS 112 Sp.-Tulln: Verlängerung von derzeit in Tulln Stadt beginnenden/endenden S40 ab/bis Tullnerfeld. Neue S 47 Stockerau-Absdorf-Hippersdorf-Tullnerfeld (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen ca 120.000 Zug-km/a)

KBS 113 Sp.-Hainfeld/Schrambach: Anbindung des Taktverkehrssystems in Sp. an den Knoten zur Min 00. Anbindung der Verstärkerleistungen zur HVZ in Sp. an den Knoten zur Min 30. Vereinheitlichung der Taktlagen

KBS 118 Sp.-Krems: Anbindung des Taktverkehrssystems in Sp. an den Knoten zur Min 00. Anbindung der verstärkerleistungen zur HVZ in Sp. an den Knoten zur Min 30. Durchbindung der Verstärkerzüge aus dem Kamptal. Zweistündliche Durchbindung von Zügen des Kamptals bis/ab Sp., dort Anbindung an den Knoten zur Min 00. Vereinheitlichung der Taktlagen

KBS 120 Pöchlarn-Scheibbs: Fahrplantechnische Neustrukturierung. Anbindung an den REX-Knoten zur Min 30 in Pöchlarn

KBS 130 A.-Kleinreifling: Zusätzl Früh- und Abendverbindung bei Ausweitung der Streckenöffnungszeiten durch die ÖBB-Infra AG (die bisher als Schienenersatzverkehr geführt werden) wenn kostenneutrale Umsetzung möglich

KBS 500 Wien-Semmering: Neustrukturierung des Frühverkehrs Richtung Wien ohne Mehrleistungen. Verlängerung von derzeit in Wien Meidling endenden, aus der Stammstrecke kommenden Zügen bis/ab Wien Liesing während der HVZ (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen ca 50.000 Zug-km/a)

KBS 511 Wien-Wr. Neustadt: Neue Taktlage der S-Bahn mit Knotenanbindung in Wr. Neustadt. Entfall der Schülerverstärker Wr. Neustadt-Ebreichsdorf

KBS 520 Wr. Neustadt-Friedberg: Verschiebung der zeitlichen Lage einzelner REX-Verbindungen zur besseren Anbindung dieser Züge an den Fernverkehrsknoten in WR: Neustadt: Neustrukturierung des Frühverkehrs Richtung Wr. Neustadt ohne Mehrleistungen

KBS 524 Wr. Neustadt-Deutschkreutz: Zeitliche Anpassung der direkten REX Deutschkreutz-Wien in der morgendlichen HVZ ohne Mehrleistungen. Neustrukturierung des Angebots der R-Züge mit besserer Anbindung an den Knoten Wr. Neustadt zur Min 30 ohne Mehrleistungen. Neustrukturierung des Frühverkehrs Richtung Wr. Neustadt ohne Mehrleistungen

KBS 700 Wien-Staatsgrenze nächst Kittsee/Staatsgrenze nächst Nickelsdorf/Neusiedl am See: Schiebung des gesamten Taktgefüges (durch Fernverkehr bedingt). Eventuell Ausweitung der Sitzplatzkapazität bei einzelnen Zügen während der HVZ

KBS 720 Wien-Wr. Neustadt: Wiederaufnahme des baustellenbedingt eingeschränkten Angebots durch Verlängerung der in Wien Grillgasse bzw Kledering beginnenden/endenden R-Züge ab/bis Wien Hbf (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca 10.000 km/a)

KBS 730 Neusiedl am See-Wulkaprodersdorf: Schiebung des gesamten Taktgefüges. 1-2 zusätzl Zugpaare für den Schülerverkehr erforderlich Öffnung von Leerpersonenzügen für den allgemeinen Verkehr. voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen ca 30.000 km/a

KBS 800 Wien FJB-Gmünd: Neustrukturierung des Angebots durch bessere Vertaktung

KBS 810 Wien FJB-Krems: Neustrukturierung des Angebots durch bessere Vertaktung. Schiebung des gesamten Taktgefüges

KBS 820 Krems-Sigmundsherberg: Schiebung des gesamten Taktgefüges. Zweistündliche Durchbindung von Zügen der Kamptalbahn bis/ab Sp., dort Anbindung an den Knoten zur Min 00. Durchbindung der HVZ-Verstärker aus dem Kamptal bis/ab Sp., dort Anbindung an den Knoten zur Min 30.

KBS 900 Stammstrecke und Nebengäste: Verlängerung von derzeit in Wien Meidling endenden, aus der Stammstrecke kommenden Zügen bis/ab Wien Liesing während der HVZ als Zusatzbestellung (voraussichtl Leistungsvolumen der zusätzl Leistungen: ca 50.000 Zug-km/a, siehe KBS 500)

KBS 901 Wien-Staatsgrenze nächst Bernhardsthal: Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der O. AG

KBS 902 Wien-Laa/Th.: Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der O. AG

KBS 903 Wien-Staatsgrenze nächst Unterretzbach: Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der O. AG. Angebotsverdichtung im Abschnitt Floridsdorf – Brünnerstraße durch Ziehung einer bereits im geltenden VDV Wien enthaltenen Option. Verlängerung einzelner bisher in Stockerauendender Züge am späten Abend nach Hollabrunn bzw Retz

KBS 912 Obersdorf-Gr.Schweinbarth-Gänserndorf-Marchegg: Angebotsgestaltung (zeitliche Lage) abhängig von der zeitlichen Lage der (eigenwirtschaftlichen) Fernverkehrszüge der Nordbahn der O. AG"

Unbestritten enthält die Anlage 3a O. AG (Leistungsverzeichnis SPNV) des zwischen der SCHIGmbH und der O.-AG 2011 (bis 2019) abgeschlossenen Verkehrsdienstevertrages jährlich anzupassende Bestellungen an gemeinwirtschaftlichen Leistungen des Bundes und lautet auszugsweise:

**„Anlage 3a:Leistungsverzeichnis SPNV**

Los/Losname/Zug/Abgangsbahnhof(Kürzel)/Abgangsbahnhof/Abfahrtszeit/Ankunftszeit/Zielbahnhof(Kürzel)/  
Zielbahnhof/Leistungserbringer/Streckennummer/Laufweg(km)/Fahrzeit(Min)/Reisezeit(Min.)/Anzahl Verkehrstage im Zeitraum(Züge/a)/Betriebsleistung (Zugkm/a)

Ost3/ Schnellbahn Wien III/ VDV 1 20114/ Hf /Wien Hütteldorf/9.06.0/9.16,5/Up/UnterPurkersdorf/ÖBB-Ost/ 8.112.301/5.99/8,5/11,50/364/2.181,50

....

Ost4/W./VDV 1 1649/Pb/Sp. Hbf (in Pb)/23.05,0/0,01,0/Ws/Wien Westbf (in Ws)/ÖBB-Ost/8.110.101/61/49,5/56,00/364/22.044,90"

## **GESCHWÄRZT**

Die erste Garnitur ist sofort, die weiteren drei Garnituren sind ab April 2015 verfügbar.

Der widerspruchsfreien, glaubwürdigen und lebensnahen Aussage des Geschäftsführers der Antragstellerin, Herrn Dr. F., in der öffentlichen mündlichen Verhandlung vom 18.2.2015 zufolge, lag die Möglichkeit, sehr rasch zu diesem Angebot zu kommen, darin begründet, dass dieses Rollmaterial [REDACTED] [REDACTED] in Verwendung stand, nunmehr aber nicht mehr benötigt wird. [REDACTED], ist aber von der Antragstellerin überboten worden. Dieses Rollmaterial verfügt bereits über eine Streckenzulassung [REDACTED] und Österreich.

Die Fahrzeuge verfügen über zwei Spannungssysteme, darunter auch das in Österreich und Deutschland gebräuchliche Wechselstromsystem.

Die Züge wurden [REDACTED] [REDACTED] Am 9.2.2015 erfolgte eine weitere Besichtigung hinsichtlich der Fahrtüchtigkeit und des technischen Zustandes, es wurde auch eine Probefahrt durchgeführt. Am 10.2.2015 fand eine Detailuntersuchung des technischen Zustandes statt. [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

Derzeit verfügt die Antragstellerin über sieben Garnituren und bedient damit auf der Westbahnstrecke pro Jahr 3,5 Mio. Zug-km. Mit den angebotenen vier Garnituren lässt sich ein Zug-km-Volumen von 1,8 Mio. Zug-km/Jahr bedienen.

Unbestritten steht fest, dass der Bezug habenden Direktvergabe Leistungen des V. zugrunde liegen, die als Zusatzleistungen iSd § 13 ÖPNRV- G zum Grundangebot des Bundes gemäß § 9 ÖPNRV-G zu erbringen sind.

Hinsichtlich der Veröffentlichung der Vorinformation vom 12.12.2014 und deren Umsetzung seitens des V. ist aufgrund der Parteieneinvernahme dessen

Geschäftsführer, Herrn Mag. Sch. und der Zeugeneinvernahme des Herrn Mag. Ra. in Verbindung mit den vorgelegten Unterlagen, insbesondere der Stellungnahme des Magistrats der Stadt Wien, Magistratsabteilung 5, vom 4.12.2014, dem Schreiben des V. vom 18.12.2014, der Anlage 9a zum sog. „Verkehrsdienstevertrag Bund“ zwischen SCHIG und der O. AG, Folgendes als erwiesen anzusehen:

Laut der glaubwürdigen, lebensnahen und widerspruchsfreien Aussage des Herrn Mag. Sch. in Übereinstimmung mit der Aussage des Herrn Mag. Ra. steht fest, dass das der Direktvergabe zugrunde liegende „Projekt“ seitens der Planungsabteilung des V. jedenfalls bereits Monate vor Absendung der Vorinformation am 9.12.2014 an das Amtsblatt der Europäischen Union in die Wege geleitet worden ist. Bekannt war zu diesem Zeitpunkt jedenfalls, dass der V. spätestens ab 13.12.2015 Leistungen iSd § 13 ÖPNRV-G (Mehrleistungen) zum Grundangebot des Bundes zu erbringen haben wird. Ab Oktober 2014 gab es regelmäßige Gespräche zwischen Vertretern des Bundes und des V., so Herrn Mag. Sch. und Herrn Mag. Ra., unter Beziehung der Ländervertreter fand ein Treffen im Bundesministerium statt. Inhalt dieser Gespräche stellten nicht ausschließlich, aber auch die Bezug habenden Mehrleistungen dar. Seitens des Bundes wurden diese Gespräche insbesondere von Herrn Pu. als Vertreter der SCHIG und Frau So. als Vertreterin des Ministeriums geführt.

Gesicherter Wissenstand des V. zum Zeitpunkt der Absendung am 9.12.2014 war, dass die Leistungen die sog. „Westbahnstrecke“ hinsichtlich der Inbetriebnahme des Hauptbahnhofes, hinsichtlich des Stammstreckennetzes („Schnellbahnstrecke zwischen Floridsdorf und Meidling“) und Leistungen auf der Westbahnstrecke westlich von Pöchlarn („Wiederaufnahme von baustellenbedingt vorübergehend eingeschränkten Schienenverkehren“) betreffen werden (soweit die glaubwürdige Aussage des Herrn Mag. Sch. in Übereinstimmung mit dem Inhalt der Vorinformation vom 12.12.2014).

Die zeitlichen und inhaltlichen Vorgaben an die Planungsabteilung des V. (konkrete, umzusetzende Planungsschritte) erfolgten seitens der Geschäftsführung, in der Verantwortung des Herrn Mag. Ra. lag unter anderem die Gestaltung der Beschreibung der Mehrleistungen in Punkt II. 4.) der

Vorinformation. Diese wurde mit einem der Gesellschafter des V., nämlich dem Land Wien, vertreten durch den Magistrat der Stadt Wien, Magistratsabteilung 5, abgestimmt. Die Planungsabteilung war unter anderem auch mit der Erstellung eines „Fahrplangrundmodells“ für 2016 befasst. Anhand dieses Modells war es möglich, die vom V. zu erbringende Kilometeranzahl wesentlich festzustellen, indem man die von der Bundesbestellung bereits abgedeckte Kilometeranzahl in Abzug bringen („Nettorechnung“) und einen ungefähren Wert der seitens des V. zu erbringenden Zugkilometerleistung errechnen konnte. Entwürfe eines sog. Fahrplangrundmodells wurden Herrn Mag. Ra. bereits vor Absenden der Berichtigung vorgelegt, dieser stufte diese Entwürfe zum damaligen Zeitpunkt als noch nicht ausgereift genug ein.

Anhand des Fahrplangrundmodells wurde unter anderem das Volumen der zu bestellenden Züge geschätzt. Nach den Weihnachtsfeiertagen 2014 legte die Planungsabteilung Herrn Mag. Ra. ein aus seiner Sicht „belastbares“ Fahrplangrundmodell 2016 vor, welches als Grundlage des Inhaltes der Berichtigung vom 21.1.2015 diente, der konkrete Inhalt der Berichtigung wurde vom V. mit ihrem rechtsfreundlichen Vertreter festgelegt. Die Berichtigung der Vorinformation wurde mit 21.1.2015 veröffentlicht. Der voraussichtliche Leistungsbeginn wurde – entsprechend der Vorinformation vom 12.12.2014 – wiederum mit 13.12.2015 festgelegt.

Unbestritten lagen zwischen dem Absenden der Vorinformation mit 9.12.2014 und der Veröffentlichung der Berichtigung lediglich wenige Wochen, diese beinhalteten auch die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage. Der allgemeinen Lebenserfahrung zufolge werden in dieser Zeit des Jahres, bedingt auch durch die damit verbundenen dienstlichen Abwesenheiten in der Regel nur absolut unaufschiebbare Arbeiten vorgenommen. Insofern ist es unwahrscheinlich, dass der Detailliertheitsgrad der Berichtigung vom 21.1.2015 ausgerechnet über die Weihnachts- und Neujahrsfeiertage 2014/2015 und nicht schon wenige Wochen vorher erreicht werden hätte können. In Zusammenhalt mit der Schilderung des Ablaufes des Planungsprozesses durch den Zeugen, ist davon auszugehen, dass der im Vergleich zu Vorinformation sehr detaillierte Inhalt der Berichtigung in Punkt II.4) dem V. bereits ein Jahr vor dem voraussichtlichen Vertragsbeginn bekannt sein und veröffentlicht werden hätte können. Auch der Einwand des

Geschäftsführers der Antragstellerin, es sei unwahrscheinlich, dass man im Dezember 2014 im Hinblick auf die Vollinbetriebnahme des Hauptbahnhofes im Dezember 2015 noch nicht gewusst habe, welche Strecken betroffen sein würden, ist nicht von der Hand zu weisen und entspricht auch dem allgemeinen Informationsstand.

Wiewohl der V. aufgrund der rechtlich bestehenden Doppelgleisigkeiten betreffend Bundes- und Länderkompetenzen tatsächlich ein „umfangreiches und komplexes, langwieriges“ Projekt umzusetzen hatte, ist weder der Aussage des Herrn Mag. Sch., noch der Aussage des Herrn Mag. Ra. oder der Aktenlage zu entnehmen, dass eine frühere Umsetzung nicht durch entsprechende Vorgaben seitens der Geschäftsführung möglich gewesen wäre. Dass dies nicht erfolgt ist, ist den Einvernahmen zufolge weniger darauf zurückzuführen, dass sich der V. nicht grundsätzlich der Verpflichtung zur Information – abstrakt - bewusst war. Allerdings gingen die Geschäftsführung und auch die mit dem Projekt betrauten Mitarbeiter zum Zeitpunkt der Absendung der Vorinformation unter anderem in Verkennung der Vorgaben des Art. 7 Abs. 2 PSO-VO offensichtlich davon aus, mangels Vorliegens abschließender, gesicherter Informationen („zugscharf“ definierter Leistungen) könne auch nicht mehr veröffentlicht werden. Sowohl Herr Mag. Sch. als auch Herr Mag. Ra. haben bei ihren Einvernahmen, die sich mit dem Vorbringen in den Stellungnahmen decken, durchaus glaubwürdig ausgesagt, es seien ihnen keine weiteren gesicherten, abschließenden, konkreten Informationen vorgelegen, die Bundesleistungen seien noch nicht „zugscharf“ definiert. Daher hätten diese von der Auftraggeberin nicht in Abzug gebracht werden können und seien solchermaßen die von ihr selbst zu erbringenden Mehrleistungen nicht „zugscharf“ definierbar gewesen.

Daraus ergibt sich, dass der V. jedenfalls vor dem 9.12.2014 keine gebotene (näher unter IV. 2. Rechtliche Ausführungen) detaillierte „Prognoseschätzung“ der Mehrleistungen iSd Art. 7 Abs. 2 PSO-VO der von der Direktvergabe „möglicherweise“ betroffenen Dienste und Gebiete anhand der ihm vorliegenden Informationen, der Anlage 9a des VDV und seiner Erfahrungswerte vorgenommen hat. Dass die Erstellung des Fahrplanmodells 2016 für den V. unabhängig vom Bund erfolgt und sohin bei entsprechender Vorgabe früher möglich gewesen wäre, steht aufgrund der Aussage des Herrn Mag. Ra. fest,

ebenso hat der V. das Leistungsvolumen ohne „zugscharfe“ Konkretisierung der Bundesleistungen abschätzen können. Darüber hinaus ergibt sich auch aus den Punkten b., c. und d., des Schreibens des V. vom 18.12.2014 an die Antragstellerin, dass jedenfalls im Vergleich zur Vorinformation weitergehende Informationen vorgelegen sind. So wird zB in Punkt b. auf eine Verlängerung von in Wien Meidling endenden Schnellbahnzügen nach Liesing (auch Gegenrichtung) während der Hauptverkehrszeit Bezug genommen, die sich in der Vorinformation nicht wiederfindet. Dass diesen Einschätzungen faktisch noch kein gesicherter Wissenstand zugrunde gelegen sein mag, ändert an der Verpflichtung zur Veröffentlichung nichts (näher unter IV. 2. Rechtliche Ausführungen). Insgesamt gesehen ist davon auszugehen, dass der V. bereits vor Absenden der Vorinformation am 9.12.2014 einen Art. 7 Abs. 2 PSO-VO entsprechenden Informationsstand erreichen hätte können.

#### IV. Das Verwaltungsgericht Wien hat erwogen:

##### 1. Maßgebliche Rechtsvorschriften

Gemäß § 1 Abs. 2 Z 4 WVRG 2014 regelt dieses Landesgesetz die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung im Rahmen der Vergabe von Aufträgen (einschließlich der Vergabe von Baukonzessionen und der Durchführung von Wettbewerben, nicht jedoch der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen) durch folgende Auftraggeberinnen und Auftraggeber (öffentliche Auftraggeberinnen, öffentliche Auftraggeber und öffentliche Unternehmen im Sinne der §§ 3 Abs. 1, 164 und 165 des Bundesvergabegesetzes 2006 – BVergG 2006 und Auftraggeberinnen oder Auftraggeber im Sinne des § 4 Z 1 bis 4 des Bundesvergabegesetzes Verteidigung und Sicherheit 2012 – BVergGVS 2012):

Die Schlichtung von Meinungsverschiedenheiten und die Nachprüfung jedenfalls die Vergabe von Aufträgen durch Unternehmungen im Sinne des Art. 127 Abs. 3 B-VG und des Art. 127a Abs. 3 B-VG;

Gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 BVergG 2006 gilt dieses Bundesgesetz mit Ausnahme seines 3. Teiles für die Vergabeverfahren von öffentlichen Auftraggebern (im Folgenden: Auftraggeber), das sind Einrichtungen, die

a) zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben zu erfüllen, die nicht gewerblicher Art sind, und

b) zumindest teilrechtsfähig sind und

c) überwiegend von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 finanziert werden oder die hinsichtlich ihrer Leitung der Aufsicht durch letztere unterliegen oder deren Verwaltungs-, Leitungs- oder Aufsichtsorgan mehrheitlich aus Mitgliedern besteht, die von Auftraggebern gemäß Z 1 oder anderen Einrichtungen im Sinne der Z 2 ernannt worden sind;

Gemäß § 11 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien auf Antrag oder, wenn es dies für erforderlich hält, von Amts wegen eine öffentliche mündliche Verhandlung durchzuführen.

Gemäß § 13 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien, sofern der Antrag nicht zurückzuweisen oder das Verfahren einzustellen ist, die Rechtssache mit Erkenntnis zu erledigen. Gemäß Abs. 2 sind die Erkenntnisse im Namen der Republik zu verkünden und auszufertigen. Sie sind zu begründen.

Gemäß § 20 Abs. 1 erster Satz WVRG 2014 kann eine Unternehmerin oder ein Unternehmer, die oder der ein Interesse am Abschluss eines dem BVergG 2006 unterliegenden Vertrages behauptet, die Nichtigkeitserklärung gesondert anfechtbarer Entscheidungen (§ 2 Z 16 lit a BVergG 2006) der Auftraggeberin oder des Auftraggebers im Verfahren zur Vergabe von Aufträgen wegen Rechtswidrigkeit beantragen, sofern ihr oder ihm durch eine behauptete Rechtswidrigkeit ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Gemäß § 21 Abs. 1 WVRG 2014 ist der Antrag, wird in irgendeiner Lage des Verfahrens offenbar, dass die Antragstellerin oder der Antragsteller klaglos gestellt wurde, wenn er nicht zurückgezogen wird oder als zurückgezogen gilt, nach Anhörung der Antragstellerin oder des Antragstellers in nichtöffentlicher Sitzung mit Beschluss als gegenstandslos zu erklären und das Verfahren einzustellen.



Gemäß § 22 Abs. 1 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht Wien jedenfalls die Antragstellerin oder der Antragsteller und die Auftraggeberin oder der Auftraggeber.

Gemäß § 22 Abs. 2 WVRG 2014 sind Parteien des Nichtigerklärungsverfahrens ferner jene Unternehmerinnen oder Unternehmer, die durch die von der Antragstellerin oder vom Antragsteller begehrte Entscheidung unmittelbar in ihren rechtlich geschützten Interessen nachteilig betroffen sein können (mitbeteiligte Parteien); insbesondere ist im Falle der Bekämpfung der Zuschlagsentscheidung die für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieterin oder der für den Zuschlag in Aussicht genommene Bieter Partei des Nichtigerklärungsverfahrens.

Gemäß § 26 Abs. 1 WVRG 2014 hat das Verwaltungsgericht Wien eine im Zuge eines Vergabeverfahrens ergangene gesondert anfechtbare Entscheidung einer Auftraggeberin oder eines Auftraggebers als nichtig zu erklären, wenn

1. die Entscheidung oder eine ihr vorangegangene nicht gesondert anfechtbare Entscheidung die Antragstellerin oder den Antragsteller in dem geltend gemachten Recht verletzt und
2. für den Ausgang des Vergabeverfahrens von wesentlichem Einfluss ist.

Gemäß § 24 Abs. 1 WVRG 2014 sind Anträge auf Nichtigerklärung einer gesondert anfechtbaren Entscheidung bei einer Übermittlung der Entscheidung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax sowie bei einer Bekanntmachung der Entscheidung binnen zehn Tagen einzubringen, bei einer Übermittlung auf brieflichem Weg binnen 15 Tagen. Die Frist beginnt mit der Absendung der Entscheidung bzw. mit der erstmaligen Verfügbarkeit der Bekanntmachung.

Gemäß § 24 Abs. 3 WVRG 2014 beträgt die Frist bei der Durchführung einer Direktvergabe oder einer Direktvergabe mit vorheriger Bekanntmachung sieben Tage ab dem Zeitpunkt, in dem die Antragstellerin oder der Antragsteller von der gesondert anfechtbaren Entscheidung Kenntnis erlangt hat oder erlangen hätte können.

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. 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 Unternehmern 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.

Gemäß § 1 ÖPNRV-G (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999) legt dieses Bundesgesetz die organisatorischen und finanziellen Grundlagen für den Betrieb des öffentlichen Personennah- und Regionalverkehrs (Verkehr im ländlichen Raum) unter Beachtung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 des Rates vom 26. Juni 1969 in der Fassung der Verordnung (EWG) Nr. 1893/91 des Rates vom 20. Juni 1991 sowie die Struktur und den Aufgabenbereich von Verkehrsverbänden fest.

Gemäß § 7 ÖPNRV-G (Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999) ist es Aufgabe des Bundes gemäß diesem Bundesgesetz die Sicherstellung eines Grundangebotes im öffentlichen Schienenpersonennah- und Regionalverkehr im Umfang der im Fahrplanjahr 1999/2000 bestellten oder erbrachten Leistungen. Ausgenommen davon ist die Sicherstellung der für die Aufrechterhaltung des Grundangebotes durch Ländermittel erbrachten Leistungen im Umfang der vor Inkrafttreten dieses Bundesgesetzes abgeschlossenen Verkehrsdienstverträge sowie die Sicherstellung eines Grundangebotes im Nahverkehr hinsichtlich derjenigen Verkehrsunternehmen, die vom Anwendungsbereich der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 in der Fassung Nr. 1893/91 ausgenommen sind.

Gemäß § 13 ÖPNRV-G fällt der Abschluss von Verträgen über Verkehrsdienstleistungen im Personenregionalverkehr, die über das Angebot gemäß § 7 hinausgehen oder Angebotsverbesserungen im Kraftfahrlinienverkehr darstellen, unter Bedachtnahme auf die Bestimmungen des § 26 Abs. 3 in den Aufgabenbereich der Länder und Gemeinden, wobei die budgetäre Bedeckung zu berücksichtigen ist.

Gemäß § 17 Abs. 1 ÖPNRV-G ist zur organisatorischen Umsetzung der im Zusammenhang mit Verkehrsverbänden wahrzunehmenden Aufgaben der Gebietskörperschaften und zur Umsetzung der von den Verkehrsunternehmen im Rahmen ihrer Kooperation nicht oder nur unzureichend wahrnehmbaren oder

wahrgenommenen Aufgaben für jeden Verkehrsverbundraum eine Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft einzurichten.

Gemäß § 18 Abs. 1 ÖPNRV-G kommen als Aufgaben der Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft insbesondere in Betracht:

1. Rahmenvorgaben für die Festsetzung, Entwicklung oder Weiterentwicklung sowie die Umsetzung des Verbundregelbeförderungspreises.

2. Koordination der Bestellung (Auferlegung) von Verkehrsdiensten.

3. Kontrolle der Erfüllung der Qualitätskriterien gemäß § 31 sowie der Einhaltung der Bestimmungen von Verkehrsdienstverträgen.

4. Ausübung verbundspezifischer Marketing- und Vertriebstätigkeiten.

5. Verbundspezifische Kundeninformation.

6. Schlichtungs- und Clearingstelle für die Abrechnung und Zuschreibung der Erlöse einschließlich Schüler- und Lehrlingsfreifahrt. Gegebenenfalls im Auftrag der Verkehrsunternehmen Abrechnung unternehmensübergreifender Verbundtarife und sonstiger Erlöse.

7. Vorschlag an die Gebietskörperschaften für Nah- und Regionalverkehrsplanung gemäß § 11.

8. Über Auftrag von Gebietskörperschaften oder Dritten Einzelplanungen für den Abschluss von Verkehrsdienstverträgen (Bestellungen) einschließlich Kosten- und Erlösschätzung.

9. Abwicklung von Verkehrsdienstverträgen, Bestellung von Verkehrsdienstleistungen im Kraftfahrlinienverkehr sowie Ausschreibungsverfahren im Auftrag von Gebietskörperschaften oder von Dritten.

10. Anhörung bei Konzessionsvergaben gemäß § 5 Abs. 1 Z 9 des Kraftfahrlineiengesetzes und des Eisenbahngesetzes 1957, BGBl. Nr. 60, soweit es sich um streckenbezogene Konzessionen handelt.

11. Maßnahmen im Zusammenhang mit Parallelverkehren gemäß den Bestimmungen des Abschnittes III.

Gemäß § 18 Abs. 2 ÖPNRV-G haben Planungen im Sinne des Abs. 1 Z 7 und 8 im Zusammenwirken mit den in Betracht kommenden Verkehrsunternehmen, sofern sie nicht durch diese selbst durchgeführt werden, zu erfolgen und auf verkehrspolitische Grundsätze Bedacht zu nehmen.

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. 3 PSO-VO macht die zuständige Behörde bei der Direktvergabe von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen im Eisenbahnverkehr nach Artikel 5 Absatz 6 innerhalb eines Jahres nach der Auftragsvergabe folgende Informationen öffentlich zugänglich:

- a) den Namen des Auftraggebers, seine Eigentümer sowie gegebenenfalls den/die Namen der Partei oder Parteien, die eine rechtliche Kontrolle ausübt/ausüben;
- b) die Dauer des öffentlichen Dienstleistungsauftrags;
- c) eine Beschreibung der zu erbringenden Personenverkehrsdienste;
- d) eine Beschreibung der Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung;
- e) Qualitätsziele wie beispielsweise in Bezug auf Pünktlichkeit und Zuverlässigkeit und anwendbare Prämien und Sanktionen;
- f) Bedingungen in Bezug auf die wichtigsten Wirtschaftsgüter.

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.

Erwägungsgrund 25 zur PSO-VO lautet:

"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 zur PSO-VO lautet:

"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 zur PSO-VO lautet:

"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 zur PSO-VO lautet:

"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.

## 2. Rechtlich folgt daraus:

Die Antragsgegnerin, die V. GesmbH, Wien, E.-platz, ist unbestrittenermaßen öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 1 Abs. 2 Z 4 WVRG 2014. Bereits mit Beschluss vom 30.12.2014 wurde klarstellend festgehalten, dass ausschließliche Antragsgegnerin in diesen Nachprüfungsverfahren die V. GesmbH ist. Die Antragstellerin hatte daraufhin ihre Anträge gegen das Land Wien, das Land Niederösterreich und das Land Burgenland nicht mehr aufrechterhalten (vgl. deren Stellungnahme vom 19.1.2015).



Die Antragsgegnerin hat als Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft gemäß § 1 ÖPNRV-G ab 13.12.2015 Leistungen iSd § 13 ÖPNRV-G zum Grundangebot des Bundes zu erbringen.

Mit der am 23.1.2015 beim Verwaltungsgericht Wien eingelangten Beschwerde stellte die Antragstellerin wiederum zwei Nachprüfungsanträge, gerichtet auf die Nichtigerklärung der Vorinformation vom 21.1.2015, sowie einen (fast wortgleichen) Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung.

Mit Beschluss vom 2.2.2015, Zlen. VGW-123/V/061/878/2015-12, VGW-123/V/061/907/2015, wies das Verwaltungsgericht Wien den Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung wegen entschiedener Sache zurück. Begründend wurde ausgeführt, die Antragstellerin könne durch die Erlassung einer weiteren einstweiligen Verfügung keinen Mehrwert hinsichtlich ihres Rechtsschutzes generieren, sie sei mit der Durchsetzung ihrer Rechte auf § 1a Abs. 2 VVG verwiesen.

Klargestellt wurde auch, dass die Auslegung der Antragsgegnerin, von der in der einstweiligen Verfügung vom 30.12.2014 erlassenen Maßnahme (der Untersagung der Fortsetzung des Vergabeverfahrens), sei die „eigentliche Direktvergabe“ nicht betroffen, unrichtig ist. Die Vorinformation vom 12.12.2014 ist Teil eines Vergabeverfahrens, der Entscheidung des Auftraggebers, im Wege der Direktvergabe zu vergeben, nach- und der Vergabe (dem Vertragsabschluss) als solcher vorgeschaltet.

Zur Antragstellerin, der W. GmbH, ist zu bemerken, dass diese (unstrittig), ein in Österreich zugelassenes, privates Eisenbahnverkehrsunternehmen („EVU“) mit Sitz in Wien und Standort in Linz ist. Sie bedient seit 11.12.2011 die Strecke Wien-Salzburg-Wien im Schienenpersonenverkehr. Die vom Bundesministerium für Verkehr, Innovation und Technologie („bmvit“) als Eisenbahnsicherheitsbehörde vom 29.5.2009 erteilte eisenbahnrechtliche Verkehrsgenehmigung berechtigt die Antragstellerin zur Erbringung von Eisenbahnverkehrsleistungen auf der Schieneninfrastruktur eines Eisenbahninfrastrukturunternehmens („EIU“) in Österreich, in den weiteren Mitgliedstaaten der Europäischen Union („EU“), in den Vertragsparteien des

Abkommens über den europäischen Wirtschaftsraum und in der Schweizer Eidgenossenschaft. Die Verkehrsgenehmigung entspricht einer Genehmigung der Richtlinie 95/18/EG. Alleinige Gesellschafterin der Antragstellerin ist die R. AG, FN ..., an der wiederum die S. (über ein Tochterunternehmen) 28 % der Anteile hält.

Dies ergibt sich aus dem (unbestrittenen) Vorbringen der Antragstellerin in ihren Schriftsätzen, aus der von ihr vorgelegten eisenbahnrechtlichen Verkehrsgenehmigung vom 29.5.2009 und einer Einsicht in das Firmenbuch zu FN ....

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 normiert § 141 Abs. 5 BVergG 2006, dass als gesondert anfechtbare Entscheidung jede nach außen in Erscheinung tretende Festlegung des Auftraggebers gilt.

Es sind daher die Vorinformation vom 12.12.2014 und deren Berichtigung vom 21.1.2015 als gesondert anfechtbare nach außen in Erscheinung tretende Festlegungen des Auftraggebers „V.“ zu qualifizieren (vgl. im Übrigen auch OGH vom 9.8.2011, 4Ob100/11a) und sind die dagegen gerichteten Nachprüfungsanträge, welche den Anforderungen des § 23 WVRG 2014 entsprachen und ordnungsgemäß vergebührt wurden (§ 15 WVRG 2015), wie weiters in 1. und 2. näher ausgeführt, zulässig.

a) Zur Frage der Rechtzeitigkeit der auf die Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12.12.2014 gerichteten Nachprüfungsanträge:

Ausschließlich die Mitbeteiligte wendet ein, die Einbringung der Nachprüfungsanträge betreffend die Vorinformation vom 12.12.2014 am 19.12.2015, sei verspätet. Dies im Hinblick darauf, dass die Ankündigung der Vorinformation auf der Internetseite [www.beschaffung.at](http://www.beschaffung.at) bereits mit 9.12.2014 erfolgt sei. Die Antragstellerin hätte von der Veröffentlichung auf

www.beschaffung.at bereits zum 9.12.2015 Kenntnis iSd § 24 Abs. 3 WVRG 2014 erlangen können und sei damit die siebentägige Frist in Gang gesetzt worden.

Unbestritten steht fest, dass Art. 7 Abs. 2 PSO-VO die Veröffentlichung der angefochtenen Vorinformation im Amtsblatt der Europäischen Union vorsieht. Unbestritten steht weiters fest, dass diese Veröffentlichung iSd Art. 7 Abs. 2 PSO-VO im Amtsblatt der Europäischen Union am 12.12.2014 erfolgte.

Die Internetseite www.beschaffung.at stellt weder ein Publikationsmedium iSd Sonderrechtsregimes der PSO-VO dar, noch finden sich darüber hinaus – etwa in der Wiener Publikationsmediumverordnung – entsprechende Veröffentlichungspflichten.

Die Wendung in § 24 Abs. 3 WVRG 2014 – „Kenntnis erlangen hätte können“ - kann aber, bezogen auf den konkreten Fall, nur dann als fristenauslösend gewertet werden, wenn eine Obliegenheit für einen potentiellen Auftragnehmer bzw. Antragsteller anzunehmen ist, sich regelmäßig auf www.beschaffung.at wegen allfälliger Veröffentlichungen zu erkundigen und diese Obliegenheit verletzt wurde. Das Bestehen einer solchen Obliegenheit kann aus den vorgenannten Gründen – wie die Antragstellerin zu Recht ins Treffen führt – nicht angenommen werden.

Da die Antragstellerin ihre Nachprüfungsanträge am 19.12.2014, sohin innerhalb der Frist des § 24 Abs. 3 WVRG 2014, beim Verwaltungsgericht Wien eingebracht hat, sind die Anträge als rechtzeitig zu werten und auch aus diesem Grund zulässig.

#### b) Zur Frage der Antragslegitimation:

Die Antragsgegnerin und die Mitbeteiligte stellen beide die Antragslegitimation der Antragstellerin mit den Argumenten in Abrede, es fehle im Ergebnis 1. am Interesse, den (gesamten) Auftrag zu erhalten und 2. an der technischen Leistungsfähigkeit. Die Mitbeteiligte hat in der öffentlichen mündlichen Verhandlung auch die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin in

Frage gestellt und die Einholung eines Sachverständigengutachtens zur Frage der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beantragt.

Im Wesentlichen begründen die Antragsgegnerin und die Mitbeteiligte die angeblich mangelnde Leistungsfähigkeit der Antragstellerin mit der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.2.2014, Zl. 2011/04/0134, sowie der Ansicht, das Interesse der Antragstellerin am Erhalt des im Wege der Direktvergabe zu vergebenden Auftrages sei lediglich auf einen Teil gerichtet.

Die Mitbeteiligte führt zusammengefasst aus, selbst wenn die Antragstellerin kurzfristig Rollmaterial anmieten könne, so würde dessen Einsatz einem Verfahren nach dem Eisenbahngesetz 1957 (EisbG) unterliegen, das im äußersten Fall gemäß § 73 AVG bis zu sechs Monaten dauern könne.

Die Lösung der Frage, ob der Antragstellerin hier bezogen auf die Nachprüfungsanträge die Antragslegitimation zukommt, ist zunächst anhand der Kriterien des § 20 WVRG 2014 zu beurteilen. Danach muss ein Interesse am Vertragsabschluss bestehen und darüber hinaus der Schaden bzw. ein drohender Schaden plausibel dargelegt werden.

Der ständigen Judikatur des Verwaltungsgerichtshofes zufolge (vgl. das Erkenntnis des VwGH vom 22. Juni 2011, 2009/04/0128, mwN) liegt ein dem Antragsteller drohender Schaden bereits dann vor, wenn die Möglichkeit des Antragstellers, am Vergabeverfahren teilzunehmen, durch die behauptete Rechtswidrigkeit beeinträchtigt werden kann. Dem Erfordernis, einen drohenden oder eingetretenen Schaden darzutun, wird bereits dann entsprochen, wenn die entsprechende Behauptung plausibel ist; ins Einzelne gehende „genaueste“ Darlegungen sind jedoch nicht geboten (vgl. VwGH vom 24.2.2006, 2004/04/0127).

In der von der Antragsgegnerin und der Mitbeteiligten ins Treffen geführten Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.2.2014, Zl. 2011/04/0134, wurde die Möglichkeit eines Schadenseintrittes unter anderem mit der Begründung verneint, „die Möglichkeit, an einem Vergabeverfahren teilzunehmen bzw. den Zuschlag zu erhalten, kann durch eine behauptete Rechtswidrigkeit aber dann nicht beeinträchtigt werden, wenn nach den unbestrittenen

Sachverhaltsannahmen davon auszugehen ist, dass die Bfin (gegenständlich die Antragstellerin) die auftragsgegenständliche Leistung - jedenfalls in zeitlicher Hinsicht - nicht vollständig erbringen kann, weil sie erst zu einem (hier: mehrere Monate) nach Vertragsabschluss liegenden Zeitpunkt ihren Betrieb aufnimmt.“

Der Entscheidung lag sohin der Sachverhalt zugrunde, dass die Antragstellerin, auf die sich die oben bezeichnete Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes bezog, erst zu einem nach dem Vertragsabschluss liegenden Zeitpunkt ihren Betrieb aufnahm.

Dass die Antragstellerin zum derzeitigen Zeitpunkt ein zugelassenes Eisenbahnverkehrsunternehmen ist, das auf der sogenannten „Westbahnstrecke“ seit 2011 regelmäßig Eisenbahnverkehrsleistungen erbringt, kann nunmehr als notorische Tatsache gewertet werden.

Was die Frage betrifft, ob die Antragstellerin technisch in der Lage ist, zum Zeitpunkt des voraussichtlichen Vertragsabschlusses, dem 13.12.2015, darüber hinausgehende Leistungen („Mehrleistungen“) zu erbringen, ist auf das in der Verhandlung vom 18.2.2015 vorgelegte Richtoffert zu verweisen. Daraus geht aus Sicht des erkennenden Senates eindeutig genug hervor, dass die Antragstellerin entsprechend ihrem Vorbringen in den Nachprüfungsanträgen in der Lage ist, bereits in mehreren Mitgliedstaaten der EU, so auch Österreich, zugelassenes Rollmaterial umgehend anzukaufen. Mit den angebotenen vier Garnituren lässt sich ein Zug-km-Volumen von 1,8 Mio. Zug-km/Jahr bedienen. Des Weiteren hat die Antragstellerin damit belegt, dass sie grundsätzlich über Rollmaterial verfügen kann, welches dem einfachen Genehmigungsverfahren nach § 41 Eisenbahngesetz 1957 unterliegt.

Aber selbst unter der Annahme, dass von der Antragstellerin präsentierte Rollmaterial unterläge einem sechs Monate dauernden Genehmigungsverfahren (§ 73 AVG), wäre die Leistungserbringung durch die Antragstellerin im Hinblick auf den voraussichtlichen Vertragsbeginn mit 13.12.2015 jedenfalls möglich.

Insofern liegt den gegenständlichen Nachprüfungsanträgen hinsichtlich der Frage der Leistungsfähigkeit kein der Entscheidung des Verwaltungsgerichtshofes vom 26.2.2014, Zl. 2011/04/0134, vergleichbarer Sachverhalt zugrunde.

Mit der Vorlage des Richtoffertes hat die Antragstellerin auch ihr Interesse am Vertragsabschluss ausreichend nachgewiesen. Dass ein entsprechendes Interesse am Vertragsabschluss im Sinne des § 20 WVRG 2014 seitens der Antragstellerin vorliegt, ergibt sich auch aus der unbestritten gebliebenen Tatsache, dass die Antragstellerin bereits im Jahr 2012 Verhandlungen mit dem Land Niederösterreich aufgenommen hat, so hinsichtlich der Einführung einer sogenannten „Qualitäts-Pendlerlösung“.

Auch in der Verhandlung vom 18.2.2015 wurde übereinstimmend klargestellt, dass sich das Interesse der Antragstellerin auf die Erbringung der der Direktvergabe zu Grunde liegenden Schienenverkehrsdienstleistungen bezieht. Dass sich dieses Interesse allenfalls im Wesentlichen auf die Erbringung der in der Vorinformation als *„diese Direktvergabe wird weiters Schienenverkehrsdienstleistungen im Nah - und Regionalverkehr umfassen, die durch Adaptierungen in Fernverkehrsangebot in Ostösterreich im Zuge der Vollenbetriebnahme des Hauptbahnhofes Wien ab Dezember 2015 neu zu strukturieren sind.“* bezeichneten Leistungen bezieht, schadet nicht. Der PSO- VO (oder den innerstaatlichen Bestimmungen) ist bereits deswegen nicht zu entnehmen, dass sich die Antragslegitimation bzw. das Interesse am Vertragsabschluss auf den gesamten, im Wege der Direktvergabe zu vergebenden Auftrag beziehen müsse, weil der zu vergebende Auftrag im Stadium der Nachprüfung der Vorinformation noch gar nicht im Detail feststeht. Im Übrigen wurde von der Antragsgegnerin auch nicht in Abrede gestellt, dass die von ihr in der angefochtenen Vorinformation dargestellten Mehrleistungen teilbar wären. Die Antragstellerin hat den ihr drohenden Schaden und das Interesse am Vertragsabschluss aus Sicht des erkennenden Senates iSd § 20 WVRG 2014 sohin ausreichend dargelegt.

Die Frage der Antragslegitimation muss darüber hinaus auch vor dem Hintergrund beantwortet werden, dass es sich hier- wie unten näher dargelegt - eben nicht um ein förmliches wettbewerbliches Vergabeverfahren handelt. Im

Unterschied zu einem nach den Bestimmungen des BVergG 2006 abgeführten Verfahren steht der Leistungsgegenstand hier (zulässiger Weise) nicht abschließend fest. Gegenständlich ist erst als zentrale Frage im Hauptverfahren zu klären, ob die Antragsgegnerin ihren Leistungsgegenstand überhaupt „transparent“, sohin klar und eindeutig genug (iSd Art. 7 Abs. 2 PSO-VO) beschrieben hat. Die Leistungsfähigkeit definiert sich aber nach dem Leistungsgegenstand. Der grundsätzlich leistungsfähigen Antragstellerin anhand eines noch nicht abschließend feststehenden bzw. eines allenfalls nicht detailliert genug beschriebenen Leistungsgegenstandes die Antragslegitimation abzusprechen, käme jedenfalls einer ungerechtfertigten Verweigerung des Rechtsschutzes gleich.

Ergänzend wird bemerkt, dass auch die von der Mitbeteiligten in der Verhandlung vom 18.2.2015 genannten Zahlen zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit der Antragstellerin nicht geeignet sind, die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Antragstellerin auszuschließen.

Der Antragstellerin mangelt es sohin „offensichtlich“ weder an der technischen noch an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, der Eintritt eines Schadens kann daher nicht gesichert ausgeschlossen werden, es ist nicht „offensichtlich ausgeschlossen“, dass durch die behaupteten Rechtswidrigkeiten ihre Chancen an der „Teilnahme am Vergabeverfahren“ beeinträchtigt sind (vgl. Rs-C 454/06, Schadensbegriff im Sinne Art 1 Abs. 3 und Art 2 Abs. 1 lit. c der RL 89/665, Schlussantrag der Generalanwältin). Vor diesem Hintergrund ist durch die Einholung eines Sachverständigengutachtens auch keine weitere Klärung der Sachlage zu erwarten und konnte von der Einholung eines solchen Abstand genommen werden.

c) Zur Frage der Zulässigkeit der Wahl der Direktvergabe gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO-VO:

Die Antragstellerin behauptet in ihren Nachprüfungsanträgen, die Wahl des Vergabeverfahrens, nämlich die „Direktvergabe“ gemäß Art. 5 Abs. 6 PSO-VO, sei rechtswidrig, widerspreche im Ergebnis Unionsrecht.

In den bereits zu Art. 5 Abs. 6 PSO-VO ergangenen höchstgerichtlichen Entscheidungen wurde die Wahl der Direktvergabe betreffend öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr durch einen öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich als zulässig erachtet. So hat der OGH in seinem Beschluss vom 9.8.2011, 4Ob100/11a, unter anderem ausgeführt:

*"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. (...) 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."*

Unbestritten handelt es sich gegenständlich um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag im Eisenbahnverkehr, welcher bereits dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO zufolge durch die zuständigen Behörden im Wege der Direktvergabe „vergeben“ werden kann, „sofern dies nicht nach nationalem Recht untersagt ist.“

Der Verwaltungsgerichtshof hat in seinem auf dem Boden der geltenden Rechtslage gefällten Erkenntnis vom 11.12.2013, Zl. 2012/04/0082, ausgesprochen:

*„So ist die Wortfolge "die Anwendung des Art. 5 Abs. 2 und 4 bis 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 bleibt unberührt" in § 141 Abs. 3 BVergG 2006 dahingehend zu verstehen, dass dem Auftraggeber die Möglichkeit der*



*Direktvergabe auf Grund unmittelbarer Anwendung des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung 1370/2007 zur Verfügung steht und von der im Einleitungssatz des Art. 5 Abs. 6 der Verordnung 1370/2007 den Mitgliedsstaaten offen stehenden Untersagungsmöglichkeit vom Bundesgesetzgeber kein Gebrauch gemacht wurde."*

Diesem Erkenntnis lag der (vergleichbare) Sachverhalt zugrunde, dass über das gemäß § 7 ÖPNRV-G vom Bund sicherzustellende Grundangebot hinausgehende und schon erbrachte Schienenverkehrsdienstleistungen („Mehrleistungen“ iSd § 13 ÖPNRV-G) im Wege einer Direktvergabe nach § 5 Abs. 6 PSO-VO durch eine Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft als öffentlichem Auftraggeber (weiter)bestellt werden sollten und die Bezug habenden Informationen in einer Vorinformation nach Art. 7 Abs. 2 PSO-VO im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht wurden.

Den Wertungen der Höchstgerichte, die den vorzitierten Entscheidungen zu entnehmen sind, nämlich, dass einem öffentlichen Auftraggeber aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Art. 5 Abs. 6 PSO-VO grundsätzlich eine Wahlfreiheit, Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr entweder in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren oder im Wege der Direktvergabe „zu vergeben“, zuzugestehen ist, hat der erkennende Senat auch fallbezogen nichts hinzuzufügen. Durch den unmittelbaren Verweis u.a. auf Art. 5 Abs. 6 der PSO-VO ist auch die Zulässigkeit der Direktvergabe ohne Betragsbeschränkung im Verhältnis zu § 141 Abs. 3 BVergG 2006 klargestellt.

Dass diese Möglichkeit aber nicht gleichbedeutend mit einer völligen „Freistellung“ eines öffentlichen Auftraggebers von allen wettbewerblichen Beschränkungen ist und ein öffentlicher Auftraggeber bei seinem „Vergabeprozess“ (andere) potentielle Bewerber ausreichend „mitzubedenken“ hat, wird nachstehend begründet.

#### d) Zur Vorinformation vom 12.12.2014:

Die V. GesmbH beabsichtigt unbestrittener Weise den Abschluss eines Vertrages über Schienenverkehrsdienstleistungen iSd PSO-VO, die sie als von den Ländern

einzurichtende Verkehrsverbundorganisationsgesellschaft iSd § 17 ÖPNRV-G über das Grundangebot des Bundes hinausgehende „Mehrleistungen“ (vgl. § 13 ÖPNRV-G) bezeichnet.

Hinsichtlich des Inhaltes der in Beschwerde gezogenen Vorinformation ist aufgrund des Beweisverfahrens (siehe Punkt III. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung) davon auszugehen, dass von Seiten der Geschäftsführung des V. zunächst der Planungsabteilung Vorgaben gemacht wurden, um ein „Fahrplangrundmodell 2016“ betreffend diese Mehrleistungen zu erstellen. Das der Direktvergabe, Vorinformation 12.12.2014, zugrunde liegende Projekt wurde nach den Vorgaben der Geschäftsführung umgesetzt.

Im Hinblick auf den geplanten Vertragsbeginn 13.12.2015 und die Vorgaben der Veröffentlichung gemäß Art. 7 Abs. 2 PSO-VO galt es (unstrittiger Weise) sicherzustellen, spätestens ein Jahr vor Einleitung der Direktvergabe mindestens die folgenden Informationen im Amtsblatt der Europäischen Union zu veröffentlichen:

- a) den Namen und die Anschrift der zuständigen Behörde;
- b) die Art des geplanten Vergabeverfahrens;
- c) die von der Vergabe möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete (vgl. Art. 7 Abs. 2 PSO-VO).

Im Hinblick auf den Wortlaut des Punktes II.4) „Kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Werts der Waren bzw. Dienstleistungen“ in der Vorinformation vom 12.12.2014 und die Einwendungen der Antragstellerin, die veröffentlichten Informationen würden dem Transparenzgebot nicht entsprechen und seien daher diskriminierend, war der Inhalt einer eingehenden Prüfung zu unterziehen.

Aus den bei der Direktvergabe nach der PSO-VO einschlägigen Bestimmungen, insbesondere den Art. 5 Abs. 6, 7 Abs. 2, 3 und 4 in Zusammenhalt mit den Erwägungsgründen 26,29 und 30 und der vorzitierten Judikatur, ergibt sich, dass ein Auftraggeber, der einen Dienstleistungsauftrag im Eisenbahnverkehr im Wege der Direktvergabe „vergeben“ will, an mehrere Vorgaben gebunden ist.

So hat er erstens – bereits dem Wortlaut nach – „sicherzustellen“, dass die von der Vergabe „möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“ unter Einhaltung einer Mindestfrist von einem Jahr vor Auftragsvergabe veröffentlicht werden. Erwägungsgrund 30 der PSO-VO enthält hinsichtlich der Umsetzung der einzelnen „Vergabeschritte“ gleichzeitig eine – im Verhältnis zu „wettbewerblichen Vergabeverfahren“ – Betonung der Verpflichtung zur Transparenz.

Nichts anderes ist auch Punkt 2.3.5. „Artikel 5 Absatz 6. Eisenbahnverkehrsdienste, die direkt vergeben werden können“, der „Mitteilung der Kommission über die Auslegungsleitlinien zu der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße 2014/C 92/01“ vom 29.3.2014, zu entnehmen.

Danach sind, wenn eine Behörde Aufträge zur Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse an einen Dritten vergibt, allgemeine, im Vertrag festgelegte Grundsätze wie Transparenz und Gleichbehandlung zu beachten.

Aufträge, die gemäß Artikel 5 Absatz 6 PSO-VO direkt vergeben werden, sind nicht von der Einhaltung dieser Grundsätze des Vertrages ausgenommen. Deshalb wird in der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007, insbesondere in Artikel 7 Absätze 2 und 3 gefordert, dass die zuständigen Behörden bestimmte Informationen über direkt vergebene öffentliche Dienstleistungsaufträge im Schienenverkehr mindestens ein Jahr vor und ein Jahr nach der Auftragsvergabe veröffentlichen.

Art. 7 Abs. 3 PSO-VO stellt ausschließlich auf Direktvergaben ab und verpflichtet die Behörde zu weiteren Veröffentlichungen nach Auftragsvergabe, woraus sich wiederum eine (im Verhältnis zu wettbewerblichen Vergabeverfahren) Betonung der Verpflichtung zur Transparenz ableiten lässt. Diese Betonung schlägt sich auch in Art. 7 Abs. 4 PSO-VO nieder, wonach die Behörde auf Antrag ihre Gründe für die Entscheidung für die Direktvergabe zu übermitteln hat.

Ein Zweck dieser Veröffentlichungsregeln liegt nun darin, dass "potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können" (Erwägungsgrund

29). Damit kann nichts anderes gemeint sein, als dass andere potentielle Bieter rechtzeitig und in ausreichendem Maß Kenntnis über Art und Inhalt des zur Vergabe gelangenden Auftrages erlangen können müssen, um sich selbst mit einem Angebot „ins Spiel bringen zu können“ (so bereits deutlich UVS OÖ vom 24.5.2012, GZ: VwSen-550598/19/KI/TK/BRE).

Im Ergebnis bedeutet dies, dass einem Auftraggeber zwar grundsätzlich die Wahlfreiheit zwischen der Vergabe von Dienstleistungen im Eisenbahnverkehr in Form eines wettbewerblichen Vergabeverfahrens oder einer Direktvergabe eingeräumt ist. Entschließt sich ein Auftraggeber jedoch im Wege der Direktvergabe zu „vergeben“, so hat er von dieser Entscheidung insofern bewusst Gebrauch zu machen, als er „Initiativwettbewerb“ anderer potentieller Bieter in der Form herzustellen und zuzulassen hat, als er diesen durch seine Veröffentlichung jene Informationen zu Verfügung zu stellen hat, die diese benötigen, um sich mit einem Angebot ins Spiel bringen zu können.

Der Definition in Art. 2 lit. h PSO-VO zufolge bedeutet „Direktvergabe“ die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags an einen bestimmten Betreiber eines öffentlichen Dienstes ohne Durchführung eines vorherigen wettbewerblichen Vergabeverfahrens. Art. 5 Abs. 6 PSO-VO ermöglicht einem Auftraggeber sohin „wettbewerbsfrei“ direkt zu vergeben, „zwingt“ ihn aber praktisch als Ausgleich gemäß Art. 7 Abs. 2, 3 und 4 PSO-VO in diesem (eingeschränkten) Umfang zur Herstellung von Wettbewerb über Information und Transparenz (vgl. auch das Erkenntnis des Verwaltungsgerichtshofes vom 11.12.2013, Zl. 2012/04/0082, in welchem der Gerichtshof unter anderem ausführt, dass das Vorbringen der Beschwerde, es handle sich um eine zulässige Direktvergabe und fände kein Wettbewerb statt, ins Leere gehe). In diesem Umfang besteht ein „Beteiligungsanspruch“ potentieller Bieter.

Den Veröffentlichungspflichten in Art. 7 Abs. 2 und 3 PSO-VO ist jenes Verständnis beizulegen, dass damit die notwendige Markttransparenz hergestellt wird und eine „Effizienzkontrolle“ stattfinden soll. Zu diesem Ergebnis kommen im Übrigen auch die von der Antragstellerin als „der Deutschen Bahn nahe stehend“ gerügten Autoren Kaufmann/Lübbig/Prieß/Pünder in ihrem Kommentar zur VO (EG) 1370/2007, Verordnung über öffentliche Personenverkehrsdienste

(vgl. deren Anmerkungen, Rz 43, „Zur Vorabveröffentlichung bestimmter Informationen (Unterabsatz 1)“, Rz 73 lit dd) „Formale Anforderungen (Informations- und Begründungspflichten nach Art. 7 Abs. 2 und 4) und gerichtliche Kontrolle (Art. 5 Abs. 7)“).

Auf den konkreten Fall bezogen bedeutet dies, dass der V. mindestens ein Jahr vor dem 13.12.2015 sicherzustellen hatte, im Amtsblatt der Europäischen Union iSd Art. 7 Abs. 2 lit. c PSO-VO die von der Direktvergabe „möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“ in ausreichend transparenter Weise zu veröffentlichen, da es andernfalls zu einer Diskriminierung potentieller Bieter kommen würde. Im Hinblick darauf, dass der V. hinsichtlich des Veröffentlichungszeitpunktes die Mindestfrist ausgeschöpft hat, war der Maßstab der gebotenen Informationsdichte auch entsprechend hoch anzusetzen. Mit anderen Worten, je kürzer die Spanne zwischen Veröffentlichung und eigentlicher Vergabe des Auftrages, desto höher sind die Anforderungen an den Informationsgehalt gestellt. Diesen Anforderungen entsprach die Vorinformation vom 12.12.2014 aus nachstehenden Erwägungen jedenfalls nicht.

Ein potentieller Bieter muss aufgrund dieser Informationen nämlich abschätzen können, ob an einem bestimmten Auftrag ein wirtschaftliches Interesse besteht, er für dessen Erbringung grundsätzlich geeignet ist und zumindest in den wesentlichen Grundzügen ein Angebot erstellen können. Nur so kann er bei einem Auftraggeber „wirksam“ sein Interesse anmelden. Dies bedeutet nicht, dass es einem potentiellen Interessenten anhand der Informationen möglich sein muss, ein detailliertes Angebot abzugeben, aber er muss zumindest jene Parameter in die Hand bekommen, die es ihm ermöglichen, in Grundzügen seine Ressourcen einzuschätzen, zu planen und zu kalkulieren und sich auf der Basis dieser Überlegungen an den Auftraggeber zu wenden. Anders kann die mit den einschlägigen Bestimmungen verfolgte „Effizienzkontrolle“ nicht erreicht werden. Konsequenterweise muss ein potentieller Bieter der Vorinformation auch entnehmen können, an welchen Auftraggeber er sich hinsichtlich welcher vom Auftraggeber nachgefragten Leistungen mit einem Angebot wenden kann. Anders ausgedrückt, ist der Leistungsgegenstand so abzugrenzen, dass man ihn dem vergebenden Auftraggeber eindeutig zuordnen können muss (so auch UVS OÖ

vom 24.5.2012, GZ: VwSen-550598/19/KI/TK/BRE; VwGH vom 11.12.2013, ZI. 2012/04/0082).

Da die zum Grundangebot des Bundes vom V. zu erbringenden Mehrleistungen unbestrittener Weise in Punkt II.4) „Kurze Beschreibung der Art und der Menge bzw. des Werts der Waren bzw. Dienstleistungen“ zum Zeitpunkt der Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union am 12.12.2014 keine entsprechende Abgrenzung zu den vom Bund zu erbringenden Leistungen enthielten, war die Vorinformation schon aus diesem Grund mangels Transparenz und der damit verbundenen Diskriminierung potentieller Bieter, gegenständlich der Antragstellerin, mit Rechtswidrigkeit belastet.

Dem durchgeführten Beweisverfahren (siehe Punkt III. Sachverhaltsfeststellungen und Beweiswürdigung) zufolge, ist davon auszugehen, dass der V. aufgrund der Doppelgleisigkeiten betreffend die Bundes- und Länderaufgaben tatsächlich ein umfangreiches, komplexes Umsetzungsprojekt zu bewältigen hatte. Allerdings ist der Umstand, dass zum Zeitpunkt der Veröffentlichung der Vorinformation, dem 12.12.2014 noch keine Abgrenzung zwischen dem vom Bund auf Basis des in Kraft stehenden Verkehrsdienstevertrages (zwischen SCHIG und O. AG) zu erbringenden Grundangebot und den vom V. zu erbringenden Mehrleistungen erfolgt ist, eher dem Planungsprozess zuzuschreiben. Die erforderliche Abgrenzung war jedenfalls möglich und war es dem V. auch möglich, anhand der Erfahrungswerte der Vorjahre, anhand des oben bezeichneten Verkehrsdienstevertrages, insbesondere dessen Anlage 3a, anhand des Wissenstandes betreffend die Eröffnung des Hauptbahnhofes zum Zeitpunkt der Veröffentlichung dem Transparenzerfordernis entsprechend „die möglicherweise betroffenen Dienste und Gebiete“ zu bezeichnen.

Die Wendung „möglicherweise“ ist in Zusammenhalt mit der „Vorlaufzeit“ auszulegen, die einem Auftraggeber im Vergabeprozess zugestanden wird. Die oben bezeichneten Veröffentlichungsverpflichtungen bestehen unabhängig davon, ob im wettbewerblichen Vergabeverfahren oder direkt vergeben wird. Aus den vorgenannten Bestimmungen geht hervor, dass der Leistungsgegenstand zum Zeitpunkt der Veröffentlichung noch nicht abschließend feststehen muss. In diesem Sinne war hinsichtlich der zu veröffentlichenden Dienste und Gebiete

gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. c eben nicht auf eine „zugscharfe“ Konkretisierung der Bundesleistungen bzw. Landesleistungen abzustellen, sondern wäre der V. gehalten gewesen, Transparenz durch Auflistung aller zum Zeitpunkt „möglicherweise“ iSv „alles, was zu diesem Zeitpunkt möglich ist“, betroffenen Dienste und Gebiete herzustellen. Der V. hätte sohin jedenfalls bereits in der Vorinformation vom 12.12.2015 veröffentlichen müssen, welche Linien, in welcher Region bestellt werden sollen, sowie insbesondere auch jene Strecken oder Kurse, sowie Regionen, die nunmehr zusätzlich zum bisherigen Angebot bestellt werden sollen. Der V. hat in diesem Zusammenhang nicht „sichergestellt“, dass die Informationen gemäß Art. 7 Abs. 2 lit. c PSO-VO entsprechend transparent veröffentlicht werden. Dies ergibt sich auch aus einer vergleichenden Gegenüberstellung mit dem Inhalt der nur kurze Zeit später veröffentlichten Berichtigung vom 21.1.2015, welcher einen entsprechend hohen Detailliertheitsgrad aufweist.

Klarstellend wird festgehalten, dass die Ansicht der Antragstellerin, dass der V. bereits in der Vorinformation Abgeltungsparameter auszuweisen hatte, vom Senat nicht geteilt wird. Ungeachtet der Tatsache, dass ein sorgfältiger Auftraggeber eine ex ante Prüfung hinsichtlich der finanziellen Auswirkungen durchzuführen hat, ergibt eine Gegenüberstellung des Art. 7 Abs. 2 lit. a) bis c) mit Art. 7 Abs. 3 lit. d) der PSO-VO, welche Absätze beide (lediglich) Mindestanforderungen enthalten, dass eine Beschreibung für die Parameter für die finanzielle Ausgleichsleistung zwingend erst ein Jahr nach Auftragsvergabe zu veröffentlichen ist.

Die Vorinformation vom 12.12.2014 war wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot und der damit verbundenen Diskriminierung der Antragstellerin für nichtig zu erklären.

Lediglich der Vollständigkeit halber ist zu bemerken, dass an dieser Wertung ein allfälliges Wissen eines potentiellen Betreibers über den der Direktvergabe zugrunde liegenden Leistungsgegenstand aufgrund seiner Marktkenntnisse oder wie gegenständlich aufgrund der Verhandlungen der Antragstellerin im Jahr 2012 mit der Antragsgegnerin und dem Land Niederösterreich, nichts zu ändern vermag. Auf den – zufälligen- Informationsgrad potentieller Bieter außerhalb des

von der PSO-VO vorgegebenen Rahmens abzustellen, wäre unsachlich und rechtlich nicht geboten.

e) Zur Berichtigung der Vorinformation vom 21.12.2015:

Richtig ist der Einwand der Antragsgegnerin, aufgrund der Bestimmungen des WVRG 2014 (vgl. § 31 Abs. 5 WVRG 2014) sei die gegen die erlassene einstweilige Verfügung vom 30.12.2014 vorgenommene Berichtigung nicht nichtig und war diese daher einer Prüfung zu unterziehen.

Nicht gefolgt wird dem Einwand der Antragsgegnerin, die Antragstellerin sei bereits durch die Veröffentlichung der Berichtigung klaglos gestellt. Abgesehen davon, dass sich die Antragstellerin klar dagegen ausgesprochen hat, konnte die Berichtigung den Mangel an Transparenz der Vorinformation aus nachstehenden Erwägungen nicht beheben.

Die Berichtigung wurde unbestrittener Weise erst am 21.1.2015 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht, enthielt ausdrücklich die Bezeichnung „Berichtigung“ und legte den voraussichtlichen Leistungsbeginn (wiederum) mit 13.12.2015 fest.

Die Vorinformation entsprach nicht dem Transparenzgebot, die Veröffentlichungspflichten in Art. 7 Abs. 2 PSO-VO sehen aber eine einzuhaltende Mindestfrist von einem Jahr vor Auftragsvergabe vor, um potentiellen Bietern die erforderlichen Informationen zu gewähren. Die Frist zum voraussichtlichen Leistungsbeginn wurde in der Berichtigung unverändert mit 13.12.2015 festgelegt und unterschritt die Mindestfrist. Daher konnte die Antragstellerin durch die Berichtigung – ungeachtet ihres Inhaltes - auch nicht „klaglos“ gestellt werden, da einem potentiellen Bieter nach Veröffentlichung dem Transparenzgebot entsprechender Informationen jedenfalls ein Jahr verbleiben muss, um sich an den Auftraggeber wenden zu können.

Diese Mindestfrist ist aus Sicht des erkennenden Senates zwingend einzuhalten. Die Bestimmungen des BVergG 2006 hinsichtlich der Berichtigung von



Ausschreibungen sind auf das Sondervergaberechtsregime der PSO-VO nicht anzuwenden.

Die Berichtigung war daher für nichtig zu erklären.

Im Hinblick auf die Nichtigerklärung der Vorinformation vom 12.12.2014 und der Berichtigung vom 21.1.2015 konnte die Frage der Wahl des Zuschlagsempfängers dahingestellt bleiben.

Die Entscheidungen über den Gebührenersatz gründen sich auf § 16 Abs. 1 WVRG 2014.

### **Unzulässigkeit der ordentlichen Revision:**

Die ordentliche Revision ist unzulässig, da keine Rechtsfrage im Sinne des Art. 133 Abs. 4 B-VG zu beurteilen war, der grundsätzliche Bedeutung zukommt. Weder weicht die gegenständliche Entscheidung von der bisherigen Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes ab, noch fehlt es an einer Rechtsprechung. Weiters ist die dazu vorliegende Rechtsprechung des Verwaltungsgerichtshofes auch nicht als uneinheitlich zu beurteilen. Ebenfalls liegen keine sonstigen Hinweise auf eine grundsätzliche Bedeutung der zu lösenden Rechtsfrage vor.

### **R e c h t s m i t t e l b e l e h r u n g**

Gegen dieses Erkenntnis besteht die Möglichkeit der Erhebung einer Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder einer außerordentlichen Revision beim Verwaltungsgerichtshof. Die Beschwerde bzw. Revision ist innerhalb von sechs Wochen ab dem Tag der Zustellung des Erkenntnisses durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt bzw. eine bevollmächtigte Rechtsanwältin abzufassen und ist die Beschwerde beim Verfassungsgerichtshof und/oder die außerordentliche Revision an den Verwaltungsgerichtshof beim Verwaltungsgericht Wien einzubringen. Für die Beschwerde bzw. die Revision ist eine Eingabegebühr von je EUR 240,-- beim Finanzamt für Gebühren,

Verkehrssteuern und Glückspiel zu entrichten. Ein diesbezüglicher Beleg ist der Eingabe anzuschließen.

Dr. Schweiger  
(Vorsitzender)