

Die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten

em.o.Univ.-Prof Dr. Josef Aicher

Dr. Rudolf Lessiak

Vortrag vom 18.10.2018

Vergabeforum 2018

I. Vom europäischen Rechtsrahmen zum Bundesvergabereformgesetz 2018

(1)

Gemäß den **Vergaberichtlinien** 2014/24/EU und 2014/25/EU, deren Umsetzung das BVergG 2018 dient, sind öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per Untergrundbahn von deren sachlichem Geltungsbereich ausgenommen. So heißt es in den Art 10 lit i) und Art 21 lit g) übereinstimmend: "Diese Richtlinie gilt nicht für Dienstleistungsaufträge, die zum Gegenstand haben ... öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per Untergrundbahn."

(2)

Weiter gefasst ist die Ausnahme in der Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU. Ihr Art 10 Abs 3 bestimmt, dass die RL nicht gilt für **Konzessionen** im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste iSd VO (EG) Nr. 1370/2007, der VO über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße, kurz PSO.

(3)

Diese Ausnahmen von den Vergaberichtlinien sind konsequent und haben eigentlich nur klarstellenden Charakter. Denn ausweislich des Art 5 Abs 1 PSO, der auch durch die mittlerweile am 24.12.2017 in Kraft getretene PSO-ÄndRL (EU) 2016/2338 nicht geändert wurde, sind **nur** Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste mit **Bussen und Straßenbahnen** nach den Vergaberichtlinien zu vergeben, sofern sie nicht die Form von Dienstleistungskonzessionen annehmen. Sofern Bus- und Straßenbahndienstleistungen als Konzessionen iSd alten VergabeRL aus 2004 vergeben werden, richtet sich ihre Vergabe nach der **PSO**. **Gleiches** gilt für die in Art 5 Abs 1 Satz 2 PSO nicht genannten öffentlichen Dienstleistungsaufträge für öffentliche Personenverkehrsdienste auf **der Schiene** oder per U-Bahn, ausgenommen Personenverkehrsdienste mit Straßenbahnen. Auch diese Vergaben richten sich, ungeachtet ob es sich um Dienstleistungsaufträge oder um Dienstleistungskonzessionen für Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per U-Bahn handelt, ausschließlich nach der **PSO**.

(4)

Dem entsprechend hatte auch die RV zum Vergaberechtsreformgesetz 2017 – den VergabeRL entsprechend – in § 9 Abs 1 Z 17 Dienstleistungsaufträge über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per U-Bahn vom Geltungsbereich des BVergG ausgenommen.

(5)

Das sollte sich jedoch alsbald ändern. Die RV zum Vergaberechtsreformgesetz **2018** hat die Herausnahme der öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per U-Bahn gestrichen und sie den Bestimmungen für besondere Aufträge und besondere Verfahren unterworfen. Gleiches geschah mit der Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste im Sinne der PSO – sohin im weiteren Sinn dieses Begriffes mit der Vergabe von Personenverkehrsdienstleistungskonzessionen nicht nur per Schiene und U-Bahn, sondern auch für Bus- und Straßenbahnverkehrsdienstleistungen. Sie wurden in der RV Bundesvergabegesetz Konzessionen 2018 (BVergG Konz 2018) unter die Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste, für die besondere Bestimmungen für den Ablauf des Konzessionsverfahrens gelten, eingereiht.

(6)

So blieb es auch im in Kraft getretenen BVergG 2018 und im BVergG Konz 2018. Die relevanten Verfahrensbestimmungen für die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per U-Bahn durch klassische öffentliche Auftraggeber enthält § 151 BVergG. Für Sektorenauftraggeber gilt die inhaltsgleiche Regelung in § 312 BVergG. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen über öffentliche Personenverkehrsdienste mit Bussen, Straßenbahnen, auf der Schiene und per U-Bahn ist in § 25 BVergG Konzessionen geregelt.

(7)

Infolge der weitestgehend inhaltlichen Parallelität der genannten Regelungen konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf die Vergabe von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per U-Bahn durch (klassische) **öffentliche Auftraggeber**.

II. Die Geltung zweier Vergaberegime: Das Nebeneinander von PSO und BVergG

(8)

Sind Dienstleistungsaufträge über öffentliche Schienenpersonenverkehrsleistungen nicht (mehr) vom BVergG ausgenommen, stellt sich die Frage nach dem **Verhältnis** der Vergabevorschriften des BVergG zu denen der PSO, die in Art 5 PSO enthalten sind.

(9)

Hierfür ist zunächst festzuhalten, dass die PSO ihrem Zweck nach nicht in erster Linie ein "Vergabegesetz" ist. Im Vordergrund steht vielmehr der **Beihilfeaspekt**. Regelungsgegenstand der PSO sind Personenbeförderungsdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, für welche die zuständige Behörde dem Betreiber eines solchen Dienstes gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen auferlegt, die der Betreiber unter Berücksichtigung seines eigenen wirtschaftlichen Interesses nicht oder nicht in gleichem Umfang ohne Ausgleichsleistung für diese Verpflichtungen übernommen hätte. Dabei gilt es zu verhindern, dass die Ausgleichsleistung für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen deren Kosten überkompensieren (Art 4, 6 PSO), eine Gefahr, die va dann besteht, wenn nach der PSO ein Fall vorliegt, in dem die zuständige Behörde den Verkehrsdiensteauftrag **ohne wettbewerbliches Verfahren** vergeben darf (Art 6 iVm Anhang PSO).

(10)

Daraus folgt, dass **ungeachtet** der Durchführung eines **wettbewerblichen Verfahrens** oder einer **Direktvergabe** die beihilferechtlichen Anforderungen (wie zB die exakte Beschreibung der zu übernehmenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen auf den beauftragten Strecken, die objektiven und transparenten Parameter für die Berechnung der Ausgleichsleistung) und bei Direktvergaben zudem die Regeln über die Berechnung des finanziellen Nettoeffekts unmittelbar, weil Inhalt der PSO-VO, zu beachten sind.

Diese **beihilferechtlichen** Anforderungen der PSO gelten ganz unabhängig davon, ob die Vergabe der Verkehrsdienstleistungen, je nach Art der

Verkehrsdienstleistung, nach den VergabeRL und den allgemeinen Vergabevorschriften des BVergG (zB Busdienstleistungen) oder von den EU-VergabeRL ausgenommen und, vom BVergG wieder einbezogen, nach den Sondervorschriften für Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen erfolgt.

(11)

Diese von der Vergaberechtsgrundlage unabhängigen beihilferechtlichen Anforderungen müssen hier außer Betracht bleiben.

(12)

Im Zentrum steht vielmehr das **Nebeneinander zweier Vergaberechtsregime** bei Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, für das sich der Gesetzgeber entschieden hat.

(13)

Dieses Nebeneinander bedingt einigen Regelungsaufwand. Es hat aber einen entscheidenden **Vorteil**. Die Herausnahme der Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen aus dem BVergG hätte zur Folge gehabt, dass für diese eine **Rechtsschutzlücke** entstanden wäre. Dies wäre wiederum im Widerspruch zu Art 5 Abs 7 PSO gestanden, der verlangt, dass Unternehmern gegen Entscheidungen, die in einem Vergabeverfahren nach der PSO ergehen, ein wirksames und rasches Nachprüfungsverfahren zur Verfügung stehen muss. Es hätte also für Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen ein eigenes, dem 4. Teil des BVergG nachgebildetes "Rechtsschutzgesetz" geben müssen.

Durch die Einbeziehung der Schienenpersonenverkehrsdienste in das BVergG wird deren Vergabe des Rechtsschutzes nach dem BVergG teilhaftig. Demgemäß bestimmt § 151 Abs 2 BVergG, dass für die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen der 4. Teil des BVergG gilt.

(14)

Damit hat es jedoch nicht sein Bewenden. Nach Ansicht des BVergG-Gesetzgebers erfordert das Nebeneinander zweier Vergaberegime detailliertere Regelungen.

(15)

Für das Verständnis dieses Regelungskomplexes ist grundlegend hervorzuheben, dass der BVergG-Gesetzgeber für die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen an den zwei in der PSO vorgesehenen Vergabearten anknüpft: an das sogenannte **wettbewerbliche Verfahren** (Art 5 Abs 3 PSO) und an die **Sonderverfahren**, für die ein bekanntzumachendes Vergabeverfahren mit mehreren Unternehmern nicht erforderlich ist. Letztere umfassen **Direktvergaben**, die nach der PSO in größerem Umfang als nach dem BVergG möglich sind, die Vergabe an einen **internen Betreiber**, einer PSO-spezifischen Inhouse-Vergabe, und **Zusatzaufträge**.

(16)

Ausweislich des § 151 Abs 2 Satz 2 BVergG bleibt die Anwendbarkeit der die Voraussetzungen dieser Sonderverfahren regelnden Bestimmungen der PSO **unberührt**. Das heißt im Klartext: Der öffentliche Auftraggeber, der Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen vergeben will, prüft und **entscheidet nach der PSO**, ob die Voraussetzungen für ein **Sonderverfahren** (zB für eine Direktvergabe) gegeben sind.

(17)

Sind diese Voraussetzungen nicht gegeben, darf er den Schienenpersonenverkehrsdienst nur in einem **wettbewerblichen Verfahren** nach der PSO vergeben oder er vergibt, obwohl die Voraussetzungen für ein Sonderverfahren gegeben sind, freiwillig im wettbewerblichen Verfahren.

(18)

Sind die Voraussetzungen für ein Sonderverfahren nach der PSO gegeben und wählt der Auftraggeber ein Sonderverfahren (zB die Direktvergabe), führt er das Vergabeverfahren nach den Vorschriften über das jeweilige **Sonderverfahren gemäß PSO** durch; er muss aber dabei zwar nur **wenige**, aber doch einzelne **Vorschriften des BVergG** beachten (§ 151 Abs 2, Satz 2 BVergG).

(19)

Muss der Auftraggeber das wettbewerbliche Verfahren wählen oder wählt er es freiwillig, führt er das Vergabeverfahren nach den Vorschriften über das

wettbewerbliche Verfahren gemäß PSO durch. Da dort das wettbewerbliche Verfahren jedoch nur im "Grundsätzlichen" geregelt ist (Art 5 Abs 3 PSO), bindet ihn § 151 Abs 2, Satz 1 BVergG an die Einhaltung einer Vielzahl von Vorschriften des BVergG.

(20)

Pointiert lässt sich sagen: Für die Entscheidung, ob die Schienenpersonenverkehrsleistung in einem wettbewerblichen Verfahren oder in einem Sonderverfahren ohne Wettbewerb vergeben wird, genießt die **PSO den Vorrang**. Je nachdem wie sie danach getroffen wird, hat dies die Anwendung von Vorschriften des BVergG in unterschiedlichem Ausmaß zur Folge. In jedem Fall besteht aber Rechtsschutz nach dem 4. Teil des BVergG (§ 151 Abs 2 BVergG), bezüglich der Inanspruchnahme eines Sonderverfahrens ohne Wettbewerb freilich nur hinsichtlich der Wahl dieser Vergabeart (§ 2 Z 15 lit a), gg) BVergG).

(21)

Wählt der Auftraggeber ein Sonderverfahren ohne Wettbewerb nach der PSO (zB die Direktvergabe) hat er dabei neben den Vorschriften der PSO **nur** die in § 151 Abs 2 Satz 2 BVergG **taxativ** genannten Bestimmungen des BVergG anzuwenden. In Satz 2 sind die Bestimmungen des § 151 Abs 3 - 9 BVergG **nicht** genannt.

Daraus folgt, dass die als Grundprinzip für die Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdiensten im Ober- und Unterschwellenbereich (die Grenze liegt bei 221.000,-- Euro) anmutende Regelung, wonach Schienenpersonenverkehrsleistungen in einem Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung mit mehreren Unternehmen zu vergeben sind, überhaupt **nur** dann **gilt**, wenn nach der PSO das **wettbewerbliche Verfahren** gewählt wurde. Für diesen Fall gilt dann auch § 151 Abs 3 BVergG, wonach der Auftraggeber ein solches Vergabeverfahren grundsätzlich **frei gestalten** kann, aber nicht muss, er also auch einen im BVergG **vorgesehenen Verfahrenstypus** wählen kann (zB ein Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung), was freilich zur Folge hat, dass der Auftraggeber die für diesen Verfahrenstyp geltenden Vorschriften einzuhalten hat (auch wenn sie in § 151 Abs 1 Satz 1 BVergG nicht genannt sind).

III. Die im wettbewerblichen Verfahren nach der PSO anwendbaren Bestimmungen des BVergG

(22)

Die im wettbewerblichen Verfahren nach der PSO anzuwendenden Vorschriften des BVergG zählt § 151 Abs 2 Satz 1 taxativ auf.

(23)

Neben dem – wie schon erwähnt – 4. Teil (Rechtsschutz) und dem 1. Teil, woraus ua die Maßgeblichkeit der Definitionen des § 2 BVergG folgt, sowie dem 6. Teil (Straf-, Schluss- und Übergangsbestimmungen), sind die **Abs 3 - 5** und **7 - 9** des **§ 151** BVergG anzuwenden. Diese beziehen sich auf die Gestaltungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers bei der wettbewerblichen Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen, auf den Grundsatz der Vergabe in einem bekanntzumachenden Verfahren mit mehreren Unternehmern, auf die Mitteilung der Zuschlagsentscheidung hinsichtlich Inhalt und ausnahmsweiser Verzichtbarkeit, auf die Stillhaltefrist und das Zuschlagsverbot während dieser und auf den Widerruf des wettbewerblichen Vergabeverfahrens.

(24)

Geltung besitzen weiters der Auftraggeberbegriff des § 4 Abs 1, die Definition des Dienstleistungsauftrages und seine Abgrenzung zu Liefer- und Dienstleistungsaufträgen nach Anhang XVI (besondere Dienstleistungen), die das Gesetz trotz weitgehender Parallelregelung in § 151 BVergG von den Schienenpersonenverkehrsdienstleistungsaufträgen unterscheidet sowie die maßgeblichen Schwellenwertregelungen (§ 4 Abs 1, § 7, § 8, § 12 Abs 1 Z 1 und 3 und Abs 3).

(25)

Im wettbewerblichen Verfahren sind weiters anzuwenden die Vergabegrundsätze des § 20 Abs 1 - 4 und – wenig sinnvoll – das Umgehungsverbot des § 20 Abs 9 BVergG sowie die allgemeinen Bestimmungen über Bewerber und Bieter, über die gemeinsame Auftragsvergabe mehrerer öffentlicher Auftraggeber und – ganz sinnlos – der

Auftragsvorbehalt zugunsten sozialer und beruflicher Integration (§§ 21 - 23) und zur Verwendung der CPV-Nomenklatur (§ 30).

(26)

Darüber hinaus gelten für das wettbewerbliche PSO-Verfahren die Vorschriften des BVergG über die Berechnung der Fristen und deren Bemessungsgrundsätze (§§ 67, 68), über die Ausschlussgründe (§ 78), über den Zeitpunkt des Vorliegens der Eignung (§ 79), über die Eigenerklärung und das Verlangen von Eignungsnachweisen (§ 80 Abs 1 - 5), über den Nachweis der beruflichen Zuverlässigkeit, der finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit (§§ 81 - 86), über die Grundsätze der Ausschreibung (§ 88) und über den Inhalt der Ausschreibungsunterlagen (§ 91 Abs 1 - 8), über die Einhaltung arbeits-, sozial- und umweltrechtlicher Bestimmungen (§ 93), über die Zuschlagsprinzipien (§ 142), über das Ende des Vergabeverfahrens (§ 146 Abs 1) und über das "Einschlafenlassen" des Vergabeverfahrens (§ 150 Abs 9).

(27)

Wichtiger als die vorher genannten Verweise auf das BVergG ist, dass die in § 151 Abs 2 Satz 1 genannten Verweisungen auch die **Bekanntmachungsvorschriften** des BVergG enthalten (§ 50 Abs 1 Z 2, § 52, § 56, § 61 Abs 1). Daraus folgt, dass sich die **Verpflichtung** zur Veröffentlichung des wettbewerblichen Verfahrens und die **Inhalte** der Veröffentlichung aus der PSO, die **Modalitäten der Veröffentlichung** aber durch Verweis auf die einschlägigen Bestimmungen des BVergG ergeben, einschließlich der Vorschrift, dass der vergebene Auftrag dem Amt für Veröffentlichung binnen 30 Tagen nach Zuschlagserteilung mitzuteilen ist. Die Erl zur RV verweisen für diese Bekanntmachungen auf die zu verwendenden Standardformulare.

(28)

Der Systematik des BVergG folgend, das im 5. Teil Verpflichtungen nach Zuschlagserteilung und zivilrechtliche Bestimmungen enthält, werden daraus auch für das wettbewerbliche Verfahren nach der PSO die Bestimmungen über die Verpflichtung zur vorzeitigen Beendigung unionsrechtswidriger Verträge (§ 366), die **Schadenersatzregelungen** einschließlich der Zuständigkeit für die Geltendmachung von Schadenersatzansprüchen und deren Voraussetzungen

(§§ 369, 373) und die damit in Zusammenhang stehenden Folgeregelungen (§§ 370 - 372, 374) für anwendbar erklärt.

(29)

Die Inhalte der vorstehend geschilderten verwiesenen Regelungen der BVergG sind in der PSO für das wettbewerbliche Verfahren nicht einmal ansatzweise enthalten. Letztlich kann man sagen, dass das wettbewerbliche Verfahren nach der PSO durch die Verweise auf das BVergG stärker formalisiert wurde.

IV. Die für die Sonderverfahren anwendbaren Bestimmungen des BVergG

(30)

Für die Sonderverfahren ohne Wettbewerb, namentlich für die Direktvergabe, nach der PSO gelten neben den Bestimmungen der PSO, welche die Voraussetzungen für die Zulässigkeit dieser Sonderverfahren enthalten, gemäß § 151 Abs 2 Satz 2 BVergG, der 4. Teil betreffend den Rechtsschutz sowie aus dem 1. Teil § 1 (Regelungsgegenstand) und § 2 (Definitionen).

(31)

Darüber hinaus ordnet die taxative Aufzählung die Anwendbarkeit der Vorschrift über die Bekanntgabe des zugeschlagenen Auftrags (§ 61 Abs 1), über den "Korrekturmechanismus" (§ 358) und über die Verpflichtung zur vorzeitigen Beendigung unionsrechtswidriger Verträge (§ 366) an.

(32)

Bezüglich der Bekanntgabe des zugeschlagenen Auftrags ist darauf hinzuweisen, dass sich der Bekanntmachungsinhalt aus Art 7 Abs 3 PSO und dem einschlägigen EU-Standardformular ergibt, während § 61 Abs 1 das einschlägige Publikationsmedium für Bekanntmachungen auf Unionsebene beisteuert. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass § 61 Abs 1 BVergG den Zeitpunkt, bis zu dem der zugeschlagene Auftrag bekanntzugeben ist, erheblich vorverlegt. Müssen die Bekanntgaben nach Art 7 Abs 3 PSO innerhalb eines Jahres nach Auftragsvergabe erfolgen, hat sie nach § 61 Abs 1 BVergG innerhalb von 30 Tagen nach Zuschlagserteilung zu erfolgen.

V. Die Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen nach Art 5 Abs 6 und/oder nach Art 5 Abs 4a PSO

(33)

Dieser letzte Untertitel unseres Vortrags ist auf den ersten Blick verwirrend. Kann man nun **entweder** nach Art 5 Abs 6 **oder** nach Art 5 Abs 4a direkt vergeben oder **sowohl** nach dem Tatbestand des Abs 6 **als auch** nach dem Tatbestand des Abs 4a direkt vergeben?

(34)

Beides ist möglich und spiegelt die wechselvolle Geschichte dieses Tatbestands wider.

(35)

Zunächst schien alles einfach und klar:

Mit Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 (PSO) am 03.12.2009 konnten Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen nach Art 5 Abs 6 PSO direkt vergeben werden.

(36)

Schon damals waren von dieser Möglichkeit der Direktvergabe andere schienengestützte Verkehrsträger wie Untergrund- oder Straßenbahnen ausgeschlossen. Darauf gehe ich hier nicht näher ein. Denn diese Ausnahme besteht unverändert fort.

(37)

Interessant ist, dass diese bereits bei ihrer Einführung durchaus umstrittene Möglichkeit, durch Direktvergabe jeglichen Wettbewerb auszuschließen, an keine in der PSO genannte sachliche Voraussetzung geknüpft war.

(38)

Dementsprechend ist es auch in Österreich einhellige Judikatur¹, dass die in der PSO für die Direktvergabe genannten Voraussetzungen lediglich sind:

- Es handelt sich um öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnverkehr.
- Die Höchstlaufzeit von zehn Jahren wird nicht überschritten.
- Diese Direktvergabe ist nach nationalem Recht nicht untersagt.

(39)

Die letztgenannte Voraussetzung schuf Österreich bei Inkrafttreten der PSO durch die Novelle des § 141 Abs 3 BVergG 2006, der – ebenfalls bestätigt durch die vorgenannte Judikatur – trotz seiner durchaus unglücklichen Formulierung eine solche „**Nichtuntersagung**“ der Direktvergabe bewirkt.

(40)

Dass im Tatbestand dieser Direktvergabemöglichkeit die einzige sachliche Voraussetzung die **Art** der Dienstleistung betrifft (Eisenbahnverkehrsdienstleistung), ist freilich kein Freibrief für Willkürentscheidungen.

(41)

Gerade weil die Judikatur (zutreffend) darauf abstellt, dass es sich bei der „Wahl der Direktvergabe um eine **Ermessensentscheidung** des Auftraggebers“² handelt, ist Willkür ausgeschlossen. Denn Ermessensausübung ist der Behörde stets nur im Rahmen **plichtgemäßen** Ermessens gestattet.

(42)

Dass Art 6 Abs 5 PSO jedoch keine Parameter für die Ausübung dieses Ermessens enthält, war den Verfechtern des Wettbewerbsprinzips wohl stets ein Dorn im Auge.

¹ Vgl. VwGH 11.12.2013, 2012/04/0082; BVwG 29.09.2016, W187 2131055-2 uva.

² BVwG 29.09.2016, W187 2131055-2.

Dementsprechend war in den Vorschlägen zur Änderung der PSO im vierten Eisenbahnpaket³ zunächst vorgesehen, diese Möglichkeit der Direktvergabe ersatzlos zugunsten der wettbewerblichen Vergabe abzuschaffen.

Diese Position ist zwar in mehreren Vorschlägen dokumentiert – hat sich jedoch in der Folge nicht durchgesetzt.

(43)

Selbst der gegenüber einer Abschaffung der Direktvergabe deutlich abgeminderte Ansatz, dass auch bei Eisenbahnverkehrsdienstleistungen das **wettbewerbliche Verfahren der Regelfall** und die **Direktvergabe** nur unter strikten, restriktiv auszulegenden Kriterien **als Ausnahmefall** zulässig sei, lässt sich höchstens in Ansätzen in den Erwägungsgründen der Änderungsverordnung zur PSO finden – nicht jedoch im Verordnungstext selbst.

(44)

Dort wurde vielmehr mit dem neu geschaffenen Abs 4a des Art 5 eine „leistungsbasierte Direktvergabe“ eingeführt, die **gleichwertig** neben die Möglichkeit wettbewerblicher Vergabe tritt.

(45)

Auch hier liefert die Entstehungsgeschichte der Norm die Argumente gegen die These, auch bei Eisenbahnverkehrsdienstleistungen gelte der Vorrang wettbewerblicher Vergabe.

Denn zunächst war – etwa in der Ratsarbeitsgruppe Landverkehr in einer noch im Februar 2016 erörterten „road map“ – vorgesehen, dass unter der Annahme des Inkrafttretens der Änderungsverordnung im Jänner 2017 Art 5 am 03.12.2019 in Kraft tritt – **mit Ausnahme** des neuen, hier gegenständlichen Art 5 Abs 4a.

³ 12243/15 vom 01.10.2015.

Statt Abs 4a sollte die bisherige Bestimmung des Art 5 Abs 6 unverändert bis Jänner 2027 (nach damaligem Zeitplan) **in Kraft bleiben**, erst mit Jänner 2027 entfallen und **zugleich** durch Art 5 Abs 4a ersetzt werden.

(46)

Parallel dazu war vorgesehen, dass die Entscheidung für die Wahl der Direktvergabe nach Art 5 Abs 6 abhängig gemacht werden sollte von der **positiven Bewertung** dieser Entscheidung durch einen **unabhängigen Dritten**.

(47)

Nichts davon – weder das Konzept der Ablöse der nur an pflichtgemäßes Ermessen gebundenen Direktvergabeentscheidung nach Abs 6, noch die Bindung dieser Entscheidung an die positive Bewertung durch einen unabhängigen Dritten – hat sich in der Folge im Gesetzgebungsprozess durchgesetzt.

(48)

Die Bindung der Entscheidung zur Direktvergabe nach Abs 6 an die positive Bewertung durch einen unabhängigen Dritten wurde vollständig fallen gelassen.

(49)

Statt der Ablöse des Abs 6 durch Abs 4a kam die Lösung einer jahrelangen **Parallelgeltung** beider Tatbestände.

VI. Freie Wahl des Tatbestands der Direktvergabe und sachliche Anforderungen an die Entscheidung

(50)

Mit Inkrafttreten der Änderungsverordnung am 24.12.2017 gilt daher:

Die Änderungen des Art 5 treten mit **03.12.2019** in Kraft. Damit tritt auch Art 5 Abs 4a mit 03.12.2019 in Kraft, sodass nach diesem Tatbestand direkt vergeben werden kann.

Weiterhin **unverändert**, also über den 03.12.2019 hinaus, bleibt jedoch auch der schon bisher vorhandene Direktvergabetatbestand des **Abs 6 erhalten**.

Abs 6 tritt erst sechs Jahre nach Inkrafttreten der PSO, sohin mit Ablauf des **24.12.2023**, außer Kraft.

Damit haben wir zwischen dem 03.12.2019 und dem 24.12.2023 – also immerhin für vier Jahre – einen **Parallellauf beider Direktvergabetatbestände**.

(51)

Im Ergebnis kann es sich daher der öffentliche Auftraggeber **aussuchen**, ob er nach Abs 6 oder nach der neuen Bestimmung des Abs 4a direkt vergeben will.

Hinweise für eine vom öffentlichen Auftraggeber zu beachtende Präferenz bei dieser Entscheidung lassen sich weder aus der PSO noch aus den Materialien ableiten.

So spricht es auch für die Freiheit des Auftraggebers, den einen oder anderen Tatbestand zu wählen, wenn in verschiedenen Ratsdokumenten⁴ zu diesem „Parallellauf“ der Regelungen lediglich ausgeführt wird, dass der Auftraggeber allenfalls motiviert sein könnte, nach der neuen Bestimmung des Abs 4a zu vergeben, weil er dann die Möglichkeit der Verlängerung der Maximaldauer der Leistungsfrist von zehn Jahren um bis zu 50 % habe – was bei der Direktvergabe nach Abs 6 nicht der Fall sei⁵.

(52)

Ausgehend von diesem Zwischenergebnis, dass bis zum Ablauf des **24.12.2023** für die Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen die **nur durch das Willkürverbot** eingeschränkte Möglichkeit der Direktvergabe nach Art 5 **Abs 6** besteht, **alternativ dazu** der Auftraggeber jedoch seine

⁴ Vgl. 6849/16 vom 11.04.2016.

⁵ Diese Schlussfolgerung lässt sich nur über den Umweg der Übergangsregelungen aus der PSO ableiten. Denn nach den Übergangsregelungen des Art 8 in der Fassung der Änderungsverordnung ist die für Art 5 Abs 4a geltende Durchbrechung der maximalen Laufzeit von zehn Jahren im Sinne des Art 4 Abs 4 für Art 5 Abs 6 nicht mehr vorgesehen.

Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen auf die neu geschaffene Bestimmung des **Abs 4a** stützen kann, werden die sachlichen Voraussetzungen dieses letztgenannten Tatbestandes kurz dargestellt:

(53)

Vorauszuschicken ist, dass der erste Anschein, eine an bestimmte sachliche Voraussetzungen geknüpfte Direktvergabemöglichkeit sei „**restriktiver**“ als ein Tatbestand, der solche Voraussetzungen nicht enthält, im vorliegenden Fall zu kurz greift.

(54)

Denn nach dem hier vertretenen Standpunkt ist es auch bei einer Direktvergabe nach Abs 6 so, dass der Auftraggeber **sachliche Gründe** haben muss, aus denen er direkt vergibt. Dass ihm die PSO **keine bestimmten** sachlichen Gründe vorgibt, ist **Erleichterung** und **Erschwernis** zugleich. Denn die **Freiheit**, nicht an bestimmte Entscheidungskriterien gebunden zu sein, wird erkaufte mit dem **Risiko**, diese Entscheidung auf Gründe zu stützen, die der Gefahr ausgesetzt sind, letztlich als unsachlich und damit gegen das Willkürverbot verstoßend, beurteilt zu werden.

(55)

Daher ist es auch ganz zutreffend, dass etwa das BVwG in eben jener oben zitierten Entscheidung⁶, in der das BVwG einerseits ausführt, dass Art 6 Abs 5 PSO „keine Parameter für die Ausübung dieses Ermessens enthält“ in der Folge⁷ ausführlich jene **sachlichen Gründe** erörtert, die im vorliegenden Fall belegen, dass die Behörde im Rahmen **pflichtgemäßen Ermessens**, also weder unsachlich noch willkürlich, die Direktvergabe gewählt hatte.

(56)

Auf eine weitere „sachliche Anforderung“ an die Direktvergabe wird gleich unten, nach Darstellung der Tatbestandselemente des Abs 4a eingegangen, die davor wie folgt zusammengefasst werden:

⁶ 29.09.2016 W187 2131055-2.

⁷ Unter den Punkten 3.3.2.3, 3.3.2.4 und 3.3.2.5.

(57)

Gemäß Abs 4a lit a sind die „strukturellen und geographischen Merkmale des Marktes und des betreffenden Netzes“ heranzuziehen.

Im Ergebnis ist dies nichts anderes als der Kernbereich der Begründung einer sachlichen Rechtfertigung einer Direktvergabe. Wenn der von der konkreten Vergabe betroffene Markt und das von dieser Vergabe betroffene Netz keine Argumente liefern, die für eine Direktvergabe sprechen, also vielmehr Argumente liefern, die für eine Vergabe im Wettbewerb sprechen, dann wäre die gegenteilige Entscheidung, sohin die Entscheidung für die Direktvergabe, offensichtlich unsachlich.

(58)

Gleiches gilt für das zweite Kriterium nach Abs 4a lit b, wonach der direkt zu vergebende Auftrag zu einer **Verbesserung** der Qualität der Dienste oder der Kosteneffizienz im Vergleich zum zuvor vergebenen öffentlichen Dienstleistungsauftrag führen muss.

Auch hier liegt es auf der Hand, dass eine Direktvergabe, die zu einer „Verschlechterung“ von Kosten oder Qualität führt, sachlich nicht zu rechtfertigen sein wird. Selbst bei einem „Gleichstand“ wird es wohl der Argumentation bedürfen, dass vom Wettbewerb keine Verbesserung zu erwarten sei.

(59)

Im Ergebnis meinen wir daher, dass die in Art 5 Abs 4a genannten Kriterien gerade jenen Kernbereich sachlicher Argumentation für die Direktvergabe abdecken, der schon bisher nach Abs 6 gefordert war.

(60)

Wir sehen daher die Neueinführung des Abs 4a auch dann, wenn er 2023 den Abs 6 verdrängt, **nicht als Restriktion bei der Wahl der Direktvergabe.**

Das erscheint uns auch deshalb erwähnenswert, weil es die These bestärkt, dass die in Art 5 vorgesehene Möglichkeit der Direktvergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen keine (restriktiv auszulegende)

Ausnahme gegenüber dem Primat des Wettbewerbs ist, sondern eine **gleichwertig** neben wettbewerblicher Vergabe stehende Vergabemöglichkeit.

(61)

Abschließend zu diesem Unterpunkt ist festzuhalten, dass – soweit zu sehen – in Fällen der Direktvergabe von Eisenbahnverkehrsdienstleistungen weder eine österreichische Rechtschutzbehörde noch der VwGH bisher die Zulässigkeit der Direktvergabe verneint hätte – wenngleich es Entscheidungen gibt, in denen die betreffende Vorinformation sehr wohl für nichtig erklärt wurde.

VII. Inhaltliche Anforderung an die Leistungsbeschreibung

(62)

Für nichtig erklärt wurden etwa eine Vorinformation über eine beabsichtige Direktvergabe vor dem UVS Oberösterreich⁸, ebenso wie eine vor dem Landesverwaltungsgericht Wien bekämpfte Vorinformation⁹. In beiden Fällen scheiterte die Vorinformation **nicht an der Wahl der Direktvergabe**, sondern daran, dass die in der Vorinformation beschriebenen **Leistungen nicht** hinreichend **spezifiziert** waren.

(63)

Zutreffend verweist die vorgenannte Judikatur darauf, dass es nach Erwägungsgrund 29 Zweck der Verpflichtung zur Veröffentlichung dieser Vorinformation sei, dass „potentielle Betreiber eines öffentlichen Dienstes darauf reagieren können“.

(64)

Damit kann nichts anderes gemeint sein, als dass – wie das LVwG Wien ausführt – „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

⁸ UVS Oberösterreich vom 24.05.2012, VwSen-550598/19/KI/TK/BRE, diese bestätigend VwGH 11.11.2013, ZI. 2012/04/0082.

⁹ LVwG Wien 18.02.2015 VGW-123/061/34871/2014.

können“¹⁰. Daher hat der Auftraggeber bei Vorinformation über die beabsichtigte Direktvergabe den potentiellen Interessenten/Bietern in dieser Veröffentlichung „jene Informationen zur Verfügung zu stellen ... , die diese benötigen, um sich mit einem Angebot ins Spiel bringen zu können“¹¹.

(65)

Da in beiden Fällen in der Vorinformation jene Schienenverkehrsdienstleistungen, welche direkt vergeben werden sollten, nicht hinreichend detailliert beschrieben waren, hatte der Auftraggeber gegen diese Verpflichtung zur hinreichenden Information des „Marktes“ verstoßen und war die Vorinformation für nichtig zu erklären.

(66)

Da ich im vorgenannten Verfahren vor dem UVS Oberösterreich nach Veröffentlichung der bekämpften Vorinformation beigezogen worden war, erlaube ich mir den Hinweis, dass wir damals (noch während des laufenden Verfahrens) eine neue Vorinformation geschaltet haben, welche die zur Direktvergabe vorgesehenen Eisenbahnverkehrsdienstleistungen detailliert – auf Basis eines Musterfahrplans – beschrieb, diese Vorinformation bestandfest wurde und die entsprechend der zweiten Vorinformation dann durchgeführte Direktvergabe ebenfalls rechtswirksam zugeschlagen wurde.

¹⁰ Ebenso UVS ÖÖ vom 24.05.2012, VwSen-550598/19/KI/TK/BRE.

¹¹ LVwG Wien 18.02.2015 VGW-123/061/34871/2014.