

Wien, am 31.03.2023
WS/Land NÖ RU7

Rechtliche Stellungnahme zur Umformung der bestehenden Kraftfahrlinienverkehre in der Ost-Region in bedarfsgesteuerte Verkehre samt Evaluierung der Gestaltungsmöglichkeiten

1. Management Summary

Die teilweise Umformung von bereits beauftragten Kraftfahrlinienverkehren der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH auf bedarfsbesteuerte Verkehre (VOR Flex) über den jeweils vertraglich vereinbarten Änderungsrahmen hinaus ist auch dann vergaberechtlich unzulässig, wenn Teile der Leistung nicht einfach zurückgenommen, sondern auf Bedarfsverkehre umgeändert werden.

Eine Änderung der bestehenden Kraftfahrlinienverkehre auf bedarfsgesteuerte Verkehre ist nur innerhalb der gesetzlichen Bagatellgrenze denkbar, somit in jenen Fällen, in denen die bestehenden Kraftfahrlinienverkehre im zulässigen Ausmaß von maximal 10% der gesamten Auftragssumme über die Gesamtvertragslaufzeit reduziert und zugleich anderweitig bedarfsgesteuerte Verkehre auf die reduzierten Gebiete ausgeweitet werden – unabhängig davon, ob letztere erst beschafft oder, sofern diese bereits bestehen, im rechtlich zulässigen Ausmaß (in der Regel in Höhe von 10% der gesamten Auftragssumme) ausgeweitet werden.

Es besteht die Möglichkeit, unter bestimmten im Detail festzulegenden engen Grenzen, die bereits beauftragten Kraftfahrlinienverkehre in Rufbusverkehre umzuformen, wobei die letztgenannten Verkehre nur innerhalb des konzessionierten Streckensystems betrieben werden können und nicht auf einer beliebigen Strecke von einer Sammelhaltestelle zu einer beliebigen anderen Sammelhalte innerhalb eines Bediengebietes fahren dürfen.

2. Sachverhalt

In der Ost-Region werden in zahlreichen seitens der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH festgelegten Ausschreibungsgebieten Linienverkehre mit Omnibussen im Auftrag der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH betrieben. Diese Linienverkehre wurden im Wege von Vergabeverfahren nach dem Bundesvergabegesetz 2006 bzw. dem Bundesvergabegesetz 2018 durch die Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH beauftragt und bedürfen einer Konzession nach § 1 Abs 3 KfLG.

In den meisten Ausschreibungsgebieten für Kraftfahrlinienverkehre der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH wurden keine integrierten regionalen Mikro-ÖV-Angebote berücksichtigt. In den bestehenden Leistungsvereinbarungen mit den Kraftfahrlinienunternehmen finden sich Bestimmungen über mögliche Leistungsänderungen, die einseitig von der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH vorgegeben werden können. Diese Leistungsänderungen umfassen die Reduktion oder Erweiterung von Leistungen.

Auszugsweise werden diese Bestimmungen über einseitige Leistungsänderungen aus unterschiedlichen Ausschreibungsgebieten dargestellt:

Leistungsvertrag Linienverkehr Hollabrunn (2015)

*„Leistungsänderungen (Saldo aus Mehr- und Minderleistungen) **bis** zu einem Ausmaß von **15 % der Jahresfahrplankilometer** (bezogen auf die Jahresfahrplankilometer gemäß Anlage./2 Leistungsbeschreibung) - haben keine Auswirkungen auf das Entgelt. Solche Leistungsänderungen können von VOR einseitig abgerufen werden. Sollte VOR von diesem Recht Gebrauch machen, wird der AN so rechtzeitig davon informiert, dass ihm für die Vornahme allenfalls erforderlicher Dispositionen ausreichend Zeit bleibt.*

***Leistungsänderungen ab einem Ausmaß von über 15 % der Jahresfahrplankilometer** bedürfen einer einvernehmlichen Anpassung des Leistungsentgelts unter Anwendung und Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen des AN gemäß Preisblatt (Beilage ./ 12).“*

Leistungsvertrag Linienverkehr Waldviertel (2018)

*„**Leistungsausweitungen bis** zu einem Ausmaß von **15 % der Jahresfahrplankilometer** sowie **Leistungsreduktionen bis** zu einem Ausmaß von **10 % der Jahresfahrplankilometer** (jeweils bezogen auf die Jahresfahrplankilometer gemäß Anlage./2 Leistungsbeschreibung) haben*

keine Auswirkungen auf die Entgeltsätze. Solche Leistungsänderungen können vom AG einseitig abgerufen werden. Sollte der AG von diesem Recht Gebrauch machen, wird der AN so rechtzeitig davon informiert, dass ihm für die Vornahme allenfalls erforderlicher Dispositionen ausreichend Zeit bleibt.

Leistungsausweitungen ab einem Ausmaß von über 15 % der Jahresfahrplankilometer bzw Leistungsreduktionen über 10% der Jahresfahrplankilometer bedürfen einer einvernehmlichen Anpassung des Leistungsentgelts unter Anwendung und Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen des AN gemäß Preisblatt (Beilage ./4).“

Leistungsvertrag Linienverkehr Südraum (2021) / Ostbahnshuttle (2022)

*„**Leistungsausweitungen sowie Leistungsreduktionen bis zu einem Ausmaß von 10 % der Jahresfahrplankilometer** (jeweils bezogen auf die Jahresfahrplankilometer gemäß Losbeschreibung in der Leistungsbeschreibung) haben **keine** Auswirkungen auf die Entgeltsätze. Solche Leistungsänderungen können vom AG einseitig abgerufen werden. Sollte der AG von diesem Recht Gebrauch machen, wird der AN so rechtzeitig davon informiert, dass ihm für die Vornahme allenfalls erforderlicher Dispositionen ausreichend Zeit bleibt.*

Leistungsänderungen ab einem Ausmaß von über 10 % der Jahresfahrplankilometer bedürfen einer einvernehmlichen Anpassung des Leistungsentgelts unter Anwendung und Offenlegung der Kalkulationsgrundlagen des AN gemäß Preisblatt.“

Sonstige Bestimmungen zur nachträglichen Integration von bedarfsgesteuerten Beförderungsleistungen (Mikro-ÖV) finden sich in diesen Leistungsvereinbarungen nicht.

Die Abrechnung dieser Kraftfahrlinienverkehre erfolgt nach einem im Ausschreibungsverfahren bewerteten Kilometerentgelt anhand der tatsächlich erbrachten Leistungskilometer. Bei den Kraftfahrlinienverkehren ist keine Grundleistungspauschale für die Bereithaltung der Busse, Lenker und sonstigen Betriebsmittel vorgesehen.

Ferner bestehen in der Verkehrsverbund Ost-Region bereits einige bedarfsgesteuerte Verkehre (Mikro-ÖV-Verkehre), sogenannte VOR-Flex-Verkehre, die ebenfalls im Wege von Ausschreibungen nach den einschlägigen Vergabegesetzen vergeben wurden.

Diese bedarfsgesteuerten Verkehre bedürfen lediglich einer Konzession nach § 3 Abs 1 Z 3 Gelegenheitsverkehrsgesetz (Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw – Taxi) und können damit auch von „herkömmlichen“ Taxiunternehmen betrieben werden, die keine Zulassung für die Personenbeförderung mit Omnibussen haben. Die Abrechnung der Leistungen erfolgt über eine Grundpauschale, die dem Betreiber des VOR-Flex-Verkehres jedenfalls monatlich für die Bereithaltung von Fahrzeugen und Lenker zusteht sowie über ein kilometerabhängiges pauschales Entgelt, welches nach tatsächlicher Bedienleistung (ohne Berücksichtigung von Leerkilometern) abgerechnet wird.

3. Fragestellung

Ist es rechtlich zulässig, bereits beauftragte Kraftfahrlinienverkehre der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH teilweise auf bedarfsbesteuerte Verkehre (VOR Flex) über den vertraglich vereinbarten Änderungsrahmen hinaus umzuformen, wenn Teile der Leistung nicht einfach zurückgenommen, sondern auf Bedarfsverkehre umgeändert werden?

4. Rechtliche Stellungnahme

4.1. Anzuwendende Bestimmungen

PSO-Verordnung (VO (EG) 1370/2007):

Artikel 5

Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge

(1) Öffentliche Dienstleistungsaufträge werden 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.

Bundesvergabegesetz BGBl. I Nr. 65/2018:

Änderungen von Verträgen während ihrer Laufzeit

§ 365.

- „(1) Wesentliche Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen während ihrer Laufzeit sind nur nach einer erneuten Durchführung eines Vergabeverfahrens zulässig. Eine Änderung eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung ist wesentlich, wenn sie dazu führt, dass sich der Vertrag oder die Rahmenvereinbarung erheblich vom ursprünglichen Vertrag bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung unterscheidet.
- (2) Unbeschadet des Abs. 3 ist eine Änderung jedenfalls als wesentliche Änderung anzusehen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:
1. mit der Änderung werden Bedingungen eingeführt, die, wenn sie für das ursprüngliche Vergabeverfahren gegolten hätten,
 - a) die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber oder
 - b) die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätten oder
 - c) das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt hätten, oder
 2. mit der Änderung wird das wirtschaftliche Gleichgewicht des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung zugunsten des Auftragnehmers in einer Weise verschoben, die im ursprünglichen Vertrag bzw. der ursprünglichen Rahmenvereinbarung nicht vorgesehen war, oder
 3. mit der Änderung wird der Umfang des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung erheblich ausgeweitet oder verringert, oder
 4. ein neuer Vertragspartner ersetzt den Auftragnehmer, an den der Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, in anderen als den in Abs. 3 Z 3 vorgesehenen Fällen.
- (3) Folgende Änderungen von Verträgen und Rahmenvereinbarungen sind als unwesentliche Änderungen anzusehen:
1. Änderungen der Auftragssumme, sofern sie
 - a) die betreffenden, in § 12 Abs. 1 bzw. § 185 Abs. 1 genannten Schwellenwerte und
 - b) 10% der ursprünglichen Auftragssumme bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen bzw. 15% der ursprünglichen Auftragssumme bei Bauaufträgennicht übersteigen. Der Gesamtcharakter des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung darf sich aufgrund der Änderungen nicht verändern. Im Falle mehrerer aufeinander folgender Änderungen wird deren Wert auf der Grundlage des kumulierten Nettowertes der aufeinander folgenden Änderungen bestimmt.

2. *Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln vorgesehen sind. Diese Klauseln müssen Angaben zu Umfang und Art der möglichen Änderungen oder Optionen sowie zu den Bedingungen enthalten, unter denen sie zur Anwendung gelangen können, und dürfen keine Änderungen oder Optionen vorsehen, die den Gesamtcharakter des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung verändern würden.*

3. *Wenn ein neuer Vertragspartner den Auftragnehmer ersetzt, an den der Auftraggeber den Auftrag ursprünglich vergeben hatte, aufgrund*

a) *einer eindeutig formulierten Vertragsänderungsklausel gemäß Abs. 3 Z 2 oder*

b) *der Tatsache, dass ein anderer Unternehmer, der die ursprünglich festgelegten Eignungskriterien erfüllt, im Zuge einer Unternehmensumstrukturierung – einschließlich Übernahme, Fusion, Erwerb oder Insolvenz – ganz oder teilweise an die Stelle des ursprünglichen Auftragnehmers tritt, sofern dies keine weiteren wesentlichen Änderungen des Vertrages zur Folge hat und nicht dazu dient, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen, oder*

c) *der Tatsache, dass der Auftraggeber selbst die Verpflichtungen des Auftragnehmers gegenüber dessen Subunternehmern übernimmt.*

4. *Änderungen, die unabhängig von ihrem Wert nicht als wesentliche Änderung im Sinne der Abs. 1 und 2 anzusehen sind.*

5. *Zusätzliche Leistungen des ursprünglichen Auftragnehmers, die erforderlich geworden sind und nicht in den ursprünglichen Ausschreibungsunterlagen vorgesehen waren, wenn ein Wechsel des Auftragnehmers*

a) *aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen nicht erfolgen kann und*

b) *mit erheblichen Schwierigkeiten oder beträchtlichen Zusatzkosten für den Auftraggeber verbunden wäre.*

6. *Bei Vorliegen folgender Voraussetzungen:*

a) *die Änderung wurde aufgrund von Umständen erforderlich, die ein seiner Sorgfaltpflicht nachkommender Auftraggeber nicht vorhersehen konnte, und*

b) *der Gesamtcharakter des Auftrages verändert sich aufgrund der Änderung nicht.*

Sofern es sich um Verträge und Rahmenvereinbarungen handelt, die nach Durchführung eines Verfahrens gemäß den Bestimmungen des 2. Teiles dieses Bundesgesetzes abgeschlossen wurden, darf im Fall der Z 5 oder 6 der Gesamtwert der zusätzlichen Leistungen überdies 50% des Wertes des ursprünglichen Auftrages nicht übersteigen. Werden mehrere aufeinander folgende Änderungen vorgenommen, so gilt dies für den Wert jeder einzelnen Änderung. Derartige aufeinander folgende Änderungen dürfen nicht mit dem Ziel vorgenommen werden, die Anwendung der Vorschriften dieses Bundesgesetzes zu umgehen.

- (4) Der Auftraggeber hat im Oberschwellenbereich die Änderung eines Vertrages oder einer Rahmenvereinbarung gemäß Abs. 3 Z 5 oder 6 gemäß den §§ 61 und 62 oder 231 und 232 bekanntzugeben.
- (5) Enthält der Vertrag eine Indexierungsklausel, so ist für die Berechnung der in Abs. 3 Z 1, 5 und 6 genannten Auftragssumme bzw. des Wertes die angepasste Auftragssumme bzw. der angepasste Wert als Referenzwert heranzuziehen. Enthält der Vertrag keine Indexierungsklausel, so ist für die Berechnung der angepassten Auftragssumme bzw. des angepassten Wertes die durchschnittliche Inflationsrate in Österreich heranzuziehen.“

Kraftfahrlniengesetz - BGBl. I Nr. 203/1999 zuletzt geändert durch BGBl. I Nr. 61/2015 (kurz: „KfIG“):

§ 1. Abs 3 KfIG

„Der innerstaatliche und grenzüberschreitende Kraftfahrlnienverkehr nach Abs. 1 bedarf einer Konzession, der grenzüberschreitende Kraftfahrlnienverkehr, dessen Endhaltestellen auf dem Staatsgebiet von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder Vertragsparteien des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum oder der Schweiz liegen, bedarf einer dieser gleichzuhaltenden Genehmigung.“

§ 2 Abs 5 KfIG

„Sofern es sich nicht um einen Konzessionsantrag für eine Verkehrsleistung gemäß § 1 Abs. 3 in Verbindung mit § 23 Abs. 3 oder für einen grenzüberschreitenden Kraftfahrlnienverkehr handelt, ist der Konzessionsantrag frühestens 12 Monate und spätestens 6 Monate vor dem Beginn des beantragten Gültigkeitszeitraumes zu stellen. Nach Ablauf der Antragsfrist sind wesentliche Änderungen des Konzessionsantrages unzulässig.“

§ 6. KfIG

Weitere Verfahrensvorschriften

„(1) Die Vorschriften des § 5 sind sinngemäß auch in Verfahren über Anträge auf Änderung oder Wiedererteilung von Konzessionen und auf das Koppeln von Kraftfahrlnien (§ 17) sowie weiters in Verfahren über Anträge auf Änderung oder Erneuerung von Genehmigungen anzuwenden.

(2) Sofern sich ein Antrag auf Änderung einer Konzession oder Genehmigung nur auf eine bloß in einer einzigen Gemeinde gelegenen Strecke bezieht, ist im Verfahren nach § 5 Abs. 1 Z 4 und 5 nur die betroffene Gemeinde zu hören.“

§ 7 Abs 1: KfIG

„Die Konzession ist zu erteilen, wenn:

- 1. der Konzessionswerber oder der nach § 10a vorgesehene Verkehrsleiter zuverlässig und fachlich geeignet ist und der Konzessionswerber überdies die entsprechende finanzielle Leistungsfähigkeit besitzt;*
- 2. der Konzessionswerber als natürliche Person die österreichische Staatsbürgerschaft besitzt und das Unternehmen (§ 1 Abs. 2 Z 2) seinen Sitz im Inland hat. Staatsangehörige und Unternehmen anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder einer sonstigen Vertragspartei des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum sind österreichischen Konzessionswerbern gleichgestellt;*
- 4. die Erteilung einer Konzession auch sonst öffentlichen Interessen nicht zuwiderläuft. Dieser Ausschließungsgrund liegt insbesondere dann vor, wenn
 - a) die Kraftfahrlinie auf Straßen geführt werden soll, die sich aus Gründen der Verkehrssicherheit oder wegen ihres Bauzustandes für diesen Verkehr nicht eignen, oder*
 - b) der beantragte Kraftfahrlinienverkehr die Erfüllung der Verkehrsaufgaben durch die Verkehrsunternehmen, in deren Verkehrsbereich (§ 14 Abs. 1, 2 und 4) die beantragte Linie ganz oder teilweise fällt, ernsthaft zu gefährden geeignet ist; dies gilt nicht im Falle der Gefährdung eines Kraftfahrlinienverkehrs, der im Wesentlichen touristischen Zwecken dient, und die Entscheidung über dessen Gefährdung alleine aufgrund der Angaben des konkurrenzten Verkehrsunternehmens wegen der geminderten Rentabilität dieses Kraftfahrlinienverkehrs erfolgen würde, oder*
 - c) der beantragte Kraftfahrlinienverkehr die Erfüllung der Verkehrsaufgaben nicht-kommerzieller Verkehrsdienste (§ 3 Abs. 3 ÖPNRV-G 1999), in deren Verkehrsbereich (§ 14 Abs. 1, 3 und 5) er ganz oder teilweise fällt, ernsthaft beeinträchtigen würde“**

§ 23 Abs 2 und 3 KfLG

- „(1) Werden über das vorgesehene Fahrplanangebot einer Kraftfahrlinie hinaus Kurse bestellt, so hat der Besteller oder die für diesen tätig werdende Stelle die anwendbaren Bestimmungen des Vergaberechts sowie der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 zu berücksichtigen. Wird ein anderer Personenkraftverkehrsunternehmer als der Konzessionsinhaber mit der Durchführung der bestellten Kurse betraut, so ist er vom Konzessionsinhaber mit der Durchführung dieser Kurse zu beauftragen (§ 22 Abs. 3).*
- (2) Die Übertragung der Führung des Betriebes einer Kraftfahrlinie an einen anderen Personenkraftverkehrsunternehmer ist über Antrag des Konzessionsinhabers nur mit Genehmigung der Aufsichtsbehörde zulässig. Die Genehmigung ist zu verweigern, wenn der in Aussicht genommene Betriebsführer den in § 7 Abs. 1 Z 1 und 2 angeführten Voraussetzungen nicht entspricht, oder wenn der Konzessionsinhaber bereits für ein Drittel der ihm konzessionierten Kraftfahrlinien die Führung des Betriebes übertragen hat oder zur Gänze im Auftragsverkehr führen läßt. Der Betriebsführer ist der Aufsichtsbehörde in gleicher Weise wie*

der Konzessionsinhaber verantwortlich; doch tritt an Stelle des Widerrufs der Berechtigung nach § 25 der Entzug der Genehmigung.

- (3) Der Konzessionsinhaber kann andere Personenkraftverkehrsunternehmer sowohl mit der Durchführung einzelner als auch aller zum Betrieb der Kraftfahrlinie erforderlichen Fahrten beauftragen. Die Durchführung von Fahrten im Auftrag des Konzessionsinhabers bedarf der Genehmigung der Konzessionsbehörde, wenn sie alle Kurse betrifft. Umfaßt die Beauftragung nur einzelne Kurse regelmäßig, sind solche Fahrten der Aufsichtsbehörde vom Konzessionsinhaber lediglich anzuzeigen.*
- (4) Die Betriebsführung sowie die Durchführung von Auftragsfahrten ist in den Linienfahrzeugen auf einem Schild kenntlich zu machen, welches entweder hinter der Windschutzscheibe oder an der rechten Seitenfront hinter der ersten Fensterscheibe nach der Vordertüre anzubringen ist. Bei der Durchführung von nicht genehmigungspflichtigen Auftragsfahrten hat der Auftragnehmer im grenzüberschreitenden Kraftfahrlinienverkehr zusätzlich einen Fahrauftrag des Konzessionsinhabers mitzuführen.*
- (5) Der Betriebsführer nach Abs. 2 und der Auftragnehmer nach Abs. 3 sind ohne Zustimmung des Konzessionsinhabers nicht berechtigt, andere Personenkraftverkehrsunternehmer mit der Durchführung der ihnen vom Konzessionsinhaber übertragenen Fahrten zu beauftragen.“*

§ 27 KfIG

„Die Berechtigung erlischt in folgenden Fällen: [...]

6. im Falle der Beendigung des zwischen Besteller und Personenkraftverkehrsunternehmer geschlossenen Vertrages (§ 23 Abs. 4 und 6)“

§ 38 KfIG

Rufbusse und Anrufsammeltaxis

„(1) Der Kraftfahrlinienverkehr mit Rufbussen bedarf einer Konzession nach § 1 Abs. 3. Die Bestimmungen der §§ 17 Abs. 1 erster Satz und 36 Abs. 2 bis 4 finden jedoch keine Anwendung. Auf den Haltestellenzeichen ist ein Hinweis auf die Rufbusbedienung anzubringen.

(1a) Sofern eine bestehende Kraftfahrlinie oder ein Teil derselben als Rufbusverkehr geführt werden soll, ist die gemäß § 1 Abs. 3 erteilte Konzession sinngemäß zu ändern (§ 6).

(2) Dem Taxigewerbe ist das Anwerben von Fahrgästen bei Haltestellen des Kraftfahrlinienverkehrs nicht gestattet, doch dürfen Anrufsammeltaxis diese Haltestellen außerhalb der täglichen Betriebszeiten der Kraftfahrlinien oder mit Billigung des Berechtigten auch während der Betriebszeiten als Abfahrtsstellen benützen.

(3) Im Sinne der Abs. 1 und 2 gelten als

1. *Rufbusse innerstaatliche Kraftfahrlinienverkehre, die*
 - a) *entweder ohne Anmeldung nicht verkehren und nur bei Vorliegen von Anmeldungen über Telefon oder in anderer festgesetzter Art von den erforderlichen Haltestellen ausgehend, die gewünschten Verbindungen innerhalb eines konzessionierten Streckensystems herstellen, oder*
 - b) *ohne Anmeldung fahrplanmäßig nur auf einer bestimmten Grundstrecke des Streckensystems verkehren, bei Vorliegen von Anmeldungen aber von der Grundstrecke abweichen, die erforderliche Haltestelle (Bedarfshaltestelle) bedienen, und danach wieder auf die Grundstrecke zurückkehren und zur Endhaltestelle weiterfahren;*
2. *Anrufsammeltaxis Taxiverkehre, die Fahrgäste nach telefonischer Vorbestellung mit eigens als Anrufsammeltaxi gekennzeichneten Taxis zu festen Abfahrtszeiten von besonders bezeichneten Abfahrtsstellen gegen einen fixen Fahrpreis zu einem gewünschten Fahrziel innerhalb eines vorgegebenen abgegrenzten Betriebsgebietes befördern.“*

§ 39. KfIG

„(1) Kraftfahrlinien dürfen nur mit Linienfahrzeugen betrieben werden, die hinsichtlich ihrer Bauart, Beschaffenheit und Ausrüstung den Bestimmungen dieses Gesetzes sowie den Bestimmungen des KFG 1967, BGBl. Nr. 267, entsprechen. Die Linienfahrzeuge müssen den Anforderungen des Kraftfahrlinienverkehrs Rechnung tragen und sind bei niedrigen Temperaturen ausreichend zu beheizen.

(2) Als Linienfahrzeuge kommen in Betracht:

1. *Omnibusse mit Ausnahme von Oberleitungsomnibussen,*
2. *Omnibusanhänger,*
3. *Gelenkkraftfahrzeuge,*
4. *im innerstaatlichen Kraftfahrlinienverkehr sowie im grenzüberschreitenden Kraftfahrlinienverkehr, der innerhalb der Grenzzone betrieben wird, in Ausnahmefällen auch Fahrzeuge des Personenbeförderungsgewerbes mit Pkw (Taxi) auf Grund besonderer Bewilligung durch die Konzessionsbehörde. Als Grenzzone wird ein Gebiet bezeichnet, das einen Radius von jeweils 30 km ab der Grenzübertrittsstelle umfasst.“*

Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr (kurz: „BZP-VO“, BGBl. Nr. 889/1994 idF BGBl. II Nr. 459/2010)

„Geltungsbereich

§ 1. (1) Die Bestimmungen über die finanzielle Leistungsfähigkeit und die fachliche Eignung gelten für:

1. den Betrieb von Kraftfahrlinien, das Ausflugswagen-(Stadtrundfahrten-)Gewerbe und das mit Omnibussen betriebene Mietwagengewerbe (im weiteren kurz Personenkraftverkehr genannt) und
2. a) das Taxi-Gewerbe,
b) das mit Personenkraftwagen betriebene Mietwagen-Gewerbe sowie
c) das mit Omnibussen ausgeübte Gästewagen-Gewerbe (im weiteren kurz Z 2-Gewerbe genannt).

(2) Die Bestimmungen über die Zuverlässigkeit (§ 8 Kraftfahrliniengesetz, BGBl. I Nr. 203/1999, und § 5 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz 1996, BGBl. Nr. 112) für die in Abs. 1 genannten Verkehre sind für EWR-Angehörige gemäß § 15 zu beurteilen.“

„Finanzielle Leistungsfähigkeit

Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit

§ 2. (1) Bei der Beurteilung der finanziellen Leistungsfähigkeit hat die zuständige Behörde insbesondere zu berücksichtigen:

1. den letzten Jahresabschluss des Unternehmens, falls ein solcher erstellt wurde;
2. die verfügbaren Mittel einschließlich Bankguthaben, mögliche Überziehungskredite und Darlehen;
3. als Sicherheit für das Unternehmen verfügbare Guthaben und Vermögensgegenstände;
4. die Kosten einschließlich der gesamten Anschaffungskosten und der Anzahlungen für Fahrzeuge, Grundstücke und Gebäude, Anlagen und Ausrüstungen sowie
5. das Betriebskapital.

(2) Das Unternehmen muss jedenfalls über Eigenkapital und unversteuerte Rücklagen verfügen, die sich

1. für den **Personenkraftverkehr** auf mindestens 9 000 Euro für das erste und auf mindestens 5 000 Euro für jedes weitere Fahrzeug belaufen, und
2. für die **Z 2-Gewerbe** auf mindestens 7 500 Euro (103 202,25 S) für jedes Fahrzeug belaufen.

(3) Für die Berechnung nach Abs. 2 sind hinsichtlich des Kraftfahrlinienverkehrs die einzusetzenden bzw. eingesetzten Fahrzeuge und hinsichtlich des Gelegenheitsverkehrs die beantragten bzw. die von der Konzession umfassten Fahrzeuge heranzuziehen.“

„Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit

§ 3. (1) Die finanzielle Leistungsfähigkeit ist für den **Personenkraftverkehr** durch Vorlage eines Gutachtens einer Bank oder eines anderen befähigten Kreditinstitutes, eines Steuerberaters, Wirtschaftstreuhänders oder Wirtschaftsprüfers nachzuweisen. Für das Gutachten ist das Formblatt gemäß **Anlage 10** zu verwenden. Wenn sich aus dem Gutachten ergibt, dass kein ausreichendes Eigenkapital vorhanden ist, kann der Fehlbetrag durch eine Haftungs- oder Garantieerklärung von ausreichend solventen Dritten ersetzt werden.

(2) Alle Unternehmen, denen vor dem 1. Oktober 1999 in einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum eine Berechtigung zur Ausübung des Berufes des Personenkraftverkehrsunternehmers erteilt wurde, müssen für

1. die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung in der Fassung BGBl. II Nr. 46/2001 für den Gelegenheitsverkehr bewilligten oder im Kraftfahrlinienverkehr eingesetzten Fahrzeuge spätestens bis zum 1. Oktober 2001 und
2. jede nach dem Zeitpunkt des Inkrafttretens dieser Verordnung in der Fassung BGBl. II Nr. 46/2001 vorgenommene Vergrößerung des Fahrzeugparks

die Anforderung des § 2 Abs. 2 Z 1 erfüllen. Die Erfüllung dieser Anforderungen ist durch die Vorlage eines Gutachtens gemäß Abs. 1 (**Anlage 10**) nachzuweisen.

(3) Der Nachweis der finanziellen Leistungsfähigkeit der **Z 2-Gewerbe** kann durch Vorlage eines Prüfungsberichts einer Bank oder eines anderen befähigten Kreditinstituts, eines Steuerberaters, Wirtschaftstreuhänders oder Wirtschaftsprüfers erbracht werden. Es müssen darin Angaben zu den in § 2 genannten Posten enthalten sein. Wenn sich aus dem Prüfungsbericht ergibt, dass kein ausreichendes Eigenkapital vorhanden ist, kann der Fehlbetrag durch eine Haftungs- oder Garantieerklärung von ausreichend solventen Dritten ersetzt werden. Abs. 2 gilt mit der Maßgabe, dass die Anforderungen des § 2 Abs. 2 Z 2 erfüllt werden müssen.

(4) Bei erheblichen Zweifeln an der finanziellen Leistungsfähigkeit des Antragstellers kann die Behörde zusätzlich den Nachweis verlangen, dass keine erheblichen Rückstände an Steuern oder an Beiträgen zur Sozialversicherung bestehen, die aus unternehmerischer Tätigkeit geschuldet werden.

(5) Alle Nachweise (mit Ausnahme des Jahresabschlusses) dürfen zum Zeitpunkt ihrer Vorlage an die Behörde nicht älter als drei Monate sein.“

Öffentlicher Personennah- und Regionalverkehrsgesetz 1999 - BGBl. I Nr. 204/1999 idF BGBl. I Nr. 59/2015

§ 3 Abs 1 bis 3 ÖPNRV-G

„(1) Verkehrsdienste sind im öffentlichen Schienenpersonenverkehr oder im öffentlichen Straßenpersonenverkehr (insbesondere Kraftfahrlinienverkehr) erbrachte Dienstleistungen.

(2) Kommerzielle Verkehrsdienste sind solche, die weder gänzlich noch teilweise durch Ausgleichszahlungen aus öffentlichen Mitteln finanziert werden.

(3) Nicht-kommerzielle Verkehrsdienste sind solche, die nicht unter Abs. 2 fallen.“

Gelegenheitsverkehrsgesetz - BGBl. Nr. 112/1996 idF BGBl. I Nr. 18/2022:

§ 3 GelverkG

„Arten der Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen

§ 3. (1) Konzessionen für die gewerbsmäßige Beförderung von Personen mit Kraftfahrzeugen (§ 2 Abs. 1) dürfen nur für folgende Arten des gewerbsmäßigen Gelegenheitsverkehrs erteilt werden:

1. für die Personenbeförderung mit Omnibussen, die zu jedermanns Gebrauch unter Einzelvergebung der Sitzplätze an öffentlichen Orten bereitgehalten oder angeboten werden (Ausflugswagen-Gewerbe; ein auf das Gebiet einer Gemeinde beschränktes Ausflugswagen-Gewerbe heißt Stadtrundfahrten-Gewerbe); oder
2. für die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises mit Omnibussen, unter Beistellung des Lenkers auf Grund besonderer Aufträge (Bestellungen) (Mietwagen-Gewerbe); oder
3. für die Personenbeförderung mit Personenkraftwagen, die zu jedermanns Gebrauch an öffentlichen Orten bereitgehalten werden oder durch Zuhilfenahme von Kommunikationsdiensten angefordert werden (Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw – Taxi); diese Gewerbeberechtigung umfasst auch die alleinige Beförderung von Sachen, die von einer Person ohne Zuhilfenahme technischer Hilfsmittel getragen werden können, sowie die Beförderung eines geschlossenen Teilnehmerkreises aufgrund besonderer Aufträge (Bestellungen); oder
4. für die Beförderung der Wohngäste (Pfleglinge) und der Bediensteten von Gastgewerbebetrieben mit Beherbergung von Gästen, von Heilanstalten, von Erholungsheimen u. dgl. durch die Kraftfahrzeuge dieser Unternehmen vom eigenen Betrieb zu Aufnahmestellen des öffentlichen Verkehrs und umgekehrt sowie für die Beförderung der nicht in Beherbergung genommenen Gäste von Gastgewerbebetrieben gemäß § 111 GewO 1994 durch Kraftfahrzeuge dieser Unternehmen vom eigenen Betrieb zu Aufnahmestellen des öffentlichen Verkehrs und umgekehrt oder von ihrer Unterkunft und umgekehrt (Gästewagen-Gewerbe).

(2) Eine Konzession für das mit Omnibussen ausgeübte Mietwagen-Gewerbe oder Ausflugswagen-Gewerbe berechtigt nach Maßgabe des Umfanges dieser Konzession auch zur Durchführung von Fahrten im Auftrag eines Unternehmers, der eine Kraftfahrlinie betreibt, im Rahmen der diesem Unternehmer erteilten Kraftfahrlinien-Konzession.

(3) Kombinationskraftwagen (§ 2 Z 6 KFG 1967, BGBl. Nr. 267) gelten als Personenkraftwagen im Sinne dieses Bundesgesetzes.“

4.2. Änderung im Rahmen des vertraglich Vereinbarten

Die Ausführungen in diesem Punkt beziehen sich in erster Linie auf die rechtliche Möglichkeit, Leistungserweiterungen oder Reduktionen vorzunehmen. Davon zu unterscheiden sind Änderungen in der Art der zu erbringenden Leistungen, wie Änderungen eines Kraftfahrlinienverkehrs auf einen Gelegenheitsverkehr (d.h. Umformung von Kraftfahrlinienverkehre in Mikro-ÖV-Leistungen). Hintergrund dieser Überlegungen ist, dass Änderungen des Charakters der zu erbringenden Leistung nicht bloß vergaberechtlicher Natur, sondern auch zivilrechtlicher Natur problematisch sind, weil einseitige Vertragsänderungen zivilrechtlich nicht durchsetzbar sind. Mit anderen Worten kann eine Umformung auf einen bedarfsgesteuerten Verkehr nur im Einvernehmen mit dem Verkehrsunternehmen erfolgen.

4.2.1. Einseitige Änderungsmöglichkeit durch die Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH

Einseitig können lediglich Leistungsreduktionen bzw. Leistungserweiterungen der Kraftfahrlinienverkehre vorgenommen werden, sofern diese sich innerhalb der Grenzen der jeweiligen Leistungsvereinbarung (10% bzw. 15%) befinden. Eine Umformung auf einen bedarfsgesteuerten Verkehr – selbst innerhalb der jeweiligen Grenzen zur Leistungsänderung, bedarf aus zivilrechtlicher Sicht der Zustimmung durch die Auftragnehmer.

Aus vergaberechtlicher Sicht ist eine **Änderung** eines Teils der Kraftfahrlinienverkehre **auf bedarfsgesteuerte Verkehre vertraglich nicht abgedeckt**, weil in den Leistungsvereinbarungen nur Erweiterungen oder Verringerungen der Verkehrsleistungen im Kraftfahrlinienverkehr angesprochen sind. Wird nun auf bedarfsgesteuerte Verkehre umgestellt, so fehlen vertragliche Regelungen zu den diesbezüglichen Preisen und den sonstigen Bedingungen der Abwicklung solcher Verkehre. Es ist aufgrund von Bereitstellungszeiten und erforderlichen Bediengarantien faktisch undenkbar, das vereinbarte Kilometerentgelt für den Linienverkehr auf den bedarfsgesteuerten Verkehr umzurechnen, ohne dabei die Bereitstellung leistungsunabhängig abzugelten. Vor diesem Hintergrund kann die vertragliche Änderungsklausel als solche nicht als rechtliche Grundlage für die Umformung auf

bedarfsgesteuerte Verkehre herangezogen werden, sondern lediglich als Grundlage für die Erweiterung oder Verringerung der Verkehrsleistungen. Dies ergibt sich auch aus dem Grundsatz, dass Ausnahmen vom Vergaberecht eher stringent auszulegen sind.

Eine Umformung auf bedarfsgesteuerte Verkehre für einen geringfügigen Teil der Verkehre ist jedoch insofern denkbar, als der geänderte Teil nicht mehr als 10% des gesamten Auftrags umfasst (Bagatellklausel gemäß § 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018, wobei im Rahmen solcher Änderungen ebenfalls nicht die Schwellenwerte – gegenständlich EUR 215.000 – überstiegen werden dürfen). Wurden bereits Änderungen der Kraftfahrlinienverkehre im Rahmen dieser sogenannten Bagatellklausel vorgenommen, so reduziert sich die Möglichkeit zur Umformung auf bedarfsgesteuerte Verkehre im Ausmaß dieser bereits erfolgten Änderungen. Mit anderen Worten: es sind alle Änderungen während der Vertragslaufzeit zusammenzurechnen.

4.2.2. Einvernehmliche Änderungsmöglichkeit

Zivilrechtlich ist eine einvernehmliche Änderung eines Teils der Kraftfahrlinienverkehre auf bedarfsgesteuerte Verkehre möglich.

Aus vergaberechtlicher Sicht, darf eine solche einvernehmliche Lösung jedoch keine wesentliche Vertragsänderung darstellen. Diese Rechtsfrage wird im nächsten Punkt eingehend erörtert.

4.3. Über den vertraglich vereinbarten Rahmen hinausgehende Änderungen

4.3.1. Allgemeines zu Änderungen bestehender Verträge nach dem Bundesvergabegesetz

Vertragsänderungen liegen bei jeglicher Abweichung vom ursprünglich vereinbarten Leistungsvertrag (unter Berücksichtigung des diesem zugrunde liegenden Angebots) vor. Maßstab ist stets der ursprünglich in der Bekanntmachung bzw. den bekannt gemachten Unterlagen ausgeschriebene Vertrag.¹ Nicht bloß textliche Abänderungen eines abgeschlossenen Vertrags, sondern ebenso inhaltliche Änderungen jeglicher Art, wie beispielsweise faktisches Abweichen vom vertraglich Vereinbarten, fallen vergaberechtlich unter eine

¹ VwGH 11.05.2017, Ra 2016/04/0048. Abzustellen ist bei zweistufigen Verfahren daher auf den Letztstand der 1. Stufe, beim offenen Verfahren der Letztstand der Ausschreibungsunterlagen.

Vertragsänderung. So ist auch die Nichteinforderung von vereinbarten Pönalen, eine abweichende Leistungsvergütung oder die Nichtausübung eines Rücktrittsrechts eine Vertragsänderung.

Aus vergaberechtlicher Sicht sind Vertragsänderungen grundsätzlich heikel, weil sie die Verpflichtung, ein neues Vergabeverfahren durchführen zu müssen nach sich ziehen können. In der Rechtssache *pressetext Nachrichtenagentur* hielt der EuGH erstmals fest, dass nachträgliche Änderungen eines erteilten Auftrags eine neue Ausschreibungspflicht auslösen können, wenn diese Änderungen wesentlich sind. Diese Wesentlichkeit ist dann erfüllt, *"wenn sie Bedingungen einführt, die die Zulassung anderer als der ursprünglich zugelassenen Bieter oder die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebots erlaubt hätten, wenn sie Gegenstand des ursprünglichen Vergabeverfahrens gewesen wären"*² Ferner liegt eine wesentliche Vertragsänderung vor, *"wenn sie den Auftrag in großem Umfang auf ursprünglich nicht vorgesehene Dienstleistungen erweitert"*³. Schließlich dürfen Vertragsänderungen nicht dazu führen, dass das wirtschaftliche Gleichgewicht in einer im ursprünglichen Auftrag nicht vorgesehenen Weise zugunsten des Auftragnehmers verschoben wird. Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass Vertragsänderungen jedenfalls keine Wettbewerbsverfälschung zum Nachteil anderer Unternehmer zur Folge haben darf.

Auf dieser Rechtsprechung fußen nicht nur zahlreiche weitere Urteile des EuGH, sondern auch die aktuelle Gesetzeslage, weshalb zur Beurteilung der gegenständlichen Rechtsfrage auf die Hintergründe dieser Rechtsprechung zurückgegriffen werden kann.

Gemäß § 365 Abs 2 BVergG 2018 – der im Wesentlichen die Judikatur des EuGH zusammenfasst und gegenständlich zur rechtlichen Beurteilung heranzuziehen ist – sind Änderungen von Verträgen jedenfalls als wesentliche Änderung anzusehen, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

- Die Änderung hätte im ursprünglichen Vergabeverfahren
 - zur Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber geführt
 - die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht oder

² EuGH 19. 6. 2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 35.

³ EuGH 19. 6. 2008, Rs C-454/06, *pressetext Nachrichtenagentur*, Rn 36.

- *das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt*
- *Die Änderung bewirkt eine Verschiebung des wirtschaftlichen Gleichgewichts des Vertrages oder der Rahmenvereinbarung zugunsten des Auftragnehmers, die im ursprünglichen Vertrag nicht vorgesehen war*
- *Die Änderung führt zu einer erheblichen Ausweitung oder Verringerung des vereinbarten Vertragsumfangs*
- *ein neuer Vertragspartner ersetzt den ursprünglich beauftragten Auftragnehmer – ausgenommen dieser Fall wurde bereits in der ursprünglichen Ausschreibung in klar, präzise und eindeutig formulierten Vertragsänderungsklauseln geregelt."*

Erfüllt die Vertragsänderung eine der oben genannten Voraussetzungen, so ist die gegenständliche Änderung nur noch zulässig, wenn sie eine Änderung der Auftragssumme (d.h. Erhöhung oder Verringerung) in Höhe von maximal 10% beim gegenständlichen Dienstleistungsauftrag bewirkt oder eine sonstige explizite gesetzliche Ausnahme nach § 365 Abs 3 BVergG vorliegt. Sofern vertraglich eine Änderungsmöglichkeit von 15% der ursprünglichen Auftragssumme vorgesehen ist (was zumindest auf einen Teil der Dienstleistungsaufträge der Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH zutrifft), kann auch diese Grenze für das Ausmaß der Umformung herangezogen werden, wobei hier eine Prüfung im Einzelfall erforderlich ist, nachdem die vertragliche 15%ige Grenze die gesetzliche Bagatellgrenze überschreitet – wodurch das wirtschaftliche Gleichgewicht relevant wird – und es in den abgeschlossenen Verträgen durchaus bereits zu Änderungen des Auftragsvolumens (Fahrplanänderungen) gekommen sein kann.

4.3.2. Keine Zulässigkeit einer vertraglichen Änderung bei Erweiterung des potenziellen Bieterkreises

Die gegenständlich angedachte teilweise Umformung der bereits durch die Verkehrsverbund Ost-Region (VOR) GmbH beauftragten Kraftfahrlinienverkehre auf bedarfsbesteuerte Leistungen (VOR Flex) über den vertraglich vereinbarten Änderungsrahmen hinaus, stellt zweifellos eine Vertragsänderung dar. Dies gilt auch dann, wenn Teile der Leistung nicht einfach zurückgenommen, sondern stattdessen auf Bedarfsverkehre umgeformt werden, weil sich dadurch der Leistungsinhalt und in weiterer Folge notwendigerweise auch das Entgelt sowie die Abrechnungsweise verändern. Wie bereits erwähnt erfordert ein bedarfsgesteuerter Verkehr andere Leistungen und Bereitstellungen, als ein auf einem Fahrplan basierender Kraftfahrlinienverkehr.

Die Umformung auf bedarfsgesteuerte Verkehre im VOR Flex-System an sich hätte jedenfalls zum Zeitpunkt der ursprünglichen Ausschreibung die Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber/Bieter ermöglicht bzw. das Interesse weiterer Teilnehmer am Vergabeverfahren geweckt. Zwar sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen für die Befugnis zum Betrieb von Kraftfahrlinien einerseits und sonstigem Beförderungsgewerbe andererseits gesetzlich zum Teil verschränkt⁴. Jedoch sind unterschiedliche Befugnisse für die Ausübung des Personenbeförderungsgewerbes mit Pkw im Vergleich zum Betrieb einer Kraftfahrlinie erforderlich. Die bedarfsgesteuerten Verkehre im VOR Flex-System können mit einer Befugnis nach § 3 Abs 1 Z 3 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw – Taxi) ausgeübt werden und sind gemäß der Berufszugangsverordnung Kraftfahrlinien- und Gelegenheitsverkehr(kurz: BZP-VO) als „Z 2-Gewerbe“ angeführt, für die andere Zulassungsvoraussetzungen – wie auch Befugnisvoraussetzungen⁵ – gelten, als für den Betrieb von Kraftfahrlinien („Personenkraftverkehr“ gemäß § 1 Abs 1 Z 1 BZP-VO).⁶ Dadurch erweitert sich der Bieterkreis bzw. der potenzielle Teilnehmerkreis für die bedarfsgesteuerten Verkehre im Vergleich zur ursprünglichen Ausschreibung für reine Kraftfahrlinienverkehre deutlich. Für die Beurteilung der Wesentlichkeit einer Änderung reicht bereits ein zumindest potenzieller Einfluss auf das Ergebnis des ursprünglich durchgeführten Vergabeverfahrens aus und ist auf die bloße abstrakte Möglichkeit eines anderen Verfahrensergebnisses abzustellen.⁷ Dies ist im gegenständlichen Fall durch die Umformung der Kraftfahrlinienverkehre auf bedarfsgesteuerte Verkehre gegeben, weshalb durch die angedachte Umformung von einer wesentlichen Änderung auszugehen ist.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass auch im ursprünglichen Vergabeverfahren die Kraftfahrlinienverkehre als Einheit mit den bedarfsgesteuerten Verkehren zu vergeben waren,

⁴ Die Eignungsanforderungen richten sich so zum Beispiel nach der Art 7 VO 1071/2009/EG zur Festlegung gemeinsamer Regeln für die Zulassung zum Beruf des Kraftverkehrsunternehmers und

⁵ Personenkraftverkehrsunternehmer können eine Konzession zum Betrieb einer Kraftfahrlinie nach Kraftfahrlinienengesetz erlangen. Darunter fallen auch Verkehrsunternehmer mit einer Konzession gemäß § 3 Abs. 1 Z 1 Gelegenheitsverkehrs-Gesetz (Ausflugswagen-Gewerbe bzw. Stadtrundfahrten-Gewerbe) oder einer Konzession gemäß § 3 Abs. 1 Z 2 GelverKG für das Mietwagen-Gewerbe mit Omnibussen. Das Personenbeförderungsgewerbe mit Pkw – Taxi stellt noch keine ausreichende Befugnis dar, weil es nicht zur Beförderung mit Omnibusse berechtigt.

⁶ Siehe nur §§ 1-3 BZP-VO, wonach leichtere Voraussetzungen an die Eignung der Unternehmer des Beförderungsgewerbes gestellt werden, die keine Omnibusse einsetzen; beispielsweise hinsichtlich erforderliches Eigenkapital.

⁷ Schröder/Trettnak-Hahn, Zulässigkeit von nachträglichen Vertragsänderungen gemäß § 365 BVergG 2018, bauaktuell 2019, 22 (23).

so hätte die angedachte Umformung den im Bundesvergabegesetz angesprochenen Teilnehmerkreis verändert, weil in diesem Fall Unternehmer des Personenbeförderungsgewerbes mit Pkw ebenfalls zum Bieterkreis (wenn auch in Kombination mit einem Personenkraftverkehrsunternehmer) gehört hätten. Ein anderes Angebotsergebnis kann daher in keinem Fall ausgeschlossen werden.

4.4. Rechtlich zulässige Gestaltungsmöglichkeit zur Umformung in ein bedarfsorientiertes Rufbussystem

4.4.1. Rufbusverkehre

Nachdem die Umformung auf bedarfsgesteuerte Verkehre im VOR Flex-System – in der Form, wie dieses derzeit ausgestaltet ist – eine wesentliche Vertragsänderung, die eine Ausschreibungspflicht hervorruft, darstellt, ist zu prüfen, ob es nicht rechtlich zulässige Alternativen gibt, die nicht als wesentlich im Sinne des § 365 BVergG 2018 einzustufen sind.

Aus § 38 Abs 1a KfIG ergibt sich, dass bestehende Kraftfahrlinien oder ein Teil derselben in einen Rufbusverkehr umgeformt werden können, sofern die gemäß § 1 Abs. 3 KfIG erteilte Konzession für die Kraftfahrlinie sinngemäß abgeändert wird.

Rufbusverkehre können auf zwei Arten ausgestaltet sein:

- a) Entweder verkehren die Rufbusse ohne Anmeldung nicht, sondern nur bei Vorliegen von Anmeldungen auf festgesetzte Art und stellen von den erforderlichen Haltestellen ausgehend die gewünschten Verbindungen innerhalb eines konzessionierten Streckensystems her; oder
- b) sie verkehren ohne Anmeldung fahrplanmäßig nur auf einer bestimmten Grundstrecke des Streckensystems und weichen bei Vorliegen von Anmeldungen von der Grundstrecke ab, um die erforderliche Haltestelle (Bedarfshaltestelle) zu bedienen, kehren danach wieder auf die Grundstrecke zurück und fahren zur Endhaltestelle weiter.

In einem Rufbusverkehr bleibt daher das konzessionierte Streckensystem erhalten. Die mannigfaltigen Bedienmöglichkeiten von einer beliebigen Sammelhaltestelle zu einer anderen Sammelhaltestelle innerhalb eines Bediengebietes gehen im Rufbussystem

verloren. Sehr wohl aber besteht nach § 39 Abs 2 KfIG die Möglichkeit eine Sondergenehmigung für den Betrieb des Rufbussystems mit PKW zu beantragen, was insbesondere dann sinnvoll sein kann, wenn gesamte Umläufe aus den bestehenden Kraftfahrlinienverkehren genommen werden.

4.4.2. Prüfung der Zulässigkeit der Umformung der Kraftfahrlinienverkehre auf Rufbusverkehre ohne erneutes Vergabeverfahren

Die **Umformung der Kraftfahrlinienverkehre auf Rufbusverkehre** ändert **per se noch nicht den Teilnehmerkreis** der ursprünglichen Ausschreibung, weil für beide Arten eine Konzession nach Kraftfahrlineigesetz erforderlich ist. Diese Umformung hätte auch nicht zur Zulassung anderer als der ursprünglich ausgewählten Bewerber geführt, wenn davon ausgegangen wird, dass der mögliche (!) Leistungsumfang ungefähr gleich bleibt.

Eine solche Umformung darf keinesfalls dazu führen, dass das wirtschaftliche Gleichgewicht zugunsten des Auftragnehmers verschoben wird. Mit anderen Worten darf sich weder die ursprüngliche Gewinnspanne des Auftragnehmers durch die Umformung erhöhen, noch dürfen sonstige vergünstigende Konditionen an den Auftragnehmer gewährt werden.

Im Einzelfall zu prüfen ist ferner, ob die Änderung hin zu Rufbussen die Annahme eines anderen als des ursprünglich angenommenen Angebotes ermöglicht hätte. Die Beurteilung dieser Frage richtet sich nach objektiven Maßstäben⁸ und hängt wesentlich von der Gestaltung des Entgelts für die Rufbusverkehre ab. Eine diesbezügliche rechtliche Prüfung erfordert daher die Auseinandersetzung mit der konkreten Ausgestaltung eines den Kraftfahrlinienverkehr ersetzenden Rufbusverkehrs.

Nachdem durch die Umformung auf einen Rufbusverkehr von einer Reduktion der Auftragssumme auszugehen ist, kann auch die Umformung in einen Rufbusverkehr eine wesentliche Vertragsänderung darstellen, sofern die Verringerung des Vertragsumfangs erheblich im Sinne des § 365 Abs 2 Z 3 BVergG 2018 ist. Auch dieser Umstand ist im Einzelfall anhand der konkreten Ausgestaltung eines den Kraftfahrlinienverkehr

⁸ EuGH, C-549/14 Finn Frogne, Rn 33.

ersetzenden Rufbusverkehrs zu prüfen, wobei die Bemessung der Reduktion anhand der erwarteten Einsatzfahrten vorzunehmen sein wird.

Sofern eine Umformung von Teilen der bestehenden Kraftfahrlinienverkehre auf Rufbusse angedacht wird, kann eine weitere rechtliche Prüfung nach Erörterung der konkreten Ausgestaltung der Rufbusverkehre erfolgen.

4.5. Sonstige rechtliche Möglichkeiten für die Umformung von Kraftfahrlinienverkehren auf bedarfsgesteuerte Verkehre

Eine weitere Möglichkeit, die angedachte Umformung auf bedarfsgesteuerte Verkehre durchzuführen, wäre die Reduktion von Kraftfahrlinienverkehren in bestehenden Dienstleistungsaufträgen und an deren Stelle die Ausweitung des Bediengebietes bzw. der Anzahl der Sammelhaltestellen in bestehenden Bediengebieten der bedarfsgesteuerten VOR-Flex-Verkehre innerhalb der 10%igen Bagatelländerung (§ 365 Abs 3 Z 1 BVergG 2018). Selbstverständlich kann auch die BVergG-konforme Vergabe eines neuen Mikro-ÖV die reduzierten Kraftfahrlinienverkehre ersetzen.

Für die Berechnung der 10%igen Änderung der Auftragssumme kann darauf verwiesen werden, dass in laufenden Verträgen die Gesamtsumme über die gesamte Vertragslaufzeit als Bewertungsgrundlage heranzuziehen ist, und auf die verbleibenden Jahre – aus vergaberechtlicher Sicht (!)– durchaus eine jährliche Abänderung von über 10% zulässig wäre, solange über die Gesamtvertragslaufzeit die Änderung der Auftragssumme 10% nicht übersteigt. Es ist in diesem Fall jedoch zu beachten, dass die Änderung auch zivilrechtlich durchsetzbar sein muss; die aktuellen Leistungsvereinbarungen erlauben nur einseitige Änderungen im Ausmaß von 10% (teilweise 15%) der Jahresfahrplankilometer, weshalb bei Überschreiten der Grenze der Jahresfahrplankilometer eine einvernehmliche Leistungsreduktion mit dem Verkehrsunternehmer anzustreben ist.

Mit freundlichen Grüßen



W Schweinhammer

Disclaimer

- a) Es wird darauf hingewiesen, dass die Erstellung dieser Stellungnahme unter dem vorliegenden Sachverhalt sowie einer Analyse der überblickbaren Judikatur- bzw. Literatur erfolgte.
- b) Die Prüfung erfolgte auftragsgemäß nach Maßgabe der zeitlichen und sich aus den sonstigen Rahmenbedingungen ergebenden inhaltlichen Beschränkungen sowie lediglich in Hinblick auf das aktuell geltende österreichische Recht.
- c) Steuerliche, finanzielle (mit Ausnahme der Höhe der Abgeltung nach Anlage ./A) und wirtschaftliche Themen wurden nicht behandelt.
- d) Auf Grund der oben genannten Umstände ist nicht auszuschließen, dass diese Stellungnahme bestimmte rechtliche Aspekte nicht behandelt.
- e) Dieses Gutachten ist ausschließlich für den Adressaten bestimmt. Jede Haftung gegenüber Dritten ist ausgeschlossen. Jede Weitergabe und/oder (teilweise) Veröffentlichung bedarf meiner vorherigen Zustimmung.