

**Holding**

An das
Bundeskanzleramt
z.Hd. **Herrn Dr. Michael Fruhmann**
Ballhausplatz 2
1014 Wien

ÖBB-Holding AG
Der Vorstand

Vienna Twin Tower
Wienerbergstraße 11
1100 Wien
Tel. +43 1 93000-33003
Fax +43 1 93000-44010

Wien, am 11.12.2008

Stellungnahme zum Entwurf einer BVergG-Novelle 2008
GZ: BKA-600.883/0044-V/8/2008

Sehr geehrter Herr Doktor Fruhmann!

Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem mit Schreiben vom 23. Oktober 2008 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2008) bezieht der ÖBB-Konzern Stellung wie folgt:

Die Stellungnahme bezieht sich primär auf den für Sektorenauftraggeber relevanten Regelungsbereich des Entwurfes.

Ein besonderes Anliegen ist dem ÖBB-Konzern jedoch auch die notwendige Klarstellung bzw. Änderung des Bundesvergabegesetzes im Zusammenhang mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße. Die entsprechenden Argumente und Vorschläge stehen aus diesem Grund ganz bewusst am Beginn unserer Ausführungen.

I. Allgemeine Stellungnahme

a) Klarstellung bzw. Änderungen im Zusammenhang mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Die im Oktober 2007 erlassene Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (ABI 2007 L 315/1), im Folgenden kurz PSO-VO, tritt mit 3.12.2009 in Kraft.

Die unter Beachtung der gemeinschaftsrechtlichen Form- und Verfahrensregelungen entstandene PSO-VO ist unmittelbar anwendbar; sie begründet als speziellere und jüngere europäische Rechtsnorm für die (von den Vergaberichtlinien kaum erfassten) nicht prioritären Eisenbahndienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen im Verkehrsbereich ein **Sondervergaberegime. Insbesondere sieht Art 5 der PSO-VO in spezifischen Fällen Direktvergabemöglichkeiten vor**, die auch nach dem Übergangszeitraum von 10 Jahren weiterbestehen.

Die Anwendung der Ausnahmetatbestände der PSO-VO ist davon abhängig, dass das nationale Recht keine strengeren Regelungen trifft. Das BVergG in der geltenden Fassung schränkt allgemein die Direktvergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen und Dienstleistungskonzessionen im klassischen Bereich auf einen Auftragswert bis EUR 40.000,- ein.

Um Rechtssicherheit zu schaffen und die Anwendbarkeit der Direktvergabemöglichkeiten der PSO-VO für die Aufgabenträger im ÖPNRV sicherzustellen, ist daher eine diesbezügliche Klarstellung bzw. Adaptierung des BVergG 2006 dringend geboten.

Für die Adaptierung des BVergG 2006 spricht das ausdrückliche erklärte Ziel des (BVergG-) Gesetzgebers, die europäischen Vorgaben nicht überschießend bzw. nicht strenger als erforderlich umzusetzen (sog. „golden plating Verbot“). Eine diesbezügliche Klarstellung steht im Einklang mit dem Völkerrecht und EU-Primärrecht.

Außerdem sollten - um Wettbewerbsnachteile hintanzuhalten - für den Verkehrssektor in Österreich nicht strengere Regelungen zur Anwendung gelangen, als in anderen



Holding

Mitgliedsstaaten der EU, wie etwa in der Bundesrepublik Deutschland, wo die Direktvergabebestimmungen der PSO-VO im hier beschriebenen Sinn bereits angewendet werden.

Weiters soll damit den Auftraggebern die erforderliche Flexibilität und Wahlfreiheit bzgl. des Verfahrens gewahrt bleiben, um die öffentlichen Personenverkehrsdienste optimal nach den Bedürfnissen der Bevölkerung ausgestalten zu können. Die Anwendung der PSO-Ausnahmetatbestände sollte den Aufgabenträgern offen stehen. Unter Berücksichtigung der in Österreich bestehenden Verkehrsverbundlandschaft im ÖPNRV, der Komplexität und Spezifika des Eisenbahnverkehrs insbesondere in Form von System- und Taktverkehren sowie der auch darin begründeten Auftragswerte würden die Besteller öffentlicher Verkehrsdienste dieser auf europäischer Ebene bewusst eingeräumten Wahlfreiheit verlustig gehen.

Im Konkreten handelt es sich um die Direktvergabemöglichkeiten des Art 5 Abs. 2 (Dienstleistungskonzessionen an interne Betreiber), Art 5 Abs. 4 (Dienstleistungskonzessionen für Bus-, Straßen- & U-Bahnverkehre bis 2 Mio € oder 600.000 km p.a.), Art 5 Abs. 5 (Dienstleistungskonzessionen als Notmaßnahme) und Art 5 Abs. 6 (Dienstleistungen und Dienstleistungskonzessionen im Eisenbahnverkehr („heavy rail“)) der PSO-VO.

Folgende Änderungen im BVergG 2006 werden daher vorgeschlagen (Änderungen sind *kursiv* hervorgehoben):

Änderung in § 11:

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert 40 000 Euro ohne Umsatzsteuer nicht übersteigt *oder sofern einer der Ausnahmetatbestände des Art 5 Abs 2, 4, 5 oder 6 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 erfüllt ist.*



Holding

Änderung in § 141 Abs 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 40 000 Euro zulässig *oder wenn einer der Ausnahmetatbestände des Art 5 Abs 2, 4, 5 oder 6 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 erfüllt ist.*

Sollten diese Vorschläge keinen Niederschlag finden, dann ist in den vorgenannten Bestimmungen des § 11 und § 141 Abs 3 BVergG zumindest jeweils vorzusehen, dass die Ausnahmetatbestände des Art 5 Abs 2, 4, 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 unberührt bleiben.

b) Allgemeine Bemerkungen

Die im Entwurf vorgesehenen **10-Tage-Fristen** (Stillhalte- und Antragsfristen im Oberschwellenbereich) entsprechen den europäischen Vorgaben und spiegeln den auf europäischer Ebene gefundenen Kompromiss zwischen dem Rechtsschutzbedürfnis der Auftragnehmer und dem Bedürfnis der Auftraggeber nach einem zügigen Abschluss der Vergabeverfahren wieder. **Zum Erhalt der Wettbewerbsfähigkeit österreichischer Sektorauftraggeber** gegenüber ausländischen Konkurrenten dürfen diese Fristen daher keinesfalls verlängert werden.

Ebenso ist die Unterscheidung zwischen den im Ober- und Unterschwellenbereich vorgesehenen Fristen zu begrüßen und beizubehalten.

Der Sektorenbereich ist durch einen permanent zunehmenden Wettbewerb gekennzeichnet. Aus diesem Grund muss auf die große wirtschaftliche Bedeutung eines **Verzichts auf ein „Golden Plating“** hingewiesen werden. Diese vom Gesetzgeber seit Jahren verfolgte Linie muss daher beibehalten werden.



Holding

c) Gewerberechtliche Prüfung

Zur gewerberechtlichen Prüfung im Allgemeinen und dem Ausscheidenstatbestand bei Nicht-Vorliegen einer notwendigen Entscheidung zur Ausübung der Tätigkeit in Österreich (§ 129 Abs 1 Z 11 lit a NEU bzw. § 269 Abs 1 Z 7 lit a NEU) im Besonderen nimmt der ÖBB-Konzern wie folgt Stellung:

- Die Ausgestaltung des Gewerberechts (speziell die Umsetzung der Berufsamerkennungsrichtlinie) ist keine Aufgabe des Vergabegesetzgebers. Es wird allerdings um eine möglichst praxistaugliche Behandlung des Themas „berufliche Befugnis“ im BVergG gebeten: Zu berücksichtigen ist nämlich, dass Vergabeverfahren betreuende Mitarbeiter weder auf Bieter- noch auf Auftraggeberseite ausgewiesene Gewerberechtsexperten sind (und auch keine werden sollten). Aus diesem Grund sollten sowohl die Nachweis- als auch die Prüfpflichten auf das unbedingt notwendige Maß beschränkt werden.
- Der vom BVergG betroffene (Sektoren-)Auftraggeber darf nicht zu einer umfassenden Kontrolleinrichtung, in concreto zu einer zweiten Gewerbebehörde werden. Er muss vielmehr wie jeder Private grundsätzlich darauf vertrauen dürfen, dass seine Geschäftspartner gesetzeskonform handeln.
- Die unterlassene Dienstleistungsanzeige ist – mit Ausnahme von „sensiblen“ anzeigepflichtigen Gewerben - lediglich eine Ordnungswidrigkeit, die kein Ausscheiden des Angebotes nach sich zieht (vgl. Rundschreiben des BKA-Verfassungsdienstes vom 13. Mai 2008).
- Die derzeitige Fassung steht - sofern sie die Mitteilung gemäß § 373a Abs 5 Z 1 GewO mit einschließt - im Widerspruch zu § 373a Abs 5 Z 3 GewO (Zulässigkeit der ausgeübten Tätigkeit, wenn nicht binnen 2 Monaten nach Einbringung der Dienstleistungsanzeige eine Reaktion des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit vorliegt).
- Aus der Frist in § 373a Abs 5 Z 3 GewO ergibt sich, dass es bis zu zwei Monate dauern kann, bis eine Mitteilung durch den Bundesminister für Wirtschaft und Arbeit ergeht bzw. ist erst nach Verstreichen dieser Frist sichergestellt, dass der Bieter die angebotene Dienstleistung im Sinne des Entwurfs ausüben darf. Diese Wartefrist kann

bei der Vergabe von Aufträgen dem Auftraggeber nicht zugemutet werden. Auch aus diesem Grund kann nicht auf das Vorliegen der Mitteilung iSd § 373a Abs 5 Z 1 GewO abgestellt werden.

- Die Notwendigkeit für den Auftraggeber, die 2-Monats-Frist des § 373a Abs 5 Z 3 GewO abzuwarten, stellt außerdem einen offensichtlichen Wertungswiderspruch zur Novelle der Gewerbeordnung dar, dessen Intention erkennbar die Einführung von Erleichterungen bei der Erbringung grenzüberschreitender Dienstleistungen im Rahmen der Dienstleistungsfreiheit war.
- Sieht man daher von den Fällen ab, dass der Auftraggeber im Einzelfall ausdrücklich spezielle Nachweise fordert oder er über Informationen verfügt, die nahelegen, dass ein Unternehmer nicht zur Ausübung der Tätigkeit in Österreich berechtigt ist, sollte – und zwar unabhängig von der gewerberechtlichen Qualifikation dieser Tätigkeit (d.h. auch bei „sensiblen“ anzeigepflichtigen Gewerben) – die Vorlage der Eigenerklärung auch für den vorgesehenen Zuschlagsempfänger ausreichen. Dementsprechend sollte im Gesetz ausdrücklich verankert werden, dass die (Sektoren-)Auftraggeber grundsätzlich keine – über die Eigenerklärung hinausgehende – Überprüfungs- und Nachforschungspflicht trifft.

Es wird daher statt § 129 Abs 1 Z 11 des Entwurfs folgende Regelung angeregt:

„Angebote von Bietern, bei denen dem Auftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 112 Abs 3 gesetzten Nachfrist

- a) *über ausdrückliche Aufforderung des Auftraggebers kein Nachweis über die erfolgte Antragstellung für die Dienstleistungsanzeige iSd § 373a Abs 4 GewO vorgelegt wurde,*

[...]“

Statt § 269 Abs 1 Z 7 wird folgende Regelung angeregt:

„Angebote von Bietern, bei denen dem Sektorenauftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 260 Abs 3 gesetzten Nachfrist



Holding

b) *über ausdrückliche Aufforderung des Auftraggebers kein Nachweis über die erfolgte Antragstellung für die Dienstleistungsanzeige iSd § 373a Abs 4 GewO vorgelegt wurde,*
[...]"

d) Zeitstempeldienst

Gegenüber der aktuellen Gesetzesfassung, die einen (einfachen) Zeitstempeldienst vorsieht, wird in den §§ 119 bzw 265 NEU ein „qualifizierter“ Zeitstempeldienst verlangt und ist vorgesehen, dass die Zeit des „qualifizierten“ Zeitstempeldienstes interaktiv lesbar angezeigt werden soll.

Die Anforderungen an einen „qualifizierten“ Zeitstempeldienst sind so hoch, dass diese nur durch die Einbindung eines externen Zertifizierungsdiensteanbieters erfüllt werden können.

Eine derartige Einbindung würde die elektronische Angebotseinreichung – vor allem da es bisher keine Erfahrungen für die praktische Umsetzung gibt – erheblich erschweren und zu massiven Irritationen der Bieter führen. Der qualifizierte Zeitstempel kann nämlich erst dann angefordert werden, wenn die Angebotsdatei(en) am Server des Auftraggebers eingetroffen sind. Die Zeit des qualifizierten Zeitstempels wäre dann von der aktuellen Übertragungsgeschwindigkeit der Leitungen des Auftraggebers abhängig und würde sich – auch wenn es sich im günstigsten Fall nur um wenige Sekunden handelt – jedenfalls immer vom tatsächlichen Einreichungszeitpunkt unterscheiden. Die damit verbundene Unsicherheit könnte Ausschreibungsplattformen betreibende Auftraggeber dazu verleiten wieder auf eine postalische Angebotseinreichung umzustellen. Dies kann nicht den Intentionen des Gesetzgebers (Förderung der elektronischen Verfahrensabwicklung) entsprechen.

Es wird daher vorgeschlagen, gesetzestechnisch sicherzustellen, dass jedenfalls kein „qualifizierter Zeitstempeldienst“ im Sinne des § 2 Z 12 SigG vorgeschrieben wird und dass der Zeitstempeldienst – so wie nach der bestehenden Rechtslage – auch vom Auftraggeber selbst (auf seinem Server) betrieben werden darf.

II. Diskussionspunkte gemäß Begleitschreiben

Zu den im Begleitschreiben gesondert angesprochenen Punkten wird – in der dort angeführten Reihenfolge ohne Priorisierung – wie folgt Stellung genommen:

- 1. Im Zusammenhang mit der vorgeschlagenen Neuregelung der Subvergabe (vgl. dazu Z 23 des Entwurfes) – der Möglichkeit für Auftraggeber festzulegen, dass ein bestimmter Mindestsatz an Dritte vergeben werden muss – wird um Stellungnahme zum Vorschlag an sich sowie dahingehend ersucht, ob die gesetzliche Festlegung eines (Maximal)Prozentsatzes, die genauere Festlegung, welche Entitäten als „Dritte“ anzusehen sind (insb. im Zusammenhang mit Konzernstrukturen), bzw. nähere Regelungen über das Verfahren der Vergabe an Dritte (Einhaltung von Regelungen des BVergG?) als erforderlich oder überflüssig erachtet werden.*

Stellungnahme:

Da es sich um eine Kann-Bestimmung handelt, besteht grundsätzlich gegen die vorgeschlagene Neuregelung kein Einwand.

Es erscheint allerdings im Regelfall sinnwidrig, in den Ausschreibungsbedingungen festzuschreiben, dass ein bestimmter Prozentsatz des Auftrages zwingend an einen Subauftragnehmer weitergegeben werden muss.

Im Rahmen der Auftragsabwicklung zeigt nämlich die Erfahrung, dass eine Ausführung durch den Subunternehmer zu mannigfaltigen Problemen bei der Vertragsdurchsetzung führen kann (keine unmittelbare Durchgriffsmöglichkeit auf den Subunternehmer, erhöhte Anzahl von Schnittstellen zwischen Auftraggeber und ausführendem Unternehmen usw.). Es besteht daher grundsätzlich ein vehementes Interesse des Auftraggebers daran, dass der Auftrag vom Auftragnehmer (weitgehend) selbst ausgeführt wird.

Sinnvoll wäre die Bestimmung also nur dann, wenn dem Auftraggeber gleichzeitig die Möglichkeit eingeräumt wird, einen frei wählbaren Maximalprozentsatz festzulegen, da der Auftraggeber diesfalls im Einzelfall bestimmen kann, innerhalb welcher Bandbreite eine Subvergabe tunlich ist.

**Holding**

2. *Im Rahmen des Erhebungsprojekts Verwaltungskostenreduktion für Unternehmen aus gesetzlichen Informationsverpflichtungen wurde die Mitteilungspflicht gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 als erheblicher Kostenfaktor für Unternehmen identifiziert. Durch den Entfall der Mitteilungspflicht könnten daher Verwaltungslasten für Unternehmer reduziert werden. Andererseits qualifiziert § 4 Z 4 der Standesregeln für das Gewerbe der Baumeister, BGBl. II Nr. 226/2008, die Unterlassung der Mitteilung, dass aus Sicht des Unternehmers eine Berichtigung der Ausschreibung erforderlich ist, als „standeswidriges Verhalten“. Der Entfall der (vergaberechtlichen) Verpflichtung, die Berichtigungsbedürftigkeit der Ausschreibung mitzuteilen, würde auch nichts daran ändern, dass es dem Unternehmer frei steht, eine Berichtigung der Ausschreibung beim Auftraggeber anzuregen. Ein dahingehender Vorschlag ist im vorliegenden Entwurf noch nicht enthalten. Dennoch wird ausdrücklich um Stellungnahme zu einem allenfalls vorgesehenen Entfall der Mitteilungspflicht gemäß § 106 Abs. 6 BVergG 2006 ersucht.*

Stellungnahme:

Der ÖBB-Konzern spricht sich aus folgenden Gründen gegen ein Abgehen von zivilrechtlichen Grundsätzen im Umwege des BVergG aus:

- § 106 Abs 6 bzw. § 255 Abs 6 ist eng mit der zivilrechtlichen vorvertraglichen Prüf- und Warnpflicht verknüpft, die vertraglich nicht ausgeschlossen werden kann (vgl. OGH vom 22.10.1999, 1Ob278/98h). Die vorvertraglichen Prüf- und Warnpflichten erstrecken sich laut OGH auch auf die Warnung vor einem unvollständigen Auftrag (vgl. OGH vom 19.12.2000, 1Ob178/00h). Ein Aushebeln zivilrechtlicher Grundsätze zu Lasten des Auftraggebers durch eine Änderung des BVergG wird abgelehnt.
- Dass die Mitteilungspflicht „aus Kostengründen“ entfallen soll, erscheint weiters auch deshalb unverständlich, wenn die Pflicht für den anbietenden Baumeister – wie im Begleitschreiben selbst ausgeführt – ohnehin aufgrund von Standesregeln weiterbesteht.
- Bei dem Entfall „aus Kostengründen“ wird weiters die Kostensituation insgesamt nicht ausreichend berücksichtigt, da aufgrund der dadurch unterbliebenen Berichtigung massive Kosten auf den Auftraggeber zukommen können.

- Auch im Licht der angedachten Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen (siehe dazu unten Punkt 3) ist unverständlich, inwieweit der Entfall der Mitteilungspflicht zu einer Kostenreduktion führen soll. Dies stellt jedenfalls einen Wertungswiderspruch dar. Ein durch die Interessensvertretung eingeleitetes Nachprüfungsverfahren – das durch die Mitteilungspflicht in § 106 Abs 6 bzw. § 255 Abs 6 vermieden werden könnte! – führt jedenfalls durch Pauschalgebühren, Anwaltskosten, Zeitaufwand usw. zu insgesamt höheren Kosten des Vergabeverfahrens.
- Der Verweis auf Landesregeln geht im Übrigen insgesamt ins Leere, da die Übertretung von Landesregeln lediglich als eine Verwaltungsübertretung iSd § 367 Z 22 iVm § 69 Abs 2 GewO geahndet werden kann. Der Auftraggeber kann daher im Vergabeverfahren aus der Übertretung der Landesregeln keine Konsequenzen ziehen. Es ist auch unklar, inwieweit die unterlassene Mitteilungspflicht entsprechend den Landesregeln für Baumeister in einem allfälligen Nachprüfungsverfahren Berücksichtigung finden darf, wie dies in den Materialien zur Mitteilungspflicht des BVergG ausdrücklich festgehalten ist.

Aus all diesen Gründen ist es unerlässlich, die Mitteilungspflicht weiterhin im BVergG zu verankern.

3. *In der Vergangenheit wurde seitens der gesetzlichen Interessenvertretungen wiederholt der Wunsch geäußert, eine Antragslegitimation für gesetzliche Interessenvertretungen hinsichtlich der Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen einzuführen.*

Begründend wurde dazu ausgeführt, dass es sich bei Nachprüfungsanträgen vor Ablauf der Angebotsfrist in der Regel um branchenweite und nicht individuelle Anliegen handelt und die Kosten einer Korrektur gesetzwidriger Ausschreibungsunterlagen zu diesem Zeitpunkt noch relativ gering sind. Eine derartige Antragslegitimation könnte daher zu einer Verbesserung der Ausschreibungspraxis führen und würde den Druck von einzelnen Unternehmern – insbesondere kleinen und mittleren Unternehmern – nehmen, selbst ein Nachprüfungsverfahren gegen Auftraggeber einzuleiten.



Holding

Würde diesem Vorschlag Folge geleistet, so könnte dem § 320 BVergG 2006 ein neuer Absatz mit nachstehendem Inhalt angefügt werden: „(5) Gesetzliche Interessenvertretungen können die Nachprüfung der Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen beantragen.“

Ein dahingehender Vorschlag ist im vorliegenden Entwurf noch nicht enthalten. Dennoch wird ausdrücklich um Stellungnahme zu dieser Anregung der gesetzlichen Interessenvertretungen ersucht. Hingewiesen wird darauf, dass es sich bei dieser Regelung um eine Angelegenheit der Nachprüfung handelt, die daher nur für „Bundesauftraggeber“ maßgeblich wäre.

Stellungnahme:

Der ÖBB-Konzern spricht sich aus folgenden Gründen **gegen ein** derartiges, aus Auftraggebersicht sehr problematisches **Antragsrecht** (das im Übrigen noch zahlreiche weitere einem eigenen Begutachtungsverfahren zu unterziehende legislative Änderungen erfordern würde) **aus**:

- Die Interessensvertretungen werden an einer Nachprüfung von Ausschreibungs- oder Wettbewerbsunterlagen kein „rechtliches Interesse“ geltend machen können. Daher geht ein Antragsrecht für diese Einrichtungen über das Richtlinienerfordernis hinaus (vgl. Art. 1 Abs 3 Sektoren-RMRL) und ist mit dem Grundsatz des Verzichts auf ein „Golden Plating“ nicht vereinbar.
- Ein derartiges Antragsrecht würde auch den Geheimhaltungsinteressen des Auftraggebers iSd geltenden BVergG zuwiderlaufen.
- Zudem widerspräche ein derartiges Antragsrecht auch dem primärrechtlichen Grundsatz der Nichtdiskriminierung. In diesem Zusammenhang ist gänzlich ungeklärt, in welcher Form Interessensvertretungen aus anderen Mitgliedstaaten ein Antragsrecht erhalten und unklar ist in weiterer Folge auch, wie eine Diskriminierung von Bietern aus Mitgliedstaaten vermieden werden soll, die (mangels Zwangsmitgliedschaft) keiner Interessensvertretung angehören bzw. in deren Mitgliedsstaaten keine Interessensvertretung existiert. Inländische Unternehmer wären

aufgrund ihrer Zwangsmitgliedschaft stets in europarechtlich bedenklicher Weise materiell bevorzugt.

- Die geplante Festschreibung der Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen überrascht umso mehr im Lichte der kürzlich bei der EU-Kommission eingebrachten Beschwerde gegen die Zwangsmitgliedschaft in den österreichischen Wirtschaftskammern. In der Beschwerde werden zum einen die Verletzung des Behinderungsverbot als Ausfluss der gemeinschaftsrechtlichen Niederlassungsfreiheit durch erhebliche Eingriffe in die Freiheitssphäre eines Unternehmens und zum anderen ein Verstoß gegen das Beihilfenverbot im Sinne einer Verfälschung des Wettbewerbs durch verbotene Quer-Subventionierung geltend gemacht.
- Interessensvertretungen haben den gesetzlichen Auftrag, die gemeinsamen Interessen ihrer Mitglieder zu vertreten. Nicht zu vergessen ist, dass auch (Sektoren-)Auftraggeber ex lege, zB aufgrund von § 2 WKG, Mitglied einer Interessensvertretung sind. Mit dem Antragsrecht würde man daher (zumindest) die Wirtschaftskammer einem Interessenskonflikt aussetzen. Eine kostenpflichtige - letztlich auch aus den Kammerumlagen der (Sektoren-)Auftraggeber finanzierte – Antragstellung von Kammermitgliedern gegen andere Kammermitglieder ist unseres Erachtens mit der gesetzlichen Zwangsmitgliedschaft nicht vereinbar.
- Ein Antragsrecht widerspricht Artikel 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention. Demnach hat jede Person ein Recht darauf, dass ein unabhängiges und unparteiisches Gericht über ihre zivilrechtlichen Ansprüche entscheidet. Es kann im Hinblick darauf nicht angehen, dass Mitglieder einer Interessensvertretung als Mitglieder des BVA-Senates über einen Nachprüfungsantrag (mit)entscheiden, den eben diese Interessensvertretung eingebracht hat. Dies würde der EMRK und damit den Grundprinzipien der rechtlichen Ordnung zuwiderlaufen. Dies kann auch nicht „notdürftig“ durch ein Zuziehen von Beisitzern aus anderen Interessensvertretungen repariert werden.

Um eine Gleichbehandlung aller Antragsteller zu gewährleisten, müssten daher in letzter Konsequenz die Beisitzer in den Senaten abgeschafft werden – und zwar in allen BVA-Verfahren. Es ist fraglich, ob dies dem technikaffinen und praxisnahen Zugang der Vergabekontrolle dienlich sein kann.



Holding

4. Z 81 des Entwurfes sieht (in Umsetzung der Richtlinie 2007/66/EG) die Verhängung von sogenannten „alternativen Sanktionen“ vor (vgl. dazu den vorgeschlagenen § 334 Abs. 6). Diese Sanktionen müssen gemäß der RL 2007/66/EG „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein. Die Kommission führt derzeit eine gemeinschaftsweite Konsultation durch, mit der die Pläne zur Umsetzung dieser Bestimmung noch vor deren Inkrafttreten evaluiert werden sollen. Es wird darauf hingewiesen, dass die genaue Gestaltung der alternativen Sanktionen und insbesondere die Frage der Zulässigkeit einer allfälligen Begrenzung der Sanktionshöhe bei Geldbußen auch vom Ergebnis dieser Konsultationen abhängen. Der im Entwurf enthaltene Vorschlag ist insofern daher nur als vorläufig anzusehen.

Stellungnahme:

Die derzeitige Fassung des Entwurfs wird von Seiten des ÖBB-Konzerns aus mehreren Gründen abgelehnt:

- Der derzeitige Entwurf geht weit über den Wortlaut der Richtlinie hinaus. Es wird daher im Sinne des Verzichts auf das „Golden Plating“ und im Einklang mit der üblichen Vorgangsweise der übrigen Mitgliedstaaten die **Übernahme lediglich des Richtlinien textes (Artikel 2d und 2e) im Wortlaut in das Bundesvergabegesetz** angeregt.

Die Regelung zur Laufzeitverkürzung (also die befristete Weitergeltung) des Vertrages stellt einen Widerspruch zum Verzicht auf ein „Golden Plating“ dar: Während in der Richtlinie als Sanktion alternativ die Verkürzung der Laufzeit oder die Verhängung von Geldbußen angeführt ist (Artikel 2e Abs 2), regelt der Entwurf in § 334 Abs 5 die Möglichkeit zur befristeten Weitergeltung des Vertrages und verbindet damit in Abs 6 zwingend die Verhängung einer Sanktion.

Des Weiteren ist in der Richtlinie eine Nichtigerklärung von Verträgen bzw. eine Verhängung von alternativen Sanktionen naturgemäß nur für den Oberschwellenbereich vorgesehen. Derartige Eingriffe in zivilrechtliche Rechtsverhältnisse und die Verhängung von Sanktionen sind daher im Unterschwellenbereich durch die Richtlinie nicht gedeckt. In diesem Zusammenhang sind auch die Ausführungen des Vergabekontrollsenates Wien (VKS-2791/05 ua) zu



Holding

sehen, aus denen sich ergibt, dass zwar die Regelungen des EG-Vertrages auch im Unterschwellenbereich anzuwenden sind, dies jedoch nicht die Geltung der Vergaberichtlinien für den Unterschwellenbereich nach sich zieht.

Die Sanktion der „Anordnung, dass der Spruch des Feststellungsbescheides auf Kosten des Auftraggebers in einer oder mehreren periodischen Druckschriften zu veröffentlichen ist“, ist in der EU-Richtlinie nicht vorgesehen. Diese Regelung schießt auch hier über das Ziel der Richtlinie hinaus, weshalb der ÖBB-Konzern sich gegen diese Vorschrift ausspricht.

- Es erscheint jedenfalls sinnvoll, bei der Abfassung der Gesetzesbestimmungen zunächst zu den gelindesten zulässigen Sanktionsmitteln zu greifen und ggf. nach einer ausreichenden Anwendungsphase eine Evaluierung durchzuführen.
- Das BVA - gemäß den Materialien zum BVerfG 2002 eine Sonderkontrollbehörde mit hauptberuflich tätigen Vorsitzenden, also eine Verwaltungsbehörde - würde mit dem gegenwärtigen Entwurfstext das Recht zur Aufhebung zivilrechtlicher Verträge erhalten. Dies widerspricht dem verfassungsrechtlich normierten Grundsatz der Gewaltenteilung (Art 94 B-VG: „Die Justiz ist von der Verwaltung in allen Instanzen getrennt.“), die sich in einer formell-organisatorischen Trennung zwischen Justiz und Verwaltung niederschlägt. Die derzeitige Fassung des Entwurfs würde die Vergabekontrollbehörden demgegenüber unzulässigerweise zu „Mischbehörden“ machen und damit diesen verfassungsrechtlichen Grundprinzipien zuwiderlaufen. Die Bestimmung würde in kürzester Zeit durch den VfGH aufgehoben werden und sollte schon aus diesem Grund gar nicht erst in Kraft treten.
- Dem Prinzip der Gewaltenteilung entspricht auch die bisherige Regelung des § 341 BVerfG, wonach – nach Vorliegen eines Feststellungsbescheides der Vergabekontrollbehörde - ein Schadenersatzanspruch vor den Zivilgerichten geltend gemacht werden muss. Der Ausspruch über zivilrechtliche Konsequenzen bleibt also derzeit korrekterweise den Zivilgerichten vorbehalten. Dieses Prinzip ist auch in der Novelle beizubehalten (Feststellungsbescheid als Voraussetzung für die Aufhebung des Vertrages durch ein Zivilgericht).
- Unklar erscheint, welche Vorteile eine Aufhebung des Vertrages ex tunc gegenüber einer Aufhebung ex nunc – insbesondere für den übergangenen Bieter – haben soll.



Holding

Eine Vertragsaufhebung ex nunc - eventuell verbunden mit verhängten Sanktionen - sollte die Interessen des übergangenen Bieters ausreichend wahren.

- Eine Aufhebung des Vertrages ex tunc samt bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung kann insbesondere bei Bauleistungen in den seltensten Fällen zu einer Neuausschreibung des umfänglich und inhaltlich identen Projektes führen.
- In Bezug auf die Höhe der Geldbuße ist festzuhalten, dass die Festlegung einer Obergrenze jedenfalls notwendig scheint, um eine überschießende Belastung der (Sektoren-)Auftraggeber zu vermeiden.

Dipl. Ing. Peter Klugar
Sprecher des Vorstandes

Mit freundlichen Grüßen

Mag. Josef Halbmayr
Mitglied des Vorstandes

KR Gustav Poschalko
Mitglied des Vorstandes