

**ÖBB**
Holding

ÖBB-Holding AG, 1100 Wien, Wienerbergstraße 11

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

ÖBB-Holding AG

Der Vorstand

Tel. +43/1/93000/33003

Fax +43/1/93000/25250

per E-Mail an: v@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien am, 02.06.2009

Stellungnahme zum Entwurf einer BVergG-Novelle 2009 Aussendung zur 2. Begutachtung

Sehr geehrter Herr Doktor Fruhmann!
Sehr geehrte Damen und Herren!

Zu dem mit Schreiben vom 11. Mai 2009 übermittelten 2. Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2009) bezieht der ÖBB-Konzern Stellung wie folgt:

I. Allgemeine Bemerkungen

Begrüßt wird seitens des ÖBB-Konzerns der Umstand, dass ein Teil der im Rahmen der ersten Begutachtung geltend gemachten Bedenken im 2. Entwurf berücksichtigt wurde.

1. So wurde nun von der Begründungsverpflichtung für die Forderung von Nachweisen im Unterschwellenbereich abgesehen (§§ 70 Abs 3, 231 Abs 3 BVergG).
2. Weiters wurde die Festlegung eines Mindestanteils des Auftrages, welcher durch Subunternehmer zu erbringen ist, gestrichen (§§ 83 Abs 3, 240 Abs 3 BVergG).
3. Das im ersten Entwurf enthaltene Erfordernis eines *qualifizierten* Zeitstempels (§§ 119 Abs 1, 265 Abs 1 BVergG) ist ebenfalls entfallen.
4. Der ÖBB-Konzern begrüßt weiters die Anpassung des § 334 des Entwurfes, wonach die Sanktion der Veröffentlichung des Feststellungsbescheides ersatzlos gestrichen wurde.

Der ÖBB-Konzern nimmt auch zustimmend zur Kenntnis, dass die angedachte Streichung der Mitteilungspflicht gemäß §§ 106 Abs 6, 255 Abs 6 BVergG und auch die ins Auge gefasste Antragslegitimation für gesetzliche Interessensvertretungen im nunmehr ausgesandten Entwurf nicht verankert wurden.

Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft, FN 247642f, Handelsgericht Wien, DVR 2111136, UID ATU58031338

./2

II. Stellungnahme zu unveränderten Punkten des 1. Begutachtungsentwurfs

Mit Bedauern stellt der ÖBB-Konzern jedoch fest, dass einige bereits in der 1. Stellungnahme vorgetragene Bedenken auch im vorliegenden Entwurf der BVergG-Novelle nicht berücksichtigt wurden:

1. Ein besonderes Anliegen ist dem ÖBB-Konzern vor allem die notwendige Anpassung des Bundesvergabegesetzes im Zusammenhang mit der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße (**PSO-VO**). Diese begründet als **speziellere und jüngere europäische Rechtsnorm** für einen wesentlichen Teil des Verkehrsbereichs ein **Sondervergaberegime**. Im Konkreten handelt es sich dabei um folgende, **insbesondere für Dienstleistungskonzessionen** vorgesehene Direktvergabemöglichkeiten:

- Art 5 Abs 2: Vergaben an interne Betreiber
- Art 5 Abs 4: Vergaben für Bus, Straßen- & U-Bahn bis 2 Mio € oder 600.000 km p.a.
- Art 5 Abs 5: Vergaben als Notmaßnahme
- Art 5 Abs 6: Vergaben im Eisenbahnverkehr („heavy rail“)

Die **Anwendbarkeit** dieser Bestimmungen wird aber derzeit durch die diesbezüglich restriktiveren, europarechtlich gar nicht gebotenen Vorschriften des **BVergG verhindert** („Golden Plating“). Um **Wettbewerbsnachteile** für den **österreichischen Verkehrssektor** hintanzuhalten und **Rechtssicherheit für die Aufgabenträger** im ÖPNRV zu schaffen, ist daher eine Anpassung des BVergG 2006 dringend geboten! Diese könnte durch die Novellierung folgender Paragraphen erfolgen:

Änderung in § 11:

Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionsverträgen in einem formfreien Verfahren unmittelbar an einen ausgewählten Unternehmer (Direktvergabe) ist nur zulässig, sofern der geschätzte Leistungswert 100 000 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.

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 100 000 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 Eingang** 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**.



Holding

2. Der vom ÖBB-Konzern in der Stellungnahme vom 11.12.2008 aufgezeigte Zusammenhang des BVergG mit der Gewerbeordnung, der im 2. Entwurf der BVergG-Novelle nicht berücksichtigt wurde, kann den Auftraggeber im Ergebnis dazu zwingen, das Verstreichen der in § 373a Abs 5 Z 3 GewO genannten Frist abzuwarten, bevor er die Zuschlagsentscheidung bekannt geben kann. Diese Verzögerung des Vergabeverfahrens kann nicht in Kauf genommen werden.

Sieht man daher von Fällen ab, in denen 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) – im Sinne einer rascheren Rechtssicherheit die Vorlage der Eigenerklärung auch für den vorgesehenen Zuschlagsempfänger ausreichen. Dementsprechend sollte im Gesetz ausdrücklich verankert werden, dass (Sektoren-)Auftraggeber grundsätzlich keine – über die Eigenerklärung hinausgehende – Überprüfungs- und Nachforschungspflicht trifft.

Daher wird folgende Adaption angeregt:

In § 129 Abs 1 Z 11 des Entwurfs:

„Angebote von Bieter, 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,*

[...]“

sowie in § 269 Abs 1 Z 7 des Entwurfs:

„Angebote von Bieter, bei denen dem Sektorenauftraggeber im Zeitpunkt der Zuschlagsentscheidung bzw. des Ablaufes der gemäß § 260 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,*

[...]“

3. Nach wie vor **geht der Entwurf über die Vorgaben der Rechtsmittelrichtlinie** in Bezug auf die Verhängung von **Sanktionen hinaus**: Auch der 2. Entwurf verknüpft die Möglichkeit zur Verkürzung der Vertragslaufzeit zwingend mit der Verhängung von Geldbußen, während diese beiden Sanktionen in der RMRL als Alternative vorgesehen sind.

Es wird ersucht, im Sinne einer richtlinienkonformen Umsetzung im Entwurf alternativ **entweder** eine Verkürzung der Vertragslaufzeit **oder** eine Verhängung von Geldbußen vorzusehen.

4. Der Entwurf sieht auch nach wie vor die **Verhängung von Sanktionen im Unterschwellenbereich** vor, obwohl die EU-Richtlinien grundsätzlich nur für den Oberschwellenbereich zu gelten haben. Der ÖBB-Konzern hat daher bereits in der Stellungnahme zum 1. Entwurf angeregt, die Verhängung von **Sanktionen auf den**



Holding

Oberschwellenbereich zu reduzieren. Wie der VKS Wien in VKS-2791/05 festgestellt hat, sind zwar die Regelungen des EG-Vertrages auch im Unterschwellenbereich anzuwenden, dies zieht jedoch nicht die Geltung der Vergaberichtlinien für den Unterschwellenbereich nach sich.

5. Es wurde auch nicht der Einwand berücksichtigt, dass die **Verhängung von Geldbußen und die Unwirksamkeitserklärung von Verträgen durch das BVA dem verfassungsrechtlichen Prinzip der Gewaltenteilung zuwider laufen.**

Die im Entwurf vorgesehene Zuständigkeit des BVA zur Verhängung von Sanktionen geht weit über die bisher im Feststellungsverfahren gegebene Zuständigkeit hinaus. Dies gilt insbesondere für die Zuständigkeit, die Vergaberechtswidrigkeit einer Vorgangsweise mit bindender Wirkung festzustellen. **Es ist jedoch eine genuine Aufgabe der Zivilgerichte, über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Vertrages und dessen Folgen zu urteilen.** Der Gesetzgeber sollte daher an dem für Schadenersatzklagen verwirklichten Modell der **geteilten Zuständigkeit festhalten:** Über die Rechtswidrigkeit der bekanntmachungslosen Zuschlagserteilung soll daher weiterhin das BVA entscheiden. Ob und inwieweit eine Unwirksamkeit des Vertrages eintritt (und allfällige Sanktionen zu verhängen wären), wäre aber auch in Zukunft der Entscheidung der ordentlichen Gerichte zu überlassen.

Der ÖBB-Konzern erlaubt sich daher, die bereits in seiner Stellungnahme vom 11.12.2008 ausführlich dargelegten Bedenken in Erinnerung zu rufen und regt an, die Berücksichtigung dieser Anmerkungen nochmals zu überlegen.

III. Stellungnahme zu neuen Änderungen im 2. Begutachtungsentwurf

1. §§ 80 und 237 BVergG neu sowie Anhang XIX (Umsetzung der Richtlinie 2009/33/EG):

Umweltfördernde Maßnahmen und Gesamtkostenbetrachtungen sind ein besonderes Anliegen des ÖBB-Konzerns. Bereits seit vielen Jahren gehören daher die LCC bzw. der TCO-Ansatz zum Ausschreibungsstandard unserer Fahrzeugbeschaffungen. Bezüglich der vorgeschlagenen Umsetzung der Richtlinie 2009/33/EG ist dennoch eine kritische Stellungnahme abzugeben:

- Die Richtlinie 2009/33/EG gesteht den Mitgliedstaaten eine 18-monatige Umsetzungsfrist zu (bis 4. Dezember 2010). Angesichts der aktuellen gesamtwirtschaftlichen Situation erscheint es nicht opportun, die für die (Sektoren-) Auftraggeber mit Mehrkosten verbundene Richtlinie (vgl. Erläuterungen, Seite 5, Punkt 4.2) bereits mit 20. Dezember 2009 umzusetzen. **Mit der Inkraftsetzung der gegenständlichen Bestimmungen sollte daher noch zugewartet werden.**
- Aus den Erwägungsgründen 21 und 28 der zitierten Richtlinie ergibt sich, dass die Auftraggeber lediglich angeregt werden, Spezifikationen mit einer höheren Energie- und Umweltleistung als im Gemeinschaftsrecht vorgesehen vorzugeben und Fahrzeugen, die den neuesten Euronormen entsprechen, den Vorzug zu geben, noch bevor diese Normen verbindlich werden.

Der vorgeschlagene § 237 Abs. 3 (§ 80 Abs. 3), wonach bei der Festlegung von ökologischen technischen Spezifikationen die Vorschreibung des gesetzlich geltenden Niveaus nicht hinreichen soll, erscheint daher überschießend („Golden Plating“). **Sowohl aus Kostengründen, vor allem aber um den Markt durch überzogene Spezifikationen (wie derzeit etwa die Euro 6-Norm) nicht in einem**



Holding

unvertretbaren Ausmaß zu beschränken, wird eine – den Erwägungsgründen der RL entsprechende – Korrektur angeregt.

§ 237 Abs. 3 (analog auch § 80 Abs. 3) soll lauten: „Bei der Festsetzung der technischen Spezifikationen gemäß Abs. 2 Z 1 kann der Sektorenauftraggeber die Höhe der CO₂-Emissionen oder der Emissionen der Schadstoffe gemäß Abs. 1 Z 3 so festlegen, dass die zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens geltenden gesetzlichen Emissionsgrenzwerte unterschritten werden.“

2. § 312 Abs 3 Z 5 BVergG neu:

Im vorliegenden Entwurf wurde die im 1. Entwurf enthaltene Wortfolge „deren geschätzter Auftragswert zumindest die in den §§ 12 Abs 1 bzw. 180 Abs 1 genannten Schwellenwerte erreicht“ gestrichen.

Dies führt zum Ergebnis, dass die Möglichkeiten zur Nichtigklärung von Rahmenvereinbarungen nun auch im Unterschwellenbereich möglich ist. Da die RMRL für den Unterschwellenbereich nicht anzuwenden ist, geht **diese Änderung über das Ziel der Richtlinie hinaus und ist daher abzulehnen.**

3. § 333 Abs 2 BVergG neu:

Der 2. Entwurf legt die **Feststellungsfrist von 6 Wochen für das BVA** für alle Tatbestände des § 331 Abs 1 und 2 BVergG fest. Diese Änderung wird in den Erläuternden Bemerkungen nicht näher begründet.

Die Erfahrung zeigt, dass das BVA bereits nach der geltenden Rechtslage Mühe hat, die Entscheidungsfrist des § 326 BVergG für Nachprüfungsverfahren einzuhalten. Werden nun auch für sämtliche Feststellungsverfahren kurze Entscheidungsfristen gesetzt, so steht zu befürchten, dass das BVA die Entscheidungsfrist bei den – aufgrund von Termindruck bei der Beschaffung weit dringlicheren – Nachprüfungsverfahren umso schwerer einhalten wird können. Diese Überlastung des BVA ist im Hinblick auf die wirtschaftlichen Auswirkungen der getroffenen Erkenntnisse hintanzuhalten.

Der ÖBB-Konzern spricht sich daher **gegen die Setzung von Entscheidungsfristen in Feststellungsverfahren** aus. **Die sechswöchige Entscheidungsfrist hingegen bei Nachprüfungsverfahren iSd § 326 BVergG 2006 ist jedenfalls beizubehalten**, da der Fokus des BVA auf Nachprüfungsverfahren gerichtet bleiben soll. Die im Entwurf vorgesehene Fristsetzung für eine Entscheidung in Feststellungsverfahren soll jedoch nicht in die Novelle aufgenommen werden.

4. § 334 BVergG neu:

Gegenüber der Regelung des 1. Entwurfes ist zu begrüßen, dass die Regelung nun klarer formuliert und daher einfacher zu handhaben ist.

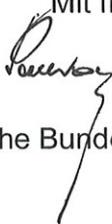
Es bleibt jedoch insbesondere bei den bereits erwähnten Kritikpunkten:

- **Die Kompetenz des BVA als Verwaltungsbehörde zur Nichtigklärung von zivilrechtlichen Verträgen widerspricht dem Grundsatz der formell-organisatorischen Trennung zwischen Justiz und Verwaltung in allen Instanzen.**

- Die Verhängung von Geldbußen durch das BVA widerspricht ebenfalls der verfassungsrechtlichen Gewaltenteilung.
- Die Verhängung von Sanktionen im Unterschwellenbereich widerspricht dem Grundsatz des Verzichts auf ein „Golden Plating“.

Die ÖBB-Holding AG ersucht um Berücksichtigung dieser Stellungnahme.

Mit freundlichen Grüßen


Österreichische Bundesbahnen-Holding Aktiengesellschaft 