



Holding

ÖBB-HOLDING, 1100 Wien, Clemens-Holzmeister-Straße 6

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

per E-Mail: [v@bka.gv.at](mailto:v@bka.gv.at)  
[begutachtungsverfahren@parlament.gv.at](mailto:begutachtungsverfahren@parlament.gv.at)

ÖBB-Holding AG  
**Mag. Brigitte Schüßler**  
Leiterin Strategischer Einkauf  
Tel. +43 1 93000-45904  
[brigitte.schuessler@oebb.at](mailto:brigitte.schuessler@oebb.at)

Datum  
15.09.2011

**Stellungnahme zum Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011); Ihre GZ BKA-600.883/0040-V/8/2011**

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

Zu dem mit Schreiben vom 19. Juli 2011 übermittelten Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 geändert wird (BVergG-Novelle 2011) bezieht der ÖBB-Konzern Stellung wie folgt:

## I. Allgemeine Bemerkungen

Einleitend wollen wir die mit der Novelle geplanten Vereinfachungen des Regelungsregimes im Unterschwellenbereich als besonders wertvoll und positiv hervorheben.

## II. Diskussionspunkt gemäß Begleitschreiben

Gesetzliche Regelungen für den Fall, dass der Auftraggeber in der Mitteilung der Zuschlagsentscheidung eine längere als die gesetzlich vorgesehene Stillhaltefrist angegeben hat, werden nicht für notwendig erachtet. Die in der Einführungsphase der aktuellen Rechtslage aufgetretenen Probleme sind durch eine klare und eindeutige Rechtsprechung mittlerweile geklärt. Zusätzliche Regelungen sind daher unseres Erachtens entbehrlich.

Konzernstellungnahme\_BVergG-Novelle 2011

.f2

ÖBB-Holding AG, 1100 Wien, Wienerbergstraße 11, FN 247642 f, HG Wien, UID ATU58031338, DVR 2111136  
ÖVKB, Kto.Nr. 10020000005, BLZ18190, IBAN AT841819010020000005, BIC OVERATWW  
BAWAG P.S.K., Kto.Nr. 90027804, BLZ 60000, IBAN AT376000000090027804, BIC OPSKATWW

### III. Stellungnahme zu einzelnen Sektorenbestimmungen

#### 1. § 201a

Die neugeschaffene Direktvergabe nach vorheriger öffentlicher Markterkundung (§ 201a) ist dem Grunde nach zu begrüßen. Betrachtet man die sonst übliche Relation zwischen klassischem und Sektorenregime, sollte der Schwellenwert (anstelle 150.000 Euro) allerdings 200.000 Euro betragen.

Durch die aktuelle Formulierung der „Kriterien“ im § 201a Abs 4 erscheint leider nicht gewährleistet, dass die Rechtsprechung einen nennenswerten Unterschied zu Auswahl- und Zuschlagskriterien machen wird und somit der gemäß Erläuterungen intendierte „Qualitätsunterschied“ in der Praxis weitestgehend verschwinden wird. Wir regen daher an, die intendierte weitgehende Formfreiheit explizit in den § 201a (ggf. auch in den § 201) aufzunehmen, wie z.B.

- die weitgehende Formfreiheit als Grundsatz mit Hinweis auf die durch § 187 gesetzten Grenzen,
- das Nichtbestehen einer strikten Trennung zwischen unternehmerbezogenen und angebotsbezogenen Kriterien,
- die freie Gestaltung des Verfahrensablaufes durch den Auftraggeber,
- die Möglichkeit mit den Bietern zu verhandeln,
- die Möglichkeit auch nur ein Angebot einzuholen.

Die zwingende und ausnahmslose „ex post – Bekanntmachung“ gemäß § 201a Abs 5 erscheint in Relation zum Auftragswert unangemessen, da es im Verfahren ohnehin bereits eine die Transparenz sicherstellende „ex ante – Bekanntmachung“ gegeben hat. Angesichts des Auftragswerts wäre ein gänzlicher Entfall aus unserer Sicht argumentierbar. Die „ex post – Bekanntmachung“ führt nämlich im Vergleich zu den übrigen Verfahrensarten im Unterschwellenbereich (dort ist die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung ausreichend) zu einem Missverhältnis in der Transparenz.

**Das für den Unterschwellenbereich neu eingeführte Instrument der „ex post – Bekanntmachung“ widerspricht dem Verbot des „golden plating“, ist primärrechtlich nicht erforderlich und – soweit ersichtlich – auch von der Rechtsprechung des EuGH nicht eingemahnt. Sämtliche neu eingeführten Formen der „ex post – Bekanntmachung“ sind unseres Erachtens daher ersatzlos zu streichen. Sie widersprechen auch dem erklärten Ziel der Novelle den Unterschwellenbereich vereinfacht zu regeln.**



2. §§ 216 Abs 1 und 219 Abs 2

In den Erläuterungen zur Publikationsmedienverordnung 2006, Allgemeiner Teil, Punkt 4, wurde folgende „zukünftige Vorgangsweise“ skizziert:

*„Gemäß dem Aktionsplan vom 14.12.2004 zur Umsetzung und Anwendung der Rechtsvorschriften über die elektronische Vergabe öffentlicher Aufträge soll bis Ende 2007 ein automatisiertes, zentrales, vollelektronisches und kostenloses Publikationssystem implementiert werden. Dieses System soll für Bekanntmachungen sowohl im Ober- wie auch im Unterschwellenbereich zur Verfügung stehen. Sobald dieses System voll funktionsfähig ist, sollen Bekanntmachungen allein in diesem System erfolgen.“*

Gegen ein derartiges, europaweit einheitliches und kostenloses Publikationssystem für den Ober- und Unterschwellenbereich besteht kein Einwand.

Die in §§ 216 Abs 1 und 219 Abs 2 nunmehr geplante Nutzungspflicht eines der zehn kostenpflichtigen nationalen Veröffentlichungsmedien für sämtliche Bekanntmachungen (im Oberschwellenbereich – entsprechend der Entscheidung des Verordnungsgebers – fakultativ, im Unterschwellenbereich obligatorisch) bedeutet unseres Erachtens ein insbesondere aus Kostengründen abzulehnendes „golden plating“.

Unsere Bedenken betreffen vor allem die Bekanntmachungen im Unterschwellenbereich und hier ganz speziell die neuen „ex post – Publikationsverpflichtungen“. Zumindest große Sektorenauftraggeber haben nämlich bereits auf Basis der aktuellen Rechtslage technische Lösungen umgesetzt die Bekanntmachungen auf ihrer Homepage ermöglichen und auf diese Weise „einen angemessenen Grad von Öffentlichkeit“ gewährleisten. Diese Form der Veröffentlichung sollte daher im Unterschwellenbereich gleichberechtigt als Alternative zugelassen werden. Nur jene Auftraggeber, die kein eigenes Veröffentlichungssystem betreiben, sollten zur Nutzung des per Verordnung festgelegten Mediums verpflichtet werden.

3. §§ 250 Abs 3 und 252 Abs 6

Die neugestalteten §§ 102 Abs 3 und 103 Abs 6 sehen eine reduzierte Teilnehmermindestzahl (drei Unternehmer) beim nicht offenen Verfahren im Unterschwellenbereich vor. Eine entsprechende Anpassung sollte auch bei den Sektorenbestimmungen (§§ 250 Abs 3 und 252 Abs 6) vorgenommen werden.

4. § 272 Abs 2

§ 131 Abs 2 Z 2 neu sieht im Unterschwellenbereich bis zu einem geschätzten Auftragswert von 60.000 Euro den Entfall der verpflichtenden Mitteilung der Zuschlagsentscheidung bei Verfahren ohne Bekanntmachung vor. Demgegenüber fehlt eine analoge Regelung (fakultative Mitteilung der Zuschlagsentscheidung) für den Sektorenbereich in § 272 Abs 2. Der Schwellenwert sollte hier allerdings 200.000 Euro betragen (siehe Argumentation unter Punkt III. 1. 1. Absatz). Der Hinweis in den Erläuterungen, dass im Sektorenbereich deshalb keine vergleichbare Neuregelung erfolgt, da mit der freien Verfahrenswahl gemäß § 200 ohnehin schon große Flexibilität im gesamten Unterschwellenbereich besteht, erscheint nicht schlüssig.

5. § 337

Die Verwendung der Wortfolge „hinreichend qualifiziert“ anstatt „schuldhaft“ mag zwar durch die Rechtsprechung des EuGH erzwungen sein, sie führt jedoch – und zwar in erster Linie für die betroffenen (Sektoren-)Auftraggeber – zu großer Rechtsunsicherheit.

Der Systembruch zu unserem vom Verschulden getragenen Schadenersatzrecht macht es wünschenswert, dass der nationale Gesetzgeber die Worte des EuGH in unsere gebräuchliche und damit in eine verständlichere, klarere Rechtssprache „übersetzt“. Ein derartiges Unterfangen birgt selbstverständlich das Risiko einer baldigen Novellierung, die gesteigerte Rechtssicherheit gleicht diesen Nachteil allerdings problemlos aus.

Zumindest aber sollte den Rechtsanwendern im Wege der Erläuterungen eine „vorläufige Übersetzung“ – insbesondere zum Verständnis und zur Auslegung des Begriffs „hinreichend qualifizierter Verstoß“ – angeboten werden.

Für die ÖBB-Holding AG



Mag. Brigitte Schößler  
CPO