



An das
Bundeskanzleramt
Ballhausplatz 2
1010 Wien

E-Mail: v8a@bka.gv.at
begutachtungsverfahren@parlament.gv.at

Wien, am 30.03.2017

**Betreff: Stellungnahme der WESTbahn Management GmbH zum Vergaberechtsreformgesetz 2017
BKA-600.883/0003-V/8/2017 vom 8. Februar 2017**

Die WESTbahn Management GmbH gibt zum Begutachtungsentwurf eines Bundesgesetzes, mit dem ein Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2017) erlassen wird und das Bundesvergabegesetz 2017 sowie das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden (Vergaberechtsreformgesetz 2017), binnen offener Frist folgende Stellungnahme ab:

Aus Sicht der WESTbahn sind die in § 9 Abs 1 Z 17 und § 178 Abs 1 Z 17 des vorliegenden Entwurfs vorgesehenen Ausnahmen von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf der Schiene oder per Untergrundbahn vom gesamten Geltungsbereich – somit auch vom Rechtsschutzteil - des Bundesvergabegesetzes (BVergG) aus den nachstehenden Gründen äußerst kritisch zu beurteilen und in mehrfacher Hinsicht rechts- bzw. verfassungswidrig.

1. NATIONAL- UND EUROPARECHTLICHER RAHMEN

1.1 Nationaler Rechtsrahmen

Eingangs ist darauf hinzuweisen, dass das derzeit geltende Bundesvergabegesetz 2006 in seiner Stammfassung, BGBl I 17/2006, eine Direktvergabe auch für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Eisenbahnbereich nur bis zu einem geschätzten Auftragswert von EUR 40.000 (nunmehr EUR 100.000) zuließ. Gerade „rechtzeitig“ kurz vor jenem Zeitpunkt, bevor die WESTbahn in den österreichischen Eisenbahnmarkt eintrat, wurde das BVergG jedoch dahingehend abgeändert, dass die Direktvergabe im Eisenbahnbereich nunmehr auch bei einem Auftragswert von über EUR 100.000 zulässig sein sollte. Dies mit dem Hinweis auf unionsrechtliche Bestimmungen nach der Verordnung



(EG) Nr. 1370/2007 (PSO-VO), welche jedoch ein faires wettbewerbliches Vergabeverfahren zum Grundsatz macht (Art 5 Abs 3 PSO-VO) und die Direktvergabe nur als nicht zwingende Ausnahme gestattet (Art 5 Abs 6 PSO-VO). Somit hat der österreichische Gesetzgeber, der zunächst selbst ein faires wettbewerbliches Vergabeverfahren im Eisenbahnbereich vorsah, mit der Vergaberechtsnovelle BGBl I 15/2015 einen Rückschritt vorgenommen, indem er die Direktvergabe zugelassen und damit insofern auch vom Fairnessgebot dispensiert hat.

Leidlich am Rande sei hier erwähnt, dass bereits damals **verfassungsrechtliche Bedenken** gegen diese Vorgehensweise und die daraus resultierende Regelung geäußert wurden. So wies etwa *Rindler* darauf hin, dass „das dargestellte erleichterte Regime für Direktvergaben [...] aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht unproblematisch“ ist und nicht ersichtlich sei, „worin die sachliche Rechtfertigung liegen soll, dass der Gesetzgeber nunmehr von der [...] Beschränkung der Möglichkeit von Direktvergaben abweichen darf, nur weil eine EG-Verordnung diese Möglichkeit vorsieht“. Dies „würde die Diskriminierungsmöglichkeiten ohne sachliche Rechtfertigung ausweiten und stünde somit in krassem Widerspruch zum Gesamtkonzept des BVergG, welches Direktvergaben nur in Ausnahmefällen zulässt“ (vgl. Bundesvergabegesetz-Novelle 2009 – Ein Überblick, RPA 2010, 59). Auch der OGH äußerte diesbezüglich Bedenken (vgl. 9.8.2011, 4 Ob 100/11a, Punkt 5.2.): „Es ist indes nicht ausgeschlossen, dass diese Verschiedenbehandlung dem Gleichheitssatz des nationalen Rechts widerspricht (Hinweis auf *Rindler*)“.

Daraus ergibt sich, dass schon zur aktuell gültigen Fassung des BVergG erhebliche Bedenken hinsichtlich einer Verfassungswidrigkeit der Direktvergabemöglichkeiten im Eisenbahnbereich gem. § 141 Abs 3 BVergG 2006 bestehen.

1.2 Europarechtlicher Rahmen

Folgend dem dargestellten nationalen Regelungsniveau sind Vergaben von Aufträgen im Schienenpersonenverkehr, die im Regelfall eine Laufzeit von bis zu 10 Jahren haben und Auftragsvolumen von mehreren hundert Millionen Euro aufweisen, in Österreich bis dato ausschließlich im Wege der Direktvergabe gem. Art 5 Abs 6 PSO-VO erfolgt. Dies im Widerspruch zur Konzeption der PSO-VO, wie auch zu den Auslegungsrichtlinien der PSO-VO aus dem Jahr 2014, welche festlegen, dass der Grundsatz der wettbewerblichen Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen gilt.



Die PSO-VO sieht in ihrem Art 5 Abs 7 vor, dass die Mitgliedsstaaten, im Falle der Durchführung von Direktvergaben, die erforderlichen Maßnahmen treffen müssen, um diese auf Antrag einer Person, die ein Interesse daran hat einen bestimmten Auftrag zu erhalten, wirksam überprüfen zu können. Bis dato ist dieser effektive Rechtsschutz im Rahmen des BVergG durch die dafür zuständigen Stellen, zuletzt dem Bundesverwaltungsgericht, sichergestellt worden.

2. AKTUELLER BEGUTACHTUNGSENTWURF UND DESSEN NEGATIVE FOLGEN

Die nunmehr vorgesehene gänzliche Ausnahme öffentlicher Personenverkehrsdienste auf Schiene oder per Untergrundbahn vom Anwendungsbereich des BVergG ist umfassend angelegt und umfasst auch den Rechtsschutzteil des BVergG 2017. Die Verwirklichung dieses Gesetzesentwurfes hätte zur Folge, dass eisenbahnbezogene Dienstleistungsaufträge in Direktvergabe auf Grundlage der – unmittelbar anwendbaren – PSO-VO erfolgen könnten. Für den Rechtsschutz wären – mangels Anwendbarkeit des BVergG 2017 mit seinem speziellen Rechtsschutz vor dem Bundesverwaltungsgericht (BVwG) – nicht mehr die vergaberechtsspezifischen Rechtsschutzinstanzen, sondern die ordentlichen Gerichte zuständig (§ 1 JN; VfSlg 15.228/1998). Darin liegt insofern eine Verschlechterung, als das Vergaberecht verschiedene, ausdifferenzierte Rechtsschutzinstrumente vorsieht, die spezifisch auf die Bedürfnisse und Eigenheiten des Vergaberechts zugeschnitten und daher insofern günstiger als der allgemeine zivilgerichtliche Rechtsschutz sind (vgl in diese Richtung auch VfSlg 16.027/2000).

In Zusammenschau bedeuten die dargestellten Entwicklungen eine absolute Verschlechterung des Bieterschutzes bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Schienenverkehr in zwei Schritten: Nachdem man in einem ersten Schritt bereits 2010 für diesen Bereich ein faires wettbewerbliches Vergabeverfahren ausgeschlossen hat, sollen solche Vergaben nun in einem zweiten Schritt auch noch vom vergaberechtsspezifischen Rechtsschutz durch das BVwG ausgeschlossen und dem allgemeinen zivilrechtlichen Rechtsschutzsystem anheimgestellt werden. Auch wenn selbstverständlich keinerlei Zweifel am hohen Niveau des Zivilrechtsschutzes durch die ordentliche Gerichtsbarkeit im Allgemeinen bestehen, kann dennoch nicht übersehen werden, dass der Sonderrechtsschutz nach dem BVergG durch das BVwG eben besonders auf die spezifischen Probleme des Vergaberechts zugeschnitten ist und daher insofern günstiger ist (vgl abermals idS Ausführungen des VfGH in Slg 16.027/2000).



Die gravierenden Unterschiede und deren negative Folgen für Rechtsschutzsuchende zwischen dem Rechtsschutz vor dem BVwG in Vergaberechtssachen einerseits und vor den ordentlichen Gerichten andererseits sei an lediglich zwei Beispielen veranschaulicht:

- Für Rechtsmittel an das BVwG sind Pauschalgebühren zu entrichten. Der höchste Gebührensatz beträgt aktuell EUR 6.156,00 und kann noch auf das Sechsfache erhöht werden, somit höchstens auf EUR 36.936,00.
Für Klagen und Rechtsmittel in der ordentlichen Gerichtsbarkeit bemessen sich die Gebühren idR hingegen in einem Prozentsatz des Streitwertes. Bei den Auftragsvolumen von mehreren hundert Millionen Euro, wie sie bei der Vergabe von Schienenpersonenverkehrsdienstleistungen üblicherweise vorkommen, wären demnach ausufernde Gerichtsgebühren in Millionenhöhe die Folge. Beispielsweise wären bei einem Vergabevolumen von EUR 500 Millionen allein für eine Klage Gerichtsgebühren iHv rund EUR 6 Millionen zu entrichten; für ein Rechtsmittel wären erneut Gebühren iHv rund EUR 9 Millionen fällig.
- § 348 BVergG 2017 sieht im Nachprüfungsverfahren eine Entscheidungsfrist für das BVwG von sechs Wochen vor. Für den Rechtsschutz vor ordentlichen Gerichten existiert hingegen keine vergleichbare Entscheidungsfrist im Vergaberechtsschutz, sodass die Verschiebung des PSO-Vergaberechtsschutzes zur ordentlichen Gerichtsbarkeit auch aus diesem Grund eine erhebliche Benachteiligung darstellen würde.

3. RECHTSWIDRIGKEIT DES BEGUTACHTUNGSENTWURFS

Aus alledem ergibt sich evident, dass die nunmehr in § 9 Abs 1 Z 17 und § 178 Abs 1 Z 17 des vorliegenden Entwurfs vorgesehenen Ausnahme von Dienstleistungsaufträgen über öffentliche Schienenpersonenverkehrsdienste vom gesamten Geltungsbereich des BVergG sowohl gegen innerstaatliches österreichisches Recht, wie auch gegen Unionsrecht verstößt. Dies betrifft einerseits die Ermöglichung von Direktvergaben, andererseits die Herausnahme aus dem vergaberechtlichen Rechtsschutzregime.



3. 1 Verfassungsrechtliche Bedenken

A.) VERFASSUNGSWIDRIGKEIT DER ERMÖGLICHUNG VON DIREKTVERGABEN

Wie oben (vgl. Pkt. 1.2) dargestellt, gestattet die PSO-VO die Direktvergabe zwar, schließt strengere nationale Regeln aber nicht aus. Damit besteht ein Spielraum für den nationalen Normsetzer, den dieser folgend dem **Prinzip der doppelten Bindung** auch unter Beachtung des nationalen Verfassungsrechts (insbes. Gleichheitssatz und Rechtsstaatsprinzip) zu handhaben hat. Es bedarf damit – bei sonstiger Verfassungswidrigkeit – einer **sachlichen Rechtfertigung**, wenn der Gesetzgeber bei nichtprioritären Dienstleistungsaufträgen im Oberschwellenbereich die Direktvergabe im Allgemeinen ausschließt, sie aber im Eisenbahnbereich ausnahmsweise zulässt. Allein das unionsrechtliche Pouvoir nach Art 5 PSO-VO reicht noch nicht zur Rechtfertigung.

Dies ergibt sich bereits aus der Entscheidung zu VfSlg 16.027/2000, in der der Verfassungsgerichtshof ausgesprochen hat, dass eine (gänzliche) Ausnahme eines Bereichs (hier des sogenannten „Unterschwellenbereichs“) aus dem Vergaberechtsregime allein aufgrund Übereinstimmung mit unionsrechtlichen Vorgaben, nicht automatisch zur Verfassungskonformität führt. Selbst durch das Unionsrecht ermöglichte Regelungen können demnach vor dem Gleichheitsgrundsatz nur dann Bestand haben, wenn sie zu keinen sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierungen führen. Der rechtspolitische Gestaltungsspielraum besteht demnach nicht unbegrenzt, es ist „sachlich nicht zu rechtfertigen, im Unterschwellenbereich den Bewerbern und Bieterinnen nicht einmal ein Minimum an Verfahrensgarantien zu gewährleisten“. Der VfGH beurteilte die gänzliche Ausnahme des Unterschwellenbereichs aus dem Vergaberecht „somit als gleichheitswidrig“.

Dass diese vom VfGH eindeutig festgestellte Verfassungswidrigkeit auch auf die nunmehrige gänzliche Ausnahme des Eisenbahnbereichs aus dem BVergG durchschlägt liegt evident auf der Hand: Wenn schon die (ebenfalls auf eine entsprechende gemeinschaftsrechtliche Vorgabe gestützte) gänzliche Ausnahme des Unterschwellenbereichs, welcher Vergaben lediglich im Wert von wenigen zehntausend Euro betrifft, für verfassungswidrig befunden wurde, muss dies denklösigch umso mehr für Sachverhalte gelten, denen regelmäßig Auftragsvolumen von mehreren hundert Millionen oder sogar Milliarden Euro zugrunde liegen. Eine sachliche Rechtfertigung ist hierfür jedenfalls nicht ersichtlich. Eine gänzliche Ausnahme des Schienenpersonenverkehrs Bereichs vom Anwendungsbereich des BVergG und die damit einhergehende Direktvergabemöglichkeit auf Basis



Art 5 Abs 6 PSO-VO wäre somit klar verfassungswidrig und verstößt insbesondere gegen den Gleichheitssatz und das Rechtsstaatsprinzip.

B) VERFASSUNGSWIDRIGKEIT AUFGRUND AUSNAHME VOM VERGABERECHTLICHEN RECHTSSCHUTZREGIME

Nicht nur die sachlich nicht gerechtfertigte Direktvergabemöglichkeit, sondern auch der Ausschluss von sämtlichen Rechtsschutzinstrumenten des Vergaberechts führen zur Verfassungswidrigkeit der vorgesehenen Ausnahmen.

Anknüpfend an die unter Pkt. 2 dargestellten Folgen ist festzuhalten, dass allein schon das Kostenrisiko aufgrund von Gerichtsgebühren in Millionenhöhe durch die geplante Auslagerung der Nachkontrolle von Vergaben im Anwendungsbereich der PSO-VO aus dem BVergG 2017 in den Bereich der ordentlichen Gerichtsbarkeit den Rechtsschutz für übergangene Bieter erheblich verschlechtert. Dafür sind keine sachlichen Gründe ersichtlich. Auch dazu hat der VfGH in seiner Entscheidung zu VfSlg 16.027/2000 erkannt, dass die gänzliche Ausschaltung des vergabesepezifischen Rechtsschutzes nicht zu rechtfertigen ist, „zumal der gerichtliche Rechtsschutz nicht in allen Fällen in ausreichendem Maße greifen dürfte.“ Es mangle bei der Ausgestaltung des zivilrechtlichen Bieterschutzes an der notwendigen Effektivität, der bloß gerichtsförmigen Kontrolle des Vergabeverfahrens würden „ausschlaggebende Defizite“ anhaften. Es brauche ein effektives Verfahren, welches nicht allzu aufwendig gestaltet sei und rasch und einfach zu einer Provisorialentscheidung führe. Die zivilrechtlichen Vorschriften würden dem nicht genüge tun. Auch aus diesem Blickwinkel ist der Begutachtungsentwurf aus Sicht der WESTbahn daher zum hier interessierenden Teil verfassungswidrig und verstößt jedenfalls gegen das Rechtsstaatsprinzip und Art 6 EMRK.

Insbesondere angesichts dieser Rechtsprechung des VfGH bestehen also gegen die Ausnahmen in § 9 Abs 1 Z 17 und in § 178 Abs 1 Z 17 des Entwurfes erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken und zwar einerseits gegen die Ausnahme vom materiellrechtlichen Vergaberechtsregime und andererseits gegen die Ausnahme vom spezifischen verfahrensrechtlichen Vergaberechtsschutzsystem.

C) BEDENKEN HINSICHTLICH TRANSPARENZPRINZIP

Weiters verstößt die Ausnahme vom BVergG 2017 auch gegen das europarechtlich und verfassungsrechtlich vorgegebene Transparenzprinzip. Wie der VfGH in ständiger Judikatur



festgehalten hat, ist im Rahmen eines Vergabeverfahrens stets die erforderliche Transparenz zu wahren. Dies gilt sowohl für wettbewerbliche Vergaben, als auch für Direktvergaben, wobei letztere auf Grund des großen Ermessenspielraums der vergebenden Stelle in diesem Zusammenhang umso kritischer zu betrachten sind. Eine Ausnahme der Vergabe von Schienenpersonenverkehrsleistungen aus dem vergaberechtlichen Rechtsrahmen, der nicht zuletzt durch höchstgerichtliche Entscheidungen maßgeblich gestaltet wurde und damit einen hohen Grad an Rechtssicherheit bietet, ist aus Sicht der WESTbahn somit äußerst problematisch und nicht zu rechtfertigen.

3.2 Europarechtliche Bedenken

Gegen die geplante Vorgangsweise sprechen jedoch auch gewichtige unionsrechtliche Bedenken: Art 5 Abs 7 PSO-VO verpflichtet die Mitgliedstaaten, dass Vergaben im Anwendungsbereich der Verordnung „**wirksam und rasch**“ auf Antrag eines übergangenen Bieters „**überprüft werden können**“. Erwägungsgrund Nr. (21) zu dieser Verordnung präzisiert, dass dieser Rechtsschutz dem regulären vergaberechtlichen Rechtsschutz „**vergleichbar sein sollte**“. Diese gebotene Rechtsschutzäquivalenz wäre allein schon durch die aufgezeigte, völlig unterschiedliche Kostenbelastung, aber auch durch sonstige Unterschiede, massiv gestört.

Es wäre somit der vom EU-Gesetzgeber geforderte Rechtsschutz für Vergaben im Schienenpersonenverkehr nicht mehr gewährleistet. Dies wiegt umso schwerer, berücksichtigt man die hohen Auftragsvolumen der in diesem Sektor im Wege der Direktvergabe platzierten Aufträge! Die vorgesehene Ausnahme verursacht somit ein erhebliches Rechtsschutzdefizit, welches mit den europarechtlichen Vorgaben der PSO-VO nicht vereinbar ist. Somit verstößt der vorliegende Entwurf, mangels eines alternativen effektiven Rechtsschutzsystems, auch gegen europarechtliche Vorgaben, was im Übrigen auch potentielle Fragen hinsichtlich unionsrechtlichen Staatshaftungsansprüchen aufwirft. Die geschilderten negativen Auswirkungen des vorliegenden Begutachtungsentwurfs können auch nicht dadurch kompensiert werden, dass Vergaben im Schienenpersonenverkehrsbereich künftig ausschließlich durch die unmittelbar anwendbare PSO-VO determiniert werden sollen. Diese gibt zwar einen Rahmen für die Durchführung derartiger Vergaben vor. Jedoch löst diese nicht das durch den vorliegenden Entwurf entstehende Rechtsschutzdefizit.



Aus alledem ergibt sich zusammenfassend, dass bereits gegen die aktuell in Geltung stehende Fassung des BVergG erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken hinsichtlich der Direktvergabemöglichkeiten im Schienenpersonenverkehrsbereich bestehen. Die gänzliche Ausnahme dieses Bereichs vom Vergaberechtsregime hätte – sowohl in materieller, wie auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht - weitreichende negative Folgen für Bieter und Rechtssuchende, die eine Verfassungswidrigkeit eindeutig indizieren. Auch ist davon auszugehen, dass der vorliegende Entwurf aus den angeführten Gründen in den fraglichen Bereichen unionsrechtswidrig ist. Eine Überarbeitung in diesem Sinne ist somit aus Sicht der WESTbahn Management GmbH jedenfalls geboten und regen wir diese höflich an.

Gerade ausländische Beispiele zeigen überdies, dass nur mit wettbewerblichen Verfahren Ergebnisse im Sinne der Steuerzahler und damit der Budgets der vergebenden Stellen erreicht werden können, da nur durch Wettbewerb wirklich vergleichbare und attraktive Konditionen erzielbar sind. Direktvergaben und der Ausschluss aus dem Vergaberecht stellen nicht das richtige Mittel dar, um die beste Leistung zu günstigen Konditionen zu erreichen. Im Sinne des öffentlichen Sparsamkeitsgebotes muss daher eine vollumfängliche Gültigkeit der Bestimmungen des Vergaberechts wie in allen anderen Bereichen für Sektorenauftraggeber umgesetzt werden, um kontrollierbar und fair die Bestbietersuche umsetzen zu können.

Die WESTbahn Management GmbH ersucht daher, den vorliegenden Entwurf unter Berücksichtigung ihrer Bedenken im Rahmen des weiteren legislativen Prozesses zu überarbeiten.

Mit freundlichen Grüßen



Dr. Erich Forster, CEO